
Université de Neuchâtel
Faculté de droit et des sciences économiques

Appel et Cassation

Etude de leur fonction en procédure pénale

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

par

Richard Calame

Avocat

1993



Imprimerie: Stämpfli+Cie SA, entreprise des arts graphiques, Berne

Monsieur Richard Calame est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée
«Appel et Cassation – Etude de leur fonction en procédure pénale».

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 1^{er} juillet 1993

Le Doyen
de la Faculté de droit
et des sciences économiques

Henri-Robert Schüpbach

Le même ouvrage a été publié aux Editions Stämpfli+Cie SA à Berne comme
fascicule 550 de la série

Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR

fondée par le professeur † Max Gmür, continuée par les professeurs † Theo Gubli et Hans Merz,
dirigée par Heinz Hausheer, docteur en droit, professeur à l'Université de Berne.

à Genève

Notre reconnaissance va à M. Pierre-Henri Bolle, directeur de thèse, pour le temps qu'il nous a consacré, ainsi que pour ses conseils avisés.

Qu'il nous soit permis d'exprimer ici notre gratitude à M. Pierre Aubert tout particulièrement, qui a accepté de revoir notre manuscrit avec une patience à la mesure de sa diligence.

Thèse

Notre thèse s'articule en deux points.

1. Législation et doctrine ont créé et développé deux voies de recours très différentes d'un point de vue technique: l'appel d'une part, le recours en cassation de l'autre. Nous soutenons que, dans leur essence, ces deux voies se confondent. Nous nous proposons, pour le démontrer, de développer, dans la première partie de notre travail, l'étude dogmatique des voies de recours.

2. La pratique en matière de voies de recours s'adapte nécessairement aux besoins de la réalité. Nous pensons pouvoir affirmer en ce sens, dans une seconde partie consacrée à l'étude de la jurisprudence, que la pratique des tribunaux d'appel et de cassation est convergente. Nous soutenons que l'appel n'offre pas au recourant un véritable deuxième degré de juridiction, alors que le recours en cassation permet au juge, plus souvent qu'il ne le devrait, de ne pas limiter son examen au droit, mais de l'étendre aux faits.

En conclusion, nous soulevons dès lors la question de savoir si l'aménagement d'une seule voie de recours, qui répondrait tant aux nécessités de la pratique qu'aux impératifs d'une construction dogmatique satisfaisante, est possible.

Abréviations

ACP	Archiv für die civilistische Praxis, Tübingen
AG	Argovie
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
al.	alinéa
AR	Appenzell Rhodes-Extérieures
art.	article
AT	allgemeiner Teil
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
ATMC	Arrêts du Tribunal militaire de cassation
av. J.-C.	avant Jésus-Christ
Bd.	Band
BE	Berne
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BJP	Bulletin de jurisprudence pénale Rechtsprechung in Strafsachen
BL	Bâle-Campagne
BS	Bâle-Ville
BT	besonderer Teil
c.	considérant
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des Droits de l'Homme), RS 0.101
cf.	confer
ch.	chiffre
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (code des obligations), RS 220
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
CPS	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
Cst.	Constitution
Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, RS 101
Dig.	Digeste
DJT	Verhandlungen des Deutschen Juristentages, München
DPA	Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif, RS 313.0
e.e.v.	entrée en vigueur

EIMP	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale, RS 351.1
etc.	et cetera
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift, Kehl/Strassburg
Extraits	Extraits des principaux arrêts rendus par les diverses sections du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiches juridiques suisses
FR	Fribourg
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht, Heidelberg
GE	Genève
GR	Grisons
JBf	Juristische Blätter, Wien
JR	Juristische Rundschau, Berlin
JS	Juristische Schulung, München
JT	Journal des Tribunaux
JU	Jura
JZ	Juristenzeitung, Tübingen
LAO	Loi fédérale du 24 juin 1970 sur les amendes d'ordre infligées aux usagers de la route, RS 741.03
LCR	Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière, RS 741.01
LF	Loi fédérale
lit.	littéra
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1
NE	Neuchâtel
no	numéro
NW	Nidwald
OAO	Ordonnance du 22 mars 1972 sur les amendes d'ordre infligées aux usagers de la route, RS 741.031
OCR	Ordonnance du 13 novembre 1962 sur les règles de la circulation routière, RS 741.11
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, RS 173.110
OJPPM	Loi fédérale du 28 juin 1889 sur l'organisation judiciaire et la procédure pénale pour l'armée fédérale, RS vol. 3 VI p. 451
öJZ	österreichische Juristen-Zeitung, Wien
op. cit.	opus citatum
p.	page
PKG	Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden
PPF	Loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale, RS 312.0

PPM	Procédure pénale militaire du 23 mars 1979, RS 322.1
pr.	principium
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDP	Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles
RDS	Revue de droit suisse
	Zeitschrift für schweizerisches Recht
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
	Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung
RJB	Revue de la société des juristes bernois
	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RPS	Revue pénale suisse
	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
RS	Recueil systématique du droit fédéral ou cantonal
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, Paris
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
	Schweizerische Juristenzeitung
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
SG	Saint-Gall
SJ	Semaine judiciaire
SO	Soleure
ss.	et suivants
SZ	Schwyz
TG	Thurgovie
TI	Tessin
VD	Vaud
vol.	volume
VS	Valais
ZH	Zurich
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Berlin
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess, Köln

Avant-propos

Le présent travail propose une étude des voies de recours, plus particulièrement de l'appel et de la cassation. Nous avons choisi de qualifier cette étude de fonctionnelle, ce qui mérite quelque explication.

Une procédure judiciaire est composée d'institutions et de mécanismes divers, complexes et interdépendants qui remplissent chacun une fonction assignée et précise. Les voies de recours constituent un élément essentiel de la procédure judiciaire, qu'elle soit civile, pénale ou administrative. C'est pourquoi nous nous sommes intéressé de plus près aux recours, plus précisément à l'appel et au recours en cassation, que nous avons voulu analyser et comprendre dans leur contexte, en tant qu'éléments constitutifs d'une procédure judiciaire, pénale en l'occurrence.

La première partie de notre travail est consacrée à l'étude théorique des voies de recours, dont nous avons examiné la nature juridique ainsi que la construction et le fonctionnement techniques par rapport à la dynamique de la procédure judiciaire et du procès pénal. Nous avons, à cet effet, été amené à définir et à développer quelques notions essentielles qui sont la finalité du système judiciaire pénal, l'objet du procès et son résultat, ou encore la finalité, l'objet et le fondement du recours.

L'approche fonctionnelle apporte, pour ce qui est de l'étude dogmatique des recours, un développement et une compréhension nouvelle qui s'écartent sensiblement de la présentation théorique traditionnelle en matière de voies de recours. Celle-ci considère et explique l'existence et le fonctionnement des voies de recours essentiellement par rapport au procès au fond. Celle-là conduit à une conception technique et purement processuelle. L'intérêt va, en premier, au procès sur recours qui est considéré, à tous égards, comme un procès propre et autonome, séparé et distinct du procès au fond. L'approche

fonctionnelle ne se veut pas exclusive; nous pensons cependant que pour ce qui est de l'étude des problèmes de la procédure, elle est particulièrement indiquée. Elle permet de saisir la construction et le fonctionnement des institutions, dont les voies de recours font partie, dans une optique qui se détache de l'espace matériel dans lequel se situe le procès au fond.

L'étude dogmatique des voies de recours nous a amené à consulter les auteurs suisses et, hors de nos frontières, les doctrines voisines, française et allemande. Celles-ci contiennent en effet un certain nombre de réflexions fondamentales sur notre sujet. Nous nous sommes toutefois en principe abstenus, en raison de la structure bipartite de notre travail, d'en référer directement, dans la partie théorique, à la pratique des tribunaux. L'analyse des voies de recours en théorie est une chose, l'étude de leur mise en œuvre, une autre.

La deuxième partie, dès lors, traite de la jurisprudence. Pour des raisons évidentes, nous avons dû en limiter l'examen; il porte sur la législation et la jurisprudence publiées au niveau fédéral et dans quelques cantons. Nous avons choisi comme paradigmes les systèmes de la procédure pénale fédérale, des cantons de Fribourg, Neuchâtel et Vaud pour l'étude du recours en cassation, ceux des cantons d'Argovie, des Grisons, du Valais et de Bâle-Campagne pour l'étude de l'appel. Nous avons aussi inclus les systèmes de recours mixtes de la procédure pénale militaire et des cantons de Berne, Genève, Zurich et Bâle-Ville qui connaissent aussi bien l'appel que le recours en cassation.

L'approche fonctionnelle nous a permis, dans cette deuxième partie, de dégager l'évolution dans la réalité judiciaire du traitement de ces deux voies de recours. Elle nous a permis de constater en particulier que cette évolution était essentiellement conditionnée par les besoins de la pratique. Bien que notre étude prenne en compte la jurisprudence relative à plusieurs législations, nous précisons qu'il ne s'agit pas d'un travail de droit comparé. Nous avons choisi les systèmes qui nous ont paru particulièrement caractéristiques. Notre sélection a été commandée, en outre, par l'intérêt et l'accessibilité des sources.

Il sera question, dans le cadre de ce travail, de voies de recours ordinaires et extraordinaires. Cette terminologie est fluctuante. Certains auteurs pensent que la distinction se fait selon que le recours s'en prend à un acte juridictionnel doté de la qualité de chose jugée (recours extraordinaire) ou non (recours ordinaire). D'autres estiment qu'il convient plutôt de s'attacher au pouvoir de cognition de l'autorité de recours; est ainsi qualifié de recours

ordinaire celui qui confère à l'autorité de recours un pouvoir de cognition entier, et d'extraordinaire celui qui lui confère un pouvoir restreint. Notre terminologie est conforme à la première distinction. En ce sens, et pour des raisons que nous étudierons, nous considérons que l'appel et la cassation sont des voies de recours ordinaires, alors que la révision, par exemple, est une voie extraordinaire.

Quelques remarques d'ordre technique encore.

Notre étude tient compte de la législation, des ouvrages et de la jurisprudence parus jusqu'au 31 décembre 1992. Les ouvrages sont cités par le nom de l'auteur, suivi de la page ou d'un numéro de paragraphe. Les références jurisprudentielles sont en principe citées dans l'ordre chronologique, les plus récentes en tête.

Pour ce qui est des notes en bas de page, le lecteur peut, à notre sens, en faire abstraction. Il s'agit soit de renvois internes, destinés à faciliter la consultation de l'ouvrage - ce qui nous a permis de renoncer à un index - soit de pures indications des références, sans développement complémentaire. Ce qui nous paraissait mériter d'être dit l'a été dans le corps du texte.

A notre époque où tout se résume, en fin de compte, à quelques données statistiques, il nous a semblé utile d'apprendre au lecteur qu'il nous a fallu 3990 heures pour mener à bien ce travail, soit 16 heures par page ¹.

Nous ne saurions conclure cet avant-propos sans penser à ceux qui nous ont soutenu ou supporté tout au long de cet exercice.

1 " ... - Au reste, vous saurez
Que je n'ai demeuré qu'un quart d'heure à le faire.
- Voyons, monsieur; le temps ne fait rien à l'affaire."
Molière, le Misanthrope, acte I, scène II.

Première partie. La qualification des voies de recours

Titre premier. La nature du recours

Chapitre premier. Généralités

Section 1. Introduction

1. Il est commun de penser que le droit pénal et le droit civil constituent deux systèmes fort différents. La procédure pénale, dans sa présentation, apparaît essentiellement sous deux aspects. Elle est considérée comme le prolongement du droit pénal matériel et elle s'oppose à la procédure civile. Cela permet d'insister sur les particularités du système pénal. L'application du droit pénal repose sans doute sur l'existence d'un droit de procédure. D'avantage peut-être qu'en matière civile, droit de fond et règles de procédure forment, en matière criminelle, un ensemble. Cette unité était naguère parfaitement évidente. Jusqu'au début du 19^{ème} siècle, les principaux manuels et ouvrages de droit pénal traitaient également du droit de fond et de la procédure¹. Aujourd'hui, la présentation unitaire est celle de la doctrine française. Les doctrines allemande et suisse préfèrent, quant à elles, une présentation du droit pénal et de la procédure rigoureusement séparée. Toutefois, quel que soit le mode adopté, les auteurs mettent invariablement l'accent sur les particularités qui distinguent la procédure pénale de la procédure civile².

Les dernières monographies consacrées à l'étude des voies de recours en procédure pénale proposent une approche théorique et un développement de la matière similaire pour ne pas dire identique³. Notre propos sera différent. La

1 Ci-dessous no 5.

2 Hauser, 6; Merle/Vitu, no 2ss; Peters, Strafprozess, 15ss; Piquerez, Précis, no 31ss.

3 Pour des études générales: Caspar Hauri, Die ordentlichen Rechtsmittel nach der aargauischen Strafprozessordnung, thèse ZH 1970; Peter Litschgi, Die Rechtsmittel im thurgauischen Strafprozess, thèse ZH 1975.

présente étude envisage les voies de recours dans une optique fonctionnelle. Nous nous proposons d'étudier la nature et le fonctionnement des voies de recours d'un point de vue technique, considérant notamment l'appel et la cassation par rapport à l'ensemble des mécanismes d'une procédure judiciaire. Dans une optique fonctionnelle, les éléments d'une procédure, dont les voies de recours sont un composant important, doivent s'analyser dans leur contexte. Il y a donc lieu de considérer une voie de recours par rapport au déroulement et à la finalité d'une procédure. Notre approche commande dès lors que l'on s'interroge, dans un premier temps, sur le procès pénal et sur ses propriétés en tant que procédure judiciaire.

Pour une telle analyse, une division de la matière s'impose, mais celle qui distingue le pénal du civil n'est pas ici la plus intéressante. Une séparation du droit de fond et de la procédure paraît plus importante encore. Pour notre étude, le rapprochement entre procédure pénale et procédure civile est naturel. Il s'agit véritablement de disciplines soeurs dans lesquelles de nombreuses questions se posent de manière analogue, appelant des réponses qui ne sont évidemment pas toujours les mêmes, du fait de la nature, somme toute très différente, du droit de fond dont elles permettent l'application.

2. De nombreuses institutions sont communes au procès pénal et au procès civil et des règles très similaires en fixent le fonctionnement. Tout procès se déroule dans une réalité judiciaire. Une autorité impartiale, judiciaire et juridictionnelle, est appelée à se déterminer sur l'allégation d'une violation de l'ordre juridique. L'organisation judiciaire prévoit d'ailleurs assez souvent, en première instance du moins, l'union personnelle des juridictions pénale et civile.

Le déroulement des opérations d'une procédure judiciaire se fait essentiellement en trois temps⁴. L'autorité juridictionnelle a pour tâche

Pour l'appel: Franz Bollinger, *Appellation im Militärstrafprozess*, thèse ZH 1988; Rolf Bründler, *Die Appellation im Rechtsmittelsystem des Luzerner Strafverfahrens*, thèse ZH 1990; Klaus Hery, *Die Berufung im zürcherischen Strafprozess*, thèse ZH 1975; Hanspeter Kühnis, *Das Rechtsmittel der Berufung in der sanktgallischen Strafrechtspflege*, thèse FR 1975; Urs Pfrommer, *Die Appellation (Berufung) im schweizerischen Strafprozess*, thèse BS 1972; Klaus Weber, *Die Berufung im zugerischen Strafprozess*, thèse ZH 1978.

Pour la cassation: Adolf Descourtins, *Die kantonal-zürcherische Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen*, thèse ZH 1971; Benno Gebisdorf, *Die luzernische Kassationsbeschwerde in Strafsachen*, thèse FR 1970; Maximilian Jaeger, *Die Nichtigkeitsbeschwerde im sanktgallischen Strafprozess*, thèse ZH 1976; Ludwig Raymann, *Die Nichtigkeitsbeschwerde im Zivil- und Strafprozess nach zürcherischem Recht*, Zürich 1986; Diether von Rechenberg, *Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht*, Zürich, 1986; Paul Zbinden, *Die Kassationsbeschwerde im freiburgischen Strafprozess*, thèse FR 1968.

Pour le recours en révision: Adam-Klaus Eckert, *Die Wiederaufnahme des Verfahrens im schweizerischen Strafprozessrecht*, Berlin, 1974; Dieter Gerspach, *Die Wiederaufnahme des Verfahrens im argauischen Strafprozess*, thèse ZH 1973.

première d'instruire la cause afin de connaître les faits de l'affaire qu'elle doit ensuite qualifier juridiquement pour en déduire la conséquence qui s'impose, déterminant, le cas échéant, la sanction conforme au droit. L'autorité juridictionnelle statue par une décision qui met fin au procès. L'exécution de la sanction conduit ensuite de la réalité judiciaire à la réalité extrajudiciaire, sociale. La division tripartite du déroulement des opérations se retrouve aussi bien en procédure pénale qu'en procédure civile.

Les actes et les mécanismes qui déterminent le déroulement d'une procédure judiciaire sont essentiellement identiques en procédure pénale et civile. L'acte d'accusation ou la demande constitue l'acte introductif de l'instance. Il définit l'objet du litige. La question posée au juge ne peut pas, en principe, être modifiée en cours de procédure.

Tout procès, pénal ou civil, connaît des conditions à son ouverture. Elles sont généralement examinées en priorité, avant le fond de la cause. D'un point de vue fonctionnel, les actes accomplis par le juge et les parties au long d'une procédure civile ou pénale peuvent être classifiés selon les mêmes critères⁵. Même la maxime des débats qui règne en procédure civile et le principe d'autorité qui prévaut dans le procès pénal, pour l'ordinaire opposés l'une à l'autre, ne paraissent pas forcément antinomiques: il s'agit d'outils techniques différents dont le juge doit se servir pour établir les faits de l'affaire qu'il a à trancher. Que l'état de fait reflète une vérité formelle, comme dans le procès civil, ou corresponde à la vérité matérielle, comme dans le procès pénal, il n'y a là qu'une question de degré⁶. La recherche et l'établissement de la vérité absolue n'est au demeurant pas la finalité d'une procédure judiciaire⁷.

Procédure civile et procédure pénale ont à résoudre des questions similaires. Le développement d'une théorie des preuves, par exemple, est indispensable, de même qu'une réglementation des mesures de contrainte. En matière pénale comme en matière civile, ces dernières présentent d'ailleurs le même caractère hybride, déployant des effets tant procéduraux que concrets. Une procédure judiciaire, civile ou pénale, se doit en outre de définir des notions-clé: la litispendance, l'effet obligatoire d'un jugement, les effets de la chose jugée, etc. La répartition des pouvoirs entre les autorités de jugement et les autorités de recours nécessite l'élaboration d'une théorie des voies de recours dans l'un et l'autre domaines, faisant surgir des difficultés similaires. Le recours en cassation, par exemple, pose le problème de la séparation du fait et du droit dans les mêmes termes. L'autorité de la chose jugée d'un jugement soulève des questions semblables; l'explication de l'autorité dont bénéficie même le jugement entaché d'une erreur soulève les mêmes difficultés dogmatiques⁸.

5 Ci-dessous nos 11,52.

6 Gaul, Grundlagen, 53,54; Gaul, Zwock, 50; Sauer, 66,67.

7 Ci-dessous nos 13ss.

8 Ci-dessous no 49.

3. L'étude des voies de recours et de leur intégration dans le système du droit judiciaire ne peut se faire qu'à travers certaines réflexions de fond qui proviennent essentiellement de la doctrine civiliste. L'étude systématique de la procédure, principalement de la procédure civile, a intéressé les auteurs allemands depuis la fin du siècle passé. En France, le code de procédure civile est considéré, aujourd'hui encore, comme étant le droit commun en matière de procédure⁹. Dès lors, pour nous, l'établissement de parallèles entre procédure pénale et procédure civile n'a pas pour but de souligner les propriétés de chacune des deux procédures.

L'étude fonctionnelle des voies de recours appelle une approche du sujet selon la méthode téléologique¹⁰. La définition de quelques notions processuelles de base s'impose par conséquent. C'est l'idée du présent chapitre.

Section 2. Les rapports entre le droit de fond et la procédure

4. L'étude du lien entre le droit de fond et la procédure a fait l'objet de nombreux travaux. Leurs conclusions peuvent se révéler diamétralement opposées. Certains courants de la doctrine traitent en effet le droit de fond et la procédure de manière indissociable alors que d'autres pratiquent une séparation absolue. La question qui se pose est de savoir si la procédure se prête à être étudiée pour elle-même, indépendamment du droit de fond. La question importe directement pour notre étude en raison de l'optique adoptée.

5. La conception unitaire était en premier lieu celle du droit romain. Le juriste du temps de la République ne dissociait pas le droit de fond de la procédure. Une distinction entre le droit reconnu ou conféré par une norme de fond et l'action en tant que moyen formel permettant de le faire reconnaître en justice était inconnue à sa pensée. *Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi* (Celse, Dig. 44,7,51)¹¹. L'esprit du juriste romain n'apercevait le droit qu'à travers l'action, à tel point que le *ius se* confondait entièrement avec l'*actio*. Le droit était en première ligne celui d'agir en justice, c'est-à-dire de saisir un juge pour l'obliger à statuer. L'exercice d'une action en justice présupposait implicitement et nécessairement, pour celui qui agissait, la titularité du droit qu'il entendait faire valoir. Il est donc permis de penser que l'action a, historiquement, précédé le droit substantiel. La reconnaissance effective du droit en justice dépendait bien sûr de la vérification ultérieure des faits par le juge. Etre titulaire d'un droit signifiait, avant tout, disposer d'une faculté reconnue de le faire valoir par une *actio* correspondante.

9 Merle/Vitu, no 7.

10 Hagen, Elemente, 27; Schmidt, Eb., Sinn, 165, 170, 176.

11 "L'action n'est autre chose que le droit de poursuivre en jugement ce qui nous est dû." (Hulot).

Sans *actio*, l'existence d'un droit était inconcevable, ce qui explique notamment le grand nombre d'actions que connaissait le droit romain. De nombreux droits sont nés de la simple reconnaissance et de l'admission par le magistrat d'une action en justice¹². En droit romain classique, le droit pénal public aussi était compris comme un *ius*, c'est-à-dire comme une légitimation pour agir en procédure contre l'auteur d'une infraction afin de lui faire subir une sanction légitime¹³. L'exercice d'une action était lié au respect absolu de la formule correspondante expressément prévue.

A l'époque du Haut-Empire, la conception du droit s'affina. La systématique des Institutes de Gaius -*personae* (1er livre), *res* (2ème et 3ème livres), et *actiones* (4ème livre)- contient, pour la première fois, une dissociation du droit matériel et des actions. Les *actiones* du quatrième livre apparaissent en effet comme des formalités ou des démarches techniques à emprunter pour la reconnaissance en justice des droits exposés dans les trois livres précédents. La distinction fut probablement encore à la fois trop originale et trop imparfaite pour s'imposer en doctrine¹⁴.

Des siècles durant, législateur et doctrine ont traité le droit de fond et la procédure en tant que matière homogène. Les ouvrages les plus marquants en droit pénal abordent tous en une seule et même présentation le droit pénal matériel et la procédure. Celle-ci est d'ailleurs exposée de façon purement descriptive, en annexe du droit criminel de fond. Ainsi, la première des grandes codifications pénales, la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, réunit, indifféremment, des dispositions de fond et des règles de procédure¹⁵. Soixante-dix-sept articles de la Caroline (art. 104-180) traitent du droit pénal matériel, tandis que le préambule et les articles 1 à 103, 181 à 206 et 218 à 219 sont des dispositions de procédure. Les principaux manuels de droit pénal des 18ème et 19ème siècles englobent droit de fond et procédure. L'ouvrage de Benedict Carpzow "*practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*" de 1635, qui fit autorité pendant plus d'un siècle, est divisé en trois livres; les livres un et deux traitent des différents délits, le livre troisième de la procédure et de l'exécution des peines¹⁶. Le traité de J.S.F. Böhmer "*elementa iuris criminalis*" de 1732, l'ouvrage de référence de l'époque, se subdivise en deux parties dont l'une présente le droit pénal, l'autre la procédure¹⁷. Le prestigieux "*Lehrbuch*" de Paul Anselm von Feuerbach de 1803 se range parfaitement dans la tradition. Le premier livre contient des considérations d'ordre philosophique et traite de certains aspects généraux du droit criminel. Le deuxième livre présente la partie spéciale du droit pénal. Le troisième, intitulé "partie

12 Gaudemet, institutions. 226.

13 Wolff, 411.

14 Wolff, 415, 420-422; Kaser, Privatrecht, 21.

15 Hippel, R., Strafrecht I, 175; Langbein, 231-233, 241; Schmidt Eb., Carolina, 59; Schroeder, 328.

16 Hippel, R., Strafrecht I, 228.

17 Hippel, R., Strafrecht I, 250.

pragmatique du droit criminel" expose la procédure pénale comme un appendice du droit pénal¹⁸.

6. Au 19^{ème} siècle sont nés deux courants qui, indépendamment l'un de l'autre, ont amené l'émancipation de la théorie de la procédure.

Le premier courant entraîna le détachement progressif de l'étude de la procédure pénale de celle du droit pénal matériel¹⁹. La doctrine commença à s'intéresser plus systématiquement aux différents éléments du procès pénal et à son déroulement. On analysa les phases et les opérations du procès criminel; on élaborait aussi les premières théories relatives aux grands principes du procès pénal (oralité, publicité, théorie des preuves, accusation, inquisition etc.). Les premiers ouvrages consacrés exclusivement à l'étude du procès pénal parurent²⁰. L'intérêt de la doctrine française pour l'analyse du procès pénal était avant tout pragmatique. La doctrine allemande en revanche s'interrogea en particulier sur la légitimité d'une scission entre le droit pénal de fond et la procédure, nouvelle en théorie. Elle entendait par là justifier l'étude séparée du procès pénal²¹. L'analyse systématique des mécanismes de la procédure a conduit, en doctrine allemande, à une notion scientifique et parfaitement abstraite du procès, permettant, par la suite, d'étudier le procès pénal en tant que concept dogmatique²².

7. Le deuxième courant provint des processualistes civils allemands. Ceux-ci développèrent une conception radicalement nouvelle du procès civil: ils envisagèrent le procès en tant que rapport juridique²³. Cette construction domina la pensée des processualistes pendant plusieurs décennies. Sous cet aspect, le procès civil devint le sujet phare des études en matière de procédure, ce qui eut notamment pour conséquence de séparer définitivement l'étude de la procédure de celle du droit de fond. D'innombrables théories sur l'action, la juridiction, le jugement, le procès civil ou le procès judiciaire en général virent le jour. La conception du procès en tant que rapport juridique influença naturellement les idées de la doctrine pénale²⁴.

La séparation de la procédure du droit de fond s'annonça de manière dogmatique dans le débat entre pandectistes sur la nature juridique de l'action en droit romain. Windscheid, qui au milieu du 19^{ème} siècle présentait une

18 Hippel, R., *Strafrecht* 1, 292; Volk, 138 note 178.

19 Hippel, R., *Strafprozess*, 2 note 5.

20 Anton Bauer, *Grundsätze des Criminalprocesses*, Marburg, 1805 et *Lehrbuch des Strafprocesses*, Göttingen, 1835; Hermann Wilhelm Eduard Henke, *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, Berlin, 1838, cités par Volk, 138, 141; Faustin Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, Paris 1845-1861 (1^{ère} éd.), 1866 (2^{ème} éd.).
Volk, 142-144.

21 Carl Joseph Anton Mittermaier, *Handbuch des Peinlichen Processes*, Heidelberg, 1810, cité par Volk, 145, donne l'une des premières définitions abstraites du procès pénal.

23 Ci-dessous no 18.

24 Ci-dessous no 21.

nouvelle interprétation de l'action romaine classique, reconnu, dans une certaine mesure, le caractère autonome de la procédure²⁵. Ihering, au demeurant fervent critique de la théorie des Pandectes, fut le premier à opérer une véritable séparation entre l'action au sens matériel et au sens procédural. Il distingua en effet l'action en tant qu'instrument formel et processuel de la réalisation d'une prétention et le droit substantiel ou matériel qui lui sert de fondement²⁶.

L'étude de la procédure civile moderne débuta avec les travaux de Wach²⁷. Ce fut la naissance de l'ère des abstractions et des concepts. Les efforts en vue de l'élaboration d'une théorie générale de la procédure trouvèrent leur apothéose dans les publications de Wetzell²⁸, Bülow²⁹, Goldschmidt³⁰, Sauer³¹ et de leurs disciples³². Bülow notamment mit fin à l'approche purement descriptive de la procédure³³. Les idées de Goldschmidt, approfondies et développées par Niese, eurent, de manière différée, un effet déterminant sur l'étude de la procédure pénale³⁴.

Il ne peut être ici question de résumer les différents courants et avis de la doctrine, encore moins, d'en apprécier la valeur intrinsèque. Nous n'en étudierons que les quelques aspects qui nous seront utiles pour la suite de notre exposé.

8. La doctrine ne reconnaît pas, à ce jour, de théorie générale de la procédure judiciaire. Plusieurs auteurs pourtant soutiennent, explicitement ou implicitement, une position contraire. Certains sont à la recherche des éléments constitutifs dont se composerait une procédure judiciaire type³⁵, d'autres se penchent sur des questions particulières, qui seraient communes à tous les types

25 Bernhard Windscheid, *Die actio des römischen Rechts vom Standpunkt des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856.

26 Mitteis, 461.

27 Adolf Wach, *Der Rechtsschutzanspruch*, Berlin, 1904, 1ss.

28 Georg Wilhelm Wetzell, *System des ordentlichen Zivilprozesses*, Leipzig, 1878.

29 Gskar Bülow, *Die Lehre von den Processinreden und die Processvoraussetzungen*, Giessen, 1868.

30 James Goldschmidt, *Materielles Justizrecht*, Berlin, 1905; -, *Der Prozess als Rechtslage - eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, 1925.

31 Wilhelm Sauer, *Allgemeine Prozessrechtslehre - zugleich eine systematische Schulung der zivilistischen und der kriminalistischen Praxis*, Berlin, 1951.

32 Notamment Werner Niese, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen - ein Beitrag zur allgemeinen Prozessrechtslehre*, Göttingen, 1950.

33 Gaul, Zweck, 30; Goldschmidt, *Prozess*, 146; Niese, 21; Volk, 132, 133.

34 Schmidt, *Eb.*, *Lehrkommentar*, no 33 note 64.

35 Johann Joseph Hagen, *Elemente einer allgemeinen Prozesslehre - ein Beitrag zur allgemeinen Verfahrenstheorie*, Freiburg, 1970; Henri Motulski, *Droit processuel*, Paris, 1973; Jürgen Rüdig, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Die Grundlinien des zivil-, straf- und verwaltungsgerichtlichen Prozesses*, Berlin, Heidelberg, New York, 1973.

de procédures³⁶. En revanche, il est généralement acquis que procès ou procédure judiciaire ne constituent pas un ensemble de règles et de mécanismes purement techniques qui se suffisent à lui-même. L'institution du procès judiciaire remplit, au sein de la communauté qui l'a adopté, une fonction bien déterminée. Plusieurs auteurs abordent d'ailleurs l'analyse du système judiciaire dans une optique sociologique³⁷. La finalité d'une procédure transcende assurément le simple déroulement des opérations dont elle se compose. Mais ce consensus est bien général. La diversité des idées se traduit dans les diverses définitions de la finalité du procès judiciaire notamment³⁸. Une définition purement fonctionnelle, juridique, de l'institution du procès paraît difficile à trouver.

Même si une théorie générale de la procédure n'existe pas, le caractère dogmatique autonome de la matière processuelle ne fait pas de doute. Le droit de la procédure fait aujourd'hui l'objet d'études juridiques scientifiques qui sont indépendantes de celles du droit de fond. Cela n'a pas toujours été ainsi. Prenant le contre-pied des idées de la doctrine processuelle moderne, certains auteurs ont continué à considérer le droit pénal et la procédure pénale comme une unité indissociable. Suivant une conception rigoureusement moniste, le droit pénal de fond ne s'applique ni même n'existe sans être doublé des attributs processuels qui lui permettent de s'imposer. Selon ces auteurs donc, le droit pénal ne se matérialise qu'à travers une procédure³⁹. Aujourd'hui, cette conception est définitivement révolue. Nul ne conteste que le droit pénal matériel existe sans une procédure⁴⁰. Celle-ci sert bien à mettre en pratique celui-là, mais l'existence même d'un droit pénal de fond ne dépend pas des moyens prévus pour sa mise en oeuvre. L'existence d'un droit de procédure en revanche est inconcevable sans l'existence d'un droit de fond auquel il se rapporte⁴¹. D'un point de vue dogmatique, toutefois, droit de fond et procédure constituent aujourd'hui incontestablement deux matières indépendantes et autonomes.

9. La qualification d'une question de fond ou de procédure a des conséquences tout à fait pratiques. Quelques exemples suffisent à démontrer l'importance de cette qualification.

Il n'est pas indifférent que la plainte soit considérée comme une condition du procès (*Prozessvoraussetzung*) qui relève du droit de procédure ou comme une condition de la punissabilité qui, elle, relève du droit de fond.

-
- 36 Walter Sax, *Das unrichtige Sachurteil als Zentralproblem der allgemeinen Prozessrechtslehre - Ein Beitrag zur allgemeinen prozessualen Methodik*, ZJP 67 (1954) I, 21-54.
- 37 Hagen, *Elemente*, 43; -, *Funktion*, 388,390,395; Luhmann, 12,37; Schreiber, 117, 125, 132, 135, 150.
- 38 Cf-dessous nos 13ss.
- 39 Binder, 12,137,197,198,209,314; Mayer, 347.
- 40 Schmidt, *Eb.*, *Lehrkommentar*, no 24; Niese, 32; Kaufmann, 5.
- 41 Jauernig, 329; Peters, *Strafprozesslehre*, 460.

Lorsqu'une condition du procès fait défaut, le juge ne rend pas un jugement au fond mais une décision de procédure, une ordonnance de non-lieu ou de classement par exemple. Lorsqu'une condition de punissabilité n'est pas remplie, le prévenu doit être acquitté ⁴².

En instance de cassation, l'autorité de recours établit d'office les faits relevant pour l'examen des conditions de procès. En revanche, elle n'examine les conditions de la punissabilité que sur allégation d'une violation par le recourant et sans pouvoir instruire les faits de la cause ⁴³.

La qualification d'une question de fond ou de procédure est en outre déterminante pour l'ordre dans lequel il y a lieu d'examiner certaines questions. En général, la résolution des questions de procédure précède le traitement des questions de fond. L'examen des conditions du procès par exemple intervient d'office et se retrouve à tous les niveaux de la procédure.

La chose jugée est conditionnée par le genre de décision. Ses effets sont en principe pleins lorsqu'il s'agit d'un jugement au fond; ils sont réduits s'il s'agit d'une décision de procédure ⁴⁴.

Une règle de fond est soumise au principe de la non-rétroactivité des lois pénales, alors qu'une règle de procédure ne l'est pas; elle obéit au principe de l'application immédiate ⁴⁵.

10. La distinction du droit matériel et du droit de procédure ne se fait pas sans difficultés. A première vue, différents critères semblent pouvoir servir à départager le droit pénal matériel du droit de procédure.

Le texte même dans lequel se trouve réglée une matière, d'abord. Droit pénal et procédure sont en principe régis par des lois différentes. Selon l'art. 64bis Cst.féd., la Confédération a le droit de légiférer en matière de droit pénal, alors que l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice sont de la compétence des cantons. Le droit pénal matériel se trouve par conséquent essentiellement dans les textes de droit fédéral, la procédure dans ceux de droit cantonal. Ce critère de distinction est cependant peu fiable, les irrégularités étant nombreuses. Le législateur fédéral a lui aussi établi des lois de procédure (PPF, PPM) et le code pénal contient un certain nombre de règles qui sont indéniablement de nature procédurale ⁴⁶. Le droit cantonal connaît quant à lui des dispositions de droit pénal de fond, en matière de droit pénal administratif notamment ⁴⁷. Certaines institutions ne sont en outre pas facile à

42 Hauser, Kurzlehrbuch, 103; Stratenwerth, AT I, 125.

43 Ci-dessous no 220.

44 Kaufmann, 1.

45 Piquerez, Précis, nos 70,72.

46 Hauser, Kurzlehrbuch, 19,20.

47 CPS 335.

classifier de sorte qu'elles se trouvent réglées, selon l'humeur du législateur, tantôt dans une loi de fond, tantôt dans une loi de procédure ⁴⁸.

Le caractère dynamique ou statique d'une règle pourrait servir de critère de distinction. La doctrine française insiste avant tout sur le rôle indispensable de la procédure pour l'application du droit pénal. Elle distingue les règles de procédure en raison de leur caractère dynamique et concret alors que les normes de droit pénal matériel sont de nature plutôt statique et abstraite ⁴⁹. Cette approche décrit sans doute assez bien la nature différente des deux domaines juridiques, mais elle ne fournit pas de véritable critère permettant de qualifier une question, règle ou institution particulières.

Une partie de la doctrine allemande met elle aussi l'accent sur l'élément dynamique de la procédure. L'approche statique conviendrait aux règles du droit de fond, l'approche dynamique à celles du droit de procédure. Dans l'idée adoptée, chaque acte de procédure provoque une évolution de l'instance qui progresse ainsi d'une situation processuelle à l'autre ⁵⁰. L'évolution de l'instance tend vers l'achèvement de la procédure qui intervient avec le prononcé d'une décision judiciaire. Une situation processuelle ne signifie, en soi, pas grand'chose. Elle ne présente d'intérêt que lorsqu'elle est considérée dans son contexte, c'est-à-dire en relation avec la situation processuelle qui la précède ou qui lui succède. L'intérêt d'un acte procédural s'apprécie en fonction de ses qualités à faire évoluer la procédure vers la décision judiciaire finale. Cependant, force est de noter que tout dépend du point de vue adopté. Un état de fait quelconque peut être examiné selon une approche statique ou dynamique. Par conséquent toute situation, processuelle ou de droit matériel, peut être examinée de façon isolée ou par rapport à son contexte ⁵¹. Ce critère ne permet dès lors pas non plus de départager valablement le droit matériel du droit de procédure.

La nature de la sanction rattachée au non-respect d'une règle de procédure pourrait servir à départager la règle de fond de la règle de forme ⁵². Tout intervenant dans une procédure doit observer certains comportements, selon que la loi lui confère un droit ou lui impose un devoir dont la violation est généralement sanctionnée, la sanction variant en fonction de l'importance du devoir violé ⁵³, ce qui garantit un déroulement correct et efficace de la procédure. Il ne serait en effet pas souhaitable que les différents intervenants disposent à bien plaisir du déroulement d'une procédure. Normalement, la conséquence qui sanctionne le non-respect d'une règle de procédure atteint avant tout la partie négligente en la privant de certaines facultés d'ordre

48 Ci-dessous no 11.

49 Piquerez, Précis, nos 26,27; Pradel, nos 1-3; Stefani/Levasseur, nos 7-11.

50 Goldschmidt, Prozess, 227,255,259; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, no 54.

51 Volk, 180, 181.

52 Henckel, 14-19.

53 Piquerez, Précis, no 14.

procédural. Ainsi, par exemple, l'allégation tardive de faits est irrecevable. Ou encore, une partie appelée à comparaître en audience se verra, si elle ne comparait pas, reléguée dans une situation défavorable, l'obligeant par là à entreprendre des démarches précises si elle entend y remédier⁵⁴. Mais le manquement à un devoir de procédure peut être sanctionné autrement. Le refus de témoigner, par exemple, est généralement puni d'une amende, voire d'une privation de la liberté⁵⁵. La nature de la sanction ne permet dès lors pas non plus de qualifier la règle de droit⁵⁶. Il est par ailleurs des règles qui imposent des devoirs procéduraux dont le non-respect n'entraîne aucune conséquence. Ces règles seraient inqualifiables si la différence entre une disposition de droit matériel et de procédure devait reposer sur la nature de la sanction.

Une autre approche nous paraît plus satisfaisante. Il est constant que le droit régit les activités de l'homme par matières. Il opère, par nécessité, à l'aide d'abstractions. Le droit divise et schématise la réalité et classe les comportements de l'homme en différentes activités sociales dont chacune est réglementée par des normes qui lui sont propres. Force est de constater que les normes de droit matériel et les dispositions de procédure régissent des domaines de la réalité bien distincts. Le droit matériel réglemente le milieu social dans son sens le plus large. Il fixe les règles du jeu de la communauté auxquelles est censé se conformer l'individu. Le rôle du droit de procédure est quant à lui plus limité. Il réglemente uniquement certains comportements qui, pour ainsi dire, se déroulent dans une réalité bien particulière qui est la réalité judiciaire⁵⁷. Le droit de procédure est celui qui définit le système judiciaire ainsi que les modalités de son fonctionnement. La réalité judiciaire se distingue notamment par la présence d'une autorité chargée de conduire les opérations de la procédure⁵⁸. Toute règle qui précise de près ou de loin le comportement ou les actes d'un intervenant dans le système judiciaire est une règle de procédure. Une telle règle dépend naturellement et nécessairement de l'existence d'une procédure; toute disposition qui, abstraction faite du système judiciaire auquel elle se rapporte, n'a point de sens, doit être qualifiée de règle de procédure⁵⁹.

Pour les besoins de notre étude, il nous suffit de constater ici que la séparation entre droit de fond et droit de procédure est chose acquise. La méthode ou les critères à utiliser pour opérer la distinction en théorie ne font pas l'unanimité⁶⁰.

54 CPP NE 216(relief); CPC NE 206 al.2(défaut).

55 CPP NE 72, 153; CPC 242; Hauser, Kurzlehrbuch, 150 in initio, 170; Piquerez, Précis, no 1011; Schmid, N., no 649.

56 Henckel, 17.

57 Henkel, 21; Peters, Strafprozesslehre, 455,456; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, nos 33 in fine,230.

58 Ci-dessus no 2.

59 Kaufmann, 134,175.

60 Parmi les études les plus récentes: Wolfram Henckel, Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen, 1970; Hilde Kaufmann, Strafanspruch/Strafklagerecht - die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht, Göttingen, 1968;

11. L'étude du droit judiciaire est aujourd'hui dissociée de celle du droit de fond. Cette indépendance dogmatique de la matière procédurale se manifeste par exemple par une classification des actes de procédure selon des critères d'appréciation qui sont propres au droit de forme⁶¹. En droit de fond, un comportement est apprécié en fonction de la licéité ou de l'illicéité de l'acte, de la culpabilité de l'auteur et des éléments constitutifs d'une infraction. Ces critères sont impropres à une classification des actes de procédure⁶². Celui de l'illicéité, notamment, est irrelevant et ne s'applique pas. Du fait que le droit formel règle en particulier les conditions et les modalités du déroulement du procès judiciaire, tout acte de procédure doit s'apprécier en fonction de son aptitude à faire progresser l'instance. Ainsi distingue-t-on par exemple les actes émanant de l'autorité qui conduit la procédure et ceux des intervenants. Les actes de procédure se divisent en outre en actes processuels formateurs d'une part (Bewirkungshandlungen) et déclaratoires d'autre part (Erwirkungshandlungen)⁶³. Ils sont généralement considérés comme valables ou nuls, recevables ou irrecevables, fondés ou infondés. La doctrine utilise à ce sujet un vocabulaire plutôt confus. Les différences ne sont essentiellement que terminologiques⁶⁴. Le principe d'une classification des actes de procédure selon des critères propres au droit judiciaire n'est pas mis en cause.

La classification précise des actes ou des institutions de la procédure est délicate en raison de fréquents risques de confusion entre des critères relevant du droit formel et des critères relevant du droit matériel⁶⁵. Certaines institutions telles que la prescription ou le dépôt de plainte ont en effet une nature ambiguë. Leurs effets se font sentir aussi bien dans le procès qu'en dehors, ce qui permet de les apprécier aussi bien selon les critères du droit procédural que selon ceux du droit matériel⁶⁶. S'agit-il de conditions du procès qui appartiennent au droit de procédure ou plutôt de conditions de la punissabilité qui relèvent du droit de fond? Le rattachement à l'une ou l'autre de ces classifications n'est pas indifférente⁶⁷ et la question touche à l'essence du problème de la délimitation du droit de procédure et du droit de fond. La délimitation devient quasi impossible lorsqu'on cherche à distinguer les

Klaus Volk, *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht - zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht*, Ebelbach, 1978.

- 61 Goldschmidt, 364,498; Hauser, *Kurzlehrbuch*, 109; Niese, 89; Noll, *Strafprozessrecht*, 60; Peters, *Strafprozess* 261 §33; Schmidt, *Eb.*, *Lehrkommentar*, nos 62,63,230.
- 62 Niese, 75; Peters, *Strafprozess*, 262; Schmidt, *Eb.*, *Lehrkommentar*, nos 62,230.
- 63 Goldschmidt, *Prozess*, 364,456,495; Piquerez, *Précis*, nos 545,546; Sauer, 214-226; Löwe-Rosenberg, Schäfer, *Einl. Kap. 10* no 8; Schmidt, *Eb.*, *Lehrkommentar*, nos 202,213,221.
- 64 Roeder, 260-265; Nowakowski, 32.
- 65 Henckel, 41; Volk, 173,187.
- 66 Peters, *Strafprozess*, 11; Schmidt, *Eb.*, *Lehrkommentar*, nos 35-37,67.
- 67 Ci-dessus no 9; Stratenwerth, *AT I*, 73,125,127.

conditions de la punissabilité dites objectives des éléments constitutifs d'une infraction ⁶⁸.

L'institution des mesures de contrainte également présente un caractère ambigu. Leur première fonction, procédurale, est évidente. Il s'agit de garder une personne à disposition ou de sauvegarder des moyens de preuve afin d'assurer le succès à la recherche de la vérité. Elles sont généralement rangées parmi les dispositions de procédure, selon une systématique souvent révélatrice de l'objectif recherché ⁶⁹. Mais leur exécution produit aussi des effets directs dans la réalité extra-procédurale. Ainsi, l'arrestation d'un prévenu est une grave restriction de ses libertés personnelles fondamentales. Si les conditions qui permettent leur application sont réunies, les mesures de contrainte constituent, d'après la classification du droit pénal matériel, des actes licites. Ce sont des faits justificatifs extrapénaux.

Le jugement est l'acte qui, par excellence, se situe à la limite entre la réalité judiciaire et la réalité extra-procédurale; il incarne le passage de la première à la seconde en remplissant une double fonction ⁷⁰. D'une part, il met un terme au procès, non sans avoir parfois une influence sur d'autres procédures, présentes ou futures ⁷¹. D'autre part, et c'est sa raison d'être, il concrétise le droit de fond en produisant des effets matériels ⁷². Son exécution se situe même entièrement dans la réalité extra-procédurale ⁷³. L'acte juridictionnel apparaît ainsi en quelque sorte comme l'apothéose du fonctionnement du système judiciaire.

12. Il est constant que le droit de procédure ne contient pas uniquement des dispositions régissant de façon purement formelle les différents actes et institutions du système judiciaire. Les règles de procédure qui, rappelons-le, relèvent du droit public ⁷⁴ instituent les autorités judiciaires, organisent leur fonctionnement ainsi que la marche des procès qui leur sont soumis. Certaines normes concernent plus particulièrement les rapports entre Etat et citoyens. Elles reflètent des choix essentiels du législateur et relèvent aussi bien du domaine procédural que de la réalité extra-procédurale. Dans la mesure où elles touchent aux droits fondamentaux, ces dispositions, en principe de nature procédurale, ont un caractère plus grave en raison de leur contenu éminemment matériel. Certains auteurs en font un domaine du droit particulier ⁷⁵; d'autres vont jusqu'à considérer le droit de procédure dans son ensemble comme du

68 Kaufmann, 120, 141; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, 50 note 68, no 192; Schulz, AT I, 215, 216.

69 Clerc, Initiation, no 162.

70 Niese, 45.

71 Ci-dessous nos 27ss, 62ss, 65ss, 90ss.

72 Ci-dessous nos 96ss.

73 Ci-dessous nos 28, 100.

74 Hauser, Kurzlehrbuch, 4; Noll, Strafprozess I; Piquerez, Précis, nos 6, 9; ci-dessous no 20.

75 Goldschmidt l'appelle "matérielles Justizrecht"; ci-dessous no 20 in fine.

droit constitutionnel appliqué ⁷⁶. De notre côté, nous y voyons une sorte de droit de fond en matière de procédure.

Section 3. La finalité du système judiciaire pénal

13. L'analyse dite fonctionnelle des institutions appartenant à un système judiciaire donné implique un critère de rattachement. La méthode téléologique impose celui de la finalité. Avant d'entreprendre l'étude fonctionnelle des voies de recours en procédure pénale, il y a donc lieu de se pencher sur la finalité du système judiciaire pénal.

Même si le droit judiciaire constitue, théoriquement, une matière autonome, il n'est pas possible de s'interroger sur la finalité d'un système sans se référer au droit de fond auquel il se rapporte. La finalité même d'un système judiciaire ne dépend pas de considérations purement utilitaires mais s'oriente aussi selon les objectifs du droit pénal matériel. Celui-ci a essentiellement pour tâche de préserver et protéger l'ordre juridique établi et reconnu par la société en sanctionnant les atteintes à des valeurs et des biens juridiques dont la violation est considérée comme intolérable.

14. La mise en oeuvre d'une procédure judiciaire sert à renforcer et à faire respecter l'ordre juridique protégé par les règles du droit matériel ⁷⁷. La procédure, et notamment le jugement qui y met fin, concrétisent et transposent le droit de fond dans la réalité extraprocédurale ⁷⁸. Dès lors, de l'avis de nombreux auteurs, la finalité du système judiciaire répressif se trouve dans l'application des lois pénales ⁷⁹.

Cette définition n'est pas très exacte. L'application effective de la loi pénale suppose, à vrai dire, l'aboutissement à une condamnation, voire l'exécution de cette dernière. Or personne ne viendrait soutenir que le déroulement d'une procédure qui, à juste titre, se solderait par un non-lieu ou par un acquittement, ne remplirait pas sa fonction. Il est plus juste de considérer le système judiciaire pénal comme l'instrument permettant à l'Etat d'assurer l'application du droit pénal matériel chaque fois qu'il y a des raisons de le faire. L'engagement d'une procédure pénale sert précisément à déterminer si et dans quelle mesure les conditions de l'exercice du droit de punir de l'Etat sont réalisées.

76 Nowakowski, 35.

77 Luhmann, 17.

78 Niese, 31,36,37; Sauer, 36.

79 Abel, 13; Deml, 40; Garraud, tome I, 3; Hauser, Kurzlehrbuch, 2; Henkel, 84; Peters, Strafprozess, 7,15; Piquerez, Précis, no 10; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, no 24; Soyec, no 389; Stefani/Levasseur, no 3; Waiblinger, Schuldigerklärung, 161.

La mise en oeuvre du système judiciaire répressif permet à l'Etat, agissant au nom de la société, de rétablir un équilibre social perturbé. La perpétration d'une infraction, voire le simple soupçon de la commission d'une infraction déjà, provoque un certain trouble de la vie en communauté. L'Etat réagit à cette perturbation par l'ouverture de l'action pénale, qui exerce déjà, dans de nombreux cas, un effet pacificateur en permettant d'éclaircir les soupçons et, si violation de l'ordre social il y a, de la sanctionner.

15. Le monopole de la justice, celui de la justice répressive en particulier, appartient à l'Etat. Dans un Etat de droit, ce monopole ne se justifie que si celui-ci parvient à protéger les intérêts de la société dans l'idée d'une certaine équité. Certains auteurs voient dès lors la finalité du système judiciaire pénal dans l'imposition d'un concept déterminé de justice⁸⁰. Il y a lieu d'infliger à celui qui est coupable la peine qui lui revient. Toutefois, aucune justice ne peut être rendue au mépris de la vérité. Certains auteurs font donc plutôt de la découverte de la vérité la finalité du système et de son application⁸¹. Procédure pénale et procès pénal sont en effet à la recherche de la vérité matérielle. La réalité objective et absolue étant éphémère, elle est impossible à reconstituer. Toute version de la réalité, parce qu'elle est établie a posteriori, est, à un certain degré, inexacte. Justice doit donc être rendue sur la base d'une vérité relative.

16. La recherche de la vérité matérielle est indispensable à l'exercice de la justice. Mais le système judiciaire pénal ne trouve pas toute sa finalité dans le dégagement de la vérité ou dans la réalisation d'une certaine idée de la justice. Si tel était le cas, toute procédure devrait se poursuivre, voire être reprise, tant et aussi longtemps que la vérité objective n'est pas découverte. Une procédure ne prendrait fin, théoriquement, que lorsque "Justice" serait faite. Mais à l'instar de la vérité, la justice absolue échappe à l'homme. Pour des raisons pratiques évidentes, toute procédure doit une fois prendre fin. La décision y pourvoit⁸². Afin d'éviter que l'issue d'une procédure ne soit constamment remise en cause, la décision en question devient, à un certain moment, définitive. Elle amène par là un état de certitude judiciaire qui assure la sécurité du droit. Il arrive que le postulat de la certitude judiciaire soit placé avant celui de la justice. Pour certains auteurs, la sécurité du droit constitue la finalité première⁸³, voire l'unique finalité d'un système judiciaire⁸⁴. Cette dernière conception, sans compromis, sous-entend que la procédure serait insensible à l'idée de justice. Elle fait de la qualité de chose jugée en quelque sorte la finalité exclusive et absolue du système⁸⁵.

80 Niese, 110; Sauer, 1.

81 Niese, 110; Löwe-Rosenberg, Schäfer, Einl. Kap. 6 no 7 note 10.

82 Ci-dessous no 27.

83 Hagenbüchle, 6; Lampe, 40,48; Mes, 110.

84 Binder, Bülow, cités par Gaul, Zweck, 54,55; Goldschmidt, Prozess, 151.

85 Goldschmidt, Prozess, 151; ci-dessous no 28.

Il arrive que le principe de la sécurité du droit s'oppose à celui de la justice, lorsque la décision, définitive, est viciée. Dans un système judiciaire dont le but essentiel est de rendre la justice selon une vérité aussi proche que possible de la vérité objective, il est impensable d'exécuter une décision erronée, fût-elle définitive. Inversement, si la sécurité du droit est le but premier, toute décision devient, à un moment donné, et quel qu'en soit le contenu, absolument définitive.

17. Le système judiciaire sert ce qu'il convient d'appeler la paix du droit. Ce concept réunit aussi bien le postulat de justice que celui de la sécurité du droit. En fait, il renferme une constellation alchimique du premier et du second ⁸⁶.

L'autorité d'une décision judiciaire repose en effet sur deux composantes. Un jugement doit être matériellement juste d'une part, et procéduralement définitif de l'autre. Mais nous venons de voir qu'aucune de ces qualités ne pouvait être atteinte de manière absolue. Il suffit donc, pour satisfaire aux exigences de la paix du droit, que chacune de ces composantes soient respectées dans les limites de ce qui est raisonnablement possible. Une décision est investie de certaines qualités spécifiques qui font son autorité et sa légitimité. Ainsi, une décision judiciaire, élaborée dans le respect des règles de la procédure prévues à cet effet, est a priori valide et doit apparaître comme matériellement juste. Il y a par conséquent lieu de reconnaître son autorité. Cette présomption repose toutefois sur des considérations et des critères purement procéduraux. Partant, il est également concevable de prévoir la possibilité de remettre ou de ne pas remettre en cause une décision judiciaire dans une mesure à définir. Il appartient au législateur de déterminer, selon un choix philosophique et politique, à quel moment et à quel degré une décision judiciaire doit apparaître comme définitive ⁸⁷. Les conditions fixées pour le réexamen n'étant pas réunies, une décision, fût-elle viciée, s'impose en raison de sa validité au sens d'une appréciation purement procédurale.

Le concept de la paix du droit rend compatible des intérêts divergents d'un autre ordre encore. Le déroulement de la procédure et la solution du conflit, de par le respect des règles du système judiciaire, sont intelligibles et, dans une certaine mesure, prévisibles. La procédure pénale se doit en effet de concilier les intérêts de la collectivité et ceux de l'individu poursuivi, souvent contradictoires. Ceux-là exigent que les perturbateurs de l'ordre social soient recherchés et punis de manière juste et efficace; ceux-ci, que le justiciable poursuivi bénéficie d'une protection adéquate face au pouvoir de répression exercé par les autorités de l'Etat ⁸⁸. Indépendamment de son issue, la mise en oeuvre du système judiciaire pénal traduit donc un compromis garantissant la

86 Schmidhäuser, 516,521; Volk, 183,200; Württenberger, 215,216.

87 Niese, 27; Tröndle, Frage, 161.

88 Hogen, 107; Hauser, Kurzlehrbuch, 3; Piquerez, Précis, no 11.

préservation d'un certain équilibre dans un conflit d'intérêts qui oppose la société à l'un de ses membres.

Section 4. L'objet du procès pénal

18. L'homme, le juriste en particulier, raisonne essentiellement à l'aide de concepts. S'il est probablement impossible de saisir un système judiciaire dans son ensemble par un concept unique, le procès, qui en est une des institutions essentielles, a donné lieu à des réflexions multiples. A la suite des réflexions dogmatiques du dix-neuvième siècle, le procès civil fut, par exemple, envisagé en tant que rapport juridique d'abord bilatéral entre les parties⁸⁹ voire entre chacune des parties et le juge⁹⁰, puis triangulaire⁹¹. Bülow, partisan de cette dernière manière de voir, avait recours pour expliquer les différentes relations entre les parties et entre celles-ci et le juge, à des notions issues du droit des obligations, affirmant que l'introduction de l'instance faisait naître des droits et des obligations de nature procédurale en faveur et à charge des parties. Cette conception, essentiellement statique, connaît encore un essor remarquable⁹².

Elle eut évidemment moins d'impact en procédure pénale⁹³. L'étude scientifique et abstraite des institutions criminelles, antérieure dans ses débuts aux travaux des processualistes civils, permit d'élaborer un concept dogmatique propre à l'institution qu'est le procès pénal⁹⁴. L'image du rapport juridique statique rend en outre assez mal la réalité de procédure. La mise en oeuvre du système judiciaire répressif engendre une relation particulière, essentiellement bipartite entre l'Etat et le justiciable. Elle se caractérise notamment par le fait que l'Etat agit successivement par des organes de poursuite, d'instruction, de jugement et d'exécution. L'ouverture de la procédure en matière civile se fait par l'introduction de la demande. La procédure pénale débute avant l'ouverture du procès proprement dit, voire même avant l'ouverture d'une action pénale, par les investigations de la police judiciaire, dirigée, en général et du moins théoriquement, par le ministère public. L'introduction de la demande civile met directement en rapport les parties au procès, alors que les protagonistes de la procédure criminelle entrent successivement en scène. Procédure et procès pénal appellent résolument un concept à caractère dynamique.

19. La construction de la "situation processuelle" donne une bonne représentation dynamique du procès. Elle est due à James Goldschmidt qui,

89 Josef Kohler, *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, Mannheim, 1888.

90 Konrad Hellwig, *Anspruch und Klagerecht*, Leipzig, 1910, 1924.

91 Oskar Bülow, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868; Kaufmann, 24,25 note 82; Mes, 27.

92 Gmel, Zweck, 31; Habscheid, *Zivilprozess*, 9; Niese, 24.

93 Schmidt, *Eb.*, *Lehrkommentar*, 60 no 47, 89 no 113.

94 Cf-dessus no 6.

en 1925, publia un ouvrage fondamental à ce sujet⁹⁵. Ses idées furent reprises et développées par les processualistes civils allemands et, en procédure pénale, par Eberhard Schmidt notamment⁹⁶. Selon la conception de ces auteurs, le propre d'une procédure judiciaire est d'évoluer continuellement vers sa propre fin que constitue l'acte juridictionnel. L'élément dynamique se trouve plus particulièrement dans l'évolution de la procédure d'une situation processuelle à la suivante, chacune de celles-ci n'étant qu'une étape transitoire dans l'élaboration de la décision judiciaire finale. La procédure ne crée pas pour les intervenants de droits ou d'obligations à l'instar d'un rapport juridique de droit privé, mais leur impose des options et des charges dont l'exercice leur permet d'en diriger et influencer le cours. L'évolution permanente des opérations conduit nécessairement à une décision judiciaire finale par laquelle le juge statue sur une question qui relève, en principe, du droit de fond⁹⁷. Dans cette idée, le jugement remplit la double fonction de mettre fin à l'instance en tranchant le litige.

20. Les processualistes se sont aussi intéressés à la nature du droit qui, en pratique, permet à l'une des parties d'agir contre l'autre en empruntant la voie d'une procédure judiciaire. La question est à l'origine des diverses théories, très poussées, relatives aux droits substantiels et à leur mise en oeuvre. La nature juridique de l'action notamment suscita, dans ce contexte, des controverses passionnées. L'évolution des idées amena progressivement une dissociation du concept de l'action à laquelle la doctrine finit par attribuer une acception procédurale et un sens matériel⁹⁸. L'action fut d'une part comprise comme étant le droit substantiel que le titulaire pouvait faire valoir contre un tiers, cas échéant par le biais d'une demande en justice; ce droit substantiel, en allemand "Anspruch", constituait alors le fondement d'une éventuelle demande en justice. D'autre part, l'action fut prise dans un sens purement procédural. L'action en justice reçut l'acception d'un droit d'action, appartenant au demandeur ou au défendeur, opposable non au tiers, devenu l'adverse partie par l'engagement de la procédure, mais à l'Etat. La doctrine tira du second un véritable droit du citoyen à obtenir la protection juridique de l'Etat. La théorie allemande baptisa ce droit "Rechtsschutzanspruch". Certains auteurs allèrent jusqu'à incorporer à ce droit une prétention au prononcé d'un jugement favorable, c'est-à-dire un droit à obtenir une décision conforme à la situation juridique réelle, voire un jugement équitable ("Anspruch auf günstigen Rechtsschutz")⁹⁹. Ce droit, dirigé contre l'Etat, devint la notion-clé du procès judiciaire appréhendé en tant que rapport juridique. Elle permit en effet

95 Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtstage*, Berlin, 1925, 253,268,335,362.

96 Schmidt, *Eb.*, *Lehrkommentar*, nos 51-56.

97 Schmidt, *Eb.*, *Lehrkommentar*, no 56.

98 *Ci-dessus* no 7; *ci-dessous* no 50.

99 Adolf Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Bd. I, Leipzig, 1885 et *Der Rechtsschutzanspruch*, in *ZZP* Bd. 32(1904), 1-34; Konrad Heilwig, *Anspruch und Klagerecht*, Leipzig 1910.

d'expliquer judicieusement les rapports qui liaient le tribunal à chacune des parties. Dirigée contre l'Etat, l'action au sens procédural avait nécessairement une nature publique.

La théorie du droit à la protection juridique gagna avant tout les faveurs des processualistes civils du début de ce siècle. Elle pénétra dans la doctrine pénale grâce aux idées de Karl Binding. Ses adeptes sont aujourd'hui incontestablement en minorité¹⁰⁰.

21. Manifestement séduit par les concepts créés en doctrine civile, Binding élabora une théorie semblable en matière pénale. Selon lui, le droit pénal matériel constituait la source dont l'Etat tirait son droit de découvrir, poursuivre et punir les auteurs d'infractions. Il vit dans le droit de réprimer une infraction un droit substantiel et subjectif de l'Etat, semblable à celui qui résulte d'une obligation de droit privé (Strafanspruch)¹⁰¹. Ce droit caractérisait le rapport juridique qui s'établissait entre l'Etat, créancier, et le délinquant, débiteur, naissant au moment de la commission d'une infraction et permettait à l'Etat de le faire valoir en procédure contre l'auteur de l'infraction. Ce dernier avait à assumer les conséquences émanant de ce rapport juridique: le prononcé et l'exécution de la sanction prévue par la loi pénale. A l'image d'une action en justice du demandeur contre le défendeur en matière civile, l'action pénale et le procès pénal étaient, selon Binding, pour l'Etat le moyen de réaliser son droit de répression, substantiel et subjectif, envers le délinquant.

En dépit de l'essor certain que connurent, dans un premier temps, les idées de ce grand pénaliste, sa construction se révéla insoutenable. Elle reposait en effet sur une fausse analogie entre le droit civil et le droit criminel¹⁰² qui s'explique par les idées de l'époque. Il était par exemple particulièrement erroné de voir en l'Etat le bénéficiaire de l'exécution d'une sanction pénale. Cependant, si le concept du "Strafanspruch" disparut, l'expression, dans une signification altérée, subsiste¹⁰³.

22. Le droit de répression est pour l'Etat davantage une tâche qu'un droit qu'il exerce en vertu de son monopole, comme gardien de l'ordre public¹⁰⁴. Ce monopole entraîne pour l'Etat de droit une obligation générale, qui est d'assurer une bonne administration de la justice (Justizgewährungspflicht)¹⁰⁵, ainsi qu'une obligation particulière, qui est de rendre justice. L'Etat se doit dès

100 Hagen, Elemente, 33; Mes, 29 notes 17-19; Rosenberg-Schwab, 14,15; ATF 67 II 74.

101 Hochuli, 256; Kaufmann, 72,75.

102 Ci-dessus no 1 in fine.

103 Hauser, Kurzlehrbuch, 126; Kaufmann, 75 note 24,97,175; Niese, 25 note 23; Schmid, N., nos 76,81,96.

104 Hauser, Kurzlehrbuch, 126; Piquerez, Précis, 151 nos 678,679; Schmid, N., nos 74,79,81.

105 Löwe-Rosenberg, Schäfer, Einl. Kap. 6, no 2; Noll, Strafprozessrecht, 1; Peters, Justizgewährungspflicht, 53; Sax, 43-45; Schmid, N., nos 7,80; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, nos 5-7.

lors de se doter d'un système judiciaire et des institutions nécessaires à l'exercice du monopole qu'il assume.

Pour le citoyen, il en découle un droit aux prestations procédurales et juridictionnelles de l'Etat ¹⁰⁶. Le citoyen possède un véritable droit à la juridiction, prévu par les articles 6 ch.1 CEDH et 4 Cst. féd., en tant que ces dispositions garantissent le droit d'être entendu et l'interdiction du déni de justice. L'accès aux tribunaux n'est pas de nature purement procédurale, il a également un contenu matériel. Toutefois, le droit d'accès à la justice s'épuise avec l'obtention d'une décision, quelle qu'elle soit. Le citoyen n'a par conséquent pas de droit à obtenir un jugement dans un sens déterminé; a fortiori, il ne peut pas exiger une décision favorable ¹⁰⁷. Il est aujourd'hui acquis que le droit à la juridiction est respecté tant que la procédure se déroule dans le respect des règles établies pour sa conduite et qu'elle aboutit à une décision judiciaire finale et définitive.

23. Il convient ici de cerner enfin de plus près l'objet exact de la procédure et du procès pénal. L'objet d'une action en justice est ce qui est demandé; la question formulée par l'action définit par conséquent l'objet de la procédure qu'elle introduit. Le concept de l'objet est essentiel; l'objet est en effet un élément déterminant à plusieurs égards. Il contient d'abord la question présentée en procédure. Il fixe aussi la litispendance et conditionne ainsi le contenu de la décision finale du procès ¹⁰⁸. Il délimite enfin l'étendue et les effets de la chose jugée de cette décision ¹⁰⁹.

La question portée devant les autorités judiciaires par l'action pénale peut être comprise de différentes manières.

24. Plusieurs auteurs font de l'établissement des faits (*Sachverhalts-/Tat-aufklärung*) l'objet de la procédure pénale ¹¹⁰. Ils placent donc l'acte délictueux au centre du procès pénal. En effet, aucune condamnation ou sanction pénale n'est possible si l'état des faits délictueux n'est pas rapporté à satisfaction. La recherche et l'établissement des faits matériels sont par conséquent essentiels. D'aucuns précisent que les faits comprennent également ceux qui ont trait à la personnalité du prévenu. Ces auteurs attribuent à la constatation des faits, partie intégrante de toute décision judiciaire, un rôle et une valeur autonome. La qualité de chose jugée d'un acte juridictionnel étant essentiellement rattachée à l'objet de sa décision, elle s'étend donc à la constatation des faits. Selon certains auteurs, la particularité de la procédure pénale réside précisément en

106 Schmidt, Eb., *Lehrkommentar*, no 16; Mes, 16.

107 Mes, 16; Sax, 49; Schmidt, Eb., no 40; ci-dessus no 20.

108 Ci-dessous no 70.

109 Ci-dessous nos 65ss.

110 Abel, 61 note 2; Bruns, *Feststellungswirkung*, 616; - , *Teilrechtskraft*, 22; Hauser, *Kurzlehrbuch*, 132; Peters, *Strafprozess*, 278; Schmid, N., no 145; Schmidt, Eb., *Lehrkommentar*, 63,64 nos 57,58; Spinellis, 46,47; Vogler, 61,62.

ceci que les faits constatés par une décision judiciaire acquièrent autorité de chose jugée ¹¹¹.

D'autres considèrent au contraire que la procédure pénale a pour but d'établir la culpabilité de l'accusé ¹¹². Cette question est en effet au coeur du procès pénal, le droit criminel étant basé sur la notion de la faute (Schuldstrafrecht). Une déclaration de culpabilité contient toute la réprobation morale de l'auteur et de son comportement; un acquittement équivaut à la constatation, expresse, d'une absence de faute. La culpabilité constitue aussi la donnée déterminante pour la fixation de la peine. En ce sens, la déclaration de la culpabilité assume, sans doute, une valeur propre au sein du jugement pénal ¹¹³. Elle participe, à juste titre, à la qualité et aux effets de la chose jugée de l'acte juridictionnel. Dans la mesure où une déclaration de culpabilité doit reposer sur des faits délictueux bien établis, la question se pose de savoir si les effets de l'autorité de la chose jugée, dont bénéficie la déclaration de culpabilité, ne s'étendent pas aussi à la constatation de ces faits.

Le concept qui fait de l'établissement des faits l'objet de l'action pénale se heurte à un inconvénient majeur. Les faits en procédure pénale ne sont arrêtés que progressivement; ils ne sont même définitivement fixés que lors du prononcé de la décision judiciaire ¹¹⁴. La connaissance des faits de la cause évolue tout au long de l'enquête préliminaire, de l'instruction et des débats. L'objet de la procédure est alors difficile à saisir. A vrai dire, il doit être redéfini à chaque stade de la procédure, car la connaissance que l'on a des faits varie sensiblement entre le moment de l'ouverture d'une enquête préliminaire et celui du jugement. L'enjeu de la difficulté est donc réel, car le concept de l'objet intéresse notamment la litispendance et l'autorité de la chose jugée ¹¹⁵.

25. L'établissement des faits n'est évidemment pas une recherche en soi. L'introduction d'une action vise à produire une conséquence juridique précise. Le juge appelé à connaître de l'action introduite procède par un syllogisme juridique ¹¹⁶. Il établit les faits avant d'analyser et d'appliquer le droit au cas d'espèce. L'établissement des faits constitue par conséquent un passage obligé que le juge emprunte pour pouvoir statuer sur la question présentée par l'action. La finalité de la procédure n'est donc pas d'établir des faits, mais de tirer une conséquence juridique une fois les faits établis.

A l'instar de toute action, l'action pénale a son objet. L'action publique pose la question de l'exercice du pouvoir de répression étatique. L'engagement et le déroulement d'une procédure pénale servent à déterminer si, et dans quelle mesure, le pouvoir de répression, dont l'Etat a le monopole, doit se concrétiser

111 Abel, 50,62; Spinellis, 34,47.

112 Grünwald, Teilrechtskraft, 40,53; Pfenninger, Strafrecht, 206.

113 Ci-dessous no 122.

114 Peters, Strafprozess, 279; Spinellis, 59,62.

115 Peters, Strafprozess, 281; Vogler, 58; ci-dessus no 23.

116 Ci-dessous no 191-195.

dans un cas d'espèce. Ce qui est mis en discussion n'est pas seulement la réalisation matérielle d'un acte, mais sa conformité ou sa non-conformité à la loi. Le procès pénal a pour objet un contentieux de légalité par rapport au contentieux de droits subjectifs dans un procès civil. En d'autres termes, la procédure pénale a pour but de trancher la question de savoir si et dans quelle mesure, dans une situation déterminée, l'Etat doit exercer son pouvoir de répression.

26. Cette définition appelle quelques remarques. Il convient de relever que le concept retenu présente le même contenu à tous les stades de la procédure. Il s'applique aussi bien à l'objet d'une enquête préliminaire qu'à celui du jugement. Il vaut pour la procédure qui aboutit à un non-lieu comme pour le procès criminel qui se termine par un acquittement. Il explique en outre assez judicieusement l'étendue de la chose jugée d'une décision finale. La question de la culpabilité étant constitutive de l'objet de la procédure et du jugement, les qualités et les effets qui se rattachent à ce dernier s'étendent également à la constatation de la culpabilité. Quant aux faits, ils n'entrent pas parmi les éléments de l'objet du procès¹¹⁷ et ne bénéficient donc pas non plus des effets de la chose jugée¹¹⁸.

Section 5. Le résultat du procès

27. Le résultat de tout procès est l'obtention d'une décision. Procédure et procès pénal se présentent comme une succession d'actes orientés vers la décision qui y met fin¹¹⁹ et qui suffit, quel qu'en soit le contenu, à satisfaire aux exigences du droit à la juridiction¹²⁰. Elle répond généralement au fond à la question soulevée par l'action.

Il se peut aussi que la décision finale dans un procès n'apporte pas une solution au fond. L'action pénale n'aboutit par exemple pas forcément à la condamnation ou à l'acquittement d'un prévenu. Une décision d'irrecevabilité, de non-lieu ou de classement, une déclaration d'incompétence peuvent mettre fin à l'action publique sans qu'il soit jugé au fond. Ces décisions toutefois ne sont souvent que "provisoires". Le refus d'ouvrir l'action publique ou le classement d'une affaire par exemple n'ont pas autorité de chose jugée; la déclaration d'incompétence provoque le transfert du dossier à une autre autorité.

Dans l'optique d'une analyse fonctionnelle des institutions du système judiciaire, l'acte juridictionnel constitue incontestablement l'élément-clé du

117 Abel, 66; Bruns, *Teilrechtskraft*, 22; Vogler, 63.

118 Ci-dessous no 84 in fine.

119 Ci-dessus no 19.

120 Ci-dessus no 22.

procès. Procéduralement, la décision est en effet à la fois terme et résultat de l'instance ¹²¹. Nous reviendrons en détail sur l'étude des qualités et des effets de l'acte juridictionnel ¹²². Mais, de toute évidence, la décision qui met un terme au procès n'a pas que des effets procéduraux. Le jugement au fond notamment transcende la réalité judiciaire. Il dépasse la sphère procédurale et pénètre dans l'espace matériel, et c'est même principalement pour les effets que la décision produit dans la réalité ¹²³ qu'un procès est engagé.

28. La finalité du système judiciaire et le résultat d'un procès sont des concepts proches.

Lorsque la finalité du système judiciaire est définie en fonction de critères exclusivement procéduraux, résultat et finalité se confondent ¹²⁴. Le procès s'épuise lorsqu'une décision est rendue, et la finalité du système est atteinte lorsque celle-ci a qualité de chose jugée. Le procès devient alors une fin en soi ¹²⁵ :

La décision, par la fonction et les effets que développe l'acte juridictionnel dans le domaine procédural, apporte la certitude judiciaire et répond ainsi au postulat de la sécurité du droit. La fin de l'instance signifie aussi la fin d'une situation incertaine que représente, matériellement et procéduralement, un procès en cours. De par les effets qu'elle produit matériellement, la décision cherche à réaliser le postulat de la justice. Le jugement pénal, avant tout, doit aboutir à une décision juste qui réunit en elle, l'équilibre délicat entre les deux postulats, permettant ainsi au système judiciaire d'assurer la paix du droit ¹²⁶. Si aux yeux des parties la décision est acceptée, le contentieux porté en justice par l'action est résorbé. La paix du droit est retrouvée. Une décision insatisfaisante, au contraire, prolonge la situation de conflit. Le contentieux qui en découle doit, cas échéant, être résolu par une autorité de recours.

121 Hagen, *Elemente*, 25; Hauser, *Kurzlehrbuch*, 104; Henckel, 8; Niese, 41; Peters, *Strafprozess*, 14; Schmidt, *Eb., Lehrkommentar*, nos 12,33,42,45,55,56.
 122 Ci-dessous nos 56ss.
 123 Ci-dessous nos 96ss.
 124 Goldschmidt, *Prozess*, 151; ci-dessus no 16.
 125 Gaul, *Zweck*, 56; Henckel, 6; Sax, 27.
 126 Ci-dessus no 17.

Chapitre 2. L'annulabilité de l'acte juridictionnel

Section 1. La présomption de la conformité au droit

29. En raison du monopole dont il dispose, l'Etat doit assurer une saine administration de la justice en instituant un système judiciaire indépendant des autres pouvoirs qui garantisse au justiciable un jugement équitable et rapide.

D'avantage encore qu'un acte étatique ordinaire, l'acte juridictionnel bénéficie, lorsqu'il a été rendu, d'une présomption de validité et de régularité qui repose essentiellement sur le respect des nombreuses garanties relatives à la procédure et à l'organisation judiciaire ¹²⁷. Validité et régularité ne sont pas des propriétés innées de l'acte juridictionnel; il s'agit de qualités qui procèdent de la loi. L'acte juridictionnel ne crée pas la présomption de sa propre conformité au droit, mais la présume ¹²⁸. Née conformément à et en application des règles prévues pour son élaboration, une décision est a priori conforme au droit. Elle est valide et devient en principe pleinement efficace ¹²⁹.

Le droit français exprime cette idée de façon rigoureuse. Le principe de la preuve intrinsèque de la régularité formelle des décisions répressives commande que les jugements établissent eux-mêmes leur propre régularité en justifiant de ce que toutes les formalités légales qui les constituent ont été accomplies ¹³⁰. Les mentions que doit contenir un jugement ne sont cependant pas d'importance égale. Seule l'omission de celles qui sont essentielles peut entraîner certaines conséquences. Une formalité essentielle, dont l'accomplissement ne serait pas constaté par la décision, est censée avoir été omise, la rigueur de ce principe étant tempérée par la présomption que les formalités dont l'accomplissement est mentionné dans la décision sont, faute de contestation, censées avoir été régulièrement effectuées.

L'autorité d'une décision judiciaire s'établit donc d'abord sur l'accomplissement des formes prévues par la loi. La présomption de validité et de régularité formelles constitue le fondement suffisant mais nécessaire à l'autorité de l'acte juridictionnel, sur laquelle repose la sécurité du droit ¹³¹.

30. Ces propriétés ne sont pas une fin en soi; sinon il importerait uniquement qu'une décision judiciaire aboutisse, quel qu'en soit le contenu ¹³². L'acte juridictionnel incarne également le postulat de la justice. L'autorité d'un

127 Imboden, 73.

128 Luhmann, 22.

129 Ci-dessous nos 38ss.

130 Bouzat/Pinatel, no 1429; Merle/Vitu, no 680.

131 Ci-dessus no 16.

132 Ci-dessus nos 16,28.

jugement repose dès lors sur des considérations autres encore. Une présomption d'exactitude et de justesse matérielle vient en effet appuyer, en quelque sorte en arrière-plan, celle de validité et de régularité.

L'autorité d'une décision, viciée ou non, ne se fonde, à vrai dire, pas tellement sur le respect des actes étatiques. Le système judiciaire n'ayant pas pour finalité de préserver ou de renforcer l'autorité de l'Etat, la légitimité d'une décision judiciaire ne repose pas sur le respect de l'autorité des tribunaux ¹³³. Les garanties relatives à l'organisation judiciaire, aux institutions et au déroulement de la procédure sont instaurées dans l'idée de rendre des décisions aussi conformes que possible à la réalité matérielle. La découverte de la vérité est même l'élément dominant en procédure criminelle, dès son ouverture ¹³⁴. A la présomption de validité et de régularité formelle de l'acte juridictionnel s'ajoute donc une présomption générale d'exactitude et de justesse matérielle d'acceptation processuelle. L'acte juridictionnel n'a pas de pouvoir formateur sur le fond du droit ¹³⁵.

En résumé, tout acte juridictionnel bénéficie initialement d'une présomption de conformité au droit et, par conséquent, à la réalité matérielle. Cette présomption n'est toutefois pas irréfragable; elle peut être remise en question dans des conditions que définit la loi. Mais tant qu'elle ne l'a pas été, elle demeure, la décision fût-elle contraire au droit et à la justice. Cela soulève la question, que nous aborderons ultérieurement, de l'exécution d'une décision viciée ¹³⁶.

Section 2. L'erreur judiciaire

31. La justice humaine n'est pas parfaite. La législation d'un Etat de droit prévoit certes de nombreuses garanties qui assurent au justiciable le bon déroulement d'une procédure ou d'un procès, mais qui n'empêchent pas certaines décisions judiciaires d'être entachées d'erreurs de fait ou de droit ou même d'injustices. La défaillance de la science ou de la conscience du juge n'est jamais exclue. L'erreur ne repose pas nécessairement sur de la négligence. Souvent même, elle est le résultat d'un débat serré autour de la découverte de la vérité. L'erreur judiciaire n'est pas rare non plus. L'erreur mineure reste souvent sans conséquence car elle est généralement couverte ou guérie en cours de procédure. La réparation d'une erreur importante en revanche se réclame d'une procédure particulière. L'erreur judiciaire est source d'injustices qui troublent parfois profondément la paix du droit. Les effets

133 Ci-dessous no 87.

134 Ci-dessus no 15; Deml, 51,52,55; Niese, 124.

135 Ci-dessous nos 49,72-74.

136 Ci-dessous no 49.

d'une erreur judiciaire sont particulièrement révoltants en matière criminelle lorsque des innocents sont condamnés ou des coupables libérés.

32. L'erreur judiciaire a toujours existé. Quelques causes, en raison de leur intérêt politique ou religieux, sont restées gravées dans les chroniques.

La Bible rapporte plusieurs cas d'erreurs judiciaires ¹³⁷. La légitimité de la condamnation de Socrate (4ème siècle av. J.-C.). a donné lieu à des discussions sans nombre, celle de Jeanne d'Arc et de Galileo Galilée ont été réprouvées par l'Eglise elle-même. Et nous ne parlerons pas des innombrables procès de sorcellerie du Moyen-Age lors desquels, si l'on ose dire, l'erreur était la règle et s'appuyait sur des dispositions légales ¹³⁸ qui nous restent particulièrement obscures, ou encore de l'affaire Dreyfus où les préjugés d'une classe sociale eurent raison des garanties que la loi accordait pourtant à l'accusé.

L'intérêt des chroniqueurs judiciaires et du public pour les "causes célèbres" est généralement éphémère. L'erreur judiciaire n'est pas toujours très spectaculaire de sorte que quelques procès seulement sont entrés dans l'histoire. Mais, indépendamment de l'intérêt que suscite une cause, les conséquences d'une erreur judiciaire peuvent être lourdes pour ceux qui en sont les victimes.

33. Si la littérature au sujet des erreurs judiciaires est abondante ¹³⁹, les travaux qui s'intéressent de manière scientifique à une analyse systématique des causes d'erreurs sont peu nombreux et plutôt récents ¹⁴⁰. L'étude la plus complète - elle porte sur 1440 cas de révision - est sans doute celle de Karl Peters ¹⁴¹. Le nombre absolu d'erreurs judiciaires commises est probablement considérable ¹⁴². L'erreur judiciaire apparaît surtout à travers les conséquences qu'elle provoque, notamment lorsque la décision qui l'abrite devient irrévocable et qu'elle déploie ses effets ¹⁴³. Elle se perçoit plus difficilement lorsque la décision n'est pas encore définitive et efficace. Souvent, elle n'est même pas apparente, ni pour le public, ni pour la justice, ni pour le justiciable lui-même. Le risque d'une erreur est cependant inhérent à l'élaboration de tout acte juridictionnel. Ce n'est au demeurant pas nécessairement la décision prise en première instance qui abrite l'erreur judiciaire. Le fait que deux instances juridictionnelles aboutissent à l'occasion, dans une même affaire, à des constatations et à des conclusions différentes,

137 1 Rois 21; Daniel 13; Matthieu 26.

138 Friedrich Spee, *Cautio criminalis*, 1631, cité par Waider, 474 notes 2 et 3, 475.

139 Hirschberg, 7-11; Peters, *Fehlerquellen II*, 24-36.

140 Jürgen Fingas, *Die Fehlentscheidungen des Richters im deutschen Strafverfahren*, thèse Saarbrücken, 1971; Max Hirschberg, *Das Fehlurteil im Strafprozess*, Stuttgart, 1960; Walter Kiwit, *Fehlurteile im Strafrecht*, thèse Münster, 1965.

141 Karl Peters, *Fehlerquellen im Strafprozess*, Karlsruhe, Bd. I 1970, Bd. II 1972, Bd. III 1974.

142 Hirschberg, 12; Peters, *Fehlerquellen I*, 19, 24; -, II, 1.

143 Hirschberg, 11; Kiwit, 1, 2; Nose, 403; Peters, *Fehlerquellen I*, 3, 4.

voire contradictoires, démontre que l'une des juridictions au moins s'est trompée.

34. Avant de cerner de plus près la notion de l'erreur judiciaire, deux précisions s'imposent. Il y a d'abord lieu de ne pas confondre procès pénal et procès politique ¹⁴⁴: la finalité d'un procès politique et le rôle que le juge est appelé à y jouer n'ont rien en commun avec l'idée de la justice. Le procès pénal est susceptible de produire des erreurs, le procès politique en est une tout court. Point n'est non plus besoin qu'il y ait condamnation pour qu'il puisse y avoir erreur judiciaire; une telle notion de l'erreur serait trop étroite ¹⁴⁵. Il en est aussi qui profitent au justiciable.

La condamnation d'un accusé, dont la culpabilité n'a pas été rapportée à satisfaction, doit être qualifiée d'erreur judiciaire, de même qu'un acquittement au bénéfice du doute, lorsque son innocence est établie. On doit encore considérer comme tel un acquittement ou le prononcé d'une peine trop modérée (ou trop sévère) lorsque la raison en est une instruction insuffisante ou irrégulière. A l'opposé, l'acquittement d'un prévenu par manque de preuves est régulier. Ce n'est pas une erreur judiciaire, même si, en réalité, l'auteur a commis l'infraction. De par la loi, le doute doit profiter à l'accusé ¹⁴⁶. L'espace juridique n'est pas en tous points semblable à l'espace réel. Toute décision qui ne correspond pas exactement à la réalité matérielle ne constitue donc pas une erreur judiciaire. La notion de l'erreur judiciaire dépend du concept de la finalité du système judiciaire.

35. L'erreur judiciaire repose essentiellement sur deux facteurs, qui peuvent se combiner. Elle peut résulter d'une mauvaise constatation des faits ou d'une fausse application de la loi. Cette dernière est plutôt rare. Les juges sont des professionnels, ils maîtrisent le maniement des textes légaux et le raisonnement juridique. Par ailleurs, l'application du droit aux faits est souvent une question d'interprétation et le juge jouit alors d'un pouvoir d'appréciation considérable. L'erreur s'y glisse difficilement.

La constatation des faits en revanche est plus délicate. Un fait est établi conformément à la réalité ou ne l'est pas. Sous réserve du principe que nous venons de rappeler, qui veut que le doute profite à l'accusé, il n'y a en ce domaine, pas de place pour l'interprétation. En cela réside la principale source d'erreurs judiciaires ¹⁴⁷.

144 Hirschberg, 13,15,138.

145 Kiwit, 78; Peters, Fehlerquellen I, 11.

146 Kiwit, 78,79; Peters, Beweiswürdigung, 366; -, Strafprozess, 605.

147 Fezer, cité par Herrmann, 202; Fingas, 12,13; Peters, Fehlerquellen II, 1,305; -, Strafprozess, 605.

Un grand nombre de celles-ci provient en effet de la procédure probatoire¹⁴⁸. La recherche des preuves peut être incomplète, les moyens viciés. Les preuves personnelles renferment d'ailleurs un potentiel générateur d'erreurs considérable: un témoin a mal vu la situation ou la relate mal, un expert se trompe dans ses conclusions ou, plus rarement, un prévenu admet, de guerre lasse, un acte qu'il n'a pas commis. Tout cela peut amener le juge le plus consciencieux à mal apprécier la réalité. L'appréciation des preuves proprement dite peut, elle aussi, engendrer des erreurs, notamment lorsque le juge tire des conclusions inexactes d'un faisceau d'indices trompeurs. Ces erreurs, commises au stade de l'instruction, sont, si l'on ose dire, transmises au juge du siège par l'intermédiaire de l'acte d'accusation, et à l'autorité de recours, par l'intermédiaire des considérations en fait du jugement¹⁴⁹. L'erreur peut encore provenir de l'intime conviction du juge. Il arrive, en effet, que le juge tranche sans avoir réellement acquis l'intime conviction de la culpabilité de l'auteur¹⁵⁰. La conviction du juge repose sur une certitude relative; le danger que la probabilité tienne lieu de certitude existe. L'esprit du juge est parfois d'avantage attiré par la haute probabilité d'un fait qui repose sur quelques indices simples et clairs que par un long raisonnement qui repose sur un ensemble de faits, complexes, mais solidement établis¹⁵¹.

36. L'erreur judiciaire, lorsqu'elle éclate, est incompatible avec la présomption de conformité au droit rattachée à l'acte juridictionnel. Le fait que des erreurs sont possibles fait apparaître la nécessité de pouvoir mettre en cause ladite présomption. L'ignorance pure et simple d'un acte juridictionnel vicié constituerait la sanction la plus primitive. Elle est cependant trop radicale. Son application serait incompatible avec la sécurité du droit. Tout acte juridictionnel qui ne réunit pas les critères qui lui permettent d'acquérir le bénéfice de la présomption formelle de validité et de régularité doit être écarté juridiquement, mais au terme d'une procédure spéciale.

Section 3. L'invalidité des actes juridictionnels

37. Sous l'empire de la procédure formulaire du droit romain classique, la sentence du iudex était en général inattaquable et l'effet exécutoire d'un jugement n'était qu'indirect. En cas d'opposition à l'exécution du jugement, une procédure séparée était nécessaire, l'*actio iudicati*. Un jugement qui n'était pas ainsi reconnu et validé restait sans effet. En particulier, un jugement qui avait été prononcé en violation d'une disposition du droit formel ou matériel ne

148 Fingas, 15; Hirschberg, 15; Kiwit, 82; Pour un exemple d'un malencontreux concours de divers facteurs: Lange 179-200; Nose, 403; Peters, Fehlerquellen II.

149 Nose, 405; Peters, Fehlerquellen II, 195; -, Fehlerquellen und Rechtsanwendung, 915.

150 Ci-dessous no 245; Fingas, 40; Kiwit, 106; Peters, Fehlerquellen II, 230.

151 Hirschberg, 82,95.

déployait pas d'effet ¹⁵². Il s'agissait d'un jugement nul, d'une *sententia nulla*, le condamné pouvant s'opposer à l'exécution en soulevant l'*exceptio nullitatis* voire l'*exceptio rei iudicatae*. La nullité d'un jugement était imprescriptible et point n'était besoin de l'invoquer par une voie de droit. *Appellare necesse non est* (Macer, Dig. 49,8,1).

L'idée de nullité absolue perdit son fondement avec l'introduction de l'appel au temps de l'Empire justinien. Au Moyen-Age, sous l'influence d'une application parallèle du droit romain et du droit germanique, l'*actio iudicati* fut remplacée par l'*actio nullitatis*. Il appartenait désormais non à celui qui voulait se prévaloir d'une sentence mais à celui qui entendait s'y opposer d'agir en justice. L'*actio nullitatis* pouvait être interjetée contre un jugement nul à titre préjudiciel ou principal, en tout temps, même après l'exécution de la peine ¹⁵³. Plus tard, l'exercice de l'action en nullité fut limité dans le temps: à trente ans d'abord (*querela nullitatis*) puis à moins. Au cours du dix-neuvième siècle, d'autres restrictions s'ajoutèrent. La faculté d'attaquer un jugement à titre préjudiciel ou par la voie d'une action disparut. L'action en nullité fut conçue comme une voie de recours subsidiaire, limitée à certains vices de forme ou de fond importants et rares. Ainsi, le principe de la nullité absolue se transforma graduellement en celui d'une nullité relative. L'acte juridictionnel absolument nul devint jugement annulable ¹⁵⁴.

38. Un acte juridique quelconque est régulier et valide lorsqu'il remplit les conditions matérielles et formelles requises pour produire l'effet auquel il tend. La sanction procédurale pour inobservation des formes prescrites est l'invalidité. Un système rigoureusement formaliste voudrait que toute irrégularité entraîne une invalidité absolue, c'est-à-dire la nullité de l'acte. C'était la solution primitive du droit romain classique. Mais une sanction aussi stricte paraît exagérée lorsque l'irrégularité est de peu d'importance. La sanction doit être en proportion avec la gravité de l'irrégularité. Les actes juridiques irréguliers peuvent donc être affectés d'une invalidité différenciée à trois degrés: la nullité relative, la nullité absolue et l'inexistence ¹⁵⁵. Chaque degré produit ses effets propres.

L'acte juridictionnel est un acte étatique qualifié. Il diffère et d'un acte juridique commun et d'un acte de procédure ordinaire parce qu'il émane d'un organe impartial et expert et parce qu'il jouit d'une autorité accrue du fait qu'il est pris en application d'une procédure particulière. Ses effets ne sont pas limités aux parties en cause. Bien qu'il existe une certaine ressemblance entre les causes de nullité des actes juridiques et celles des jugements, le régime des invalidités des actes juridictionnels est particulier ¹⁵⁶. La terminologie relative

152 Roeder, 250 note 4, 251.

153 Volk, 110.

154 Roeder, 252; Volk, 116.

155 Schüpbach, 32.

156 Schüpbach, 53.

aux degrés d'invalidité est plutôt imprécise ¹⁵⁷. Selon la gravité de l'irrégularité qui affecte l'acte, mais surtout eu égard aux effets pratiques, la doctrine distingue les jugements annulables, les jugements sans effets ou absolument nuls et les jugements inexistants.

39. Les jugements annulables ou relativement nuls.

L'invalidité de ces actes juridictionnels est essentiellement relative. Ils sont affectés d'un vice qui ne leur est pas nécessairement néfaste. L'irrégularité ne devient fatale que lorsqu'elle est soulevée au travers d'une voie légale. Le vice qui entache le jugement peut tenir à la décision elle-même. Il y a alors mal-jugé. L'irrégularité provient d'une erreur dans l'application du droit ou de la constatation des faits. Le vice peut aussi tenir aux conditions dans lesquelles la décision a été rendue. En ce cas, il y a nullité. Il est de coutume de distinguer entre vices de forme absolus et relatifs ¹⁵⁸. Les premiers incarnent une présomption irréfragable d'irrégularité et d'invalidité. Lorsqu'ils sont allégués et établis, ils entraînent obligatoirement l'annulation de l'acte. Les vices de forme relatifs entraînent l'annulation de l'acte uniquement si un préjudice résulte du vice. Mal-jugé ou nullité pour vice de forme entraînent une nullité relative de l'acte juridictionnel: le jugement est annulable. A défaut d'une annulation dans un délai déterminé, le vice, absolu ou relatif, guérit et l'acte juridictionnel devient valide. Quant à l'annulation du jugement, elle ne déploie en principe pas d'effets rétroactifs. Les actes accomplis en procédure notamment demeurent valides et efficaces.

A la différence d'un acte juridique ordinaire, un jugement ne peut être entrepris par la voie d'une action en nullité ou de l'exception. Selon l'adage français "voies de nullité n'ont lieu contre les jugements", un jugement ne peut être attaqué que par l'une des voies de recours établies par la loi et dans les conditions prévues pour son exercice. Le jugement affecté d'un vice engendrant une invalidité relative demeure valable jusqu'à son annulation. Celle-ci ne peut se faire qu'au moyen d'une voie de recours utilisable par les personnes définies par la loi et dans un délai généralement bref. Les voies de recours épuisées ou le délai pour leur exercice écoulé, le jugement devient définitivement valide. A partir de ce moment, il déploie toute son efficacité juridique ¹⁵⁹. La présomption de validité et de régularité est devenue irréfragable. L'irrégularité de forme ou de fond dont serait éventuellement entaché le jugement est couverte.

L'annulation d'un jugement, susceptible d'acquérir toute son efficacité juridique, exige une constatation judiciaire constitutive en ce sens. Elle suppose une décision d'annulation de l'autorité de recours.

157 Imboden, 5; Löwe-Rosenberg, Schäfer, Einl. Kap. 16 note 1a); Schüpbach, 36.

158 Ci-dessous no 152.

159 Löwe-Rosenberg, Schäfer, Einl. Kap. 16 no 1 in fine; Piquerez, Précis, no 623.

40. Les jugements inexistant.

L'acte juridictionnel inexistant appartient au non-droit: il doit être ignoré. Le jugement inexistant n'oblige personne et ne produit strictement aucun effet. Dans un certain sens, le terme renferme une *contradictio in adiectio* et certains auteurs, implicitement ou explicitement, n'admettent pas cette catégorie de la classification ¹⁶⁰. Lorsque l'acte juridictionnel répond aux conditions matérielles ou formelles minimales d'un jugement, l'acte constitue un jugement valide, affecté, cas échéant, d'un vice qui, ultérieurement, est couvert s'il n'a pas été attaqué. Lorsque l'une des conditions essentielles requises fait défaut, les fondements d'une présomption de validité et de régularité formelle font défaut. L'on ne saurait donc parler d'un jugement. Il s'agit d'un aliud, d'un non-jugement ¹⁶¹. Les difficultés surgissent bien entendu dans la désignation des critères susceptibles de définir l'acte juridictionnel, respectivement dans la définition des vices irrémédiables qui empêchent un acte d'être ou d'acquérir la qualité de jugement.

La violation des règles relatives à la formation du pouvoir et à la compétence de juger peut entraîner l'inexistence juridique de l'acte. Il en va ainsi d'une décision émanant d'un organe étatique sans pouvoir juridictionnel régulier ¹⁶². Il n'y a par exemple pas acte juridictionnel lorsqu'un ancien juge condamne son invité à la suite d'un procès simulé avec la participation d'un procureur et d'un avocat à la retraite ¹⁶³. Il n'y a pas non plus jugement répressif lorsqu'un juge civil prononce une condamnation pénale. Ces cas, flagrants, sont hypothétiques. En pratique, la composition irrégulière d'un tribunal ou l'incompétence matérielle ou *ratione loci* ne forment qu'un vice confirmable. L'irrégularité est considérée comme un dépassement des pouvoirs du tribunal. Le vice ne constitue alors que la cause d'une annulation virtuelle du jugement.

Il se peut en revanche qu'un jugement soit inexistant en raison de la qualité défectueuse de son contenu. L'évidence avec laquelle se manifeste le vice est déterminante ¹⁶⁴. Ainsi le jugement prononcé contre une personne non soumise à la juridiction pénale serait inexistant. De même lorsque la sanction prononcée est étrangère au système des sanctions établis par la loi, la peine de mort ou le châtement corporel par exemple. Un jugement est inexistant lorsqu'il est dépourvu de dispositif ou que celui-ci est rédigé de façon que son exécution matérielle est impossible ¹⁶⁵.

L'inexistence d'un acte juridictionnel se passe d'une constatation judiciaire. Dépourvu de toute efficacité juridique, le jugement inexistant ne

160 Imboden, 6,10; Löwe-Rosenberg, Schäfer, Einl.Kap. 16 no 41; Roeder, 264,303.

161 Roeder, 263,265.

162 Roeder, 269,277; Stratenwerth, Verantwortung, 128.

163 Friedrich Dürrenmatt, Die Panne, Zürich, 1956.

164 Stratenwerth, Verantwortung, 129.

165 Roeder, 271,288-292.

déploie aucun effet, ni procédural, ni matériel. L'acte juridictionnel inexistant pose néanmoins problème pour toute autorité qui s'y trouve confrontée, que ce soit l'autorité de recours ou d'exécution, par exemple. L'utilisation des voies de recours est en bonne logique exclue; elle suppose l'existence d'un jugement. A réception d'un recours, l'autorité supérieure doit alors le déclarer irrecevable¹⁶⁶. Si elle l'accueille, elle se doit de résoudre quelques questions épineuses¹⁶⁷. L'autorité administrative pour sa part n'exécute une sanction qu'en vertu d'un titre exécutoire valide. L'exécution d'un jugement implique un contrôle du moins sommaire de sa validité. L'acte juridictionnel, en raison des nombreuses garanties qu'offre la procédure dont il est issu, est investi d'une autorité renforcée¹⁶⁸. Il n'appartient pas à l'autorité administrative de contrôler le pouvoir judiciaire. L'examen s'effectue par conséquent à l'aide de critères essentiellement formels. Il porte sur l'existence d'un titre exécutoire uniquement. L'autorité administrative ne s'intéresse qu'au dispositif du jugement. En aucun cas elle ne pourra constater l'inexistence d'un jugement.

41. Les jugements absolument nuls ou sans effets.

Deux qualités distinguent le jugement dit absolument nul. Il est jugement quant à son existence mais, en même temps, c'est un non-jugement quant à ses effets¹⁶⁹. Formellement existant, il est pourtant à toujours inapte à produire un effet juridique quelconque; il est matériellement inexistant. L'irrégularité qui affecte ce type de jugement constitue un vice d'une gravité particulière. Elle paralyse irrémédiablement et définitivement tous les effets que déploie normalement un jugement. Une constatation judiciaire de la nullité s'impose puisque, en fait, au plan formel, l'acte juridictionnel existe. Cette constatation n'a toutefois que valeur déclarative car, à tous égards, l'invalidité est irréparable.

La catégorie des jugements absolument nuls est la plus complexe des degrés d'invalidité. Elle soulève un certain nombre de questions délicates.

La notion déjà de jugement absolument nul est controversée. La nullité est un concept. Il exprime l'antithèse de l'acte juridictionnel régulier, conforme et valide. C'est l'absence d'une efficacité juridique quelconque. D'aucuns renient dès lors le concept même de la nullité absolue. Ils se bornent à distinguer entre actes juridictionnels exempts de tout vice, parfaits et dès lors valides, et actes annulables en raison d'un défaut suffisamment grave. Cette opinion suit en toute rigueur la lettre de la loi. Le législateur a prévu l'éventail complet des irrégularités qui justifient l'invalidation d'un jugement ainsi que les moyens pour les invoquer afin d'obtenir l'annulation du jugement¹⁷⁰. Il n'y a

166 Un exemple rare: RJN 3 II 49,51.

167 Ci-dessous no 41.

168 Imboden, 74; Roeder, 296; Schüpbach, 48 in fine.

169 Schüpbach, 38.

170 Grünwald, 256; Löwe-Rosenberg, Schäfer, Einl. Kap.16 no 41; Roeder, 254.

pas de raison d'admettre qu'un vice non prévu par la loi puisse entraîner une sanction plus incisive encore que l'annulation de l'acte, à savoir sa nullité absolue. Un vice, même lorsqu'il est grave, constitue tout au plus, à condition d'être prévu par la loi, une cause d'annulation de l'acte vicié. Cependant, l'existence formelle d'un jugement est à distinguer de son existence normative ou matérielle. L'acte juridictionnel, dans son apparence purement formelle, affirme déjà une certaine autorité, notamment en raison de la présomption de régularité et de validité dont il est d'emblée assorti. Un jugement peut être entaché d'un vice qui, sans être apparent au point d'enlever à l'acte l'aspect et les qualités externes d'un jugement, ce qui alors aurait pour effet de le rendre carrément inexistant, affecte son efficacité juridique et l'empêche de déployer ses effets normaux. La doctrine allemande a adopté la catégorie des jugements sans effets. Elle précise aussi que les cas sont exceptionnels¹⁷¹. La jurisprudence allemande l'a reconnue en théorie sans jamais l'avoir admise en pratique¹⁷². Quant à la doctrine française, elle ignore la catégorie des jugements absolument nuls. Elle relègue de tels actes dans la catégorie des jugements annulables; à la rigueur, elle les considère comme inexistant¹⁷³.

Une définition de la nullité absolue n'est pas simple à trouver. Quelques auteurs passent par une clause générale. Le jugement absolument nul doit être considéré comme tel lorsque il en va des intérêts et de la crédibilité de la justice. Le vice qui affecte l'acte est si grave que la constatation de la nullité s'impose au nom de la sécurité et du respect du droit. Autrement dit, le vice doit être patent, évident. Il apparaît de façon flagrante, sans qu'il soit besoin d'étudier la question pour le découvrir. Il peut atteindre l'acte aussi bien dans son aspect formel que dans son contenu matériel. Cette irrégularité manifeste prive d'emblée l'acte juridictionnel de toute autorité. Satisfaisante du point de vue théorique, cette clause générale pose davantage de problèmes dans son application concrète.

D'autres auteurs précisent la notion de nullité absolue à l'aide d'exemples. Selon la doctrine, un jugement rendu en violation flagrante de certaines règles fondamentales de la procédure est généralement considéré comme absolument nul. Sont notamment considérés comme absolument nuls: le jugement pénal prononcé contre une personne qui ne serait pas soumise à la juridiction étatique¹⁷⁴, le jugement qui transcende l'objet de la procédure, par exemple en condamnant un tiers à la place du prévenu ou en condamnant le prévenu pour des faits non visés dans l'acte d'accusation¹⁷⁵, le jugement prononcé en violation du principe *ne bis in idem*¹⁷⁶. La nullité absolue sanctionne en outre certaines irrégularités qui touchent au droit de fond. Les

171 Henkel, 306; Peters, Strafprozess, 519; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, nos 251,252.

172 Lampe, 35,36; Löwe Rosenberg., Schäfer, Einl. Kap.16 no 7.

173 Schüpbach, 39.

174 Löwe-Rosenberg, Schäfer, Einl.Kap.16 no 3; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, no 254.

175 Henkel, 444; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, nos 256,293.

176 Peters, Strafprozess, 521; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, no 257.

auteurs qui ne reconnaissent pas la catégorie des jugements inexistants, considèrent alors comme absolument nul un jugement qui condamnerait le prévenu à une peine qui est inconnue du système des sanctions ¹⁷⁷, ainsi la condamnation d'un mineur à une peine prévue par le droit des adultes ¹⁷⁸.

Tout intéressé peut se prévaloir de la nullité absolue d'un jugement. Il peut aussi valablement renoncer à l'invoquer. La constatation de la nullité est néanmoins nécessaire. Bien que purement déclarative, elle ne reste pas pour autant sans conséquences. En cas de nullité, toute la procédure ayant conduit au jugement est mise à néant; procédure et acte juridictionnel sont réputés nonavenus. Les actes de procédure accomplis sont inefficaces; l'instance doit en principe être reprise ab initio. La constatation de la nullité affecte aussi d'éventuels actes subséquents. Une décision ou des actes de procédure fondés sur un jugement dont la nullité a été constatée se trouvent anéantis de plein droit. Ils sont annulés par voie de conséquence.

Enfin, le jugement absolument nul soulève une question encore. Quelle est la voie légale pour invoquer la nullité absolue d'un acte juridictionnel? Une action principale en constatation de la nullité est exclue ¹⁷⁹. Quelques auteurs estiment que l'utilisation des voies de recours est péremptoire. Cela signifie que lorsque les voies de recours ordinaires n'ont pas été exercées dans les délais ou qu'elles sont épuisées, le jugement est devenu inattaquable. Cette manière de voir est insatisfaisante. Elle ne résout notamment pas le problème que pose le jugement absolument nul dont l'irrégularité est due à une fausse application de la loi. Dans cette hypothèse, l'utilisation de la voie d'un recours extraordinaire est en effet généralement exclue. D'autres auteurs pensent que les voies de recours sont véritablement exclues ¹⁸⁰. Le jugement frappé de nullité absolue est inefficace. Il ne déploie aucun effet et ne parvient dès lors pas à clore ni l'instance, ni la procédure engagée. L'affaire ne saurait par conséquent être transmise et faire l'objet d'une nouvelle instance. Il y a lieu, cas échéant, de se prévaloir de la nullité du jugement à l'occasion d'une procédure ultérieure. Ainsi serait-il possible d'invoquer la nullité du jugement auprès des autorités administratives pour s'opposer à son exécution ou d'adresser une demande en interprétation du jugement à l'autorité judiciaire. La doctrine dominante, dans l'intérêt de la sécurité juridique et pour des raisons pratiques sans doute, admet toutefois l'utilisation des voies de recours contre les jugements absolument nuls ¹⁸¹. Cette solution, pragmatique, pose néanmoins un problème majeur. Lorsque la nullité absolue n'a pas été soulevée au moyen d'une voie de recours ordinaire, la question peut-elle faire l'objet d'une nouvelle procédure après l'échéance des délais de recours? Dans la négative, cela revient à accorder

177 Henkel, 307; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, no 255.

178 Luther, 93,99; Peters, Strafprozess, 520.

179 Ci-dessus no 39.

180 Henkel, 307 note 19; Luther, 100,103.

181 Grünwald, 253; Peters, Strafprozess, 524; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, no 251 note 456; Stratenwerth, Verantwortung, 136,137.

l'effet négatif de l'autorité de chose jugée au jugement sans effet, ce qui est une contradiction criarde. Dans l'affirmative, une constatation purement déclarative de la nullité, sans aucune conséquence pratique, est peu satisfaisante. La voie du recours extraordinaire de la révision n'est quant à elle ouverte que si des faits ou des moyens de preuve nouveaux sont découverts. En cas de fausse application du droit, le pourvoi extraordinaire dans l'intérêt de la loi, propre au droit français, n'offre qu'un remède théorique¹⁸². Il n'est pas ouvert aux parties et ne permet de remédier qu'à l'irrégularité juridique. Il reste sans conséquences sur les effets et notamment sur l'existence du jugement vicié¹⁸³. Une voie de recours extraordinaire, permettant d'entreprendre pour fausse application du droit un jugement qui a déjà qualité de chose jugée, pourrait constituer la solution au problème¹⁸⁴. Un tel moyen est toutefois étranger à notre système.

Section 4. La finalité des voies de recours

42. La décision est le résultat de l'activité juridictionnelle. Le contrôle de celle-là permet de superviser celle-ci. En cela, les voies de recours sont le moyen de sanctionner l'activité juridictionnelle. Le recours permet de critiquer une décision rendue au terme d'une procédure afin d'en obtenir une autre, présumée meilleure. Le contrôle de l'activité juridictionnelle peut être limité, se réduire à l'examen d'un point critiqué précis. Il peut être large et entraîner le réexamen complet de la cause. Un contrôle successif par plusieurs juridictions est possible.

La règle du double degré de juridiction est considérée comme une garantie fondamentale de bonne justice. En vertu de cette règle, une cause peut être soumise à la connaissance de deux juridictions successives. Dans un sens absolu, cela signifie un double examen de l'affaire à tous points de vue, ce qui se traduit notamment par la répétition de la procédure d'établissement des faits et une nouvelle étude complète des questions de droit. L'opération se solde par un nouvel acte juridictionnel final. En pratique, la règle du double degré de juridiction est considérablement tempérée.

43. Il convient de préciser en premier que le principe du double degré de juridiction, au sens d'une répétition complète de toute la procédure en une instance nouvelle, n'est pas garanti. Si la loi prévoit des voies de recours, elle n'assure par là nullement le réexamen complet en fait et en droit d'une cause. Il n'y a point d'obligation pour un Etat de droit de créer des voies de recours, ni

182 CPP français art. 621; aussi CPP autrichien §§ 33,292.

183 Bouzat/Pinalat, no 1513; Merle/Vitru, no 747; Pradel, no 641.

184 Grünberg, 260,261.

pour le justiciable un droit à l'utilisation de celles-ci ¹⁸⁵. En matière pénale cependant, une personne déclarée coupable d'une infraction a le droit de faire revoir la déclaration de culpabilité ou la condamnation par une juridiction supérieure. La garantie, expresse, figure dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ¹⁸⁶ ainsi que dans le protocole n° 7 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ¹⁸⁷.

Le législateur fédéral, sur la base de l'art. 114 Cst.féd., a confié au Tribunal fédéral le contrôle des jugements pénaux cantonaux. Ne portant que sur la conformité desdits jugements au droit fédéral, le contrôle exercé par le Tribunal fédéral est limité. La Constitution fédérale n'impose pas au législateur de prévoir un contrôle des faits, ni l'obligation de créer un moyen de droit à l'encontre de tout jugement pénal ¹⁸⁸. Quant aux voies de recours au niveau cantonal, leur réglementation est du ressort des législateurs cantonaux. Les cantons sont, à une exception près, libres de créer une voie de recours contre les jugements pénaux ¹⁸⁹. Les cantons sont tenus de prévoir une *revisio propter nova* en vertu du droit fédéral; l'art. 397 CPS leur impose un moyen de droit pour permettre de faire valoir des faits ou des moyens de preuves nouveaux, inconnus du juge lors d'un premier procès. Au niveau cantonal, les tribunaux répressifs peuvent donc statuer en instance unique. Un contrôle des faits, voire la reprise de l'affaire *ab ovo* ne sont, a fortiori, pas garantis.

La plupart des cantons ont néanmoins intégré dans leur système judiciaire la règle du double degré de juridiction. Mais ils suppriment ou restreignent considérablement la faculté d'une révision des faits. En cas de recours, la répétition de l'instruction des faits n'est généralement pas prévue pour les causes de minime importance. Le contrôle des faits est souvent exclu dans les affaires graves ou d'une difficulté particulière qui sont jugées par un tribunal avec concours de jurés. Les garanties sont alors renforcées en première instance: autorités ou tribunaux spécialisés, instruction à plusieurs degrés, augmentation du nombre de juges, renforcement des droits et des possibilités d'intervention de la défense. Lorsqu'une administration des faits est prévue en instance de recours, le principe du double degré de juridiction est, en pratique, souvent déjoué par le mécanisme de l'évocation. La juridiction du second degré possède généralement le pouvoir d'attirer à elle l'ensemble de l'affaire. Cela lui permet notamment de statuer sur des questions dont le premier juge n'a pas été saisi et qui, par conséquent, n'ont pas été jugées en première instance ¹⁹⁰.

185 Frowein/Peukert, 135 no 52; Michler/Vogler, 81 no 272.

186 Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, art. 14 ch. 5.

187 Convention européenne des Droits de l'Homme, protocole n° 7 du 22.11.84, approuvé par l'Assemblée fédérale le 20.3.87 (RO 1988, p. 1596), ratifié par le Conseil fédéral le 24.2.88, c. e. v. pour la Suisse le 1.11.1988, RS 0.101.07.

188 Haller, ad art. 114 nos 6, 10; Protocole CEDH n° 7 art. 2 ch. 2.

189 268 CPPF; Hauser, Kurzlehrbuch, 310.

190 Ci-dessous no 166.

Il apparaît dès lors que le principe du double degré de juridiction est une garantie très relative. Dans son essence, il est réduit à un contrôle virtuel de la déclaration de culpabilité ou de la condamnation. Le nouvel examen complet, en fait et en droit, d'une affaire pénale n'est pas assuré.

44. Des irrégularités, des erreurs ou des injustices peuvent affecter une décision. Un système de voies de recours permet d'éliminer ou de corriger le vice attaché à un acte juridictionnel¹⁹¹. L'objectif d'un recours est l'obtention d'un meilleur jugement, d'une décision nouvelle, plus juste, plus claire ou plus correcte que la première, supposée viciée. Un acte juridictionnel doit non seulement se conformer à certains critères formels, mais doit être, dans son essence, juste et exact¹⁹². La finalité du recours se situe dès lors essentiellement, si ce n'est exclusivement, dans le domaine matériel: c'est la correction d'une erreur, l'élimination d'un vice qui affecte la présomption d'exactitude et de justesse de l'acte juridictionnel. Accessoirement, les voies de recours présentent un caractère disciplinaire. Le jugement sur recours est une sanction de l'activité du premier juge. L'existence d'une voie de recours produit sans doute sur lui un effet psychologique.

La compréhension avant tout matérielle de la fonction du recours se traduit par une conception assez singulière du recours en matière procédurale.

45. Selon une idée répandue, les recours ordinaires prolongent la procédure originaire, au contraire des recours extraordinaires, qui ouvrent une instance nouvelle, distincte et indépendante de celle dont est issu l'acte juridictionnel attaqué¹⁹³. La distinction entre les voies de recours ordinaires et extraordinaires tient ici à la qualité de chose jugée¹⁹⁴.

Un jugement, une fois rendu, n'entre pas immédiatement en force et il n'est notamment pas exécutoire dès le prononcé de son dispositif. L'entrée en force et l'effet exécutoire de l'acte sont généralement différés de par la loi afin de permettre aux parties au procès, exceptionnellement à un tiers, de manifester leur éventuelle opposition en formant un recours contre celui-ci. Le délai est court. Le jugement se trouve, pour cette période, dans un état d'efficacité latente. Le recours ordinaire ne peut être engagé que pendant cette période, c'est-à-dire, avant l'entrée en force de l'acte attaqué. L'interjection du recours ordinaire ou une décision du juge prolongent en général l'état d'efficacité latente dans lequel se trouve temporairement le jugement¹⁹⁵, ce qui, notamment, a pour effet de l'empêcher d'acquiescer à la chose jugée et

191 Hauser, *Kurzlehrbuch*, 266; Noll, *Strafprozessrecht*, 104; Piquerez, *Précis*, no 1995; Schmid, N., no 954.

192 Ci-dessus nos 15,30.

193 Decurtins, 15,16; Eckert, 21; Hagenbüchle, 15; Hauser, *Kurzlehrbuch*, 267; Jaeger, op. cit. 4,5; Litschgi, op. cit. 6,7; Raymann, 22; Sträuli, 225; Waiblinger, *Aufgaben*, 401.

194 Ci-dessus, avant-propos; ci-dessous nos 56 et 65ss.

195 Ci-dessous no 128.

de retarder en particulier son effet exécutoire. Dans cet esprit, un recours ordinaire est en quelque sorte compris dans la procédure originaire qu'il prolonge. Un acte juridictionnel sans qualité de chose jugée n'est rien. Une procédure ou un procès ne se termine réellement que par un jugement entré en force. L'idée est surtout courante en procédure civile ¹⁹⁶.

Il en va différemment des voies de recours extraordinaires. Tout comme le recours ordinaire, le recours extraordinaire exprime une opposition à un jugement. A la différence du recours ordinaire toutefois, le recours extraordinaire s'attaque à un jugement pleinement efficace et n'aboutit que lorsque, à la lumière de données nouvelles, un réexamen et un nouveau jugement de la cause se justifient. Or, l'existence d'un jugement en force empêche toute nouvelle décision ce qui oblige, logiquement, à commencer par le réduire à néant. La procédure sur recours extraordinaire comprend par conséquent deux phases: le rescindant et le rescisoire. Le rescindant tend à l'annihilation du jugement entrepris, le rescisoire permet de rejurer la cause dans la mesure où le jugement entrepris a été annulé. Rescindant et rescisoire ne sont pas nécessairement prononcés par la même autorité. Le recours extraordinaire est donc, dans un premier temps, directement dirigé contre une décision déjà en place et entièrement efficace. Plus spécifiquement il vise à mettre à néant la qualité de chose jugée de l'acte juridictionnel attaqué, qualité principale qui permet à celui-ci d'être efficace.

Du fait que seule une décision dotée de la qualité de chose jugée parvient à clore l'instance d'un procès, le recours ordinaire, qui intervient avant l'entrée en force de l'acte juridictionnel attaqué, a pour effet de prolonger la procédure originaire ¹⁹⁷. Le recours extraordinaire, dirigé contre un jugement ayant qualité de chose jugée, ouvre, quant à lui, une procédure séparée et entièrement nouvelle ¹⁹⁸.

46. Selon une autre théorie, la distinction entre les voies de recours ordinaire et extraordinaire dépend du pouvoir de cognition de l'autorité de recours. Le recours ordinaire permet essentiellement d'obtenir le réexamen et un jugement nouveau de l'affaire. Le recours extraordinaire vise le contrôle de la régularité d'une décision rendue. Recours ordinaire et extraordinaire sont dressés contre un jugement qui n'a pas encore acquis la qualité de chose jugée.

Le recours ordinaire permet de rejurer l'affaire. L'appel est généralement considéré comme la voie de recours ordinaire par excellence. Il ne vise en effet pas tellement à entreprendre un acte juridictionnel, mais sollicite un réexamen de la cause dans son entier. L'autorité de recours est appelée à juger complètement, en deuxième degré de juridiction, la cause dans

196 Raymond, 174 note 783.

197 Hagenbüchle, 15; Hauser, Kurziehrbuch, 267; Noll, Strafprozessrecht, 104; Peters, Strafprozess, 626.

198 Eckert, 21; Waiblinger, Aufgaben, 401.

ses éléments de fait et de droit. L'acte juridictionnel de l'instance de recours se substitue au jugement de première instance, que celui-ci soit infirmé ou confirmé. Dans cette optique, l'appel est une voie d'achèvement au sens propre du terme. L'instance d'appel est considérée comme le prolongement ou la continuation de la procédure originaire, une idée qui est surtout courante en procédure civile¹⁹⁹. La juridiction de recours est en effet chargée de poursuivre, de compléter ou de parfaire, en d'autres termes de mener effectivement à terme la procédure qui était pendante devant l'autorité inférieure.

Le recours extraordinaire, quant à lui, est dirigé contre le jugement. Ouvert dans les seuls cas déterminés par la loi, il ne permet de critiquer que certains vices. L'autorité de recours ne juge pas le procès, mais le jugement, à savoir la décision attaquée. Elle en vérifie la conformité à la loi et revoit donc la qualité de l'oeuvre du premier juge. En droit français, la cassation est traditionnellement qualifiée de voie de recours extraordinaire²⁰⁰.

47. Selon l'une et l'autre des théories présentées, la nature des voies de recours ordinaire et extraordinaire apparaît comme foncièrement antinomique. Ce n'est pourtant pas le cas. L'étude fonctionnelle des voies de recours le démontre. Le recours ordinaire, et l'appel en particulier, ne provoque pas la simple continuation de l'affaire devant une autorité nouvelle. La procédure en instance de recours n'est pas, en d'autres termes, le prolongement ou l'achèvement de l'instance originaire.

Si l'on suit les idées présentées ci-dessus, l'acte juridictionnel attaqué par un recours ordinaire n'a ni valeur, ni autorité. Avant d'avoir acquis la qualité de chose jugée, la décision ne présente qu'un intérêt très limité. L'acte juridictionnel rendu en instance originaire n'a, en quelque sorte, qu'un caractère provisoire. En cas de recours, le contenu de la décision rendue en instance première, avant de s'affirmer, doit être repris d'une façon ou d'une autre par la juridiction de recours. Il est façonné, modifié ou remplacé au gré de la décision et à la mesure de l'acte juridictionnel de l'autorité de recours. Le jugement de première instance se trouve de ce fait, en réalité, réduit au niveau d'un simple projet sans valeur juridique. La fonction du recours est celle d'une requête ordinaire tendant à la continuation de la procédure. Le recours aboutit lorsque des conditions essentiellement formelles sont remplies et qu'il est recevable. Le recours ordinaire, et notamment l'appel, a pour effet de déférer automatiquement à l'autorité de recours la cause dans son entier. Suivant ce raisonnement, l'objet du procès est identique en première instance et en instance de recours²⁰¹.

199 Guldener, *Zivilprozessrecht*, 505; Leipold, 290,291; Perrot, 1984; Walder, 474.

200 Bouzat/Pinatel, no 1454; Merle/Vitu, no 696; Pradel, no 586.

201 Ci-dessus no 25; Peters, *Strafprozess*, 622,626.

Matériellement, l'institution des voies de recours s'inscrit naturellement dans la finalité du système judiciaire. Le recours cherche l'obtention d'une décision plus juste ou plus correcte que la première. Mais l'objet de la procédure en première instance ne se confond de toute évidence pas avec celui en instance de recours. L'objet du procès pénal n'est pas celui du procès sur recours²⁰². La question à résoudre en instance de recours n'est pas la même que celle qui est posée en première instance. Cela apparaît, techniquement déjà, à plusieurs égards. Un retrait du recours après l'expiration du délai de recours entraîne l'entrée en force immédiate du jugement; l'acte juridictionnel attaqué survit donc manifestement à la déclaration de recevabilité du recours. En vertu de la loi ou par la volonté du recourant, l'examen de la cause en instance de recours peut être limité et ne porter que sur certains aspects choisis. L'affaire n'est donc pas, en pratique, nécessairement soumise en entier à un nouvel examen; il paraît alors difficile de soutenir que l'acte juridictionnel de l'autorité de recours succède à la décision première sur des points dont elle n'a pas connu. Ou encore, la juridiction de recours ne juge pas nécessairement le fond de l'affaire; la procédure de recours n'était pas pour autant sans objet lorsque l'autorité de recours renvoie la cause afin que la juridiction désignée par elle statue une nouvelle fois sur le fond de l'affaire²⁰³.

48. Une analyse fonctionnelle des voies de recours se doit de définir la finalité de celles-ci selon des critères processuels. Le recours traduit une opposition à une décision judiciaire. Le caractère contestataire du recours forge aussi le concept de sa finalité processuelle.

Le recours ouvre un nouveau débat, une nouvelle instance avec un objet nouveau qui se situe dans le domaine processuel et qui se distingue, matériellement, du premier.

Le recours met en cause l'existence d'un acte juridictionnel. Plus précisément, il attaque la présomption de validité et de régularité formelle dont l'acte est investi. Le procès en instance de recours a trait à la légitimité et à l'autorité de l'acte juridictionnel entrepris²⁰⁴. Selon le type de recours, la solution du procès oblige l'autorité supérieure à contrôler l'exactitude et la justesse matérielle de l'acte entrepris²⁰⁵. L'opération se traduit alors par un examen étendu ou limité, selon le pouvoir de cognition de l'autorité de recours, de l'objet du procès originaire. Dans le domaine processuel, l'attaque est dirigée contre la présomption formelle de validité et de régularité dont bénéficie l'acte entrepris. Cette présomption est le fondement utile et nécessaire à son autorité. En cas d'aboutissement du recours, cette présomption est ébranlée; l'acte juridictionnel perd son fondement. De ce fait, son autorité est dissoute.

202 Ci-dessus nos 23,25; ci-dessous nos 101ss.

203 Schweizer, 64,65.

204 Ci-dessous nos 101ss.

205 Ci-dessous nos 104,138.

L'acte juridictionnel, sans autorité ni fondement, n'a pas de raison d'être. Il doit être anéanti. L'autorité de recours, par conséquent, l'annule.

En d'autres termes, la finalité de tout recours est l'anéantissement d'un acte juridictionnel. Celui-ci se défend par ses qualités formelles et matérielles intrinsèques. Le recours vise à le faire chanceler dans son fondement pour détruire ainsi son autorité.

L'annulation d'un acte juridictionnel requiert une constatation judiciaire qui, en règle générale, est constitutive²⁰⁶. Lorsque le recours aboutit, l'annulation doit nécessairement être prononcée dans la décision de l'autorité de recours²⁰⁷. A l'inverse, lorsque l'acte juridictionnel entrepris résiste à l'attaque, l'autorité de recours, par sa décision de rejet, confirme l'acte attaqué²⁰⁸. Ce faisant, elle ne renforce cependant ni le fondement, ni l'autorité de l'acte entrepris. L'acte confirmé n'est en effet ni meilleur, ni plus juste qu'auparavant. La décision sur recours se limite à constater que l'acte attaqué repose de bon droit sur la présomption de validité et de régularité dont il a bénéficié depuis sa genèse.

La décision qui statue sur le recours met fin à l'instance; le procès sur recours est terminé. Si l'acte attaqué est confirmé, l'issue du procès au fond est également scellée. En cas d'annulation de l'acte entrepris, seule l'instance engagée processuellement trouve son terme. Le procès matériel est réouvert. L'annulation de l'acte attaqué prive le procès originaire de sa décision finale. Le procès au fond est repris et continue jusqu'à l'aboutissement d'une nouvelle décision au fond²⁰⁹.

49. Le jugement vicié dont l'erreur n'a pas été rectifiée pose un problème théorique très particulier²¹⁰ dans la mesure où il consacre juridiquement une situation qui dévie d'une manière importante de la réalité. Avec l'acquisition de la qualité de chose jugée, le jugement entre en force et devient exécutoire. Le condamné ne peut s'opposer à l'exécution d'un jugement définitif. Il ne peut pas, en particulier, invoquer la légitime défense²¹¹. Comment justifier alors l'autorité d'une décision erronée, voire injuste, et rendre son exécution compatible avec l'ordre juridique?

Selon certains auteurs le problème est en rapport avec la chose jugée. Le jugement vicié, entré en force, est valide et doit être exécuté au nom de la sécurité du droit. Si cette exécution est parfaitement irrégulière pour les uns,

206 Ci-dessus nos 39,41.

207 Ci-dessous nos 159ss.

208 Ci-dessous nos 138,155ss.

209 Ci-dessous nos 171,174.

210 Ci-dessus no 30 in fine.

211 Peters, Strafprozess, 503 in fine; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, nos 6,286; Stratenwerth, Verantwortung, 135 note 34.

pour d'autres, elle serait même conforme au droit ²¹². Ces auteurs se résignent à une solution contradictoire. D'autres entendent éviter la contradiction par une double appréciation. Selon les uns, l'exécution d'un jugement vicié serait contraire à l'ordre juridique matériel, mais conforme aux critères formels et formalistes d'une appréciation purement processuelle. L'exécution de la décision reposant sur un titre formellement exécutoire et valide, elle est légitime en raison du devoir de fonction auquel doivent obéir les agents qui en sont chargés. Selon d'autres, il y a lieu d'apprécier séparément le jugement et son exécution d'une part, et les conséquences qui en découlent de l'autre ²¹³. L'exécution d'un acte juridictionnel à tout point de vue conforme au droit est susceptible d'entraîner, exceptionnellement, des conséquences contraires au droit. Les solutions proposées sont artificielles et guère concluantes ²¹⁴.

Nous avons vu que l'acte juridictionnel bénéficie d'une présomption initiale de conformité au droit aussi bien d'un point de vue formel que matériel. C'est la présomption formelle toutefois qui constitue le fondement suffisant mais nécessaire à l'autorité du jugement ²¹⁵. Lorsque, de toute évidence, la présomption formelle fait défaut, la décision n'oblige personne ²¹⁶. Mais elle n'est pas absolue. Il est possible de remettre en question l'autorité d'un jugement par l'utilisation des voies de recours. A défaut d'avoir été mise en cause à temps, la présomption devient irréfragable et le jugement efficace. L'autorité d'un jugement, ses effets obligatoire et exécutoire notamment, reposent dès lors sur une présomption définitive de sa conformité au droit. Une présomption ne recouvre pas nécessairement la réalité. Ce qui, à un moment, devient obligatoire et exécutoire, n'est pas nécessairement conforme au droit. Effet obligatoire et conformité au droit peuvent donc ne pas s'accorder et le jugement vicié devenu définitif se caractérise précisément par un hiatus entre les deux. L'effet obligatoire et exécutoire d'un acte juridictionnel tenant à la présomption de conformité au droit, le jugement vicié est irrégulier, mais obligatoire et exécutoire ²¹⁷.

C'est dans ce contexte que l'annulabilité d'un acte juridictionnel se révèle être un mécanisme central dans le système judiciaire. La faculté, limitée dans le temps, de contester et éventuellement de réfuter l'autorité d'un jugement justifie le fait que l'on considère, à un certain moment, comme définitive la présomption de conformité au droit qui est rattachée à cet acte juridictionnel. C'est en raison de cette présomption, presque irréfragable après

212 Henkel, 442; Niese, 121, 123; Nowakowski, 34; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, no 285; Spinellis, 37,38.

213 Sax, 37,42.

214 Niese, 122; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, no 285; Stratenwerth, Verantwortung, 131,132.

215 Ci-dessus nos 29,30.

216 Ci-dessus no 40.

217 Stratenwerth, Verantwortung, 133.

écoulement du délai de recours, que tout jugement, vicié ou non, devient efficace et exécutoire.

Chapitre 3. La nature juridique des voies de recours

50. La doctrine a longtemps soutenu que le droit et l'action étaient confondus, que celle-ci n'était rien d'autre que le droit porté en justice ²¹⁸. Aujourd'hui, les auteurs ont définitivement séparé ces deux notions.

La procédure civile considère parfois l'action comme une "voie de droit" que l'on emprunte pour obtenir du juge la reconnaissance ou la protection d'un droit ²¹⁹. Cette manière de voir confond le droit de saisir un tribunal et l'exercice de ce droit, qui est l'acte introductif d'instance. De même on admet souvent que l'action est le "pouvoir légal" de demander à une autorité juridictionnelle de sanctionner un droit ²²⁰. Mais l'action est plus que cela, plus qu'une simple virtualité; elle est ce droit d'obtenir une décision judiciaire sur le fondement d'une prétention, de faire constater la violation d'une règle de droit et de faire ordonner la sanction prévue par la loi ²²¹. Elle ne suppose donc pas nécessairement l'existence d'un droit substantiel; elle est un droit subjectif de nature purement processuelle, dont le sujet passif est le juge.

L'accès aux tribunaux est lié à certaines conditions générales telles que la recevabilité, la capacité, la qualité ou l'intérêt pour agir en justice, et particulières, telles que le délai, l'objet ou la forme de la demande. Le bien-fondé d'une action n'est pas une condition de son existence, mais de son succès: chacun a le droit d'obtenir du juge qu'il ordonne à son voisin de faire moins de bruit. Peu importe, à ce stade, que celui-ci en fasse effectivement ou non.

L'exercice d'une action produit des effets. Elle est ordinairement introductive d'instance et fait naître un lien juridique de nature procédurale entre les parties et entre celles-ci et le juge. D'elle découlent des droits et des obligations en faveur et à charge des parties et du juge. Elle crée la litispendance.

51. Sous plusieurs aspects, le recours apparaît indubitablement comme une action de nature spéciale. La doctrine française attribue d'ailleurs généralement

218 Ci-dessus nos 5,20; Brethe, nos 469,470; Solus et Perrot, no 99.

219 Morel, no 22.

220 Solus et Perrot, no 94.

221 Brethe, 507.

aux voies de recours la qualité d'actions²²². A l'instar de l'action, le recours est un pouvoir à caractère processuel. On distingue, en matière de recours également, le droit de recours et l'acte par lequel il s'exerce qui est, par définition, facultatif et pour lequel il faut aussi un intérêt juridique. A l'instar de l'action, le recours introduit une instance. On distingue en outre le droit de recours et la prétention qu'il porte en justice, à savoir la demande en élimination d'un acte juridictionnel. Comme l'action, il provoque généralement une décision sur le fond de la cause. A la différence d'une action cependant, la cause d'un recours, son objet, est de nature exclusivement processuelle²²³. L'autorité qui statue sur recours est une autorité judiciaire. Des règles précises de compétence territoriale et matérielle déterminent l'accès à l'autorité compétente. L'examen du fond du recours présuppose le contrôle de son admissibilité; l'exercice d'un recours est lié à des conditions de recevabilité générales et spécifiques. Capacité d'ester et qualité pour agir en justice sont similaires pour l'exercice d'une action ou d'un recours. Des conditions de forme et de temps régissent l'interjection d'un recours. Comme en matière d'action, la litispendance ou l'existence d'une décision définitive en la matière empêchent un recours d'aboutir.

52. La doctrine traditionnelle divise les actions selon des critères de droit matériel. Le droit civil sépare les actions personnelles des actions réelles, les actions pétitoires des actions possessoires, les actions mobilières des actions immobilières²²⁴. Le droit pénal connaît l'action pénale et l'action civile.

Des auteurs, spécialement en Allemagne, se sont livrés à une autre classification²²⁵ et distinguent les actions en constatation ou déclaratoires (Feststellungsklagen), les actions condamnatoires (Leistungsklagen) et les actions formatrices ou en modification du droit (Gestaltungsklagen). De même, cette classification distingue les jugements déclaratoires (Feststellungsurteile), les jugements condamnatoires (Leistungsurteile) et les jugements formateurs ou constitutifs (Gestaltungsurteile), cette dernière catégorie étant récente aussi bien pour les actions que pour les jugements. Certains ramènent la classification tripartite à une classification bipartite, plaçant l'action et le jugement condamnatoires dans la catégorie des actions et jugements formateurs²²⁶.

L'objet de l'action détermine la collocation de celle-ci ou celle du jugement dans l'une des catégories de la classification. L'action formatrice, par exemple, a pour but de créer ou modifier une situation juridique. En principe, l'exercice d'un droit formateur ne dépend que d'un acte unilatéral manifestant la volonté de son titulaire. Ainsi en va-t-il, par exemple, pour la résiliation d'un

222 Motulski, Droit processuel, 56; Schüpbach, 26, 50, 200; Schweizer, 64 note 210 et les auteurs cités.

223 Ci-dessous nos 101ss.

224 Morel, no 53; Solus et Perrot no 120.

225 Habscheid, Zivilprozess, no 341; Pfeifer, 24; Ramer, 2; Schlosser, 16.

226 Schlosser, 107.

bail. Il est cependant des cas où l'exercice d'un droit formateur implique l'utilisation d'un passage obligé. Le titulaire du droit doit intenter une action formatrice spécifiquement prévue par la loi, qui donne lieu à un jugement formateur, par exemple pour l'obtention du divorce (art. 137 CC), pour la prolongation du bail (art. 272 CO) ou pour la dissolution d'une société anonyme (art. 736 ch.4 CO). Le législateur en a voulu ainsi pour éviter toute ambiguïté quant à la modification de certaines situations juridiques délicates. Les cas dans lesquels le titulaire d'un droit formateur est contraint de procéder par la voie judiciaire sont limitativement prévus dans la loi²²⁷. Comme tout acte juridictionnel, le jugement formateur acquiert, à un certain moment, qualité de chose jugée. La modification de la situation juridique devient alors définitive. La question est controversée de savoir si l'objet d'une action formatrice renferme le droit formateur matériel seulement ou si, en outre, il contient une prétention envers l'Etat qui, sur requête est tenu d'opérer la modification demandée. Elle n'a toutefois pas à être résolue ici²²⁸.

53. Il est des actions formatrices et des jugements formateurs non seulement en droit de fond mais aussi en matière procédurale²²⁹. Ils visent à modifier une situation juridique dans le domaine procédural. Une modification importante de la situation processuelle se répercute naturellement sur le plan matériel. Le plus souvent même, l'action formatrice processuelle ne fait que traduire une volonté de modifier la situation matérielle.

La décision d'exequatur par exemple est une décision formatrice processuelle. Elle crée, dans le domaine procédural, une nouvelle situation juridique, en accordant l'effet exécutoire à un jugement étranger²³⁰. Les conséquences de cette décision sont, pour l'essentiel, matérielles. A défaut d'une décision d'exequatur, un jugement pénal étranger n'est pas exécutoire en Suisse, même s'il possède la qualité de chose jugée. Action et jugement processuels visent le plus souvent à modifier les conséquences de l'effet exécutoire d'un acte juridictionnel. Le droit privé connaît de nombreuses actions processuelles en exécution forcée²³¹, par exemple en procédure de mainlevée (art. 80ss LP). En droit pénal, la décision qui ordonne la modification d'une mesure prononcée par jugement est une décision formatrice processuelle.

L'action processuelle est généralement introduite à la suite d'un procès dont l'issue est au moins partiellement critiquée. Indépendante de cette première procédure, elle engage un nouveau procès dont l'objet sera vidé par une décision finale qui acquiert la qualité de chose jugée. Il s'agit donc, si l'on peut dire, d'un "procès processuel".

227 Walder, 266 no 32.

228 Pfeifer, 81,82,86; Schlosser, 367,374,382; ci-dessous nos 103 in fine,104.

229 Guldener, 212; Habscheid, Zivilprozess, no 359; Pfeifer, 30,87; Ramer, 11,34,109.

230 ETMP du 20.3.1981, art. 106, RS 351. t.

231 Walder-B., 268.

54. Sous cet angle, le recours apparaît également comme une action, formatrice et processuelle, dont l'introduction ouvre l'instance et crée litispendance. Le but du recours est la suppression d'un acte juridictionnel et, par conséquent, la modification de la situation juridique processuelle, modification qui ne reste évidemment pas sans effet sur le fond du procès.

Si la doctrine française reconnaît d'une façon générale aux recours la qualité d'une action, la doctrine allemande réserve cette qualification aux recours extraordinaires seulement²³².

Cette différence tient à l'acception particulière des voies de recours extraordinaires en droit allemand où la qualité de la chose jugée monopolise l'attention en constituant, au détriment de toute autre qualité, l'essentiel d'un acte juridictionnel²³³. En raison de l'effet négatif que produit l'autorité de la chose jugée, une nouvelle décision ne peut intervenir que lorsque la décision attaquée, et plus précisément cette qualité, a préalablement été éliminée²³⁴. Le rescindant du recours extraordinaire se situe entièrement dans le domaine procédural. Si le recours aboutit, la décision anéantit explicitement l'acte attaqué et apparaît comme une décision formatrice processuelle. Elle est constitutive²³⁵. Le rescindant traitant de toute évidence d'une question différente que la procédure au fond, la procédure sur recours extraordinaire se présente comme un procès séparé et autonome.

Il en va différemment des recours ordinaires. Dans la conception adoptée, ceux-ci sont compris dans la procédure originaire. Faute d'être efficace, l'acte juridictionnel n'existe pas encore vraiment. En fait, le recours ordinaire a pour principal effet de prolonger la procédure au fond en deuxième instance et non à attaquer la qualité de chose jugée de l'acte juridictionnel que celui-ci n'a d'ailleurs pas encore. Dans la mesure où il permet la continuation de la procédure engagée en instance inférieure afin de la parfaire, le recours ordinaire ne présente donc pas d'autre objet²³⁶.

Une distinction aussi marquée entre recours ordinaire et extraordinaire est excessive. Dans une optique fonctionnelle des voies de recours, elle est même injustifiée²³⁷. L'autorité de chose jugée constitue indubitablement l'une des qualités principales d'un jugement, dont résultent les effets les plus marquants²³⁸. Sa suspension s'impose toutefois pour empêcher l'acte juridictionnel d'entrer en force et de devenir exécutoire. Mais on pourrait voir les choses sous un angle différent et considérer le recours extraordinaire comme un moyen permettant d'attaquer et d'anéantir un jugement, sans que

232 Guldener, 212; Pfeifer, 34,36; Ramer, 38,39; Schlosser, 112.

233 Ci-dessus no 45.

234 Pfeifer, 36,96; Ramer, 45,47; Schlosser, 113; aussi Hauser, Kurzlehrbuch, 267.

235 Ci-dessus nos 39,41,48.

236 Peters, Strafprozess, 622,626; Pfeifer, 36,95,97.

237 Contra: Hagenbüchle, 11.

238 Ci-dessous nos 65ss.

l'opération ne se déroule sous l'empire de l'effet suspensif. L'effet suspensif n'est de loin pas ce qui distingue une voie de recours ²³⁹.

Avec son prononcé, l'acte juridictionnel existe, même lorsqu'il ne bénéficie pas encore de la qualité de chose jugée. Il est le résultat d'un procès et, à ce titre, il réunit d'autres qualités encore. Un jugement porte en lui tous les éléments qui font de lui un acte pleinement efficace s'il n'est pas attaqué. Certains effets seulement de l'acte, notamment ceux qui découlent de la qualité de chose jugée, sont temporairement empêchés. D'autres, en revanche, sont immédiats ²⁴⁰.

55. Il apparaît dans cette optique que le recours extraordinaire et le recours ordinaire remplissent la même fonction. Le recours ordinaire vise lui aussi à l'élimination d'un acte juridictionnel, ce qui implique la modification d'une situation juridique processuelle. Il engage, tout comme le recours extraordinaire, un procès nouveau et met en cause l'existence de l'acte juridictionnel qu'il attaque. Par conséquent, le recours ordinaire est lui aussi une action.

En conclusion, la définition suivante se dégage: le recours, ordinaire ou extraordinaire, constitue le moyen processuel qui permet de s'opposer à un acte juridictionnel. Tout recours doit être qualifié d'action formatrice processuelle qui a pour finalité d'attaquer un jugement afin d'en obtenir l'anéantissement.

239 Ci-dessous nos 127ss.

240 Ci-dessous nos 62,90.

Titre deuxième. Qualités et effets de l'acte juridictionnel

Chapitre premier. L'acte juridictionnel

56. Tout recours vise à l'anéantissement d'un acte juridictionnel. Il s'agit là d'une définition fonctionnelle et processuelle de la finalité des voies de recours. Afin d'en saisir plus exactement la portée, il convient de déterminer de plus près l'acte contre lequel est dirigé le recours. Le présent titre est donc consacré à l'étude de l'acte juridictionnel.

Auparavant, une limitation de la matière s'impose. L'emprise des recours n'est pas limitée aux actes strictement juridictionnels. Il est de véritables voies de recours contre des décisions non juridictionnelles. Notre étude porte sur le recours dirigé contre l'acte juridictionnel.

Une limitation de la matière découle en outre de la classification des voies de recours. Notre intérêt va aux voies de recours de l'appel et de la cassation, qualifiées de voies de recours ordinaires. Le critère de distinction adopté ici est celui de la qualité de chose jugée de l'acte juridictionnel¹. Appel et cassation se distinguent ainsi du recours en révision qui, en conséquence, est qualifié de recours extraordinaire. En tant qu'actions processuelles, appel, cassation et recours en révision ont naturellement la même finalité. Les conditions d'exercice et les conséquences au sens large d'une révision sont toutefois fort différentes, ce qui justifie l'exclusion du recours en révision de notre étude.

En leur qualité de voies de recours ordinaires, l'appel et la cassation se distinguent en outre nettement des recours spéciaux que sont le pourvoi dans l'intérêt de la loi et le pourvoi sur ordre du garde des Sceaux connus en droit français².

Dirigés contre un acte juridictionnel contenant une décision finale³ et non contre une simple décision de procédure, appel et cassation se démarquent

1 Ci-dessus no 45; ci-dessous nos 65ss.

2 CPP français, art.621,620; Bouzat/Pinatel, nos 1513,1514; Merle/Vitu, no 746; Pradel, nos 641,642.

3 Ci-dessous no 60.

également de la la plainte⁴. Celle-ci est le plus souvent dirigée contre une décision non juridictionnelle.

En tant que recours ordinaires, ils se distinguent aussi des moyens de rétractation. Les voies de rétractation sont généralement ouvertes en cas de jugements rendus par défaut⁵. Au sens de la définition fonctionnelle du recours, ce sont des voies de recours ordinaires. Ce qui les distingue de l'appel et de la cassation est l'instance chargée de traiter du recours. Ceux-ci sont tranchés par une autorité juridictionnelle différente et hiérarchiquement supérieure à celle dont émane l'acte entrepris. Dans le cas de la voie de rétractation, le recours revient à la juridiction même qui avait rendu la décision critiquée.

La doctrine suisse distingue enfin les voies de recours réformatoires et cassatoires⁶. Au sens de cette distinction, l'appel est considéré comme une voie réformatoire, parfois cassatoire. Le pourvoi en cassation ou en nullité est, quant à lui, une voie de recours principalement cassatoire, exceptionnellement réformatoire.

57. La structure de l'acte juridictionnel se distingue par un ensemble de critères. La réunion d'éléments organiques, formels et matériels permet d'affirmer qu'il y a jugement. Les critères organique et formel à eux seuls ne suffisent pas à définir la notion de jugement. Ils ne font pas la spécificité de l'acte juridictionnel. Un concept purement organique et formel ne parvient par exemple pas à expliquer pourquoi certains actes accomplis par un tribunal sous le respect absolu des formes ne sont pas pour autant des actes juridictionnels, ni pourquoi d'autres actes, bien que ne réunissant pas toutes les conditions, sont néanmoins considérés comme des actes juridictionnels⁷. Le critère matériel est essentiel à la définition de l'acte juridictionnel⁸.

58. L'acte juridictionnel émane d'une autorité ou d'une personne à laquelle l'Etat a confié une telle fonction⁹. L'acte doit provenir d'une juridiction de jugement régulièrement constituée. Il va de soi qu'un jugement pénal ne peut émaner que d'une autorité de juridiction répressive. C'est le critère organique.

L'acte juridictionnel émane d'un tribunal seulement. Selon le contenu, il s'intitule jugement, décision ou ordonnance. D'ordinaire, celles-ci sont prises par un seul magistrat, alors que celui-là est rendu par un collège de juges. Le mot jugement désigne, dans son acception étroite, l'acte juridictionnel prononcé par un tribunal en premier ressort (juge unique, tribunal de police, tribunal

4 Hauser, Kurzlehrbuch, 282; Piquerez, Précis, no 2276; Schmid, N., no 991.

5 Piquerez, Précis, nos 2023,2165,2302.

6 Hauser, Kurzlehrbuch, 269; Piquerez, Précis, nos 2003,2115; Schmid, N., no 961; ci-dessous nos 156,157,158.

7 Ci-dessus no 39.

8 Peters, Strafprozess, 469; Valticos, no 27.

9 Seyboz, 10; Valticos, no 27.

correctionnel). L'acte juridictionnel rendu par une cour (cour criminelle, cour d'assises, cour d'appel, cour de cassation) est le plus souvent qualifié d'arrêt. L'interjection d'un recours contre un acte juridictionnel provoque la saisine d'un tribunal supérieur ayant la compétence et l'autorité pour statuer sur l'oeuvre d'un premier tribunal. L'acte juridictionnel qui fait l'objet d'un recours est dès lors celui qui émane d'un tribunal hiérarchiquement inférieur à celui qui est appelé à statuer sur recours ¹⁰.

Le critère organique permet de sortir de la définition de l'acte juridictionnel un certain nombre de prononcés en matière répressive. Ainsi, le classement de l'action pénale ou l'ordonnance pénale. Généralement émis par l'organe de poursuite ou d'instruction en application d'une procédure répressive simplifiée et accélérée, ce ne sont pas des jugements pénaux même si, quant à certains de ses effets, l'ordonnance pénale du moins est assimilée à un jugement de première instance lorsqu'elle est passée en force ¹¹. Le prononcé d'une sanction disciplinaire ne relève pas non plus de l'exercice de la fonction juridictionnelle. Une amende d'ordre ou un prononcé pénal rendu par une autorité administrative ne constituent dès lors pas des actes juridictionnels au sens de notre définition ¹².

59. Du point de vue formel, l'acte juridictionnel est le résultat d'un procès. Le jugement criminel est rendu au terme d'une procédure de débats contradictoire, publique et orale ¹³. Le caractère contradictoire de la procédure de jugement oblige de mettre la justiciable en mesure de s'exprimer et de se défendre, ce qui implique la présence des parties aux débats et la faculté pour elles d'assister aux opérations d'instruction. La publicité du procès est assurée par l'admission du public pendant l'audience des débats et le prononcé du jugement. L'immédiateté et l'oralité des débats enfin exprime la nécessité pour le juge d'apprécier tous les éléments de preuves de visu et de auditu à l'audience même.

Il est des jugements pénaux issus d'une procédure qui ne présente pas l'une ou l'autre des ces caractéristiques. Il s'agit d'exceptions qui confirment la règle. Par exemple, le procès pénal à huis clos est plutôt rare et il ne se déroule jamais, en première instance, selon une procédure exclusivement écrite; quant à la procédure par défaut, elle existe par nécessité pratique. En dépit des garanties dont elle est assortie, elle ampute les débats, retranchant par là le caractère contradictoire du procès pénal. En cas de jugement par défaut, l'usage des voies de recours ordinaires peut être exclu. Le justiciable doit demander, en temps utile, le relief. En principe, sa demande n'est admise que

10 Dubach, Bestimmungen, 174; Hauser, Kurzlehrbuch, 265; ci-dessous no 165.

11 Clerc, Remarques, 422, 429; - , mandat, 103; ATF 92 IV 161.

12 LAO du 24.6.1970, RS 741.03; OAO du 22.3.1972, RS 741.031; DPA du 22.3.1974, art.70, RS 313.0.

13 Hauser, Kurzlehrbuch, 231; Piquerez, Précis, no 1800.

dans le cas où son absence lors du premier procès n'était pas imputable à sa faute.

60. Le critère matériel caractérise l'acte juridictionnel dans son principe. La fonction juridictionnelle est une fonction étatique qualifiée. Elle est essentiellement distincte des autres fonctions qu'assume l'Etat. L'élément matériel que contient tout acte juridictionnel est sa décision ¹⁴. Elle fournit la réponse à un contentieux par une solution de droit qui prescrit des mesures pour la réparation d'une violation de la loi et dégage une solution qui, en principe, est finale et définitive. En matière criminelle, elle tranche principalement la question de savoir si et dans quelle mesure l'Etat doit exercer son pouvoir de répression. Dès lors, est un jugement en matière criminelle la décision finale par laquelle un tribunal statue définitivement en ce qui le concerne sur le sort de l'action pénale ¹⁵.

La décision porte généralement sur le fond même de la poursuite pénale. Elle statue définitivement en ce qui concerne la déclaration de culpabilité et la peine, cas échéant sur la déclaration de culpabilité seulement ¹⁶. L'autorité juridictionnelle décide si l'inculpé s'est rendu coupable d'une infraction et détermine les conséquences juridiques de l'acte poursuivi ¹⁷. La décision acquitte ou condamne l'accusé. Elle fixe, si nécessaire, la sanction adéquate sous forme d'une peine ou d'une mesure. La décision présente alors une solution de la cause au fond.

Certaines décisions tranchent définitivement le sort de l'action pénale sans pourtant statuer au fond de l'affaire. Lorsqu'une condition de procès fait défaut, l'autorité est dispensée de se prononcer sur la culpabilité de l'auteur ainsi que sur une éventuelle sanction. La prescription de l'action pénale, l'absence d'une plainte valable ou la mort de l'inculpé par exemple, provoquent un jugement distinct des jugements sur le fond. Cette décision clôt néanmoins l'action judiciaire, en vertu des règles de procédure. De nature essentiellement processuelle, elle se distingue néanmoins d'une simple décision concernant la marche de la procédure ou d'une décision incidente. Qu'elles portent sur un point de procédure ou qu'elles tranchent une question de fond, celles-ci ne sont qu'une étape vers la décision finale. Elles ne contiennent pas de solution finale et définitive pour le contentieux engagé au fond. Le jugement met définitivement un terme à l'action publique. Il peut faire état d'arguments et de fond et de procédure ¹⁸.

Certaines décisions judiciaires, postérieures au jugement proprement dit, sont assimilées à un jugement. En cette qualité, elles sont sujettes aux voies

14 Valticos, no 20 in fine.

15 Ci-dessus nos 25,27.

16 ATF 107 IV 136 et les références citées.

17 ATF 83 VI 211; ATF 81 IV 82 et les références citées.

18 Peters, Parallelität, 374,378.

de recours ordinaires. Il s'agit principalement des décisions ordonnant la révocation d'un sursis (art. 41 ch.3 CPS), la libération anticipée d'un internement (art. 42 ch.5 CPS), l'exécution d'une peine suspendue (art. 44 ch.3 et 5 CPS), la conversion d'une amende en arrêts (art. 49 ch.3 CPS), la radiation d'une peine du casier judiciaire (art. 41 ch.4, art. 49 ch.4 CPS), la réhabilitation (art. 77ss CPS). Ce ne sont de toute évidence pas des décisions de nature processuelle. Elles n'ont cependant pas non plus trait au sort de l'action publique. Sans que la question de la culpabilité ne soit abordée, ces décisions touchent aux modalités de l'exécution d'une sanction ordonnée par un jugement précédent. Elles déploient ainsi des effets matériels analogues à ceux d'une décision répressive au fond. Cet enjeu justifie qu'elles soient soumises à la voie d'un recours ordinaire.

61. L'acte juridictionnel étant ainsi déterminé, il convient de séparer ses qualités de ses effets. Il déploie des effets internes et externes de nature procédurale et des effets substantiels matériels. En raison des liens qui unissent qualités et effets d'un jugement, il n'est pas toujours aisé de trouver ce qui doit être considéré comme une qualité ou plutôt comme un effet du jugement.

Chapitre 2. Irrévocabilité et dessaisissement

62. L'acte juridictionnel présente une première qualité déterminante: il est irrévocable dès son prononcé. Cette qualité est le propre de toute décision d'une certaine importance et prive le juge du pouvoir de reconsidérer l'acte une fois qu'il l'a rendu. Sauf procédure particulière, notamment de recours, elle s'étend à toute autre autorité. La correction de simples erreurs d'écriture, une éventuelle interprétation de la décision demeurent réservées. L'irrévocabilité de l'acte assure à celui-ci sa constance matérielle. C'est sur elle que s'appuient les autres qualités et tous les effets de l'acte juridictionnel.

63. L'irrévocabilité de la décision se traduit par un premier effet qui est de dessaisir le juge qui l'a rendue. C'est en cela que l'acte juridictionnel se démarque notamment des simples décisions de procédure. La règle était expresse autrefois: *Lata sententia iudex desinit esse iudex ou iudex, posteaquam semel sententiam dixit, postea iudex esse desinit* (Ulpian, Dig. 42,1,55)¹⁹. Tant et aussi longtemps que le juge est saisi d'une cause, la conduite du procès lui appartient. Le principe de la recherche de la vérité matérielle gouverne le déroulement des opérations et l'objet du procès échappe à la disposition des parties. En prononçant son jugement, le juge épuise son pouvoir et ne peut

19

"Le juge cesse de l'être dès qu'il a prononcé son jugement." (Hulot).

revenir, même avec le consentement des parties, sur la décision qu'il a rendue. La règle du dessaisissement rend aux parties un certain pouvoir de disposition. Elles peuvent notamment choisir de recourir contre le jugement.

La règle du dessaisissement interdit donc au juge de revenir sur sa décision et de rétracter ses actes. Certains auteurs ramènent cette règle à l'autorité de la chose jugée²⁰. L'effet de dessaisissement se distingue pourtant de l'effet négatif de l'autorité de la chose jugée²¹. Le dessaisissement se réduit à l'interdiction pour l'auteur de rétracter l'acte juridictionnel. Il trouve son fondement dans l'épuisement des pouvoirs du juge au sein de l'instance. L'irrévocabilité de l'acte à l'égard du juge qui l'a émis est fonction non de la nature du pouvoir qu'il exerce mais de l'exercice même de ce pouvoir et de sa consommation. Les pouvoirs du juge sont expirés quand il a prononcé la décision. Par l'effet de dessaisissement, qui est purement processuel, l'acte juridictionnel est extinctif d'instance. Il ne clôt cependant pas la litispendance. Celle-ci perdure jusqu'à ce que la décision acquière qualité de chose jugée²².

64. La stabilité de l'acte juridictionnel est incertaine et provisoire jusqu'à l'épuisement des voies de recours ou de leurs délais. L'acte déploie néanmoins pendant cette période un effet procédural important: l'effet obligatoire restreint. En raison de son apparentement avec l'effet obligatoire de l'autorité de la chose jugée, nous étudierons l'effet obligatoire restreint après l'examen des effets de celle-ci²³.

Chapitre 3. La qualité de chose jugée et ses effets

65. L'acte juridictionnel trouve sa justification dans l'autorité dont il est investi; il contient la solution à un contentieux juridique. Mais afin de pouvoir assurer la paix du droit, il doit être durable. Sa consécration procédurale s'opère par la qualité de chose jugée qu'il acquiert lorsque les possibilités d'un recours ordinaire sont épuisées. La qualité de chose jugée se compose de la force de chose jugée, ou autorité de chose jugée formelle d'une part, et de l'autorité de chose jugée, ou autorité de chose jugée matérielle d'autre part. L'acquisition de ces qualités est essentiellement une question de temps. En principe, le moment de l'acquisition équivaut à celui de l'entrée en force de l'acte juridictionnel. L'étroitesse des rapports entre ces qualités et certains de leurs effets est la source de sérieuses méprises. "L'autorité de la chose jugée en

20 Scyboz, 18.

21 Ci-dessous nos 75ss.

22 Ci-dessous nos 70, 131.

23 Ci-dessous no 90.

particulier est la terre d'élection de la confusion et de la contradiction" 24. Le sens et la précision des concepts utilisés varie considérablement et il n'y a pas de manière de voir commune. Plusieurs auteurs ne manquent d'ailleurs pas de le souligner 25.

Le problème de la chose jugée compte assurément parmi les plus difficiles du droit procédural. Selon les avis, force et autorité de chose jugée sont des concepts qui ont une signification et un contenu identiques 26 ou fondamentalement différents 27 en matière de procédure civile et pénale. Certains estiment que la force de chose jugée constitue une condition de l'autorité 28 alors que d'autres remettent en question l'utilité d'une distinction entre les deux notions 29. D'autres remettent en question l'autorité de la chose jugée même, du moins pour ce qui est du jugement criminel 30. L'on se dispute encore sur le caractère de la force et de l'autorité de chose jugée; l'une et l'autre sont tantôt considérées comme une qualité spéciale de l'acte, tantôt comme l'un de ses effets et il y a à ce sujet plus d'avis que d'auteurs 31.

Section 1. La force de chose jugée et ses effets

66. La force de chose jugée est une qualité de l'acte juridictionnel. Il faut la distinguer, d'une part, de son existence matérielle liée à son prononcé qui le rend irrévocable, et d'autre part, des différents effets qu'il produit. La force de chose jugée est une qualité de l'acte lui-même, qui lui confère la propriété d'être inattaquable.

Le concept de paix judiciaire sur lequel repose l'ordre social, exige qu'à un certain moment, quel que soit le contenu de l'acte, il soit coupé court à toute discussion. Dès l'instant où il a acquis force de chose jugée, l'existence de son contenant n'est plus menacée. La force de chose jugée est l'expression d'un degré de stabilité accrue de l'acte. Elle agit dans le domaine procédural

24 Schüpbach, 13.

25 Grünwald, Teilrechtskraft, 15 note 14; Habscheid, autorité, 187 note 42; Hagenbüchle, 2,6,15,16; Schüpbach, 13; Scyboz, 14.

26 Lampe, 33.

27 Chevalier, 39.

28 Piquet, 27.

29 Noll, Strafprozessrecht, 97; Valticos, no 46.

30 Najarian, 78.

31 Considèrent la force de chose jugée comme une qualité du jugement: Abel, 20; Grünwald, Rechtskraft, 94; Piquerez, Précis, no 2593. La considère comme un effet: Koussoulis, 17.

Considèrent l'autorité de la chose jugée comme une qualité de l'acte juridictionnel: Bouzat/Pinatel, no 1529; Habscheid, autorité, 188; Merle/Vitu, no 758; Scyboz, 17; Valticos, no 29. La considèrent comme un effet: Abel, 20; Grünwald, Rechtskraft, 94; Habscheid, autorité, 180,185; Piquerez, Précis, nos 2583,2598,2599; Pradel, no 654; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, no 268; Scyboz, 9,10 note 3; Spinellis, 16 in fine.

interne, au sein du procès originaire: la décision finale, qui tranche l'objet de ce procès n'est plus susceptible d'être remise en cause.

La force de chose jugée empêche en principe l'exercice des voies de recours. Le caractère définitif d'un acte juridictionnel dépend dès lors, plus exactement, non seulement de son irrévocabilité, mais encore de son caractère inattaquable. L'existence matérielle de l'acte juridictionnel est garantie par une combinaison des deux qualités. En acquérant la force de chose jugée, l'acte juridictionnel passe en force; il a force obligatoire.

Le caractère inattaquable de l'acte juridictionnel n'est cependant que relatif. En effet, seul l'exercice des voies de recours ordinaires est fermé³², sans que cela n'interdise celui d'un recours extraordinaire. Par conséquent, la stabilité de l'acte n'est pas absolue. Mais elle est considérablement accrue. L'utilisation d'un recours extraordinaire est limitativement prévue par la loi et dépend de conditions exceptionnelles. Le caractère définitif de l'acte est donc, en principe, garanti.

La qualité de force de chose jugée s'acquiert à l'expiration des délais de recours, après l'épuisement de ceux-ci, lorsque les parties ont expressément renoncé à recourir, ou encore lorsqu'elles ont retiré un recours. L'acquisition de la force de chose jugée situe en principe aussi le moment de la fin du calcul de la prescription de l'action pénale et marque le début de celui de la prescription de l'exécution de la peine³³. Avec l'acquisition de la qualité de force de chose jugée, l'acte juridictionnel acquiert en général aussitôt celle de l'autorité de la chose jugée.

Section 2. L'autorité de la chose jugée

67. L'autorité de la chose jugée est une qualité de l'acte juridictionnel qui provient de son contenu. Elle défère l'immutabilité au contenu matériel de la décision. L'autorité de la chose jugée joue un rôle dans le domaine procédural externe, à savoir dans l'éventualité d'un nouveau procès qui présente le même objet, ou un objet analogue, en étroite connexité avec lui. L'acte juridictionnel, plus précisément la décision au fond du premier procès, s'impose alors obligatoirement en déployant ses effets dans un nouveau procès. L'autorité de chose jugée empêche en particulier la répétition d'un procès identique ou le prononcé d'un jugement qui serait en contradiction avec la décision existante.

L'autorité de la chose jugée ne peut être reconnue qu'à l'acte juridictionnel qui est passé en force³⁴. Certains systèmes juridiques et plusieurs

32 Hagenbüchle, 10; Mezger, 3.

33 Hagenbüchle, 15,32; Hauser, Kurzlehrbuch, 240; Schmid, N., no 586.

34 Bouzat/Pinatel, no 1529; Hauser, Kurzlehrbuch, 240; Merle/Vitu, no 758; Najarian, 13; Piquerez, Précis, no 2616; Scyboz, 10.

auteurs considèrent qu'une fois rendu, tout jugement est revêtu de l'autorité de la chose jugée³⁵. L'autorité de chose jugée appartient dès lors à un jugement dès qu'il est rendu, alors que les effets de l'autorité sont suspendus pour la durée du délais de recours ou empêchés en cas d'exercice effectif d'un recours. La solution présente des incongruités pour ce qui est du fondement de la chose jugée³⁶.

L'autorité de la chose jugée s'attache essentiellement à la sanction juridique qui est exprimée dans le dispositif du jugement. Elle ne découle pas de ses motifs³⁷. Mais il ne faut pas comprendre le dispositif de manière purement formelle. Le dispositif d'un jugement répressif est souvent abstrait au point qu'il devient impossible d'en déduire ce qui a fait l'objet de l'action publique. Par souci de clarté et de précision, il peut être nécessaire d'en référer aux motifs, voire à l'acte d'accusation, pour interpréter le dispositif et pour déterminer les limites des effets de l'autorité de la chose jugée³⁸. A vrai dire, l'autorité de la chose jugée ne peut être localisée. "Elle ne s'attache pas à la consistance matérielle du jugement. Elle en est l'âme"³⁹.

68. La consécration de la chose jugée se fait dans le domaine procédural. La force de chose jugée fait que l'acte juridictionnel ne peut plus être revu. L'autorité de la chose jugée empêche que l'acte et son contenu soient ignorés par un tribunal dans le cadre d'un nouveau procès au fond.

Les deux aspects processuels sont indissociables. Le rapport qui unit force et autorité de chose jugée est triple⁴⁰.

Du point de vue théorique, il représente le lien entre l'instance processuelle et le contenu matériel d'un jugement⁴¹.

Du point de vue logique, il est celui d'une subordination. L'acquisition de l'autorité de chose jugée n'est concevable que lorsque l'acte a force de chose jugée. L'acte juridictionnel ne peut faire autorité que lorsque son existence matérielle est certaine. Mais si la qualité d'autorité est subordonnée à celle de la force, elle n'en est la conséquence nécessaire que pour les jugements⁴². Sur ce point, l'acte juridictionnel se distingue des autres décisions. Toute décision entrée en force de chose jugée n'en a pas également l'autorité; citons, à titre d'exemple, la décision administrative. L'autorité de la chose jugée se démarque donc en tant que qualité propre de la force de chose jugée. Le jugement, quant

35 Habscheid, autorité, 187; Hauser, Kurzlehrbuch, 239; Scyboz, 10 note 5; Valticos, nos 31,41.68; ci-dessous nos 86,90.

36 Ci-dessous nos 86ss.

37 Najarian, 59; Piquerez, Précis, no 2598; Scyboz, 15.

38 Brossat, chose jugée, 6; Bruns, Feststellungswirkung, 618; Scyboz, 67.

39 Schüpbach, 17.

40 Koussoulis, 21.

41 Koussoulis, 11.

42 Koussoulis, 16 note 24.

à lui, est toujours susceptible d'acquérir la qualité d'autorité de chose jugée. L'acquisition coïncide alors avec l'acquisition de la force de chose jugée.

Le rapport entre force et autorité de chose jugée présente enfin un aspect philosophique. Il est comparable au lien qui unit la forme à la matière; la forme présuppose l'existence d'une matière qu'elle conditionne. A ce titre, la force de chose jugée fige le contenu de l'acte juridictionnel et le rend inattaquable. Le contenu de l'acte jouit ainsi d'une intangibilité dans l'état consacré par l'autorité de la chose jugée.

69. Le jugement en force jouit aussitôt de l'autorité de la chose jugée. Cette corrélation a généré une conception inexacte quant à la fin d'un procès.

Selon une idée répandue, c'est l'entrée en force de l'acte juridictionnel qui marque la fin du procès⁴³. Seul l'acte juridictionnel ayant force de chose jugée parviendrait à terminer l'instance. L'idée transparait notamment dans certaines expressions telle que "l'institution de la force de chose jugée empêche (...) la continuation du litige dans la même procédure"⁴⁴. Le dépôt d'un recours ordinaire provoque, dès lors, logiquement, un prolongement du procès⁴⁵. Dans cette optique, les différentes instances qui se succèdent forment un tout. Le procès n'est terminé que lorsqu'il a abouti à une décision passée en force.

Cette conception ne s'intéresse qu'au contentieux originaire. Elle prend exclusivement en compte la contestation qui se situe dans le domaine matériel. Le fait que l'acte juridictionnel possède ou non certaines qualités, qu'il soit entièrement ou seulement partiellement efficace, n'empêche pas que, d'un point de vue fonctionnel, la procédure de recours, ordinaire ou extraordinaire, présente un caractère autonome. Le recours vise à l'élimination de l'acte juridictionnel entrepris. Le recours est un contentieux de nature processuelle, qui a trait à l'existence de l'acte juridictionnel. La suppression de celui-ci entraîne également et nécessairement la suppression de tous les effets qu'il produit. L'instance prend fin lors du prononcé d'une décision, que celle-ci entre en force ou non. Elle a de toute façon pour effet de dessaisir le juge qui l'a rendue et qui, ainsi, a tranché le litige qui lui était soumis. Cela est valable aussi bien pour le procès originaire que pour le procès sur recours. Dès lors, le procès sur recours prend fin au moment du prononcé de l'arrêt sur recours⁴⁶, le procès originaire au moment du prononcé du jugement au fond. L'objet du procès originaire, quant à lui, peut être abordé par l'autorité de recours pour les besoins de la solution du procès sur recours⁴⁷, voire à l'occasion de

43 Geppert, 169; Grünwald, Rechtskraft, 94; Hauser, Kurzlehrbuch, 239; Peters, Strafprozess, 496 in fine; Piquerez, Précis, no 2594; Schmid, N., no 585.

44 Habscheid, autorité, 180.

45 Ci-dessus no 45.

46 Ci-dessous nos 153ss.

47 Ci-dessous nos 104, 138.

l'élaboration de la nouvelle décision au fond lorsque c'est l'autorité de recours qui s'en charge ⁴⁸.

70. Une autre confusion, relativement fréquente, entre l'instance et la litispendance, doit aussi être écartée ⁴⁹.

L'instance est un lien juridique qui unit les parties entre elles ainsi que celles-ci et le juge. Elle naît par l'exercice de l'action ⁵⁰. La litispendance, dans son acception première, signifie qu'un procès est pendant ⁵¹. La notion a trait à la naissance et à l'existence d'une instance ⁵². Par extension, elle revêt une seconde signification, en désignant l'existence de deux instances simultanées ⁵³. La litispendance est dès lors essentiellement fonction de l'instance, ce qui explique le manque de séparation entre les deux concepts. La litispendance est à l'occasion considérée comme une condition de procès négative ⁵⁴. Elle s'invoque par l'exception de litispendance.

Selon l'idée exposée ci-dessus, l'instance prend fin lorsque l'acte juridictionnel acquiert force de chose jugée. L'exception de la litispendance peut être invoquée jusqu'à ce moment précis.

L'affirmation que l'acte juridictionnel met fin au procès et à l'instance oblige à distinguer nettement les concepts d'instance et de litispendance.

Il y a selon nous lieu de définir la litispendance par rapport à la chose jugée. La litispendance est en quelque sorte l'anticipation de l'autorité de la chose jugée. C'est la chose jugée à l'état virtuel. L'exception de litispendance sert en effet à prévenir l'existence simultanée de deux procès ayant un objet identique devant le même tribunal ou devant deux autorités juridictionnelles également compétentes et à écarter le risque de jugements contradictoires. Les conditions de son admission ressemblent par ailleurs furieusement à celles de l'exception de la chose jugée, quoique de manière moins rigoureuse. L'empire de la litispendance est plus vaste que celui de l'instance. La litispendance naît avec l'action, mais pas avec elle seule; elle peut également résulter d'autres actes, par exemple, en procédure civile, du dépôt d'une requête de conciliation ⁵⁵. L'état de litispendance dépasse en durée celui de l'instance et s'étend précisément jusqu'au moment où la décision qui met fin à la seconde acquiert force de chose jugée ⁵⁶.

48 Ci-dessous nos 163,174.

49 Brosset, litispendance, 2; Habscheid, droit, 265,489; Raymond, 175; Schweitzer, 256,257.

50 Ci-dessus no 50.

51 *Lis, litis, f.*: contestation en justice, procès; *pendere*: être suspendu, en suspens.

52 Hauser, Kurzlehrbuch, 230; Peters, Strafprozess, 457; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, no 175.

53 Brosset, litispendance, 2; Hauser, Kurzlehrbuch, 102; Raymond, 17,165,167.

54 Ci-dessous no 132.

55 Raymond, 169.

56 Sauer, 112; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, no 182.

Le recours introduit un nouveau procès. Il crée une nouvelle instance, purement processuelle, et fait également naître un nouvel état de litispendance, lui aussi processuel⁵⁷. Parallèlement, l'introduction d'un recours affecte de façon immédiate la litispendance du procès originaire en provoquant un effet suspensif qui diffère, pour l'acte attaqué, l'acquisition de la qualité de chose jugée⁵⁸. Par définition, la litispendance du procès au fond se trouve prolongée. Elle agit, en tant que nécessité technique, jusqu'à être relevée dans sa fonction par les effets de la qualité de chose jugée. L'introduction d'un recours en revanche ne rétablit pas, par la même occasion, l'instance originaire qui n'est réouverte qu'à condition que l'acte juridictionnel entrepris soit annulé, et dans la mesure seulement où il le sera. L'autorité qui rejette le recours ne statue que sur la prétention en annulation de l'acte juridictionnel attaqué et non pas sur l'objet du contentieux originaire⁵⁹. S'il n'en était pas ainsi, l'annulation partielle de la décision attaquée obligerait l'autorité de recours à statuer sur l'ensemble du litige originaire, et non sur les seuls points touchés par l'annulation, ou à renvoyer pour qu'il soit statué de même.

71. L'autorité de la chose jugée permet à l'acte juridictionnel de s'imposer au juge dans le cadre d'une nouvelle procédure relative au même objet, à un objet analogue ou même à un objet nouveau. On reconnaît pour cela à l'autorité de la chose jugée deux effets essentiels, l'effet négatif, qui interdit le renouvellement du procès jugé, et l'effet obligatoire ou positif, qui empêche la contradiction entre jugements.

La première source à mentionner un effet négatif et positif de l'autorité de la chose jugée est un passage du Digeste chez Paul (Dig. 44,2,6)⁶⁰: *Singulis controversiis singulas actiones unumque iudicati finem sufficere probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronunciarentur. Parere ergo exceptionem rei iudicatae frequens est.* Pour l'étude de l'autorité de la chose jugée en procédure moderne, l'intérêt de ce renvoi, comme le renvoi à d'autres passages du Digeste, est limité. La dimension dans laquelle l'esprit du juriste romain développait son argumentation était fondamentalement différente.

Avant d'aborder de plus près l'effet négatif et l'effet obligatoire de l'acte juridictionnel, il est nécessaire de s'interroger sur la nature et sur le fondement de ces deux effets. Cela permettra d'expliquer en particulier la

57 Ci-dessous no 108.

58 Ci-dessous no 131.

59 Ci-dessous nos 153ss.

60 Gaul, Rechtskraftlehre, 452,453 note 58; Scyboz, 14 note 14; Valticos, no 48 note 1.

"On a décidé, avec beaucoup de raison, que chaque contestation aurait son action particulière, et qu'un seul jugement suffisait pour terminer la même question; autrement les procès se multiplieraient à l'infini: ce qui causerait la plus grande confusion, surtout si différents jugements sur la même question étaient contraires. On voit donc que l'usage de l'exception fondée sur l'autorité d'un jugement intervenu doit être très fréquent." (Hulot).

nature du lien qui contraint le juge à observer l'acte juridictionnel issu d'une procédure précédente ⁶¹.

72. La théorie matérielle reconnaît à l'autorité de la chose jugée une force créatrice par laquelle elle exerce un effet constitutif en modifiant le fond même du droit.

Cette théorie, dont les origines remontent à Savigny, repose sur une analyse des textes du Digeste relatifs au passage *res iudicata pro veritate accipitur* (Ulpien, Dig. 1,5,25; Ulpien, Dig. 50,17,207) ⁶², en attribuant à ce passage un contenu matériel, étranger à l'esprit romain. Selon Savigny, l'autorité de la chose jugée renferme une fiction de la réalité que le juge ne peut ignorer à l'occasion d'une nouvelle procédure, et qui l'oblige à tenir pour vrai ce qu'un précédent juge a déclaré tel ⁶³, pour autant, évidemment, que les parties soient les mêmes dans les deux procès.

Windscheid a remplacé la fiction par une présomption irréfragable, considérée dans une acception matérielle, qu'il rattache à l'autorité de la chose jugée ⁶⁴. Selon lui, l'autorité de la chose jugée s'exerce dans le domaine matériel du droit, modifiant et la réalité et la situation juridique qui y correspond.

Certains auteurs postérieurs ont été plus loin. Bülow par exemple estime que l'acte juridictionnel a un effet normatif. Le jugement n'est pas la concrétisation d'une norme juridique abstraite, il la crée. La législation n'est autre chose qu'un ordre juridique à l'état provisoire. La règle et le rapport de droit ne naissent qu'à travers un procès et par jugement ⁶⁵. D'autres auteurs ont conçu la force créatrice du jugement différemment encore. Ils pensent qu'en raison de l'autorité de la chose jugée, le jugement est source de nouveaux droits. Il parvient à altérer le fond même du droit. Par jugement, un droit subjectif distinct, voire différent de celui qui servait de fondement à l'action en justice, prend naissance et sert de fondement nouveau aux rapports entre les parties. La théorie matérielle de l'autorité de la chose jugée est un produit de la pensée des processualistes civils allemands. Elle a également été défendue en matière pénale ⁶⁶. La conception matérielle exprime à la lettre, mais pas dans son esprit, les adages du droit romain *iudex ius facit*, respectivement *res iudicata ius facit inter partes* ⁶⁷.

61 Koussoulis, 22,23.

62 Gaul, Rechtskraftlehre, 445,450,469.

63 Gaul, Rechtskraftlehre, 453; Koussoulis, 23.

64 Gaul, Rechtskraftlehre, 492; ci-dessus no 30.

65 Goldschmidt, Prozess, 151,152; Sax, 31; cf. aussi ci-dessus no 8 note 39.

66 Abel, 85; Fingas, 9 note 1; Sax, 32; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, no 280; Spinellis, 10,20.

67 Gaul, Rechtskraftlehre, 495.

73. La théorie matérielle de l'autorité de la chose jugée prête le flanc à d'importantes critiques. Il convient de relever d'abord que la reconnaissance d'un pouvoir normatif au juge contredit ouvertement le principe de la séparation des pouvoirs. Il n'appartient pas au juge de créer l'ordre juridique, sauf en cas de lacune de la loi ⁶⁸.

Il apparaît en outre que l'effet constitutif prétendu de l'autorité de la chose jugée ne crée ni ne supprime le pouvoir de répression de l'Etat qui lui est acquis ⁶⁹. En vertu de cette compétence, le législateur établit de façon générale et abstraite les conditions de la répression. La réalisation desdites conditions, en revanche, se produit essentiellement dans l'espace réel. Les conditions de répression sont réunies au moment où l'auteur réalise les éléments constitutifs objectifs et subjectifs d'une infraction ⁷⁰. Le jugement pénal, quant à lui, se borne à constater et affirmer ou à nier que les conditions nécessaires pour l'exercice du droit de répression dans un cas d'espèce sont réunies ⁷¹.

Aussi, la force créatrice de l'autorité de la chose jugée ne s'appliquerait-elle, à vrai dire, qu'aux décisions inexactes. L'acte juridictionnel qui est en accord avec la réalité ne peut déployer, matériellement, aucun effet constitutif. Il ne peut créer ce qui existe déjà. L'acte juridictionnel ne saurait agir sur une situation juridique dont il constate par ailleurs la conformité avec la réalité. En revanche, une décision consacrant un rapport juridique qui ne correspond pas à la réalité matérielle aurait véritablement force créatrice. Selon la théorie matérielle, cette force aurait pour effet de faire de la situation juridique constatée la réalité. Pareille conclusion est insoutenable. L'acte juridictionnel ne parvient évidemment pas à modifier la réalité, tant il est vrai que celle-ci n'a pas à s'adapter au droit. Les faits sont neutres et insensibles à toute constatation inexacte. L'erreur judiciaire, à défaut d'être corrigée, ne peut être autre chose que la consécration erronée d'un état de droit qui dévie plus ou moins de la réalité et de la vérité.

La théorie matérielle ne parvient enfin pas à expliquer les effets de l'autorité de la chose jugée reconnue aux jugements distincts des jugements sur le fond ⁷².

74. La théorie processuelle de l'autorité de la chose jugée fut élaborée par opposition à la théorie matérielle. Selon celle-là, l'autorité de la chose jugée épuise son effet au sein du domaine judiciaire processuel et n'en développe aucun sur le droit de fond. Elle crée, à l'intention du juge, une obligation processuelle qui découle du rapport juridique existant au fond.

68 CCS 1 al. 2.

69 Ci-dessus no 22.

70 Abel, 87; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, no 281.

71 Ci-dessus no 25.

72 Ci-dessus nos 53 in fine, 60.

Au sens premier de l'idée, les pouvoirs du juge sont strictement processuels. Par conséquent, les effets de son jugement aussi. L'acte juridictionnel agit uniquement sur les rapports processuels de l'instance et non sur les rapports matériels sous-jacents. Il n'affecte donc ni la situation réelle, ni celle du droit matériel. Le juge qui, dans le procès qui lui est soumis, se trouve confronté à un jugement rendu dans une procédure précédente, a l'obligation de trancher le contentieux en fonction de la décision déjà rendue. En d'autres termes, la décision au fond du deuxième juge doit être en accord avec celle adoptée par le premier.

Mais, incontestablement, tous les effets de l'acte juridictionnel ne sont pas purement processuels. L'opinion dominante aujourd'hui estime dès lors que seuls les effets de l'autorité de la chose jugée sont de nature exclusivement processuelle⁷³. L'autorité de la chose jugée n'agit pas dans le domaine matériel. Mais elle exerce un effet formateur dans le domaine processuel. Le juge est tenu de respecter l'acte juridictionnel issu d'un autre procès en raison d'une obligation procédurale qui découle de l'autorité de la chose jugée ou, plus précisément, des effets négatif et obligatoire que produit l'autorité de la chose jugée. Parallèlement, l'acte juridictionnel en développe d'autres encore qui se situent aussi bien dans le domaine processuel que dans le domaine matériel⁷⁴, et qui peuvent être antérieurs, simultanés ou postérieurs à ceux-là.

Section 3. Les effets de l'autorité de la chose jugée

§ 1. L'effet négatif de l'autorité de la chose jugée

75. L'autorité de la chose jugée exerce avant tout une fonction négative: elle empêche le renouvellement d'un procès, ce qui est une nécessité d'ordre public. En matière pénale, l'effet négatif de l'autorité de la chose jugée est principal.

L'effet négatif est exprimé par la règle *bis de eadem re ne sit actio* (Gaius, 4, 108) ou par le raccourci de l'adage *ne bis in idem*. Il s'agit d'un principe fondamental et généralement reconnu du droit pénal. Il n'est pas nécessairement consacré formellement. Certains systèmes judiciaires l'élèvent au rang constitutionnel, d'autres le placent dans le droit pénal matériel, d'autres encore parmi les dispositions de procédure⁷⁵. Là où le principe ne trouve pas de reconnaissance expresse, il s'impose de façon implicite. Un certain nombre

73 Fingas, 9 note 1; Habscheid, autorité, 182; Koussoulis, 24, 29 note 78; Peters, Strafprozess, 503; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, nos 275, 280 note 497; Spinellis, 21, 22.

74 Cf-dessus nos 28, 63; ci-dessous nos 90ss, 96ss.

75 Allemagne: Grundgesetz, Art. 103 III; France: CPP art. 6; Grünwald, Rechtskraft, 96; Pfenniger, ne bis, 167; Tiedemann, Entwicklungstendenzen, 31 note 72.

de dispositions légales, en particulier les règles sur le recours en révision, servent implicitement à assurer le respect du principe *ne bis in idem* ⁷⁶. En Suisse, la règle est de droit fédéral. Elle a de surcroît rang constitutionnel et s'impose au niveau cantonal ⁷⁷.

76. La portée de la règle mérite quelque attention. Le principe ne se limite pas à prévenir simplement une nouvelle condamnation dans la même affaire. Il vise à empêcher tout nouveau jugement. Plus exactement, il s'oppose à l'introduction et au déroulement d'une seconde poursuite lorsque le premier procès s'est soldé par un acte juridictionnel final de quelque nature qu'il soit, qu'il ait été exécuté ou non. Cela est donc également valable si cet acte juridictionnel final se reposait sur de purs motifs de procédure.

77. A ce stade, l'on serait amené à conclure que l'autorité de la chose jugée, lorsqu'elle est acquise, constitue un obstacle inamovible à la réalisation du postulat de justice. La règle *ne bis in idem* n'est cependant pas absolue. L'effet négatif de l'autorité de chose jugée est relativisé par l'existence d'un recours en révision. La révision, moyen de recours extraordinaire, est dirigée contre un acte juridictionnel ayant précisément force et autorité de chose jugée. Le moyen d'un recours extraordinaire s'impose parce que, dans des cas exceptionnels, la certitude judiciaire doit pouvoir être remise en cause au nom d'un impératif de justice. Le succès du recours en révision dépend de la réunion de conditions très précises, notamment quant à l'existence de faits ou de moyens de preuve nouveaux et importants. Son exercice n'est en revanche pas limité dans le temps. La révision d'un jugement est par exemple possible après l'exécution de la peine, voire même après la mort du condamné.

La vérité absolue étant impossible à saisir, le juge du fait doit se contenter de trouver la vérité matérielle ⁷⁸. Celle-ci ne lui est pas connue d'avance. Elle se dégage successivement au cours de la procédure pour s'approcher au mieux de la réalité objective. Le juge du fait se heurte alors à une difficulté majeure: il lui est impossible de savoir exactement à quel moment la version des faits qu'il détient se rapproche au plus près du fait historique réel, soit de la réalité objective et de la vérité. Il opte, à un certain moment, pour un état de fait qui lui tient lieu de vérité matérielle et qui lui sert de base pour la résolution du contentieux dont il a à connaître. En principe, son jugement ne peut être remis en question lorsqu'il bénéficie de l'autorité de la chose jugée. L'existence de faits ou de moyens de preuves nouveaux toutefois nourrit l'espoir légitime de pouvoir approcher d'avantage la réalité objective et la vérité. Il se justifie dès lors de s'en prendre à l'immutabilité de la décision en place. En revanche, la révision de l'acte juridictionnel pour des motifs de droit

76 Pfenninger, *ne bis*, 166; Schwarplies, 10.13.

77 Hauser, *Kurzlehrbuch*, 241; Schmid, N., no 588; ATF 116 IV 262; ATF 102 Ia 28; ATF 86 IV 52.

78 Ci-dessous no 244.

est exclue. La fausse application de la loi est un motif à invoquer par les voies du recours ordinaire. Lorsque celles-ci sont épuisées ou n'ont pas été utilisées, il n'y a pas de raisons d'admettre que la répétition du raisonnement en droit aboutisse à une solution meilleure et plus juste que celle issue de la procédure précédente.

L'effet négatif de la chose jugée peut effectivement faire obstacle à une meilleure réalisation de la justice, mais uniquement en l'absence d'un recours en révision. Le droit fédéral prescrit le recours en révision en faveur du condamné au moins dans les conditions visées à l'art. 397 CPS. Il laisse aux cantons la liberté de l'ouvrir plus largement encore contre les jugements pénaux⁷⁹. La révision d'un procès au détriment du condamné ou d'un prévenu est généralement prévue. Les conditions d'un recours en révision au préjudice du justiciable sont toutefois plus sévères encore que la révision en faveur d'un condamné⁸⁰. Force est de constater que l'autorité de la chose jugée ne s'oppose à la réalisation du postulat de la justice que dans la mesure où la loi exclut la révision d'un jugement au détriment d'un accusé. C'est par exemple la solution du droit français⁸¹.

78. L'immutabilité du contenu de l'acte juridictionnel est assurée par l'exception de chose jugée, qui est le moyen technique permettant de faire respecter l'effet négatif de l'autorité de la chose jugée. Cette exception obéit traditionnellement à une triple condition. Pour que l'autorité de la chose jugée produise son effet négatif, il faut qu'il y ait entre le premier et le second procès une identité d'objet, de parties et de causes.

L'identité d'objet entre deux procès pénaux se retrouve nécessairement. Fait l'objet du procès ce qui est demandé par l'action qui l'introduit⁸² et qui porte sur la question de savoir si et dans quelle mesure le pouvoir de répression de l'Etat doit s'exercer dans un cas concret. Il y a donc forcément identité d'objet entre deux poursuites pénales, ce qui n'est pas le cas entre une procédure pénale et une procédure disciplinaire⁸³. L'acquiescement ou le classement de l'affaire au pénal n'empêche pas non plus le prononcé d'une sanction ou d'une mesure administrative particulière⁸⁴. La doctrine française, contrairement à la doctrine allemande, mentionne la condition de l'identité d'objet. La jurisprudence française applique en effet à l'autorité de la chose jugée au criminel les principes énoncés par l'art. 1351 du Code civil

79 ATF 107 IV 136 lit. b); ATF 106 IV 47 c.1.; ATF 69 IV 137 c.2.

80 Hauser, Kurzlehrbuch, 305; Piquerez, Précis, no 2185; Schmid, N., no 1137; Schwarplies, 13.

81 622 CPP français; Bouzat/Pinatel, nos 1515, 1517; Merle/Vitu, no 751; Pradel, no 643.

82 Cf-dessus nos 23, 25.

83 Hauser, Kurzlehrbuch, 243; Piquerez, Précis, no 2635.

84 ATF 101 Ia 175, 307 c.b).

français⁸⁵. Mais l'identité d'objet soulève en droit civil des problèmes particuliers. La transposition n'est pas forcément heureuse⁸⁶.

79. L'exception de chose jugée suppose l'identité des parties, poursuivante et poursuivie.

L'identité de la partie poursuivante est toujours réalisée. Lorsque l'action pénale est ouverte, c'est l'Etat qui poursuit. Dès lors, le représentant d'un ministère public différent, d'un autre canton ou de la Confédération par exemple, ne peut tenter une nouvelle mise en accusation du même prévenu pour les mêmes actes.

L'identité de la partie poursuivie quant à elle présente des aspects plus délicats. La chose jugée n'existe que si, successivement, le même individu est poursuivi pour des mêmes actes, que cela soit d'ailleurs en qualité d'auteur, coauteur, complice ou instigateur. La découverte de nouvelles charges à l'encontre d'une personne qui, pour les mêmes faits a déjà comparu en justice, ne peut, par conséquent, conduire qu'à une éventuelle révision du premier procès. D'autre part, une personne poursuivie ne peut échapper à un procès en invoquant qu'une autre personne avait précédemment été condamnée ou acquittée par un jugement définitif pour le fait délictueux en question.

Il peut y avoir erreur sur la personne du prévenu⁸⁷. Une confusion dans l'identité de certaines personnes n'est jamais exclue. Elle est irrelevante tant que le prévenu qui se présente en procédure est l'individu véritablement visé par l'action pénale. En ce sens, le jugement rendu par défaut est dirigé contre la personne qui est réellement recherchée. En cas d'équivoque, c'est la teneur de l'acte qui doit être corrigé en conséquence. Mais il se peut aussi que la personne qui comparait en audience ne soit pas celle que vise en réalité l'action publique. L'erreur sur la personne sera, on le souhaite, découverte et corrigée en cours d'audience, avant jugement de l'affaire. Le jugement qui clôture en bonne et due forme ladite procédure serait, même s'il a qualité de chose jugée, un acte juridictionnel absolument nul et dès lors sans effet⁸⁸. L'action pénale est alors reprise mais à l'égard de la personne véritablement prévenue.

Il va enfin sans dire que des poursuites successives pour le même fait sont possibles contre des individus différents. Chaque poursuite étant indépendante, ce qui a été jugé dans la première ne peut, en principe, être invoqué ni opposé dans la seconde. Les parties ne sont manifestement pas les mêmes et l'on ne saurait limiter le pouvoir de cognition du second juge. La voie du recours en révision permet de remédier à l'hypothèse de décisions

85 Bourzat/Pinatel, no 1537; Najarian, 96; Pradel, no 660; Tiedemann, Entwicklungstendenzen, 32 note 73.

86 Merle/Vitu, no 764.

87 Schmidt, Eb., Lehrkommentar, nos 289-294.

88 Ci-dessus no 41.

successives inconciliables. En revanche, lorsque deux prévenus sont poursuivis en même temps, ce qui est jugé pour l'un, s'impose pour l'autre.

80. L'exception de chose jugée exige l'identité des faits; une nouvelle action pénale ne saurait être intentée contre le même individu en raison des mêmes faits.

La notion de faits est problématique. Ils conditionnent de manière étroite l'objet du procès mais n'en font pas partie⁸⁹. Cette notion revêt en outre une signification propre en droit de procédure. Elle se distingue de la notion du fait incriminé en droit de fond⁹⁰.

L'état de faits s'affine progressivement au cours d'une procédure⁹¹. Il y a donc lieu de se référer en premier à ceux qui sont visés par la mise en prévention, tels qu'ils ont été retenus par le tribunal⁹². Les faits matériels constatés par jugement recouvrent une part choisie de la réalité⁹³. Le principe *ne bis in idem* s'oppose par conséquent à l'introduction d'une nouvelle action publique qui viserait des faits appartenant au même événement historique. Le juge pénal est investi d'un pouvoir de cognition généralisé. Il doit en faire usage pour la découverte de la vérité matérielle et a dès lors l'obligation d'établir et d'apprécier tous les faits relatifs à un même événement. Il lui appartient, si nécessaire, de préciser, de compléter, voire d'étendre l'instruction. L'événement, par conséquent, comprend tous les faits dont le tribunal aurait pu et dû connaître. Le droit allemand, la jurisprudence en particulier, ainsi que le Tribunal fédéral, ont adopté cette définition large des faits⁹⁴. Elle pose problème lorsque des faits distincts de ceux qui ont été jugés, mais qui relèvent de l'événement visé par l'action pénale apparaissent après jugement. L'identité des faits crée notamment des difficultés lorsque ces faits sont en concours avec d'autres qui ont été jugés ou lorsqu'ils se rattachent à un délit continué⁹⁵. Une définition trop large de l'identité des faits peut conduire à des résultats intolérables⁹⁶.

Les tribunaux français ont adopté, autrefois, une notion des faits étroite. L'identité des faits était celle de l'identité des faits juridiques, c'est-à-

89 Ci-dessus no 26.

90 Arzt, 456; Herzberg, 118; Henkel, 444; Meyer, 100 note 3; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, no 295 note 526.

91 Ci-dessus no 24.

92 Hauser, Kurzlehrbuch, 241.

93 Ci-dessous 194.

94 Grünwald, Rechtskraft, 107 notes 50,51; Hauser, Kurzlehrbuch, 242; Meyer, 55,56 note 15; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, no 296; Tiedemann, Entwicklungstendenzen, 34,46.

95 Grünwald, Rechtskraft, 108,109,118,119; Schmid, N., in Recht 1991, Heft 4, p. 134; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, nos 300-305; ATF 116 IV 121; ATF 107 IV 81; ATF 90 IV 130.

96 Peters, Strafprozess, 508 in initio; Meyer, 59,60; Grünwald, Rechtskraft, 110; ATF 93 II 502, arrêt isolé du TF, corrigé par ATF 112 II 84.

dire une identité de qualification. La jurisprudence nourrit une controverse célèbre pendant plus d'un siècle. Des faits matériellement identiques pouvaient, lorsqu'ils étaient susceptibles d'une qualification juridique différente, donner lieu à une nouvelle action publique. La faculté de poursuites nouvelles permettait de "corriger" une éventuelle indulgence excessive des premiers juges, voire de revenir sur une erreur judiciaire. Cette pratique s'expliquait notamment par l'absence, en droit français, d'un recours en révision au détriment du prévenu⁹⁷. Elle fut critiquée avec véhémence par la doctrine selon laquelle l'autorité juridictionnelle était saisie "in rem" et avait par là l'obligation d'examiner le fait matériel dont elle était saisie sous toutes ses qualifications possibles. Le Code de procédure pénale, en consacrant la doctrine dominante, mit fin à la controverse⁹⁸.

Il apparaît que la notion des faits, dans une définition utile pour l'exception de chose jugée, se situe quelque part entre la notion trop restrictive des faits juridiques et celle trop large et imprécise de l'événement historique. D'aucuns ont encore tenté de cerner la notion par des critères normatifs tirés du droit de procédure ou du droit de fond⁹⁹. Selon certains, la notion comprendrait ce qui est ou ce qui peut être constaté par le juge à condition qu'il procède à l'instruction des faits avec la diligence requise, épuisant notamment son pouvoir de cognition *ratione materiae*¹⁰⁰. Les faits alors écartés ne s'opposeraient pas à une nouvelle poursuite¹⁰¹. Selon d'autres, une nouvelle poursuite doit être admise lorsque, en raison de la découverte de nouveaux faits, la nature et le caractère ou, notamment, la gravité de l'infraction apparaissent sous un angle profondément altéré¹⁰².

Pour de nombreuses raisons, la réalité peut se présenter sous une lumière sensiblement différente une fois que le jugement est devenu définitif seulement. Lorsque le cas se présente, il y a lieu de procéder, à notre avis, par la voie de la révision plutôt que par une interprétation restrictive de la notion d'identité des faits. La loi prévoit une voie de recours extraordinaire contre les actes juridictionnels munis de l'autorité de la chose jugée. Il n'y a pas à déjouer cette réglementation. Quant à l'identité des faits, elle pourrait, plus judicieusement nous semble-t-il, être déterminée à l'aide du critère du bien juridiquement protégé¹⁰³. Lors de l'examen d'une éventuelle identité des faits, il y aurait lieu de déterminer l'intérêt et le bien juridiquement protégé couverts par le jugement et à couvrir par la nouvelle action pénale. Il y a identité des

97 Bouzat/Pinarell, no 1538; Merle/Vitu, no 768; Pradel, no 665; ci-dessus no 77 in fine.

98 368 CPP français: "Aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente".

99 Meyer, 62,72; Spinellis, 79ss,120ss.

100 ATF 112 II 85,86.

101 Grünwald, Rechtskraft, 109 note 59; Hauser, Kurzlehrbuch, 242,243; Pfenninger, Anklage, 359.

102 Grünwald, Rechtskraft, 110 note 61; Peters, Strafprozess, 508 bb).

103 Meyer, 116,127,128 par analogie.

faits lorsque la nouvelle action cherche à protéger un intérêt, voire un bien déjà couvert par le jugement en place.

81. La nature juridique de l'exception de chose jugée enfin mérite d'être discutée. Elle est, à première vue, ambiguë.

Pour certains, elle constitue un moyen de fond à classer dans le droit matériel. C'est la conception du droit français et, apparemment, celle du Tribunal fédéral¹⁰⁴. Pour apprécier l'exception, le juge doit en effet recourir au droit matériel. Lorsqu'il en examine les conditions, à savoir lorsqu'il s'interroge sur la question de la triple identité, le juge est obligé de se référer au droit de fond. En tant que moyen au fond, l'exception de chose jugée pourrait être dirigée contre le fondement de l'action publique et empêcher l'application d'une peine. Mais l'autorité de la chose jugée n'affecte pas le droit de répression de l'Etat qui, dans un cas d'espèce, existe ou n'existe pas. S'il existe, il ne s'efface qu'avec l'exécution de la peine. L'exception *ne bis in idem* ne touche pas à la question de la perpétration même d'un acte réprimé. En tant que moyen au fond, l'exception de chose jugée pourrait aussi être dirigée contre le droit d'action. L'art. 6 al.1 CPP français fait figurer la chose jugée parmi les causes d'extinction de l'action publique. En droit français, l'exception de chose jugée constitue une fin de non recevoir et atteint le droit d'action lui-même, sans s'attaquer ni à la procédure ni au droit matériel prétendu. Elle conteste le droit d'agir. L'autorité de la chose jugée se traduit par une extinction ou un épuisement du pouvoir d'action¹⁰⁵. Elle agit par une force consomptrice de l'action publique qui, étant épuisée, ne laisse plus rien à juger. Le juge n'est non seulement pas forcé de juger, mais il n'en a plus le pouvoir, par défaut de matière¹⁰⁶.

Mais l'exception de chose jugée nous paraît plutôt ressortir à la procédure¹⁰⁷. Elle repose sur un état de fait processuel qui provient d'un acte juridictionnel en place; l'autorité de la chose jugée fait concrètement échec à l'action du ministère public. Elle bloque, si ce n'est l'introduction, du moins l'aboutissement d'une nouvelle poursuite pénale. Elle interdit au juge d'instruire et de juger une cause qui aurait déjà fait l'objet d'un procès. Lorsque le juge constate une éventuelle identité des causes, il doit refuser de statuer à nouveau sur ce qui a fait l'objet du premier jugement. En cela, l'effet de l'exception de chose jugée ressemble à celui de la litispendance¹⁰⁸. Selon certains, l'effet négatif s'explique par une consommation ou un épuisement du droit procédural d'introduire une action en justice¹⁰⁹. Mais l'exception de la

104 Habscheid, autorité, 181 note 10; Pradel, no 656; ATF 112 II 85; ATF 86 IV 52; ATF 56 I 77.

105 Valticos, nos 49,52,55.

106 Najarian, 55.

107 Bonnard, 127; Habscheid, autorité, 184; Kaufmann, 164; Pfenninger, ne bis, 170,174.

108 Ci-dessus no 70; Gaul, Rechtskraftlehre, 513; Koussouls, 226.

109 Abel, 22,88; Pfenninger, Anklage, 359; - ne bis, 174; Scyboz 18 note 26.

chose jugée s'oppose, nous semble-t-il, plutôt à la régularité de l'instance introduite. Lorsque l'exception est admise, elle en entraîne l'invalidation.

L'exception de chose jugée est une condition négative du procès ¹¹⁰. L'Etat a l'obligation d'assurer la bonne administration de la justice ¹¹¹. L'admission aux tribunaux est légitimement limitée par des conditions procédurales dans la mesure où il n'y a pas lieu de faire fonctionner inutilement, voire abusivement, l'activité juridictionnelle. La règle *ne bis in idem* est généralement qualifiée d'ordre public et le juge doit l'appliquer d'office ¹¹² avant d'aborder le fond de l'affaire et même avant les autres conditions du procès ¹¹³. L'effet négatif de l'autorité de la chose jugée n'a par conséquent pas besoin d'être invoqué par les parties.

On a soutenu, à l'occasion, qu'il n'existait pas de différence entre l'autorité elle-même et son effet négatif, déduisant d'une absence d'identité d'objet, de personnes et de faits entre un jugement préexistant et une nouvelle action publique qu'il n'y avait point d'autorité de chose jugée rattachée à l'acte juridictionnel. Pourtant, il est juste de distinguer l'autorité de ses effets. L'autorité d'un jugement en général, et l'autorité de la chose jugée en particulier, sont liées aux conditions dans lesquelles l'acte juridictionnel a été rendu. Le renouvellement d'un procès identique au précédent n'est qu'hypothétique.

§ 2. L'effet obligatoire de l'autorité de la chose jugée.

82. Les effets de l'autorité de la chose jugée ne se distinguent pas, dans leur essence, selon qu'ils proviennent d'un jugement civil ou d'un jugement pénal. Si, en matière pénale, l'effet négatif prédomine, l'autorité de la chose jugée a aussi une fonction positive. Elle évite la contradiction entre les jugements. C'est l'effet dit obligatoire. A la différence de l'effet négatif, l'effet obligatoire joue dans un procès qui, tout en présentant certains points communs avec le premier, n'en constitue pas la répétition. L'effet obligatoire astreint le juge saisi d'un procès ultérieur à respecter l'acte juridictionnel et à en reprendre le contenu sans le vérifier.

L'effet obligatoire est généralement décrit par l'adage *res iudicata pro veritate habetur*. Les compilateurs du Digeste ont retenu la fin d'une phrase attribuée à Ulpien: *ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia res iudicata pro veritate accipitur*

110 Schmid, N., nos 539, 588; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, no 184; Schwarplies, 1; Koussoulis, 228; ci-dessous no 133.

111 Ci-dessus no 22.

112 Bouzal/Pinatel, no 1536; Hauser, Kurzlehrbuch, 241; Merle/Vitu, no 761; Piquerez, Précis, no 2651; Pradel, no 656; Schmid, N., no 588; Valticos, no 152.

113 Koussoulis, 246.

(Dig. 1,5,25¹¹⁴; Dig. 50,17,207; Dig. 38,2,12,3). Il est douteux que, dans son contexte original, la formule d'Ulpien consacraît l'effet positif de l'autorité de la chose jugée¹¹⁵. La découverte de l'effet obligatoire est attribuée à Savigny qui, sur l'adage en question, fonda sa théorie de la fiction de la vérité¹¹⁶. Selon lui, la fonction positive venait suppléer la fonction à l'origine purement négative de l'autorité de la chose jugée qui tenait lieu de vérité et de réalité¹¹⁷. La théorie matérielle de l'autorité de la chose jugée ne put résister à la critique¹¹⁸. La doctrine admet aujourd'hui que l'effet obligatoire de l'autorité de la chose jugée, comme son effet négatif, est de nature purement processuelle¹¹⁹.

83. L'effet obligatoire intervient dans les rapports entre différentes juridictions. D'une part, l'autorité de la chose jugée d'un jugement criminel ne concerne pas seulement le juge pénal, mais également le juge civil ou administratif. D'autre part, le juge pénal peut lui aussi être confronté à l'autorité de la chose jugée d'un jugement non répressif.

L'étude de ces rapports est plutôt complexe¹²⁰. Les solutions adoptées relèvent non tant de la logique que de considérations d'opportunité et d'utilité sociale¹²¹. Ainsi, selon le système juridique considéré, les principes applicables en la matière peuvent être diamétralement opposés¹²². En matière criminelle, le droit français, par exemple, ne reconnaît à l'autorité de chose jugée qu'une fonction négative. L'effet obligatoire apparaît dans ce que cette législation appelle l'autorité de la chose jugée du criminel sur le civil. Dans ce système, qui consacre la primauté du pénal sur le civil¹²³, l'effet obligatoire peut s'étendre à la constatation d'un fait opérée par le juge répressif. Le droit suisse, quant à lui, a adopté le principe de l'indépendance du juge civil par rapport au juge pénal. L'effet de la chose jugée au pénal sur le civil ressortit donc à la procédure civile¹²⁴ et il appartient essentiellement aux cantons de déterminer l'influence du jugement pénal sur l'activité du juge civil. Le principe de l'indépendance du juge civil est affirmé à l'art. 53 CO, afin de préserver le droit privé fédéral. Les lois de procédure cantonales, autrement la doctrine et la jurisprudence, affirment, en principe, l'indépendance du juge civil¹²⁵.

-
- 114 "On doit regarder comme libre de naissance celui qui a été déclaré tel en jugement, quoiqu'il fût de la condition des affranchis; parce que les choses jugées sont regardées comme vraies." (Hulot).
- 115 Gaul, Rechtskraftlehre, 469.
- 116 Ci-dessus no 72; Gaul, Rechtskraftlehre, 453.
- 117 Gaul, Rechtskraftlehre, 459,461,463.
- 118 Ci-dessus no 73.
- 119 Ci-dessus no 74 note 73.
- 120 Bouzat/Pinatel, no 1530; Scyboz, 27,66; Schmid, N., nos 591,592.
- 121 Scyboz, 27; Tiedemann, Entwicklungstendenzen, 9.
- 122 Scyboz, 81.
- 123 Bouzat/Pinatel, no 1541; Merle/Vitu, no 769; Najarian, 60,91,94; Pradel, no 666; Scyboz, 83; Valkicos, nos 57,65,447,452.
- 124 Scyboz, 73.
- 125 Piquerez, Précis, nos 2260,2263,2671; Schmid, N., no 591; Scyboz, 101,138.

84. L'effet obligatoire de la chose jugée au pénal sur le pénal est plutôt exceptionnel¹²⁶. En matière criminelle, un jugement pénal contient rarement une question qui serait préjudicielle pour une procédure concernant la même personne, mais une cause différente. Dans le cadre d'un autre procès, nouveau et différent, la question de savoir si et dans quelle mesure le pouvoir de répression de l'Etat devait se réaliser dans un cas d'espèce ne constitue guère une question préjudicielle.

Le dispositif d'un jugement pénal peut déployer un certain effet obligatoire, pour la fixation de la sanction pénale en particulier¹²⁷. En cas d'aggravation de la peine parce que l'auteur a agi par métier, la qualification juridique des faits préexistante a son importance. Le juge est en outre obligé de prendre en considération une condamnation antérieure lorsqu'il entend accorder le sursis à l'exécution de la peine¹²⁸, lorsqu'il entend ordonner une mesure¹²⁹ ou lorsqu'il entend aggraver la peine pour cause de récidive¹³⁰. En première ligne, il s'appuie sur l'existence d'une condamnation; dans une mesure moindre, il se fonde sur l'exécution effective de la sanction privative de liberté.

Le contenu d'un jugement dans son ensemble peut lui aussi être d'un intérêt pour la solution d'une cause pénale¹³¹. La question se pose alors de savoir dans quelle mesure le deuxième juge est lié par le contenu, notamment par une déclaration de culpabilité, ou encore, par des constatations de fait d'un jugement antérieure. Les opinions divergent. Parfois, l'effet obligatoire est admis, notamment en ce qui concerne les constatations de fait relatives à la culpabilité¹³². Le Tribunal fédéral a dit que le juge appelé à statuer sur le crime de dénonciation calomnieuse (art. 303 CPS) était lié, en ce qui concerne l'innocence de la personne dénoncée, par un jugement d'acquiescement préexistant. La solution retenue empêche sans doute la coexistence de deux jugements contradictoires mais elle n'est pas sans danger. Elle pourrait obliger le deuxième juge à trancher l'affaire contre son intime conviction.

Le champ d'application de l'effet obligatoire est plutôt difficile à délimiter. Le juge apprécie généralement un jugement existant comme un titre probatoire, un moyen de preuve destiné à établir un fait essentiel. En aucun cas il n'est lié aux simples faits constatés par un jugement préexistant. La constatation des faits de la cause ne bénéficie pas des effets de la chose jugée¹³³

126 Abel, 34; Grunsky, Bindungswirkung, 240,241.

127 Hauser, Kurzlehrbuch, 243; Schmid, N., no 590.

128 CPS 41 ch.1 al.2; Stratenwerth, AT II, 117 no 24.

129 CPS 42 ch.1; Stratenwerth, AT II, 328 no 8.

130 CPS 67 ch.1; Grünwald, Teilrechtskraft, 38; Stratenwerth, AT II, 267 no 109, 268 no 110.

131 Pour des exemples éloquentes: Abel, 2-6; Bruns, Feststellungswirkung, 610,611; Grunsky, Bindungswirkung, 226; Grünwald, Rechtskraft, 118.

132 ATF 72 IV 75; contra la majorité de la doctrine allemande, cf. Grünwald, Rechtskraft, 120 note 90.

133 Abel, 73,166; Bruns, Feststellungswirkung, 608,619; -, Teilrechtskraft, 17,20; contra: Henkel, 448.

dont l'autorité ne recouvre que l'objet de la procédure. Elle ne s'étend pas aux éléments qui n'en font pas partie. L'effet obligatoire de l'autorité de la chose jugée provient du dispositif, au sens matériel, d'un acte juridictionnel ¹³⁴. Les constatations de fait d'un jugement ne dégagent donc aucun effet obligatoire ¹³⁵. Par conséquent, un juge n'est, sauf disposition légale contraire et expresse ¹³⁶, pas lié par des faits constatés dans un autre jugement.

§ 3. Le caractère relatif des effets de l'autorité de la chose jugée

85. Après avoir traité de l'effet négatif et de l'effet obligatoire de l'autorité de la chose jugée, il convient de préciser que le premier comme le second ne présentent qu'un caractère relatif. Les deux sont relatifs dans un premier sens; ils ne sont efficaces que si l'acte juridictionnel est antérieur à la découverte d'une nouvelle infraction qui justifie un nouvel engagement de l'action publique ¹³⁷. Lorsqu'une nouvelle infraction est découverte avant que ne soit rendu le jugement, le juge doit, en général, l'inclure lorsqu'il statue sur la cause.

L'effet négatif est relatif en ce sens que seules les parties impliquées dans le procès ont le droit d'invoquer l'exception de la chose jugée même si celle-ci est en principe d'ordre public ¹³⁸. C'est l'adage *res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest*. Le jugement pénal ne déploie ensuite d'effet principal qu'à l'égard de la personne qui a été poursuivie. En procédure civile, l'autorité de la chose jugée peut se manifester erga omnes. Elle produit, cas échéant, des effets non seulement à l'égard des parties au procès, mais également à l'égard de tiers qui ont avec les parties des rapports de droit touchant à l'objet même du jugement.

L'effet obligatoire est lui aussi relatif en ce sens qu'il n'intéresse de façon directe que le juge: seul celui qui est saisi d'une nouvelle procédure est susceptible d'être lié par certains éléments du contenu d'un jugement répressif antérieur. La fonction positive de l'autorité de la chose jugée, à savoir celle qui empêche la contradiction entre jugements, est, en outre, plutôt réduite. Le juge criminel doit pouvoir statuer en pleine liberté. Rien n'empêche notamment une contradiction entre deux jugements rendus au cours d'instances différentes entre personnes différentes. Le fait que les autorités administratives soient tenues d'exécuter un jugement pénal ne provient pas d'un effet de l'autorité de la chose jugée. Il s'agit d'un effet substantiel de l'acte juridictionnel qui est l'effet exécutoire ¹³⁹.

134 Ci-dessus no 67.

135 Ci-dessus nos 26-28; Bruns, *Teilrechtskraft*, 22.

136 Ci-dessous no 92.

137 Grunsky, *Bindungswirkung*, 235.

138 Ci-dessus no 79.

139 Ci-dessous no 100.

Section 4. Le fondement de la chose jugée

86. L'autorité d'un jugement provient des qualités reconnues à l'acte juridictionnel. Pour expliquer cette autorité, il convient d'examiner avec une attention particulière sur quoi repose sa qualité de chose jugée. Il y a lieu de rappeler à ce sujet que la qualité de chose jugée traduit la consécration procédurale d'un acte juridictionnel existant par ailleurs en entier et qu'elle est composé de la force de chose jugée d'une part, de l'autorité de chose jugée d'autre part¹⁴⁰. L'acquisition, à un certain moment, de la qualité de chose jugée est liée au simple écoulement du temps. Fort de cette qualité, l'acte produit ensuite certains effets de nature procédurale: il devient inattaquable en raison de la force de chose jugée; quant à l'autorité de la chose jugée, elle empêche la répétition ou le renouvellement du procès et, dans une moindre mesure, évite la contradiction entre les jugements. L'acte juridictionnel produit d'autres effets encore, qui sont de nature procédurale, mais qui ne découlent pas de la qualité de chose jugée de l'acte. Par exemple, dès son prononcé, l'acte juridictionnel est irrévocable¹⁴¹. Il réunit ou ne réunit pas, dès le début, tous les éléments qui le font bénéficier de la présomption de conformité au droit. C'est en particulier la présomption formelle de validité et de régularité qui constitue le fondement suffisant mais nécessaire à l'autorité d'un jugement¹⁴². L'acquisition de la qualité de chose jugée ne traduit à son tour que la consécration de cette autorité et de son fondement.

87. La qualité de chose jugée s'explique le plus souvent par le besoin pour l'ordre social de retrouver, à la suite d'un contentieux, un état de sécurité du droit. Sans certitude judiciaire, la paix du droit est impossible à réaliser¹⁴³. "Les jugements régulièrement rendus ne sauraient, sans trouble profond, être sans cesse remis en question"¹⁴⁴. Parallèlement, la chose jugée offre aussi une certitude au justiciable. Elle le met à l'abri d'un nouveau procès. La nécessité pratique d'aboutir à une décision définitive, c'est-à-dire inattaquable et immuable, ne constitue cependant pas un fondement spécialement solide et crédible. La qualité de chose jugée, et l'autorité d'un acte juridictionnel en général, ne sauraient reposer sur des considérations de pure utilité.

On peut expliquer la qualité de chose jugée de l'acte juridictionnel en la liant directement à l'autorité des institutions dont il émane. Son autorité s'expliquerait alors par le respect de la puissance publique dont est investi le juge dans l'exercice de sa fonction. Elle sert à sauvegarder le prestige de la justice et des organes juridictionnels de l'Etat¹⁴⁵. Mais cette explication repose

140 Ci-dessus no 65.

141 Ci-dessus no 62.

142 Ci-dessus nos 29,49.

143 Ci-dessus no 17.

144 Du Pasquier, 167.

145 Abel, 21; Sauer, 263 note 5; Scyboz, 20; Valticos, no 50.

sur une conception de l'autorité étatique qui, aujourd'hui, est dépassée. L'Etat assume, il est vrai, l'obligation d'assurer la bonne administration de la justice que ses organes doivent rendre lorsqu'ils sont saisis ¹⁴⁶. Le procès terminé, l'acte juridictionnel fournit en quelque sorte l'évidence que l'Etat s'est acquitté de sa tâche ¹⁴⁷, ce qui empêche le citoyen de provoquer, pour la même affaire, un nouveau déploiement de l'activité juridictionnelle ¹⁴⁸. La chose jugée apparaît alors comme une institution nécessaire à l'ordre juridique et au fonctionnement du système judiciaire. Dans cette idée notamment, la qualité de chose jugée doit être examinée d'office ¹⁴⁹. Mais la nécessité fonctionnelle, pas plus que les considérations de simple utilité, n'explique le fondement de la qualité de chose jugée.

Celui-ci pourrait reposer sur la vérité du contenu de la décision qu'elle consacre. Mais une fiction de la vérité, voire la vérité très relative qu'est la vérité matérielle, constitue un fondement par trop peu certain, donc insuffisant. La théorie matérielle de la chose jugée, quant à elle, ne fournit pas non plus l'explication que nous cherchons ¹⁵⁰.

88. La qualité de chose jugée s'explique aujourd'hui par une approche et par une construction purement processuelle ¹⁵¹. Elle crée pour le juge une obligation de nature processuelle en l'astreignant à respecter le contenu de l'acte juridictionnel aussitôt que ce dernier bénéficie de la qualité de chose jugée. La théorie de l'épuisement de l'action publique ne peut ici servir d'explication; l'extinction du droit d'action serait tout au plus l'un des effets de cette qualité.

Elle pourrait aussi tirer sa valeur d'une sorte de preuve de la vérité. L'autorité de l'acte jouerait alors comme un moyen de preuve et son fondement se conçoit sous un angle probatoire. La construction paraît toutefois un peu faible, car elle ramène la valeur de l'acte juridictionnel à celle d'une preuve, simple ou qualifiée.

On pourrait encore la déduire d'une force particulière qui émanerait du jugement et qui serait assimilée à la force de loi. La chose jugée apparaît alors comme la conséquence du pouvoir de juridiction accordé au juge et qui est d'imposer l'application correcte de la règle de droit. Le juge est, dans le cas dont il a à connaître, le révélateur de la loi. Concrétisant la norme générale, son jugement est l'affirmation d'une volonté concrète de celle-ci. Cette conception place l'explication dans le domaine métaphysique.

146 Ci-dessus no 22.

147 Koussoulis, 190.

148 Valticos, no 37.

149 Gault, Rechtskraftlehre, 512; ci-dessus no 81.

150 Ci-dessus no 73.

151 Ci-dessus no 74.

89. L'approche fonctionnelle adoptée pour la présente étude propose une explication processuelle autre. Elle est plus modeste et nous la croyons plus juste. Elle situe le fondement de la qualité de chose jugée uniquement dans le domaine processuel.

La qualité de chose jugée naît de la vérification juridictionnelle, plus exactement de la faculté de provoquer une vérification juridictionnelle ¹⁵². L'autorité de l'acte juridictionnel repose sur une présomption formelle de sa validité et de sa régularité. L'autorité d'un jugement peut être contestée, mais à des conditions et pendant un temps déterminés. Un recours permet, s'il aboutit, de ruiner l'autorité d'un jugement, ce qui justifie qu'on limite cette faculté dans le temps en rendant l'acte inattaquable et immuable dans sa forme et dans son contenu à l'échéance d'un certain délai. La qualité de chose jugée est affirmée par l'épuisement des voies de recours ou de leurs délais. Elle investit l'acte à ce moment précis. La faculté d'une vérification juridictionnelle constitue dès lors le fondement de la qualité de chose jugée qui, lorsqu'elle lui est reconnue, consolide son autorité.

Chapitre 4. L'effet obligatoire restreint

90. Il nous reste à examiner un dernier effet qui se rattache, dès son prononcé, à l'acte juridictionnel: l'effet obligatoire restreint. Ce dernier impose à l'autorité de recours de ne pas réexaminer les éléments du premier jugement ou de la première décision qui ne sont pas entrepris par le recourant, soit que celui-ci ne s'en plaigne pas, soit qu'il ne puisse le faire en vertu d'une disposition légale.

C'est donc en vertu de cet effet obligatoire restreint que le juge de cassation refuse d'examiner d'autres moyens que ceux invoqués dans le recours, et non en vertu de l'autorité de la chose jugée, dont les effets n'agissent qu'après épuisement des possibilités de recours. En cela, l'effet restreint apparaît comme le revers du principe *tantum devolutum, quantum appellatum* que l'on connaît en matière d'appel.

Il convient de remarquer ici que le système juridique français notamment reconnaît à l'acte juridictionnel l'autorité de chose jugée dès que la décision a été prononcée. Les effets de l'autorité de chose jugée demeurent cependant suspendus afin de permettre à l'autorité de recours de statuer dans une situation qui est, en fait, celle d'une identité de causes ¹⁵³. Il est à notre

152 Ci-dessus no 49 in fine; ci-dessous nos 141, 187.

153 Ci-dessus no 67 note 35.

sens préférable de différer au même moment et l'acquisition de la qualité de chose jugée et le déploiement de ses effets. Il convient de signaler aussi que certains systèmes prévoient expressément que dans le cas d'un recours limité, l'autorité de chose jugée protège les parties du jugement qui ne sont pas critiquées¹⁵⁴. On parle alors de chose jugée partielle. L'effet suspensif du recours n'affecte ainsi que les éléments qui font l'objet du recours; les autres deviennent définitifs à l'égard de toute autorité juridictionnelle. Cette réglementation entraîne toutefois quelques complications¹⁵⁵.

91. L'effet obligatoire restreint s'apparente à l'effet positif de l'autorité de chose jugée et produit à l'égard de la juridiction de recours des conséquences qui sont similaires à celles que produit, une fois que l'acte juridictionnel en est pourvu, l'effet obligatoire de l'autorité de la chose jugée pour le juge d'un nouveau procès.

Encore faut-il, pour que cet effet naisse, que les éléments entrepris en procédure de recours puissent être indépendants¹⁵⁶ de ceux qui ne le sont pas, et que ceux-ci soient susceptibles d'acquérir ultérieurement l'autorité de chose jugée: il y a un lien logique entre ces deux effets.

Ces constatations conduisent ici à deux réflexions.

92. Il faut retenir d'abord que l'acte juridictionnel ne produit en soi pas d'effet qui, par la suite, empêcherait une autre autorité de juridiction d'adopter une constatation des faits de la cause différente de celle qui figure dans l'acte. Il a déjà été constaté que les effets de l'autorité de la chose jugée ne s'étendent pas à la constatation des faits¹⁵⁷. La règle demeure exacte même lorsqu'en vertu d'une disposition légale expresse, les parties du jugement qui ne sont pas critiquées acquièrent autorité de chose jugée. Pas plus que l'effet négatif ou obligatoire de l'autorité de la chose jugée, l'effet obligatoire restreint affecte-t-il la constatation des faits, que celle-ci soit critiquée ou pas. Ni l'autorité juridictionnelle dans un procès nouveau, ni l'autorité de recours dans un procès sur recours ne sont liées, par un effet du jugement, aux constatations de fait que contient l'acte juridictionnel attaqué. Une obligation en ce sens ne peut résulter que d'une disposition expresse de la loi¹⁵⁸.

93. Il vaut la peine d'observer également que lorsqu'un recours est dirigé contre la mesure de la peine seulement, sans entreprendre la déclaration de la culpabilité, la question se pose de savoir si l'autorité de recours est liée par celle-ci¹⁵⁹. La logique le commanderait. Un recours peut être dirigé contre la

154 AG 221; CPP allemand §§ 316 al.1, 343 al.1.

155 Ci-dessous no 94.

156 Ci-dessous no 116.

157 Ci-dessus nos 24, 26, 84 in fine.

158 PPF 277bis; NE 251 al.2; VD 447 al.2.

159 Ci-dessous nos 120-123.

déclaration de culpabilité isolément ¹⁶⁰, par exemple en cas d'acquiescement ou de condamnation avec exemption de peine. Aussi, un recours dirigé contre la déclaration de culpabilité uniquement comprend-il nécessairement une attaque contre la fixation de la sanction spécifique; peine ou mesure sont déterminées en fonction directe de la culpabilité de l'auteur. En revanche, la conclusion en sens inverse ne s'impose nullement. Le recours qui est dirigé contre la mesure de la peine uniquement ne comprend pas nécessairement une attaque de la constatation de la culpabilité ¹⁶¹. Le recourant peut vouloir s'insurger contre la gravité de la peine infligée sans pour autant entendre contester sa culpabilité. La culpabilité faisant partie de l'objet du procès au fond, elle est susceptible de revêtir l'autorité de chose jugée ¹⁶². Lorsque la culpabilité n'est pas mise en cause, l'effet obligatoire restreint se rattache à elle. L'autorité de recours est par conséquent liée à ce sujet; elle ne saurait revenir sur l'élément de la culpabilité tel qu'il a été fixé par le juge de l'instance précédente.

Cette solution peut conduire à des résultats problématiques. Partant de ce qu'en principe la constatation des faits ne lie pas l'autorité de recours, une nouvelle appréciation des faits de la cause peut l'amener à une conclusion différente au sujet de la culpabilité de l'auteur; l'autorité de recours étant précisément liée à la constatation de la culpabilité par l'effet obligatoire restreint, une contradiction sur ce point est d'autant plus intolérable que l'écart des conclusions est grave.

94. Ce problème apparaît de manière plus aiguë encore dans un système juridique qui, par une disposition expresse de la loi, confère l'autorité de la chose jugée aux parties du jugement qui ne sont pas attaquées. C'est notamment le cas du droit allemand où l'autorité de la chose jugée partielle a donné lieu à quelques études approfondies ¹⁶³. On relève notamment une controverse relative à l'autorité de la chose jugée de la déclaration de culpabilité. Afin de réduire les risques d'une incompatibilité des conclusions à la suite d'une appréciation nouvelle des faits de la cause par l'autorité de recours, la jurisprudence et la doctrine allemande reconnaissent, à titre exceptionnel, aux constatations de fait du premier juge un certain effet obligatoire ¹⁶⁴. Il s'agit selon les uns de l'effet obligatoire propre de l'autorité de la chose jugée ¹⁶⁵, selon d'autres, d'un effet

160 Ci-dessous no 121.

161 Ci-dessous no 123.

162 Ci-dessus nos 24,26.

163 Gerhard Abel, *Rechtskraft und Feststellungswirkung des Strafurteils*, thèse, Erlangen, 1964, 91-163; Hans-Jürgen Bruns, *Teilrechtskraft und innerprozessuale Bindungswirkung des Strafurteils*, Köln, 1961; Gerald Grünwald, *Die Teilrechtskraft im Strafverfahren*, Göttingen, 1964; Wolfgang Eberhard Mezger, *Teilrechtskraft und Rechtsmittelbeschränkung im Strafprozess*, thèse, Erlangen, 1958; Peters, *Strafprozess*, 497-501.

164 Abel, 91,103,136; Bruns, *Teilrechtskraft*, 14-16,51,55-57,109; Grunsky, *Bindungswirkung*, 231; Mezger, 199,207; Spinellis, 32,33.

165 Bruns, *Teilrechtskraft*, 116.

qui en est dérivé ¹⁶⁶. L'autorité de recours est donc liée, non seulement par la déclaration de culpabilité qui, à défaut d'avoir été entreprise, a acquis autorité de chose jugée, mais encore, exceptionnellement, par la constatation des faits sur laquelle repose ladite déclaration de culpabilité.

Le système du droit allemand s'enlise dans la rigueur extrême de son raisonnement. La solution proposée est compliquée. Elle implique en effet une délicate détermination des exceptions ¹⁶⁷. D'aucuns s'y prennent en limitant l'étendue de l'effet obligatoire sur les faits ¹⁶⁸, d'autres en définissant les cas où l'autorité de recours ne serait pas liée par une déclaration de culpabilité erronée ¹⁶⁹. En raison des conséquences pratiques insoutenables, l'autorité de recours ne saurait, dans tous les cas et sans exception aucune, être liée par une constatation des faits fautive, ni par une déclaration de culpabilité erronée. Une réglementation détaillée des cas d'exception risque par ailleurs de se mettre en conflit avec les règles sur le recours en révision.

95. Une approche différente offre, à notre sens, une solution à la fois plus convaincante et plus praticable. Elle propose de considérer un recours qui n'est dirigé que contre la mesure de la peine, comme une critique implicite de la déclaration de culpabilité ¹⁷⁰. Ceci a pour conséquence de soustraire cette dernière à l'emprise de l'effet obligatoire restreint. La conclusion du premier juge relative à la culpabilité d'un auteur ne lie ainsi pas l'autorité de recours. Pratiquement, la solution conduit à permettre à l'autorité de recours de revoir la culpabilité, sans l'y obliger nécessairement.

En matière de cassation toutefois, l'autorité de recours, qui est liée par la constatation des faits du juge précédent, ne peut revoir la culpabilité que dans la mesure où il s'agit de vérifier la juste application d'une notion de droit, voire pour corriger un arbitraire dans la constatation des faits.

Chapitre 5. Les effets substantiels de l'acte juridictionnel

96. L'acte juridictionnel ne produit pas que des effets procéduraux, mais aussi des effets matériels ou substantiels ¹⁷¹. Parmi les premiers, on trouve le dessaisissement, les effets de la qualité de chose jugée et l'effet obligatoire restreint. Avant de décrire les effets substantiels, il convient de noter qu'ils se

166 Abel, 151,152; Bruns, Teilrechtskraft, 128.

167 Abel, 153; Mezger, 55,63,69,72; Sieveking, 28,44; Spindel, 560.

168 Abel, 153.

169 Sieveking, 28.

170 Ci-dessous no 124.

171 Ci-dessus no 28.

superposent à ceux-là, ce qui ne facilite pas toujours leur délimitation, particulièrement en raison du caractère complexe de l'autorité de chose jugée.

97. L'effet déclaratif est l'effet substantiel premier d'un jugement pénal. L'acte juridictionnel contient, pour le cas particulier qu'il tranche, la reconnaissance ou la négation du droit de répression de l'Etat. Cette constatation est purement déclarative. La légitimité et l'obligation de poursuivre et de réprimer une infraction naît dès la commission fautive de l'acte punissable. Le jugement contient aussi une constatation déclarative au sujet de la culpabilité de l'auteur. Du degré de sa responsabilité et de sa culpabilité dépend ensuite la fixation de la sanction.

98. Le jugement pénal comporte en outre des effets constitutifs ou formateurs¹⁷². L'acquiescement aussi bien que la condamnation opèrent une transformation du statut de la personne poursuivie qui passe de celui de prévenu à celui d'acquitté ou à celui de condamné. Le prononcé d'une sanction pénale produit toujours un effet formateur. Il spécifie le cadre général de la sanction juridique prévue par la loi en individualisant la peine ou la mesure en fonction de la personnalité du condamné. L'effet formateur d'un jugement qui prononce, par exemple, la confiscation des objets et valeurs qui sont le produit ou le résultat d'une infraction, la déchéance de la puissance paternelle, une mise sous tutelle ou sous curatelle est manifeste¹⁷³. Il convient de remarquer que l'effet constitutif ressortit à la norme abstraite, au droit de fond; il n'émane pas de l'autorité de la chose jugée.

99. Certains effets sont rattachés à la seule existence de l'acte juridictionnel qui devient un des éléments nécessaires à l'application d'une disposition légale. Il en va ainsi de l'inscription au casier judiciaire¹⁷⁴, qui présuppose une condamnation, de peines accessoires telles que l'expulsion ou la publication du jugement¹⁷⁵, de la protection de certains droits, notamment par l'institution d'une tutelle¹⁷⁶ etc. De même, un acte juridictionnel est nécessaire au prévenu acquitté pour actionner l'Etat en dommages-intérêts¹⁷⁷. Encore que, dans ce dernier cas particulier, le dispositif seul est insuffisant. L'action résulte plus des circonstances de l'affaire que de l'objet du jugement. L'acte juridictionnel a donc également un rôle probatoire.

100. L'acte juridictionnel enfin a pour vocation de devenir exécutoire, caractère qui est à la fois une qualité et un effet substantiel. Lorsque l'acte

172 Henkel, 415; Niese, 38,39; Peters, Strafprozess, 502; -, Kraft, 10; Schmidt, Eb., Lehrkommentar, no 31 note 61; Scyboz, 22 note 39; Spinellis, 36,37; Valticos, no 9 note 11.

173 CPS 53,58.

174 CPS 60,360.

175 CPS 58,61; aussi CPS 51,53,54,55,62.

176 CCS 371.

177 PPF 237 al.2; FR 43; NE 271.

juridictionnel acquiert la qualité d'acte exécutoire, on dit qu'il a force exécutoire. De cette dernière émane l'effet exécutoire proprement dit. L'exécution du jugement correspond à la réalisation matérielle de la sanction juridique et des effets qui s'y rapportent. C'est précisément en vertu de l'effet exécutoire que les autorités administratives sont tenues d'exécuter la sanction prononcée.

A première vue, il semblerait que l'effet exécutoire d'un acte juridictionnel se confonde avec les effets découlant de la qualité de chose jugée. D'aucuns pensent que l'effet exécutoire doit être assimilé soit à la force soit à l'autorité de chose jugée ¹⁷⁸. L'exécution de la sanction met fin au contentieux en faisant disparaître le trouble social causé par la commission de l'infraction et en consommant, en l'espèce, le pouvoir répressif de l'Etat.

Mais il y a lieu de distinguer l'effet qui résulte du caractère exécutoire de l'acte juridictionnel de ceux qui résultent de sa qualité de chose jugée.

D'abord parce que la force exécutoire n'est pas spécifique à l'acte juridictionnel. Elle découle du pouvoir de coercition lié à toutes les décisions qui émanent de la puissance publique.

Le caractère exécutoire d'un acte est une qualité distincte de celle de la chose jugée et repose sur l'autorité qui lui est reconnue. A son tour, l'autorité trouve son fondement dans la présomption de conformité au droit d'un acte juridictionnel. La qualité de chose jugée en revanche affermit l'autorité de l'acte juridictionnel. Ses effets se rapportent à sa forme et à son contenu spécifique. Ils consacrent le contenant et le contenu de la décision rendue. Par ailleurs, l'exécution d'un jugement ne parvient à consolider l'autorité de l'acte juridictionnel que dans la mesure où elle se réalise. En pratique, cela est parfois loin d'être certain.

En outre, l'effet exécutoire a trait exclusivement au dispositif, au sens le plus étroit, de l'acte juridictionnel. Les effets de l'autorité de la chose jugée concernent le dispositif au sens matériel et s'étendent à l'objet de l'acte juridictionnel dans son ensemble.

Les effets liés à la qualité de chose jugée enfin préservent l'acte juridictionnel de toute atteinte postérieure en interdisant une nouvelle action pénale pour les mêmes faits; ceux liés au caractère exécutoire obligent les autorités administratives à exécuter la sanction prononcée. Une dispense ou l'extinction de l'obligation d'exécuter la sanction n'affecte d'ailleurs pas l'autorité d'un acte juridictionnel. Une grâce ou la prescription de la peine ne portent pas atteinte à l'autorité d'un jugement. Une amnistie, dans l'hypothèse où elle intervient après la condamnation, est en revanche sans doute un fait plutôt troublant pour l'autorité d'un jugement.

178 Tiedemann, *Entwicklungstendenzen*. 7.

En principe, force obligatoire et force exécutoire naissent au même moment. D'où, probablement, une certaine confusion dans les effets rattachés à ces deux qualités ¹⁷⁹. L'acte juridictionnel devient en effet généralement exécutoire en même temps qu'il acquiert force de chose jugée, à savoir au moment où il devient inattaquable par les voies de recours ordinaires ¹⁸⁰. Mais le lien entre la qualité de chose jugée et la force exécutoire n'est nécessaire qu'en apparence. L'acte juridictionnel peut avoir force de chose jugée sans être exécutoire: la qualité de chose jugée peut appartenir à une condamnation non exécutoire ou encore l'exécution de la sanction peut être prescrite ou suspendue par l'autorité de juridiction d'un recours. La force exécutoire peut aussi être reconnue à l'acte avant qu'il ait qualité de chose jugée, et un jugement est parfois exécutoire sans avoir force de chose jugée. L'effet exécutoire peut être immédiat. En cas d'acquiescement, par exemple, le justiciable est libre de suite; la condamnation à une peine privative de liberté peut entraîner l'incarcération du condamné à la sortie de l'audience ¹⁸¹. L'exécution d'un jugement, enfin, peut aussi être différée. Quant à l'exécution anticipée d'une peine privative de liberté, elle ne repose pas sur l'effet exécutoire de l'acte juridictionnel.

179 Hagenbüchle, 21.

180 Hauser, Kurzlehrbuch, 240; Schmid, N., no 586; Schmid, Eb., Lehrkommentar, no 268; ci-dessus no 66.

181 NE 283.

Titre troisième. L'objet du recours

Chapitre premier. L'objet du recours

101. Il n'y a pas d'action gratuite; toute action en justice a un objet, le recours, qui est une action formatrice du droit processuel¹, aussi. L'objet de l'action c'est ce qui est demandé; par conséquent, l'objet du recours procède directement de la finalité des voies de recours. Il est de nature purement processuelle.

Le recours est la manière de manifester son opposition à une décision judiciaire. Du point de vue fonctionnel, il la traduit en une attaque procédurale. Son objet ressort des conclusions du recourant qui reposent sur un état de fait purement processuel. Le recours formule une demande de protection juridique spécifique auprès du tribunal. Le recourant fait valoir une prétention précise et définie: il demande l'anéantissement de l'acte juridictionnel qu'il entreprend². En cas de succès du recours, l'acte juridictionnel est annulé par une constatation judiciaire constitutive³. L'objet du recours peut, par conséquent, être défini comme la prétention en annulation de l'acte juridictionnel attaqué; c'est la demande en annulation constitutive de la décision judiciaire entreprise. La question portée devant l'autorité juridictionnelle supérieure est, plus exactement, celle de savoir si l'acte juridictionnel attaqué doit être annulé par le fait que sa présomption de conformité au droit, fondement de son autorité, a été ébranlée.

102. Le concept de l'objet du procès sur recours appelle deux constatations.

La notion de l'objet du recours se rapporte parfois à l'acte critiqué. Le langage commun l'exprime d'ailleurs; une décision judiciaire peut faire l'objet d'un recours. Dans la définition que nous adoptons, l'objet du procès sur recours ne désigne pas l'acte juridictionnel attaqué. C'est là une question de définition.

1 Ci-dessus no 54.

2 Ci-dessus nos 48,55.

3 Ci-dessus no 39.

L'objet du procès sur recours se démarque ensuite notamment de l'objet du procès originaire ⁴. Le contentieux en instance de recours n'est pas le même qu'en première instance. Si l'objet du procès sur recours se confondait avec celui du procès originaire, la décision finale déclarant un recours irrecevable ou mal fondé, voire le retrait d'un recours, seraient en réalité sans objet. L'objet du procès pénal a trait au pouvoir de répression de l'Etat. Il s'agit de savoir si et dans quelle mesure l'Etat doit exercer son pouvoir dans un cas d'espèce ⁵. L'objet du procès sur recours, quant à lui, touche à l'existence de l'acte juridictionnel entrepris. Il est de nature exclusivement processuelle. C'est la présomption de conformité au droit de l'acte, plus précisément la présomption formelle de validité et de régularité rattachées à la décision, voire sa présomption de vérité, qui sont en jeu. La décision finale en instance de recours confirme ou annule l'acte juridictionnel attaqué.

103. Comme c'est le cas pour l'action, il faut distinguer le droit de recours de la prétention dont il est le support processuel ⁶.

Le droit de recours est le pouvoir de contraindre le juge à examiner la prétention qui lui est soumise. A l'instar du droit d'action, il s'agit d'un droit purement processuel qui ne dépend ni de l'existence d'un droit de fond en matière de procédure ⁷, ni du bien-fondé de la prétention avancée. Il repose sur le principe de la vérification juridictionnelle. Par les moyens que leur offre la loi, les parties à un procès ont la faculté de critiquer et de mettre en doute l'autorité et le fondement d'un acte juridictionnel.

Le recours tend à l'annulation de l'acte attaqué. Bien que le recours soit qualifié d'action formatrice du droit processuel, la prétention qu'il met en oeuvre ne repose pas sur un droit formateur analogue à celui qui soutient une action formatrice de droit matériel. Il n'existe pas, en matière processuelle, de droits formateurs comparables aux droits formateurs que l'on trouve en droit matériel ⁸. En particulier, le droit de procédure ne reconnaît pas aux parties le droit de modifier une situation juridique processuelle consacrée par un acte juridictionnel. Un droit à la modification processuelle existe tout au plus après examen du fondement du recours. En effet, l'acte attaqué n'est annulé que lorsque la prétention paraît fondée. La prétention du recourant dépasse la simple allégation par laquelle celui-ci soutient que l'acte juridictionnel n'est pas conforme au droit. Si elle s'avère, cette assertion constitue le fondement du recours ⁹.

4 Ci-dessus nos 47,54.

5 Ci-dessus no 25.

6 Ci-dessus nos 50,51.

7 Ci-dessus no 12 *in fine*.

8 Pfeifer, 89; ci-dessus no 52.

9 Ci-dessous nos 135,138.

En faisant valoir son droit aux prestations procédurales et juridictionnelles, le recourant s'adresse à l'Etat ¹⁰. Toutefois, s'il a effectivement un droit à faire réexaminer, à certaines conditions, un acte juridictionnel, il ne peut prétendre à ce que ce dernier soit corrigé dans le sens qu'il souhaite. Lorsque l'autorité supérieure renverse la présomption de conformité au droit dont jouit l'acte attaqué, elle l'annule, modifiant ainsi la situation processuelle.

104. On pourrait soutenir que l'objet du recours est double en ce sens qu'il se rapporte non seulement à l'annulation de l'acte attaqué mais aussi à l'objet de celui-ci, c'est-à-dire à l'objet originaire du procès. Le recours serait alors une action processuelle combinée avec l'action originaire sur laquelle l'autorité juridictionnelle de l'instance inférieure s'est prononcée par l'acte attaqué.

Il existe en effet un lien entre ces deux objets ¹¹ et il est parfois difficile à l'autorité de recours d'en faire abstraction: ce n'est à vrai dire possible que lorsque l'acte attaqué est entaché d'un vice qui affecte sa validité et sa régularité formelles. Toutefois, le plus souvent, l'autorité de recours est amenée à se pencher, dans les limites de son pouvoir de cognition, sur l'objet originaire de la procédure et à considérer la justesse matérielle de la décision attaquée, de manière à pouvoir dire si elle est ou non conforme au droit. C'est d'ailleurs ce qui motive en général l'action du recourant. En fonction des pouvoirs d'examen qui lui sont reconnus, l'autorité de recours aborde librement ou avec retenue l'objet du procès originaire. C'est selon sa compétence *ratione materiae*, mais en tous les cas après avoir décidé du sort de l'acte juridictionnel attaqué seulement, que l'autorité de recours peut cas échéant se prononcer elle-même sur le contentieux originaire; à défaut de le résoudre, elle désigne l'autorité juridictionnelle chargée de le faire. Cette dernière devra, pour la solution qu'elle donnera à l'affaire au fond, tenir compte des considérants de l'autorité de recours ¹².

Du point de vue fonctionnel et logique, le contrôle de l'exactitude et de la justesse matérielle est, lorsqu'il se révèle nécessaire, une question préjudicielle à résoudre en vue de savoir si l'acte juridictionnel attaqué est conforme au droit ou non. L'acte juridictionnel n'est plus conforme lorsque la présomption de validité et de régularité formelles dont il bénéficie est ébranlée; à plus forte raison ne l'est-il plus lorsque la présomption d'exactitude et de justesse matérielle est atteinte ¹³. L'acte juridictionnel privé de sa présomption de conformité au droit est sans autorité. Procéduralement, son élimination est un impératif. L'annulation doit être formelle. Elle s'opère par une décision juridictionnelle constitutive à défaut de laquelle toute nouvelle décision au fond est impossible.

10 Pfeifer, 103; Schlosser, 374, 381; ci-dessus no 22.

11 Ci-dessus no 48; ci-dessous no 108.

12 Ci-dessous nos 163, 171, 174.

13 Ci-dessus nos 29, 30, 48.

105. La doctrine est unanime à reconnaître un objet propre aux procès engagés par un recours extraordinaire. Dans un procès en révision notamment, les deux phases, rescindant et rescisoire, forment deux questions séparées. Il y a par conséquent deux procès distincts. Il est généralement admis que le rescindant liquide le procès de l'instance de recours et que le rescisoire reprend la question de l'action originaire. Lorsque le recours en révision aboutit, la phase du rescindant conduit formellement à l'anéantissement du jugement ¹⁴. L'annulation expresse de la décision s'impose parce que l'acte juridictionnel est investi de la qualité de chose jugée. Avant de pouvoir rejuger l'affaire au fond, soit avant de revenir sur l'objet de l'action pénale, il y a lieu d'éliminer formellement la décision pleinement efficace et exécutoire qui est en place. L'objet du recours en révision porte donc, par nature, en lui une demande en annulation de la décision juridictionnelle attaquée. Toutefois, en cas d'irrecevabilité ou de rejet du recours, la litispendance en instance de recours ne semble pas véritablement ouverte. Le recours en révision ne crée pas, au stade du rescindant, de litispendance concernant l'objet du procès originaire.

106. Pour ce qui est des recours ordinaires, le concept de l'objet est assez mal défini. Le plus souvent, la notion n'apparaît pas du tout.

Le système allemand des voies de recours, par exemple, ne reconnaît pas d'objet propre aux procès sur recours ordinaire. Bien que le recours ordinaire soit reconnu comme un moyen de procédure à disposition d'une partie pour s'en prendre à un jugement qui ne la satisfait pas, la doctrine considère que, d'un point de vue dogmatique, le recours ordinaire forme la continuation du procès originaire ¹⁵. En ce sens, l'appel constitue la voie de recours qui permet de rejuger le plus complètement le contentieux au fond, en continuant le procès engagé en instance inférieure ¹⁶. L'acte juridictionnel de l'autorité d'appel remplace l'acte attaqué; le prononcé de la juridiction supérieure s'y substitue dans tous les cas ¹⁷. A l'occasion, la doctrine précise même explicitement que l'objet en instance d'appel et l'objet du procès originaire se confondent ¹⁸. En tant que recours ordinaire, la "Revision" allemande aussi s'opère dans le prolongement du procès originaire. Elle conduit essentiellement à un examen des questions touchant à l'application du droit ¹⁹. Paradoxalement, la doctrine allemande admet que cette voie de recours ait un objet propre car elle conduit, en cas de succès du recours, à l'annulation, totale ou partielle, de

14 Ci-dessus no 46; Bouzat/Pinatel, nos 1523,1524; Hauser, Kurzlehrbuch, 303,304; Hippel, Strafprozess, 610; Löwe-Rosenberg, Gössel, vor § 359 nos 27,28; Peters, Strafprozess, 668,687 pour qui l'annulation n'intervient que dans la phase du rescisoire; Piquerez, Précis, nos 2264,2265; Pradel, no 650; Schmid, N., nos 1164,1165; Stefani/Levasseur, no 795.

15 Ci-dessus nos 45,54.

16 Hauser, Kurzlehrbuch, 267; Noll 104; Peters, Strafprozess, 626.

17 Hauser, Kurzlehrbuch, 281; Schmid, N., no 1039.

18 Hippel, Strafprozess, 565; Peters, Strafprozess, 278,622,627.

19 Henkel, 431; Peters, Strafprozess, 634.

l'acte attaqué²⁰. Selon certains auteurs, le recourant doit même formuler expressément une demande en ce sens²¹.

Pour la doctrine française également, l'appel constitue le moyen permettant par excellence d'obtenir un nouvel examen de l'affaire²². L'objet de l'instance d'appel est la question traitée dans le procès originaire; le sort de l'acte attaqué n'intéresse guère. L'acte juridictionnel émis par l'autorité d'appel, infirmant l'acte attaqué, se substitue, sans modalités particulières, à l'acte du juge précédent, du moins dans la mesure où ce dernier n'est pas confirmé²³. Par opposition à l'appel, le recours en cassation est, lui, visiblement dirigé contre l'acte juridictionnel entrepris. L'instance introduite porte sur la question du jugement déféré. L'autorité de recours est chargée de vérifier la conformité de l'acte avec la loi; l'instance de cassation se termine par la confirmation ou par l'annulation de l'acte attaqué²⁴. Lorsque la cause au fond doit être reprise, l'affaire est généralement renvoyée devant une autorité différente. L'objet du pourvoi en cassation en droit français se distingue précisément par une demande expresse en annulation de l'acte attaqué²⁵. A ce sujet le terme de demandeur en cassation pour désigner le recourant est éloquent²⁶.

107. Les voies de recours étant essentiellement comprises dans une acception matérielle²⁷, le sens et leur fonction dans le domaine procédural est ignoré. L'étude fonctionnelle des voies de recours démontre que celles-ci ont leur objet propre et précis. Appel et cassation sont des actions formatrices du droit processuel. Du point de vue fonctionnel, ces deux voies de recours servent la même finalité processuelle; appel et cassation visent l'anéantissement d'un acte juridictionnel²⁸. L'objet de l'appel et du recours en cassation est dès lors identique: c'est la demande en annulation de l'acte juridictionnel entrepris.

108. Dans l'esprit d'une analyse fonctionnelle, le procès sur recours se limite à une dimension strictement processuelle.

Le procès sur recours débute avec l'introduction du recours qui ouvre l'instance auprès de l'autorité juridictionnelle de recours. Ce procès ne présente qu'un seul objet, soit la demande en annulation de l'acte juridictionnel attaqué. Le recours crée aussi un nouvel état de litispendance. En instance de recours, la litispendance n'a trait qu'à la seule question présentée par le recours. La litispendance du procès originaire s'oppose d'ailleurs à ce que l'objet du procès

20 Henkel, 438; Peters, Strafprozess, 663.

21 Dahn, nos 65,67; Sarstedt, no 147.

22 Ci-dessus no 46; Bouzat/Pinatel, no 1458; Merle/Vitu, no 698; Piquerez, Précis, no 2098; Stefani/Levasseur, no 738.

23 Merle/Vitu, no 715; Piquerez, Précis, no 2115; Pradel, no 616.

24 Bouzat/Pinatel, nos 1506,1507; Merle/Vitu, nos 729,742,743; Pradel, no 635.

25 Bouzat/Pinatel, no 1486.

26 577,578 CPP français; Borè, 608 no 2011 b).

27 Ci-dessus no 44.

28 Ci-dessus nos 48,55.

originaire soit compris en instance de recours ²⁹. Ce n'est que lorsque le procès sur recours est terminé que la question du procès originaire parvient, le cas échéant, devant l'autorité de recours, par l'effet dévolutif ³⁰. La litispendance concernant l'objet du recours fait, quant à elle, obstacle à l'introduction d'un éventuel autre recours contre le même acte. Un recours identique à celui qui a été introduit est irrecevable en raison de la litispendance en instance de recours d'abord, en raison des effets de la chose jugée par la suite. Un recours différent ne sera en général traité qu'après liquidation du premier. Il ne sera examiné dans la mesure seulement où il fait valoir des moyens autres que ceux qui figurent déjà dans le premier recours. L'objet originaire peut jouer un rôle en instance de recours pour l'examen du fondement du recours. Pour la résolution de la question soulevée par le recours, cette opération est intermédiaire et préalable ³¹.

La décision sur recours met fin au procès sur recours ³². L'autorité juridictionnelle statue alors quant à l'objet du recours seulement. Elle peut déclarer le recours irrecevable. Elle confirme l'acte attaqué lorsque le recours est mal fondé et l'annule dans le cas contraire. La décision sur recours déploie les effets d'une décision finale. Elle est susceptible d'être attaquée à son tour par un recours.

L'élimination de l'acte juridictionnel visé par le recours ampute le procès originaire de sa décision finale. Le procès originaire, toujours en état de litispendance, doit alors être de nouveau conduit à terme par une décision finale qui statue sur l'objet de l'action originaire. Cette décision est le fait de l'autorité de recours elle-même, ou d'une autorité de renvoi. L'autorité de recours impose en tous les cas ses considérants pour l'élaboration de la nouvelle décision au fond.

109. Le concept d'un objet propre au procès sur recours permet notamment de saisir plus précisément les différentes institutions du retrait d'un recours. Il paraît difficile d'expliquer sur quoi porte exactement un abandon ou un désistement sans admettre que les voies de recours aient leur propre objet. Les parties ont en effet le droit de renoncer, par avance ou en cours d'instance, à une voie de recours ³³. La renonciation doit résulter d'une manifestation de volonté expresse et non équivoque. L'abandon ou le désistement d'un recours ne sont évidemment possibles que par rapport à un acte juridictionnel susceptible d'être entrepris. Abandon et désistement ne peuvent, en principe, être rétractés ³⁴. Il convient de préciser que la partie qui abandonne son droit de

29 Ci-dessus no 70.

30 Ci-dessous no 168.

31 Ci-dessus no 104; ci-dessous no 138.

32 Ci-dessous no 153.

33 Hauser, Kurzlehrbuch, 267; Piquerez, Précis, nos 2010, 2012; Schmid, N., nos 983, 974.

34 Hauser, Kurzlehrbuch, 107.

recours ou qui se désiste ne renonce pas à son droit d'action mais à sa prétention³⁵. Elle ne sacrifie pas, à vrai dire, sa faculté processuelle de soumettre une décision qui la concerne à une vérification juridictionnelle mais abandonne sa prétention en annulation de l'acte juridictionnel en question. Avec le retrait du recours, l'acte juridictionnel final, issu du procès originaire, devient définitif et entre immédiatement en force.

Une partie abandonne son droit de recours lorsqu'elle renonce par avance, et de manière définitive, à formuler une prétention en annulation de l'acte. Elle renonce, en d'autres termes, à alléguer la non-conformité au droit de l'acte juridictionnel, ce qui revient à abandonner le fondement d'un possible recours. Le recours déposé en temps utile par une partie qui, au préalable, avait abandonné la voie de recours, n'est donc pas irrecevable mais doit être rejeté parce qu'il n'est pas fondé. En ce sens, et par rapport au désistement, l'abandon est toujours entier et absolu.

Le recourant qui retire un pourvoi qu'il a engagé, se désiste. Il renonce, dans la mesure de son retrait, à la prétention formulée par le recours déposé. Mais il ne renonce pas pour autant, nécessairement, à invoquer la non-conformité de l'acte juridictionnel. Son retrait peut, par exemple, n'être que partiel. Le recourant peut limiter son désistement à un moyen ou à une partie du recours seulement³⁶. N'ayant pas renoncé à faire valoir le fondement du recours, il est libre de remplacer l'ancien pourvoi par un nouveau, d'un contenu identique ou différent, tant et aussi longtemps que le délai de recours n'est pas échu. Pratiquement, en raison de la brièveté des délais, les conséquences d'un désistement sont souvent irrémédiables. Le désistement est possible jusqu'au moment où la décision sur recours est rendue. Un désistement partiel diminue l'objet à traiter en instance de recours alors qu'un désistement complet enlève à l'instance de recours son objet. Il entraîne du même coup l'annulation de l'instance née du pourvoi et de tous les actes qui y ont été accomplis. Point n'est besoin pour cela d'un acte formel de la part de l'autorité de recours. Le contentieux en instance de recours est considéré comme non venu; il n'y a dès lors pas à statuer quant à son sort. La question des frais donne lieu à une simple décision concernant la fin de la marche de la procédure.

35 Ci-dessus no 103.

36 Ci-dessous nos 114ss.

Chapitre 2. Forme et contenu du recours

110. L'objet du recours a besoin d'un support matériel. C'est l'acte de pourvoi. Deux éléments suffisent à le caractériser, un troisième est nécessaire à son traitement. L'acte doit contenir une manifestation de volonté du recourant et désigner la décision judiciaire attaquée. L'examen du pourvoi dépend en outre des moyens de recours invoqués. La motivation du recourant, quant à elle, est utile, mais pas fondamentale.

Le pourvoi désigne l'identité du recourant et exprime de manière claire sa volonté de s'opposer à la décision inférieure. Cette dernière procède en principe des conclusions. Elle ne peut être assortie ni de conditions ni de réserves. La sécurité du droit impose le respect de certaines formes minimales. L'exercice d'un recours n'est généralement possible que si certains délais sont respectés. Le pourvoi doit être adressé à l'autorité compétente, *judex a quo* ou *ad quem*, encore qu'une erreur sur ce point n'empêche pas vraiment un recours d'aboutir. Les conditions de forme sont traditionnellement moins contraignantes en appel qu'en cassation. Pour le pourvoi en cassation la forme écrite est de rigueur, tandis qu'une simple déclaration orale, claire et dûment enregistrée, peut suffire à introduire l'appel³⁷. Des actes concluants ne peuvent tenir lieu de manifestation de volonté non équivoque³⁸.

Le pourvoi désigne évidemment l'acte juridictionnel que le recourant entend critiquer. La déclaration de recours fixe l'étendue du pourvoi dans la mesure où le recourant a, dès le début ou en cours de procédure, le droit de limiter son pourvoi³⁹. Si le pourvoi est limité dans sa déclaration initiale, il ne peut être étendu ultérieurement, hors délais.

Une déclaration de recours qui, dans ses conclusions, exprime clairement la volonté de s'opposer à un acte juridictionnel précis par la voie de l'appel ou de la cassation suffit à caractériser le recours ordinaire. La fausse désignation du pourvoi toutefois ne nuit pas véritablement au recourant⁴⁰. L'adage *falsa demonstratio non nocet* est par ailleurs fréquemment inscrit dans la loi. La disposition vise l'erreur commise dans la désignation du recours uniquement. Elle ne couvre pas le choix d'un moyen de recours inexact⁴¹.

Les moyens du pourvoi font état de la critique exacte du recourant. Ils précisent la cause d'ouverture du recours et fixent son extension. L'éventail de ces moyens est donné par la loi. Par la présentation des moyens choisis, le recourant indique dans quelle mesure et sous quel angle il entend critiquer plutôt l'établissement des faits, la constatation de la culpabilité ou l'application

37 BE 298; ATF 93 I 209.

38 BJM, 1961, 234; RSJ 63 (1967), 281 no 157.

39 Ci-dessous nos 114ss.

40 Hauser, *Kurzlehrbuch*, 272 et les références citées.

41 RJB 124 (1988), 525.

du droit par le premier juge. La référence à des articles précis n'est pas nécessaire. Conclusions et moyens sont très liés. En pratique, ils se confondent fréquemment. L'autorité juridictionnelle de recours doit en principe se limiter à examiner les moyens soulevés par le recourant ⁴².

111. L'indication des moyens du recours ne doit pas être confondue avec la motivation du pourvoi. Les motifs contiennent le raisonnement qui étaye les conclusions et les moyens du recourant. Ils exposent l'argumentation par laquelle il entend ébranler la présomption de conformité au droit de l'acte juridictionnel. Les motifs, clairement formulés, peuvent, cas échéant, tenir lieu de conclusions matérielles lorsque des conclusions expresses font défaut dans la déclaration du pourvoi. Les motifs peuvent également contenir une limitation du pourvoi; elle doit alors être à tous points de vue non équivoque ⁴³. L'exposé des motifs du recourant n'est pas nécessaire ni à la définition, ni au fonctionnement du recours. Il sert à simplifier la procédure. L'indication des motifs est en général facultative pour l'appel; en cassation, elle est souvent obligatoire. Elle peut se faire après le dépôt de l'acte de pourvoi. C'est le dépôt du recours et non celui des motifs qui crée la litispendance devant l'autorité de recours. En instance de cassation, l'absence de motifs provoque une décision finale d'irrecevabilité. Une telle décision serait inconcevable si l'autorité de recours n'était pas déjà, au moins formellement, saisie du contentieux.

112. Chaque partie au procès a la possibilité d'introduire, pour son compte, un recours lorsqu'elle n'est pas satisfaite de la décision que contient l'acte juridictionnel à son égard. Une définition judicieuse de l'objet du recours limite l'effet dévolutif et la cognition de l'autorité de recours ⁴⁴. En principe, le recours ne peut que profiter à la partie qui l'utilise. En matière pénale, la règle ne vaut que pour le condamné ⁴⁵. Le recours du ministère public, introduit au détriment de l'accusé, n'empêche pas l'autorité supérieure ou de renvoi de rendre une décision qui, au contraire, lui profite.

113. Une partie moyennement satisfaite de l'issue de la cause peut accepter une décision à la condition que l'adverse partie aussi s'en contente. En d'autres termes, une partie au procès peut faire dépendre le dépôt de son recours de l'introduction d'un recours par la partie adverse. De là vient l'institution du recours par voie de jonction, lequel apparaît comme la réplique d'une partie qui avait cru mettre fin à la procédure en n'usant pas de son droit de recours. Le dépôt d'un recours ne pouvant être assorti de conditions ni de réserves, l'institution permet de se joindre au recours interjeté par son adversaire ⁴⁶; le délais de recours initial se trouve, à cet effet, prorogé. Le recours joint peut

42 Ci-dessous no 114.

43 Ci-dessous no 115.

44 Ci-dessous no 168.

45 Ci-dessous no 175.

46 Fiquerez, Précis, no 2090.

faire état de conclusions propres qui peuvent ne pas se limiter aux points et aux parties attaqués par le recourant principal. L'institution du recours joint se trouve avant tout en matière d'appel. Le ministère public en use pour écarter l'interdiction de la *reformatio in peius* ⁴⁷.

A première vue, le recours joint présente un caractère accessoire très prononcé. Il ne se conçoit que s'il se greffe sur un recours principal qui lui sert de support. Il ne peut donc mettre en cause une partie au procès qui n'a pas fait recours. Le ministère public ne saurait par exemple inclure dans un recours joint des conclusions concernant un co-prévenu qui n'a pas recouru. Le recours joint tombe lorsque le recours principal a été abandonné, est retiré ou est déclaré irrecevable.

Du point de vue fonctionnel toutefois, le recours incident équivaut à un recours plein. Par le dépôt d'un recours joint, le recourant entend attaquer l'acte juridictionnel au même titre que s'il avait agi seul. Il formule un acte de pourvoi propre par lequel il demande l'annulation, entière ou partielle, de l'acte attaqué. Il allègue des moyens précis et des motifs propres en invoquant la non-conformité au droit de l'acte attaqué. Le caractère accessoire du recours joint ne se retrouve dès lors guère que dans le rôle secondaire que lui assigne la loi.

Chapitre 3. La limitation du recours

Section 1. Critères

114. L'exercice du droit de recours est une application intéressante du principe dispositif qui n'est pas, a priori, incompatible avec l'esprit, le caractère ou la finalité de la procédure pénale. L'objet de l'action pénale et du procès originaire est essentiellement conditionné par la loi. Le ministère public ou le prévenu ne peuvent guère orienter, voire limiter le pouvoir de l'autorité juridictionnelle qui a pour mission d'établir la vérité matérielle avant de juger. Mais en instance de recours, le principe d'autorité cède quelque peu le pas au principe dispositif. Les recourants disposent par leur action, dans une certaine mesure du moins, de l'objet de l'action et du procès pénal.

En premier lieu déjà, les parties au procès choisissent de recourir ou non ⁴⁸. Le contrôle d'un jugement n'est pas assuré d'office. Le principe du

47 Hauser, Kurzlehrbuch, 279; Piquerez, Précis, no 2093; Real, 287; ci-dessous no 175.

48 Ci-dessus nos 103, 109.

double degré de juridiction n'est pas non plus une garantie absolue ⁴⁹. Libre aux parties donc de relancer, par le biais d'un recours, un éventuel nouveau débat sur l'objet du procès originaire.

En faisant recours, le recourant détermine en principe également l'étendue de son action. C'est en indiquant les moyens de recours et, surtout, en désignant les parties de la décision qu'il vise, qu'il définit, précise et limite l'objet de son pourvoi. Les juges de recours n'ont en principe à connaître que de ce qui leur est soumis. La procédure en cassation par exemple suit une conception rigoureusement formaliste du principe dispositif. Il appartient en effet au demandeur de déterminer expressément les seuls points sur lesquels le contrôle de la légalité doit être exercé.

Mais, en instance de recours aussi, le juge pénal cherche à connaître la vérité matérielle, dans les limites de son pouvoir de cognition toutefois. Principe d'autorité et principe dispositif peuvent alors s'opposer.

115. Un recourant ne peut limiter son recours que par une manifestation de volonté non équivoque en ce sens ⁵⁰ qui s'exprime par les conclusions qu'il prend. Les conclusions formelles ne sont pas à elles seules décisives. Les conclusions au sens matériel déterminent l'objet et l'étendue de la question soumise à la juridiction de recours. La volonté de limiter le recours peut donc aussi ressortir des motifs voire des moyens exposés dans l'acte de pourvoi. En cas de doute sur la volonté réelle du recourant, il y a lieu de présumer que celui-ci n'entend pas limiter son pourvoi. Le recourant peut limiter son recours soit dans l'acte de pourvoi même, ce qui correspond à un abandon partiel du recours pour la partie de la décision non critiquée, soit par une déclaration ultérieure en cours d'instance, ce qui équivaut à un retrait partiel du recours. En revanche, le recourant ne peut pas, en cours de route, étendre un recours qui, au départ, était limité. A l'instar d'un abandon ou d'un désistement, l'abandon partiel ou le retrait partiel du recours ne peuvent être rétractés. Une limitation du recours est irréversible.

Le recourant doit, lorsqu'il veut critiquer un acte juridictionnel, s'attaquer à son dispositif. L'intérêt pour recourir provient de la partie de l'acte qui énonce la conséquence juridique et qui est susceptible d'atteindre le recourant dans ses droits. La motivation d'une décision n'est, pour elle-même, pas susceptible d'être entreprise par un recours ⁵¹. Si elle peut parfois affecter directement les intérêts d'une partie, elle ne contient pas l'élément matériel caractéristique de l'acte juridictionnel qui est la conséquence juridique. Les effets de la chose jugée qui investissent l'objet du procès ne s'étendent pas aux motifs de la décision. L'autorité de la chose jugée notamment est limitée au seul

49 Ci-dessus no 43.

50 Mezger, 7.

51 Dubach, Bemerkungen, 180; Mezger, 5.

dispositif du jugement ⁵². Le recourant ne peut s'en prendre qu'aux éléments de la décision qui font partie de l'objet du procès original. Quelques systèmes juridiques offrent pourtant à l'accusé la possibilité de recourir contre la motivation d'une décision ⁵³.

116. Il est important de distinguer la limitation du recours des effets qu'elle produit. La restriction d'un recours est une chose, son respect une autre. Une limitation du recours, avant d'être admise doit être possible. Lorsqu'elle paraît réalisable, elle n'est pas pour autant aussi efficace. En dépit du lien qui existe entre ces questions, elles doivent être séparées pour des raisons de clarté. C'est chose possible et admise ⁵⁴.

Une limitation du recours est admissible dans la mesure où les parties ou les points de la décision, soulevés isolément par le recourant, se prêtent à être examinés de façon séparée par l'autorité de recours ⁵⁵. La divisibilité est difficile à saisir. Le recourant doit définir l'objet de son recours de sorte que l'autorité de recours n'ait pas à revenir ou à toucher à des parties de la décision qu'il ne conteste pas. Deux critères, un aspect logique et un aspect fonctionnel, permettent de déterminer si la partie ou le point attaqués peuvent être dissociés du reste de la décision ⁵⁶.

Afin de pouvoir être examiné séparément, il faut que le point ou la partie attaquée ne présente ni de lien logique ni de lien fonctionnel avec le reste de la décision. En d'autres termes, il ne suffit pas, pour que la limitation du recours soit admissible, que l'examen isolé dudit point ou de ladite partie paraisse simplement praticable. Il est en effet concevable, en pratique, de détacher de la décision des points qui ont avec le reste un lien logique. Un recourant pourrait par exemple vouloir critiquer la fausse constatation d'un fait uniquement, admettant au surplus la culpabilité et la sanction prononcée contre lui. Mais la critique d'une partie ou un point précis implique, logiquement, aussi une mise en cause de tout ce qui repose sur la partie ou le point attaqué ⁵⁷. Le recourant ne peut donc réduire son recours à une pure critique des faits. D'autre part, toujours du point de vue purement pratique, il est parfaitement possible de disjoindre du dispositif d'un acte juridictionnel des parties interdépendantes. Par exemple, chacune des peines, principales ou accessoires, ou chacune des mesures ordonnées pourrait, a priori, être attaquée et réexaminée pour elle-même de façon isolée. En application du critère fonctionnel cependant, un élément du dispositif ne peut être détaché et faire l'objet d'un examen séparé que s'il représente pour lui-même une conséquence

52 Ci-dessus no 67.

53 BL § 146; BS § 238; Hasenböhler, 64.

54 Bruns, Teilrechtskraft, 36; Mezger, 15,16,33; Tiedemann, Entwicklungstendenzen, 23; contra: Grünwald, Teilrechtskraft, 29.

55 Abel, 110; Grünwald, Teilrechtskraft, 75; Mezger, 13; Sieveking, 48.

56 Mezger, 14,15; Sieveking, 53,54,62.

57 Mezger, 14,28.

juridique déterminée qui ne dépend pas des autres. Ainsi, une sanction particulière, peine ou mesure, ne peut être critiquée isolément que si, lors de sa fixation, le juge ne l'a pas arrêtée en fonction d'autres sanctions qui ne sont pas mises en cause par le recours.

En application de ces deux critères, une limitation du recours peut s'envisager dans deux directions, verticale ou horizontale.

Section 2. La limitation verticale

117. La limitation verticale d'un recours est en somme peu problématique. Elle apparaît en cas de recours dirigé contre un jugement concernant une pluralité d'auteurs ou une pluralité d'infractions commises par un seul, voire par plusieurs auteurs. Les parties non critiquées de l'acte juridictionnel acquièrent en principe qualité de chose jugée et deviennent exécutoires. A défaut, elles bénéficient du moins de l'effet obligatoire restreint⁵⁸.

Lorsqu'il y a pluralité d'auteurs, chacun d'eux peut attaquer séparément la décision qui le concerne. En fait, il n'y a pas, dans ce cas, véritablement de limitation. Un recourant ne peut agir que pour lui-même et l'indépendance des pourvois conduit à l'annulation de la décision au regard de celui-là seul qui a agi. Le dépôt d'un recours concernant un seul prévenu ne vaut pas pour les autres condamnés ou acquittés dans un même procès qui n'ont pas fait recours. En ce qui les concerne, la décision devient en principe définitive et même exécutoire. La condamnation ou l'acquiescement de plusieurs auteurs dans un même procès ne crée pas de lien, ni logique ni fonctionnel, entre les différentes causes. L'engagement d'une poursuite pénale est strictement personnel. La jonction et le jugement des causes dans un procès commun s'opère pour des raisons de célérité et d'économie du procès pénal. Mais chaque procédure et chaque procès demeurent une entité propre. Il y a dès lors autant de décisions finales et d'actes juridictionnels qu'il y a de prévenus. A supposer que le recours soit admis, l'autorité de recours peut aboutir, quant à l'objet du procès originaire, à une décision qui diffère, voire qui contredit les constatations ou les conclusions du jugement au sujet des prévenus qui n'ont pas fait recours. L'existence de jugements contradictoires est insatisfaisante. Elle ouvre en principe la voie extraordinaire du recours en révision. Aussi la loi autorise-t-elle parfois l'autorité de recours à modifier d'office les décisions non attaquées pour les accorder à celle qu'elle a rendue sur recours⁵⁹.

Lorsqu'il y a pluralité d'infractions commises par un seul auteur, le recourant peut limiter son recours et n'entreprendre la décision qu'au sujet d'un

58 Ci-dessus no 90.

59 AG 211; ZH 400; Hauser, Kurzlehrbuch, 276; Schmid, N., no 989.

ou plusieurs chefs d'accusation ⁶⁰. Ceux qui ne sont pas mis en cause par le recourant bénéficient de l'effet obligatoire restreint et doivent être repris tels que retenus par le premier juge.

Une limitation du recours à l'appréciation d'un seul parmi plusieurs chefs d'accusation ne paraît guère possible lorsque les infractions sont en concours idéal ou forment, dans leur ensemble, un délit continué. En revanche, lorsque les différentes infractions sont en concours réel, il n'y a, à première vue, pas de lien logique ou fonctionnel entre la partie attaquée et les parties de la décision qui demeurent incontestées. Il s'agit d'une pluralité d'actes matériels qui ont été commis séparément alors même que l'intention délictuelle de l'auteur était une. La notion des faits au sens matériel n'est pas celle du droit processuel. Si le recours est admis, l'autorité de juridiction peut même adopter, pour ce qui est de l'objet originaire du procès, une version des faits ou une solution juridique différente de celle retenue dans la partie de la décision qui n'a pas été attaquée. Une contradiction sur certains points n'est donc pas exclue. En cas de concours d'infractions, l'admission d'un recours sur un chef d'accusation isolé permet par exemple d'annuler le jugement attaqué dans la seule mesure où il comporte sur ce chef d'accusation une déclaration de culpabilité. Pour le surplus, le jugement est maintenu, les déclarations de culpabilité non attaquées demeurent intactes.

Dans la plupart des cas, l'aboutissement d'un recours limité verticalement oblige cependant à opérer un ajustement de la peine. En cas de concours, le juge est chargé de prononcer une peine d'ensemble ⁶¹. Il ne procède pas, pour cela, de façon arithmétique et ne fixe pas séparément, pour chacune des infractions retenues, la peine exacte pour en arriver ainsi à une peine totale. Le juge se préoccupe généralement de l'effet que produit l'ensemble des sanctions qu'il ordonne. Un lien fonctionnel relie dès lors souvent les différentes peines principales qu'il prononce. La peine d'ensemble ne sera généralement exécutée que lorsqu'elle est définitivement arrêtée.

Section 3. La limitation horizontale

118. La question de la limitation horizontale du recours est plus délicate. Il s'agit de déterminer dans quelle mesure un recours peut être limité à un point qui, à l'intérieur du dispositif, ne concerne qu'un seul chef d'accusation. Cela revient à poser la question de savoir dans quelle mesure l'opération du syllogisme du juge peut être analysée et critiquée dans ses composantes. De nombreux auteurs estiment qu'une limitation en sens horizontal n'est guère

60 Abel, 100; Grünwald, *Teilrechtskraft*, 311; Mezger, 18; Sieveking, 35.
61 CPS 68.

praticable; elle pourrait tout au plus être décidée de cas en cas ⁶². Mais il y a lieu ici aussi d'examiner séparément la faisabilité de la limitation et les effets qu'elle produit.

Formellement, le recourant doit attaquer le dispositif de l'acte juridictionnel. Les effets de la décision, notamment ceux de la chose jugée et les effets matériels ne se dégagent cependant pas uniquement du dispositif formel de l'acte. Le recourant peut donc viser, dans son recours, toutes les parties de la décision qui le touchent et qui, par là, lui confèrent l'intérêt nécessaire pour son action.

L'attaque d'une partie ou d'un point particulier de la décision comporte implicitement une critique de tout ce qui, logiquement, repose sur la partie ou le point attaqué ⁶³. En raison de l'impossibilité logique, le recourant ne peut dès lors limiter son recours pour ne critiquer que la constatation des faits ou la motivation d'un jugement. Le critère fonctionnel s'oppose quant à lui à ce que le recourant attaque isolément une sanction qui, lors de sa fixation, aurait été déterminée dans le cadre d'un ensemble de sanctions interdépendantes. Lorsque le juge a cumulé plusieurs sanctions en visant l'effet combiné qu'elles produisent, l'une d'entre elles ne peut être attaquée isolément.

119. En application des ces règles, le recourant peut sans doute limiter son recours à l'unique question des frais ou des indemnités. Les montants en sont généralement arrêtés indépendamment des sanctions pénales ordonnées ⁶⁴.

Il est déjà plus délicat de vouloir déterminer, dans l'abstrait et par avance, dans quelle mesure le recourant peut limiter son recours et n'attaquer qu'une seule sanction parmi plusieurs, prononcées cumulativement ⁶⁵.

La fixation de deux peines principales ne paraît guère être une opération divisible. Un lien fonctionnel s'installe en cas de cumul d'une peine privative de liberté avec une amende ⁶⁶.

La combinaison d'une peine principale avec une peine accessoire peut provenir de considérations séparées et indépendantes du juge. D'autant plus que la peine accessoire constitue parfois en réalité plutôt une mesure. Il n'y a alors pas de lien logique ou fonctionnel entre les sanctions. Certaines sanctions, accessoires, visent en effet avant tout à protéger la société contre un danger et ne sont pas ordonnées dans l'esprit d'une aggravation de la peine principale, même si la personne concernée le ressent ainsi. Un condamné peut donc

62 Grünwald, Teilrechtskraft, 310; Hasenböhler, 64; Peters, Strafprozess, 497; Waiblinger, RJB 92 (1956), 365.

63 Ci-dessus no 116.

64 Grünwald, Teilrechtskraft, 312; Mezger, 28; Stalder, 260; Waiblinger, Schuldigerklärung, 175.

65 Mezger, 86, 91, 108; Sieveking, 36-42.

66 CPS 50; ci-dessus no 117 in fine.

recourir isolément contre la peine d'expulsion⁶⁷ ou contre une interdiction d'exercer une profession, une industrie ou un commerce⁶⁸. L'autorité de recours est en effet en mesure d'examiner ce seul point sans avoir à s'intéresser ni à la peine principale, ni à la culpabilité de l'auteur. Un recours peut également être limité au prononcé d'une confiscation, même si celle-ci présente la nature d'une peine, motivée toutefois par des considérations qui sont autres que celles qui motivent la peine principale⁶⁹. La limitation du recours à l'incapacité d'exercer une charge ou une fonction n'est possible que si le recourant ne la conteste pas dans son principe mais en critique la durée seulement⁷⁰. Il s'agit d'une véritable peine que le juge fixe en tenant compte de la culpabilité et de la peine principale. La décision de publication du jugement, enfin, peut être attaquée isolément⁷¹. Le juge en décide indépendamment des considérations relatives à la peine principale.

Sans doute, un recourant peut-il limiter son recours au prononcé d'une mesure de sûreté. Peine et mesure de sûreté sont des sanctions distinctes qu'il est possible de disjoindre selon les critères logique et fonctionnel. Ainsi le ministère public peut recourir contre une décision d'internement, sans remettre en cause l'irresponsabilité de l'auteur constatée par le tribunal⁷². Le condamné peut recourir contre la décision de renvoi dans un établissement au sens des art. 42, 43, 44 CPS sans contester la peine prononcée et suspendue au profit de son internement⁷³. L'autorité de recours n'a alors pas à revenir sur la question de la culpabilité ou à réexaminer la peine.

Un recours contre le seul point de l'octroi ou du refus du sursis est également possible⁷⁴. La limitation vise une partie du dispositif qui détermine une conséquence juridique sui generis. Ni peine, ni mesure, le sursis n'est pas une sanction. Sa nature juridique est difficile à définir⁷⁵. L'institution a trait à la fixation de la peine. La question du sursis peut être examinée isolément, il n'y a pas besoin d'aborder pour cela la question de la culpabilité de l'auteur. La limitation du recours à la question du sursis n'est cependant possible qu'à la condition que le tribunal ait fixé la durée de la peine privative de liberté avant examen de la question du sursis. Procédant souvent à l'inverse, la pratique des juges ne se conforme pas à la logique prescrite par le code⁷⁶; le procédé crée alors un lien fonctionnel entre le sursis et la peine privative de liberté prononcée qui rend, théoriquement, inefficace la limitation du recours à la question du

67 CPS 55; Schultz, AT II, 115; Stratenwerth, AT II, 29 no 29, 206 no 39; Toutefois: ATF 104 IV 223 c. 1b); ATF 94 IV 103 c. 2.

68 CPS 54; Mezger, 141; Schultz, AT II, 114; Stratenwerth, AT II, 28 no 27, 203 no 28.

69 CPS 58; Stratenwerth, AT II, 41.

70 CPS 51.

71 CPS 61; Stratenwerth, AT II, 42,43; ATF 88 IV 14; ATF 75 I 218,219.

72 CPS 10,43; Mezger, 114.

73 CPS 11,43,44; Mezger, 115,116,118,128.

74 CPS 41; Mezger, 181; Fiquerez, Précis, no 2071; JT 1951 III 106.

75 Schultz, AT II, 88; Stratenwerth, AT II, 109 no 8.

76 Schutz, AT II, 90,91; Waibinger, Schuldigerklärung, 172 note 67.

sursis. Il va sans dire qu'en raison du lien logique qui existe entre la mesure de la peine et l'octroi du sursis, le recourant ne saurait attaquer la première sans mettre en jeu le deuxième.

Enfin, la limitation d'un recours à l'unique question de l'imputation de la détention préventive est possible ⁷⁷. L'imputation n'affecte que la durée de la peine à exécuter, elle ne présente pas de lien logique ni fonctionnel avec les parties de la décision qui ne sont pas attaquées.

120. La limitation horizontale du recours soulève un problème spécifique, celui de la divisibilité ou de l'indivisibilité de la déclaration de culpabilité et du prononcé de la peine. La question se pose de savoir dans quelle mesure le recourant peut limiter son pourvoi à la constatation de la culpabilité, voire à la mesure de la peine. Le deuxième aspect de la question a donné lieu à d'innombrables réflexions. Doctrine et jurisprudence admettent aujourd'hui que la limitation d'un recours à la question de la quotité de la peine est en principe possible ⁷⁸. Les conséquences de ce raisonnement ont rendu nécessaire, du point de vue théorique, l'aménagement d'un certain nombre d'exceptions. Selon les avis, elles sont nombreuses ou rares. Souvent, elles dépendent du cas d'espèce uniquement. En droit allemand par exemple, où la constatation de la culpabilité, lorsqu'elle n'est pas attaquée, acquiert autorité de chose jugée et bénéficie de tous les effets qui en découlent, le juge de recours est considéré comme étant tantôt délié de la constatation de culpabilité ⁷⁹, tantôt lié à la constatation des faits sur laquelle elle repose ⁸⁰.

121. Une limitation du recours à la question de la culpabilité est, a priori, concevable. Cela présuppose qu'on considère la déclaration, par laquelle le juge retient que l'auteur d'une infraction a agi de façon coupable, comme un élément autonome du dispositif de l'acte juridictionnel. La question a été largement débattue.

Selon une jurisprudence ancienne, la déclaration de culpabilité n'était, pour le Tribunal fédéral, qu'un simple motif du jugement. Elle n'était donc pas attaquable comme telle ⁸¹. Selon cette jurisprudence toujours, l'élément caractéristique et essentiel du procès pénal était, en procédure comme en droit matériel, la fixation de la peine, plus importante que la déclaration de culpabilité. Celle-ci, précédant le prononcé de la sanction, n'en constituait que la condition et le fondement.

En application de ce raisonnement, la déclaration de culpabilité n'appartient pas à l'objet du procès pénal et ne fait pas partie de la conséquence

77 CPS 69; Bruns, Teilrechtskraft, 300,312; Mezger, 178; Sieveking, 19.

78 Abel, 111,118; Grünwald, Teilrechtskraft, 96; Mezger, 31,33; Sieveking, 12.

79 Grünwald, Teilrechtskraft, 110; Mezger, 55,63,69; Sieveking, 2,28,107,130.

80 Abel, 91,103,136,137; Bruns, Teilrechtskraft, 14-16,51,55-57; Grünwald, Teilrechtskraft, 110.

81 ATF 91 IV 172 et les références citées, notamment ATF 77 IV 61, ATF 70 IV 50.

juridique qu'énonce l'acte juridictionnel. La sanction juridique attachée à l'état de fait visé par l'action publique se retrouve dans le prononcé d'une sanction spécifique, soit dans la fixation de la peine ou de la mesure concrètes, voire dans l'exemption de peine ou l'acquiescement⁸². Alors même qu'elle figurerait dans le dispositif, la déclaration de culpabilité ne participe pas à la qualité de chose jugée. Le condamné exempté de peine par exemple n'est, dans cette optique, pas juridiquement lésé par la déclaration de culpabilité. Il ne peut, par conséquent, recourir contre le jugement.

Cette jurisprudence provoqua d'importantes critiques. La doctrine s'en prit notamment à l'analogie opérée par le Tribunal fédéral entre le procès civil et pénal⁸³. Le Tribunal militaire de cassation estima, quant à lui, que la déclaration de culpabilité était une part entière de la sanction juridique⁸⁴. La cour supérieure du canton de Zurich fit de même⁸⁵. Dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral dut finalement se résoudre à opérer un changement de jurisprudence⁸⁶ et reconnut la déclaration de culpabilité comme étant un élément indispensable et essentiel du jugement pénal qui participait notamment à la qualité de chose jugée.

122. La recherche et l'établissement de la culpabilité est en effet l'élément qui caractérise l'objet du procès pénal⁸⁷. La finalité de celui-ci n'est pas uniquement de trancher sur des conclusions de l'accusation tendant au prononcé d'une peine ou d'une mesure spécifique. La détermination de la culpabilité est essentielle. L'action publique vise à produire une conséquence juridique précise: l'affirmation du pouvoir de répression de l'Etat dans un cas particulier. La conséquence juridique énoncée par le jugement pénal n'est donc pas limitée au prononcé d'une sanction. La mesure d'une peine n'est pas à elle seule l'élément décisif d'une décision répressive, la déclaration de culpabilité en fait également partie. Ceci se manifeste notamment dans le fait que le dispositif du jugement statue en principe expressément sur la culpabilité de l'accusé⁸⁸. La déclaration de culpabilité assume même une valeur tout à fait propre au sein du jugement pénal.

A la lumière du principe de la légalité déjà, la déclaration de culpabilité apparaît indubitablement comme une décision en soi⁸⁹. Il n'est pas indifférent de connaître le nombre et le genre exact des infractions en vertu desquelles la sanction est déterminée. La qualification des infractions est davantage que le

82 ATF 91 IV 172,174.

83 Pfenninger, *Strafrecht*, 203,205; Schultz, *RPS* 71 (1956), 290 note 3; Schultz, *RJB* 107 (1971), 488; Waiblinger, *Schuldigerklärung*, 158,160,165; Waiblinger, *RJB* 93 (1957), 407, *RJB* 88 (1952), 258, *RJB* 83 (1947), 394, *RJB* 82 (1946), 293.

84 *ATMC* 6 no 60; *ZR* 53 (1954), 279 no 133.

85 *RSJ* 65 (1969), 313 no 149.

86 ATF 96 IV 66, confirmé par ATF 100 IV 2.

87 Ci-dessus nos 24,26.

88 Abel 17.

89 Sieveking, 116; Waiblinger, *Schuldigerklärung*, 162,163.

simple support de la fixation de la peine exacte. Le système de la peine d'ensemble détermine certes un plafond pour la peine maximale qui peut être prononcée⁹⁰. Mais la saisine et la qualification de l'ensemble des faits s'impose avant tout en raison de l'effet négatif du jugement du point de vue processuel. L'auteur pourrait sinon être inculqué une nouvelle fois pour les faits qui, n'apparaissant pas dans la déclaration de culpabilité, n'auraient pas été jugés. En outre, la déclaration de culpabilité dégage, du point de vue matériel, des effets répressifs propres⁹¹, par exemple, en cas d'exemption de peine, le jugement est néanmoins inscrit au casier judiciaire. La déclaration de culpabilité contient toute la désapprobation morale de l'auteur et de son comportement. La société a un intérêt à ce que la culpabilité de l'auteur d'une infraction soit officiellement et publiquement déclarée. Il est à cet égard indifférent que la simple déclaration de culpabilité ne puisse pas être exécutée. L'effet exécutoire est un effet substantiel de l'acte juridictionnel. Son absence ne nuit pas au caractère et à la fonction autonome de la déclaration de culpabilité.

La conséquence juridique du jugement répressif comprend dès lors deux éléments: la constatation ou la déclaration relative à la culpabilité et la sanction juridique spécifiée. Les deux éléments procèdent d'appréciations séparées que le juge effectue dans le cadre de la conclusion de son syllogisme juridique. La question relative à la culpabilité du prévenu fait partie de l'objet du procès pénal. La constatation du juge sur ce point bénéficie de la qualité de la chose jugée⁹². Une limitation du recours à la seule constatation de la culpabilité est dès lors possible. Elle n'a cependant un sens que dans l'hypothèse d'une condamnation avec exemption de la peine⁹³. La fixation de la peine reposant logiquement sur la constatation de la culpabilité, un recours dirigé contre celle-ci uniquement s'étend aussi à celle-là⁹⁴.

123. Il reste à déterminer si le recourant peut limiter son recours et ne critiquer que la mesure de la peine prononcée, sans mettre en cause la déclaration de culpabilité sur laquelle elle repose. L'autorité de recours est-elle en mesure d'examiner la quotité de la peine sans prendre en compte la question de la culpabilité? Selon le critère logique, la séparation est possible. Quant au critère fonctionnel, il ne s'applique pas. Il concerne les rapports entre différentes sanctions et n'intervient pas au sein de l'une d'entre elles prise isolément.

90 CPS 68; ci-dessus no 117 in fine.

91 Bruns, Teilrechtskraft, 44; Waiblinger, Schuldigerklärung, 162, 164, 168.

92 Ci-dessus no 92; Abel, 19; Tiedemann, Entwicklungstendenzen, 15.16 note 24;

Waiblinger, Schuldigerklärung, 162.

93 CPS 20, 33 al. 2 dernière phrase, CPS 173 ch. 4; JT 1953, 126; JT 1948, 90; Waiblinger,

Schuldigerklärung, 167 note 46.

94 Mezger, 29; ci-dessus no 116.

Si elle n'est pas mise en cause par le recours, la déclaration de culpabilité bénéficie de l'effet obligatoire restreint⁹⁵. Le juge de recours est donc en principe lié par l'élément de la culpabilité établi par le tribunal précédent. Ceci pourrait cas échéant l'obliger à trancher à l'encontre de sa conviction. L'éventualité en question heurte profondément l'un des principes fondamentaux du procès pénal selon lequel le juge doit juger selon son intime conviction. Différentes solutions sont proposées qui permettent d'éviter une telle conséquence.

Une première entend lier la juridiction de recours à la constatation des faits sous-jacents. Elle est peu satisfaisante⁹⁶. Il n'est par exemple guère possible de séparer nettement les faits utiles pour la fixation de la peine de ceux qui ont permis l'établissement de la culpabilité⁹⁷. Il serait en pratique même impossible de demander à l'autorité de recours de se considérer comme liée par ceux-ci et non par ceux-là. Une impression reposant sur l'ensemble des faits du cas d'espèce est généralement déterminante pour la fixation de la sanction. Une autre solution entend lier le juge à la déclaration de culpabilité, le chargeant toutefois d'amortir, par l'aménagement des sanctions concrètes, les conséquences d'une éventuelle contradiction sur le point de la culpabilité⁹⁸. Au mieux, cette solution permet de réduire la peine au minimum. Lorsque le juge doute de la culpabilité du prévenu, cette option ne rend pas la solution plus compatible avec les principes fondamentaux du procès pénal. Une troisième solution propose dès lors de laisser à la juridiction de recours le soin de décider de cas en cas si elle est en mesure d'examiner la question de la peine sans devoir réexaminer celle de la culpabilité⁹⁹. Le respect de la limitation du recours dépend alors uniquement du cas d'espèce.

De nombreux auteurs soutiennent d'ailleurs que les décisions relatives à la culpabilité et à la peine ne sont pas divisibles¹⁰⁰. La question des sanctions, en particulier celle de la fixation de la peine, ne saurait être scindée du problème de la culpabilité. Celle-ci est l'élément qui conditionne à plus d'un titre la fixation de la sanction juridique spécifique. L'individualisation de la peine et des mesures en dépend. La culpabilité fonde, délimite et détermine la mesure de la peine. L'application de mesures dépend de la qualification de l'infraction¹⁰¹. En vertu de l'art. 63 CPS, un juge pénal ne devrait donc pas

95 Ci-dessus no 91.

96 Ci-dessus no 93,94.

97 Abel, 113; Bruns, Teilrechtskraft, 51,55; Spindel, 565.

98 Bruns, Teilrechtskraft, 53; Sieveking, 61,65; Tiedemann, Entwicklungstendenzen, 28.

99 Abel, 116; Grünwald, Teilrechtskraft, 83; Peters, Strafprozess, 497,498; Spindel, 567; Tiedemann, 23 note 47.

100 Abel, 104; Audier, 568; Bouzat/Pinatel, no 1506; Grünwald, Teilrechtskraft, 7; Hauser, Kurzlehrbuch, 280; Merle/Vitu, no 742; Stalder, 259; Waiblinger, RJB 92 (1956), 365.

101 CPS 42,103.

revoir la question de la quotité de la peine sans pouvoir examiner l'élément de la culpabilité ¹⁰².

124. En conclusion, la déclaration relative à la culpabilité et, cas échéant, la sanction spécifiée par le juge forment ensemble la conséquence juridique du dispositif d'un jugement pénal. Les critères fonctionnel et logique ne s'opposent pas à ce que les deux éléments soient dissociés. Une interdépendance en sens unique relie toutefois la déclaration de culpabilité et la sanction spécifique. Celle-ci se rattache à celle-là alors que celle-là n'est pas établie en fonction de celle-ci. Des impératifs de justice matérielle et, par cet intermédiaire, la finalité même du procès pénal s'opposent à ce qu'un juge chargé d'apprécier la mesure de la peine soit lié par une constatation de la culpabilité établie par un autre juge. Le recourant ne peut pas reconnaître une constatation de sa culpabilité de façon à lier l'autorité de recours. Il faut distinguer la limitation du recours des effets de cette limitation ¹⁰³. Afin de soustraire la déclaration de culpabilité à l'emprise de l'effet obligatoire restreint, le recours qui ne critique que le prononcé de la sanction est considéré comme étant implicitement dirigé contre la décision qui concerne la culpabilité. L'autorité de recours conserve ainsi la faculté de contrôler, dans les limites de son pouvoir de cognition, la constatation de culpabilité lorsque cela lui paraît nécessaire ¹⁰⁴.

Chapitre 4. Les effets de l'introduction du recours

125. Le recours produit le double effet d'être introductif d'instance et d'être suspensif (ou non suspensif).

126. L'ouverture d'une instance procède de la nature même du recours. Le recours est une action ¹⁰⁵ dont l'introduction donne naissance à un nouveau rapport juridique d'instance. Il s'agit d'une action formatrice processuelle qui saisit l'autorité de recours d'un objet propre ¹⁰⁶ en mettant en cause l'existence de l'acte juridictionnel attaqué. Ce contentieux implique aussi une nouvelle litispendance qui, comme la nouvelle instance, est de nature processuelle ¹⁰⁷. La

102 Hauser, Kurzlehrbuch, 280; Schultz, AT II, 68,69; Stratenwerth, AT I, 30 no 3, 238 no 8; Waiblinger, Schuldigerklärung, 170.

103 Cf-dessus no 116; Mezger, 33; Sieveking, 83,130; Tiedemann, Entwicklungstendenzen, 23 note 51,24; Waiblinger, Schuldigerklärung, 162 note 20, 170.

104 Cf-dessus no 95.

105 Cf-dessus no 54.

106 Cf-dessus nos 48,102,108.

107 Cf-dessus nos 70,108.

procédure devant l'autorité de recours constitue une entité juridique indépendante aussi bien par rapport à la procédure dont est issu l'acte juridictionnel attaqué que par rapport à la procédure ultérieure, relative à l'objet originaire. Cette dernière peut se dérouler soit devant la même autorité de recours soit devant le juge de renvoi ¹⁰⁸.

127. L'introduction d'un pourvoi produit en principe un effet suspensif, voire un effet non suspensif, selon le système adopté. Contrairement à une opinion répandue, l'effet suspensif ou non suspensif n'est pas propre aux voies de recours. Il ne procède pas de leur nature. D'autres actes de procédure que les recours peuvent être assortis d'un effet suspensif. Chacun de ces deux systèmes comporte des exceptions. Si certains recours sont généralement suspensifs, l'effet peut leur être enlevé; d'autres, non suspensifs en principe, peuvent exceptionnellement en être munis. L'appel est généralement qualifié de voie de recours suspensive. La cassation constitue souvent un recours non suspensif mais l'autorité de recours a tout pouvoir de prononcer la suspension à la suite de l'introduction d'un pourvoi. En matière pénale, les voies de recours ordinaires ont essentiellement un effet suspensif ¹⁰⁹. La règle s'explique aisément par la gravité des conséquences d'une sanction en matière répressive.

128. Il faut distinguer l'effet suspensif attaché au délai de recours de celui attaché au pourvoi. L'effet suspensif proprement dit appartient à l'exercice du recours.

La loi confère en effet généralement un effet suspensif au délai de recours. De par la loi, l'acquisition de certaines qualités importantes est différée et certains effets du jugement sont suspendus pour un laps de temps assez court. Ce n'est qu'avec l'écoulement de ce délai pour l'interjection d'un pourvoi et à condition qu'il n'ait pas été entrepris que l'acte juridictionnel attaqué devient définitif. Il acquiert la qualité de chose jugée, entre en force et devient généralement exécutoire.

Mais l'effet suspensif au sens précis du terme provient de l'existence d'un recours et se produit du seul fait qu'un pourvoi est introduit. L'institution de l'effet suspensif présuppose en réalité l'existence d'un acte juridictionnel qui, ayant liquidé le contentieux qu'il tranche, se trouve à l'état virtuel du déploiement de ses effets d'une part, et l'hypothèse d'une éventuelle élimination dudit acte juridictionnel, d'autre part. Il apparaît, ici aussi, que procès originaire et procès sur recours constituent bien deux entités différentes.

C'est l'introduction d'un pourvoi, fût-il irrégulier, qui produit l'effet suspensif pour la durée du procès sur recours. L'introduction d'un recours suspensif a précisément pour conséquence de prolonger l'effet suspensif déjà commandé par la loi. Ce n'est donc qu'après déroulement du procès sur recours

108 Ci-dessous nos 163,171,174.

109 Piquerez, Précis no 2061.

et après décision définitive confirmant l'acte juridictionnel attaqué que celui-ci acquiert qualité de chose jugée, qu'il produit ses effets négatif, obligatoire et substantiels. L'effet suspensif perd sa raison d'être dès que la décision sur recours est rendue. En cas de rejet, l'acte attaqué se trouve confirmé et déploie dès lors tous ses effets. En cas d'admission, la décision annule l'acte entrepris et, par conséquent, ses effets.

129. Le problème est de savoir sur quoi porte l'effet suspensif. Pour les uns, il se rapporte à l'entrée en force de l'acte attaqué¹¹⁰. Selon la définition traditionnelle, l'acte juridictionnel acquiert régulièrement force de chose jugée à l'expiration des délais de recours ordinaires¹¹¹. L'effet suspensif diffère alors l'acquisition de la qualité de force jugée. Il convient de relever à ce sujet que cette définition, courante, de l'entrée en force de l'acte juridictionnel par les voies de recours est parfaitement tautologique. La définition se borne en effet à poser, d'une part, que l'acte juridictionnel entre en force à l'expiration du délai de recours ordinaire, et, d'autre part, qu'une attaque de l'acte par un recours ordinaire est exclue une fois que l'acte juridictionnel est entré en force.

Il est exact qu'au moment où il acquiert la force de chose jugée, l'acte juridictionnel devient inattaquable. Mais la force de chose jugée est une qualité et non un effet de l'acte juridictionnel. Elle est l'expression d'une stabilité accrue. En ce sens, la qualité de chose jugée est une chose, le moment de son acquisition, une autre. L'acquisition de la force de chose jugée situe notamment la fin de la prescription de l'action publique¹¹²; le dépôt d'un recours constitue dès lors un acte interruptif de prescription¹¹³. Il n'empêche toutefois pas l'acquisition de la prescription absolue. Mais l'acquisition de la qualité de force de chose jugée doit être distinguée de l'effet suspensif du recours. Si ce dernier entraîne le report de l'acquisition de la qualité de force de chose jugée, il ne se limite pas nécessairement et uniquement à provoquer cette conséquence. L'effet suspensif a principalement trait aux effets de l'acte juridictionnel.

130. Selon d'autres, l'effet suspensif touche plutôt à la force exécutoire de l'acte juridictionnel¹¹⁴. Il s'agit du champ où l'effet suspensif se manifeste de la façon la plus évidente. De par la nature des sanctions répressives, l'effet suspensif prend naturellement tout son sens dans le domaine de l'exécution des sanctions. L'exécution immédiate de celles-ci peut engendrer des conséquences irréparables, particulièrement lorsqu'il s'agit d'une peine privative de liberté.

110 Schmid, N., nos 955,959; aussi: AG 221; BL 148; BS 240,245; GR 142 al.3; ci-dessus no 66.

111 Ci-dessus no 69 in fine.

112 Ci-dessus no 66.

113 CPS 72 ch.2.al.1.

114 Bollinger, 42,99; Hauser, Kurzlehrbuch, 268; Merle/Vitu, nos 709,739; Peters, Strafprozess, 616; Piquerez, Précis, nos 2009,2062; Schmid, N., no 959; Stefani/Levasseur, no 739; aussi: PPM 173 al.2,187 al.3; GE 240,343; NE 246; ZH 419,429.

Il importe donc que la peine ne soit exécutée que lorsque la décision a un caractère définitif. L'effet suspensif de principe connaît certains tempéraments. La suspension de la force exécutoire du jugement est parfois écartée en faveur du prévenu ou contre lui ¹¹⁵. Ainsi, malgré l'introduction d'un recours, tout prévenu acquitté ou condamné avec sursis doit en principe, s'il est détenu, être remis immédiatement en liberté; l'autorité de recours peut aussi décider de maintenir en détention le prévenu condamné afin d'assurer et faciliter l'exécution des jugements de condamnation à une peine privative de liberté ou à une mesure. On applique alors les règles relatives à la détention préventive.

131. Mais l'effet suspensif ne diffère pas seulement l'exécution matérielle de la décision attaquée; cela devient apparent lorsque la décision que contient l'acte juridictionnel est de nature non exécutoire. On est alors tenté de dénombrer autant d'effets suspensifs qu'il y a d'effets à un acte juridictionnel. L'effet suspensif affecte plus exactement tous les effets que l'acte juridictionnel ne dégage pas immédiatement dès son prononcé. En d'autres termes, l'effet suspensif s'étend à tous les effets matériels et processuels que l'acte juridictionnel est censé produire à partir de l'expiration des délais de recours, à savoir après acquisition de la qualité de chose jugée. En principe, l'effet suspensif est plein. Il peut se trouver restreint en raison d'une limitation efficace du recours ¹¹⁶.

Du point de vue matériel, l'effet suspensif ne concerne donc pas seulement l'effet exécutoire de l'acte juridictionnel, mais également ses autres effets substantiels, notamment d'éventuels effets constitutifs ou ceux qui sont rattachés à l'existence même du titre de jugement ¹¹⁷.

Du point de vue procédural, l'effet suspensif du recours diffère notamment les effets négatif et obligatoire de l'acte juridictionnel ¹¹⁸, ce qui rend nécessaire la continuation de la litispendance du procès originaire ¹¹⁹. En revanche, l'effet suspensif n'affecte pas l'effet obligatoire restreint. Celui-ci est en place depuis le prononcé de l'acte juridictionnel ¹²⁰. L'effet suspensif ne touche pas non plus à l'instance originaire, laquelle prend fin avec le prononcé de la décision qui tranche son objet, et n'affecte en rien le dessaisissement qui intervient avec le prononcé de l'acte juridictionnel ¹²¹.

115 Piquerez, Précis no 2063.

116 Ci-dessus no 116.

117 Ci-dessus nos 97,98,99.

118 Ci-dessus nos 75,82.

119 Ci-dessus no 70.

120 Ci-dessus no 90.

121 Ci-dessus no 63.

Titre quatrième. Le fondement du recours

Chapitre premier. Recevabilité et fondement du recours

Section 1. La recevabilité

132. L'engagement de toute procédure et de tout procès dépend de la réunion de conditions bien précises qui déterminent les circonstances dans lesquelles on peut ouvrir une action et comment on doit la suivre. Les conditions, dites conditions de procès, relèvent du droit de procédure. En procédure pénale, elles réglementent la manière d'ouvrir devant le juge, dans un cas d'espèce, le débat relatif au pouvoir répressif de l'Etat. Notons que les conditions de punissabilité relèvent, elles, du droit de fond.

133. La procédure de recours a, elle aussi, ses règles de recevabilité, qui rappellent plus ou moins les conditions générales de procès. L'ouverture d'un procès comme l'introduction d'un recours sont limitées à un cercle restreint de personnes qui y ont un intérêt reconnu par la loi ¹. Elles sont en général les mêmes en première et en seconde instance ². Les conditions négatives sont également analogues et le recours, comme l'action, est irrecevable en cas de litispendance ou lorsqu'une décision relative au même objet bénéficie déjà de la qualité de chose jugée ³. En revanche, l'abandon préalable du recours n'est pas une condition négative qui conduirait à son irrecevabilité, il entraîne son rejet ⁴.

L'introduction d'un pourvoi dépend ensuite de certaines conditions qui sont particulières à l'ouverture d'une instance de recours. Toute décision n'est pas susceptible d'un recours ni de n'importe lequel ⁵. L'exercice des voies de recours doit en outre se conformer à diverses conditions de temps et de forme.

1 Ci-dessus no 22.

2 Hauser, Kurzlehrbuch, 269,270,271; Piquerez, Précis, no 2040.

3 Ci-dessus nos 70,75.

4 Ci-dessus no 109; contra: Schmid, N., no 974.

5 Hauser, Kurzlehrbuch, 277,278,287,288; -, Nichtigkeitsbeschwerde, 112,114; Piquerez, Précis, nos 2101,2102, 2122-2125.

Parmi ces dernières, citons l'interdiction d'utiliser des moyens autres que ceux prévus par la loi.

Enfin, ne peut recourir que celui qui, comme le résume l'adage "pas d'intérêt, pas d'action", a un intérêt direct. Il s'agit là d'un problème de recevabilité et non d'admissibilité ⁶, quoique l'intérêt ne soit pas une notion purement formelle et ne résulte pas d'une simple divergence entre les conclusions de la partie recourante et le dispositif attaqué. L'intérêt d'un recourant se détermine avant et après le prononcé de la décision entreprise. Le recourant se prévaut d'un préjudice qui réside a priori dans l'existence d'un acte juridictionnel le concernant. Il doit être touché par l'aboutissement de la décision qu'il attaque. Le préjudice qu'il invoque n'est pas forcément d'ordre matériel, ni effectif; il suffit qu'il soit virtuel. L'intérêt existe alors même que l'acte ne déploie pas encore certains de ses effets les plus importants, l'effet négatif ou exécutoire par exemple. La question de l'existence d'un préjudice effectif relève du fondement du recours.

L'intérêt pour recourir se détermine en fonction du dispositif de l'acte juridictionnel exclusivement. C'est de là qu'émanent les effets du jugement ⁷. Le dispositif est l'élément de la décision qui atteint une partie au procès dans ses droits. Tout jugement pénal confère ainsi d'office au ministère public comme au condamné un intérêt pour recourir. Le prévenu acquitté, fût-ce au bénéfice du doute, n'a pas d'intérêt et son pourvoi est dès lors irrecevable. Les doutes du juge sont en effet formulés dans la motivation de la décision.

L'autorité de recours déclare le pourvoi irrecevable lorsque l'une des conditions pour un nouveau procès fait défaut. Cette décision est finale sans qu'il ait été jugé au fond ⁸. Lorsque les conditions de recours sont réalisées, le pourvoi est déclaré recevable et examiné quant à son fondement.

Section 2. L'admissibilité

134. Si la recevabilité d'un recours est assez bien circonscrite, son fondement est une notion floue. La loi prend grand soin de fixer en détail les conditions de procès et de recours. La doctrine insiste sur l'importance de les examiner avant d'aborder le fond du recours. Les considérations relatives à son admissibilité sont en revanche plus laconiques. On se contente d'admettre d'une façon générale qu'un recours est fondé lorsque les moyens invoqués sont réalisés. A ce sujet, la loi se limite simplement à énumérer les moyens qu'elle

6 Dahs, no 29; Löwe-Rosenberg, Gollwitzer, §296 no 14; Schmidt, Eb., Lehrkommentar II, vor §296 no 13.

7 Ci-dessus no 115; Hauser, Kurzlehrbuch, 272; Piquerez, Précis, no 2036; Schmid, N., nos 577,975; contra: Peters, Strafprozess, 612.

8 Ci-dessus no 27.

entend donner au recourant; jurisprudence et doctrine discutent si, dans un cas d'espèce, les moyens soulevés sont effectivement réalisés. Lorsque tel est le cas, le recours est bien fondé. Mais le fondement en tant que concept demeure une notion assez mal définie.

Il convient dès lors de s'interroger, ici, plus précisément sur la notion du fondement du recours, essence d'une voie de recours. Seul le recours fondé permet l'élimination de l'acte juridictionnel, dont dépend un nouveau jugement de la cause au fond.

135. La présomption formelle de validité et de régularité constitue le fondement nécessaire mais suffisant à l'autorité de l'acte juridictionnel. Elle est appuyée par une présomption d'exactitude et de justesse matérielle⁹. Ainsi, dès son prononcé, l'acte juridictionnel est présumé conforme au droit, en lui-même et en raison de la manière dont il est venu à chef. La présomption formelle est consolidée lorsque l'acte acquiert qualité de chose jugée¹⁰.

Dans son pourvoi, le recourant allègue une contrariété au droit de l'acte juridictionnel qu'il attaque. Les moyens qu'il avance sont destinés à étayer son assertion, la motivation qu'il développe à en démontrer la pertinence.

136. D'un point de vue matériel, l'idée d'un procès sur recours s'inscrit forcément dans la finalité du système judiciaire répressif. L'objet du procès pénal, déclenché par l'action originaire, reste dominant lorsque l'approche est matérielle. Un sentiment d'injustice motive principalement la démarche du recourant dont l'objectif premier est d'obtenir un meilleur jugement, plus juste, plus clair ou plus correct que le premier prétendu vicié¹¹. Le recours traduit ainsi la volonté d'améliorer la qualité de la vérité judiciaire en la rapprochant de la réalité concrète et de la vérité absolue. L'idée du recours est, d'un point de vue matériel, l'élimination ou la correction d'un vice dont serait affecté, dans sa vérité judiciaire, l'acte juridictionnel attaqué. La compréhension avant tout matérielle de la fonction des voies de recours a entraîné, dans le domaine procédural, quelques conceptions singulièrement incongrues¹². Elle ne parvient pas non plus à expliquer le fondement du recours.

137. Il est de sérieux arguments qui conduisent à penser qu'un nouveau jugement de l'affaire au fond ne garantit pas, en tous les cas pas nécessairement, l'obtention d'une décision meilleure que celle qui est critiquée. L'issue plus juste et plus exacte de la cause n'est pas infailliblement assurée par le déroulement d'un nouveau procès.

9 Ci-dessus nos 29,30.

10 Ci-dessus no 86.

11 Ci-dessus no 44.

12 Ci-dessus nos 45-48.

Le double degré de juridiction, au sens premier du terme, n'est pas vraiment prévu par la loi et n'est, pour ainsi dire, jamais réalisé en pratique ¹³.

Le deuxième degré de juridiction est généralement confié à des juges hiérarchiquement supérieurs, présumés plus instruits et plus expérimentés. Ils sont, au surplus, souvent plus nombreux. Mais leur indépendance est exigée et garantie au même titre à tous les échelons de la hiérarchie judiciaire. L'autorité de juridiction du second degré n'est pas non plus à l'abri d'une erreur judiciaire dont les origines peuvent être multiples ¹⁴. Ses décisions peuvent être plus éloignées encore de la réalité et de la vérité que celles du premier juge.

Le fait que la juridiction du second degré bénéficie des recherches et des discussions effectuées en première instance n'entraîne pas nécessairement un débat mieux éclairé. La répétition complète de l'instruction des faits de la cause en deuxième instance n'est pas la règle. Et pourtant, c'est précisément de la constatation des faits que provient le plus grand nombre d'erreurs judiciaires ¹⁵. Même si une nouvelle instruction est conduite selon les règles de l'immédiateté et de l'oralité, l'écart temporel entre les faits et l'administration des preuves affaiblit leur précision et leur crédibilité ¹⁶. Dès lors, la juridiction de recours ou de renvoi réformeront en réalité une décision qui, en soi, n'est peut-être pas excellente et y substitueront une décision très probablement moins bonne ou même mauvaise.

Quant à l'application du droit, il est rare qu'elle soit véritablement mauvaise. La limite entre la bonne et la fausse application du droit est une question qui, souvent, relève de l'appréciation. L'annulation d'une décision pour fausse application du droit s'explique alors par la mission qu'ont les autorités de recours qui est aussi celle d'assurer une certaine uniformité dans l'application du droit.

Le fondement d'un recours ne se situe pas dans la sphère matérielle. La contrariété au droit ne réside pas dans une éventuelle injustice ou inexactitude matérielle de l'acte. La preuve en est que l'autorité de jugement du second degré qui, par hypothèse, se trouverait dans l'erreur, impose néanmoins sa décision. Cette dernière est assurément d'une qualité inférieure à celle qu'elle remplace. Il est donc nécessaire de situer le fondement du recours ailleurs que dans le domaine matériel et de justifier autrement l'annulation d'un acte attaqué.

138. Tout comme le fondement de l'autorité de l'acte juridictionnel, le fondement du recours qui l'attaque s'explique d'un point de vue exclusivement processuel. Il procède du résultat de la vérification juridictionnelle qui a été déclenchée par l'introduction d'un pourvoi. Dans l'optique d'une analyse

13 Cf-dessus no 43.

14 Cf-dessus nos 33,35.

15 Cf-dessus no 35.

16 Pfenninger, *Probleme*, 300; *Real*, 290; *Zwimpfer*, 439.

fonctionnelle, la vérification juridictionnelle par une autorité de recours constitue l'opération-clé du procès sur recours¹⁷. De ce point de vue, il n'est pas impératif que celle-ci soit hiérarchiquement supérieure à celle dont émane l'acte critiqué¹⁸.

L'autorité de recours est chargée de se prononcer sur l'allégation du recourant. Celui-ci invoque une non-conformité au droit de l'acte attaqué qui peut tenir à la validité et la régularité formelle aussi bien qu'à l'exactitude et à la justesse matérielle; les moyens de recours à disposition sont fixés par la loi. Statuant sur l'objet du recours, à savoir sur la demande en annulation de l'acte attaqué, l'autorité de recours examine les moyens invoqués. C'est l'opération de la vérification juridictionnelle. Si la critique du recourant s'avère, ses moyens sont fondés, ce qui empêche l'autorité de recours d'attester la conformité au droit de l'acte. La présomption de conformité de l'acte juridictionnel ne saurait en effet, en pareil cas, être confirmée en instance de recours. La présomption, et l'autorité de l'acte qui repose sur cette présomption, sont détruites, ce qui justifie l'élimination de l'acte. Dans le cadre de l'opération de la vérification juridictionnelle, l'autorité de recours est, cas échéant, amenée à revoir également l'affaire au fond. Dans son traitement de l'objet du recours, elle peut dès lors avoir à examiner l'objet du procès originaire¹⁹. Elle le fait, mais seulement dans les limites du pouvoir de cognition qui lui est reconnu.

Tout juge opère au moyen d'un syllogisme²⁰. Le recours est fondé lorsque le résultat du syllogisme de l'autorité de recours ne se recoupe pas avec celui du premier juge. En d'autres termes, le recours est admis si l'examen du moyen soulevé conduit l'autorité de recours à une conclusion juridique qui ne concorde pas avec celle trouvée en instance inférieure. L'écart entre les conclusions de l'autorité de recours et celles du juge précédent empêche celle-là de confirmer la décision de celui-ci; en d'autres termes, cet écart justifie l'annulation de l'acte attaqué.

Il y a lieu de souligner que l'écart entre les conclusions n'est pas le même selon la nature réformatoire ou cassatoire du recours. Il est fonction du pouvoir de cognition, large ou restreint, qui est donné à l'autorité de recours²¹. Le syllogisme du premier juge se trouve desavoué lorsque les conclusions obtenues par l'autorité de recours et celles du premier juge ne vont pas, en quelque sorte, dans le même sens et apparaissent, dès lors, dans leur essence, comme incompatibles.

17 Ci-dessus no 89.

18 Ci-dessous no 168.

19 Ci-dessus nos 104,108.

20 Ci-dessous, nos 191-195.

21 Ci-dessous nos 142,144.

139. Si dans sa vérification juridictionnelle l'autorité de recours aboutit à une conclusion qui se retrouve et concorde avec celle du premier juge, le recours interjeté est mal fondé. Il y a dans ce cas deux raisonnements syllogistiques qui se confirment. L'acte juridictionnel attaqué apparaît aux yeux de l'autorité de recours comme valide et régulier, partant comme exact et juste. La présomption de conformité au droit dont il bénéficie est attestée, le recours par conséquent infondé.

Il convient d'apporter à ce sujet deux précisions. L'autorité de recours ne doit pas, pour confirmer l'acte attaqué, nécessairement aboutir au même syllogisme que le premier juge, ni arriver à des conclusions qui soient en tous points identiques à celle trouvées en instance inférieure. D'autre part, la confirmation de l'acte attaqué ne renforce ni n'augmente son autorité²². La vérification juridictionnelle ne le rend pas meilleur ni plus conforme au droit. En le confirmant, l'autorité de recours se limite à constater qu'il bénéficie, à son sens, de bon droit de la présomption de validité et de régularité dont il était investi dès son prononcé. Matériellement, l'acte confirmé n'est pas pour autant juste et exact. L'autorité de recours peut aboutir à des conclusions qui confirment celles de la décision attaquée notamment parce qu'elle dispose d'un pouvoir de cognition limité²³.

140. Le recours est donc bien fondé lorsque la présomption de conformité au droit n'est pas confirmée après vérification juridictionnelle. Ce fait, purement processuel, justifie à lui seul l'annulation de l'acte juridictionnel qui est nécessaire en vue de l'élaboration d'une nouvelle décision au fond. Les possibilités d'intervention qui sont données à l'autorité de recours au sujet de l'affaire au fond, la conduisent ensuite à juger elle-même ou à renvoyer devant une nouvelle juridiction de jugement le contentieux originaire.

Dès lors, l'annulation de l'acte juridictionnel ne trouve sa justification et son fondement ni dans un nouveau jugement de la cause au fond par une autorité supérieure avec un prestige accru, ni dans une contrariété de l'acte à la vérité matérielle qui, de surcroît, n'est qu'hypothétique. La légitimité de l'autorité de recours à annuler la décision ne résulte que de la fonction qui lui est assignée, soit de procéder, sur demande d'un recourant et dans les limites de son pouvoir de cognition, à la vérification juridictionnelle de l'acte attaqué.

22 Ci-dessus nos 48; ci-dessous nos 155ss.

23 Ci-dessous no 144.

Chapitre 2. La vérification juridictionnelle

141. Le recourant allègue, dans son pourvoi, une contrariété au droit de l'acte qu'il attaque. Les défauts qu'il trouve à l'acte peuvent être multiples. Ils tiennent essentiellement soit à la manière dont l'acte est venu à chef, soit à son contenu. Le vice peut tenir à une constatation inexacte des faits ou à une mauvaise application du droit, voire aux deux. Un vice existant se répercute sur la validité et la régularité formelle de l'acte et, mais pas forcément en tous les cas, sur son exactitude et sa justesse matérielle.

L'autorité de recours n'est pas libre dans le choix de la manière dont elle procédera à la vérification juridictionnelle. Elle doit se conformer aux modalités déterminées par la loi pour la procédure en instance de recours. Son pouvoir de cognition est différent selon le type du recours introduit.

Section 1. L'autorité juridictionnelle d'appel

142. La vérification juridictionnelle sur appel est, en théorie, entière. La voie de l'appel donne à l'autorité de recours un pouvoir de cognition complet qui l'oblige à examiner n'importe quel moyen de recours invoqué et même ceux qui ne l'auraient pas été. Le recourant peut se plaindre aussi bien du fond que de la forme de la première décision ainsi que de la procédure dont elle est issue. Tant que son appel n'est pas efficacement limité, l'autorité de recours peut revoir tous les éléments de l'acte attaqué, dans la mesure où cela lui semble nécessaire.

La vérification juridictionnelle en instance d'appel s'opère par une procédure qui, sous réserve de quelques particularités, est similaire à celle appliquée devant une juridiction de première instance. En principe, l'autorité de recours procède aux mêmes opérations que le juge du fait: établissement et constatation directe des faits, syllogisme juridique. Elle a le pouvoir d'examiner entièrement et sous tous ses angles non seulement l'objet du recours, mais surtout l'affaire au fond, c'est à dire l'objet du procès originaire. La procédure en instance d'appel prévoit notamment la faculté pour l'autorité de recours d'administrer des preuves ou du moins de reprendre, vérifier et compléter celles qui l'ont été en instance précédente. La procédure comprend aussi une phase de débats complets qui permet à l'autorité de recours d'obtenir sa propre version des faits et leur qualification. Elle oblige enfin l'autorité de recours à opérer un raisonnement complet en droit, quant à l'objet du recours, voire quant à celui du procès originaire. La vérification juridictionnelle sur appel, et par conséquent le contrôle de l'acte juridictionnel entrepris, se solde par une opération finale; l'autorité de recours compare sa propre conclusion juridique quant à l'objet du procès originaire avec celle de l'acte attaqué.

Lorsque les conclusions des raisonnements respectifs concordent, l'appel n'est pas fondé et l'autorité de recours le rejette. Il convient de remarquer à ce sujet que si l'appel est déclaré mal fondé, le syllogisme du premier juge n'est pas forcément identique à celui de l'autorité de recours. La motivation de conclusions concordantes peut être divergente. En effet, l'autorité de recours examine l'affaire au fond *hic et nunc*. Elle juge sur une base qui se compose de données anciennes et nouvelles, altérées ou complétées. Ce qui importe est la similitude des conclusions obtenues en instance de recours avec celles de l'acte critiqué. Le raisonnement sur lequel repose ce dernier ne doit cependant pas non plus être erroné.

Lorsque l'autorité de recours aboutit à des conclusions qui, pour ce qui est du contentieux originaire, diffèrent des conclusions de l'acte attaqué, l'appel est fondé. Le juge d'appel doit par conséquent annuler l'acte critiqué afin de pouvoir lui substituer, aussitôt, son propre jugement et ses propres conclusions.

143. Comme nous aurons encore l'occasion de l'exposer²⁴, en pratique, la procédure de vérification juridictionnelle en instance d'appel ne comprend pas vraiment l'accomplissement de toutes les opérations d'un juge du fait, ce d'autant moins lorsque ce dernier y a déjà procédé. En raison des éléments qui résultent déjà du dossier, le juge d'appel emprunte d'importants raccourcis, voire se dispense de procéder à telle ou telle autre démarche. L'orientation que donne l'appelant à son recours conditionne aussi passablement les démarches de la juridiction d'appel²⁵. En outre, l'examen de l'affaire au fond effectué dans le cadre de la vérification juridictionnelle et dans celui de l'élaboration de la nouvelle décision au fond ne font en réalité qu'un. Du point de vue fonctionnel toutefois, les deux opérations sont distinctes. Cette dissociation devient apparente lorsque le bien-fondé du recours entraîne le renvoi de la cause devant une autre autorité de jugement.

Section 2. L'autorité de cassation

144. La vérification juridictionnelle sur recours en cassation est régie par une procédure stricte qui restreint en particulier considérablement le pouvoir de cognition de l'autorité juridictionnelle de recours et devant laquelle le recourant ne peut pas invoquer n'importe quel moyen, la loi en fixant l'éventail de façon limitative. Généralement, l'autorité de cassation est tenue par les moyens invoqués, de même que par les faits constatés en première instance. Le recourant peut en outre toujours limiter l'objet de son pourvoi selon les règles sur la limitation du recours²⁶.

24 Ci-dessous nos 196ss.

25 Ci-dessous nos 198ss.

26 Ci-dessus no 114.

La procédure de cassation, on le sait, se limite à l'examen du droit. C'est en ce sens que l'on dit que l'autorité de cassation ne juge pas le fond de la cause; elle n'apprécie pas les faits, n'évalue pas les responsabilités et ne décide pas des peines. Son rôle consiste à vérifier si la loi a été bien appliquée²⁷. Plus exactement cherche-t-elle à connaître si l'erreur dans l'application de la loi, que le recourant fait valoir par son moyen, est réelle.

145. La notion de la loi est large. D'une part, l'ouverture de la violation de la loi ne se limite pas à la transgression des lois de fond. La loi lato sensu comprend également les règles d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure. La division traditionnelle, formelle, en règles de fond et règles de procédure paraît, ici encore, comme trop étroite pour qualifier une violation de la loi. Certaines règles de procédure sont enracinées, en effet, dans le droit de fond²⁸. D'autre part, la notion n'est pas limitée aux actes législatifs au sens formel. Il s'agit de toute règle de droit ayant un caractère général et abstrait et qui est applicable en matière pénale²⁹. Les différentes législations et la jurisprudence admettent qu'il faut y comprendre aussi bien la constitution, les traités, le droit pénal fédéral et cantonal, les ordonnances et les règlements.

Il convient dès lors de ne pas distinguer en premier lieu suivant la nature de la règle légale, mais d'après la façon dont la règle a été violée.

146. Au travers de la violation de la loi stricto sensu, le recourant peut critiquer un vice qui affecte le contenu de la décision de l'acte juridictionnel. L'imperfection de l'acte attaqué est alors supposée se trouver dans une erreur *in iudicando*. Elle est due principalement à une mauvaise application du droit pénal matériel. Le juge peut s'être trompé dans son syllogisme juridique soit en méconnaissant l'existence ou la force contraignante de la loi, en la comprenant ou en l'interprétant mal de manière générale, soit en l'appliquant mal à propos aux faits de la cause. Dans la première hypothèse, il s'agit d'une erreur sur la majeure du syllogisme, dans la seconde, d'une erreur sur la mineure. Il y a erreur sur les conclusions lorsqu'il ne déduit pas d'une application correcte de la loi les conséquences légales qui s'imposent³⁰. L'erreur *in iudicando* peut enfin provenir, de manière plus générale, de l'administration et de l'appréciation des preuves³¹. Elle est alors plus difficile à découvrir et ne constitue une violation de la loi que lorsque l'application de la norme légale est arbitraire.

27 Bourzat/Pinatel, no 1486; Merle/Vitu, no 729; Pradel, no 622; Stefani/Levasseur, no 766.

28 Cf-dessus no 10.

29 Hauser, Kurzlehrbuch, 291; Piquerez, Précis, no 2142; Peters, Strafprozess, 637; Schmid, N., nos 1075, 1098, 1099.

30 Hauser, Nichtigkeitsbeschwerde, 116; Piquerez, Précis no 2130; Schmid, N., no 1102.

31 Hauser, Nichtigkeitsbeschwerde, 115, 118, 119.

147. Le recourant peut aussi se plaindre d'un vice affectant la manière dont l'acte juridictionnel est venu à chef. Il allègue alors comme moyen de recours le vice de forme, l'*error in procedendo*.

Le vice de forme suppose la méconnaissance d'une règle de procédure. Au sens strict, le vice se situe dans l'irrespect de la forme extérieure imposée à un acte de procédure. Au sens large, il ne comprend pas seulement l'irrégularité formelle contenue dans un acte ou dans le jugement lui-même mais aussi toute inobservation d'une disposition qui est essentielle dans le déroulement du procès pénal. Le vice se situe alors dans les effets que produit l'acte de procédure sur le jugement ensuite de son inobservation. La difficulté réside naturellement dans la définition du caractère essentiel d'une règle de procédure.

Quelques systèmes juridiques abandonnent à l'autorité de recours le soin de décider des règles dont l'inobservation entraîne l'annulation nécessaire de l'acte juridictionnel³². C'est la solution du système français des nullités substantielles. Il confère dans une certaine mesure aux autorités de recours le pouvoir d'apprécier la gravité d'une violation de la loi³³. La cohérence des arrêts d'espèce de l'autorité de cassation dépend de l'existence d'une théorie claire de la nullité substantielle.

D'autres systèmes, plus nombreux, donnent une énumération, pas toujours exhaustive, des causes qui peuvent vicier l'acte juridictionnel au point d'engendrer sa nullité. Les moyens de cassation sont ainsi clairement définis, généralement par des formules très brèves. Les causes de nullité sont principalement tirées des griefs de l'incompétence de la juridiction qui a rendu l'acte attaqué ou de sa constitution irrégulière ainsi que de la violation des règles essentielles de procédure au sens étroit. Ces dernières sont celles qui assurent la manifestation de la vérité ou la sauvegarde des droits de la défense. L'autorité de recours est alors chargée d'examiner in concreto si une prétendue violation de la loi a ou n'a pas, compte tenu des circonstances, porté atteinte aux droits de la défense et porté préjudice aux parties. Il ne saurait y avoir, en principe, nullité sans grief. Ce qui est déterminant dans l'appréciation de ce moyen n'est pas la gravité de l'irrégularité, mais l'importance du préjudice qu'il cause. L'entrave à des règles d'ordre assurant essentiellement le bon déroulement des opérations procédurales ne constitue guère, de ce point de vue là, une cause de nullité.

148. Il découle de la procédure de cassation une impossibilité, voire une interdiction pour l'autorité de recours de constater et de revoir elle-même les faits qui concernent l'affaire au fond. Toutefois, par le biais du contrôle de la violation de la loi, au sens d'une mauvaise application du droit de fond ou d'un vice de forme, l'autorité de cassation est néanmoins amenée à exercer un

32 Clerc, *vice*, 170.

33 Merle/Vitu, no 476ss,479ss; Pradel, nos 467,468,623; Stefani/Levasseur, no 609.

certain contrôle, indirect, sur les faits. Exerçant par exemple son contrôle sur le préjudice allégué par le recourant dans le cadre d'un recours pour vice de forme, l'autorité de cassation se conduit en juge de fait. L'évolution vers une extension du pouvoir d'examen de l'autorité de cassation aux faits de la cause est par ailleurs incontestable. Nous y reviendrons ³⁴.

Section 3. La causalité du vice

149. Une contrariété de l'acte attaqué au droit n'existe que si le vice dont celui-ci souffre est efficace. Le défaut qui affecte la constatation des faits, le syllogisme juridique ou les modalités de l'élaboration de l'acte doit être de nature à influencer sur la décision de l'acte juridictionnel entrepris. Le vice doit, plus exactement, influencer sur le dispositif de l'acte attaqué, non sur sa motivation seulement et être l'explication de la déviation du raisonnement et de l'écart entre les conclusions de l'autorité de recours et celles du juge dont l'acte est attaqué. En d'autres termes, le défaut constaté doit être causal.

La causalité s'installe en raison de critères plutôt lâches. Elle n'a à être ni nécessaire, ni évidente. Le lien de causalité entre un vice établi et la décision de l'acte juridictionnel critiqué se présume quasiment. Il est donné dès qu'il est vraisemblable que le défaut ait influencé la décision de l'acte juridictionnel. La causalité s'exclut uniquement lorsqu'il est certain que l'imperfection dont pâtit l'acte ou la procédure de son élaboration ne s'est pas répercutée sur son dispositif.

150. Une erreur ou une imprécision de quelque importance, commise lors de l'établissement des faits de la cause, pénètre dans le raisonnement juridique à travers la mineure du syllogisme ³⁵. Par conséquent, elle est, a priori, susceptible d'avoir influé sur la conclusion du syllogisme. En raison des modalités de chacune des procédures, l'autorité d'appel détient en matière de faits une sensibilité et un pouvoir d'intervention plus nuancé que celle de cassation. La contrariété au droit de l'acte attaqué, tirée d'un vice affectant la constatation des faits de la cause, est subordonnée à la preuve d'un grief. Une erreur dans l'établissement des faits est insignifiante si sa correction demeure sans effets sur les conclusions du raisonnement.

151. Les conséquences d'une fausse application de la loi se manifestent nécessairement dans le dispositif de l'acte juridictionnel critiqué. Le lien de causalité est évident. Qu'elle soit en instance d'appel ou de cassation, l'autorité de recours est également à même de découvrir et de constater une faiblesse dans le syllogisme juridique du juge précédent. Une erreur sur la majeure, sur

34 Ci-dessous nos 209ss, 257ss.

35 Ci-dessous no 193.

la mineure ou sur la conclusion se répercute par définition sur la décision et le dispositif de l'acte juridictionnel.

152. Pour ce qui est des violations des règles de procédure, il est de coutume d'opérer une distinction entre vices de forme absolus ou relatifs. En matière de cassation notamment, la violation d'une règle de procédure peut constituer soit une cause de nullité absolue, soit une cause de nullité relative³⁶. Mais en tous les cas, l'acte juridictionnel souffrant d'un vice, que celui-ci soit relatif ou absolu, n'est qu'un acte annulable. Il s'agit d'un jugement relativement nul³⁷.

Les causes relatives de nullité sont celles qui justifient l'annulation de l'acte juridictionnel parce que l'irrégularité de procédure a effectivement influé sur la décision attaquée³⁸. Les vices de forme relatifs réclament, afin de constituer la raison de l'annulation de l'acte attaqué, l'établissement in casu du lien de causalité. La contrariété au droit de l'acte tirée d'un vice de forme relatif est donc subordonnée, elle aussi, à la preuve d'un grief réel.

Il en va différemment des vices de forme absolus. La contrariété de l'acte juridictionnel et, partant, l'annulation de l'acte juridictionnel attaqué, ne dépend pas de la preuve de l'existence d'un grief en l'espèce. Les cas de nullité absolue sont le plus souvent prévus par la loi, limitativement ou non³⁹. C'est le système des nullités textuelles. Ainsi le code de procédure pénale français impose-t-il le respect de certaines modalités "sous peine de nullité" ou "à peine de nullité"⁴⁰. Le législateur indique de manière casuistique les prescriptions légales qu'il tient pour essentielles au point d'attacher expressément la sanction de la nullité à l'observation des formalités requises. Le prestige de l'autorité serait compromis si un jugement entaché d'un grave vice de forme n'était pas annulée⁴¹. Les cas de nullité absolue fixés par la loi sont, parfois, complétés par la jurisprudence, soit par l'autorité de recours elle-même.

Lorsqu'un vice de forme absolu est établi, l'autorité de recours peut s'en tenir là. Elle doit admettre la contrariété au droit de l'acte juridictionnel et l'annuler sans examiner l'existence d'un grief sur la conclusion de l'acte attaqué. Le vice de forme absolu incarne une présomption irréfragable d'irrégularité et d'invalidité. L'imperfection à elle seule justifie et entraîne l'annulation de l'acte juridictionnel. Il n'est pas nécessaire d'établir un lien de causalité en l'espèce. Sont généralement considérés comme des vices de forme absolus la constitution irrégulière ou l'incompétence de la juridiction, la

36 Ci-dessus no 39; ci-dessous no 219.

37 Ci-dessus no 39.

38 Hauser, *Kurzlehrbuch*, 289; -, *Nichtigkeitsbeschwerde*, 122; Piquerez, *Précis*, no 2131.

39 Cramer, *Rechtfertigung*, 239.

40 CPP français 592.

41 Clerc, *vice*, 171; Cramer, *Rechtfertigung*, 248.

violation des droits de la défense, la violation du droit d'être entendu ⁴². Mais un vice de forme, même absolu, ne fournit pas nécessairement un moyen de nullité. Certains systèmes posent en principe qu'un recourant ne peut s'en prévaloir pour la première fois en instance de recours. Il ne peut l'invoquer que s'il l'a déjà fait valoir devant le juge inférieur ⁴³. Toute cause de nullité ne devient alors que relative.

42 Hauser, *Kurzlehrbuch*, 289; - , *Nichtigkeitsbeschwerde*, 122; Piquerez, *Précis*, no 2133.

43 Clerc, *vice*, 178.

Titre cinquième. La décision sur recours

Chapitre premier. L'arrêt sur recours

153. Le procès aboutit à une décision finale ¹. Encore faut-il distinguer celle qui met fin au procès originaire de celle qui met fin au procès sur recours, celle-ci pouvant d'ailleurs réactiver celui-là.

Pour autant que le recours ne soit pas déclaré irrecevable, que le recourant ne se soit pas désisté ou que l'action pénale ne se soit pas éteinte en cours de procédure, la décision ou l'arrêt sur recours tranche le fond du pourvoi, soit la question de savoir si l'acte juridictionnel querellé doit être annulé ou non. Il faut à cet égard examiner séparément l'arrêt sur recours qui déclare le pourvoi bien ou mal fondé. Selon le résultat de la vérification juridictionnelle, la décision sur recours confirme ou annule, partiellement ou dans son intégralité, l'acte juridictionnel attaqué. L'irrecevabilité du pourvoi fait, quant à elle, obstacle à un examen du fond du recours. Elle entraîne le rejet du pourvoi sans que l'autorité juridictionnelle de recours n'aborde son objet. La décision d'irrecevabilité, sans être au fond, est néanmoins finale ².

154. La décision sur recours clôt l'instance qui s'était ouverte avec le dépôt du pourvoi. Cela ne signifie pas pour autant la fin de toute procédure. La litispendance d'un contentieux dure jusqu'au moment où la décision finale acquiert qualité de chose jugée ³. La règle s'applique à la décision sur recours comme au jugement au fond. La décision sur recours est généralement elle aussi sujette à recours; elle n'acquiert qualité de chose jugée qu'après que le délai de recours est écoulé sans avoir été utilisé. Quant au procès originaire, son sort dépend de l'aboutissement du recours. En cas d'irrecevabilité ou de rejet, le jugement concernant l'affaire au fond est maintenu et acquiert la qualité de chose jugée en même temps que la décision sur recours ce qui signifie la fin de toute procédure.

1 Ci-dessus no 27.

2 Ci-dessus nos 27, 132ss.

3 Ci-dessus no 70.

Lorsque le recours est admis, la décision attaquée est annulée. Ainsi, si le procès sur recours est terminé, celui au fond doit être repris; il est d'ailleurs toujours en situation de litispendance. Amputé de son acte juridictionnel, il doit être de nouveau conduit à chef pour trouver son terme dans le prononcé d'un nouvel acte juridictionnel remplaçant celui qui a été annulé. Le nouveau jugement au fond est à son tour susceptible d'être entrepris par un recours. La litispendance du contentieux originaire prend fin au moment où l'acte juridictionnel nouveau acquiert qualité de chose jugée.

Section 1. Le recours mal fondé

155. L'autorité de recours a principalement pour tâche de liquider le procès sur recours, c'est-à-dire de trancher l'objet du recours. Si le pourvoi est recevable, l'autorité de recours procède à la vérification juridictionnelle pour examiner le fondement du pourvoi. Dans la mesure où elle aboutit à des conclusions qui sont identiques ou qui vont dans le même sens que celles de la décision critiquée, elle déclare le recours mal fondé et le rejette.

La décision de rejet est une réponse négative à la question posée par le recours. Elle tranche le fond du litige qui se situe, rappelons-le, dans un cadre exclusivement processuel. En ce sens, elle est purement déclaratoire⁴. La prétention étant infondée, la décision se borne à constater qu'il n'y a pas lieu de donner suite à la demande. La décision refuse par conséquent l'annulation de l'acte attaqué et rejette le recours.

156. La présentation matérielle de la décision sur recours varie selon le type de recours. Il y a lieu de faire une différence entre les voies de recours essentiellement cassatoires ou réformatives⁵.

Lorsque la procédure est simplement cassatoire, la décision qui constate que le recours est mal fondé est rendue en la forme d'un jugement processuel pur; c'est l'arrêt de rejet⁶. Comme tout acte juridictionnel, l'arrêt de rejet est irrévocable et a pour effet de dessaisir, dès son prononcé, l'autorité juridictionnelle de recours; il est extinctif d'instance. Il laisse indubitablement subsister tel quel l'acte juridictionnel attaqué dont le dispositif acquiert qualité de chose jugée au même moment que lui. Cet instant marque la fin de la litispendance et du procès sur recours et du procès originaire. L'acte juridictionnel entrepris déploie alors sans restrictions tous ses effets.

4 Ramer, 108,109; ci-dessus nos 51,52.

5 Ci-dessus no 56 in fine.

6 Borté, no 902; Bouzat/Pinatel, no 1505; Hauser, Kurzlehrbuch, 295,314,318; Merle/Vitu, no 741; Peters, 663; Piquerez, Précis, nos 2114,2158; Pradel, no 634; Stefani/Levasseur, no 788 in fine.

157. La présentation matérielle d'une décision de rejet est mal définie pour le recours de nature réformatoire. Elle se présente parfois sous la forme d'un arrêt confirmatif ⁷. Dans ce cas, son impact sur l'acte juridictionnel attaqué est plus difficile à définir.

La question qui se pose est de savoir si, et cas échéant dans quelle mesure, l'arrêt confirmatif se substitue à l'acte juridictionnel attaqué. Le problème se pose notamment en matière d'appel. L'analyse des dispositions légales ne permet pas d'obtenir de réponse à la question. La doctrine est divisée et, sur ce point précis, l'avis des auteurs manque souvent de précision ⁸. De l'opinion des uns, l'acte juridictionnel de l'autorité de recours se substitue en tous les cas et entièrement à l'acte juridictionnel entrepris ⁹. Selon l'avis, plus nuancé, du Tribunal fédéral, la réponse dépend du pouvoir de cognition dont jouit l'autorité de recours ¹⁰. Lorsque celle-ci statue avec un pouvoir d'examen plein, c'est-à-dire qu'elle examine librement le grief que le recourant fait valoir, la décision sur recours remplace le jugement au fond confirmé. Une opinion contraire, prévalant en droit français, soutient que l'arrêt confirmatif maintient le jugement entrepris ¹¹. Certains précisent que le dispositif de l'acte juridictionnel attaqué seulement demeure intouché, l'arrêt confirmatif pouvant compléter, voire remplacer tout ou partie de la motivation de la décision entreprise ¹².

158. En rejetant le pourvoi, l'autorité de recours confirme l'acte juridictionnel entrepris dans son ensemble. Indubitablement, cette confirmation porte, en premier lieu, sur le dispositif de l'acte attaqué. L'autorité de recours procède à la vérification juridictionnelle en suivant une procédure précise ¹³. Qu'elles confirment ou non celles de l'acte attaqué, ses conclusions sont le fruit d'un syllogisme juridique propre et distinct de celui du premier juge. Le dispositif de l'acte attaqué subsiste donc sans même être expressément repris dans l'arrêt qui le confirme et sera également la base de l'exécution matérielle de la décision.

En ce qui concerne la motivation de l'arrêt confirmatif, un certain choix s'offre à l'autorité de recours qui peut rejeter le recours et confirmer la décision entreprise en motivant son arrêt confirmatif par les mêmes motifs que ceux de la décision attaquée. Cette possibilité s'ouvre notamment lorsque le pouvoir d'examen de l'autorité de recours correspond au moins à celui du

7 Soyer, no 647; Stefani/Levasseur, no 764.

8 Bouzat/Pinatel, no 1484; Piquerez, Précis, nos 2004,2114,2115; Schmid, N., no 961; Stefani/Levasseur, no 764.

9 Hauser, Kurzlehrbuch, 281; Hery, 167; Schmid, N., no 1039.

10 ATF 100 Ia 174 c.2b); ATF 99 Ia 160; ATF 94 I 459,462; Auer, 126,183; Hauser, Rechtsprechung, 270 note 172; Marti, H., 112.

11 Hélie, vol. IV, no 3064 in fine; implicitement Merle/Vitu, no 715: il n'y a substitution d'une nouvelle décision que lorsqu'il y a infirmation; Noël, 105; Soyer, no 647.

12 Pradel, no 616.

13 Ci-dessus nos 141ss.

premier juge et pour autant qu'elle suive, dans les grandes lignes, un raisonnement identique. L'autorité de recours, par une déclaration expresse en ce sens, va à l'occasion jusqu'à s'approprier la rédaction même des motifs du juge précédent. Mais la simple référence aux motifs du premier juge ne suffit cependant pas à motiver l'arrêt¹⁴. L'autorité de recours qui confirme les conclusions du premier juge par un raisonnement différent de celui du premier juge, doit formuler en conséquence la motivation de son arrêt de rejet. Il serait concevable que la motivation développée par l'autorité de recours remplace alors celle de la décision attaquée, l'acte juridictionnel entrepris, son dispositif en particulier, demeurant, pour le surplus, intact.

La construction n'a guère d'implications pratiques; la motivation d'une décision ne participe pas à l'autorité de chose jugée¹⁵. Du point de vue dogmatique toutefois, cette conception n'est pas soutenable. Tout syllogisme est original et unique. Même si l'opération d'un syllogisme donné est répétée de façon identique à une ou plusieurs reprises, chacune de ces opérations comprend tous les composants d'un syllogisme propre. Des conclusions formellement identiques, issues de raisonnements juridiques indépendants sont, matériellement, des conclusions distinctes. La motivation d'un jugement étant la transcription de l'opération intellectuelle qui conduit à la conclusion, la conclusion et sa motivation correspondante sont indissociablement liées du point de vue logique. A tout dispositif correspond donc une motivation qui est aussi originale et unique que le raisonnement et que le syllogisme qu'elle transcrit. Lorsque le dispositif d'un jugement est maintenu, la motivation correspondante y demeure nécessairement attachée. Tout au plus pourrait-on admettre qu'un raisonnement et une motivation différents conduisent à une conclusion et un dispositif matériellement nouveaux mais formellement identiques à la conclusion et au dispositif confirmés.

Si l'arrêt confirmatif ne touche pas au dispositif de l'acte entrepris et ne modifie ni ne remplace la motivation de l'acte confirmé, il ne remplace pas non plus la décision confirmée dans son ensemble. Un acte juridictionnel existant ne peut être modifié, éliminé ou remplacé au gré de l'autorité de recours ou des parties. Il faut pour cela une déclaration constitutive qui doit être prise en application d'une procédure particulière¹⁶. La confirmation en procédure de recours de l'acte attaqué en atteste la conformité au droit. L'acte juridictionnel entrepris s'est affirmé de par ses qualités formelles et matérielles intrinsèques. C'est en ce sens qu'il est confirmé. Il n'y a pas nécessité de réformer ce qui, au préalable, a été confirmé et il n'y a pas de sens à substituer une décision par un homologue.

Le mécanisme d'une voie de recours ne dépend pas non plus du pouvoir d'examen accordé à l'autorité juridictionnelle supérieure. Ce qui

14 Ci-dessous nos 249ss.

15 Ci-dessus nos 115, 118.

16 Ci-dessus nos 39, 48.

distingue la voie de recours cassatoire de la voie réformatoire n'est pas le pouvoir de cognition en tant que tel. Par exemple, la cour de cassation cantonale dispose d'un large pouvoir pour examiner le grief de la violation des règles essentielles de procédure¹⁷, pouvoir qui ne s'étend en revanche en principe pas aux faits de la cause. Le critère est plus précisément celui du pouvoir d'intervention de l'autorité de recours dans le procès originaire. Sur recours cassatoire, l'autorité juridictionnelle de recours ne peut que confirmer ou annuler l'acte attaqué. N'ayant, en général, pas une connaissance suffisante des éléments pour juger la question portée en procès originaire, il ne lui est pas possible d'intervenir dans le procès au fond pour le conduire à chef lorsque l'acte juridictionnel attaqué est annulé. En cas d'annulation de l'acte, l'autorité de recours confie la solution du procès au fond à l'autorité juridictionnelle de renvoi. Sur recours réformatoire, l'autorité juridictionnelle de recours confirme ou réforme l'acte attaqué. Le vocable "réformer" prend ici son sens véritable qui est aussi celui de "supprimer pour améliorer"¹⁸. La réformation de l'acte attaqué présuppose, à la mesure de son étendue, l'annulation de celui-ci. En d'autres termes, lorsqu'elle annule totalement ou partiellement l'acte attaqué, l'autorité juridictionnelle dispose, en cas de recours réformatoire, d'un pouvoir supplémentaire; elle peut statuer elle-même sur l'objet du procès originaire dans la mesure de l'annulation opérée. Selon cette procédure, réformation et annulation ne se présentent pas en alternative¹⁹.

Section 2. Le recours bien fondé

159. Le recours est fondé lorsque l'autorité de recours, après vérification juridictionnelle, ne peut confirmer la présomption de conformité au droit de l'acte juridictionnel attaqué²⁰. Pareille conclusion enlève toute autorité à l'acte juridictionnel entrepris et entraîne son élimination.

Par sa décision finale, l'autorité supérieure se prononce sur le fond du procès sur recours. Elle annule un acte juridictionnel existant et son jugement est par conséquent formateur, constitutif. Sa décision se présente sous un aspect matériel différent selon le type de recours. Il y a lieu de distinguer, ici aussi, la

17 Ci-dessous nos 219,220.

18 On trouve, dans les dictionnaires usuels, les définitions suivantes: Paul Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Petit Robert), Paris, 1989, vol. 1, p. 1639, *réformer*, *supprimer pour améliorer*, *réformer un jugement*, l'annuler; Larousse de la langue française, Paris, 1977, vol. 2, p. 1513, *réformer*, *supprimer ce qui est nuisible*, *réformer un jugement*, l'annuler; Grand dictionnaire encyclopédique Larousse, Paris, 1984, vol. 8, p. 8801, *réformer qqch*, *supprimer*, *faire disparaître ce qui est nuisible*.

19 Bernoulli, 24; pourtant contra: AG 223; GR 146 al.2; VD 448 al.1; Bouzat/Pinatel, no 1453; Hauser, Kurzlehrbuch, 273; Piquerez, L'interdiction, 499; -, Précis, no 1996.

20 Ci-dessus no 139.

procédure cassatoire de la procédure réformatoire ²¹. En matière de cassation pure, l'autorité de recours rend un arrêt formel d'annulation ou de cassation. Elle prononce donc, explicitement et dans la mesure où le recours est fondé, l'annulation ou la cassation, totale ou partielle de l'acte juridictionnel ²².

L'annulation de l'acte juridictionnel entrepris n'apparaît en revanche pas toujours de manière évidente et formelle lorsque la voie de recours est de type réformatoire. Sur recours en cassation, l'annulation est expresse, même si c'est l'autorité juridictionnelle de recours qui, exceptionnellement, statue elle-même sur le fond du procès. L'annulation est en outre en principe explicite lorsque, exceptionnellement, l'autorité d'appel renvoie l'affaire au fond devant une autre autorité juridictionnelle. L'appel est en effet subsidiairement une voie de cassation ²³. Mais l'annulation de l'acte juridictionnel attaqué s'impose aussi lorsque, et c'est la règle, il revient à la juridiction d'appel de rejuger l'affaire au fond. Celle-ci dispose d'un pouvoir de réformation complet. Elle ne saurait néanmoins statuer sur l'objet du procès originaire sans annuler au préalable la décision finale qui lui met fin. Si l'annulation de cet acte juridictionnel n'est pas expresse, elle est nécessairement et logiquement implicite ²⁴. Le droit allemand contient sur ce point une réglementation non équivoque ²⁵. La législation et la doctrine suisses et françaises en revanche se désintéressent du sort réservé à la décision attaquée; il n'est pas réglé lorsque l'appel est fondé. L'explication réside dans la compréhension matérielle de la fonction des voies de recours ²⁶.

160. La décision qui annule l'acte attaqué est finale. Le recours a abouti, le procès sur recours est terminé. La décision est par conséquent extinctive de l'instance de recours. La litispendance du procès sur recours comme du procès originaire perdurent cependant ²⁷. Si d'un point de vue procédural et fonctionnel le recours a abouti, l'activité de l'autorité de recours n'est néanmoins pas tout à fait terminée. L'annulation totale ou partielle de l'acte juridictionnel entraîne une mutilation grave du procès originaire qui se trouve amputé de son terme ²⁸. L'autorité de recours doit par conséquent décider de l'instance chargée de rejuger le contentieux originaire. Elle peut le rejuger elle-même, en deuxième degré de juridiction, ou le renvoyer devant une autorité juridictionnelle de renvoi.

21 Ci-dessus nos 56 in fine, 156.

22 Hauser, *Kurzlehrbuch*, 296, 314, 318; Piquerez, *Précis*, no 2158, 2413; Pradel, no 635; Schmid, N., nos 1080, 1132; Soyér, no 655; Stefani/Levasseur, no 780. PPF 277ter al.1; PPM 190; ZH 435; GE 350; BE 334, 335; FR 57 ch.5; NE 252 al.1; VD 440, 444, 448 al.2.

23 Hauser, *Kurzlehrbuch*, 281; Piquerez, *Précis*, no 2115; BE 323.

24 Ci-dessus no 162.

25 CPP allemand, § 328 al.1 et 2; Henkel, 429; Peters, *Strafprozess*, 630.

26 Ci-dessus no 44.

27 Ci-dessus no 70.

28 Ci-dessus no 27.

161. Lorsque l'autorité de recours vient à juger elle-même l'objet du procès originaire, le procès sur recours ne porte pas pour autant sur un double objet. L'argumentation développée à ce sujet conserve sa valeur²⁹. Deux considérations étaient ici la thèse d'un objet unique pour le procès sur recours.

Une action en justice ne peut contenir à la fois deux demandes contradictoires. Le recours, qualifié d'action formatrice du droit procédural, demande l'annulation constitutive d'un acte juridictionnel existant. L'action pénale, originaire, dont l'objet viendrait se greffer sur celui du recours introduit, porte sur la question de savoir si et de quelle façon l'Etat doit exercer son pouvoir de répression dans le cas d'espèce présenté. L'acte juridictionnel attaqué tranche précisément la question. Vu la finalité de chacune des actions, leurs demandes respectives sont inconciliables au sens téléologique. Une action, soit le recours introduit, ne peut vouloir à la fois l'annulation d'une décision qui tranche justement la question qu'elle entend parallèlement soumettre pour décision. Le justiciable ne peut prétendre à une décision d'un contenu déterminé. Pendant l'instance, son droit d'accès à la juridiction s'épuise dans l'obtention d'une décision finale devenant définitive, et qui est élaborée dans le respect de la procédure prévue à cet effet³⁰.

A cela s'ajoute le fait que l'autorité supérieure ne se prononce pas forcément au fond lorsqu'elle déclare un recours irrecevable ou mal fondé. Ce n'est que si le recours est fondé et que, par conséquent, l'acte entrepris est annulé que l'autorité de recours doit, formellement, se prononcer sur la suite à donner au procès au fond. Dans la mesure où la voie de recours est réformatoire, l'autorité supérieure reprend elle-même le procès originaire pour le conduire à son terme. En cas de recours cassatoire, le procès au fond ne se poursuit qu'exceptionnellement devant l'autorité de recours. Il est en règle générale renvoyé à une autre autorité.

L'objet d'une action ne saurait être défini en fonction de l'aboutissement du procès qu'elle introduit. Nature, structure et fonctionnement de l'institution des voies de recours ne dépendent pas de l'issue du procès sur recours. Une voie de recours, par sa vocation fonctionnelle, est une voie d'annulation. Le recours ne renferme dès lors qu'un seul objet qui est la demande en annulation de l'acte juridictionnel entrepris. Dès lors, ce procès n'a, lui aussi, qu'un seul objet.

162. Ce qui trouble la compréhension est le fait que dans le cas du recours réformatoire, les décisions sur le fond du recours et sur celui du procès originaire sont formellement réunies dans le même acte juridictionnel et se trouvent même très souvent confondues. Cette coïncidence formelle est trompeuse. Elle n'est pas l'expression d'une simultanéité logique ni temporelle.

29 Ci-dessus no 104.

30 Ci-dessus no 22.

L'acte juridictionnel qui n'est pas confirmé à la suite du recours perd son autorité, ce qui justifie son élimination. Mais celle-ci s'impose également par un impératif d'ordre processuel à défaut duquel il continuera formellement à exister et à déployer ses effets ³¹. Pour éviter le conflit qui résulterait de cette situation, une nouvelle décision quant à l'affaire au fond suppose, nécessairement et au préalable, l'élimination de l'acte juridictionnel existant.

L'élimination de l'acte entrepris n'est au demeurant pas forcément entière. L'annulation partielle est possible. D'une part le recourant peut limiter son recours et limiter ainsi l'étendue de sa demande en annulation ³². D'autre part, l'annulation n'intervient que dans la mesure où l'acte ou certaines de ses parties se révèlent non conformes au droit. Il s'ensuit qu'une nouvelle décision au fond ne peut être élaborée que dans les limites de l'annulation opérée ³³.

163. Après avoir annulé l'acte attaqué, l'autorité de recours désigne l'autorité qui devra reconduire à terme le procès au fond. L'autorité de recours peut s'en charger elle-même; elle peut aussi renvoyer l'affaire à une autre autorité juridictionnelle. La procédure en instance d'appel confère à l'autorité de recours un large pouvoir de cognition et d'intervention ³⁴. En procédure d'appel, l'autorité de recours statuera donc en général elle-même quant au fond de l'affaire. Un renvoi n'est pas la règle. La décision sur recours et la nouvelle décision au fond se retrouveront dans un même acte juridictionnel. En procédure de cassation, le renvoi du procès originaire devant une nouvelle instance de juridiction est le principe ³⁵. Il est plutôt exceptionnel que l'autorité de recours statue elle-même quant à l'affaire au fond. L'acte juridictionnel qui annule la décision entreprise et qui renvoie la cause pour nouveau jugement peut à son tour être attaqué séparément par un recours. Ceci atteste également l'existence de deux procès distincts. La décision se rapportant au procès originaire ayant été annulée, le recours ne peut viser que la décision issue du procès sur recours.

Décision sur recours et de renvoi sont formellement réunies dans un acte juridictionnel unique. La décision de renvoi ne fait pas partie du procès sur recours, ni du procès au fond d'ailleurs. Se bornant à désigner l'autorité juridictionnelle qui héritera de l'affaire au fond pour la rejurer, la décision de renvoi concerne le procès originaire. Mais elle n'en tranche pas le contentieux. Il s'agit, en ce sens, d'une simple décision de procédure.

31 Ci-dessus nos 63,75ss,82,90,96ss.

32 Ci-dessus nos 114ss.

33 Ci-dessous no 173.

34 Ci-dessus no 142.

35 Ci-dessus no 144.

Chapitre 2. Le nouveau jugement au fond

Section 1. L'effet dévolutif

164. L'effet dévolutif, comme l'effet suspensif³⁶, est communément considéré comme étant un élément caractéristique des voies de recours. Une voie de recours, dans sa qualification, est dévulsive ou ne l'est pas. Deux éléments distinguent l'effet dévolutif.

165. Le terme évoque en première ligne un rapport hiérarchique. Le recours est dévolutif lorsque l'autorité juridictionnelle qui doit en connaître est supérieure à celle dont émane l'acte attaqué. En vertu de l'effet dévolutif, le recours a pour résultat de transmettre l'affaire déjà jugée par la juridiction inférieure, le *judex a quo*, à la juridiction supérieure, le *judex ad quem*. Dès lors que le recours et l'affaire sont instruits par l'autorité qui a rendu l'acte entrepris, le recours n'est pas dévolutif³⁷. Dans cette idée, les voies de recours ordinaires de l'appel et de la cassation, quel que soit au demeurant le système juridique, produisent typiquement un effet dévolutif³⁸.

166. L'élément hiérarchique est doublé d'un élément substantiel. Une certaine confusion régnait quant à savoir ce qui est exactement dévolu à l'autorité supérieure.

Selon la doctrine française, la voie de recours de l'appel transmet en principe à l'autorité supérieure tous les points de fait et de droit du procès déjà jugé par la juridiction inférieure. L'effet dévolutif joue dans la mesure où le juge inférieur, dans sa décision, a déjà statué une fois quant à l'objet du procès originaire. Il permet à l'autorité de recours d'examiner le fond de l'affaire une nouvelle fois, en deuxième degré de juridiction. Lorsque la juridiction d'appel ne se trouve pas en présence d'une décision sur le fond, elle peut, si certaines conditions sont réalisées, traiter de l'affaire en tant que première juridiction en vertu de son pouvoir d'évocation. Le mécanisme de l'évocation ne doit pas être confondu avec celui de l'effet dévolutif du recours. Statuant après évocation, la juridiction d'appel débordait la question qui fait l'objet du procès originaire. Elle

36 Cf-dessus no 127.

37 Hauser, *Kurzlehrbuch*, 268; Piquerez, *Précis*, no 2066; Schmid, N., no 960.

38 Pour le droit suisse: Piquerez, *L'interdiction*, 499; - , *Précis*, nos 2108, 2110 (appel), 2151 (cassation), 2406 (recours en nullité fédéral); Schmid, N., nos 1033 (appel), 1046 (cassation), 1097 (recours en nullité fédéral).
Pour le droit français: Boré, 657 (cassation); Bouzat/Pinatel, nos 1480 (appel), 1501, 1502 (cassation); Merte/Vitu, nos 710 (appel), 740 (cassation); Soyer, 645 (appel), - (cassation); Stefani/Levasseur, nos 758 (appel), contra (?) 776 (cassation).
Pour le droit allemand: Henkel, 424; *Karlsruher Kommentar*, Pfeiffer, *Einleitung*, no 136; *Karlsruher Kommentar*, Russ, vor § 296 no 2; Peters, *StRAFprozess*, 616.

se prononce sur un point qui n'en fait pas partie. L'évocation comporte donc une exception au principe du double degré de juridiction³⁹. L'effet dévolutif suppose que le juge du premier degré ait statué au fond par une décision régulière. Alors que l'évocation implique justement une annulation du jugement rendu, l'effet dévolutif remet en cause toute l'affaire devant l'autorité juridictionnelle de recours sans qu'il ne soit apparemment nécessaire pour celle-ci d'annuler le jugement dans l'affaire qui lui a été déférée⁴⁰.

L'effet dévolutif du recours en cassation est moins large. Il ne transmet pas à l'autorité juridictionnelle de recours l'ensemble des points de fait et de droit, mais seulement ces derniers⁴¹. Si l'appel permet à l'autorité de recours de juger ou de rejurer le procès qui s'est déroulé en instance inférieure, le recours en cassation lui permet d'en vérifier le résultat. En ce sens, l'autorité de cassation se borne à juger le jugement entrepris. Pour certains, l'ensemble du procès est transmis, mais ce sont les pouvoirs d'examen de l'autorité qui sont limités⁴². Certaines restrictions qui tiennent principalement à la qualité du recourant, voire aux termes du pourvoi, viennent également limiter l'effet dévolutif d'un recours, en appel comme en cassation. Ainsi la partie civile n'a-t-elle pas forcément qualité pour recourir dans une cause pénale et tout recourant est libre de limiter son recours et de n'attaquer que certains points ou certaines parties de la décision⁴³.

La doctrine allemande situe l'élément substantiel plutôt dans un transfert général du pouvoir de juridiction. L'autorité juridictionnelle inférieure n'étant plus saisie, il revient, de par l'effet dévolutif du recours, à l'autorité hiérarchiquement supérieure de juger. Dans l'esprit de la doctrine, ce pouvoir de juridiction se rapporte indubitablement à l'affaire au fond, au contentieux originaire⁴⁴. Il s'agit d'un transfert de la compétence pour juger l'affaire au fond. Certains auteurs proposent toutefois une construction plus nuancée. Pour les uns, l'autorité de recours examine l'affaire au fond dans le but de contrôler la décision qui lui a été déférée. L'autorité de recours dispose pour son contrôle d'un pouvoir de cognition différent en appel et en cassation⁴⁵. Néanmoins, l'autorité de recours ne rejuge à cet effet que l'affaire au fond, rendant une décision nouvelle dans le cadre du procès originaire. Pour d'autres, la juridiction supérieure est chargée de trancher le recours⁴⁶. Ces auteurs n'admettent cependant pas pour autant que le recours ordinaire ait un objet

39 Ci-dessus no 43 in fine.

40 CPP français 520; Meurisse, L'évocation et, 546; - , L'évocation en, 855.

41 Boré, no 657; Merle/Vitu, no 740.

42 Piquerez, Précis, no 2152.

43 Ci-dessus nos 114ss.

44 Henkel, 424; Kühne, no 627.

45 Karlsruher Kommentar, Pfeiffer, Einleitung, no 136; - , Russ, vor § 296 no 2; Kleinknecht/Meyer, vor § 296 no 2.

46 Löwe-Rosenberg, Gollwitzer, vor §296 no 19; Peters, Strafprozess, 616.

propre ⁴⁷. Il s'ensuit que l'autorité de recours est amenée à rejuger, selon le pouvoir de cognition qui lui est accordé, l'affaire au fond seulement.

En droit suisse, les idées relatives à l'effet dévolutif sont partagées. Elles manquent généralement aussi de précision. Si la doctrine retient de façon unanime la position hiérarchique des juridictions respectives en cause, elle semble, pour ce qui est du critère matériel, se rallier tantôt à la conception française ⁴⁸ tantôt à la conception allemande ⁴⁹.

167. Selon l'idée exposée, l'effet dévolutif est obligatoire et automatique. Il se produit inmanquablement à la suite de l'introduction d'un recours ordinaire, en appel ou en cassation, et provoque de manière directe ou détournée la dévolution utile du contentieux originaire à l'instance hiérarchiquement supérieure afin que celle-ci puisse en connaître, pleinement ou de façon limitée.

Cette conception de l'effet dévolutif est l'illustration même de l'appréhension matérielle des voies de recours ⁵⁰. Elle oblige à définir différemment l'effet dévolutif d'un recours selon qu'il s'agit de l'appel ou de la cassation. Cela conduit parfois à des définitions à peine dénaturées ⁵¹. Certains auteurs évitent d'ailleurs d'utiliser le terme "effet dévolutif" en relation avec le recours en cassation, se référant, pour décrire l'effet de la dévolution, plutôt à l'effet de saisie du pourvoi ⁵². L'appréhension matérielle des voies de recours se traduit alors, d'un point de vue processuel, par une confusion des effets introductif d'instance et dévolutif du recours.

168. L'approche fonctionnelle des voies de recours, qui conçoit, en matière procédurale, le procès sur recours comme une entité juridique tout à fait propre ⁵³, conduit à une perception de l'effet dévolutif quelque peu différente.

L'introduction d'un pourvoi crée un nouveau rapport juridique d'instance. Le pourvoi saisit l'autorité de recours d'un contentieux et d'un objet propre ⁵⁴. La demande situe le contentieux et soumet toute la matière utile dont l'autorité juridictionnelle a besoin pour statuer sur le contentieux qui lui est transmis. Les règles de procédure applicables en instance de recours restreignent, selon le type de recours, éventuellement son pouvoir de cognition. En fonction des moyens invoqués, elle peut être amenée à revoir le procès originaire afin de pouvoir trancher le recours. Toute la matière se trouve, précisons-le, devant elle par le seul effet de saisie inhérent à l'introduction d'un

47 Ci-dessus no 106.

48 Hauser, Kurzlehrbuch, 268; Piquerez, L'interdiction, 499; - . Précis, nos 2004,2066, 2118,2110,2152; Schmid, N., nos 960,1033,1064.

49 Schmid, N., no 1013,1097.

50 Ci-dessus nos 45ss.

51 Bouzat/Pinatel, no 1502.

52 Soyer, no 653; Stefani/Levasseur, no 776.

53 Ci-dessus no 108.

54 Ci-dessus no 126.

recours. Le simple fait que l'autorité de recours soit saisie de l'objet du recours la met en état d'examiner, si nécessaire, le contentieux au fond selon les pouvoirs de cognition qui lui sont propres. Point n'est besoin d'effet dévolutif particulier pour que l'autorité de recours puisse revoir l'objet du procès originaire.

L'effet dévolutif apparaît une fois que le procès sur recours est terminé, soit lorsque l'acte juridictionnel attaqué est annulé. L'objet du recours ne contient pas, parallèlement à la demande en annulation de l'acte entrepris, une demande de juger à nouveau l'affaire au fond⁵⁵. L'autorité de recours n'est pas, de par sa fonction, chargée de juger le contentieux originaire, mais de vider le recours. Ce dernier ayant été déclaré bien fondé, la décision finale du procès originaire est annulée. Le procès originaire se trouve donc réouvert et c'est alors seulement qu'intervient l'effet dévolutif par le biais duquel l'autorité de recours est mise en état de juger le contentieux originaire. L'effet dévolutif transfère à l'autorité de recours l'action originaire ainsi que le procès y afférent, du moins dans la mesure où il a été mis à néant par l'annulation de tout ou partie de l'acte juridictionnel attaqué, afin qu'elle puisse juger le contentieux au fond.

Ce n'est donc pas le dépôt du recours qui provoque automatiquement une dévolution du contentieux originaire en instance supérieure; la dévolution n'est pas obligatoire puisque, le recours une fois tranché, ce n'est pas nécessairement l'autorité supérieure qui juge l'affaire au fond.

169. Il reste à déterminer le moment auquel le contentieux au fond passe à l'autorité supérieure. Ce n'est pas lors du dépôt du recours, qui peut être déclaré irrecevable ou mal fondé. Par ailleurs, on a vu que l'autorité de recours ne peut se prononcer sur le fond de l'affaire que dans la mesure où elle a annulé l'acte attaqué. Si l'effet dévolutif était lié, dans le temps, au dépôt du recours, il en résulterait un écart entre l'objet dévolu et ce dont l'autorité supérieure aura effectivement à juger.

L'effet dévolutif se situe plutôt au moment où l'acte entrepris est annulé. Vu que la décision sur recours et celle qui statue sur l'objet du procès originaire coïncident formellement dans un même acte juridictionnel, on ne peut prendre en compte le moment de l'annulation formelle. L'effet dévolutif intervient au cours de l'opération intellectuelle du juge. Logiquement, l'annulation de l'acte juridictionnel attaqué précède la liquidation du contentieux au fond en deuxième instance. Il se produit donc entre ces deux opérations et assure le passage entre le procès sur recours achevé et la reprise du procès originaire.

170. Dans l'idée d'une approche fonctionnelle, il apparaît que l'appel produit régulièrement et généralement un effet dévolutif. La juridiction d'appel rejuge communément l'affaire au fond, remplaçant la décision annulée par le nouveau jugement au fond qu'elle prononce lorsque l'appel est bien fondé. Ce n'est que dans certains cas particuliers qu'elle renvoie, notamment lorsque, pour respecter le double degré de juridiction, elle ne statue pas par évocation.

Il apparaît en outre que le recours en cassation ne produit, en règle générale, pas d'effet dévolutif. Une voie de recours purement cassatoire se passe d'ailleurs d'un effet dévolutif. Sans pour autant adopter une approche fonctionnelle, quelques auteurs, isolés, sont de cet avis⁵⁶. Après avoir annulé le jugement entrepris, l'autorité de recours, en procédure de cassation, ne peut généralement pas statuer elle-même dans l'affaire au fond sauf lorsqu'elle est à même d'apporter elle-même la solution au contentieux originaire; dans ce cas seulement le recours en cassation produit un effet dévolutif.

Section 2. Quelques règles particulières

§ 1. Les considérants de l'autorité de recours lient l'instance de renvoi

171. En procédant par renvoi, l'autorité de recours décide de ne pas se saisir elle-même du procès au fond mais de le transmettre à une autre juridiction qui peut être celle-là même qui a émis l'acte annulé ou une troisième, généralement de rang égal. Doctrine et jurisprudence sont unanimes à affirmer qu'un renvoi de la cause au juge qui a rendu la décision annulée n'enfreint pas la garantie du juge impartial⁵⁷.

172. Alors même que l'acte attaqué est annulé dans son entier, l'autorité juridictionnelle de renvoi ne peut pas statuer librement, comme si l'objet originaire n'avait jamais été jugé. L'arrêt d'annulation délimite définitivement l'objet du procès à reprendre de manière à lier l'autorité de renvoi tant en ce qui concerne son dispositif que ses considérants.

Le dispositif de l'arrêt d'annulation est contraignant en raison de sa qualité de chose jugée, ce qui n'est pas le cas des considérants⁵⁸. Pour s'imposer au juge de renvoi, ceux-ci ont besoin d'une base légale explicite, qui existe en général dans le cas de la procédure cassatoire⁵⁹. Pour ce qui est des voies de recours réformatoires, on ne voit pas la juridiction de renvoi ne pas reprendre l'affaire dans le sens des considérants de l'arrêt et rendre une

56 Jackowski, 96,97; Waiblinger, Strafverfahren, 409,481.

57 ATF 116 Ia 28; ATF 114 Ia 58 et références citées.

58 Cf-dessus nos 24,26,67,84,115.

59 PPF 227ter al.2; BE 323 al.3, 335 al.5; GE 356 al.1; NE 253; contra: VD 445, 448 al.3.

nouvelle décision qui soit en contradiction avec eux ⁶⁰. La règle s'impose au demeurant sans que l'autorité de recours n'ait à préciser, dans le dispositif de son arrêt, que la cause est renvoyée pour nouvelle décision "au sens des considérants" ⁶¹.

173. Les considérants de l'arrêt d'annulation s'imposent doublement. D'une part, l'autorité juridictionnelle de renvoi est tenue de s'y conformer; d'autre part, ces considérants ne lient pas seulement l'instance de renvoi, mais aussi l'autorité de recours elle-même. Son pouvoir d'examen, en cas de recours contre la nouvelle décision au fond, se limite à vérifier si le nouveau jugement reste dans les limites fixées par les instructions du premier arrêt d'annulation ⁶².

L'autorité juridictionnelle à qui la cause est renvoyée n'est saisie que dans les limites de l'annulation et doit par conséquent limiter son examen aux points sur lesquels le premier jugement entrepris a été annulé. Elle ne peut revenir que sur les points remis en cause par l'arrêt d'annulation; les autres sont définitifs. Le juge de renvoi doit par exemple fonder son jugement sur les faits contenus dans l'arrêt d'annulation sans pouvoir contrôler si l'autorité de recours s'est correctement fondée sur les faits constatés dans l'acte attaqué ⁶³. Il n'est habilité à compléter l'état de fait, en rouvrant l'instruction, que si et dans la mesure où l'autorité de recours l'a ordonné expressément ou, du moins, implicitement. Il ne peut pas non plus porter son examen sur des faits qui n'ont pas été retenus dans le premier jugement, à moins que celui-ci n'ait précisément été annulé sur ce point.

174. Lorsqu'elle est en mesure de se prononcer sur le fond du procès originaire, l'autorité de recours peut s'ériger elle-même en autorité de renvoi. Les considérations qui l'ont amenée à annuler partiellement ou totalement l'acte attaqué sont alors, évidemment, également déterminantes pour le jugement qu'elle adopte au fond.

Investie d'un large pouvoir de cognition en procédure d'appel, notamment pour ce qui est de l'instruction et du contrôle des faits, la juridiction de recours est en principe en mesure d'instruire la cause au fond non seulement pour pouvoir statuer sur le recours, mais encore pour intervenir, après annulation de l'acte attaqué, aussi dans le procès originaire.

Les pouvoirs réformatoires effectifs de l'autorité de cassation, limitée dans sa cognition, sont naturellement moindres. Elle ne tranche le litige au fond que si l'état des faits de la cause lui permet de le faire. L'instruction en instance de cassation se limite aux faits de procédure ⁶⁴. La connaissance des faits de la cause en revanche s'acquiert à travers les constatations du premier

60 GR 146 al.2.

61 ATF 101 IV 251.

62 ATF 101 IV 105,106.

63 ATF 80 IV 140.

64 Ci-dessous nos 219ss.

juge uniquement. Dans cette procédure, l'autorité de recours parvient donc, au mieux, à corriger elle-même, par un nouvel acte juridictionnel qui remplace directement l'acte annulé, les vices dans l'application du droit de fond. Lorsque le moyen invoqué par le recourant affecte de près ou de loin la constatation des faits de la cause et que le recours est fondé, l'autorité supérieure n'est pas en mesure de réparer elle-même le vice et doit renvoyer l'affaire à une juridiction qui dispose du pouvoir d'instruction nécessaire pour redresser le défaut constaté.

§ 2. L'interdiction de la *reformatio in peius*

175. "L'appel du condamné ne peut jamais avoir pour effet d'aggraver sa position". Cette règle, avant tout connue sous sa formule latine, a ses origines dans un célèbre avis du Conseil d'Etat français du 12 novembre 1806⁶⁵. Ulpien, qui semble avoir été le premier à utiliser la formule *in peius reformare*⁶⁶, la comprit dans un sens différent; elle traduisait pour lui plutôt une détérioration qualitative du jugement⁶⁷. Au sens le plus général, l'adage *ne peiorare* interdit à l'autorité juridictionnelle chargée de rejurer l'affaire après annulation d'un premier jugement dans la cause au fond, de statuer de façon à aggraver la situation du recourant par rapport au jugement dont il a obtenu l'annulation.

Le procès pénal, par sa finalité, vise à connaître la vérité matérielle⁶⁸. La procédure en instance originaire est commandée par le principe d'autorité. En instance de recours, la recherche de la vérité matérielle se poursuit, mais dans les limites de la procédure applicable. Par le biais du recours s'y introduit, du moins dans une certaine mesure, l'application du principe dispositif⁶⁹. La règle de l'interdiction de la *reformatio in peius* vise à sauvegarder les intérêts des parties. Elle veut empêcher en particulier que le recourant ne soit entravé dans l'exercice de son droit de recours. En matière pénale, la règle n'agit cependant véritablement que lorsque le condamné seul recourt. Le ministère public, représentant des intérêts de la société, recourt, seul ou par un recours joint, lorsqu'il estime que la condamnation doit être aggravée. Un recours *a minima* du ministère public a donc pour effet de paralyser les effets de la règle *ne peiorare*.

La justification théorique et les conséquences pratiques de l'application de la règle *ne peiorare* font fi de toute cohérence que l'on prête aux règles qui régissent procès pénal et le fonctionnement des voies de recours.

65 Bouzat/Pinatel, no 1481; Merle/Vitu, no 713.

66 Ulpian, Dig. 49.1.1, pr.

67 Bernoulli, 10.

68 Ci-dessus nos 15,17.

69 Ci-dessus no 114.

L'interdiction de la *reformatio in peius* ne peut s'appuyer sur aucun fondement théorique solide. Ce qui n'a pas empêché l'idée de s'imposer aussi bien dans la loi que dans la pratique des tribunaux.

Diverses argumentations ont tenté d'expliquer la règle de l'interdiction de la *reformatio in peius* d'un point de vue dogmatique.

176. Certains auteurs la fondent sur l'interdiction du juge de statuer *ultra petita*⁷⁰. Le recours ne doit pas produire d'effet défavorable à celui qui l'exerce, ni d'effet favorable à qui a renoncé de le faire. Un jugement ne saurait être modifié que pour autant que le recourant trouve un intérêt à cette modification. L'autorité juridictionnelle ne peut donc que faire droit aux conclusions du recourant, en tout ou en partie, ou les rejeter pour confirmer le jugement entrepris. Elle ne peut pas aggraver le sort du recourant en adjugeant ce que celui-ci ne lui a pas demandé ou en accordant moins que ce qu'il a obtenu en instance originaire.

Le fondement adopté est fragile; l'explication ne vaut que lorsque le condamné, seul, fait recours. Une aggravation du jugement n'est à l'évidence pas dans ses intérêts. En aggravant le sort du recourant, les juges de recours ou de renvoi donneraient au ministère public une satisfaction qu'il n'a pas demandée. Ce dernier ayant renoncé à recourir, il y a lieu d'admettre que l'exercice du droit de répression de l'Etat et les intérêts de la société sont réalisés à satisfaction par le premier jugement. Le raisonnement en revanche ne tient pas à l'inverse. Un recours *a minima* du ministère public n'a que valeur indicative. Il n'empêche pas le juge statuant une nouvelle fois au fond de l'affaire de prononcer un jugement en faveur du condamné. Lorsque le ministère public recourt seul, le juge prononce sans doute "ultra petita" en accordant au prévenu un avantage qu'il ne demandait pas. L'application de la règle *ne peiorare* devient particulièrement complexe et délicate en cas de recours contre la nouvelle décision au fond.

De plus, les conclusions d'un recours sont de nature purement processuelle: le recourant demande l'annulation d'un acte juridictionnel. Mais il est animé par l'espoir de voir ensuite l'acte attaqué remplacé par une décision qui lui soit plus favorable⁷¹. Lorsqu'elle s'adresse aux tribunaux, une partie n'a toutefois pas de droit à obtenir une décision d'un contenu déterminé⁷². La réparation du vice constaté ne se traduit pas non plus toujours, matériellement, par une modification de la sanction dans un sens profitable au recourant.

70 Merle/Vitu, no 713; Piquerez, Précis, no 2082.

71 Ci-dessus no 44.

72 Ci-dessus no 22.

177. Le système juridique français comprend l'interdiction de la *reformatio in peius* comme une limitation apportée à l'effet dévolutif du recours ⁷³. La construction est inexacte. L'effet dévolutif n'est pas automatique ⁷⁴. Par lui, l'objet du procès originaire est transmis à une autorité de recours pour qu'elle le réexamine et le juge à nouveau. La règle *ne peiorare* ne limite ni la dévotion de l'affaire à l'instance de recours, ni le pouvoir de celle-ci d'en connaître. L'affaire se trouve devant elle dans son entier, voire dans les limites tracées par le recours et l'acte d'annulation. Plus exactement, la règle interdit à l'autorité de recours de tirer de son raisonnement et de prononcer, en conclusion, des conséquences défavorables à l'accusé. En d'autres termes, elle ne peut, lorsqu'elle statue au fond rendre un dispositif qui aggrave la situation du condamné.

178. La chose jugée a aussi servi d'explication au mécanisme de l'interdiction de la *reformatio in peius*. En droit français, le jugement bénéficie de l'autorité de la chose jugée dès son prononcé jusqu'à son annulation ⁷⁵. La réformation par voie d'appel se faisant directement, sans annulation préalable de l'acte attaqué, le jugement entrepris, qui existe toujours, conserve et dégage son autorité en instance d'appel, du moins tant qu'il n'a pas été réformé ⁷⁶. Il conserve en quelque sorte son autorité de chose jugée dont les effets empêcheraient une *reformatio in peius*. Ce raisonnement est boiteux. D'abord parce que les effets de l'autorité de chose jugée sont en principe empêchés en cas d'exercice du recours. En outre, l'explication est inopérante en matière de cassation. Par définition, le jugement cassé ne possède plus, du moins si son annulation est intégrale, l'autorité de la chose jugée. Le juge de renvoi, qu'aucune autorité de l'acte entrepris et annulé ne lie, pourrait empirer la situation du condamné. Or, la règle *ne peiorare* vaut également en matière de cassation ⁷⁷.

Le droit allemand fait lui aussi référence à l'autorité de la chose jugée. Une théorie, jurisprudentielle, soutient que l'interdiction de la *reformatio in peius* engendre l'autorité de la chose jugée ⁷⁸. En vertu de la règle *ne peiorare*, la sanction prononcée par le premier jugement bénéficierait d'une autorité de chose jugée limitée qui déploierait son effet négatif en faveur de l'accusé exclusivement. Cette théorie est critiquée par la doctrine ⁷⁹. La prohibition

73 Bouzat/Pinatel, no 1481; Huber, 89; Merle/Vitu, no 713; Piquerez, L'interdiction, 499; - , Précis, no 2080; Pradel, no 613.

74 Ci-dessus no 168.

75 Ci-dessus nos 67,90.

76 Ehrhard, 483,485.

77 Boré, no 1187; Bouzat/Pinatel; no 1501; Merle/Vitu, no 744; Pradel, no 632; Stefan/Levasseur, no 776 in fine.

78 GA 1970,84; Karlsruher Kommentar, Russ, § 331 no 1; Löwe-Rosenberg, Gollwitzer, § 331 no 3; Meyer-Gossner, 290; Peters, Strafprozess, 619.

79 Kleinknecht/Meyer, § 331 no 1; Löwe-Rosenberg, Gollwitzer, § 331 no 3; Schmidt, Eb., Nachtrag ad § 331 no 3.

qu'impose la règle légale *ne peiorare* est en effet de nature différente des effets de la qualité de chose jugée.

179. L'interdiction de la *reformatio in peius* n'est pas non plus l'un des grands principes d'un Etat de droit. La règle, en matière répressive notamment, n'est pas de rang constitutionnel, fédéral ou cantonal⁸⁰. Son importance pratique ne suffit pas à lui conférer un caractère fondamental. Elle n'est dès lors ni un principe, ni un dogme⁸¹.

180. La recherche d'un fondement dogmatique solide sur lequel appuyer l'interdiction de la *reformatio in peius* est essentiellement d'intérêt académique. A notre avis, l'autorité de la règle *ne peiorare* repose exclusivement sur la consécration de l'interdiction par la loi. L'interdiction doit donc être expresse. Il s'agit d'une pure disposition de clémence, une faveur du législateur envers le condamné⁸². Cela explique la nature exceptionnelle de la règle qui, pour le reste, est impossible à situer dans le fonctionnement logique du système judiciaire.

Son but est simplement de permettre au condamné d'exercer son droit de recours sans s'exposer au risque de voir aggraver son sort par un jugement plus sévère. En revanche, l'interdiction de la *reformatio in peius* ne confère pas au recourant un droit à obtenir une réduction de la mesure de la peine lorsque le recours est fondé, même en cas d'acquiescement partiel. Ce point est largement consacré par la doctrine et la jurisprudence⁸³. Il a donné lieu à l'élaboration d'une théorie particulière en France, dite de la peine justifiée. Largement appliquée par les tribunaux, elle est critiquée par la doctrine⁸⁴.

L'interdiction de la *reformatio in peius* doit être formulée expressément, dans une loi de procédure. Elle figure d'ailleurs dans la plupart des codes de procédure⁸⁵. Dans ce sens, elle s'impose à toutes les autorités juridictionnelles, aussi bien dans le cadre de l'appel que de la cassation. Plusieurs systèmes juridiques en revanche ne l'imposent pas à l'autorité de renvoi. Le Tribunal fédéral, quant à lui, impose, du moins dans une certaine mesure, le respect de l'interdiction de la *reformatio in peius* à l'autorité de renvoi cantonale⁸⁶.

80 Karlsruhe Kommentar, Russ, § 331 no 1; Kleinknecht/Meyer, §331 no 1; Meyer-Gossner, 291,292,297; Piquerez, L'interdiction, 501; SJ 1973, 401,402.

81 Contra: Piquerez, L'interdiction, 501; Murith, 227.

82 Dubach, Berufung, 198; Karlsruhe Kommentar, Russ, § 331 no 1; Kleinknecht/Meyer, §331 no 1; Löwe-Rosenberg, Gollwitzer, § 331 nos 4; Pfenninger, Strafprozess-reform, 373.

83 Piquerez, L'interdiction, 514 notes 80,81.

84 Audier, 562; Bouzat/Pinatel, no 1496; Pradel, no 627.

85 Hauser, Kurzlehrbuch, 274,275; Piquerez, L'interdiction, 511,514 notes 75,76; CPP français 515; CPP allemand §§ 331,358.

86 ATF 110 IV 117; ATF 70 IV 223.

181. L'interdiction d'une *reformatio in peius* peut être comprise de plusieurs manières⁸⁷. Pour l'essentiel, deux conceptions s'opposent en pratique⁸⁸. Selon la première, seule la condamnation plus sévère, à savoir l'aggravation de la sanction proprement ordonnée par le dispositif du jugement (peine, mesure, peine accessoire) est interdite. Une deuxième conception ajoute à cela l'interdiction d'une aggravation juridique, à savoir de la qualification des faits initialement retenue. Sur ce point, la loi est généralement peu explicite. Elle ne précise pour ainsi dire jamais ce qu'il faut entendre par aggravation de la situation du justiciable.

En France, doctrine et jurisprudence sont unanimes à admettre non seulement que le sens de la règle interdit l'aggravation de la peine, mais qu'il comprend aussi une prohibition de la qualification plus sévère des faits retenus à la charge du condamné. Cette interprétation n'écarte toutefois pas une aggravation réelle de la situation du condamné en tous les cas⁸⁹. En Suisse et en Allemagne, doctrine et jurisprudence sont moins arrêtées. Selon l'idée générale, la prohibition de la *reformatio in peius* vise simplement toute modification défavorable au condamné. Plusieurs auteurs vont même jusqu'à admettre une altération du dispositif du jugement dans sa qualification légale pour autant que cette modification ne commande pas une correction à la hausse de la sanction ordonnée par le premier juge⁹⁰. Une erreur dans la qualification, voire sur la nature juridique de l'infraction, peut en effet entraîner un déplacement des limites des pénalités applicables. Une modification dans la qualification des faits qui entraînerait une aggravation nécessaire de la sanction doit être reléguée dans les motifs. L'acte critiqué est en ce cas confirmé, voire annulé et remplacé par un acte dont la motivation est différente, mais dont le dispositif est formellement identique à celui de l'acte annulé. La question de savoir ce qui au juste constitue une modification de la condamnation au détriment du justiciable relève dès lors, en pratique, essentiellement du domaine de l'interprétation et de l'appréciation. Les idées sur ce point peuvent être très différentes⁹¹.

182. Cette règle peut conduire à des résultats qui, d'un point de vue théorique, sont tout à fait illogiques.

Ainsi, lorsqu'une autorité de cassation estime qu'une condamnation plus sévère se serait imposée, elle n'en doit pas moins développer une motivation qui enjoigne à l'autorité de renvoi de ne pas en tenir compte⁹². Ses considérants, voire son dispositif, pourrait ainsi être en contradiction avec le

87 Bernoulli, 2,3.

88 Hauser, Kurzlehrbuch, 274.

89 Merle/Vitu, no 713.

90 Bernoulli, 34,35; Piquerez, L'interdiction, 511 note 61; Schmid, N., no 987 note 41.

91 Bernoulli, 37-45; Hauser, Kurzlehrbuch, 274,275; Piquerez, Précis, nos 2086,2087; - , L'interdiction, 514-516; Schmid, N., nos 985-987.

92 ATF 70 IV 223,224.

résultat de son raisonnement juridique. Pour éviter cela, elle n'aurait d'autre choix que de rejeter un recours qui, pourtant, lui paraît fondé.

L'autorité de renvoi peut elle aussi, être confrontée à des incongruités de ce genre lorsqu'une qualification nouvelle et plus grave des faits de la cause lui imposerait une adaptation de la mesure de la peine, et qu'elle est, néanmoins, tenue, dans son appréciation, par la limite supérieure fixée par le dispositif d'un jugement qui, notons-le, a été annulé. La chose jugée va dans ce cas à un acte juridictionnel dont les motifs ne concordent pas avec le dispositif.

Titre sixième. Synthèse

183. En conclusion de la première partie de notre travail consacrée à l'étude dogmatique des voies de recours, nous pensons qu'une synthèse permettra de mettre en évidence les résultats de notre approche fonctionnelle de la théorie des voies de recours, avant d'aborder l'étude de la pratique des tribunaux.

Les éléments d'une procédure doivent s'analyser dans leur contexte. L'étude fonctionnelle des voies de recours se propose d'étudier la nature et le fonctionnement des recours d'un point de vue technique et par rapport à l'ensemble des mécanismes qui composent la procédure, en faisant appel à la méthode dite téléologique. La finalité des institutions devient par conséquent le critère de rattachement pour l'étude de leur construction et de leur fonctionnement ¹.

184. Nous nous sommes interrogé, en premier lieu, sur la définition de quelques notions essentielles à la compréhension du système judiciaire. A cette occasion, nous avons constaté que l'étude du droit judiciaire pouvait, voire, dans l'optique fonctionnelle, devait être dissociée de celle du droit de fond ²; cette approche, et c'est l'acquis principal de notre démarche, conduit en effet à une appréhension essentiellement processuelle et dynamique des institutions de la procédure. Cela signifie que la construction et le fonctionnement des voies de recours s'expliquent à l'aide de critères exclusivement processuels. Cette manière de voir se détache de la dimension matérielle dans laquelle se situe le procès au fond.

185. L'étude de la finalité du système judiciaire pénal nous a donné l'occasion de saisir plus précisément les concepts de l'objet ³ et du résultat ⁴ du procès pénal. L'acte juridictionnel, élément-clé du procès, est à la fois terme et résultat de l'instance engagée.

L'acte juridictionnel trouve son autorité dans la présomption de sa conformité au droit ⁵, le fondement de cette autorité étant un concept purement processuel. L'autorité d'un acte juridictionnel s'établit en premier lieu sur l'accomplissement et le respect des formes prévues pour le déroulement de la

1 Ci-dessus nos 3, 13.

2 Ci-dessus nos 4ss.

3 Ci-dessus nos 18ss.

4 Ci-dessus nos 27ss.

5 Ci-dessus nos 29ss.

procédure dont il est issu; sa présomption de validité et de régularité formelles, dès lors, suffit à asseoir son autorité.

186. Le recours, quant à lui, a précisément pour finalité l'anéantissement de cet acte ⁶. Nous avons qualifié le recours d'action formatrice processuelle ⁷. Selon cette définition, la nature juridique des recours ne diffère pas, selon qu'il s'agit d'un recours ordinaire ou extraordinaire, d'un recours réformatoire ou cassatoire. Il s'ensuit notamment que, dans l'optique de notre approche, les voies de recours de l'appel et de la cassation se confondent dans leur essence.

Le recours introduit un procès dont l'objet est purement processuel ⁸; par conséquent, le contentieux qu'il ouvre, l'est aussi. Par l'introduction de son action, le recourant demande l'anéantissement de l'acte juridictionnel qu'il critique. La question portée devant l'autorité de recours est celle de savoir si l'acte juridictionnel entrepris doit être annulé par le fait que sa présomption de conformité au droit, fondement de son autorité, est détruite à la suite de l'introduction du recours. Le recours bien fondé parvient à ébranler l'autorité de l'acte juridictionnel et à provoquer son élimination.

187. Tout comme le fondement de l'autorité de l'acte juridictionnel, le fondement du recours s'explique par une argumentation exclusivement processuelle ⁹. L'opération de la vérification juridictionnelle est essentielle au procès sur recours. Le rôle et la compétence de l'autorité de recours n'étant pas les mêmes en appel et en cassation, la vérification juridictionnelle ne s'opère pas de manière identique.

En instance d'appel, la vérification juridictionnelle consiste dans le fait de rejuger, en fait et en droit, la cause au fond. Théoriquement, l'autorité de recours accomplit pour cela les opérations d'un juge du fait et dispose d'un large pouvoir de cognition ¹⁰, étant habilitée à connaître, pour ce qui est de la cause au fond notamment, aussi bien des constatations de fait que de l'application du droit. L'idée d'un contrôle est, à ce stade, manifeste ¹¹. Elle le devient d'autant plus si le recourant limite son appel pour ne critiquer que certains points choisis. L'appel étant essentiellement réformatoire, le juge du recours dispose en sus, lorsque le recours aboutit, du pouvoir d'intervenir dans le procès originaire. Le juge d'appel est en effet également celui qui juge une nouvelle fois, dans la mesure où le jugement attaqué est annulé, l'affaire présentée en première instance. Cette particularité ne doit pas amener à confondre procès sur recours et procès originaire. La conception orthodoxe conçoit en effet la procédure en instance d'appel comme étant la continuation

6 Ci-dessus no 48.

7 Ci-dessus nos 51,54,55.

8 Ci-dessus nos 101ss.

9 Ci-dessus nos 134ss.

10 Ci-dessus no 142.

11 Hagen, Elemente, 115; Tröndle, 176; ZR 85 (1986) 120 no 47.

ou l'achèvement du procès engagé en instance inférieure. Nous avons démontré que, d'un point de vue dogmatique, cette construction est fautive ¹². Tout au plus pourrait-on soutenir qu'il y a répétition d'instance. L'aménagement plus ou moins généreux des pouvoirs de l'autorité de recours ne remet pas en cause le caractère propre et autonome des opérations de la vérification juridictionnelle. Du point de vue fonctionnel et procédural, le procès sur recours est un procès en soi.

En instance de cassation, la vérification juridictionnelle s'opère par un contrôle du raisonnement en droit. Cette procédure ne concède à l'autorité de recours qu'un pouvoir limité ¹³. Pour trancher le recours, le juge de cassation, qui statue sur pièces, ne peut connaître que de l'application du droit. Il ne peut revoir les faits qui sont à la base du jugement attaqué et doit s'en tenir aux constatations opérées par le premier juge. En outre, lorsque le pourvoi est admis, il ne peut statuer lui-même au fond que dans une mesure très limitée et doit, en principe, renvoyer la cause pour nouveau jugement au fond. Le juge de renvoi, à la différence du juge de cassation, peut se reposer sur les faits de la cause. En effet, un procès pénal ne saurait aboutir sans que le juge du fond n'instruise lui-même l'affaire conformément aux principes de l'oralité et de l'immédiateté.

Si la présomption de conformité au droit de l'acte n'est pas confirmée lors de la vérification juridictionnelle en instance de recours, l'autorité de l'acte est détruite, ce qui justifie l'annulation de cet acte.

188. Notre approche nous a enfin permis de comprendre différemment le fonctionnement de quelques institutions et mécanismes particuliers de la procédure et de mettre en évidence leur interdépendance. Ainsi, l'approche fonctionnelle nous a-t-elle conduit à distinguer soigneusement qualités et effets de l'acte juridictionnel ¹⁴ et à séparer, parmi ces derniers, ceux qui sont essentiellement processuels de ceux qui sont matériels. Cela nous a notamment amené à dégager l'existence d'un effet processuel particulier qui se rattache à l'acte juridictionnel dès son prononcé: l'effet obligatoire restreint ¹⁵. C'est en vertu de cet effet-là que l'autorité de recours ne peut examiner les éléments du premier jugement qui ne sont pas critiqués par le recourant. Du point de vue fonctionnel et processuel toujours, le rôle exact de l'effet suspensif ¹⁶, l'intervention de l'effet dévolutif ¹⁷, ou encore la fonction de la litispendance ¹⁸, trouvent une explication un peu différente mais parfaitement logique et cohérente au sein des éléments de la procédure judiciaire.

12 Ci-dessus nos 47,54,102.

13 Ci-dessus no 144.

14 Ci-dessus nos 56ss.

15 Ci-dessus nos 90ss.

16 Ci-dessus nos 127ss.

17 Ci-dessus nos 164ss.

18 Ci-dessus no 70.

Deuxième partie. Le fait et le droit en instance de recours ordinaire

Titre premier. Généralités

Chapitre premier. L'enjeu de la distinction

189. Nous sommes conscient d'aborder une matière qui a déjà fait couler beaucoup d'encre. Les auteurs soulignent généralement les difficultés qui existent à distinguer le fait du droit. La définition et le contenu peuvent varier selon le pays ou l'époque, selon la matière envisagée, la décision du juge ou la volonté du législateur¹. Les critères et les méthodes proposés pour établir la frontière entre le fait et le droit sont nombreux et divers. Certains estiment que la limite est aisée à tracer en théorie, tout en reconnaissant qu'en pratique elle l'est moins². D'autres, et ils sont nombreux, pensent qu'il n'est pas possible de départager le fait du droit³. La nécessité même de cette distinction est discutée. Sans utilité pour les uns, cette démarcation est essentielle pour les autres.

190. Essentielle à première vue, car il est admis que l'objet et l'étendue du pouvoir d'examen de la cour de cassation se déterminent en fonction de cette distinction⁴. Ce n'est pas là la seule raison, mais c'est la plus importante. La juridiction de cassation est chargée d'examiner l'application du droit, sans pouvoir revoir les faits auxquels il s'applique. Certains codes de procédure prescrivent de façon formelle que la cour de cassation est liée par les constatations du juge du fond⁵. Même en l'absence d'une telle disposition légale expresse, la doctrine admet de manière unanime et sans hésitation que, en principe, les constatations de fait sont exclues du pouvoir d'examen de la cour de cassation. Selon plusieurs auteurs, l'élément caractéristique de la

1 Legros, 830.

2 Engisch, *Studien*, 96,113; Kern/Roxin, 307; Legros, 844; Rigaux, 75,76 note 4; Scheuerle, 36,72.

3 Dohna, 188; Henkel, 374,375; Krause D., 6; Kuchinke, 120,222,223; Marty, 350; Sarstedt/Hann 256 note 655.

4 Dekkers, *Problèmes*, 342; Deschenaux, 8; Schmidt Eb., *Lehrkommentar* vol. II, 856 no 42; Gilliéron P.-R., 213; Henkel, 431; Rigaux, 75.

5 PPF 277 bis; FR 57 ch.2; NE 251 al.2; VD 447 al.2.

cassation réside précisément dans la classification dichotomique de la constatation des faits et de l'application du droit⁶. La nécessité de distinguer les faits du droit s'impose donc afin de pouvoir définir les parties d'un jugement qui peuvent faire l'objet d'un examen en instance de cassation et celles qui ne le peuvent pas.

Chapitre 2. Le raisonnement juridique et ses limites

191. L'application du droit aux faits s'opère par un syllogisme⁷. Le syllogisme juridique est formé de trois propositions: la majeure, la mineure et la conclusion. La majeure énonce la règle de droit qui se compose, à son tour, de deux éléments: les faits juridiques (Tatbestand) et le dispositif (Rechtsfolge)⁸. Les premiers déterminent l'hypothèse; lorsqu'elle est réalisée, la règle de droit s'applique. Le dispositif énonce les conséquences que la règle attache aux faits juridiques. La mineure est la confrontation des faits constatés aux conditions d'application de la règle. Elle affirme ou nie l'identité des faits concrets et des faits juridiques. La conclusion enfin est la conséquence juridique. Elle transporte sur les faits concrets la conséquence énoncée par le dispositif de la règle de droit.

192. Le juge doit en premier lieu dégager la règle de droit applicable, c'est-à-dire poser la majeure du syllogisme juridique. Il doit choisir, parmi les normes légales existantes, celle qui convient à la situation des faits concrets. L'intuition et l'expérience le conduisent à choisir directement une règle adaptée aux circonstances de la cause qui lui est soumise. C'est lorsque le juge choisit la règle adéquate que l'on pense judicieusement à l'adage "iura novit curia". Mais force est de noter que le juge opère ce choix en dehors du syllogisme. La sélection de la majeure précède le raisonnement juridique et échappe à la structure syllogistique⁹.

193. Pour certains auteurs, la mineure est formée par l'affirmation des faits de la cause seulement¹⁰. "La mineure est constituée par l'affirmation que les faits qui doivent en l'espèce être tenus pour constants, remplissent les conditions nécessaires à l'application de la règle qui forme la majeure"¹¹. Cette conception est trop étroite. La mineure du syllogisme s'étend à toute

6 Schmidt, Eb., Lehrkommentar vol. II, 856 no 42; Henkel, 431.

7 Deschenaux, 12; Du Pasquier, 126 no 141; Rigaux, 36.

8 Du Pasquier, 89 no 112.

9 Rigaux, 43.

10 Bayart, 432; Fariers, 265.

11 Marty, 12.

l'opération logique complexe par laquelle le juge, afin d'aboutir à une qualification juridique, compare les faits concrets aux faits juridiques énoncés dans la formulation abstraite de l'hypothèse de la norme légale¹².

La mineure comprend l'affirmation d'un ou plusieurs faits concrets et leur comparaison avec les faits juridiques de la norme. Le juge n'examine cependant pas l'ensemble des faits concrets. Il limite son examen aux faits relevant, ayant à l'esprit les faits juridiques de la règle de droit qu'il entend appliquer. Simultanément, il analyse les faits juridiques à la lumière des faits concrets, procédant ainsi à une abstraction des faits matériels en même temps qu'il interprète et concrétise les faits juridiques¹³. Son appréciation conduit à une constatation qui affirme ou qui nie l'identité entre les faits matériels et les faits juridiques. Il s'agit de la qualification juridique des faits (Subsumtion). "La qualification résulte de l'analyse du cas concret et de l'interprétation de la règle abstraite"¹⁴. Lorsque les faits matériels relevant et les faits juridiques se recouvrent, l'identité est établie, la qualification est juste.

194. Avant de tenir pour constant un fait matériel relevant, ce qui est la première opération dans le cadre de la mineure, le juge doit l'établir, le constater¹⁵. Le fait concret a sa propre existence. Le fait est "ce qui est arrivé, ce qui a eu lieu"¹⁶. Les faits matériels sont divers au point qu'il serait vain de vouloir les classer. Le juge ne peut naturellement pas opérer avec les faits eux-mêmes, il doit les conceptualiser. A cet effet, il les décrit en donnant une représentation abstraite. Le juge établit alors ce qu'on appelle l'état de fait d'une cause. On dit aussi qu'il procède à un jugement en fait ou de fait¹⁷. Selon la complexité de la situation, la description des faits sera concise ou développée. Généralement, le juge appréhende la réalité d'un cas par des intermédiaires car, sauf exception, il n'est pas un témoin direct des événements dont il a à connaître: la situation lui est rapportée par le récit d'autres personnes.

Il ne cherche toutefois pas à constater l'ensemble des faits matériels. Il est naturellement conduit à opérer un choix parmi les faits multiples qui composent la réalité, à en établir certains et à en écarter d'autres. Mais cette sélection n'est pas gratuite. Son choix est dicté par l'énoncé des faits juridiques dans la règle de droit qu'il se propose d'appliquer. La règle de droit, qui énonce les faits juridiques, se borne parfois à reprendre des notions empruntées au vocabulaire commun. "Du moment qu'un mot usuel est employé par la loi, la notion correspondante, quoique tirée de la vie courante, devient notion

12 Deschenaux, 13; Du Pasquier, 127 no 143; Rigaux 84; Schüpbach, 120.

13 Deschenaux, 35; Kuchinke, 101.

14 Schüpbach, 126.

15 Deschenaux, 14; Scheuerle, 28; ci-dessous no 210.

16 Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris 1988, 754.

17 Deschenaux, 22; Rigaux, 82.

légale" ¹⁸. Mais, le plus souvent, la règle utilise des concepts qui ont besoin d'être précisés ou interprétés avant que le juge puisse les appliquer.

195. Le juge est donc obligé d'analyser le sens de la norme et d'apprécier juridiquement les faits matériels qu'il a constatés afin de pouvoir décider s'ils correspondent bien aux faits juridiques énoncés par la norme ¹⁹. La description des faits matériels par le juge dans la mineure est parfois identique à l'énoncé des faits juridiques dans la majeure. On peut alors hésiter à dissocier les deux opérations, à savoir la constatation des faits matériels et leur qualification juridique. Néanmoins, il convient de les distinguer soigneusement, car même s'ils sont fondus dans des termes identiques, les faits matériels constatés par le juge ne se confondent pas avec les faits juridiques contenus dans la règle de droit ²⁰. En outre, l'on peut se demander dans quelle mesure toute description des faits matériels n'est pas en même temps déjà une appréciation ou une qualification de ces faits ²¹. C'est là une question de terminologie. L'expression "qualification matérielle", par opposition à la qualification juridique, est parfois utilisée pour désigner le jugement en fait ²². Par souci de clarté nous préférons réserver le concept "qualification" à la seule qualification juridique, résultat de l'appréciation juridique, cette dernière étant définie comme l'opération intellectuelle par laquelle le juge compare les faits réels aux faits de la norme ²³.

Le choix de la norme légale appelée à fonctionner comme majeure dans un raisonnement juridique est une opération qui appartient incontestablement au domaine du droit ²⁴. La sélection, parmi les faits matériels, de ceux qui doivent être constatés est clairement une question de fait. Sans que l'on parvienne à le situer avec exactitude, le passage du fait au droit s'opère lorsque le juge apprécie les faits matériels qu'il considère comme relevant pour les placer dans le champ d'application de la règle juridique ou, autrement dit, lorsqu'il compare les faits qu'il a constatés aux faits juridiques. "La décomposition du jugement en syllogisme est impropre à fixer la limite du droit et du fait. Elle a par contre le mérite de situer assez judicieusement le problème" ²⁵. Il est en revanche incontesté que la qualification juridique, tout comme l'application des conséquences légales qui découlent de la règle juridique, sont exclusivement des questions qui appartiennent au droit.

18 Deschenaux, 34; Foriers, 286,287; Marty, 206; Scheuerle, 39.

19 Deschenaux, 35; Rigaux, 87.

20 Rigaux, 90; Scheuerle, 46.

21 Foriers, 265,266.

22 Deschenaux, 22 note 2.

23 Rigaux, 87.

24 Deschenaux, 35; Rigaux, 88; Schüpbach, 120.

25 Kuchinka, 119; Scheuerle, 39; Schüpbach, 123.

Titre deuxième. L'établissement des faits en instance d'appel

Chapitre premier. Définition de l'appel

196. L'appel est traditionnellement compris comme la voie de recours qui permet un nouvel examen complet de l'affaire au fond par une juridiction supérieure. Il incarne la règle du double degré de juridiction, considérée comme une garantie essentielle des parties¹. Sous réserve de quelques particularités, la procédure suivie en instance d'appel est la même que celle qui l'a été devant le premier juge². A l'instar de celle-ci, celle-là se déroule selon les principes de l'oralité et de l'immédiateté qui sont commandés par la recherche de la vérité matérielle. Mais en réalité, la règle du double degré de juridiction a passablement été amputée. Elle pâtit d'imperfections importantes.

197. Rappelons en premier lieu qu'il n'y a pas de droit à un nouvel examen complet de l'affaire³. La répétition de l'ensemble de la procédure n'est pas garantie. A notre connaissance, il n'est pas de code de procédure qui concrétise pleinement la règle du double degré de juridiction. En instance d'appel, la procédure est simplifiée et comporte des allègements considérables, précisément par une limitation des principes de l'oralité et de l'immédiateté de la procédure.

Ainsi, déjà selon la loi, l'instruction en instance d'appel n'est généralement ni complète ni originaire. Les codes parlent le plus souvent d'un complément d'instruction qui ne s'opère que dans la mesure où la recherche de la vérité matérielle l'impose⁴. Il peut même occasionnellement dépendre d'une décision sur requête formelle⁵. En outre, les débats n'ont pas nécessairement lieu⁶. Le juge d'appel s'appuie essentiellement sur le dossier établi en première

1 Ci-dessus nos 42,44.

2 PPM 178, 181 al.3; BE 324; BL 152 al.1; BS 248 al.1; GE 245 al.1; GR 144 al.2; VS 191 al.1.

3 Ci-dessus no 43.

4 PPM 181 al.3; RPS 108 (1991), 447 no 17 b); BL 153; BS 249; VS 190.

5 BE 316; ZH 420,421.

6 GE 244; GR 144; PGK 1983, 119 no 31; ZH 420.

instance, et en particulier sur les faits constatés par le juge inférieur. Certains codes de procédure le lui permettent expressément⁷. Le juge ne refait donc pas l'instruction. Dans une certaine mesure, pourrait-on dire, la répétition de l'instruction de l'affaire va même à l'encontre de l'idée qui est à l'origine des principes de l'immédiateté et de l'oralité. Supposons que le premier juge ait fait preuve d'un soin et d'une diligence irréprochables lors de l'établissement des faits de la cause. Supposons en outre que le juge en instance d'appel opère avec un soin et une diligence identique. Une nouvelle administration des preuves ne permet pas à ce dernier de s'approcher davantage de la vérité matérielle, car il est notoire que la force des preuves pâlit avec l'écoulement du temps. Formulé de cette façon pointue, l'argument conduit à affirmer que l'appel est incompatible avec les principes de l'immédiateté et de l'oralité du procès pénal⁸.

La jurisprudence ne fait guère de référence explicite à la règle du double degré de juridiction et elle admet que les principes de l'immédiateté et de l'oralité soient, occasionnellement, restreints en procédure d'appel⁹. La pratique valaisanne nous sert d'illustration sur ce point. Affirmant dans un premier temps que la garantie de la double instance devait être pleinement assurée à l'accusé afin de sauvegarder au mieux son droit d'être entendu¹⁰, le Tribunal cantonal du Valais a modifié sa jurisprudence pour constater que le code de procédure ne garantissait pas pleinement la double instance. Il a notamment décidé qu'en appel, le code ne conférait pas à l'accusé les mêmes droits qu'en première instance. Seul un complément d'instruction restreint est prévu par la loi; le recourant ne peut donc exiger que l'instruction soit reprise "ab ovo"¹¹.

Chapitre 2. Les restrictions de la pratique

198. Si selon une définition stricte, l'appel provoque un nouvel examen complet, en fait et en droit, de l'affaire, il en va toutefois différemment en pratique. Les juges d'appel n'utilisent guère leur pouvoir de cognition le limitant eux-mêmes selon des besoins très pratiques, s'appuyant, pour justifier leur procédé, sur une interprétation propre et généralement variable du principe *tantum devolutum, quantum appellatum* d'une part, sur les dispositions légales

7 AG 222 al.2; VS 191 al.2; Rehberg, Rechtsmittel, 361,362.

8 Pfenninger, Strafprozessreform, 373; idem, Probleme, 300; Tröndle, 170.

9 RJB 119 (1983), 510.

10 RVJ 12 (1978), 99.

11 RVJ 15 (1981), 421; confirmé par RVJ 20 (1986), 160.

qui régissent l'autorité de la chose jugée d'autre part. Mais cette manière de faire ne se justifie pas sans quelque difficulté.

199. Il est exact que le recourant a la faculté de limiter son appel; elle lui est largement reconnue¹². Certains codes la mentionnent expressément¹³ et, en cas de silence de la loi, la pratique des tribunaux l'admet¹⁴. L'appelant indique dans sa déclaration d'appel quelles sont les parties du premier jugement, cas échéant les gravamina, qu'il entend attaquer. S'il y a doute sur l'étendue de l'appel, la loi présume parfois qu'il vise le jugement dans toutes les parties qui sont défavorables au recourant¹⁵. Plus souvent, un délai supplémentaire est accordé à ce dernier pour préciser la portée de sa déclaration d'appel. A défaut, l'instance d'appel se réserve le droit de ne pas entrer en matière ou d'interpréter la déclaration dans un sens restrictif¹⁶. Mais une déclaration d'appel qui se limite à certaines parties du jugement n'entraîne pas d'elle-même une limitation du pouvoir de cognition de la juridiction d'appel. Elle ne soustrait pas nécessairement les points qui ne font pas l'objet d'une contestation à la cognition du juge d'appel. Ici, deux conceptions s'affrontent en pratique: l'une pragmatique et souple, l'autre dogmatique et restrictive.

200. La première veut qu'une limitation contenue dans la déclaration d'appel ne restreint jamais le juge dans son pouvoir d'examen. En particulier, il n'est pas lié par les faits et les qualifications établis et retenus par le premier juge, que la déclaration d'appel du recourant les remette en cause ou non. Mais l'appel ne conduit pas pour autant systématiquement à un examen complet des constatations en fait et en droit du premier juge¹⁷. En effet, en pratique, les tribunaux d'appel estiment plus souvent qu'il n'y a pas lieu de réexaminer ce qui n'est pas allégué ou contesté. Dans la mesure où des éléments de fait ou de droit sont admis par les parties, en particulier par la partie appelante, il s'agit de dispenser le juge qui statue en deuxième instance de son devoir de les réexaminer¹⁸. Les faits qui ont été établis avec précision et de manière complète lors de la première instruction peuvent être tenus pour constants et, en l'absence de contestation, repris sans autre examen¹⁹. Rappelons toutefois qu'il s'agit là d'une pratique à laquelle le juge n'est pas tenu de se conformer.

Au sujet de la culpabilité notamment, la pratique des tribunaux n'est pas constante. Le juge d'appel revoit parfois la culpabilité d'office, c'est-à-dire

12 Ci-dessus nos 114ss.

13 PPM 174 al.1, 2ème phrase; BE 308 al.2; GR 142 al.1; VS 185 al.2.

14 ZR 52 (1953), 204.

15 BE 308 al.2.

16 Dubach, *Bemerkungen*, 162.

17 *contra*: RPS 101 (1984), 430 no 25.

18 ATF 82 IV 177; ATMC 10 no 22, 78 in medio; RVJ 6 (1972), 136; SJ 1990, 471 no 2.4; SJ 1966, 553; SJ 1952, 443.

19 RVJ 18 (1984), 153.

même si elle n'est pas mise en cause par le recourant²⁰. La jurisprudence du Tribunal supérieur de Zurich nous sert d'illustration sur ce point.

Selon une jurisprudence ancienne, la cognition du juge était limitée strictement à l'étendue de la déclaration d'appel. Le Tribunal d'appel zuricois se refusait par conséquent à examiner la culpabilité du recourant lorsque celui-ci ne critiquait que le prononcé de la sanction, principalement dans l'idée d'obtenir une réduction de la peine. Le tribunal déclara plus tard vouloir examiner d'office la culpabilité en cas de prescription ou d'irresponsabilité de l'auteur, invoquant l'enjeu exceptionnel de la question. Il élargit par la suite davantage sa pratique pour examiner finalement d'office la question. Sa jurisprudence fut confirmée à plusieurs reprises par le Tribunal de cassation qui jugea que la culpabilité et la fixation de la peine, au vu de l'article 63 du code pénal, formaient un tout²¹. Dans cette optique, un recours dirigé contre la quotité de la peine conduit nécessairement à une remise en question de la culpabilité. La pratique zuricoise s'est affinée par la suite. Il semblerait qu'actuellement, le Tribunal d'appel limite son examen uniquement dans la mesure où l'appelant a renoncé expressément à critiquer la culpabilité, voire la quotité de la peine²². Cependant, la jurisprudence publiée ne reflète que partiellement la pratique réelle. Le code de procédure, par exemple, n'exige pas que le recourant motive son appel. Le tribunal prend néanmoins soin d'enquêter régulièrement sur les motifs de l'appelant s'ils ne ressortent pas de sa déclaration. Si celui-ci ne vise qu'à obtenir une réduction de la peine, par exemple pour pouvoir bénéficier du sursis, le tribunal se dispense de revoir la question de la culpabilité.

Il est d'autre part certain que le recourant peut critiquer des constatations de fait en instance d'appel. Cela ne signifie pas pour autant que l'autorité de recours procède forcément à de nouveaux actes d'instruction. Dans la mesure du possible, le juge d'appel s'en tient aux éléments qui ressortent du dossier, notamment lorsque l'appelant ne demande pas expressément que l'instruction réalisée en première instance soit complétée²³. Un premier état de fait peu précis ou lacunaire oblige alors parfois le juge d'appel, lorsqu'il se refuse à instruire lui-même les faits, à passer par une rédaction des considérants plutôt recherchée et artificielle²⁴.

Ces observations nous conduisent à penser que ce n'est réellement qu'en dernier recours que les juges procèdent à une nouvelle administration des preuves en instance d'appel. C'est alors seulement qu'ils se conforment aux principes de l'immédiateté et de l'oralité, principes qui sont censés régir la

20 Ci-dessus nos 120ss.

21 ZR 52 (1953), 200 no 121; ZR 60 (1961), 43 no 28.

22 ZR 82 (1963), 158 no 59.

23 PKG 1976, 128 no 39.

24 PKG 1984, 102 no 35; PKG 1982, 76 no 28.

procédure d'instruction devant une juridiction dotée d'un plein pouvoir de cognition en fait et en droit.

201. Selon l'autre conception, la juridiction d'appel estime être liée par les faits et qualifications du premier juge dans la mesure où ils ne sont pas attaqués par l'appelant. Les termes de la déclaration d'appel arrêtent le pouvoir d'examen de l'instance d'appel. Le recourant peut alors, par une limitation de sa déclaration d'appel, contraindre l'instance de recours à n'examiner que les chefs d'accusation, parties ou points précis d'un jugement dont il fait expressément état. Il s'agit d'une application à la lettre de l'adage *tantum devolutum, quantum appellatum*²⁵. C'est notamment la pratique des juridictions d'appel des cantons des Grisons, du Valais et de Berne²⁶. Leur jurisprudence fait occasionnellement l'objet de sévères critiques²⁷.

Quelques arrêts valaisans plus récents semblent cependant indiquer un certain assouplissement de cette position. Le Tribunal cantonal a par exemple étendu son examen à des points qui ne faisaient pas l'objet de la déclaration d'appel, dans la mesure où ces points avaient précédemment été abordés par le juge inférieur²⁸. Ainsi, cette autorité s'est estimée en droit d'examiner la cause dans son entier alors que l'appel était restreint aux frais; dans un autre cas, elle réduisit la peine infligée en première instance quand bien même l'appel ne portait pas sur la quotité de la peine prononcée²⁹. Mais force est de reconnaître que la limitation de l'appel à certains points de la décision attaquée peut entraîner une controverse sur l'étendue de l'effet dévolutif et, par conséquent, sur les pouvoirs exacts de la juridiction supérieure³⁰.

La jurisprudence de la Cour suprême du canton de Berne semble évoluer dans un sens contraire. La déclaration d'appel du recourant définit strictement l'étendue du pouvoir d'examen de l'instance d'appel. Selon une ancienne jurisprudence, les parties principales d'un jugement seulement pouvaient faire l'objet isolé d'un appel. Le recourant pouvait alors porter en appel un chef d'accusation choisi, à savoir un cas de concours réel, la question de la culpabilité, la quotité de la peine, les conclusions civiles ou la fixation des frais. Par la suite, la Cour suprême admit que le recourant limite son appel à l'octroi du sursis exclusivement, voire aux règles de conduite pour l'octroi du sursis³¹. Lors d'un appel limité à la question de la quotité de la peine, les juges bernois refusèrent notamment de revoir les faits et leur qualification par l'administration de nouvelles preuves. Dans un cas, ils acceptèrent même

25 Toutefois ci-dessus no 116.

26 PKG 1980, 94 no 31; RVJ 7 (1973), 393; RJB 113 (1977), 287; RJB 92 (1956), 358.

27 G., remarque ad RVJ 7 (1973), 397; Padрут, 227; Stalder, 253; Waiblinger, Bemerkungen, 363.

28 RVJ 24 (1990), 198 c.9a); RVJ 7 (1973), 393,396.

29 RVJ 18 (1984), 153; RVJ 15 (1981), 423.

30 RVJ 21 (1987), 355.

31 RJB 92 (1956), 358; RJB 97 (1961), 311.

expressément le risque d'être tenus par une qualification juridique erronée du premier juge³². Toutefois, tant qu'un recourant n'a pas renoncé clairement à attaquer un point déterminé, il conserve, durant le délai de recours, la faculté d'étendre son appel au-delà des points soulevés dans sa déclaration d'appel initiale³³. Les juges d'appel bernois s'appuient, à l'instar de leurs collègues zuricois, avant tout sur les éléments du dossier. Ils ne procèdent à une instruction directe du cas que dans la mesure où celle-ci est véritablement indispensable pour éclaircir un état de fait qui est par trop imprécis sur un point important. Si, à la lumière d'une appréciation objective, les éléments au dossier n'exigent pas impérieusement un complément de preuves, les juges d'appel bernois y renoncent³⁴. A l'opposé, lorsqu'une nouvelle administration de preuves est inévitable, c'est-à-dire lorsque les preuves ne peuvent être administrées dans le cadre plus réduit d'un simple complément, ils se contentent de casser le jugement inférieur³⁵.

202. La pratique des tribunaux militaires d'appel sur ce point n'est pas arrêtée et manque de continuité³⁶. Tantôt l'autorité d'appel estime devoir examiner d'office une partie ou un point du jugement que le recourant n'a pas critiqué, par exemple la culpabilité ou l'octroi du sursis, tantôt elle estime ne pas pouvoir revenir sur ces questions, invoquant l'autorité de la chose jugée partielle. Le Tribunal militaire de cassation, pour sa part, a rappelé que le pouvoir de cognition des tribunaux militaires d'appel était plein, sous réserve de l'interdiction de la *reformatio in peius*³⁷. Le pouvoir d'examen s'étend dès lors aussi sur les parties ou les points d'un jugement du tribunal de division qui ne figurent pas dans la déclaration d'appel, mais la révision complète de l'affaire ne s'impose que lorsque les vices qui affectent le jugement entrepris sont flagrants. Cependant, plusieurs décisions récentes s'éloignent de cette position de principe. Le Tribunal militaire de cassation a ainsi reconnu l'autorité de la chose jugée partielle aux parties du jugement qui n'étaient pas attaquées. Il a notamment admis la limitation de l'appel, par déclaration initiale ou en cours de procédure, à la question de la quotité de la peine³⁸.

203. Il convient de relever que, d'office, l'instance d'appel s'impose une certaine retenue lorsqu'elle est appelée à contrôler l'activité des juridictions inférieures plutôt qu'à rejurer l'affaire. Elle entend respecter la marge d'appréciation dont jouit le juge inférieur dans son travail. L'instance d'appel ne saurait intervenir simplement pour substituer sa propre appréciation à celle du premier juge. Avant tout, les faits de l'affaire ne peuvent être revus et

32 RJB 113 (1977), 87.

33 RJB 111 (1975), 469.

34 RJB 119 (1983), 510.

35 RJB 93 (1957), 186.

36 Bollinger, 212-221.

37 PPM 182 al.2; ATMC 10 no 22, 78 in fine; ci-dessus nos 175ss.

38 ATMC 10 no 79 c.1.

corrigés que dans la mesure où ils sont réellement incomplets ou lacunaires. En pratique, le juge d'appel qui arrive simplement à une appréciation des faits différente de celle du juge précédent renonce à une nouvelle administration des preuves, d'autant plus qu'il est souvent peu probable qu'il aboutisse à des constatations plus précises. D'ordinaire, l'instance d'appel préfère s'en tenir aux éléments fournis par l'administration et l'appréciation des preuves du premier juge³⁹, et ce n'est qu'avec une grande réserve qu'elle revoit la quotité de la peine. La tâche de déterminer la sanction adéquate incombe en premier lieu au juge de première instance. Le juge d'appel se limite en principe uniquement à surveiller que celui-ci n'outrepasse pas son pouvoir d'appréciation. Cette retenue est d'autant plus justifiée qu'un nouvel examen des faits et une nouvelle qualification conduisent rarement à une modification de la peine⁴⁰.

204. La pratique des autorités d'appel en matière de révision des faits aboutit à l'occasion à une véritable jurisprudence de cassation. Certains tribunaux d'appel ne statuent quant au fond de la cause que si l'état du dossier ne les oblige pas à passer par une nouvelle administration des preuves⁴¹. Lorsque la réparation du vice ne paraît pas possible sans instruction, certains tribunaux d'appel prononcent la cassation(!) ou l'annulation du jugement, renvoyant la cause au premier juge pour nouveau jugement⁴².

Chapitre 3. Remarques

205. Les constatations exposées ci-dessus suscitent quelques remarques. Notons d'abord que c'est véritablement à contrecœur que les juges d'appel procèdent eux-mêmes à une instruction des faits. Indépendamment du problème, assez trivial, de la paresse naturelle de l'homme, il faut admettre que la mise en oeuvre des principes de l'immédiateté et de l'oralité est avant tout l'affaire du premier juge. Un fait qui n'a pas ou seulement mal été établi en première instance n'est guère susceptible d'être corrigé en appel, car le contrôle des faits ne s'effectue en général pas d'office. Cette réticence à se livrer à une administration des preuves directe empêche en réalité le tribunal d'appel de juger sur la base d'un ensemble cohérent de constatations propres. Il se peut au contraire qu'une instance d'appel, dont les connaissances du cas

39 Brühlmeier, ad § 222 al.2 no 2,3; BJM 1970, 99; RJB 119 (1983), 509.

40 RVJ 18 (1984), 173.

41 PKG 1988, 152 no 40; PKG 1976, 128 no 39.

42 BE 323 al.1; GR 146 al.2; PKG 1976, 134 no 43; RVJ 15 (1981), 421 c.2a) a contrario; RVJ 2 (1968), 348; RJB 119 (1983), 509; RJB 93 (1957), 186; ZR 78 (1979), 239 no 103; Schultz, Reform, 206 note 16.

reposent avant tout sur les éléments existants au dossier, modifie, cas échéant inconsciemment, l'état de fait du premier juge. A l'extrême, elle aboutit à une version des faits qui est carrément contraire à la réalité du cas d'espèce et prend ensuite cette version des faits comme base pour juger l'affaire au fond.

206. Notons ensuite qu'il est difficile de saisir à travers de la seule étude de la jurisprudence, pourquoi et dans quelle mesure les juges d'appel se considèrent comme étant liés par l'étendue d'une déclaration d'appel. Quelques fois, il est fait référence au principe *tantum devolutum quantum appellatum* pour expliquer cet effet obligatoire. En droit français notamment, ledit adage constitue l'une des limitations importantes du pouvoir de cognition de la juridiction d'appel. Le recourant peut limiter son appel. Mais ceci n'explique pas encore par quel effet et de quelle autorité le pouvoir de cognition de l'instance d'appel se trouve valablement restreint par la volonté de l'appelant. Le respect absolu de la volonté des parties au procès est un impératif qui a été abandonné au moment où l'on a reconnu au procès pénal un caractère particulier et parfaitement distinct du procès civil⁴³.

Pour d'autres, l'effet obligatoire de la déclaration d'appel s'explique par l'institution de l'appel joint⁴⁴. Leur raisonnement repose sur les dispositions qui concernent l'effet suspensif en instance de recours voire sur les dispositions légales qui traitent de la force exécutoire ou de l'autorité de la chose jugée d'une décision judiciaire.

Lorsque la loi parle de l'effet suspensif, elle vise généralement l'effet exécutoire d'une décision⁴⁵. Mais il convient d'observer, d'une part, que l'effet suspensif ne sert pas uniquement à empêcher l'exécution partielle ou totale d'un jugement porté en instance de recours⁴⁶ et, d'autre part, le fait qu'un jugement soit exécutoire, en partie ou en entier, pour certains bénéficiaires seulement ou pour tous, n'empêche pas encore le juge d'appel de revoir le jugement en question. Le caractère exécutoire d'un jugement n'a pas d'emprise sur son caractère définitif. Il y a lieu de séparer strictement l'effet obligatoire reconnu à un acte juridictionnel de l'exécution de ce dernier⁴⁷. Une restriction du pouvoir de cognition de l'instance d'appel ne peut donc s'expliquer par les dispositions légales concernant l'effet exécutoire.

Certaines lois prévoient expressément qu'un jugement dont il est fait appel ne peut acquérir autorité de chose jugée⁴⁸. Dans la mesure où une telle disposition n'est pas prévue, la question se pose de savoir si, en présence d'un appel qui ne critique que certains points du jugement, ceux qui ne sont pas

43 Ci-dessus nos 114ss.

44 ATMC 10 no 22, 78 in fine; ATMC 10 no 65, 217 in fine; ZR 52 (1953), 205 no 121; ci-dessus nos 113, 175.

45 PPM 173; GE 240 al.2; VS 189.

46 Ci-dessus nos 130, 131.

47 Ci-dessus nos 82, 90, 100.

48 BL 148; GR 142 al.3.

visés par la déclaration d'appel acquièrent automatiquement l'autorité de la chose jugée et deviennent par conséquent définitifs et obligatoires⁴⁹. Cela n'est évidemment pas le sens de la réglementation qui, en réalité, ne fait que reprendre une règle générale. Certes, ce qui a autorité de chose jugée est soustrait au pouvoir de cognition du juge. Cependant, à l'inverse, ce qui est soustrait au pouvoir d'examen du tribunal ne bénéficie pas nécessairement de l'autorité de la chose jugée, par exemple, les faits en cassation ou les parties d'un jugement investies de l'effet obligatoire restreint. C'est le propre du recours ordinaire que d'être dirigé contre une décision qui n'a pas encore autorité de chose jugée. L'effet suspensif du recours fait en sorte qu'elle ne l'acquiert pas une fois le délai de recours écoulé⁵⁰. Limité ou non à certains points ou à certaines parties de la décision, l'appel a pour effet de porter le jugement dans son ensemble en instance de recours. La dévolution de l'objet du pourvoi à l'autorité de recours est automatique et complète⁵¹. Le jugement attaqué est porté en entier devant l'autorité d'appel sans que tout ou partie de la décision n'acquiert autorité de chose jugée. Un effet obligatoire restreint se rattache toutefois aux parties qui ne sont pas critiquées par le recourant⁵².

Il ne peut, à notre sens, appartenir qu'au législateur de modifier cette réglementation. L'autorité d'appel n'est, selon nous, en droit de limiter son pouvoir de cognition en faisant valoir l'autorité de la chose jugée que si elle peut invoquer une disposition légale expresse en vertu de laquelle la qualité d'autorité de chose jugée (partielle) est conférée à la partie du jugement qui n'est pas mise en cause par l'appelant⁵³. Une disposition en ce sens met en quelque sorte en échec l'effet suspensif lié à l'introduction du recours⁵⁴. Rappelons toutefois qu'une telle disposition entraîne de sérieuses difficultés, aussi bien théoriques⁵⁵ que pratiques. Notamment, il faut que le point soulevé de façon séparée par le recourant puisse réellement faire l'objet d'un examen isolé. Pour pouvoir trancher le point qui lui a été soumis, le juge d'appel ne doit pas avoir à revenir aux parties du jugement qui ne sont pas mises en cause⁵⁶.

49 ATMC 10 no 22, 78 in fine; ZR 82 (1983), 158 no 59; contra Schmid N., 282 no 1034, 284 no 1039.
 50 Ci-dessus no 128.
 51 Ci-dessus no 168.
 52 Ci-dessus nos 90ss.
 53 AG 221; AGVE 1989, 87 no 29 c.bb); BE 324; RVJ 7 (1973), 394.
 54 Ci-dessus no 128.
 55 Ci-dessus no 94.
 56 ATF 115 Ia 107; ZR 52 (1953), 203 no 121; ci-dessus no 116.

Titre troisième. Le contrôle des faits en instance de cassation

Chapitre premier. La règle de base

207. L'autorité de cassation est liée par les constatations de fait du juge du fond. Cette règle, fondamentale, distingue par excellence le recours en cassation.

Au niveau fédéral, les limites du pouvoir de cognition de la Cour de cassation du Tribunal fédéral se déterminent à la lumière des art. 269 al.1, 273 al.1 et 277bis al.1 PPF. Le recourant peut se plaindre d'une violation du droit fédéral exclusivement. Il ne peut, en particulier, présenter de griefs contre des constatations de fait. C'est bien ce que dit expressément l'art. 277bis al.1 PPF, deuxième phrase: la Cour de cassation "est liée par les constatations de l'autorité cantonale". La Cour de cassation du Tribunal fédéral est liée aussi bien par les constatations de fait contenues dans la décision attaquée que par les constatations de fait des juridictions inférieures si elles sont reprises, au moins implicitement, dans la décision attaquée¹. Il en va de même pour le Tribunal militaire de cassation². Cela résulte de l'art. 189 PPM. Les cantons qui connaissent la cassation comme voie de recours principale ont adopté des règles similaires³.

Il est à ce sujet intéressant de noter que ni le code de procédure pénale français, ni le code de procédure allemand ne connaissent de règle qui lie expressément l'autorité de cassation aux constatations de fait du juge du fond. La doctrine et la jurisprudence, françaises⁴ et allemandes⁵, sont toutefois unanimes à souligner que le juge de cassation est lié par les constatations de fait du premier juge.

A première vue, cette réglementation séduit par sa simplicité et sa clarté. L'autorité de cassation est chargée de la *revisio in iure*, c'est-à-dire du

1 Corboz, 92.

2 ATMC 8 no 28.

3 FR 57 ch.2; Extraits 1948, 163,164; NE 251 al.2; VD 447 al.2.

4 Boré, nos 1368 b),1369; Bouzat/Pinatel, no 1492; Merle/Vitu no 736 note 2.

5 Schmid W., Revisionsrichter, 367-369.

contrôle de l'application du droit uniquement. La mise en oeuvre de la règle est déjà plus problématique. Il est nécessaire d'opérer une distinction entre les points de fait et les points de droit afin de pouvoir délimiter dans chaque cas d'espèce le pouvoir de cognition exact de l'autorité de cassation. Cette question entraîne des difficultés d'ordre théorique⁶, d'une part, et pratique, d'autre part, en raison de la tentation de considérer, pour des raisons d'opportunité, comme question de droit ce qui en réalité relève du fait⁷. En outre, on observe depuis quelque temps déjà que la jurisprudence des tribunaux de cassation ne se préoccupe plus exclusivement de l'application du droit. Force est de constater que les juges de cassation s'occupent de plus en plus de questions de fait.

208. Ce qui échappe à la cognition de l'autorité de cassation est la constatation des faits. En revanche, elle peut en revoir l'appréciation et la qualification juridique: il s'agit là de questions de droit. Une appréciation des faits différente de celle du juge du fond peut entraîner une modification de l'état de fait⁸. Mais l'autorité de cassation ne peut pas revoir le processus de constatation du fait⁹. La limite qui départage l'opération de la constatation d'un fait de celle de son appréciation n'est cependant pas évidente à tracer. Ce critère ne permet pas de définir le pouvoir d'examen de l'instance de cassation; il est impropre à séparer la question de fait de celle de droit¹⁰. De plus, il apparaît comme évident que tous les faits ne sont pas constatés quand bien même seraient-ils évoqués dans les considérants du jugement. La notion de "constatation de fait" doit donc être précisée¹¹.

Il y a constatation lorsque certains faits de la réalité ont été appréciés par le juge du fond et apparaissent dans les considérants de son jugement. Un recourant ne peut en effet pas invoquer de faits nouveaux en instance de cassation. Les faits sont établis puis appréciés par le juge du fond. Encore faut-il qu'ils soient pertinents: à défaut, le juge les écarte même s'ils sont établis. Ils ne peuvent dès lors être repris en cassation. Il arrive que des constatations de fait soient contradictoires; les faits auxquels le juge du fond a attaché des conséquences juridiques sont alors décisifs¹². Une supposition ne constitue pas une constatation de fait, pas plus que des constatations alternatives qui, souvent, ne sont que le cumul de plusieurs suppositions¹³. L'hypothèse, qui présente un caractère plus affirmé que la supposition, n'est pas non plus une constatation de fait. Dans cette optique, la question de savoir avec quel degré de probabilité un comportement commandé par les circonstances était de nature à empêcher un résultat de se produire, n'est pas une question de constatation

6 Ci-dessus nos 189,190; ci-dessous no 258.

7 Deschenaux, 38.

8 ATF 99 IV 74,75.

9 SJ 1965, 276.

10 Goitwald, 175; Rehberg, Anfechtungsgrund, 377.

11 Deschenaux, 23-25; Werra, 265,266.

12 ATF 76 IV 201,202.

13 ATF 78 IV 178 c.4; ATF 76 IV 191 c.3; ATF 63 I 56.

d'un fait¹⁴. L'instance de cassation n'est pas liée par les suppositions, les constatations alternatives ou les hypothèses du juge du fond.

La notion de fait ne connaît pas de définition uniforme en jurisprudence. Celle qu'en donne la Cour de cassation du Tribunal fédéral, par exemple, ne s'impose pas aux juridictions cantonales. La distinction que font ces dernières entre le fait et le droit relève de l'application du droit de procédure cantonal dont l'interprétation ne peut faire l'objet d'un pourvoi en nullité devant l'instance de cassation fédérale. Ainsi, une cour cantonale pourrait qualifier de fait ce que le Tribunal fédéral qualifie de droit, et ce alors même que la règle de procédure cantonale serait identique à la règle fédérale¹⁵. Il convient donc de se livrer à un examen critique de la notion du fait en matière de cassation.

Chapitre 2. Les faits de la cause

209. La notion de fait comprend plusieurs aspects. Il faut opérer une première distinction entre les faits matériels de la cause et les faits de procédure. Les faits de procédure sont les faits qui se produisent au cours du procès, par exemple les actes des parties, les opérations du tribunal. Selon le degré de juridiction devant lequel ils sont accomplis, ils se divisent en faits de la procédure au fond (acte d'accusation, ordonnance de renvoi, jugement de première instance etc.) et faits de la procédure de recours (dépôt du pourvoi, nouvelle administration des preuves, jugement sur recours etc.). Le présent chapitre a trait aux faits matériels. Les faits de procédure feront l'objet du chapitre suivant.

210. Les faits matériels ou faits de la cause sont ceux que, faute de mieux, l'on appelle les simples faits. Il s'agit de toutes les constatations et appréciations du juge au sujet des circonstances particulières et concrètes de l'affaire qu'il examine¹⁶. Les faits de la cause individualisent un événement en le situant dans le temps et dans l'espace ou par toute autre indication qui est propre à l'identifier par rapport à une multitude d'événements similaires. En décrivant l'événement pour l'individualiser, le juge établit les faits historiques, c'est-à-dire ceux qu'il est possible de percevoir objectivement et de prouver matériellement¹⁷. A travers l'appréciation et la qualification, le juge examine par la suite l'identité entre le fait historique et le fait juridique énoncé par la loi

14 Ci-dessous nos 213,227; contra ATF 103 IV 289.

15 ATF 99 IV 129; ATF 94 IV 145.

16 Ci-dessus no 194.

17 Rehberg, Anfechtungsgrund, 378; Rigaux 79,97; Kuchinke, 99,100,126.

qu'il entend appliquer. Les simples faits sont établis et constatés souverainement par le juge du fond et sa constatation lie l'autorité de cassation.

L'instance de cassation est-elle liée par la constatation ou l'absence de constatation d'un fait notoire¹⁸? Les faits notoires sont connus de chacun, leur existence ne fait pas de doute. *Notoria non eget probatione*. Point n'est besoin, pour les parties, d'alléguer, d'établir, de prouver ni, pour le juge, de constater un fait notoire: il existe. Un fait notoire s'impose dès lors d'office, autant pour le juge du fond qu'en instance de recours, et ce d'autant plus que, dans un procès pénal, il s'agit de rechercher la vérité matérielle. En revanche, lorsque le juge du fond reconnaît à tort la qualité de notoriété à un fait, sa constatation ne lie évidemment pas l'autorité de cassation¹⁹. La constatation indubitablement erronée d'un fait entraîne la cassation du jugement si l'erreur ne peut être corrigée par l'autorité de recours²⁰. Les faits qui parviennent officiellement à la connaissance de l'autorité de cassation (*amts-, gerichtskundige Tatsachen*) ne sauraient, pour cette seule raison, être considérés comme des faits notoires. Ils peuvent toutefois être exceptionnellement retenus, pour autant que les parties en soient informées et leur droit d'être entendu respecté.

Mais il n'y a pas que les simples faits. Tous les faits ne sont pas directement perceptibles et la constatation de certains faits ne peut se faire qu'à un deuxième degré. Il en va ainsi pour les faits établis sur la base d'indices, les faits internes et le lien de causalité.

211. Il arrive que le juge du fait établisse et constate certains faits de la cause à partir d'autres faits déjà établis. L'indice, seul ou plus souvent réuni en faisceau, constitue le point de départ d'un raisonnement par lequel, en s'appuyant sur l'expérience générale de la vie, le juge aboutit à la constatation d'un nouveau fait²¹. L'autorité de cassation est tenue par une telle constatation tant que le raisonnement du juge du fait est juste. Sinon, elle peut, à partir du faisceau d'indices en question, opérer ses propres déductions et aboutir à une nouvelle constatation de faits, dans la mesure où cette opération est possible sans nouvelle administration de preuves²².

212. La volonté d'une personne est un fait, interne (*innere Tatsache*), qui est constaté par le juge du fond. Les phénomènes psychiques échappent aux sens et ne sont pas, comme tels, susceptibles d'être constatés. On ne les découvre qu'à partir de plusieurs éléments conjugués. Le juge les déduit de gestes, de paroles, d'attitudes en les interprétant selon l'expérience générale de la vie²³. La loi fait

18 Gottwald, 213; Löwe-Rosenberg, Hanak, § 337 no 179; Marty, 361.

19 Contra Werra, 269 note 33.

20 Deschenaux, 32; RJN 7 II 4; ci-dessous no 216.

21 Guldener, Beweiswürdigung, 1, 10; RJN 5 II 80, 225; RJN 3 II 93.

22 Gottwald, 221; Kuchinke, 127; ci-dessous no 238.

23 Gilliéron, 213 note 497; Rehberg, Anfechtungsgrund, 381.

fréquemment état d'un élément constitutif qui relève de faits internes (intention, mobile, dessein etc.).

L'intention, à savoir la conscience et la volonté de l'auteur, est un fait interne par excellence, dont la constatation appartient au juge du fond et lie en principe l'autorité de cassation²⁴. Cependant, le Tribunal fédéral s'écarte de ce principe lorsque le premier juge a mal interprété cette notion de droit fédéral, accordant, il est vrai, une importance assez inégale à l'examen de cette question²⁵. En outre, il estime ne pas être lié par la constatation de l'intention lorsque le juge du fond a déduit l'intention de l'auteur à partir d'un indice isolé²⁶. Ainsi ne suffit-il pas pour admettre l'intention que l'auteur soit uniquement conscient du résultat que pourrait causer son acte. Le Tribunal fédéral exige que la probabilité du résultat apparaisse à l'auteur de façon si pressante que son acte ne puisse raisonnablement être interprété autrement que comme étant l'approbation du résultat²⁷. Enfin, le Tribunal fédéral estime ne pas être lié non plus lorsque le juge du fait a conclu à une certaine intention en raison de la nature des choses, sans véritablement se fonder sur des faits précis ou sur l'appréciation des preuves. Il se réserve le droit de revoir des constatations auxquelles le juge du fond est arrivé en utilisant essentiellement le critère de l'expérience générale de la vie²⁸.

213. De même, les constatations du juge du fond au sujet du lien de causalité ne sont pas toujours contraignantes. La question de savoir si, dans un cas concret, il existe un rapport de causalité naturelle est pour le Tribunal fédéral une question de fait²⁹. Sur ce point, la Cour de cassation est liée par les constatations du premier juge. Elle se réserve cependant le droit d'examiner la question lorsqu'on reproche à ce dernier d'avoir méconnu la notion même du rapport de causalité naturelle qui, elle, relève du droit³⁰. C'est d'ailleurs en raison de cette dernière affirmation que certains auteurs admettent que l'établissement du rapport de causalité naturelle est lui aussi une question de droit³¹, en particulier lorsque le juge se réfère à l'expérience générale de la vie. En revanche, le Tribunal fédéral a toujours considéré la relation de

24 ATF 114 IV 37 c.3c); ATF 110 IV 22 c.2 et la jurisprudence citée; ATF 104 IV 36 c.1 et la jurisprudence citée; ATMC 10 no 33 c.2, 93; JT 1972 III 94; RJN 1980-81, 116; RJN 7 II 70; RJN 5 II 80,233.

25 ATF 99 IV 58-62 fait état d'une analyse détaillée de l'interprétation donnée par l'autorité cantonale à la notion de conscience; ATF 100 IV 1 c.3c) ne contient que quelques considérations laconiques alors que le même élément appellerait du moins une discussion; Rehberg, Anfechtungsgrund, 381.

26 La Cour de cassation neuchâteloise également: RJN 5 II 81.

27 ATF 92 IV 67 c.4a).

28 ATF IV 74 c.2a); ci-dessous no 239.

29 ATF 115 IV 102; ATF 115 IV 243 c.3; ATF 110 IV 44 c.3; ATF 103 IV 291 c.1;

ATF 101 IV 152 c.2b) et la jurisprudence citée; ATMC 10 no 72, 240 c.4.

30 ATF 101 IV 152; ATMC 10 no 72, 240 c.4; ATMC 10 no 108, 363 c.4; ci-dessous no 227.

31 Wolffers, 216,218.

causalité adéquate comme une question relevant du droit qu'il examine librement sur la base des faits constatés par le juge du fond³².

Le lien de causalité entre par exemple en considération lorsque le juge doit statuer sur une mise en danger concrète. L'autorité de cassation a le pouvoir de contrôler l'interprétation et l'application correcte de la notion de danger³³. Mais le Tribunal fédéral va au-delà. Prenant pour base la description des événements établie par le juge du fait, la cour détermine elle-même et d'office la probabilité du danger ainsi que le bien juridique qui risque d'être mis en danger par le comportement de l'auteur³⁴. Le lien de causalité entre également en considération pour les actes commis par négligence dont l'incrimination est aggravée en raison de la gravité du résultat. Selon qu'il s'agit d'une négligence consciente ou inconsciente, le Tribunal fédéral considère par exemple l'élément de la prévisibilité du décès de la victime tantôt comme question de fait, tantôt comme question de droit³⁵. Mais la récente révision partielle du code pénal a réduit l'enjeu de cet aspect en supprimant dans une large mesure l'aggravation des peines en raison de la gravité d'un résultat que l'auteur n'aurait pas cherché à atteindre³⁶.

L'on constate que le Tribunal fédéral a, dans une certaine mesure, tendance à revoir des constatations de fait qui touchent au lien de causalité. Il en examine surtout les aspects qui se situent en dehors de l'établissement des faits proprement dits et qui ne dépendent pas directement de l'administration des preuves.

214. L'examen d'un recours ne peut se faire sans un examen du dossier qui peut conduire presque subrepticement l'autorité de cassation à statuer en fait. Mais comme la constatation des faits sort de son pouvoir, il serait logique qu'elle n'examine pas non plus l'administration et l'appréciation des preuves du premier juge. Cette idée repose cependant sur une conception purement formelle de la procédure d'administration des preuves. En réalité, par la connaissance qu'elle a des pièces du dossier, l'autorité de cassation procède, plus ou moins consciemment, à une nouvelle appréciation, certes indirecte, des preuves³⁷. C'est en particulier ce procédé qui lui permet de rectifier d'office une contrariété de pièces, de constater l'arbitraire dans la détermination d'un fait, voire de combler une lacune dans la constatation des faits. Si le contenu d'une pièce importante est généralement relaté dans l'exposé des faits, soit en entier, soit en partie, mais au moins par un renvoi, un examen direct permet à

32 ATF 115 IV 102 c.2b); ATF 115 IV 243 c.3; ATF 110 IV 44 c.3; ATF 103 IV 156 c.4; ATF 103 IV 291 c.1.

33 Cf-dessous no 225.

34 ATF 111 IV 55; Rehberg, *Anfechtungsgrund*, 387 et la jurisprudence citée.

35 ATF 110 IV 76 c.1b).

36 Révision partielle du 23.6.89, e.e.v. 1.1.90, FF 1985 II 1009; 1989 II 921; Stratenwerth, *Teilrevisionen*, 23 no 30, 25 nos 36,38.

37 Gottwald, 337; JT 1987 III 81.

l'autorité de cassation de se faire sa propre idée non seulement de la force du document mais également de son contenu. Par cette consultation directe des pièces, l'exposé des faits du premier juge se trouve souvent inconsciemment complété. Elles se transforment même en constatations proprement dites lorsque le juge de cassation les fait formellement entrer parmi les faits retenus dans la décision sur recours.

La production de pièces nouvelles en instance de cassation n'est en général pas admissible³⁸. Cela reviendrait en effet à prouver des faits qui jusqu'alors étaient inconnus. La loi ne l'interdit toutefois pas nécessairement et la jurisprudence vaudoise, par exemple, a connu des revirements remarquables³⁹. D'autre part, le dépôt de pièces est autorisé, voire nécessaire, lorsque le recours critique un vice de procédure, plus précisément la violation d'une règle essentielle de celle-ci. L'établissement des faits de procédure ne peut parfois se faire sans l'administration de certaines preuves⁴⁰. L'autorité de cassation qui admet une telle pièce ne peut bien entendu pas l'ignorer lorsque, cas échéant, elle statue ultérieurement sur le fond de l'affaire.

La règle fondamentale stipule que l'autorité de cassation est liée par les constatations de fait du juge du fond. Comme toute règle, celle-ci connaît aussi ses exceptions régulières. Il existe notamment certaines dispositions légales qui autorisent le juge de cassation à s'écarter, dans certaines conditions, de la constatation des faits du juge du fond. Nous les examinerons aux paragraphes suivants.

215. Quelques codes de procédure cantonaux connaissent le grief de la contradiction des faits avec le dossier⁴¹. C'était également le cas de la procédure pénale fédérale avant la modification de 1941⁴².

La nécessité d'un moyen de cassation particulier pour contradiction de pièces est discutée⁴³. Il s'agit d'une exception importante à la règle fondamentale qui veut que les constatations de fait soient exclues du pouvoir de l'autorité de cassation. Cet argument amène plusieurs auteurs à affirmer que le

38 RJN 4 II 159.

39 Cf-dessous no 218.

40 Cf-dessous no 220.

41 SG 190 al.2 ch.4; SZ 152 lit.b); TG 229 ch.4; ZH 430 ch.5.

42 PPF du 15.6.1934, art. 275 al.1 2ème phrase (RO(50)1934, 709,763): "Elle est liée par les constatations du fait de la juridiction cantonale à moins que celles-ci ne soient en contradiction avec le dossier"; ATF 62 I 61.
PPF du 15.6.1934, art. 275, modifié par l'arrêté fédéral modifiant à titre provisoire l'organisation judiciaire fédérale du 11.12.1941 (RO(57)1941, 1472, 1476; message du Conseil fédéral FF 1941, 777,784,791) qui devient l'actuel art.277bis PPF, introduit par l'art 168 ch.II de la LF d'organisation judiciaire du 16.12.1943, e.e.v. 1.1.1945 (RS 173,110): "Elle est liée par les constatations de l'autorité cantonale. Elle rectifie d'office les constatations reposant manifestement sur une inadvertance."

43 Gottwald, 201; Hauser, Nichtigkeitsbeschwerde, 117; Peters, Tatfragen, 81; Raymann, 40.

grief en question n'est recevable que lorsqu'il est expressément prévu par la loi⁴⁴. Mais, d'autre part, il pourrait également être assimilé à la violation d'une règle essentielle de procédure portant atteinte au droit d'être entendu. La constatation d'un fait contraire au dossier pourrait enfin résulter d'une mauvaise application du critère de l'expérience générale, d'une administration ou d'une appréciation arbitraires des preuves.

L'idée de ce moyen de cassation n'est pas forcément claire. En pratique, les recourants ont souvent cherché à en déduire un motif de cassation qui, par le biais de l'allégation d'une contradiction, devait leur permettre d'attaquer des constatations de fait. Mais tel n'est évidemment pas le sens de la disposition. Elle vise à empêcher que des constatations inexactes, qui sont en contradiction manifeste avec le dossier, déploient un effet obligatoire pour l'autorité de cassation. Par conséquent, cette notion doit être comprise restrictivement. Selon le Tribunal fédéral, "une constatation de fait est contraire aux pièces du dossier lorsqu'elle admet ou suppose l'existence d'un état de fait autre que celui qui ressort du dossier"⁴⁵, plus précisément "lorsqu'une constatation du jugement attaqué, importante pour l'appréciation juridique du litige est inconciliable avec telle pièce déterminée du dossier"⁴⁶. La jurisprudence zuricoise, par exemple, n'admet l'existence d'une contradiction que lorsque le juge retient un fait important sans qu'il soit établi au dossier, ou lorsque, sans s'expliquer, il ignore un fait important ou encore lorsqu'il interprète une pièce de manière manifestement erronée⁴⁷. Toute constatation d'un fait qui n'est pas en accord avec le dossier ne constitue donc pas encore une contradiction au sens indiqué. Seul le fait qui présente une importance décisive peut, lorsqu'il est en contradiction avec le dossier, ne pas lier le juge de cassation⁴⁸. Bien entendu, il ne peut y avoir contradiction que par rapport à une pièce qui avait déjà été versée au dossier en instance inférieure.

Il y a cependant lieu de ne pas confondre contradiction d'une constatation de fait avec les pièces du dossier et mauvaise appréciation des preuves. En particulier, cette dernière ne peut pas être considérée comme une forme de contradiction au sens large⁴⁹. Le juge du fait dispose toujours d'une marge d'appréciation considérable lorsqu'il retient ou écarte un fait. Sa décision se fonde sur un examen d'ensemble de tous les éléments probatoires. L'appréciation des preuves du premier juge échappe en principe à la cognition de l'autorité de cassation et le recourant ne peut, en invoquant la contrariété de

44 LÖwe-Rosenberg, Meyer, § 337 no V 3a; Eb. Schmidt § 337 no 34; Schwinge, 246; Aujourd'hui, le CPP allemand ne prévoit plus le moyen de cassation de la contradiction de pièces, Schmid W., Augenscheinbeweis, 912,913.

45 ATF 62 I 60.

46 ATF 63 II 40, circulaire du TF; Boller, 106,116.

47 ZR 72 (1973), 293 no 107; RSI 52 (1956), 167; ZR 26 (1927), 315 no 158.

48 ATMC 10 no 51; ZR 72 (1973), 293 no 107; ZR 26 (1927), 315 no 158; Decurtins, 38; Sträuli, 262.

49 ATF 62 I 62; ZR 90 (1991), 93 no 26; Raymann, 73.

pièces, contraindre cette dernière à procéder à un contrôle général de l'appréciation des preuves⁵⁰. En revanche, il va de soi qu'une appréciation arbitraire des preuves doit être sanctionnée.

216. Plusieurs codes de procédure connaissent une disposition selon laquelle l'autorité de cassation peut rectifier d'office les constatations de fait qui reposent manifestement sur une inadvertance⁵¹. Cela ne lui permet toutefois pas de substituer son appréciation des faits à celle du premier juge: il faut que celle-ci soit réellement fautive⁵². La jurisprudence relative à ce sujet ressemble beaucoup à celle qui traite du problème de la contradiction des faits avec le dossier⁵³. Le recourant peut en principe invoquer ce grief, sauf en droit fédéral, où il est proscrit par les art. 273 al.1 lit.b) et 277bis al.1 PPF: seul le Tribunal fédéral peut rectifier, souverainement et d'office, les inadvertances qu'il découvre⁵⁴. Cette solution a suscité certaines critiques⁵⁵. Le Tribunal fédéral pour sa part a opéré, très récemment, un changement de jurisprudence sur ce point. Il semble vouloir désormais admettre le grief, dans d'étroites limites, dans le cadre d'un pourvoi en nullité à la Cour de cassation⁵⁶.

217. Une constatation de fait peut toujours être attaquée pour arbitraire et l'arbitraire entraîne la cassation. Le juge bénéficie d'une grande liberté lorsqu'il établit et constate les faits. Par conséquent, une appréciation des faits critiquable n'est pas encore forcément arbitraire. Mais la constatation d'un fait est arbitraire lorsque le juge, abusant de sa liberté d'appréciation, considère comme non prouvé un fait établi de façon irréfutable ou, inversement, lorsqu'il admet comme prouvé un fait dénué de toute preuve. Il lui est en outre interdit de se contredire: il ne peut pas, sans faire preuve d'arbitraire, à la fois admettre comme véridique une pièce au dossier et constater un fait incompatible avec cette pièce⁵⁷. Le recourant se plaint généralement de la mauvaise détermination des faits en invoquant une mauvaise appréciation des preuves⁵⁸.

Le recourant peut invoquer la constatation arbitraire des faits devant le Tribunal fédéral mais seulement dans le cadre d'un recours de droit public⁵⁹. La constatation des faits et l'administration des preuves relèvent en effet du droit de procédure cantonal et l'interdiction d'arbitraire constitue une garantie constitutionnelle qui découle de l'art. 4 de la Constitution fédérale⁶⁰. Il est intéressant de noter que le ministère public, quant à lui, ne dispose pas du

50 ZR 55 (1956), 237 no 115; Werra, 279.

51 PPF 277 bis, 3ème phrase; NE 251 al.2; VD 447 al.2.

52 RJN 3 II 60.

53 RJN 7 II 3; RJN 4 II 159; RSJ 44 (1948), 248; Deschenaux, 31,32.

54 ATF 97 IV 179 c.d); ATF 86 IV 49 c.2b); ATF 76 IV 63 c.2, 133 c.1.

55 Hasler, 216; Hauscr, Nichtigkeitsbeschwerde, 118 note 22.

56 ATF 118 IV 89 c.2b).

57 Deschenaux, 32; Schüpbach, 176; Zbinden, 86.

58 Ci-dessous no 242.

59 ATF 101 Ia 306 c.5; ATF 96 I 443 c.2; ATF 93 I 7 c.3; ATF 67 I 32B.

60 PPF 269; OJ 84 al.1 lit.a); Cst.féd. 4; Aubert, 194 no 1717.

recours de droit public qui n'est ouvert qu'aux particuliers pour atteinte à leurs droits constitutionnels. Il convient également de rappeler à ce sujet que dans le cadre d'un recours de droit public, le Tribunal fédéral peut ordonner une procédure probatoire pour élucider les faits⁶¹. Ceci permettrait en principe à la Cour de droit public de statuer sur un dossier plus complet que ne pourrait le faire la Cour de cassation pénale⁶². Mais les constatations de fait de l'autorité cantonale ne sont examinées que sous l'angle de l'arbitraire, défini strictement. L'erreur du juge du fait doit être grave et manifeste, sa décision par conséquent insoutenable⁶³. La Cour de droit public s'en tient donc aux constatations de fait de l'autorité cantonale tant qu'elles ne sont pas évidemment fausses ou absolument contraires au dossier.

A l'inverse, en procédure pénale militaire, le grief de la constatation arbitraire des faits a toujours été un moyen de cassation reconnu par le Tribunal militaire de cassation. Sous l'ancienne loi, il assimilait ce grief à la violation de la loi⁶⁴. La nouvelle procédure pénale militaire a élargi le nombre des moyens de cassation, introduisant une disposition selon laquelle il y a lieu à cassation lorsque les faits essentiels retenus par le jugement sont en contradiction avec le résultat de la procédure probatoire. La loi donne là une définition légale de la constatation arbitraire des faits⁶⁵. Depuis cette modification, le Tribunal militaire de cassation se fonde sur cette disposition, mais sa jurisprudence, en réalité, demeure inchangée⁶⁶.

Dans les cantons, certains codes mentionnent expressément le grief de la constatation de fait arbitraire comme moyen de cassation, souvent en combinaison avec le moyen de l'appréciation arbitraire des preuves⁶⁷. Si le moyen est inconnu par un code de procédure cantonal, la jurisprudence admet généralement que l'arbitraire soit allégué par le biais de l'un des moyens de cassation prévus. On voit en effet mal qu'une jurisprudence cantonale soit plus restrictive que le Tribunal fédéral. La jurisprudence cantonale reprend dès lors la définition de l'arbitraire du Tribunal fédéral. Ainsi, le recourant peut alléguer une constatation arbitraire des faits en invoquant une fausse application de la loi⁶⁸ ou la violation de la loi pénale⁶⁹, la contradiction de pièces⁷⁰ ou la

61 OJ 95.

62 Boller, 104.

63 ATF 107 Ia 12 c. 2d); ATF 101 Ia 306 c.5.

64 OJPPM de 1889 188 ch.1; ATMC 9 no 30; Boller, 124.

65 PPM 185 al.1 lit.f); PPM du 23.3.1979 (RS 322.1), selon le message du Conseil fédéral, cette disposition comble une lacune, FF 1977 II 1, 105.

66 ATMC 10 nos 5, 33 c.2,50; ci-dessous no 242.

67 SO 190 al.1 lit.c); TG 229 ch.4; Hauser, *Nichtigkeitsbeschwerde*, 118; ci-dessous no 242.

68 NE 242 ch.1; RJN 7 II 4; RJN 5 II 112 c.1, 227 c.3.

69 GE 340 lit.a); SJ 108 (1986), 505.

70 ZH 430 ch.5, ancienne jurisprudence; RSI 28 (1931/32), 219 no 205; Boller, 140.

violation d'une règle essentielle de la procédure⁷¹. Mais force est de constater que les juridictions de cassation cantonales élargissent en réalité par une telle pratique les moyens de cassation initialement prévus par le législateur cantonal.

218. Le code de procédure pénale vaudois fait état d'un moyen de cassation particulier: les doutes sérieux sur l'existence des faits admis et importants pour le jugement de la cause⁷². C'est à notre connaissance le seul code à connaître ce moyen de cassation. Le législateur vaudois introduisit ce cas de nullité lorsqu'il modifia l'ancien code de procédure⁷³ et le moyen fut repris dans le code de procédure actuel⁷⁴. Il avait jugé nécessaire de prévoir un moyen de recours qui fût à la disposition du recourant lorsque certains éléments de fait faisaient naître des doutes sérieux, estimant qu'il ne suffisait pas que la Cour de cassation seule pût soulever ce moyen. On peut lire dans les travaux préparatoires que "ce système donnerait satisfaction partielle aux partisans de l'appel" dont l'introduction avait été rejetée lors de cette réforme⁷⁵. Le moyen introduit fut alors celui de l'existence de doutes sérieux quant aux faits admis et importants pour le jugement de la cause⁷⁶. Lors de la récente révision du code de procédure, le législateur modifia quelque peu la teneur de l'énoncé de ce moyen, n'exigeant plus, comme précédemment, que les doutes soient sérieux⁷⁷. Cette modification n'a cependant guère influencé la jurisprudence cantonale. La Cour de cassation vaudoise a tenu à rappeler que ce moyen de recours demeurerait tout à fait exceptionnel et qu'il ne devait pas permettre au recourant de discuter à nouveau, devant elle, les faits contestés⁷⁸. La cour exige par conséquent que le doute soit concret, qu'il ait une certaine consistance, en d'autres termes, qu'il soit raisonnable.

En outre, ce moyen de cassation a donné lieu à une large jurisprudence contradictoire, notamment parce qu'aucune règle formelle n'interdit la production de pièces en deuxième instance. Si dans un premier temps la Cour de cassation vaudoise refusa une telle faculté aux plaideurs⁷⁹, elle l'admit ensuite, par souci d'efficacité, estimant que son pouvoir d'examen ne devait pas être limité lorsqu'elle était appelée à se prononcer sur l'existence de doutes sérieux concernant des faits importants⁸⁰. Par crainte d'admettre en réalité une

-
- 71 BE 327 ch.5; Boller, 144, 148; BS 256 lit.b); Keller, 242; ZH 430 ch.4 nouvelle jurisprudence; ZR 90 (1991), 93 no 26 et les références citées; Decurtins, 37.
 72 VD 411 lit.i).
 73 VD CPP du 3.9.1940 (Recueil annuel de la législation vaudoise, volume 137 (1940), 178; volume 153 (1956), 453 art. 405.
 74 VD CPP du 12.9.1967 (Bulletin du Grand Conseil vaudois, septembre 1967, 1022) art. 411 lit.i).
 75 Bulletin du Grand Conseil vaudois, automne 1956, 515.
 76 VD 411 lit.i) ancien.
 77 VD 411 lit.i) nouveau, introduit par la loi du 12.12.1989, e.e.v. 1.7.1990 (Recueil annuel de la législation vaudoise 186 (1989), 505).
 78 JT 1991 III 45, 50 et la jurisprudence citée; JT 1991 III 105 c.3; JT 1991 III 126 c.3.
 79 Ci-dessus no 214.
 80 JT 1971 III 61; JT 1961 III 79; JT 1958 III 59.

révision déguisée, la Cour adopta dans un troisième temps une jurisprudence plus sévère, interdisant toute production de nouvelles pièces en instance de cassation, mais admettant néanmoins que des doutes sérieux soient provoqués par des éléments étrangers au dossier tels que des faits notoires, l'expérience des choses et de la vie ou des critiques formulées à l'encontre du raisonnement opéré par le juge du fond⁸¹. Mais la jurisprudence connut un nouveau revirement important. La Cour de cassation écarta cette fois l'argument de la révision cachée et invoqua le principe de la célérité du procès pénal pour justifier le besoin de juger directement en instance de recours le plus de causes possible. Dans les limites de la loi, les moyens de preuve invoqués par les parties devaient être examinés par la Cour de cassation qui justifia cette extension de son activité par le fait que, depuis l'introduction du code pénal suisse l'autorité de cassation cantonale n'était plus l'ultime recours. Elle affirma ainsi de façon marquante son pouvoir de compléter un état de fait du premier juge par des faits résultant du dossier ou de la production d'une nouvelle pièce en instance de cassation⁸². Mais, plus récemment encore, elle revint partiellement sur sa décision, jugeant la production d'une nouvelle pièce en instance de cassation recevable à l'appui d'un recours en nullité pour doutes sérieux sur l'existence de faits admis⁸³, mais irrecevable dans le cadre d'un recours en réforme pour fausse application de la loi⁸⁴. Pour l'instant, elle semble s'en tenir là⁸⁵. Cette évolution est symptomatique et illustre parfaitement la tendance qu'ont les juges de cassation à vouloir contester le pouvoir souverain du juge du fond en matière de fait.

Chapitre 3. Les faits de procédure

219. Les faits de procédure naissent pendant l'instance, de l'application des règles de procédure. Devant l'autorité de cassation, les faits de procédure se distinguent des faits matériels. En effet, celle-ci est maîtresse de sa propre procédure, tandis qu'elle est en principe liée par les faits matériels⁸⁶. D'autre part, elle est chargée de veiller à la bonne application des règles de procédure et, spécialement, des règles de la procédure au fond. Elle doit contrôler l'emploi qu'a fait le juge du fond de ses pouvoirs procéduraux. Ce contrôle est principalement l'affaire des juridictions de cassation cantonales, le Tribunal

81 JT 1971 III 62; JT 1969 III 77; JT 1962 III 83; JT 1959 III 123.

82 JT 1978 III 53.

83 VD 411 lit. b) ou i).

84 JT 1979 III 123.

85 JT 1983 III 91.

86 Boré, 760; Rigaux, 147.

fédéral ne pouvant revoir ni l'interprétation, ni l'application des règles de procédure cantonales⁸⁷. En revanche, la violation par la Cour pénale fédérale d'une règle de la procédure pénale fédérale peut être portée devant la Cour de cassation extraordinaire. C'est également le cas pour les jugements des Assises fédérales et de la Chambre criminelle⁸⁸. En pratique, le moyen de cassation pour violation des règles essentielles de la procédure est important⁸⁹. Selon le cas, la violation d'une règle de procédure constitue un moyen de cassation absolu ou relatif⁹⁰.

220. Lorsque l'autorité de cassation examine une prétendue violation d'une règle de procédure, elle établit et constate elle-même les faits de procédure pertinents. Certains codes précisent ses pouvoirs en la matière⁹¹. Cela signifie qu'en matière de faits de procédure, elle n'est pas liée par des constatations ou par l'administration de preuves du juge du fond⁹². Il se peut toutefois qu'un fait relève à la fois du fond et de la procédure. Par exemple, la date du jour de la commission de l'infraction est un fait déterminant en procédure pour le calcul de la prescription ou du délai pour le dépôt de la plainte mais constitue également un fait pertinent pour l'établissement des éléments constitutifs objectifs de l'infraction. L'autorité de cassation est bien entendu liée par la constatation d'un tel fait par le juge du fond. En principe toutefois, elle connaît librement des faits lorsque la violation d'une règle de procédure est alléguée.

221. Le juge pénal doit rechercher d'office tous les éléments qui lui sont nécessaires pour connaître la vérité matérielle. Dans cet esprit, les règles qui régissent l'administration des preuves sont des règles de procédure particulièrement importantes. Une mauvaise administration des preuves est en effet l'une des causes majeures d'erreurs judiciaires⁹³. Par un contrôle de l'administration des preuves, l'autorité de cassation revoit également, dans une certaine mesure, la constatation des faits de la cause. La Cour de cassation neuchâteloise, par exemple, s'est prononcée sur la répartition légale du fardeau de la preuve en procédure pénale⁹⁴. Elle a critiqué certaines démarches peu usuelles du juge du fait dans l'administration des preuves, sans pour autant aller jusqu'à dire si celui-ci avait bien ou mal apprécié les preuves et contre-preuves dans le cas d'espèce⁹⁵. Le Tribunal de cassation zuricois a cherché à contrôler

87 Cst. féd. 64bis al.2; CPS 365 al.2; PPF 273 al.1 lit.b).

88 PPF 220.

89 PPM 185 al.1 lit.a-c); BE 327 ch.1-6, 328 ch.1 et 2; FR 54 ch.1 lit.a); GE 340 lit.b)-e); NE 242 ch.2; VD 411.

90 Ci-dessus 152.

91 PPF 223; BE 331 confère même à l'autorité de cassation un pouvoir général d'administration des preuves; FR 57 ch.2; NE 247 al.4; VD 439 a contrario, 447; JT 1987 III 81; JT 1984 III 22,24; RJN 1985, 115 c.4a).

92 ZR 77 (1978), 16 c.II 2.

93 Ci-dessus no 35.

94 RJN 6 II 251.

95 RJN 1 II 28,84,174.

l'établissement des faits de la cause par une interprétation large du moyen de l'atteinte grave aux droits de la défense⁹⁶. A l'occasion, il arrive que l'autorité de cassation vérifie la conduite des investigations du juge du fait. Une administration des preuves trop déficiente ou lacunaire entraîne en général la cassation⁹⁷.

222. Si l'application correcte des règles de procédure est en principe contrôlée et garantie par les autorités de recours cantonales, le Tribunal fédéral, pour sa part, exerce un certain contrôle en matière d'administration des preuves. Il intervient ainsi dans les faits, et de deux manières: d'une part, par le biais du recours de droit public, en sa qualité de gardien du respect des principes généraux qui régissent l'administration des preuves, d'autre part, par le biais du pourvoi en nullité, lorsque le droit fédéral oblige le juge du fond à faire usage d'un moyen de preuve; le contrôle est alors plus strict.

223. Ainsi, par exemple, la Cour de droit public a examiné le rapport entre le principe de la liberté des preuves et le droit d'être entendu pour définir au plus près l'obligation du juge d'administrer une preuve requise. Le principe de la liberté des preuves permet au juge du fait de recourir à tout moyen de preuve qu'il estime propre à asseoir sa conviction. En raison de la présomption d'innocence, le fardeau de la preuve incombe à l'accusation. Cependant, la défense peut elle aussi proposer des moyens de preuve propres. De plus, le droit de l'inculpé de prouver son innocence par tous les moyens pertinents et adéquats est un droit fondamental de la défense⁹⁸. Le droit de fournir des preuves découle du droit d'être entendu qui résulte de l'art. 4 Cst. féd.⁹⁹ mais l'exercice de ce droit est réglé par la procédure cantonale¹⁰⁰. Cela signifie que l'autorité chargée d'établir les faits de la cause doit en principe administrer les preuves dont l'offre a été faite à temps et dans les formes prescrites¹⁰¹. L'obligation du juge d'administrer une preuve requise va certainement au-delà de son devoir général de réunir les preuves nécessaires, sans pour autant qu'il soit obligé de retenir toute proposition de preuve. Lorsqu'il est convaincu de la réalité ou de l'inexistence d'un fait par des preuves qui ont déjà été recueillies, il n'a pas à en ordonner de nouvelles¹⁰². Il peut aussi écarter d'avance des moyens de preuve qui concernent un fait non pertinent ou qui sont manifestement inaptes à prouver un fait contesté¹⁰³. L'appréciation anticipée

96 ZH 430 ch.4; Raymann, 32.

97 RPS 101 (1984), 431 no 27 c); RJB 101 (1965), 32; RJB 93 (1957), 186 même en instance d'appel(!).

98 ATF 96 I 620 c.2a).

99 ATF 112 Ia 109 c.2b) et la jurisprudence citée; ATF 101 Ia 170 c.1; ATF 101 Ia 296 c.d).

100 ATF 105 Ia 397.

101 ATF 106 Ia 162 c.b); Hauser, Kurzlehrbuch, 151; Schmid N., 75 no 270.

102 ATF 104 Ia 319; ATF 103 Ia 490; ATF 103 IV 301; ATF 97 I 219,220; Extraits 1990, 64.

103 ATF 106 Ia 162 c.b).

d'une preuve proposée n'est pas nécessairement une violation du droit d'être entendu¹⁰⁴. Et tant que le juge du fait n'abuse pas de son pouvoir d'appréciation, ses constatations lient l'autorité de cassation.

224. Bien que la procédure pénale soit en principe réglée par le droit cantonal, le droit fédéral contient certaines dispositions qui s'imposent en procédure cantonale afin d'assurer une application uniforme du droit pénal. Cette dernière suppose en effet "que les faits soient établis autant que possible d'après les mêmes principes"¹⁰⁵. Le droit fédéral prescrit par exemple dans certain cas l'établissement d'une expertise¹⁰⁶. Une telle prescription touche évidemment de près à l'administration des preuves et intervient directement dans le droit de procédure des cantons¹⁰⁷. Le juge du fond ne peut pas renoncer à l'examen d'un moyen de preuve qui lui est dicté par le droit fédéral. Il ne peut pas non plus apprécier de façon anticipée une telle preuve, même s'il est convaincu d'avance de son inutilité¹⁰⁸. Le non-respect de cette prescription de droit fédéral ouvre la voie du pourvoi en nullité et non du recours de droit public¹⁰⁹.

Plus spécialement, le Tribunal fédéral a examiné à plusieurs reprises la portée de l'art. 13 CPS. Selon cette disposition, le juge a le devoir d'ordonner l'examen de l'inculpé par un ou plusieurs experts s'il y a doute sur la responsabilité ou si une information sur l'état physique ou mental de l'inculpé est nécessaire pour décider d'une mesure de sûreté. Dans un premier temps, il adopta une attitude très restrictive. Pour ordonner une expertise médicale, les doutes quant à la responsabilité du délinquant devaient être si pressants qu'ils ne pouvaient absolument pas être écartés. Dans l'examen de cette question, il affirma être lié par les constatations de fait de l'autorité de jugement, estimant même devoir trancher la question en s'appuyant uniquement sur les faits retenus expressément par le juge du fond¹¹⁰. Selon la jurisprudence actuelle, l'expertise s'impose lorsque des doutes au sujet de la responsabilité du délinquant sont sérieux¹¹¹. Les faits qui permettent au juge de conclure à l'existence d'un doute n'ont pas besoin d'être parfaitement établis. La Cour de cassation a par exemple conclu à l'existence d'un doute sérieux à partir d'une simple pièce au dossier, in casu une déclaration écrite du médecin traitant adressée au mandataire de l'inculpé¹¹². Un juge qui ignore, ne se rend pas

-
- 104 ATF 115 Ia 11 c.3a); ATF 115 Ia 97 c.5b); ATF 103 Ia 491 c.5; ZR 90 (1991), 246 no 76.
- 105 ATF 84 IV 174 c.2; CPS 368 al.2; FF 1929 II 667, message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 10.9.1929.
- 106 CPS 13, 42 ch.1 al.2, 43 ch.1 al.3, 44 ch.1 al.2, 90, 100 al.2; OAC 138 (Ordonnance du 21.3.1970 sur les amendes d'ordre infligées aux usagers de la route, RS 741.03).
- 107 Trechsel, Kurzkomentar, 40 ad art. 13 no 1.
- 108 ATF 103 IV 301 c.1a).
- 109 ATF 103 Ia 55.
- 110 ATF 78 IV 211 c.2.
- 111 ATF 106 IV 242 c.a); ATF 102 IV 75 c.1b).
- 112 ATF 98 IV 158; Rehberg, Anfechtungsgrund, 359.

compte ou conteste à tort que l'une des conditions de l'art. 13 CPS est réalisée ou qui, tout en le reconnaissant, renonce à ordonner une expertise, commet une violation de l'art. 13 CPS qui peut faire l'objet d'un pourvoi en nullité¹¹³. Cependant, il arrive que la Cour de cassation déclare un tel pourvoi irrecevable, faute de préjudice pour le recourant¹¹⁴. Pour ce qui est de l'appréciation de la valeur probante de l'expertise, le juge du fond conserve en revanche toutes ses libertés. Sa décision ne peut être critiquée que par un recours au niveau cantonal et, devant le Tribunal fédéral, par un recours de droit public pour arbitraire¹¹⁵.

Chapitre 4. Les notions juridiques imprécises¹¹⁶

225. Les faits juridiques d'une disposition légale sont parfois rédigés en des termes vagues et mal définis. Le sens exact du vocabulaire utilisé par le législateur n'est généralement pas précisé dans la loi. Le code pénal compte une multitude d'expressions qu'il ne définit pas, laissant à la jurisprudence le soin de le faire par la voie de l'interprétation. "Le contenu des notions juridiques imprécises doit être déduit du sens et du but de la disposition, ainsi que de la place que celle-ci occupe dans la loi et dans le système juridique"¹¹⁷. Selon le Tribunal fédéral, l'interprétation d'une notion juridique imprécise n'est pas un acte d'appréciation, même si son application laisse au juge du fait une certaine latitude, notamment lorsqu'il doit se déterminer sur des circonstances particulières ou locales. En fait, le pouvoir d'appréciation implique un choix entre deux ou plusieurs solutions également justes, alors que pour l'application d'une notion juridique imprécise, une seule interprétation est correcte. Mais la limite entre latitude de jugement et pouvoir d'appréciation est souvent difficile à tracer¹¹⁸. L'interprétation de ces notions juridiques se fait à la lumière du principe *nulla poena sine lege* de l'art. 1^{er} CPS, ce qui n'interdit pas qu'elle soit extensive pour autant qu'elle permette de dégager le sens véritable de la norme. En revanche, le juge ne doit pas, par l'interprétation d'une notion légale indéterminée, aboutir à un nouvel état de fait punissable¹¹⁹. En pratique, le juge du fond dispose toutefois d'un pouvoir considérable lorsqu'il interprète et applique une telle notion juridique.

113 ATF 105 IV 161.

114 ATF 106 IV 241.

115 ATF 105 IV 161; ci-dessous no 242.

116 On trouve également les expressions de notions indéterminées, indéfinies ou non-définies.

117 ATF 96 I 373 c.4 et la jurisprudence citée.

118 ATF 96 I 373 c.4.

119 ATF 103 IV 129; ATF 95 IV 73 et la jurisprudence citée.

L'autorité de cassation a pour rôle de vérifier et, si nécessaire, de corriger l'interprétation et l'application des notions juridiques imprécises. Elle doit s'assurer que les termes légaux ou jurisprudentiels ont été bien compris et correctement appliqués à l'état de fait retenu. Elle est alors amenée largement à discuter des faits. Cette tâche présente une double difficulté. D'abord, un certain manque d'exactitude est inhérent aux mots et aux expressions qui, par définition, font appel à des concepts mal définis. Il n'est alors pas aisé d'imposer aux autorités de jugement inférieures une telle interprétation et une application uniforme d'une telle notion. L'autorité de cassation doit rechercher des critères qui sont à la fois suffisamment larges pour être applicables à un grand nombre de situations et suffisamment précis pour être contrôlés dans un cas d'espèce. Ces précisions sont d'autant plus essentielles que la notion est importante. Ensuite, les faits de la cause auxquels s'applique une notion juridique imprécise sont généralement complexes, par exemple la légitime défense. Même en adoptant des critères précis, il paraît difficile de diriger réellement le pouvoir d'appréciation dont dispose le juge du fond lorsqu'il applique une notion indéterminée aux faits d'un cas d'espèce. Le processus intellectuel par lequel le juge du fond apprécie les faits concrets, même à l'aide de critères strictement définis, demeure toujours en partie irrationnel. En cela, l'activité du juge du fait échappe au contrôle de l'autorité de cassation¹²⁰. Mais le contrôle de l'interprétation et de l'application des notions juridiques imprécises amène l'instance de cassation à intervenir à plus d'un titre dans les constatations de fait du juge du fond.

226. Certaines de ces notions sont essentiellement descriptives¹²¹. Il s'agit en général d'une description de qualités ou de comportements qui sont aisément visibles et perceptibles. A ce sujet, une expression usuelle, tirée du langage courant, devient bien une notion légale lorsqu'elle est intégrée dans le texte de la loi, mais le sens et la portée juridique de cette expression ont besoin d'être définis¹²². Ainsi le sens du verbe "gêner", utilisé à plusieurs reprises en matière de circulation routière, doit être défini afin d'être compris et appliqué de la même façon par toutes les autorités de jugement¹²³. Les mots "élève", "apprenti" ou "domestique", qui sont des mots du langage quotidien, se retrouvaient, récemment encore, aussi dans le code pénal¹²⁴. La jurisprudence a seulement défini le sens et la portée exacts de ces termes en droit¹²⁵.

120 Ci-dessous nos 245, 260 in fine.

121 Noll/Trechsel, 60; Rehberg, Anfechtungsgrund, 379; Stratenwerth, AT I, 148 § 9 no 53.

122 Ci-dessus no 194.

123 LCR 37 al.2, OCR 14 al.1: ATF 117 IV 507; ATF 114 IV 146; ATF 105 IV 341 c.3; LCR 35 al.2; ATF 104 IV 194 c.b); ATF 100 IV 81 c.3.

124 CPS 191 ch.1 al.2, 191 ch.2 al.5 anciens, remplacés par l'art 188 ch.1 CPS (LF du 26.6.92, RO 1992 II, p. 1670).

125 Trechsel, Kurzkomentar, art. 191 nos 9-12 par analogie.

A plusieurs reprises, par exemple, la loi pénale utilise l'expression "erreur évitable" ¹²⁶. En tant que notion juridique, les mots "erreur" et "évitable" ont besoin d'une précision, car d'importantes conséquences juridiques peuvent se rattacher au concept juridique de l'erreur. Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la question de savoir si l'auteur a agi sous le coup d'une erreur est une question de fait. En revanche, la question de savoir si cette erreur était évitable doit être considérée comme une question de droit ¹²⁷. La jurisprudence précise que l'erreur prévue à l'art. 187 ch.4 CPS (actes d'ordre sexuel avec des enfants) n'est pas différente de celle de l'art. 19 al.1 CPS (erreur sur les faits) ¹²⁸. Par conséquent, la question de savoir si dans un cas d'espèce l'erreur sur l'âge de la victime était évitable et si l'auteur avait usé de toutes les précautions pour l'éviter est considérée comme une question de droit sur laquelle le Tribunal fédéral est habilité à statuer ¹²⁹. La Cour de cassation a dès lors fixé plusieurs critères à l'aide desquels le juge du fond doit apprécier dans chaque cas si l'auteur d'un attentat à la pudeur des enfants pouvait ou non éviter l'erreur concernant l'âge de la victime. L'aspect de la victime, son apparence, les traits de son visage, sa grandeur, sa stature, son développement physique etc. ont une importance particulière ¹³⁰. L'auteur doit également se renseigner sur l'âge de la victime ¹³¹. En d'autres termes, la jurisprudence n'admet que difficilement le cas d'une erreur inévitable ¹³².

Deux observations s'imposent ici. D'une part, la Cour de cassation ne peut élaborer de tels critères que par l'étude de nombreux cas d'espèce dans lesquels elle examine attentivement les faits de la cause. Pour cela, le juge du fond doit présenter de manière détaillée tous les faits qu'il a retenus. Par exemple, en cas d'attentat à la pudeur des enfants, le juge doit faire état de toutes ses observations au sujet de l'âge réel et de celui que suggère l'apparence physique de la victime. A défaut de constatations précises du juge du fond, la Cour de cassation n'est pas en mesure ni d'établir des critères précis pour définir une notion indéterminée ni de vérifier la bonne application de cette notion dans un cas d'espèce ¹³³. D'autre part, force est de remarquer que les critères établis par la jurisprudence pour définir une notion juridique imprécise ne sont en réalité pas autre chose que des directives au juge du fond pour l'établissement des faits de la cause. Ces critères sont naturellement repris par les juridictions cantonales, aussi bien par le juge du fond ¹³⁴ que par les

126 CPS 19 al.2, 191 al.3 ancien.

127 ATMC 8 no 28; ATF 75 IV 152 c.3.

128 ATF 100 IV 232 c.1; Würzler, 208. Les références, concernant l'ancien art.191 ch.3 CPS (attentat à la pudeur des enfants), sont applicables par analogie. (Cf. aussi notes 124,147 in fine).

129 ATF 102 IV 277 c.2a); ATF 100 IV 232 c.1.

130 ATF 99 IV 91 c.2 et la jurisprudence citée.

131 ATF 100 IV 232 c.2.

132 Stratenwerth, BT II, 36; Würzler, 241.

133 ATF 99 IV 91; ci-dessous no 251.

134 PKG 1964, 47 no 19; Würzler, 225-241; Girardin, 206.

autorités de recours¹³⁵. Les juridictions cantonales ne sauraient adopter une interprétation propre, différente, voire plus large d'une notion indéfinie. Elles méconnaîtraient ainsi une notion de droit fédéral, ce qui serait un motif de cassation pour le Tribunal fédéral.

227. Par ailleurs, même si d'autres expressions du langage courant présentent une connotation déjà plus précise et plus abstraite, leur sens juridique exact a néanmoins besoin d'être défini. Les termes de "chose mobilière", "appartenant à autrui", par exemple, sont des expressions dont la signification en droit a été précisée par une jurisprudence abondante¹³⁶. Les notions de "causalité" ou de "causalité naturelle ou adéquate" sont des expressions familières pour le juriste¹³⁷. La jurisprudence en a défini le sens et la portée exacts. Selon le Tribunal fédéral, l'établissement du rapport de causalité naturelle est une question de fait. En revanche, la cour entre en matière lorsque le juge du fait semble avoir interprété et appliqué la notion de causalité naturelle de façon non conforme au droit fédéral. La juste interprétation de cette notion est une question de droit, la causalité étant exprimée dans le texte même de la loi¹³⁸. Il appartient donc au Tribunal fédéral de définir cette notion et d'en garantir la bonne application par les juridictions inférieures.

Il n'est pas facile de définir la causalité naturelle¹³⁹ et, en matière de délits de commission par omission, l'application de ce concept mal défini soulève des difficultés particulières¹⁴⁰. Selon les uns, le concept peut s'appliquer aisément aux délits d'omission; cela correspond même parfaitement à l'utilisation des mots dans le langage courant¹⁴¹. Selon d'autres, il ne peut y avoir de causalité naturelle dans un délit commis par omission; la notion s'appliquerait tout au plus par analogie¹⁴². Selon le Tribunal fédéral, la causalité naturelle implique "non seulement qu'il soit possible ou probable que le comportement de l'auteur soit la cause du résultat, mais qu'il le soit avec une vraisemblance confinante à la certitude"¹⁴³. On ne peut parler de causalité que si la non-intervention a directement provoqué le résultat¹⁴⁴. Le Tribunal fédéral

135 RSJ 63 (1967), 203; RJN 1980/81, 116 c.b).

136 CPS 137 ss; Trechsel, Kurzkomentar, remarques préliminaires art. 137 nos 2-4, art. 140 nos 2,3.

137 Cf-dessus no 213.

138 CPS 18 al.3; ATF 105 IV 20; ATF 103 IV 291 c.1; ATF 101 IV 152 c.2b); ATMC 10 no 72, 239 c.1.

139 Stratenwerth, AT I, 135 § 9 no 23-25.

140 Rappelons qu'on appelle "délit de commission par omission" l'infraction que commet celui qui n'adopte pas une attitude que la loi ou un devoir contractuel lui ordonnerait expressément d'adopter. Ainsi en va-t-il de l'omission de prêter secours, art. 128 CPS; Schultz, AT I, 117; Stratenwerth, AT I, 371 no 3.

141 Hafter, 76 no IV.

142 Schultz, AT I, 118; RJB 113 (1977), 534; RJB 112 (1976), 416.

143 ATF 101 IV 152 c.c).

144 ATF 108 IV 7,8; ATF 105 IV 19; ATF 102 IV 102.

définit et précise donc la notion de causalité naturelle. A cet effet, examinant les cas d'espèce, la Cour de cassation analyse et discute en détail les faits concrets constatés par le juge du fond. Si ces constatations sont insuffisantes ou déficientes, elle ne se contente pas de renvoyer la cause devant le juge inférieur afin qu'il statue à nouveau. Il lui arrive d'accompagner son renvoi de directives très précises au sujet des faits relevant qu'il doit établir et quant à la manière dont il a à les apprécier en l'espèce¹⁴⁵.

228. Certaines expressions imprécises enfin sont véritablement normatives¹⁴⁶. Elles sont nombreuses en droit pénal¹⁴⁷. Une expression normative est impossible à définir par l'analyse et par l'interprétation des mots seulement, car elle est toujours liée à un certain jugement de valeur. Le juge, qui dans un cas d'espèce applique un notion normative, apprécie et qualifie les faits de la cause en faisant appel à sa propre conception morale, à ses idées ou convictions personnelles. Il jouit à ce sujet d'un pouvoir d'appréciation considérable. Son jugement échappe en principe au contrôle de l'instance de recours qui ne peut intervenir qu'en cas d'abus de pouvoir. En revanche, comme pour les autres notions indéterminées, l'autorité de cassation cherche à établir des directives et des critères pour l'interprétation de la notion et pour l'établissement des faits relevant qui s'y rapportent. Si le juge du fond conserve toute sa liberté dans l'application de l'expression aux faits d'un cas concret, l'autorité de cassation peut vérifier, jusqu'à un certain point, si le juge du fond a interprété l'expression normative conformément aux critères fixés. Cette activité oblige notamment l'autorité de cassation à examiner avec attention les faits de la cause, intervenant ainsi dans l'activité souveraine du juge du fond. Elle risque de substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité de jugement.

Les termes "atteinte grave à l'intégrité corporelle" constituent un exemple d'une expression normative¹⁴⁸. La jurisprudence a fixé les éléments à l'aide desquels le juge doit examiner si l'atteinte à l'intégrité corporelle dans un cas d'espèce doit être qualifiée de grave ou non¹⁴⁹. Pour vérifier l'application de ces critères, l'autorité de cassation est fréquemment amenée à examiner en détail l'état de fait¹⁵⁰. En général, elle ne s'écarte pas de l'appréciation du juge

145 ATF 105 IV 20.

146 Boré, 766; Kuchinke, 139; Noll, *Strafrecht*, 62; Rehberg, *Anfechtungsgrund*, 380; Schultz, AT I, 55,87; Stratenwerth, AT I, 148.

147 Scrupules: 112,129 CPS; particulièrement dangereux: 137 ch.2 al.4, 139 ch.2 al.3 CPS; disproportion évidente, état de gêne, légèreté: 157 ch.1 al.1 CPS; état de détresse: 64, 193 al.1 CPS; cupidité, dessein de lucre 48 ch.1 al.2, 50 al.1, 106 al.2, 159 al.2, 197 ch.4, 313 CPS; honneur: 173ss CPS; injure: 177 CPS; obscène: 204 CPS ancien, remplacé par l'art. 197 CPS qui parle de pornographie (LF du 26.6.92, RO 1992 II, pp.1670,1673).

148 ATF 115 IV 20; cas grave: 122, 125 al.2, 139 ch.3, 184 ch.2, ch.3, 195 al.2 CPS, 19 ch.2 lit.a) LF sur les stupéfiants du 3.10.1951 (RS 812.121).

149 ATF 68 IV 85.

150 ATF 109 IV 18,19 c.2b)c); RSJ 45 (1949), 140 no 58.

inférieur¹⁵¹. Mais, à l'occasion, le Tribunal fédéral n'a par exemple pas hésité à apprécier lui-même librement les faits qu'il qualifiait de pertinents pour déterminer si une lésion devait être considérée comme "grave". Il lui est même arrivé de se substituer au juge du fond pour trancher sur la base des quelques pièces du dossier (rapport de l'hôpital, certificat médical) alors que le premier juge avait laissé ouverte la question¹⁵².

Le mot "obscénité" est une autre notion juridique imprécise à caractère normatif évident. Elle a disparu du Code pénal lors de la dernière révision¹⁵³, mais nous pensons que le traitement de cette notion est tout à fait illustratif pour notre propos. Le Tribunal fédéral avait tenté d'établir des critères qui permettent de la définir. Selon lui, "l'obscénité doit être considérée en tant que notion objective se rapportant à la moralité sexuelle d'un individu type déterminé, soit de l'homme de la rue"¹⁵⁴. Il statuait, en principe, uniquement sur la base des faits constatés souverainement par le juge du fond et se limitait à vérifier si le juge du fond avait respecté et appliqué correctement les critères établis pour l'interprétation de l'expression normative¹⁵⁵. Il est cependant intéressant d'observer que la Cour de cassation, lorsqu'elle revoyait l'interprétation et l'application de la notion d'obscénité dans un cas d'espèce, ne reprenait pas toujours les faits tels que le juge du fond les avait établis. Dans plusieurs arrêts, elle a elle-même établi certains faits constitutifs pour pouvoir se déterminer sur le caractère obscène d'une production littéraire ou cinématographique¹⁵⁶. En réalité, cette façon de faire réduit à néant toute la latitude du juge du fond.

229. Deux observations s'imposent à la fin de ce chapitre. Appliquer un concept juridique imprécis signifie toujours aussi l'interpréter. Le juge du fait qui interprète la loi pénale applique le droit. Cet aspect de son activité est parfaitement susceptible d'être contrôlé par l'autorité de cassation. Mais lors de l'application d'une telle notion à un cas d'espèce beaucoup d'éléments dépendent de l'établissement et de l'appréciation des faits. Or, nous l'avons vu, c'est l'autorité de cassation qui fixe dans une large mesure les critères pour l'établissement des faits pertinents nécessaires à l'interprétation de la notion.

151 ATF 115 IV 20.

152 ATF 101 IV 382; ATF 97 IV 9.

153 CPS 204 ancien (cf. note 147 in fine); ATF 109 IV 122, par analogie; ATF 103 IV 97, par analogie.

154 ("Encore qu'il y ait des rues plus chaudes que d'autres" - P.A.); ATF 117 IV 279 c.c); ATF 117 IV 460 et la jurisprudence citée; ATF 103 IV 97; ATF 96 IV 69.70 se réfère exceptionnellement à un amateur avisé des productions cinématographiques pornographiques, anticipant en quelque sorte l'infraction visée à l'art. 197 ch. 2 CPS; cf. aussi à ce sujet: ATF 117 IV 279-281; ATF 117 IV 455 c.c); ATF 117 IV 461.

155 ATF 117 IV 454 c.4b) in initio; ATF 117 IV 465 c.3; ATF 114 IV 24 c.3a); ATF 109 IV 122 c.1; ATF 100 IV 235,236.

156 ATF 117 IV 282 c.4b); ATF 117 IV 284 c.4c); ATF 97 IV 102; ATF 96 IV 71 c.4; ATF 87 IV 75 c.2, 78 c. 3, 82 c.5; ATF 86 IV 21 c.2.

Le Tribunal fédéral entend respecter le pouvoir de cognition du juge du fond tout en cherchant à assurer l'interprétation et l'application uniformes d'une notion imprécise parce que celle-ci est de droit fédéral. Il restreint donc son examen à la question de savoir si le juge du fond a interprété cette notion en appliquant les critères établis. Mais, en réalité, il limite considérablement le pouvoir d'appréciation de ce dernier. L'application d'une notion imprécise est fortement conditionnée par les faits concrets du cas d'espèce. Selon l'importance de l'expression en question, l'autorité de cassation exerce son contrôle de plus ou moins près et l'étend, si nécessaire, aux éléments de fait d'un cas d'espèce. D'une part, la Cour de cassation désigne à l'avance quels sont les faits relevant que le juge du fond doit établir s'il entend appliquer une de ces notions; d'autre part, elle n'hésite pas à revenir sur les constatations de fait du premier juge lorsqu'elles paraissent critiquables. A l'occasion, elle procède même de sa propre autorité à la constatation de faits relevant. Force est de reconnaître que l'autorité de cassation qui entend assurer l'interprétation et l'application uniformes d'une notion juridique imprécise a nécessairement besoin de connaître les faits auxquels est censée s'appliquer la notion. Les considérants de l'arrêt de cassation à ce propos étant qualifiés de droit, le juge du fond est bien obligé de s'y conformer lorsqu'il statue à nouveau après renvoi¹⁵⁷.

Chapitre 5. L'administration et l'appréciation des preuves

230. L'administration et l'appréciation des preuves conduit à la constatation des faits¹⁵⁸. L'état de fait constitue la base du raisonnement juridique et du jugement, notamment parce qu'il contient les éléments de la preuve de la culpabilité. L'administration des preuves se trouve ainsi être la pierre angulaire du procès pénal dont la procédure est dominée par le système de la libre admission des preuves et de leur libre appréciation¹⁵⁹. En dépit des grandes libertés que la procédure accorde au juge pénal, celui-ci ne peut agir de façon arbitraire.

Il est certain que l'autorité de cassation contrôle la procédure probatoire, parfois de manière indirecte. D'une part, elle intervient, nous l'avons vu, pour assurer le respect des règles formelles sur l'organisation des preuves. Cette tâche incombe aux autorités de recours cantonales, le Tribunal

157 PPF 277ter al.2.

158 Clerc, *Initiation*, 150 no 146; Schmid W, *Revisionsrichter*, 372,373; ci-dessus nos 194,208.

159 Gorrwald, 219; Hauser, *Rechtsprechung*, 255; Krause F.-W., 332; Peters, *Beweiswürdigung*, 370.

fédéral limitant en la matière son examen à l'arbitraire¹⁶⁰. D'autre part, l'autorité de cassation intervient pour vérifier le raisonnement par lequel le juge du fond a apprécié les preuves. A ce sujet, deux précisions sont nécessaires. Le raisonnement dont il est question ici n'est pas le raisonnement juridique dont le contrôle relève évidemment du droit, mais le cheminement ou le procédé intellectuel par lequel le juge du fond a constaté un fait de la cause. Deuxièmement, un contrôle du raisonnement du juge du fond n'est possible qu'à travers l'examen des motifs du jugement. En ce sens, tout contrôle par l'autorité de recours du travail d'un juge du fond peut être ramené à un contrôle des considérants, en fait et en droit, du jugement attaqué¹⁶¹. Il paraît cependant intéressant de développer quelque peu notre analyse pour démontrer à quel point, par le biais d'un contrôle du raisonnement en particulier, l'autorité de cassation intervient dans les constatations de fait.

Le juge du fond qui établit l'existence d'un fait doit, en dernier lieu, analyser et apprécier la valeur des moyens de preuve en présence. Deux systèmes d'appréciation de preuves se sont successivement développés au cours de l'histoire: le système des preuves légales et son opposé, le système de la libre appréciation des preuves, appelé aussi système de la preuve morale ou de l'intime conviction du juge.

231. Le système des preuves légales est né au Bas-Empire romain en raison de la concentration du pouvoir judiciaire aux mains de magistrats professionnels. Le système fut élaboré peu à peu, notamment à partir de l'époque mérovingienne (sixième - neuvième siècle), et atteint son apogée grâce à la science subtile et étroite des criminalistes des seizième et dix-septième siècles¹⁶². Le système, qui cherchait à contrecarrer les pouvoirs arbitraires du juge criminel, reposait essentiellement sur l'idée que des normes légales très précises en matière d'administration des preuves suffisent pour atteindre de manière infailible une certitude judiciaire objective.

Dans le système de la preuve légale, des règles strictes indiquaient par quelle preuve le juge devait étayer sa sentence pénale, chaque preuve étant soumise à des règles spéciales. Ainsi, la preuve testimoniale obéissait à des règles multiples concernant la qualité des témoins ou les conditions de validité de leurs dépositions (*testes inhabiles, testes suspecti, testes minus habiles*). On distinguait notamment les preuves semi-complètes des preuves complètes. Celles-ci entraînaient condamnation à une peine ordinaire, celle-là, insuffisantes pour entraîner une telle condamnation, permettaient d'ordonner l'application de la question ou de prononcer une peine réduite. Les preuves imparfaites, qui résultaient de simples soupçons, conduisaient à l'*absolutio ab instancia*, acquittement formel qui n'empêchait toutefois pas l'inquisiteur de rouvrir le

160 Ci-dessus nos 221-223.

161 Ci-dessous no 249.

162 Gilléron Ch., 197ss; Hèlie, vol. IV, no 1764ss; Hippel R., 22,33,43; Walter, 7-85.

procès selon son bon vouloir. Les prescriptions légales au sujet de la valeur des preuves étaient invariables et obligatoires pour le magistrat. Celui-ci était chargé de vérifier les éléments et les circonstances d'un fait et d'en déterminer la valeur probante par une application automatique des prescriptions. Il importait peu que le résultat de l'opération fût conforme ou non à la conviction personnelle du juge: lorsque les preuves déterminées d'avance par la loi étaient réunies, le magistrat devait prononcer la condamnation. Toute appréciation propre lui était interdite. Le juge était réduit à la fonction d'un simple vérificateur des prescriptions légales sur les preuves.

232. Le système de la preuve morale apparut à la Révolution française. L'Assemblée constituante de 1789 en délibéra longuement et le code d'instruction criminelle de 1808 adopta pleinement ce nouveau régime. Le système, qui prend pour seule base de jugement la conviction intime du juge, est d'abord une réaction radicale à celui des preuves légales. A l'origine, "l'intime conviction du juge" était encore un chose assez mal définie; la signification de cette notion ne s'est cristallisée qu'avec le temps et la pratique. Un demi-siècle plus tard, ce système s'est également imposé en Allemagne¹⁶³. Depuis plus de cent ans, la libre appréciation des preuves est l'un des grands principes incontestés de la procédure pénale¹⁶⁴.

Le régime de la preuve morale s'en tient à la notion subjective de la certitude humaine. Le juge doit s'inspirer du meilleur de lui-même, de son âme et de sa conscience, pour parvenir à la certitude qu'un fait, en particulier la culpabilité de l'accusé, est réellement établi avant de condamner. Cette certitude ne peut émaner que de la conscience du juge qui apprécie librement toutes les preuves sans hiérarchie entre elles. Dans cet esprit, la libre appréciation des preuves n'est autre chose que le corollaire du principe de l'intime conviction¹⁶⁵. Le juge n'est tenu par aucune preuve, ni par leur nombre, ni par leur genre, tous les éléments étant laissés à sa libre appréciation.

233. Le principe de la libre appréciation des preuves est expressément prévu par la procédure pénale fédérale¹⁶⁶ ainsi que dans de nombreux codes de procédure cantonaux¹⁶⁷. La portée pratique de ce principe est précisée par la jurisprudence. Selon le Tribunal fédéral, par exemple, il n'y a appréciation des

163 Hippel R., 44; Küper, 25,29ss; Krause F.-W., 324; Walter, 67-71.

164 Dans certaines législations, curieusement, quelques bribes du système des preuves légales ont survécu. L'ancien CPP nidwaldien du 31.1.1943 stipulait qu'une condamnation présuppose l'aveu ou la déclaration de deux témoins (CPP NW §§ 45 et 55). Cette règle ne pouvait trouver application pour juger une infraction de droit fédéral. Le CPP français, art. 433 et 537 al.3, attribue une force probante particulière à certains procès-verbaux.

165 Ci-dessus no 223; ci-dessous nos 244ss.

166 PPF 169 al.3, 249; PPM 146 al.1.

167 BE 254; FR 39 ch.1; NE 224; VD 365 al.2; ZH 284.

preuves libre et indépendante de toute limite légale que lorsque la force probante des moyens de preuve invoqués a été examinée concrètement ¹⁶⁸. Cette règle n'empêche toutefois pas le droit cantonal d'apporter des restrictions pour des raisons qui sont étrangères à l'appréciation des preuves. Il peut ne pas admettre certains modes de preuve ou les soumettre à certaines conditions afin de sauvegarder par exemple un intérêt public ou privé digne de protection ¹⁶⁹.

234. La liberté du juge n'est cependant pas absolue. Il ne saurait notamment faire usage d'un moyen incompatible avec les principes fondamentaux du droit. Ainsi, l'administration des preuves doit se faire conformément aux règles de la bonne foi, ne doit porter atteinte à la dignité humaine ou à la liberté personnelle que si cela est expressément autorisé par la loi ¹⁷⁰. Le juge doit respecter la légalité dans la recherche et la production de preuves et ne peut retenir un fait dont la connaissance a été acquise en violation de la loi qu'avec la plus grande prudence ¹⁷¹. La garantie du droit d'être entendu l'oblige à appuyer sa conviction sur des éléments établis au cours des débats exclusivement. Il est évident qu'il se trouve confronté à des difficultés pratiques considérables lorsqu'il doit faire abstraction d'un fait établi illégalement ou dont il a eu connaissance en dehors du procès.

Le principe de la libre appréciation des preuves et de l'intime conviction ne le dispensent pas non plus de procéder de façon rationnelle lors de la recherche et de l'évaluation des éléments probatoires ¹⁷². Le juge du fond n'obtient généralement pas la solution du cas uniquement à partir des faits de la cause et de règles de droit. L'application d'une règle juridique générale aux faits d'un cas d'espèce n'est guère possible sans raisonnement. Le juge opère à l'aide de ce que l'on a l'habitude d'appeler les critères ou les règles de l'expérience générale et courante de la vie. Lorsqu'il applique un critère ou une règle d'expérience, il procède par un raisonnement qui repose sur des constatations scientifiques ou sur des expériences faites dans des cas similaires. Ce genre de constatations et d'expériences se caractérisent par un degré de probabilité ou de vérité particulièrement élevé. Il s'agit de critères qui sont valables et applicables en général, c'est-à-dire également en dehors du cas particulier dans lequel ils ont été constatés ¹⁷³ et qui s'appliquent avec une probabilité qui confine à la certitude. Il est important de remarquer que les

168 ATF 84 IV 175.

169 ATF 115 IV 269 et la jurisprudence citée.

170 Clerc, *Initiation*, 148 no 143; Schmid N., 166 no 600, 189 no 685; ZR 72 (1973), 188 no 75.

171 Clerc, *Initiation*, 149 no 144; Schmid N., 167 no 608; Publications de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Série A: Arrêts et décisions vol. 140 (1988), arrêt du 12.7.1988 dans l'affaire Schenk.

172 Gorphe, 71; Hauser, *Kurzlehrbuch*, 147; Merle/Vitu, no 132; Paeflgen, 76; Piquerez, *Précis*, 188 no 902; Schmid N., 80 no 289.

173 Deschenaux, 42; Guldener, 2,13; Marty, 158 no 95; Rigaux, 112; Werra, 273; ATF 69 II 205.

critères d'expérience remplissent une double fonction. Le juge du fond y recourt aussi bien quand il procède à la constatation des faits de la cause que lorsqu'il analyse et interprète une règle juridique avant de l'appliquer¹⁷⁴. Il peut être utile de préciser que cette notion est beaucoup plus stricte que celle qui se dégage de la formule usuelle du Tribunal fédéral qui se réfère au cours ordinaire des choses et à l'expérience générale de la vie.

235. La définition de la nature juridique de la règle d'expérience a provoqué des avis très divers. La notion a reçu une large attention en doctrines allemande et suisse; les auteurs français en revanche y accordent moins d'importance. Sur un point au moins, les avis concordent: la règle d'expérience n'appartient pas aux faits¹⁷⁵. Elle est bien tirée de l'observation de certains faits, mais il ne s'agit pas de constatations de fait au sens juridique. Les faits sur lesquels repose une règle d'expérience ont une portée et une validité générale, voire universelle; les faits de la cause en revanche contiennent tout ce qui individualise le cas d'espèce. En outre, ceux-là sont bien antérieurs à ceux-ci. Une règle d'expérience forme en quelque sorte la synthèse de faits qui ont été récoltés au fil du temps, elle est une "condensation de faits d'expérience"¹⁷⁶.

Les opinions divergent en revanche sur la question de savoir si les règles d'expérience sont des règles de droit. La doctrine française s'attache généralement à l'idée d'une dichotomie rigoureuse entre le fait et le droit. Certains auteurs sont d'avis que les règles d'expérience se distinguent des règles de droit au point que l'on ne peut reconnaître aux premières une quelconque force obligatoire¹⁷⁷. D'autres estiment que le juge ne peut recourir à une règle d'expérience que pour interpréter le sens d'une règle légale et pour la compléter, mais non pour résoudre une question de fait. La maxime d'expérience devient en quelque sorte le prolongement de la loi. Pour certains encore, la règle d'expérience acquiert force obligatoire en se transformant en une norme juridique¹⁷⁸. Selon ces auteurs, la violation d'une telle règle se confond avec la violation de la loi¹⁷⁹. Ils en déduisent que l'autorité de cassation est habilitée à en vérifier la violation.

L'argumentation en doctrine allemande est plus pragmatique. Quelques auteurs qualifient les règles d'expérience de normes juridiques non-écrites ou leur en reconnaissent les qualités et les effets¹⁸⁰. L'opinion dominante ne considère pas la règle d'expérience comme une règle de droit¹⁸¹, mais sa non-

174 Rigaux, 116.

175 Deschenaux, 43; Löwe-Rosenberg, Hanak, § 337 no 11; Kuchinke, 187 a contrario; Marty, 159; Rigaux, 98; Werra 273.

176 Deschenaux, 44.

177 Rigaux, 113.

178 Rigaux, 120, 224.

179 Marty, 161; Rigaux, 225.

180 Löwe-Rosenberg, Hgnak, § 337 no 11 note 19; Kuchinke, 187.

181 Löwe-Rosenberg, Hanak, § 337 no 121; Kuchinke, 228; Peters, Strafprozess, 636.

observation entraîne, si elle est causale, une mauvaise application de la loi. C'est cette dernière qui fait l'objet d'un contrôle en instance de cassation¹⁸².

La règle d'expérience se distingue par son caractère général et abstrait, sans qu'elle soit, par nature, normative. A notre avis, ce fait empêche qu'on la qualifie de droit. A ce sujet, le Tribunal fédéral a adopté une position de compromis, la plaçant entre le fait et le droit¹⁸³. La doctrine suisse ne partage pas unanimement cet avis¹⁸⁴. Mais cette question présente pour notre étude un intérêt moindre et plutôt académique. Il s'agit en effet de déterminer dans quelle mesure l'autorité de cassation revoit et contrôle en pratique le raisonnement du juge du fond pour la constatation des faits, en particulier lorsqu'il applique ces règles.

236. Celui-ci a besoin de ces critères à deux stades de son raisonnement: pour constater les faits de la cause, d'une part, et pour interpréter et appliquer une norme juridique, d'autre part¹⁸⁵. Il est généralement admis que l'instance de cassation contrôle l'application des règles d'expérience lorsque le juge du fait s'en est servi pour interpréter et comprendre une règle juridique. De toute évidence il s'agit là d'une question qui touche à l'application du droit. Les avis divergent en revanche sur la question de savoir si et dans quelle mesure l'autorité de cassation peut revoir l'application d'une règle d'expérience que le juge du fond aurait utilisée pour établir ou apprécier des faits.

En doctrine, bien des auteurs entendent exclure un tel contrôle¹⁸⁶. Les auteurs français invoquent en premier lieu le fait que la règle d'expérience n'est pas une règle de droit. Lorsqu'elle sert à constater des faits, la règle doit échapper au contrôle de l'autorité de cassation, contrôle qui n'est concevable que si celle-ci a été utilisée dans le cadre de l'interprétation d'une norme juridique car, par extension, il s'agit d'une violation de la loi. La doctrine allemande pour sa part tolère un tel contrôle lorsqu'une règle d'expérience a servi à établir les faits. Ce contrôle s'effectue à travers un examen de la motivation du jugement¹⁸⁷ ou de l'application des dispositions qui régissent l'appréciation des preuves¹⁸⁸. Certains auteurs estiment toutefois que le contrôle n'est pas possible si le premier juge a appliqué une règle d'expérience dans un contexte atypique, car l'appréciation de faits très particuliers ne peut être que la tâche du juge du fond¹⁸⁹. D'autres, au contraire, estiment que l'autorité de cassation ne doit pas se contenter de constater la fausse application d'une règle d'expérience mais qu'il lui appartient, dans la mesure du possible,

182 Löwe-Rosenberg, Hanak, § 337 nos 11, 165, 170.

183 ATF 115 IV 195 c.b); ATF 69 II 205; Corboz, 95.

184 Werra, 274; contra Deschenaux, 43 qui se rallie à la conception du doyen Marty.

185 Ci-dessus no 234 in fine.

186 Deschenaux, 26, 45 note 1; Marty, 161; Rehberg, *Anfechtungsgrund*, 383; Rigaux, 225.

187 Ci-dessous no 252.

188 Ci-dessus nos 220, 221; Löwe-Rosenberg, Hanak, § 337 nos 121, 165, 171.

189 Kuchinke, 181.

d'appliquer elle-même correctement la règle en question, de manière à corriger ou à compléter les constatations de fait viciées du juge du fond¹⁹⁰.

Pour sa part, le Tribunal fédéral revoit librement, pour des questions pratiques, la façon dont le juge du fond a appliqué un critère d'expérience n'opérant d'ordinaire pas de distinction entre les cas où celui-ci a été utilisé pour interpréter une règle juridique ou pour établir et constater un fait¹⁹¹. Toutefois, dans un arrêt isolé, il a estimé, selon nous à tort, qu'il ne pouvait revoir l'application d'une telle règle dans la mesure où le premier juge s'en était servi pour établir des faits relevant, une telle application échappant au pouvoir de cognition d'une autorité de cassation¹⁹².

237. Il paraît à ce stade utile de distinguer les divers types de règles d'expérience que le juge du fond utilise pour établir et constater les faits de la cause, en examinant successivement les règles de logique élémentaire, les critères d'expérience issus de la science et de la technique et l'expertise.

238. Il est possible qu'en établissant les faits de la cause, le juge du fond commette une erreur de raisonnement en contrevenant à une règle élémentaire de logique¹⁹³ telle qu'une erreur de calcul, pour autant qu'elle ne soit pas due à une inadvertance ou à une simple erreur d'écritures¹⁹⁴ ou le fait de retenir, en les conciliant, deux témoignages contradictoires, ou encore de constater un fait par une déduction soi-disant évidente, alors qu'en réalité, cette déduction ne s'impose nullement. Commet enfin une erreur de raisonnement le juge qui adopte un raisonnement circulaire ou tautologique.

Mais, plus souvent, un vice dans le raisonnement du juge provient de la non-observation d'une règle d'expérience. Certaines sont issues de la recherche scientifique, d'autres de la simple expérience pratique de la vie¹⁹⁵. Le juge du fond peut procéder à l'établissement et à la constatation d'un fait par pure déduction logique en se basant exclusivement sur l'expérience de la vie. Cette forme de constatation est plutôt rare en pratique et ne lie pas l'autorité de cassation, habilitée à revoir l'application d'une règle d'expérience qui présente un caractère général et qui n'appartient pas au fait¹⁹⁶. Plus fréquemment, le juge du fond constate, par déduction logique et en prenant pour base de son raisonnement des faits déjà établis, l'existence d'un fait nouveau¹⁹⁷. Par

190 Gottwald, 222.

191 ATF 115 IV 195; ATF 111 IV 58 c.b); ATF 104 IV 20 c.2; ATF 104 IV 45; ATF 104 IV 193 c.2a) et la jurisprudence citée; ATF 99 IV 74 c.2a); ATF 69 II 205.

192 ATF 103 IV 113 c.3.

193 Geerds, 269; Löwe-Rosenberg, Hanak, § 337 nos 167-169; Peters, Tatfragen, 82; Extraits 1978, 124; Extraits 1948, 163,164; RJN 5 II 225 c.2; RJN 3 II 97.

194 Ci-dessus no 216.

195 Geerds, 270; Löwe-Rosenberg, Hanak, § 337 nos 171,174; ci-dessus no 234; ci-dessous no 239.

196 Rehberg, Anfechtungsgrund, 383.

197 Ci-dessus no 211.

définition, l'autorité de cassation ne peut pas, dans un tel cas, examiner les faits qui ont formé le point de départ du raisonnement, mais elle est compétente pour vérifier la façon dont le premier juge a appliqué la règle d'expérience. En vérifiant l'opération de la déduction intellectuelle qui a conduit à la constatation d'un fait, son pouvoir de cognition s'étend également aux faits que le juge du fond a constatés par application de la règle d'expérience en question¹⁹⁸.

239. Les critères d'expérience sont fréquemment empruntés au domaine de la science ou de la technique¹⁹⁹. L'autorité de cassation vérifie l'application de ce type de règles d'expérience²⁰⁰. Elle intervient en premier lieu lorsque le juge du fait a appliqué une règle scientifique ou technique qui, en réalité, n'existe pas. Elle vérifie en outre que le juge du fond ait interprété et appliqué de la bonne manière la formule ou la règle qui lui a servi pour la constatation d'un fait.

Le juge du fait a notamment besoin des règles d'expérience lorsqu'il apprécie des preuves. Il combine en effet souvent son expérience générale de la vie avec certains enseignements de la science. Prenons l'exemple du juge qui doit instruire un cas de conduite d'un véhicule en état d'ébriété. Le degré d'alcoolémie est un fait déterminant que le juge doit établir²⁰¹. Il est scientifiquement démontré que la consommation d'alcool a des effets sur la capacité de conduire, à un taux de 0,5 ‰ déjà. Lorsqu'il atteint 1 ‰, les effets sont tels que les troubles sont incompatibles avec la conduite d'un véhicule. La limite d'alcoolémie a dès lors été fixée à 0,8 ‰ par la jurisprudence d'abord, par la loi plus tard²⁰². Ceci signifie qu'à partir de cette limite, l'incapacité de conduire est irréfragablement présumée²⁰³. La règle permet donc au juge du fond de déduire, à partir d'un fait établi qui est le degré d'alcoolémie de 0,8 ‰ au minimum, l'existence d'un autre fait, l'incapacité de conduire. L'autorité de cassation peut vérifier l'emploi correct de cette règle d'expérience. Sans pouvoir revoir la façon par laquelle le juge du fait a établi in casu le degré d'alcoolémie, elle intervient dans la libre appréciation des preuves et dans la constatation des faits du premier juge.

240. Lorsque les connaissances ordinaires du juge ne suffisent pas pour établir un fait essentiel, il doit avoir recours à une expertise. Il est impossible de généraliser pour déterminer à l'avance à partir de quel moment les connaissances ordinaires d'un juge doivent être complétées par des connaissances spécialisées²⁰⁴. Le juge du fait en décide en principe librement et l'autorité de cassation exerce son contrôle avec une certaine retenue. Dans

198 ATF 104 IV 193 c.2a) pour un bon exemple.

199 Peters, Beweiswürdigung, 372.

200 ATF 92 IV 23.

201 Geerds, 271; Kuchinke, 180; Rehberg, Anfechtungsgrund, 385.

202 OCR du 13.11.1962, art.2 al.2, RS 741.11.

203 ATF 116 IV 77 c.c); ATF 105 IV 346 c.c).

204 Peters, Beweiswürdigung, 371.

quelques cas, la loi commande au juge d'ordonner une expertise ce qui élargit le pouvoir d'examen de l'autorité de deuxième instance²⁰⁵, lui permettant notamment de revoir si l'expertise rendue suffit à établir les faits²⁰⁶. En revanche, elle ne peut pas revoir l'appréciation de l'expertise. Que le juge du fond ait requis l'expertise en raison d'une disposition légale impérative ou qu'il l'ait ordonnée de son plein gré, il discute et apprécie souverainement la valeur probante du rapport de l'expert²⁰⁷ dont les conclusions ne le lient en principe pas²⁰⁸.

Dans une certaine mesure toutefois, l'autorité de cassation revoit, de façon indirecte, même l'appréciation d'une expertise²⁰⁹. Le juge du fond ne peut en effet pas, en principe, substituer sans autre motif son opinion à celle d'un expert²¹⁰. Il ne peut s'écarter des conclusions d'une expertise que si la crédibilité de celle-ci est réellement mise en cause, par exemple, lorsque les conclusions de l'expert ont été faussées par une relation inexacte des faits²¹¹. Le juge du fond doit alors exposer les raisons qui le conduisent à rejeter les conclusions de l'expert, démontrant par là qu'il a procédé à une appréciation sérieuse. En revanche, lorsque deux ou plusieurs expertises se contredisent sur des points importants, le juge n'a pas à fournir de motifs pour s'en écarter²¹². Son choix, toutefois, ne doit pas être arbitraire.

Le recourant procédera par la voie du pourvoi en nullité si l'expertise a été ordonnée en application du droit fédéral, dans les autres cas par un recours de droit public, invoquant l'arbitraire dans l'application des règles de procédure cantonales qui régissent l'appréciation des preuves²¹³.

241. Un autre problème réside dans une constatation incomplète des faits pertinents: tous les faits retenus sont exacts, mais certains ont été omis, ce qui a pour effet que le raisonnement juridique du premier juge ne peut être que vicié. Dans une telle circonstance, l'autorité de cassation peut être amenée à revoir si l'ensemble des faits a été constaté, avant de procéder au contrôle de l'application du droit²¹⁴. C'est ce qu'a fait, à l'occasion, la Cour de cassation du Tribunal fédéral²¹⁵.

-
- 205 Ci-dessus no 224; ATF 118 IV 7 c.2 et la jurisprudence citée; ATF 116 IV 103; ATF 116 IV 241; ATF 116 IV 273; ATF 113 IV 1; ATF 110 IV 95; ATF 106 IV 242 c.b).
- 206 ATF 115 IV 89; ATF 113 IV 3; ATF 106 IV 243 c.2b).
- 207 ATF 106 IV 100 c.2; ATF 105 IV 163; ATF 101 IV 130 c.a).
- 208 ATF 96 IV 98.
- 209 ATF 113 IV 33; ATF 110 IV 96; Kuchinke, 202.
- 210 Schmid N., 185 no 671; ATF 107 IV 8; ATF 102 IV 226; ATF 101 IV 129; ATMC 8 no 44 c.3b); Extraits 1986, 103; JT 1978 III 49.
- 211 ATF 101 IV 130 c.a); SJ 1985, 50.
- 212 ATF 107 IV 8.
- 213 Werra, 272.
- 214 ATF 92 IV 24; Schmid W., Revisionsrichter, 375.
- 215 ATF 112 IV 91,94; ATF 92 IV 24 c.3.

242. Le pouvoir d'appréciation du juge du fond en matière de preuves n'est, en principe, limité que par l'interdiction de l'arbitraire, principe dont la violation ouvre la voie du recours en cassation, que la loi le prévoit expressément ou non²¹⁶. Dans ce dernier cas, le recourant pourra invoquer la violation d'une règle de procédure²¹⁷, la violation ou la fausse application de la loi²¹⁸, ou encore l'absence de motivation²¹⁹. Ces griefs sont susceptibles d'être portés devant le Tribunal fédéral dans le cadre d'un recours de droit public²²⁰.

Ce recours étant en principe subsidiaire, on peut se demander dans quelle mesure il ne conviendrait pas de soulever une violation du principe de la libre appréciation des preuves dans le cadre d'un recours en nullité pour violation de droit fédéral²²¹. Le principe de la libre appréciation des preuves est en effet de droit fédéral, l'art. 249 PPF l'impose en procédure pénale cantonale²²². Dans certains cas, la Cour de cassation admet d'ailleurs que l'administration et l'appréciation des preuves soient critiquées dans un recours en nullité. Ainsi, selon elle, le droit fédéral est violé lorsque l'autorité de jugement n'examine pas, au vu des circonstances concrètes, la force probante de tous les moyens de preuve invoqués. Le juge du fond ne peut donc pas se limiter à apprécier uniquement les preuves qui ont été administrées²²³. Il n'en découle toutefois pas pour lui l'obligation d'administrer de façon identique tout moyen de preuve invoqué, car un moyen de preuve proposé peut être écarté à la suite d'une appréciation anticipée²²⁴. En outre, une appréciation des preuves contraire aux règles de la logique élémentaire, par exemple, est incontestablement arbitraire. Elle viole l'art. 249 PPF, indépendamment du fait que le principe de la libre appréciation des preuves soit prévu en droit de procédure cantonal²²⁵. Il convient cependant de signaler que, statuant sur un recours de droit public, le Tribunal fédéral dispose de la faculté d'ordonner une procédure probatoire si celle-ci est nécessaire pour élucider les faits²²⁶. En revanche, le pourvoi en nullité ne donne pas lieu à une procédure probatoire. Sous cet angle, il paraît plus avantageux de faire examiner une appréciation des preuves arbitraire par la voie du recours de droit public, ce d'autant plus que le Tribunal fédéral ne tranche pas le pourvoi en nullité avant le recours de droit public déposé parallèlement²²⁷. Mais il convient aussi de rappeler ici que le

216 JU 303 ch.5 (ancien CPP); JU 345 ch.5 (nouveau CPP).

217 BE 327 ch.5, ch.6; Boller, 148; Jackowski, 42; Piquerez, *Traité*, tome II, no 973; contra cependant RJB 110 (1974), 230; ZH 430 ch.4; Decurtins, 37; Raymann, 71; ZR 61 (1962), 345 no 155.

218 GE 340 lit.a); SJ 108 (1986), 501,505; NE 242 ch.1; RJN 5 II 227; RJN 3 II 97.

219 FR 54 ch.1 lit.b); Extraits 1978, 124; Boller, 157; Zbinden, 87.

220 Cst.féd. 4; PPF 269 al.2; ATF 105 IV 164 c.3, 345 c.2a).

221 OJF 84 al.2; PPF 269 al.1; cependant PPF 275 al.5.

222 CPS 365 al.2.

223 ATF 84 IV 174 c.2. 175; Rehberg, *Anfechtungsgrund*, 360.

224 Ci-dessus no 223.

225 Boller, 115,123.

226 OJF 95 al.1.

227 PPF 275 al.5.

ministère public ne peut utiliser la voie du recours de droit public qui ne lui est pas ouvert. Il ne dispose dès lors, pour recourir, que du pourvoi en nullité.

En procédure pénale militaire, l'appréciation arbitraire des preuves peut faire l'objet d'un recours en cassation. Formellement, sous l'empire de l'ancienne loi, ce grief devait être présenté comme une violation d'une disposition essentielle de la procédure, d'une atteinte aux droits de la défense ou d'une violation de la loi²²⁸. Aujourd'hui, il s'examine dans le cadre du moyen des "constatations de fait essentielles du jugement (...) en contradiction avec le résultat de l'administration des preuves"²²⁹.

243. On peut donc d'ores et déjà observer que l'autorité de cassation intervient en général indirectement dans l'établissement et dans la constatation des faits. S'il lui est interdit de remplacer l'appréciation des faits et des preuves du premier juge par la sienne, elle intervient notamment par le contrôle qu'elle exerce sur le raisonnement du juge du fond, surtout lorsque celui-ci fait usage de règles d'expérience.

Chapitre 6. L'intime conviction du juge

244. L'appréciation des preuves a pour but de permettre au juge de se forger une intime conviction. Ce dernier doit rechercher les faits tels qu'ils se sont passés. Mais comme ils se déroulent en son absence et qu'il ne peut pas les recréer, il doit se contenter d'en établir une version aussi proche que possible de la réalité. Par convention, cette version des faits s'appelle vérité matérielle. Quand à la fin de son raisonnement une preuve lui paraît suffisante, le juge tient ce fait pour vrai et constant: il le constate. La preuve est par conséquent destinée à convaincre le juge de l'existence d'un fait et l'appréciation des preuves est le chemin qui lui permet de parvenir à cette conviction. L'appréciation des preuves repose ainsi sur deux éléments, un état de preuves objectif et l'intime conviction subjective du juge.

Il n'y a pas de certitude absolue quant à l'existence d'un fait car l'homme et ses moyens de perception sont trop imparfaits. Le juge, même lorsqu'il est profondément convaincu de l'existence d'un fait, ne peut en être

228 OJPPM de 1889 188 al.1 lit.f; RPS 107 (1990), 471 no 19 c); ATMC 10 no 51; ATMC 10 no 76,

229 PPM 185 al.1 lit.f); RPS 107 (1990), 471 no 19 c); ATMC 10 no 51; ATMC 10 no 76, 260 c.1b); RPS 101 (1984), 431 no 27 c); ci-dessus no 217.

absolument certain. Dès lors, l'intime conviction du juge ne peut jamais consister en une certitude objective²³⁰.

245. L'intime conviction ne peut être qu'une certitude relative pour le juge que le fait qu'il a établi et constaté existe en réalité. En revanche, le juge qui est intimement convaincu n'a pas de doute subjectif. Il est difficile de mesurer le degré de certitude de la conviction du juge. Le moindre doute dans l'esprit du juge l'empêche-t-il d'être intimement convaincu²³¹ ou y a-t-il encore intime conviction lorsque le juge réussit à exclure simplement tout doute qui peut raisonnablement surgir²³²? Il est certain qu'une simple probabilité, même confinant à la certitude, ne suffit pas encore. Le juge qui pense qu'un fait est probable ne le tient pas nécessairement pour vrai. Il faut en outre que la probabilité parvienne à emporter sa conviction. L'élément subjectif est indispensable. En cela, la conviction du juge devient éminemment irrationnelle et incontrôlable. Mais elle doit découler d'éléments objectifs, d'un ensemble de preuves et d'une appréciation logique et rationnelle de celles-ci²³³. Cela signifie que le juge qui a administré et apprécié selon un raisonnement logique et intelligible les preuves invoquées tient, dans son âme et sa conscience, pour vrai l'existence d'un fait. Cette notion de l'intime conviction est la même en doctrine et en jurisprudence²³⁴.

246. En pratique, l'autorité de cassation n'a que peu de marge pour contrôler l'intime conviction du juge du fond. La règle de l'intime conviction se déduisant directement du principe de la libre appréciation des preuves, l'autorité de cassation n'intervient que lorsque le premier juge a fait preuve d'arbitraire et notamment lorsqu'il a méconnu la notion même d'intime conviction²³⁵. Ainsi le juge du fond ne peut pas se déclarer intimement convaincu alors qu'il n'a recueilli aucune preuve²³⁶ ou qu'il se borne à relater, dans son état de fait, les versions contradictoires des parties²³⁷. Il ne peut pas non plus appeler intime conviction ce qui n'est pour lui qu'une probabilité²³⁸. Enfin, il doit se forger une intime conviction qui lui est propre et ne peut pas se borner à reprendre celle d'un autre tribunal²³⁹.

-
- 230 Löwe-Rosenberg, Gollwitzer, § 261 no 8; Guldener, 6; Löwe-Rosenberg, Hanak, § 337 no 157; Henkel, 404; Hochuli, 254; Peters, Beweiswürdigung, 373; Rittler, 192; Walter, 134.
- 231 Löwe-Rosenberg, Gollwitzer, § 261 no 7; Henkel, 405.
- 232 Hauser, Kurzlehrbuch, 147, 148; Hochuli, 225.
- 233 Löwe-Rosenberg, Gollwitzer, § 261 no 9; Henkel, 404; Hochuli, 255; Riess, 264; Rittler, 193; Roth, 88; Walter, 135 note 18.
- 234 Hauser, Rechtsprechung, 263; ATF 53 II 426; RStJ 69 (1973), 237 c.6a); Rechenschaftsbericht des Obergerichtes und des Kassationsgerichtes des Kantons ZH, 1980, 341 no 40; ZR 72 (1973), 194 no 80; ZR 69 (1970), 134 no 50.
- 235 Hauser, Nichtigkeitsbeschwerde, 119.
- 236 RJN 5 II 80; RJN 3 II 97.
- 237 JT 1971 III 26.
- 238 RJN 5 II 225.
- 239 Kuchinke, 200.

247. Il se peut qu'au terme de l'administration et de l'appréciation des preuves, le juge du fond ne soit pas parvenu à dissiper certains doutes quant à l'existence d'un fait pertinent. Ses doutes doivent-ils profiter à l'accusé ? La question se pose de savoir si l'adage *in dubio pro reo* s'applique en matière de constatation des faits.

Certains auteurs admettent que cet adage intervienne dans l'appréciation des preuves. La règle, qui commande au juge, lorsqu'il doute de l'existence de certains faits, de choisir la version des faits qui est la plus favorable à l'accusé²⁴⁰, permet de fixer la vérité matérielle à partir de laquelle le raisonnement juridique pourra se faire, malgré une incertitude objective. Elle peut s'appliquer aux faits de la cause comme aux faits de procédure mais pas pour le raisonnement en droit, qui n'a pas à être forcément le plus favorable à l'inculpé.

Cette conception a l'inconvénient de conduire le juge à adopter un état de fait qu'il est justement incapable de constater afin d'appliquer une norme juridique qui s'adresse à un état de fait autre. Le risque qu'il retienne des faits erronés ou inexistant est évident. De plus, il n'est en général pas possible de déterminer à l'avance la version des faits qui est la plus favorable à l'accusé. Pour cela, l'examen des règles de droit susceptibles d'être appliquées est indispensable.

Pour d'autres auteurs, la règle *in dubio pro reo* ne concerne au contraire que le raisonnement en droit. Elle permet au juge d'appliquer une norme juridique dont les conditions d'application ne sont pas établies à satisfaction, lui imposant de choisir celle qui est la plus favorable à l'accusé, c'est-à-dire celle qui offre la sanction la moins contraignante pour lui²⁴¹.

Pour d'autres auteurs encore, elle a trait à la répartition du fardeau de la preuve²⁴². Son existence s'explique par le fait qu'en procès pénal, les parties ne sont pas à égalité, la charge de la preuve incombant à l'accusateur. Elle est alors comprise comme une obligation pour le juge d'acquitter l'accusé lorsque l'accusateur ne parvient pas à établir tous les faits justifiant une condamnation. Cette vue des choses s'inspire du procès civil; elle ne tient pas vraiment compte des particularités du procès pénal régi par la maxime d'office et celle de la recherche de la vérité matérielle. Une décision en faveur de l'accusé ne peut pas être interprétée comme une décision dans laquelle l'Etat succombe.

248. Le rattachement de la règle *in dubio pro reo* au droit de procédure ou au droit de fond n'est pas sans conséquence en matière de cassation. Lorsque la règle concerne le fardeau de la preuve, elle est rattachée au droit de procédure. Certains auteurs pensent même qu'il s'agit d'un principe général de procédure

240 Montenbruck, 187,190,191; Peters, Strafprozess, 287-291; Schmid N., 83 no 300.

241 Frisch, 281,283.

242 Boller, 187; Hochuli, 256; Merle/Vitu, no 123; Piquerez. Précis, 181 no 853; Schubarth, 3.

de rang constitutionnel en raison de son rapport étroit avec la présomption d'innocence (art. 6 al. 2 CEDH)²⁴³.

Pour notre part, nous estimons que la règle, bien que concernant le fardeau de la preuve, appartient au droit de fond. Son contenu est éminemment matériel; les éléments à établir au cours de la procédure probatoire sont impérativement fixés par le droit de fond. Une violation de la règle *in dubio pro reo* équivaut dès lors à une violation du droit matériel. Toutefois, en doctrine comme en jurisprudence, la question n'a pas encore reçu de réponse définitive.

Le Tribunal fédéral a adopté une position invariable en la matière. La Cour de cassation ne revoit pas l'application de l'adage *in dubio pro reo* dans un pourvoi en nullité²⁴⁴. La Cour de droit public n'examine le grief de la violation du dit principe que sous l'angle de l'arbitraire. Selon une jurisprudence constante, cette règle est violée lorsque le juge prononce une condamnation alors qu'une appréciation objective de l'ensemble des preuves laisse subsister un doute incontournable en faveur de l'accusé²⁴⁵. Le Tribunal fédéral rattache la règle au droit de procédure et la considère comme une règle qui concerne tantôt le fardeau, tantôt l'appréciation de la preuve. Elle concerne le fardeau de la preuve (Beweislastregel) lorsque le juge a prononcé une condamnation sans avoir au préalable acquis l'intime conviction de la culpabilité de l'accusé²⁴⁶. Le recourant, qui invoque une constatation arbitraire des faits, doit alors démontrer dans quelle mesure le juge du fond avait effectivement un doute quant à l'existence d'un fait pertinent²⁴⁷. En revanche, lorsque le juge du fond aurait pu ou dû avoir un doute au sujet de l'existence d'un fait pertinent, le Tribunal fédéral considère la règle *in dubio pro reo* comme une règle de procédure relative à l'appréciation des preuves (Beweiswürdigungsregel). Comme la règle n'est pas de droit fédéral et qu'elle ne s'impose pas en droit de procédure cantonal, il ne peut y avoir qu'une éventuelle violation d'une disposition de procédure de droit cantonal. Dans les deux cas, le recourant doit emprunter la voie du recours de droit public²⁴⁸.

Cette pratique restrictive du Tribunal fédéral est critiquée par la doctrine²⁴⁹. Pour certains auteurs, la violation de l'adage *in dubio pro reo* est une violation du droit fédéral. Selon eux, ce principe est si étroitement lié au droit de fond qu'il en devient partie. Une condamnation prononcée alors que

243 Corboz, 77 note 119; Montenbruck, 190; Schmid, N. 82 no 299; Schwander, 225.

244 ATF 105 VI 325 c.3; ATF 100 IV 269 c.1.

245 ATF 104 IV 279 c.5 in fine.

246 ATF 106 IV 89 c.bb); Schwander, 215 et la jurisprudence citée.

247 Cf-dessus no 217.

248 ATF 107 IV 191; ATF 106 IV 21 c. 1a), 89; ATF 105 IV 325 c.3; ATF 100 IV 269 c.1; ATF 96 I 444 et la jurisprudence citée.

249 Boller, 189; Schubarth, 2 note 7; Schwander, 215; Trochsel, Struktur, 322.

Il convient de signaler aussi la contribution de Gunther Arz, *In dubio pro reo vor Bundesgericht*. RJB 129 (1993), p.1ss. qui a paru après la fin de nos recherches.

toutes les conditions matérielles ne sont pas solidement établies constitue un abus du monopole de l'Etat de punir, les exigences et les limites formulées par le droit pénal de fond étant impératives²⁵⁰. Pour d'autres, la présomption d'innocence est un principe général de la procédure pénale. D'une part, ce principe fait partie de la procédure fédérale, même s'il ne figure pas expressément dans la loi²⁵¹, d'autre part, vu son importance, il s'impose également en procédure cantonale. Il est intéressant de relever que la violation de la règle *in dubio pro reo* peut être alléguée dans un recours en cassation au Tribunal militaire de cassation, qui toutefois n'intervient qu'en cas d'arbitraire²⁵². A l'instar du Tribunal fédéral, le Tribunal militaire de cassation applique la règle dans le cadre de l'établissement des faits seulement, excluant expressément son utilisation lors de l'appréciation juridique²⁵³.

Plusieurs codes de procédure cantonaux mentionnent expressément l'adage *in dubio pro reo*. En outre, la jurisprudence cantonale reconnaît la règle en tant que principe général de la procédure²⁵⁴. Mais le Tribunal fédéral a précisé à plusieurs reprises qu'elle n'était pas d'ordre constitutionnel²⁵⁵. Il a notamment refusé d'admettre qu'elle découlait directement de la présomption d'innocence de l'art. 6 al. 2 CEDH. Une interprétation contraire ouvrirait la voie du recours de droit public pour violation d'une garantie constitutionnelle, conférant ainsi un libre pouvoir d'examen au Tribunal fédéral, très soucieux de se limiter à ce sujet au seul contrôle de l'arbitraire²⁵⁶.

Chapitre 7. Le vice de motivation

249. L'obligation pour le juge de motiver sa décision est une règle fondamentale qui constitue l'une des garanties essentielles pour le justiciable. "C'est une exigence d'ordre public"²⁵⁷. Seule la partie qui a connaissance de la motivation d'un jugement peut décider en pleine connaissance de cause si et comment elle entend faire usage de son droit de recours²⁵⁸. On reconnaît généralement à l'obligation de motiver les jugements un rang constitutionnel²⁵⁹. L'obligation pour les juridictions cantonales de motiver leurs

250 Boller, 189.

251 Schwander, 214.

252 Boller, 190.

253 ATMC 10 no 108.

254 Schmid N., 82 no 298; Extraits 1990, 64; contra: RJN 5 n 226.

255 Hauser, Rechtsprechung, 264 et la jurisprudence citée.

256 ATF 106 IV 89; Schwander, 216; Trechsel, Struktur, 322.

257 ATF XIX, 470.

258 Sörensen, 134 notes 18,19; Steiner, 117, 122; SJ 1992, 229.

259 Sörensen, 133; SJ 1992, 228; ATF 112 Ia 109 c.b) et la jurisprudence citée.

décisions résulte d'un certain nombre de dispositions fédérales²⁶⁰, ainsi que de plusieurs constitutions cantonales²⁶¹ et n'est pas seulement destinée à protéger les justiciables; elle sert également à assurer le contrôle par les autorités de recours d'une application correcte de la loi²⁶². En outre, les lois d'organisation judiciaire et de procédure pénale contiennent des prescriptions quant à la forme et au contenu d'un jugement; elles obligent ainsi le juge à motiver sa décision d'une façon déterminée²⁶³. En revanche, seuls quelques codes de procédure pénale ont fait de l'absence ou de l'insuffisance de la motivation un motif de cassation particulier²⁶⁴.

250. Les dispositions concernant la motivation d'un jugement relèvent en principe du droit de procédure cantonal²⁶⁵.

Une motivation insuffisante ouvre la voie du recours de droit public. "Pour répondre aux exigences que tire le droit constitutionnel fédéral du droit d'être entendu garanti par l'art. 4 Cst. féd., un jugement pénal doit être motivé de telle sorte que l'accusé puisse décider en connaissance de cause s'il peut ou doit recourir, le cas échéant quels sont les arguments à invoquer"²⁶⁶. Selon le Tribunal fédéral, une cour de cassation cantonale, en tant que dernière autorité cantonale de recours, est autorisée à compléter une motivation insuffisante du juge du fond²⁶⁷. Il est exact que l'art. 277 PPF prévoit l'annulation d'office par la Cour de cassation d'une décision entachée de vices tels qu'il est impossible de constater de quelle façon la loi a été appliquée. Mais le pourvoi en nullité n'est ouvert que si le recourant, qui invoque le vice de motivation, indique en même temps, au moins succinctement, la règle de droit fédéral dont il critique l'application et en quoi il estime qu'elle a été violée²⁶⁸. La volonté de contrôler réellement l'application de la loi a également conduit le Tribunal fédéral à exiger la motivation en fait des jugements rendus par le verdict d'un jury. Pendant longtemps, la règle de l'art. 277 PPF n'impliquait pour les juridictions cantonales non pas l'obligation d'indiquer comment un fait avait été établi, mais quel fait était regardé comme constant²⁶⁹. Il était conforme au droit que le jury tiennne pour constant l'existence d'un fait en répondant par oui ou par non aux questions qui lui étaient présentées et que le verdict prononcé ne soit assorti d'aucun motif. Dans un arrêt de principe, la Cour de cassation donna une nouvelle interprétation de l'art. 277 PPF et imposa un changement

260 PPF 251 al.3, 255, 265, 272 al.1 et 2, 274, 277; ATF 78 IV 141.

261 BE Cst. art. 50 al.2.; NE Cst. art. 61.

262 Clerc, L'art. 277, 98; SJ 1992, 229; ATMC 9 no 92; Extraits 1978, 124; ZR 83 (1984), 282 no 117; Steiner, 118.

263 PPF 179; PPM 153; FR 40 ch.2.; NE 226.

264 PPM 185 al.1 lit.e); FR 54 ch.1 lit.b).

265 SJ 1992, 227; ATF 112 Ia 110 et la jurisprudence citée; ATF 102 Ia 6 c.e).

266 Hauser, Kurzlehrbuch, 152; JT 1986 III 104 note J.G.

267 ATF 102 Ia 6 c.d).

268 PPF 273 al.1 lit.b); ATF 101 IV 136.

269 Clerc, L'art. 277, 99.

fondamental²⁷⁰. Depuis cet arrêt, les jugements d'un tribunal siégeant avec le concours d'un jury doivent être également motivés en fait comme en droit²⁷¹.

Devant les juridictions cantonales, le vice de motivation est le plus souvent considéré comme un moyen de nullité relatif. L'autorité de cassation doit avant tout être en mesure de contrôler la régularité du dispositif entrepris, ce qu'elle ne peut faire en l'absence de motifs. Elle est donc conduite à l'annuler, même s'il est conforme au droit, à moins qu'il soit évident que le vice éventuel reste sans influence sur sa légalité. Le recourant pour sa part doit démontrer en quoi le vice correspond à une fausse application de la loi²⁷².

251. L'exposé des faits, en particulier, doit être suffisamment précis pour permettre à l'autorité de cassation de contrôler leur qualification juridique²⁷³. Alors que les lois de procédure récentes tendent plutôt à restreindre l'obligation de motiver²⁷⁴, l'autorité de cassation, quant à elle, en vient à établir des critères précis à l'intention du juge du fond pour l'élaboration de la motivation de son jugement. D'aucuns voient dans l'établissement de tels critères un certain renouveau de la théorie de la preuve légale²⁷⁵.

Il convient de signaler ici une particularité du code de procédure pénale vaudois qui, jusqu'à récemment, dispensait formellement le juge d'indiquer, même sommairement, les motifs sur lesquels il fondait sa conviction, ce qui le dispensait notamment d'expliquer pourquoi il retenait tel fait et non tel autre²⁷⁶. Toutefois, et sous la probable influence du Tribunal fédéral, la Cour de cassation vaudoise exiga du juge de première instance qu'il présente, de façon claire, précise et complète, les éléments de fait sur lesquels il fondait sa conviction, de manière à permettre au justiciable une défense efficace²⁷⁷. Elle fit même de la motivation insuffisante un motif de nullité particulier. Non prévu par le code de procédure, le motif n'avait qu'un caractère relatif, car la Cour se réservait la possibilité de combler ou de compléter une motivation inexistante ou insuffisante²⁷⁸. Dernièrement, le code de procédure a été modifié sur ce point; le législateur vaudois a tenu à codifier la jurisprudence en vigueur²⁷⁹.

-
- 270 ATF 78 IV 134, 142; Clerc, L'art. 277, 93-110; Pfenninger, Bundesgericht, 349-357.
 271 ATF 117 Ia 3 c.2; ATF 102 Ia 6 c.2e); SJ 1992, 229,231 in fine; SJ 1990, 463; SJ 1989, 190.
 272 Extraits 1972, 93 c.1; RJN 1989, 126.
 273 Ci-dessus no 241; SJ 1992, 226,229; SJ 1934, 449; Extraits 1974, 163 c.1; ZR 83 (1984), 282 no 117.
 274 Sørensen, 136,138.
 275 Krause F.-W., 329; Walter, 137.
 276 VD 373 lit.a) ancien; Gilliéron P.-R., 178; JT 1981 III 56.
 277 ATF 103 Ia 6; JT 1982 III 59, 89.
 278 JT 1986 III 101.
 279 VD 373 lit. a) modifié, 411 lit j) nouveau, introduits par la loi du 12.12.1989, s.e.v. 1.7.1990 (Recueil annuel de la législation vaudoise 186 (1989), 505); JT 1990 III 128.

252. Tel qu'il est défini dans le présent chapitre, le défaut de motivation, soit l'exposé incomplet des motifs de fait, est généralement qualifié de violation d'une règle de procédure, dans la mesure où cette dernière régit la forme et le contenu du jugement²⁸⁰. On peut se poser la question de savoir si un tel défaut ne relèverait pas plutôt du droit de fond que de la procédure, puisque son appréciation conduit presque toujours l'autorité de cassation à se référer à une disposition du droit de fond. On pourrait donc considérer le défaut de motivation comme un moyen de cassation particulier qui ne repose pas sur la transgression d'une règle de procédure mais qui critique, en instance de cassation, de façon immédiate, l'état de fait dressé par le juge du fond²⁸¹.

Cette vue des choses s'inspire du droit français, qui considère que la violation de l'obligation de motiver un jugement constitue un motif de nullité²⁸². Et c'est en particulier "l'insuffisance de motifs constitutive du défaut de base légale" qui a servi à la Cour de cassation française de moyen pour développer son contrôle de la constatation des faits. Ce type de contrôle a provoqué quelques critiques dans la mesure où il s'exerce principalement sur la motivation en fait, et limite par conséquent la souveraineté du juge du fond en ce domaine²⁸³.

Bien que le droit allemand, quant à lui, ne connaisse pas de moyen déduit du défaut de motivation, les tribunaux de cassation ne vérifient pas moins la motivation en fait des jugements qui leur sont soumis, non pour contrôler la constatation des faits, mais pour s'assurer que leur présentation permet d'exercer un véritable contrôle de l'application de la loi pénale²⁸⁴. Le recourant, pour se prévaloir d'un défaut dans la motivation, doit invoquer la fausse application de la loi. La jurisprudence allemande interprète ainsi très extensivement ce moyen de cassation²⁸⁵.

253. Le pouvoir dont bénéficie en réalité l'autorité de cassation lorsqu'elle contrôle la motivation d'une décision attaquée dépend dans une large mesure des termes dans lesquels celle-ci a été rédigée. La loi n'exige en général pas du juge du fond qu'il expose en détail l'examen et l'appréciation des moyens de preuve. Parfois elle l'en dispense même²⁸⁶. Mais la jurisprudence a rapidement établi les exigences minimales d'une motivation en fait²⁸⁷. Celle-ci doit indiquer non seulement quels faits ont été retenus, mais également pourquoi ils

280 Zbinden, 80,82; Extraits 1972, 93; JT 1986 III 102.

281 Zbinden, 82; JT 1986 III 101,104; JT 1985 III 122.

282 CPP français art. 485, 543, 593.

283 Boré, 601; Marty, 283; ci-dessous no 254.

284 Löwe-Rosenberg, Hanak, § 337 no 121; Kleinknecht/Meyer, § 267 no 42, § 337 no 21.

285 Löwe-Rosenberg, Hanak, vor § 333 no 10, vor § 337 no 4, § 337 nos 120,121,125; Hanak, 303.

286 VD 373 a) ancien; ci-dessus no 251.

287 ATF 117 Ia c.2; ATF 102 Ia 6 c.e); ATF 101 Ia 48 c.3; SJ 1992, 226; SJ 1990, 463; SJ 1989, 190; Extraits 1947, 158,159; RJN 4 II 31; RJN 3 II 60; RJN 1 II 173; ZR 83 (1984), 283 no 117.

l'ont été²⁸⁸. Une motivation relativement sommaire est possible, pour autant qu'elle permette de discerner comment s'est formée la volonté du juge. Ce dernier doit indiquer les faits sur lesquels il fonde sa conviction sans pour autant devoir mentionner tout ce qui a été allégué par une partie, un témoin ou un expert. S'il est amené à choisir entre certaines déclarations contradictoires, il doit indiquer les raisons pour lesquelles il retient celle-ci plutôt que celle-là. Il doit être possible à l'autorité de cassation de comprendre, à la lecture des motifs, de quelle manière le juge du fond a apprécié les preuves. L'autorité de recours doit pouvoir suivre le cheminement de la pensée du juge et contrôler ainsi l'application du droit²⁸⁹. Dès lors, la décision ne peut se borner à faire état du résultat de l'appréciation des preuves, mais doit contenir, au moins dans les grandes lignes, les raisons qui ont poussé le juge vers ce résultat.

En pratique, il est rare qu'un défaut de motivation rende tout contrôle par l'autorité de cassation impossible. Le juge du fond s'applique en général à présenter les faits de manière à ce que leur qualification juridique soit évidente, notamment en utilisant les termes mêmes de la disposition légale sur laquelle s'appuie le dispositif. Ainsi, le contrôle de l'application du droit se confond avec celui de la constatation des faits. Cette méthode qui, en soi, n'est pas critiquable a toutefois pour effet d'empêcher le juge de cassation de détecter les lacunes ou les erreurs commises par le premier juge dans la constatation des faits.

254. Un vice de motivation peut se présenter sous plusieurs formes²⁹⁰.

Selon une conception très étroite, seule l'absence de toute motivation est un vice. Mais le défaut total de motifs est un cas d'école. En ce sens, la pure affirmation des faits doit être assimilée à une absence de motivation dans la mesure où elle ne fait que reprendre le dispositif du jugement sous une autre forme²⁹¹. En outre, il va de soi qu'une lacune dans la motivation en droit peut être comblée en instance de cassation²⁹².

Si l'absence totale de motifs ne se présente guère en pratique, il arrive en revanche que le juge n'expose pas certains motifs essentiels. "L'insuffisance équivaut à l'absence de motifs et entraîne la nullité de la décision insuffisamment motivée"²⁹³. Le contrôle en droit par l'autorité de cassation serait réduit à un pur exercice de forme si celle-ci ne disposait pas d'informations précises sur les faits particuliers de la cause²⁹⁴. En France, l'insuffisance de motifs est constitutive du défaut de base légale qui depuis longtemps est une ouverture à cassation reconnue par la jurisprudence. Elle est

288 SJ 1992, 231.
 289 ATF 118 IV 24 c.2a), b).
 290 Boré, 606; Rigaux, 314.
 291 RJN 5 II 83 c.d).
 292 RJN 4 II 31.
 293 Garraud, III, 584.
 294 Marty, 350.

définie comme "une insuffisance des constatations de fait qui sont nécessaires pour statuer sur le droit"²⁹⁵ et n'affecte que les motifs de fait²⁹⁶. Le défaut de base légale a été le moyen pour la Cour de cassation française de développer très rapidement un contrôle indirect sur la constatation des faits²⁹⁷. En Suisse, il y a insuffisance des motifs selon que les constatations de la décision sont incomplètes ou imprécises. Un jugement ne peut être cassé que s'il ne motive pas la décision prise sur un point essentiel et non parce que les motifs comportent des lacunes²⁹⁸. Il suffit que l'autorité de cassation puisse reconnaître à la lecture du jugement le raisonnement suivi par le juge du fond. En pratique, l'insuffisance des motifs couvre les cas où le juge du fond omet de procéder à des constatations de fait nécessaires pour l'établissement d'un élément de la qualification légale, par exemple un élément constitutif de l'infraction, ou lorsqu'il s'écarte des éléments du dossier sans indiquer les raisons qui l'ont amené à le faire²⁹⁹.

La contradiction entre plusieurs motifs constitue une troisième forme de vice de motivation. A ce sujet, il convient d'observer qu'une constatation alternative de faits n'est pas nécessairement source de contradiction. Il est possible que des faits établis dans un cas d'espèce soient de toute évidence constitutifs d'une infraction, mais que le juge ne parvienne pas à déterminer avec exactitude de quelle infraction. Si, dans un tel cas, le juge rend un jugement alternatif, les problèmes de qualification pourraient être examinés sans difficultés particulières par l'autorité de cassation³⁰⁰. Celle-ci est aussi saisie d'un contrôle en droit lorsqu'une contradiction s'établit entre des motifs de fait et de droit. La contradiction affecte en effet le raisonnement juridique du juge; il existe une incompatibilité entre des constatations de fait et les conséquences juridiques que le juge du fond en a déduites.

L'autorité de cassation statue en outre toujours en droit lorsqu'une contradiction s'installe entre certains motifs et le dispositif d'un jugement. Dans ce cas, le dispositif se trouve privé de sa justification; il est vicié par une absence de motifs qui entraîne la cassation du jugement. Il n'y a donc que la contradiction entre plusieurs motifs de fait qui entraîne une cassation basée sur un pur contrôle des faits³⁰¹. En France, par exemple, selon la loi, seul le défaut de motifs au sens étroit donne ouverture à cassation³⁰². La Cour de cassation a cependant assimilé la contradiction entre motifs à un défaut de motivation. Par

295 Boré, 620 no 2046.

296 Marty, 282; Rignaux, 308.

297 Marty, 283.

298 ATMC 9 nos 92, 148; ATMC 8 no 17 c. II 1.

299 Extraits 1974, 163; Extraits 1972, 93; RJN 4 II 119.

300 Hauser, Kurzlehrbuch, 123; Marti, J., 39-43; Noll, Strafprozessrecht, 64; Waiblinger, Schuldigerklärung, 164; Walder H., 83; BJP 1991 no 20.

301 JT 1971 III 26.

302 CPP français art. 485, 543, 593; ci-dessus no 252.

sa jurisprudence, elle a considérablement élargi ce moyen et s'est ainsi ouvert la voie du contrôle de la constatation des faits³⁰³.

255. En conclusion, force est de remarquer qu'en pratique, l'autorité de cassation se reconnaît manifestement le droit de revoir la motivation en fait d'un jugement. Cette pratique est évidente en France, en Allemagne et en Suisse et vise à assurer que le juge du fond adopte une description des faits qui soit suffisamment complète et précise pour permettre un contrôle efficace de l'application du droit. La présentation des faits doit permettre à l'autorité de cassation de procéder à son tour à la comparaison du fait et du droit à laquelle s'est livré auparavant le juge du fond pour pouvoir en vérifier l'exactitude³⁰⁴. L'intime conviction du juge n'est pas pure subjectivité³⁰⁵. Elle résulte d'un raisonnement logique qui doit être présenté de façon objective, complète et claire. L'argumentation doit être intelligible et convaincre non seulement les parties au procès, mais encore tout tiers impartial. En particulier, la motivation du jugement doit également emporter la conviction de l'autorité de cassation, du moins au point de la convaincre que la solution adoptée est défendable. La doctrine s'est malheureusement trop peu intéressée à ce problème³⁰⁶. Il est en effet extrêmement difficile de déterminer quels sont les techniques et les moyens appropriés qui permettent au juge du fond de faire apparaître au mieux sa conviction dans la motivation de son jugement et, dans un cas concret, il n'est jamais exclu que l'autorité de recours apprécie différemment l'existence d'un éventuel doute sur un fait important³⁰⁷. En annulant alors le jugement pour vice de motivation, elle impose au juge du fond ses propres critères, directives et conceptions relatifs à l'administration des preuves et à la constatation des faits.

Du point de vue dogmatique il serait sans doute préférable et plus satisfaisant de reconnaître le vice de motivation comme un moyen de cassation particulier. Il n'appartient ni au droit de procédure proprement dit ni au droit de fond au sens strict du terme mais fait partie des règles de fond qui régissent le droit de procédure³⁰⁸.

303 Boré, 616; Marty, 287,291.

304 Boré 763.

305 Ci-dessus no 245.

306 Hauser, Kurzlehrbuch, 147,292; Noll, Strafprozessrecht, 63; Paeffgen, 82; Riess, 271.

307 Ci-dessus no 245.

308 Ci-dessus no 12.

Titre quatrième. Observations

256. A la fin de notre analyse de la pratique de quelques juridictions choisies aux niveaux fédéral et cantonal en matière d'appel et de cassation, nous croyons pouvoir déceler deux tendances convergentes.

Les observations faites au sujet de la pratique des tribunaux d'appel nous conduisent à affirmer que les juges d'appel n'usent que parcimonieusement des pouvoirs étendus qu'ils ont en matière de constatation des faits. Dans une large mesure, et pour des motifs différents, ils renoncent à procéder eux-mêmes et d'office à une nouvelle instruction immédiate des faits de la cause. Par respect du principe de la célérité du procès pénal et par économie de procédure, le juge d'appel s'appuie dans la mesure du possible sur les constatations de fait du premier juge. D'un point de vue dogmatique, il n'y a pas d'argument qui puisse justifier la manière qu'ont les juges d'appel de limiter leur propre pouvoir de cognition¹. Alors que son rôle devrait être de statuer pour la deuxième fois sur les faits, l'autorité d'appel ne respecte qu'avec peine les principes de l'immédiateté et de l'oralité. L'intime conviction du juge d'appel ne repose donc, en règle générale, pas sur une constatation des faits directe et immédiate. Cependant, lorsque les faits constatés par le premier juge paraissent lacunaires ou erronés, elle instruit l'affaire se limitant le plus souvent à un complément d'information sur quelques points. Vu sous cet angle, la pratique des tribunaux d'appel ressemble singulièrement à celle des tribunaux de cassation.

257. L'analyse de la pratique des tribunaux de cassation nous amène à une constatation presque inverse: au lieu de se contenter de contrôler l'application du droit, ils multiplient les occasions de s'immiscer dans l'établissement des faits. Si quelques dispositions légales exceptionnelles leur permettent de s'écarter des faits retenus par le premier juge² et s'il leur appartient de connaître de certains faits de procédure, ils n'ont cessé d'étendre leur pouvoir en intervenant dans l'administration³ et dans l'appréciation des preuves⁴. Même l'intime conviction du juge du fond n'échappe pas entièrement à leur contrôle⁵. L'interprétation des notions juridiques imprécises, qui relève, il est vrai, de l'application du droit, les conduit également à revoir la constatation de

1 Ci-dessus no 206.
 2 Ci-dessus nos 214-218.
 3 Ci-dessus nos 219-224.
 4 Ci-dessus nos 230-243.
 5 Ci-dessus nos 244-248.

certaines faits ⁶, de même que le contrôle de la motivation des jugements, qui est peut-être l'occasion la plus fréquente pour eux de s'intéresser aux faits ⁷.

258. L'étude de la jurisprudence ne permet guère de dégager de manière précise les limites du pouvoir d'examen du juge de cassation et ce problème ne semble pas avoir beaucoup retenu l'attention des tribunaux. De son côté, la doctrine s'est penchée sur la question en procédant par des approches très diverses.

Des auteurs éminents ont choisi d'étudier le pouvoir d'examen de l'autorité de cassation exclusivement en fonction de la distinction du fait et du droit ⁸. La méthode rend nécessaire une définition de l'une et l'autre notions, et la tentation est grande de procéder par opposition: ce qui n'est pas du droit appartient au fait, ou, inversement, tout ce qui ne doit pas être qualifié de fait relève de l'application du droit. Mais il semble trop ardu de vouloir trouver une définition adéquate du droit qui détermine en même temps les limites précises du pouvoir de l'autorité de cassation. Les critères de la théorie générale et de la philosophie sont trop larges, alors qu'on sent bien que la seule référence au droit positif est trop restrictive. La question de droit ne comprend pas uniquement ce qui trouve une définition exacte dans la loi.

Une définition du fait paraît dès lors plus facile à élaborer. Les auteurs proposent différents critères à cet effet. Une première distinction doit être faite entre l'événement historique, la réalité et les faits constatés par le juge. D'autre part, parmi ces derniers il y a lieu de relever ceux qui, au terme de l'administration des preuves, ont acquis la qualité de faits juridiques ⁹. Il s'agit alors de conceptualiser le fait par des qualités qui lui sont propres. Ainsi, est un fait tout ce qui est perceptible et qui est ancré par un lien de cause à effet dans le temps et l'espace: la preuve directe et immédiate de son existence peut être rapportée ¹⁰. Mais la difficulté de la distinction ne réside pas dans la preuve d'un événement. Ce qui pose problème est la définition de l'événement en termes abstraits. Cette constatation conduit l'un des auteurs à définir le fait comme étant tout phénomène physique ou psychique dont le juge a pris conscience, soit par observation directe ou par déduction intellectuelle, à condition qu'il retienne ledit événement dans son jugement, sans nécessairement le qualifier en termes juridiques ¹¹. Mais cette définition du fait, qui repose en bonne partie sur ce qui a été constaté ou non par le juge dans les motifs de son jugement, arrête de façon trop aléatoire les frontières du pouvoir d'examen de l'autorité de recours ¹².

6 Ci-dessus nos 222-229.

7 Ci-dessus nos 249-255.

8 Marty, Wach.

9 Schmid W., Revisionsrichter, 362 et les auteurs cités; Kuschinke, 99 et les auteurs cités.

10 Englisch, Studien, 41.

11 Scheurecle, 36.

12 Ci-dessus no 253.

Nous avons déjà mentionné que l'analyse du travail du juge en tant qu'opération syllogistique ne permettait pas de démarquer la question de fait de celle de droit¹³. Ce critère est donc également impropre à définir les limites du pouvoir d'examen de l'autorité de cassation. En outre, dans la conception d'un syllogisme juridique pur, la majeure ne peut être autre chose qu'une norme légale. Le raisonnement et la qualification juridique sont inopérants à partir d'une règle d'expérience par exemple. Il a été constaté à ce sujet que l'autorité de cassation vérifie en pratique régulièrement l'application des règles d'expérience¹⁴. Enfin, une subdivision des questions de fait ou de droit en catégories intermédiaires, par exemple en questions de qualification générale ou en questions de qualification spécifique, ne fait que déplacer le problème sans le résoudre¹⁵.

En adoptant une approche téléologique, plusieurs auteurs mettent en avant la fonction formatrice et unificatrice de l'autorité de cassation¹⁶. Ils substituent à la distinction du fait et du droit celle des "questions générales" et des "questions particulières"¹⁷. Le pouvoir d'examen de l'autorité de cassation est déterminé exclusivement par l'intérêt de la question, c'est-à-dire par l'importance de la réponse qu'il s'agit de donner. L'autorité de cassation se limite à examiner des questions générales. La réponse à une telle question est susceptible de servir de modèle dans la résolution d'un cas à venir. Elle doit être l'occasion de préciser un aspect distinctif ou caractéristique d'une notion légale en cause pour assurer la formation et l'application uniforme du droit. Selon cette théorie, un point de droit peut être soustrait au contrôle de l'autorité de cassation tandis que, plus fréquemment, un point de fait peut y être soumis.

Toutefois, séparer ce qui est général de ce qui est particulier dans une norme juridique n'est pas nécessairement plus facile que de départager le fait du droit. Il y a d'abord lieu de définir à l'avance et de façon abstraite tous les éléments que le juge du fond est censé établir pour l'application de la norme en question. Pour cela, il convient de se référer au but visé par la règle¹⁸. Tout élément indispensable à la définition et à l'intelligence de la règle doit être qualifié de général. En d'autres termes, la question doit être qualifiée de générale lorsque la réponse à la question permet de préciser le sens et la portée d'un élément essentiel de la norme juridique¹⁹. Ainsi est-il par exemple essentiel, afin d'assurer la correcte application des art. 137ss CPS, de préciser que seul un objet corporel peut constituer une chose mobilière²⁰. En revanche, il est tout à fait secondaire de déterminer qu'une chose mobilière peut être une

13 Ci-dessus no 195.

14 Ci-dessus no 236.

15 Bayart, 433, 438.

16 Bayart, 433; Kuschinke, 132; Marty, 216, 258, 349.

17 Kuschinke, 224; Marty, 366, 369.

18 Kuschinke, 119, 126.

19 Kuschinke, 132, 224; Marty, 216, 258.

20 Stratenwerth, BT I, 161.

montre-bracelet ou une broche. Cette méthode ne permet cependant pas plus que les autres de qualifier logiquement toutes les questions à l'avance²¹. La difficulté provient d'une part d'un certain manque d'exactitude inhérent aux termes utilisés par une norme juridique qui, par définition, a une portée générale, alors que d'autre part, le degré d'intérêt que présente une question pour l'élaboration du droit ou son unification est souvent relatif. Le choix et l'évaluation dans l'abstrait des éléments pertinents d'une question pose parfois problème. Un problème particulier qui d'ordinaire ne dépasse pas le cadre du cas dans lequel il se présente peut, tout à coup, devenir une question générale en raison de la fréquence à laquelle il surgit, ce qui fait que la réponse à ce problème présente, à un moment donné, un intérêt social accru. Il ne reste alors qu'à s'en remettre à l'appréciation du tribunal²². Si le juge de cassation estime que la question qui lui est présentée en l'espèce lui permet de trancher un point important pour d'autres cas à venir, il qualifiera la question de générale afin de pouvoir statuer.

259. Les considérations qui précèdent appellent deux remarques. Quelle que soit l'approche ou la méthode utilisée pour déterminer de façon théorique et abstraite la frontière du pouvoir d'examen de l'autorité de cassation, il demeure une zone où le critère de distinction proposé est insuffisant et où la décision dépend entièrement de l'appréciation du juge. Il est toujours des questions qui, au moment de leur examen dans un cas d'espèce, se situent entre la majeure et la mineure, entre la qualification générale et la qualification spécifique, entre le point général et le point particulier. On est tenté d'en déduire qu'à propos de toute notion peuvent se poser des questions de fait ou de droit, générales ou particulières. Les expressions "point de droit" ou "point de fait", "question générale" ou "question particulière" ne correspondent dès lors pas à des concepts juridiques clairement définis²³. Ce sont plutôt des étiquettes qui servent les nécessités du langage abstrait de la pratique judiciaire et que l'autorité choisit selon ce qui lui convient dans un cas d'espèce. "En réalité, ce n'est pas la 'question de droit' qui est recevable en cassation, c'est la question recevable en cassation qui doit être baptisée 'question de droit'"²⁴. Lorsqu'un choix se présente, l'autorité de cassation décide si elle désire faire entrer une question dans son pouvoir d'examen ou si elle tient à l'exclure. Dans une large mesure, elle détermine ainsi elle-même ses propres compétences.

La délimitation exacte entre le fait et le droit soulève indéniablement des difficultés théoriques et pratiques considérables, à tel point qu'on peut se demander si la distinction est vraiment possible²⁵. En réalité, le souci nous paraît plutôt académique. La question demeurera vraisemblablement sans

21 Kuchinke, 128.

22 Kuchinke, 132, 224, 227; Marty, 369.

23 Rigaux, 75.

24 Schüpbach, 125.

25 Cf-dessus nos 189,190.

réponse théorique définitive. Pratiquement, le problème a perdu considérablement de son importance, du moins pour la délimitation du pouvoir d'examen de l'autorité de cassation. A supposer que l'on parvienne un jour à départager, en théorie, de manière infaillible, la question de fait de celle de droit, il est peu probable que les juges de cassation adoptent rigoureusement la méthode proposée pour délimiter leur pouvoir de cognition. Soucieux d'un certain pragmatisme, ils continueraient plutôt à s'occuper de certaines questions lorsqu'une intervention leur paraît nécessaire dans un cas d'espèce, même si, théoriquement, ils devraient s'en abstenir.

260. Plusieurs auteurs allemands ont tenté une autre approche encore. Ils entreprennent l'étude du pouvoir d'examen de l'autorité de cassation en fonction de critères techniques²⁶ en plaçant notamment sur un pied d'égalité le rôle général, formateur et uniformisateur, de la jurisprudence de l'autorité de cassation et sa fonction de gardien de l'équité et de la justice dans le procès individuel²⁷. L'intervention de l'autorité de cassation se justifie par la décision qui est rendue après cassation et qui doit être qualitativement meilleure, parce que plus proche de la vérité matérielle, que la décision rendue par le juge du fond.

Certains auteurs abordent le problème sous l'angle d'un partage des compétences entre le juge du fond et l'autorité de recours. Ils proposent de procéder par une analyse des responsabilités respectives des juges du fond et de cassation²⁸. Comme il appartient exclusivement au premier d'opérer les constatations de fait nécessaires pour pouvoir juger le cas d'espèce, la loi lui en offre les pouvoirs et les moyens nécessaires; il doit également assumer seul la responsabilité de ses constatations. Quant à l'autorité de cassation, elle est chargée de vérifier l'application du droit uniquement. Elle n'a pas à décharger le juge du fond de ses responsabilités en vérifiant des éléments de fait. Cette approche ne permet pas vraiment de définir les limites du pouvoir d'examen de l'autorité de cassation. En assumant la tâche du contrôle en droit, celle-ci endosse aussi la responsabilité d'une solution équitable. On ne comprend dès lors pas pourquoi une constatation de fait erronée, dont l'autorité de cassation a découvert le vice, parviendrait à la libérer de son devoir de rendre justice.

Pour d'autres auteurs, le critère technique décisif est celui de la faisabilité²⁹. Cette méthode a le mérite de reconnaître ouvertement que des constatations de fait peuvent faire l'objet d'un contrôle en instance de cassation³⁰. Les pouvoirs d'une autorité judiciaire dépendent essentiellement de

26 Kern-Roxin, 68; Peters, Strafprozess, 639; Riess, 270; Sarstedt-Hamm, 257; Schmid W., Revisionsrichter, 389.

27 Ci-dessus nos 15; ci-dessous no 265.

28 Löwe-Rosenberg, Hanak, vor § 333 no 5.

29 Peters, Tatfragen, 70; -, Wandel, 139; -, Strafprozess, 561; Schmid W., Revisionsrichter, 365.

30 Fezer, 62ss; Gotwald, 181.

l'organisation et de la procédure applicable devant elle. Ainsi, le juge du fond est le seul à rendre une décision après une phase de débats lors de laquelle les preuves sont administrées conformément aux principes de l'immédiateté et de l'oralité. Les constatations qui sont faites au cours des débats bénéficient ainsi d'une autorité renforcée. La procédure en instance de cassation, pour sa part, est avant tout caractérisée par l'absence d'une nouvelle administration de preuves. Dès lors, tout élément de fait qui repose sur une application directe des principes de l'immédiateté et de l'oralité ne peut plus être contrôlé. Mais nombreuses sont les constatations de fait du juge du fond que celui-ci a opérées à partir de preuves et d'éléments qui n'ont pas de lien direct ou exclusif avec la phase des débats. Il n'y a donc pas de raison de leur conférer une autorité particulière. Ces éléments-là se présentent de la même façon en instance de cassation qu'ils se sont présentés en instance inférieure et rien ne s'oppose dès lors à ce qu'ils fassent l'objet d'un contrôle. Et point n'est besoin de savoir si la question ou la constatation relève du fait ou du droit. Statuant sur un recours, l'autorité de cassation a l'obligation d'examiner tous les points qu'il est possible d'aborder dans une procédure qui ne connaît pas de nouvelle administration des preuves³¹.

Mais l'intervention de l'autorité de cassation ne garantit pas nécessairement une décision plus juste. Même si la version des faits établie par le juge du fond paraît critiquable sous certains aspects, elle est souvent parfaitement soutenable. Selon certains auteurs, l'autorité de cassation n'a dans un tel cas pas le droit d'intervenir³². Selon d'autres, elle ne peut le faire que si l'intervention s'impose dans l'intérêt d'une uniformisation du droit ou de la jurisprudence³³. Mais ces restrictions sont injustifiées. Dans la logique du système présenté, une décision n'a pas besoin d'être viciée pour être cassée. Il suffit que la décision rendue après cassation soit meilleure, c'est-à-dire plus proche de la vérité matérielle, que la première. Le pouvoir d'examen de l'autorité de cassation n'est limité que par le seul critère de l'absence d'une administration de preuves et de débats en instance de cassation. Afin de pouvoir contrôler souverainement l'application du droit et assurer une juste décision, l'autorité de cassation a le devoir de vérifier toutes les constatations de fait, d'office et dans la mesure où cela est faisable en fonction des moyens qui sont mis à sa disposition par la procédure³⁴. Le fait qu'elle examine certaines constatations de fait dans un cas d'espèce n'est alors pas perçu comme une extension de son pouvoir d'examen puisque cette vérification fait partie de ses attributions, dans les limites de la procédure applicable.

31 Sarstedt-Hamm, 257; Riess, 271.

32 Schmid W., *Revisionsrichter*, 374, 383.

33 Peters, *Tatfragen*, 71.

34 Peters, *Strafprozess*, 642; Riess, 271.

Cette conception va très loin. Le pouvoir d'examen de l'autorité de cassation porte sur toutes les opérations que le juge du fond a effectuées, en particulier, sur l'administration et sur l'appréciation des preuves. L'autorité de cassation se transforme pour ainsi dire presque en une juridiction d'appel, amputée toutefois des pouvoirs nécessaires pour la constatation directe et complète des faits. Ce qui demeure soustrait au contrôle est l'élément subjectif de l'intime conviction du juge qui est incompressible et qu'il est impossible de vérifier³⁵.

Conclusions

261. Nous avons abordé, dans la première partie de notre travail, l'étude théorique des voies de recours. Notre approche nous a conduit à une qualification processuelle et fonctionnelle de celles-ci. Selon cette définition, le recours est une action formatrice du droit processuel tendant à l'élimination de l'acte juridictionnel qu'il entreprend¹. Sa nature juridique ne diffère pas selon qu'il s'agit d'un recours ordinaire ou extraordinaire, d'un recours réformatoire ou simplement cassatoire. Sa finalité est par essence processuelle², de même que la nature du contentieux qu'il ouvre. Son objet³ et, surtout, son fondement⁴ s'expliquent également dans une optique uniquement processuelle. La procédure sur recours, considérée sous cet angle fonctionnel, se présente à tous égards comme un procès d'une entité propre qui se démarque du procès au fond. Celui-ci a trait aux conditions matérielles et formelles de l'exercice du pouvoir répressif de l'Etat. Celui-là met en cause l'existence processuelle de l'acte juridictionnel attaqué.

La vérification juridictionnelle constitue l'opération-clé du procès sur recours. Elle est l'activité caractéristique de l'autorité de recours qui assume une fonction de contrôle⁵ en vérifiant, à la demande du recourant, la présomption de conformité au droit dont bénéficie a priori tout acte juridictionnel. L'opération ne s'effectue pas de la même manière selon que la vérification est engagée sur appel ou par un recours en cassation. Nous ne revenons pas, ici, sur ces différences⁶. Dans leur vocation fonctionnelle toutefois, appel et cassation, ne se distinguent pas.

262. Nous avons analysé, dans la deuxième partie de notre travail, le traitement des faits en instance de recours. Les résultats de notre étude confirment les observations de plusieurs auteurs⁷: dans la pratique, appel et cassation se rapprochent. Une convergence se retrouve et dans l'aménagement des voies de recours par le législateur et dans la pratique des tribunaux.

1 Ci-dessus no 55.

2 Ci-dessus no 48.

3 Ci-dessus no 101.

4 Ci-dessus no 136.

5 Hagen, Elemente, 113,114.

6 Ci-dessus no 187

7 Clerc, Trente ans, 346; Dubs, 30; Küng, 266,268; Räcklin, 33; Schultz, Reform. 206.208; -, Strafprozessreform, 47.

D'une part, le rapprochement se fait de l'appel à la cassation. L'appel est une voie de recours très répandue que seuls quelques systèmes ignorent complètement⁸. En effet, cette procédure est favorable au recourant qui n'a le plus souvent pas à motiver⁹ son recours et qui bénéficie de l'interdiction de la *reformatio in peius*¹⁰. Pourtant, de par la loi, nombre de jugements ne peuvent être entrepris par cette voie¹¹. Par souci d'économie, l'appel est fréquemment exclu en matière de petite délinquance. Il n'est en principe pas non plus ouvert contre les jugements de première instance qui émanent d'un tribunal supérieur ou d'un tribunal siégeant avec le concours de jurés. Cette réglementation a notamment pour conséquence d'exclure un contrôle des faits lorsque les infractions à juger sont graves et que les peines sont lourdes. Si la démarche à suivre en instance de recours est en principe celle d'un juge du fait, la loi allège la procédure et permet à l'autorité juridictionnelle de limiter considérablement l'instruction des faits de l'affaire au fond notamment¹². L'administration des preuves et l'établissement des faits de la cause sont avant tout du ressort du premier juge. En réalité, les juges d'appel statuent le plus souvent sur pièces¹³. Ils entendent généralement respecter le pouvoir dont jouit le juge inférieur lorsqu'il tranche l'affaire au fond et n'interviennent en principe pas pour remplacer son appréciation par la leur¹⁴. Les juges d'appel dénotent donc une propension à limiter autant que possible leur contrôle aux questions de droit¹⁵. La pratique des tribunaux d'appel s'approche visiblement d'une *revisio in iure*.

D'autre part, un certain rapprochement se fait de la cassation vers l'appel. Le législateur a prévu, dans l'aménagement de la procédure en instance de recours, un certain nombre de dispositions qui, au fond, sont étrangères au système de la cassation. Le juge de cassation n'est par exemple pas toujours tenu de façon impérative par les constatations de fait opérées par le juge du fond¹⁶. La loi permet aussi, à certaines conditions, au juge de cassation de statuer au fond de sorte que le renvoi de la cause après cassation n'est pas forcément de rigueur¹⁷. En pratique, les tribunaux de cassation sont en outre manifestement enclins à contrôler le fait¹⁸. Ce contrôle est indirect parce que la procédure applicable en instance de cassation ne permet pas à l'autorité de recours de procéder à une instruction immédiate des faits de la cause au fond. Lorsque les faits matériels paraissent contestables, l'expédient consiste à s'en

8 PPF, FR, NE, TI, VD.

9 Ci-dessus no 111.

10 Ci-dessus nos 175, 180.

11 Hauser, *Kurzlehrbuch*, 277, 278; Küng, 248, 255; Pfrommer, 131, 138; Real, 273, 274.

12 Ci-dessus no 197.

13 Ci-dessus nos 197, 256.

14 Ci-dessus no 203.

15 Schultz, *Reform*, 207.

16 Ci-dessus nos 215-218.

17 BE 334; FR 58 ch. 1; GE 353 al. 2; NE 252; VD 448.

18 Ci-dessus no 257.

prendre à la façon dont ils ont été établis¹⁹. Les juges de cassation contrôlent dès lors le fait par le biais d'un examen de l'administration et de l'appréciation des preuves²⁰, voire par un examen de la motivation des jugements²¹. Le point de savoir si un fait est prouvé ou non est ainsi du domaine de l'appréciation juridique.

263. On constate ainsi que du point de vue dogmatique, l'appel et le recours en cassation, dans leur vocation fonctionnelle, se confondent. Du point de vue pratique, ils permentent indifféremment au recourant de faire contrôler l'application du droit du premier juge. En outre, la pratique des tribunaux évolue indéniablement vers un contrôle limité des faits, en matière d'appel comme en matière de cassation. La question qui se pose dès lors, logiquement, est de savoir si, d'un point de vue théorique et pratique, une voie de recours ordinaire unique permettant de critiquer l'application du droit et, de manière limitée, la constatation des faits de la cause, ne serait pas opportune.

L'introduction d'une telle voie de recours a été proposée et largement discutée dans le cadre d'une révision du système des voies de recours à la fin des années soixante-dix en Allemagne²². Les travaux n'ont toutefois pas abouti. A notre connaissance, l'idée d'une voie de recours unique n'a jamais été étudiée en France. En Suisse, la question a été abordée en différé. Ce n'est pas par hasard que la discussion est animée notamment par les auteurs de la doctrine alémanique²³. Certains projets de loi reprennent également l'idée d'introduire une seule voie de recours limitée en fait mais entière en droit²⁴.

Nous nous proposons pour notre part de développer, en conclusion de notre thèse, quelques réflexions à propos de l'institution d'une voie de recours unique. Nos conclusions entraînent un certain nombre d'observations que nous inspire l'aménagement d'une telle voie de recours. Par avance nous précisons que notre propos n'est pas d'élaborer des propositions concrètes pour une réforme du système des voies de recours dans son ensemble. Il nous faudrait pour cela prendre en considération des facteurs multiples dont l'évaluation nous échappe du moins en partie. L'entreprise, en tous les cas, dépasserait le cadre et l'idée de ce travail.

19 Clerc, Trente ans, 346.

20 Ci-dessus no 230.

21 Ci-dessus no 249.

22 Löwe-Rosenberg, Schäfer, Einl. Kap. 5 no 87; -, Hanak, vor §333 ncs 17,18 et les références citées; 52, DJT 1978.

23 Hauser, Kurzlehrbuch, 282; -, Probleme, 566 in fine; Rehberg, Rechtsmittel, 357; Schultz, Reform, 208; -, Strafprozessreform, 47.

24 Avant-projet du CPP ZH du 11.7.1980, §§ 421ss.,424; Avant-projet du CPP ZH du 10.11.1981; Projet du CPP ZH du 21.2.1983, §§ 359ss.,361; Avant-projet du CPP TI du 11.3.1987, art. 238.

264. Les voies de recours sont le propre d'un système judiciaire moderne. Ce qui ne fait pas pour autant des premières un élément constitutif du second. Dans l'idéal, un système judiciaire s'en passerait. Mais, l'homme étant faillible, un mécanisme de contrôle et de correction est nécessaire.

Il appartient au législateur de mettre en place un système judiciaire performant qui permette d'assurer, en définitive, la paix du droit. Celle-ci résulte d'un aménagement équilibré de la procédure en première instance et des voies de recours²⁵. Le législateur a donc prévu, en matière pénale comme en d'autres, de multiples possibilités de recours à différents stades de la procédure. La prolifération des voies et des degrés de recours que nous connaissons aujourd'hui s'explique sans doute par le souci d'assurer, constamment et au mieux, les droits des justiciables. Mais l'installation de voies de recours successives risque d'ériger la contestation en système. On ne saurait bien entendu reprocher au justiciable d'user des moyens de recours qui lui sont proposés mais, lorsque les voies de recours sont excessivement nombreuses, leur utilisation abusive risquerait de paralyser le système. Or, une procédure judiciaire trop longue sape la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer.

La Convention européenne des Droits de l'Homme, en ce sens, fait obligation aux Etats contractants d'organiser leur système judiciaire de manière à ce que les tribunaux puissent rendre un jugement dans un délai raisonnable²⁶. Cette injonction s'adresse incontestablement aux législateurs. Structure et organisation du système judiciaire national doivent intégrer le principe de la célérité. Le cas échéant, un Etat doit simplifier un système de voies de recours devenu par trop complexe²⁷.

L'organisation de la procédure et la hiérarchie des tribunaux à deux niveaux sont dues à la structure fédérative de la Suisse. Ce fait oblige à distinguer les voies de recours et les pouvoirs des autorités de recours fédérales et cantonales. La fonction de l'autorité de recours n'est en effet pas la même au niveau fédéral qu'au niveau cantonal.

265. La paix du droit repose dans une importante mesure sur la notion de justice²⁸. Ce concept ne renferme cependant pas seulement l'idée de la vérité matérielle; dans un Etat de droit, la juste application du droit doit aussi être homogène, ce qui oblige à veiller à l'uniformisation de la jurisprudence des tribunaux inférieurs. La fonction d'une autorité juridictionnelle de dernier recours est essentiellement formatrice et unificatrice²⁹. Un tribunal suprême n'existe pas dans l'intérêt premier des parties, mais dans celui de la loi. Dans

25 Ci-dessus no 17.

26 CEDH art. 6 ch.1

27 EuGRZ, 1978, 417 no 100; Frohwein/Peukert, 161, no 107; Küng, 93.

28 Ci-dessus nos 15,17.

29 Hagen, Elemente, 116; Huth, 36; Leuch, 1.

cet esprit, l'art. 114 Cst. féd. confie au Tribunal fédéral le soin d'interpréter le droit fédéral³⁰. Un rôle analogue revient aux autorités cantonales lorsqu'elles statuent en dernière instance, par exemple pour ce qui est de l'application du droit cantonal.

L'histoire des institutions judiciaires connaît essentiellement deux modèles de juge suprême: un juge de troisième degré, intégré dans l'ensemble du système judiciaire; un juge de cassation, chargé d'un contrôle plutôt formel du respect de la loi³¹. Si en pratique les deux modèles ont tendance à se confondre, aujourd'hui, le deuxième correspond sans doute mieux au rôle et à la fonction qu'on attribue à l'autorité juridictionnelle de dernière instance. La législation fédérale prévoit, en matière pénale, deux voies de recours ordinaires de nature cassatoire: le pourvoi en nullité (268 PPF), qui est principal, et le recours de droit public (84 OJ), subsidiaire.

266. Le contrôle de l'application du droit est avantagement assuré par une vérification du raisonnement juridique. La juridiction suprême, dès lors, vérifie sans limite le raisonnement en droit. Son contrôle porte en premier lieu sur chacune des trois propositions du syllogisme prises isolément, majeure, mineure et conclusion. Il comprend ensuite la vérification du raisonnement par lequel le juge a relié les trois propositions. Parfois, le contrôle de l'application du droit appelle des développements interprétatifs. Le texte normatif ne suffit en effet pas toujours en lui-même et l'application uniforme du droit exige une interprétation de la loi dans le sens souhaité.

Le contrôle de l'application du droit présuppose la motivation des jugements³². La rectitude d'un raisonnement ne peut s'apprécier que si les éléments qui le composent sont exposés. La motivation du jugement attaqué doit dès lors être suffisante en fait comme en droit.

Pour pouvoir assurer l'application uniforme du droit, la juridiction suprême n'a en revanche pas besoin de connaître elle-même du fait. L'intervention d'une juridiction suprême ne trouve sa justification que dans la nécessité de promouvoir l'unité du droit et d'uniformiser la jurisprudence. Il n'est pas souhaitable, ni nécessaire, que cette juridiction statue en fait. La constatation des faits se situe par ailleurs en dehors du raisonnement juridique³³. Le contrôle en droit, à la rigueur, se conçoit même de façon purement théorique³⁴.

La fixation de la sanction pénale relève sans doute de l'application du droit et du raisonnement juridique. Toutefois, l'appréciation d'une sanction pénale, peine ou mesure de sûreté, prononcée par le juge du fond dépend

30 Haller, ad art. 114, no 5.

31 Hauser, Reform, 533.

32 Ci-dessus nos 249, 252, 255.

33 Ci-dessus no 194.

34 CPP français art. 621.

fortement des circonstances du cas d'espèce. La vérification de la quotité de la peine s'impose avant tout pour des motifs d'équité et, sur ce point, la juridiction suprême doit exercer son contrôle avec retenue. La mesure de la peine ne doit être corrigée qu'en cas d'arbitraire. Pour le surplus, son contrôle ne doit se rapporter qu'au raisonnement appliqué par le premier juge. La vérification des principes et des critères à utiliser pour la fixation de la sanction permet cependant à la juridiction suprême d'assurer, à un certain degré, l'uniformité dans l'appréciation des sanctions.

267. L'existence d'une autorité de recours suprême étant admise, se pose la question du nombre d'instances juridictionnelles inférieures.

Le juge du fait, premier degré de juridiction, est institué d'ordinaire par le droit cantonal³⁵. Dans la mesure où, en matière pénale, une instance de recours est garantie au niveau fédéral, il n'est pas obligatoire pour l'Etat d'en prévoir d'autres au niveau cantonal³⁶. Les tribunaux répressifs cantonaux peuvent en effet statuer en instance unique³⁷. Mais un système judiciaire qui ne présente qu'un seul degré de recours n'est guère performant. Le rôle premier de l'autorité suprême est d'assurer l'application uniforme du droit. L'absence d'une instance de recours entre le juge du fait, au niveau cantonal, et l'unique instance de recours, au niveau fédéral, obligerait cette dernière à considérer essentiellement le cas d'espèce. Sa jurisprudence aurait donc essentiellement trait aux circonstances du cas individuel. Afin de permettre à la juridiction fédérale d'assumer son rôle de juge suprême, une instance de recours cantonale s'impose. Il incombe à celle-ci de prendre en compte les problèmes relatifs au cas d'espèce.

Plusieurs cantons ont adopté et l'appel et le recours en cassation comme voies de recours ordinaires. Ces deux voies se présentent le plus souvent de manière alternative. L'ouverture de l'une exclut celle de l'autre³⁸. L'utilisation des deux recours est éventuellement cumulative; le recours en cassation est en ce cas ouvert contre un jugement rendu en instance d'appel³⁹. Dans d'autres systèmes judiciaires, l'appel⁴⁰, voire le recours en cassation⁴¹, constituent l'unique voie de recours ordinaire au niveau cantonal.

268. A première vue, l'appel assure parfaitement la justice du cas particulier. Il conduit au rejugement de la cause au fond, ce qui, dans l'esprit et dans la conscience juridique populaires, garantit la découverte de la vérité matérielle. Un deuxième procès au fond permet à l'autorité de recours

35 CPS 340,343.

36 Cf-dessus no 43.

37 Dubs, 28; BE 328 ch. 3.

38 BE 304,327; BS 236,256.

39 GE 239,339; ZH 410,428,430 b).

40 AG 217; GR 141; VS 176.

41 FR 54; NE 241.

d'examiner l'affaire à la lumière des critiques avancées par le recourant. L'autorité de recours constate elle-même les faits de la cause et effectue le raisonnement juridique complet pour aboutir à son propre jugement. En rendant directement un nouveau jugement au fond, elle corrige, notamment pour ce qui est du fait, les lacunes de l'instance inférieure. La répétition complète des opérations d'un procès au fond se justifie essentiellement dans l'hypothèse d'une mauvaise constatation des faits lors du premier procès. L'idée d'un deuxième jugement exprime ainsi un manque de confiance à l'égard du travail accompli par le premier juge.

Mais un deuxième jugement en fait n'est pas systématiquement nécessaire ni même utile. Il existe un lien entre l'aménagement de la procédure en instance de jugement et le pouvoir de cognition à reconnaître à l'autorité de recours⁴². Lorsque le procès en première instance offre toutes les garanties d'une saine et complète constatation des faits, une répétition des opérations n'apporte rien. Une voie de recours qui provoque la reprise de l'affaire *ab ovo* est superflue. Sous cet angle, il ne paraissait par exemple guère nécessaire d'introduire l'appel en procédure pénale militaire⁴³. Pour des raisons d'efficacité cependant, la procédure est parfois considérablement simplifiée en première instance déjà, ce qui reflète toute la relativité du principe de l'oralité et de l'immédiateté des débats en instance de jugement. Certains allègements de la procédure affectent sensiblement et de manière directe la qualité des opérations pour la recherche de la vérité matérielle. L'erreur judiciaire trouvant sa première source dans une mauvaise constatation des faits de la cause⁴⁴, une reprise de l'instruction de ceux-ci est justifiée.

269. L'introduction de l'appel ou, au contraire, sa suppression, sont régulièrement discutées. Partisans et adversaires de l'appel s'affichent notamment à chaque fois qu'une révision du système des voies de recours est entamée. Il n'y a pas lieu de refaire ici le débat des arguments invoqués de part et d'autre⁴⁵. Il sied à notre avis d'insister sur deux critiques seulement qui, d'ailleurs, ne touchent pas spécifiquement à la procédure d'appel. Elles concernent aussi, mais dans une moindre mesure, le procès après renvoi par le juge de cassation, voire la phase du rescisoire en cas de recours en révision.

Premièrement, il tombe sous le sens que le recommencement de toute la procédure devient d'autant plus illusoire que l'affaire au fond est complexe. Certaines causes, par exemple en matière de criminalité économique, sont excessivement difficiles, compliquées ou longues à résoudre. Des

42 Riklin, 34; Schultz, Reform, 207,211,212.

43 Hausor, Reform, 536; Küng, 246,257; Riklin, 35; Schultz, Reform, 207; - , Strafprozessreform, 47.

44 Ci-dessus no 35.

45 Bollinger, 32 note 1; Hery, 22 notes 8-10; Tröndle, Frage, 161,171; - , Reform, 80,81; Pfenniger, Appellationsinstanz, 253; - , Probleme, 297,300; - , Strafrecht, 206; - , Strafprozessreform, 373; Küng, 251,256 et les auteurs cités.

considérations purement pratiques de coût et de moyens à disposition, de même que le principe de la célérité, s'opposent à ce que, en cas de recours, de tels procès soient systématiquement refaits ab ovo.

Le principe de l'immédiateté et de l'oralité, ensuite, veut que le juge d'appel ne s'appuie pas sur les preuves administrées en instance inférieure, mais procède lui-même, autant que faire se peut, à une nouvelle instruction de la cause. En raison du simple écoulement du temps, les difficultés inhérentes à une procédure de preuves sont amplifiées lors du deuxième procès. La qualité des preuves à disposition par exemple diminue et certains moyens de preuve sont susceptibles de s'altérer ou de disparaître ⁴⁶.

270. Dans la mesure où l'objection tient à la reprise du procès au fond, la question se pose de savoir si l'appel ne pourrait pas être assorti de restrictions de sorte que l'introduction du recours n'ouvre pas, du moins pas systématiquement, un nouveau procès au fond. D'autant plus que l'étude de la jurisprudence des tribunaux en matière d'appel révèle qu'en réalité les juges de deuxième instance ont une tendance certaine à ne pas refaire le procès au fond mais à se borner à examiner les critiques formulées par le recourant.

Il a déjà été constaté que la répétition complète d'un jugement en fait et en droit n'est pas assurée, même en matière pénale ⁴⁷. Une voie de recours souffre généralement de restrictions dans son aménagement. Ces restrictions ne doivent pas être confondues avec les éventuelles limitations apportées à l'étendue du pourvoi. Ces limitations, qui découlent du principe dispositif, résultent de la volonté du recourant ⁴⁸. Les restrictions sont, elles, imposées par la loi et concernent les conditions pour l'exercice du recours ainsi que la procédure en instance d'appel. Elles limitent l'exercice même du droit de recours.

On peut en imaginer de diverses sortes.

271. Les conditions de forme et de contenu pour l'introduction de l'appel, par exemple, pourraient être plus strictes. Le plus souvent, le recourant se contente, pour faire appel, d'une simple déclaration. Il n'indique, le cas échéant, que sommairement les moyens qu'il invoque et se dispense en général de fournir une motivation à l'appui de son recours ⁴⁹.

La loi pourrait rendre obligatoire l'exposé exact des moyens, voire des motifs en appel. Cela aurait pour conséquence de simplifier considérablement la procédure en instance de recours. En pratique, les juges d'appel demandent d'ailleurs déjà au recourant de préciser la portée de sa déclaration ⁵⁰. Il

46 Kung, 252.

47 Ci-dessus no 43; Schultz, Reform, 210.

48 Ci-dessus no 114.

49 Ci-dessus nos 110, 111.

50 Ci-dessus no 199.

incomberait ainsi, mais de par la loi, à l'appelant de cerner précisément les points qu'il entend critiquer. Ceci, notamment, aurait pour effet de limiter le pourvoi en raison de la volonté même du recourant et de lier par conséquent l'autorité de recours en ce sens⁵¹. Pour pouvoir critiquer une mauvaise application du droit, par exemple, le recourant aurait à indiquer les faits qui sont à la base du raisonnement prétendument vicié; pour se plaindre d'une mauvaise constatation des faits de la cause, il aurait à désigner ceux qu'il vise et à proposer les moyens de preuve qui étayent le bien-fondé de son recours. Le juge d'appel, sur la base de ces éléments, pourrait alors se déterminer en fonction de ce qui, réellement, est demandé par le recourant; cela limiterait une éventuelle nouvelle instruction des faits qui se rapporterait uniquement aux points critiqués. Les faits matériels non contestés seraient repris sans autre examen.

Mais des restrictions de ce genre sont plutôt difficiles à imposer.

D'abord parce que tout recourant cherche naturellement à saisir sans limitation les possibilités de recours qui lui sont offertes. L'appel, en pratique, serait dès lors souvent plein, du moins au moment de son introduction. Une limitation subséquente, en cours d'instance, ne permettrait pas forcément toujours de faire l'économie de certaines opérations de procédure.

En raison du rôle du juge ensuite. En tant que deuxième juge du fait, le juge d'appel assume une responsabilité pour la constatation juste et exacte des faits de la cause, même si, par essence, il intervient en qualité d'autorité de recours. Sa responsabilité s'étend aux faits dont l'établissement est nécessaire pour le jugement de l'affaire. S'il ne procède pas à une instruction nouvelle et complète, la difficulté est pour lui d'intégrer, dans un état de fait établi par le premier juge, les faits qu'il constate lui-même. Il semble à cet égard évident qu'il doit alors au moins vérifier les faits sur lesquels reposent ceux qu'il entend constater et revoir ceux qui, logiquement, reposent sur les faits qu'il a lui-même établis. L'instruction ne serait donc guère limitée. Le juge d'appel en tant que juge du fait ne pourrait pas non plus simplement passer outre lorsqu'il doute de la rectitude d'un fait non contesté. Il n'est pas compatible avec le principe de la recherche de la vérité matérielle que le juge qui est appelé à juger une cause pénale au fond, n'instruise pas l'affaire d'office. Le juge d'appel ne saurait dès lors pouvoir se contenter d'examiner, pour juger au fond, les seuls moyens de preuves invoqués par le recourant.

L'obligation de motiver suffisamment l'appel pose aussi un problème de sanction. Si l'irrecevabilité de l'appel sanctionne de façon adéquate l'absence de toute motivation, elle semble trop sévère pour des cas moins clairs, à savoir lorsque le recourant donne des éléments qui ne suffisent cependant pas à restreindre la procédure d'appel.

272. L'appel pourrait aussi faire l'objet d'un examen préliminaire qui ne porterait pas, comme un examen préalable de recevabilité, uniquement sur la réalisation des conditions de procès ou de recours, mais qui servirait à déterminer la nécessité ou l'opportunité d'un nouveau procès au fond. Il appartiendrait à l'autorité d'appel d'évaluer dans quelle mesure la reprise des opérations pour un nouveau procès au fond paraît utile et justifiée. A la lumière du pourvoi et des pièces du dossier, elle déciderait souverainement des actes et de la procédure pour l'opération de la vérification juridictionnelle. La proposition s'inspire du recours en révision où l'autorité de recours, dans la phase du rescindant, examine la recevabilité du recours non seulement en la forme mais encore au fond. A la différence de ce mécanisme toutefois, le juge en instance d'appel, en cas d'admission du recours, au lieu de renvoyer la cause en rescisoire, rendrait lui-même son jugement au fond, cas échéant après avoir procédé à de nouveaux débats oraux et contradictoires.

Un tel examen permettrait de régler rapidement, en instance de recours, les cas où l'appelant ne cherche qu'à obtenir la suspension de l'exécution du jugement ou la réduction de la quotité de la peine à laquelle il a été condamné par le premier juge. En outre, un nouveau procès au fond serait évité à chaque fois que le jugement attaqué pourrait être confirmé sur la base du seul examen du recours et du dossier. Sans nouveaux débats, l'appel serait alors déclaré non fondé. En cas de doute, notamment quant à la constatation complète et exacte des faits de la cause, la reprise des opérations en revanche s'imposerait. En ce cas, un nouveau procès au fond seulement permettrait d'établir si l'appel est véritablement fondé ou non.

Force est d'observer que cette solution ouvre en réalité la porte au jugement de l'affaire "sur pièces". Elle autorise en effet l'autorité juridictionnelle à juger la cause au fond en se limitant le cas échéant à une procédure purement écrite. Sur la base d'un examen préliminaire du recours, le juge d'appel pourrait se dispenser d'une instruction directe et immédiate des faits lorsqu'il estimerait ne pas en avoir besoin. Agissant en juge du fait, il pourrait même en venir à introduire, compléter ou modifier des faits concernant l'affaire au fond sans avoir à les constater dûment, mais simplement sur la base des éléments du dossier. Or il est intolérable que, dans un procès pénal, le juge statue en fait et en droit sur une affaire sans devoir établir lui-même, selon le principe de l'oralité et de l'immédiateté des débats, la vérité judiciaire qui lui sert de base pour son jugement.

273. Pourtant, la critique essentielle qui doit être faite n'a pas trait aux difficultés pratiques liées à l'aménagement d'éventuelles restrictions de l'appel. A notre sens, l'objection principale est d'ordre conceptuel. Elle tient au mécanisme même qui est utilisé pour la vérification juridictionnelle.

En instance d'appel, ce mécanisme implique un nouveau jugement, complet ou partiel, de la cause au fond ⁵². C'est le nouvel examen des faits et du droit qui indique si, et dans quelle mesure, il y a lieu de trouver une solution qui diffère de celle du premier juge et si, par conséquent, le recours est fondé ou non. Dans l'esprit d'un nouveau jugement de l'affaire, les opérations accomplies auparavant par le premier juge, notamment celles qui se rapportent à la constatation des faits, ne sont pas vérifiées mais répétées. Si à cette occasion l'autorité de recours est peu susceptible de commettre les erreurs éventuellement commises en première instance, elle peut en faire d'autres ⁵³. Le jugement en appel n'est pas forcément meilleur, notamment en ce qui concerne la constatation des faits, les sources d'erreur étant les mêmes pour tous les juges.

Le mécanisme d'un nouveau jugement de l'affaire ne correspond ni à l'idée, ni à la fonction d'une voie de recours. Si, dans une approche fonctionnelle, l'appel se présente rigoureusement comme une voie de recours, sa concrétisation est en réalité autre: le procès en instance d'appel est régulièrement réduit à l'idée d'un recommencement du procès au fond. Le concept du procès sur recours est alors éludé, voire ignoré. En pratique, le procès devant le juge d'appel se présente dès lors comme un deuxième procès en instance de fait et non pas comme un premier procès en instance de recours.

D'un point de vue dogmatique, pareille construction est insoutenable. Il a déjà été démontré que le procès en instance de recours n'était pas la continuation ou la reprise du procès introduit devant le juge du fait ⁵⁴. Il est manifeste que, si on suit la construction, le nouveau procès au fond ne porte pas sur l'objet du recours. A vrai dire, ce deuxième procès au fond ne porterait pas même sur la question présentée en instance originaire, l'action publique ayant été liquidée par le procès dont le jugement est attaqué. En fait, le procès devant l'autorité d'appel porterait sur une matière qui, techniquement, ne lui aurait pas été déférée et dont elle se serait saisie d'elle-même.

274. La vérification juridictionnelle par un nouveau jugement de l'affaire au fond constitue un procédé assez inadéquat pour la construction d'une voie de recours. Le recommencement partiel ou total du procès au fond rend mal l'idée de contrôle qui marque la fonction de l'autorité de recours. En réalité, la procédure en appel reflète avant tout l'image d'un deuxième jugement au fond permettant de substituer une première appréciation de la cause par une deuxième.

L'idée d'un contrôle veut qu'une vérification n'ait pas lieu d'office mais sur demande seulement. Elle suppose aussi que cette vérification ne soit pas générale mais limitée aux points critiquables et effectivement critiqués.

52 Ci-dessus no 142.

53 Ci-dessus no 35.

54 Ci-dessus nos 47,102.

Ceux-ci, bien entendu, peuvent être de fait ou de droit. L'idée d'un contrôle enfin doit se concentrer sur le travail du premier juge, à savoir l'acte juridictionnel attaqué.

L'idée et la fonction d'une voie de recours se retrouvent assez bien dans le procédé prévu en instance de cassation. Dans un système de cassation pure, le mécanisme de la vérification juridictionnelle incarne parfaitement l'idée du contrôle, en ce sens qu'elle se limite aux moyens soulevés. Le recourant ne peut toutefois s'en prendre qu'à la mauvaise application de la loi. L'autorité de recours ne procède donc, théoriquement, qu'à un examen en droit du jugement attaqué. L'idée d'un pouvoir de contrôle strict, limité à la bonne application du droit, amène à une procédure de recours écrite. En bonne logique, une appréciation propre des faits de la cause au fond par le juge du recours est exclue. L'autorité de recours ne contrôle donc en principe pas les constatations de fait du premier juge.

En pratique, un contrôle aussi limité est apparu très insatisfaisant. L'étude de la jurisprudence démontre qu'il est nécessaire qu'une cour de cassation aborde, le cas échéant et dans une mesure limitée seulement, des éléments de fait concernant le litige au fond. L'autorité de recours au niveau cantonal doit garantir, en premier lieu, la justice dans le cas d'espèce⁵⁵ dont elle doit pouvoir tenir compte des éléments et des impératifs. Ceux-ci résident dans une large mesure dans les faits matériels. L'appel n'offrant qu'une construction très imparfaite pour la conception d'une voie de recours, il y a lieu d'aménager en conséquence la voie du recours en cassation. Il nous semble dès lors souhaitable de mettre le juge de cassation en mesure de vérifier, de façon limitée et à condition que le recourant le lui demande, les constatations de fait opérées par le premier juge.

275. Se pose alors la question de savoir si l'élargissement des moyens de cassation traditionnels est nécessaire. La réponse ne ressortit pas uniquement à la politique législative. On pourrait en effet imaginer un système où les faits de la cause sont contrôlés d'office, dans les limites de ce qu'il est possible d'accomplir par l'étude du dossier et sans nouvelle administration de preuves⁵⁶.

L'introduction d'un moyen de cassation exprès qui permette au recourant de critiquer des constatations de fait répond, à notre sens, à un besoin réel. Il est indéniable que la pratique des tribunaux de cassation engendre actuellement une certaine insécurité juridique et qu'il est difficile, voire impossible, d'évaluer à l'avance les chances d'un recours dans lequel on fait valoir des questions de fait. La pratique des tribunaux n'est pas la même dans

55 Ci-dessus no 267.

56 Ci-dessus no 260.

les cantons, même si le Tribunal fédéral opère, quant à lui, une incursion plutôt large dans les faits. A ce jour, s'il est manifeste que les juges de cassation se sont arrogés un pouvoir considérable en matière de cognition des faits, il est difficile de saisir l'usage qu'ils en font. L'introduction d'un nouveau moyen de cassation permettrait d'asseoir ce pouvoir dans la loi ce qui, conséquemment, conférerait au justiciable un véritable droit à invoquer des éléments de fait en instance de cassation.

276. Une voie de recours de cassation élargie influencerait naturellement sur l'aménagement de la procédure devant le premier juge. Un lien existe entre le pouvoir de cognition de l'autorité de recours et les opérations accomplies en instance de jugement⁵⁷. Dans la mesure où l'examen complet des faits n'est pas possible en instance de recours, la vérité matérielle doit impérativement se dégager lors de la procédure en première instance. Celle-ci, en effet, est la seule instance de jugement au fond, et le premier juge l'unique juge du fait. La vérité matérielle doit par conséquent s'imposer à ce niveau déjà. Pour cela, il est nécessaire de renforcer formellement les garanties qui en assurent la découverte.

L'application stricte du principe de l'oralité et de l'immédiateté des débats est la première des garanties pour la manifestation de la vérité matérielle. Dès lors, il y aurait lieu de la renforcer tout particulièrement. Ce principe n'est d'ailleurs pas également respecté. Dans la plupart des cantons il est assorti de nombreux tempéraments⁵⁸. Un système mixte de procédure écrite et orale avec une immédiateté facultative permet en général au juge de se forger une conviction tant sur les pièces du dossier que sur les preuves immédiatement soumises aux débats. Ainsi est-il par exemple permis au juge de première instance de statuer sur la base du dossier établi par le juge d'instruction. Une procédure simplifiée ou même sommaire en première instance ne paraît guère compatible avec un contrôle des faits limité seulement en instance de recours. Il est toutefois certain que le degré de perfection de la justice rendue en première instance dépend aussi, et dans une large mesure, de facteurs parfaitement étrangers à l'aménagement d'une procédure. Les qualités et la formation professionnelles des juges ainsi que leurs conditions de travail par exemple sont également déterminantes.

Il serait en outre utile de préciser le sens du principe de la libre appréciation des preuves en rappelant, le cas échéant dans la loi, que le juge n'est pas exactement libre dans l'administration et l'appréciation du matériel probatoire mais qu'il doit se fonder, pour parvenir à une intime conviction, sur

57 Ci-dessus no 268.

58 Hauser, Prinzip, 169.

un ensemble de preuves établi et apprécié selon un raisonnement cohérent et logique qu'il est tenu d'exposer en fait comme en droit. En particulier la motivation en fait d'un jugement ne saurait se borner à relater uniquement les faits de la cause. Elle doit rendre raison des sources, des preuves et de leur appréciation telles qu'elles ont conduit le juge à tenir finalement pour constant ou non un fait important. Celui-ci doit exposer de façon compréhensible les opérations auxquelles il s'est livré pour l'établissement de l'état de fait. A défaut d'une motivation détaillée, un réel contrôle, même restreint, de la constatation des faits est impraticable. Par une telle réglementation, la motivation d'un jugement, notamment en cas de jugement condamnatore, deviendrait sans doute assez complexe.

277. Il nous faut encore préciser à présent les limites du contrôle de l'autorité de recours sur la constatation des faits du premier juge.

Une éventuelle vérification des faits, lorsqu'elle est demandée expressément par le recourant, ne saurait s'arrêter à l'arbitraire. Pareille option ne nécessite en effet nullement l'introduction d'un moyen de recours nouveau ⁵⁹. Le grief de la constatation arbitraire d'un fait, s'il ne constitue pas un moyen de cassation en soi, tombe régulièrement sous l'un des moyens déjà prévus ⁶⁰.

Le contrôle de l'autorité de recours en matière de fait ne peut pas être trop large non plus. Il ne s'agit pas de permettre au recourant d'obtenir simplement une deuxième appréciation de l'affaire qu'il espère plus favorable. L'autorité de cassation ne dispose pas d'une procédure qui lui permettrait d'instruire elle-même les faits de la cause au fond. Pour décider du bien-fondé du recours, elle ne doit dès lors pas substituer sa propre perception des faits matériels à l'appréciation de ceux-ci par le juge du fond. Les considérants de l'arrêt d'annulation s'imposant au juge de renvoi ⁶¹, l'autorité de recours ne doit formuler qu'avec retenue ses directives pour une nouvelle instruction des faits en cas de renvoi.

Il nous paraît ainsi judicieux d'arrêter l'examen de l'autorité de recours en matière de fait à l'appréciation du doute relatif à la régularité ou à l'exactitude des faits matériels importants. Le moyen de recours à prévoir doit permettre au recourant d'alléguer l'existence d'un vice qui met sérieusement en cause la rectitude de la constatation des faits décisifs pour le jugement de la cause au fond.

59 Pourtant: Projet CPP ZH § 361 lit.c); Avant-projet CPP TI art. 238 al.1 lit. g).

60 Ci-dessus no 217.

61 Ci-dessus nos 172,173.

Pour coucher dans la loi ce nouveau moyen de recours, nous ajouterions, aux moyens de cassation traditionnels, une disposition libellée comme suit:

Le recours en cassation est en outre recevable en cas de doute important au sujet de la régularité ou de l'exactitude dans la constatation d'un fait essentiel de la cause.

Le recourant doit préciser les faits dont la constatation est critiquée et indiquer les moyens de preuve qu'il propose.

278. Si la formule n'est pas très précise, elle met néanmoins en évidence plusieurs aspects.

La création d'un tel moyen de recours autorise d'abord expressément l'autorité juridictionnelle de cassation à revoir les faits de la cause au fond, mais uniquement dans la mesure où ils ont été entrepris par le recourant. En raison du principe dispositif qui régit le procès en instance de recours, l'autorité supérieure est liée par les moyens invoqués. Dès lors, lorsque le recourant se plaint d'un vice dans la constatation des faits seulement, l'autorité de recours revoit, dans la mesure demandée, l'état de fait établi par le premier juge. A contrario, elle n'a pas à contrôler ceux qui ne sont pas critiqués.

Il ressort en outre de la formule que l'autorité de recours se borne, sur allégation de ce moyen, à examiner le problème de savoir s'il y a lieu d'admettre l'existence d'un doute sérieux quant à l'exactitude d'un ou de plusieurs faits importants pour le jugement de la cause au fond. Il n'y a donc pas que la constatation arbitraire qui justifie l'annulation du jugement; un doute quant à l'exactitude du fait entrepris, pour autant qu'il soit qualifié, entraîne également la cassation. Le doute incarne ici le vice qui affecte l'acte juridictionnel entrepris. Il procède essentiellement des constatations de fait exposées dans le jugement, en particulier lorsqu'ils apparaissent en contradiction avec le résultat de l'administration des preuves ⁶².

La formule exprime enfin que le fait inexact ou mal établi doit être essentiel pour le jugement de la cause; l'erreur qui prétendument affecte la constatation des faits doit être causale ⁶³. Des imprécisions ou des incohérences mineures, même si les faits concernés sont décisifs, ne suffisent pas à influencer sur l'issue de la cause. Dans l'hypothèse où l'allégation d'une imprécision dans la constatation des faits s'avère fondée, la constatation exacte doit aboutir à une modification sensible de la solution adoptée par le jugement entrepris.

62 PPM 185 al. 1 lit. f).

63 Ci-dessus nos 149, 150.

En admettant l'existence d'un doute sérieux relatif à l'exactitude des faits mis en cause, l'autorité de recours ne poursuivra pas l'opération de la vérification juridictionnelle dont elle est chargée. La présomption formelle de la conformité au droit de l'acte juridictionnel reposant en particulier sur la présomption de justesse et d'exactitude matérielle du jugement ⁶⁴, l'autorité de recours ne saurait raisonnablement en attester la validité et la régularité formelle lorsqu'elle-même a un sérieux doute quant à l'exactitude de l'état de fait sur lequel se fonde le jugement.

Ce nouveau moyen de cassation offre en particulier au recourant la possibilité de critiquer l'administration et, surtout, l'appréciation des preuves par le juge du fait. En alléguant l'existence d'un vice important dans la constatation des faits, il oblige l'autorité de recours d'une part à examiner si la constatation des faits de la cause est complète ⁶⁵, et d'autre part à contrôler le raisonnement utilisé par le premier juge pour la constatation desdits faits ⁶⁶. Les méthodes et les moyens modernes à disposition pour l'instruction des faits ont considérablement objectivé toute la procédure probatoire. Le juge du fait se doit aujourd'hui, pour assurer la vérité matérielle, d'appliquer correctement les lois de la nature ou de la technique et recourir, si besoin est, aux résultats et aux connaissances de la psychologie et de la sociologie, de la police technique et scientifique, etc. L'exploitation de ces sources est éminemment vérifiable. Il va de soi que l'élément irréductible et purement subjectif que contient l'intime conviction échappe à ce contrôle ⁶⁷.

279. L'introduction d'un moyen permettant au recourant de se prévaloir d'une inexactitude dans la constatation des faits de la cause pose la question de savoir si l'adage *in dubio pro reo*, appliqué par le premier juge pour la constatation des faits, empêche l'aboutissement du recours ⁶⁸. La question est d'un certain intérêt, notamment si le prévenu est acquitté.

Assurément, le recours doit aboutir si le recourant parvient à démontrer qu'un doute occupait effectivement l'esprit du juge lorsqu'il se prononçait sur la cause au fond. A notre sens, celui-ci, pour juger, ne peut prendre en compte que les faits qu'il considère comme solidement établis. En pratique, le recourant n'a toutefois pas la tâche facile. A l'inverse, le succès du recours paraît moins certain lorsque le recourant cherche à prouver que le juge du fait aurait pu ou dû nourrir un doute au sujet d'un fait pertinent. L'autorité de recours ne peut en effet pas substituer son appréciation des faits de la cause à celle du juge de première instance.

64 Ci-dessus no 30.

65 Ci-dessus no 241.

66 Ci-dessus nos 230, 243.

67 Ci-dessus nos 225 in fine, 245.

68 Ci-dessus nos 247, 248.

280. Lorsque le recourant veut obtenir la vérification des faits en instance de recours, la motivation de son pourvoi est essentielle. Il lui appartient en effet de faire naître dans l'esprit du juge de cassation le doute sérieux quant à la rectitude de la constatation du fait qu'il attaque. Il doit par conséquent désigner avec précision les faits qu'il entend critiquer et doit exposer en quoi leur constatation est viciée et dans quelle mesure le vice qu'il invoque est susceptible de modifier l'issue de la cause. Il doit notamment s'en référer correctement aux pièces et aux preuves du dossier, le cas échéant en proposer ou produire de nouvelles. L'aptitude du recourant à présenter et à formuler son argumentation est décisive. Dans ces conditions, l'accusé saurait difficilement se passer des services d'un mandataire.

281. Pour statuer sur le moyen soulevé, l'autorité de recours jugera en premier lieu sur pièces. La procédure en instance de cassation est essentiellement écrite. A la lumière de la critique du recourant, le juge de cassation examinera avant tout la motivation en fait du jugement entrepris et s'appuiera, pour son analyse, sur les pièces du dossier. Les témoignages et les déclarations des parties sont alors des éléments précieux. L'établissement de procès-verbaux complets, voire l'enregistrement des débats en leur entier ne se justifie cependant guère dans la seule optique d'asseoir les éléments de fait pour le cas d'un recours. Pour trancher le pourvoi, le juge de cassation ne saurait évidemment considérer l'allégation de faits nouveaux; ceux-ci ne peuvent être invoqués autrement que par un recours en révision. L'admission de faits nouveaux en instance de recours ordinaire créerait en effet le risque d'une rétention de preuves en première instance pour assurer, ultérieurement, l'aboutissement d'un éventuel recours.

282. Pour le traitement du recours, l'autorité de cassation n'est en principe ni en mesure ni en droit d'instruire elle-même les faits de l'affaire au fond. Cependant, pour lui permettre de statuer sur l'allégation d'un vice dans la constatation des faits matériels importants, l'aménagement d'une procédure probatoire apparaît indispensable. Ainsi, lorsque le recourant invoque le moyen de cassation de la constatation inexacte de faits pertinents, le procédé de la vérification juridictionnelle en instance de cassation se trouve élargi⁶⁹. Du fait de l'aménagement d'une procédure probatoire restreinte et complémentaire, le juge de cassation est réellement mis en état de connaître des faits de la cause au fond dans la mesure utile pour trancher le recours. Une administration de preuves n'est d'ailleurs pas étrangère à la procédure de cassation, notamment pour pouvoir statuer sur l'allégation de la violation d'une règle de procédure⁷⁰.

Il convient de préciser que la procédure probatoire en instance de recours ne doit pas avoir pour objectif de mettre le juge de cassation en état de

69 Ci-dessus no 144.

70 Ci-dessus no 220.

découvrir la vérité matérielle. L'instruction de l'affaire au fond appartient au juge du fait et l'autorité de recours, par nature, n'en est pas un. Le juge du recours n'a pas à rechercher, et n'a même pas besoin de connaître les faits réels pour trancher le recours. Il ne doit nullement parvenir lui-même à une version exacte des faits, car il n'a pas à se prononcer sur la vérité matérielle mais sur la présomption de conformité au droit de l'acte juridictionnel entrepris, plus précisément sur la présomption de validité et de régularité formelle de celui-ci.

La procédure probatoire en instance de recours doit au contraire uniquement permettre au juge de cassation d'instruire le pourvoi pour savoir si le moyen invoqué doit être admis, soit s'il y a des raisons de douter de l'exactitude dans la constatation d'un fait pertinent. En d'autres termes, la procédure de preuves doit lui permettre d'établir ou d'exclure l'existence d'un doute sérieux. Il suffit pour cela que cette procédure soit limitée et complémentaire. Elle ne doit prendre en compte que les moyens de preuve allégués par le recourant. Pour des raisons d'économie et de célérité de la procédure, ces moyens doivent être facilement accessibles et disponibles.

283. En cas d'aboutissement du recours se pose la question du nouveau jugement de l'affaire au fond. L'autorité de recours doit-elle, et dans quelles conditions, pouvoir statuer au sujet de la culpabilité, voire déterminer les sanctions dans un cas d'espèce?

Dans l'intérêt de la célérité du procès pénal, il est sans doute souhaitable que l'autorité de recours tranche elle-même l'affaire au fond. Le renvoi systématique de l'affaire est peu rationnel. Si l'autorité de recours dispose de tous les éléments, il lui est en principe possible de se déterminer quant à l'objet du contentieux originaire. Ainsi, lorsque le recours porte sur un pur raisonnement en droit et que les faits sont établis à satisfaction, le juge de cassation est le plus souvent en état de rendre un jugement au fond.

La situation est plus délicate dès que le recours met en jeu des questions de fait. Le juge de cassation dispose en principe de quelques sources qui le renseignent sur les faits de la cause. Il peut se fonder d'une part sur les faits administrés par le premier juge, dans la mesure du moins où l'état de fait initial n'est pas contesté. D'autre part, le juge du recours peut procéder à la consultation et à l'appréciation directe des pièces du dossier. Il dispose en outre, le cas échéant, des résultats de la procédure de preuve complémentaire. En revanche, il ne peut nullement instruire directement et jusqu'au bout des faits qui touchent au procès originaire. Par conséquent, lorsqu'une nouvelle instruction des faits, même très partielle, est nécessaire pour pouvoir juger au fond, le juge de cassation est impérativement tenu de renvoyer la cause au premier juge.

284. Il faut tracer précisément ici la limite des fonctions entre les différentes autorités et instances juridictionnelles.

La procédure de preuve en instance de recours est limitée et strictement complémentaire. Eu égard à la finalité du procès sur recours, elle ne permet pas au juge du recours de procéder à l'instruction complète des faits de l'affaire. En instance de recours, le juge n'est dès lors pas en mesure d'instruire l'affaire au fond avec la liberté qui siedrait à un juge du fait. Il n'y a pas non plus lieu de lui reconnaître un tel pouvoir qui reviendrait en effet à faire de lui un juge du fait.

Il doit appartenir au seul juge de première instance d'instruire les faits et de juger en conséquence le cas d'espèce. Le jugement au fond résulte d'une appréciation de l'ensemble des éléments, l'appréciation isolée d'un fait n'étant du reste guère possible. Le juge du fait assume, pour les constatations qu'il opère et le jugement qu'il rend, une responsabilité qui lui est propre. Le juge du recours, quant à lui, ne peut avoir à répondre que de l'instruction du recours. Il ne dispose ni du pouvoir ni des moyens nécessaires pour instruire correctement la cause au fond. Il paraît difficile d'admettre que l'autorité de recours, qui agirait alors en qualité de juge du fait, ne concentre son instruction, fût-ce en parfaite application du principe de l'oralité et de l'immédiateté des débats, que sur les quelques éléments de fait manquant pour ensuite juger au fond l'ensemble de la cause.

285. Il convient de rappeler enfin que les considérants de l'autorité de recours lient le juge de renvoi⁷¹. Lorsqu'il s'agit de points de droit, la réglementation est légitime. Elle permet notamment à l'autorité de recours d'assurer une application uniforme de la loi. En revanche, pour ce qui est du moyen de la constatation inexacte de faits importants, la règle ne doit pas s'appliquer. Le juge de cassation ne saurait s'immiscer par des directives dans l'instruction des faits dont est chargé le juge de renvoi. Le premier n'a pas à imposer sa version des faits, forcément moins complète que celle à laquelle parviendra le deuxième. Le juge de renvoi assume seul la responsabilité du nouveau jugement au fond. En qualité de juge du fait, il lui est notamment possible d'instruire et de juger la cause au fond selon la procédure en accord avec les principes fondamentaux de l'immédiateté et de l'oralité des débats pour le procès pénal.

Bibliographie ¹

- ABEL GERHARD, *Rechtskraft und Feststellungswirkung des Strafurteils*, thèse, Erlangen, 1961.
- ARZT GUNTHER, *Verfolgungsverzicht und Unterlassung der Nothilfe*, RJB 127 (1991), p. 445ss.
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel 1967, supplément 1967-1982, Neuchâtel, 1982.
- AUDIER JAQUES, *Le "biais" de la peine justifiée*, RSC 1978, p. 553ss.
- AUER ANDREAS, *De la relativité de la subsidiarité relative: recours de droit public et décisions cantonales inférieures*, RDAF 35 (1979), p. 121,181.
- BAYART ARNOLD, *La distinction du fait et du droit. Le point de vue de l'avocat*, in *Dialectica*, vol.15, no. 3/4, Neuchâtel, 1961, p. 421ss.
- BERNOULLI NICOLAUS, *Das Verbot der reformatio in peius im schweizerischen Strafprozessrecht*, thèse, Zurich, 1953.
- BINDER JULIUS, *Prozess und Recht - Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1927, Aalen, 1969.
- BOLLER HANS-ULRICH, *Richterwillkür als Nichtigkeitsgrund im schweiz. Strafprozessrecht*, thèse, Zurich, 1949.
- BOLLINGER FRANZ, *Appellation im Militärstrafprozess*, thèse, Zurich, 1988.
- BONNARD CLAUDE, *Remarque ad ATF 86 IV 50 (= JdT 1960 IV 124)*, JdT 1960 IV p. 126ss.
- BORE JACQUES, *La cassation en matière pénale*, Paris, 1985.
- BÖTTICHER EDUARD, *Prozessrecht und materielles Recht*, ZJP 85 (1972), p. 1ss.
- BOUZAT PIERRE/PINATEL JEAN, *Traité de droit pénal et de criminologie*, tome II, 2ème édition, Paris, 1970.
- BRETHER DE LA GRESSAYE JEAN/LABORDE-LACOSTE MARCEL, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, 1947.
- BROSSET GEORGES, *Chose jugée*, FJS no 601 (cité Brosset, chose jugée).
- *Litispendance*, FJS no 602 (cité Brosset, litispendance).
- BRÜHLMEIER BEAT, *Aargauische Strafprozessordnung Kommentar*, 2ème édition, Aarau, 1980
- BRUNS HANS-JÜRGEN, *Teilrechtskraft und innerprozessuale Bindungswirkung des Strafurteils*, Prozessrechtliche Abhandlungen Heft 25, Cologne, 1961 (cité: Bruns, Teilrechtskraft).
- *Zur Feststellungswirkung des rechtskräftigen Strafurteils*, in *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1961, p.602ss. (cité: Bruns, Feststellungswirkung).
- CHEVALIER RENE, *Der Grundsatz "ne bis in idem" im bernischen Strafprozess*, thèse, Berne, 1941.
- CLEMENT GERARD, *L'appel voie de nullité en procédure pénale*, RSC 1990, p.260ss.
- CLERC FRANÇOIS, *L'art. 277 PPF implique-t-il de motiver la décision émanant du jury?*, RPS 68 (1953), p. 93ss. (cité: Clerc, L'art.277 PPF).
- *Du vice de forme comme moyen de recours contre un jugement pénal*, RPS 68 (1953), p.165ss. (cité: Clerc, vice).
- *Le procès pénal en Suisse romande*, Paris, 1955 (cité: Clerc, procès).
- *Peut-on vraiment assimiler le mandat de répression à un jugement de première instance (Art. 31 CP)?*, RPS 79 (1963), p. 100ss. (cité: Clerc, mandat).
- *Trente ans de procédure pénale en Suisse*, RPS 88 (1972), p. 337ss. (cité: Clerc, Trente ans).
- *Initiation à la justice pénale en Suisse*, tome I, Notions préliminaires et principes directeurs, Neuchâtel, 1975 (cité: Clerc, Initiation).
- *Remarques sur l'ordonnance pénale*, RPS 94 (1977), p. 414ss. (cité: Clerc, Remarques).

¹ Voir aussi ci-dessus no 1, note 3.

- CORBOZ BERNARD, *Le pouvoir en nullité à la Cour de cassation du Tribunal fédéral*, SJ 113 (1991), p. 56ss.
- CRAMER PETER, *Ahnungsbedürfnis und staatlicher Sanktionsanspruch*, in Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe, 1972, p. 487ss. (cité: Cramer, Ahnungsbedürfnis).
- *Zur Rechtfertigung absoluter Revisionsgründe*, in Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen, 1974, p. 239ss. (cité: Cramer, Rechtfertigung).
- DAHS HANS/DAHS HANS, *Die Revision im Strafprozess*, 4ème édition, Munich, 1987.
- DECURTINS ADOLF, *Die kantonalsürcherische Nichtigkeitkeitsbeschwerde in Strafsachen*, thèse, Zurich, 1971.
- DEKKERS RENE, *Le fait et le droit. Problèmes qu'ils posent*, in *Dialectica*, vol. 15, no 3/4, Neuchâtel, 1961, p. 339ss. (cité: Dekkers, Problèmes).
- *Le fait et le droit dans la procédure classique romaine*, in *Dialectica*, vol. 15, no. 3/4, Neuchâtel, 1961, p. 347ss. (cité: Dekkers, procédure).
- DEML PETER, *Zur Reform der Wiederaufnahme des Strafverfahrens*, Münchner Universitätschriften, juristische Fakultät, Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, vol. 34, Ebelsbach, 1979.
- DESCHENAUX HENRI, *La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au Tribunal fédéral* - Etude critique de la jurisprudence, in *Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg*, vol. 4, Pribourg, 1948.
- DOHNA ALEXANDER GRAF ZU, *Das Strafprozessrecht*, 3ème édition, Berlin, 1929.
- DUBACH WERNER, *Allgemeine Bestimmungen über die Rechtsmittel*, in *Aargauisches Strafprozessrecht*, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Aargauischen Juristenvereins, Aarau, 1961, p. 173ss. (cité: Dubach, Bestimmungen).
- *Die Berufung*, in *Aargauisches Strafprozessrecht*, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Aargauischen Juristenvereins, Aarau, 1961, p. 191ss. (cité: Dubach, Berufung).
- DUBS HANS, *Auswirkungen kantonalrechtlicher Unterschiede auf die Anwendung des Bundesrechts*, in *Juridiction constitutionnelle et Juridiction administrative*, Recueil de travaux publié sous l'égide de la Première Cour de droit public du Tribunal fédéral suisse, Zurich, 1992, p. 27ss.
- DU PASQUIER CLAUDE, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, 6ème édition, Neuchâtel, 1988.
- ECKERT ADAM-CLAUS, *Die Wiederaufnahme des Verfahrens im schweizerischen Strafprozessrecht*, Berlin, 1974.
- EHRHARD FERDINAND, *L'interdiction de la "reformatio in peius"*, RSC 1939, p. 469ss.
- ENGISCH KARL, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1943 (cité: Engisch, Studien).
- *Le fait et le droit en droit allemand*, in *Dialectica*, vol.15, no 3/4, Neuchâtel, 1961, p. 359ss. (cité: Engisch, Le fait).
- FEZER GERHARD, *Möglichkeiten einer Reform der Revision in Strafsachen* - Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der gegenwärtigen Vorschläge zur Rechtsmittelreform, thèse d'habilitation, Tübingen, 1975.
- FINGAS JÜRGEN, *Die Fehlentscheidungen des Richters im deutschen Strafverfahren*, thèse, Saarbrücken, 1971.
- FORIERS PAUL, *La distinction du fait et du droit devant la Cour de cassation de Belgique*, in *La pensée juridique de Paul Foriers*, vol. I, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1982, p. 265ss.
- FRECH WOLFGANG, *Zum Wesen des Grundsatzes "in dubio pro reo"*, in *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft*, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, Berlin, 1974, p. 273ss.
- FROHWEIN JOCHEN/PEUKERT WOLFGANG, *Europäische MenschenRechtsKonvention*, EMRK-Kommentar, Kehl, 1985.
- FUHRMANN HANS, *Die Appellation als Rechtsmittel für eine beschränkte Tatsachennachprüfung in einem dreistufigen Gerichts Aufbau*, ZStW 85 (1973), p. 45ss.

- GARRAUD RENE ET PIERRE, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris, 1928/1929.
- GAUDEMET JEAN, *Les Institutions de l'antiquité*, Paris, 1972.
- GAUL HANS FRIEDHELM, *Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe*, Bielefeld, 1956 (cité: Gaul, Grundlagen).
- *Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses*, ACP 168 (1968), p.27ss. (cité: Gaul, Zweck).
 - *Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand*, in Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, vol. 1, Cologne, 1978, p. 443ss. (cité: Gaul, Rechtskraftlehre).
- GEERDS FRIEDRICH, *Revision bei Verstoß gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze? - Ein Beitrag zum Umfang und zur Art richterlicher Kontrolle, in Einheit und Vielfalt des Strafrechts*, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen, 1974, p. 267ss.
- GEFFERT KLAUS, *Gedanken zur Rechtskraft und Beseitigung strafprozessualer Beschlüsse*, GA 1972, p.165ss.
- GILLIES PETER, *Rechtsmittel im Zivilprozess - Berufung, Revision und Beschwerde im Vergleich mit der Wiederaufnahme des Verfahrens, dem Einspruch und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, thèse d'habilitation, Frankfurt, 1972.
- GILLIERON CHARLES, *L'évolution de la preuve pénale*, RPS 60 (1946), p. 197ss. (cité: Gillieron Ch.).
- GILLIERON PIERRE-ROBERT, *Le recours en réforme en procédure pénale vaudoise*, thèse, Genève/Lausanne, 1971 (cité: Gillieron P.-R.).
- GIRARDIN MICHEL, *Les dispositions de l'art. 191 CPS et la jurisprudence qui s'y rapporte sont-elles encore en harmonie avec la notion actuelle de la morale et des bonnes moeurs?*, RPS 86 (1970), p.181ss.
- GLASER JULIUS, *Handbuch des Strafprozesses*, vol. 1, Leipzig, 1883.
- GOLDSCHMIDT JAMES, *Materielles Justizrecht - Rechtsschutzanspruch und Strafrecht*, in Festgabe für Bernhard Hübler zum 70. Geburtstag, Berlin, 1905, p.85ss. (cité: Goldschmidt, Justizrecht).
- *Der Prozess als Rechtslage - Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, 1925 (cité: Goldschmidt, Prozess).
- GORPHE FRANÇOIS, *La méthode générale d'examen critique des preuves*, RSC 1947, p. 69ss.
- GOTTWALD PETER, *Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz*, Berlin, 1975.
- GRAVEN JEAN, *L'influence du droit français sur l'organisation et la juridiction de la Cour de cassation genevoise*, in La Chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin, Paris, 1966, p. 605ss.
- GRUNSKY WOLFGANG, *Zur Bindungswirkung der materiellen Rechtskraft im Strafprozess*, in Tübinger Festschrift für Eduard Kern, Tübingen, 1968, p. 223ss. (cité: Grunsky, Bindungswirkung).
- *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 2ème édition, Bielefeld, 1974 (cité: Grunsky, Grundlagen).
- GRÜNBERG VOLKER, *Nichtigkeitsbeschwerde gegen offensichtliche Rechtsmängel bei rechtskräftigen Strafurteilen*, thèse, Tübingen, 1977.
- GRÜNWARD GERALD, *Die Frage der Nichtigkeit von Strafurteilen*, ZStW 76 (1964), p. 250ss. (cité: Grünwald, Frage).
- *Die Teilrechtskraft im Strafverfahren*, Göttingen, 1964 (cité: Grünwald, Teilrechtskraft).
 - *Die materielle Rechtskraft im Strafverfahren der BRD*, in Beiheft ZStW 86 (1974), p. 94ss. (cité: Grünwald, Rechtskraft).
- GULDENER MAX, *Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht*, Zurich, 1955 (cité: Guldener, Beweiswürdigung).
- *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3ème édition, Zurich, 1979 (cité: Guldener, Zivilprozessrecht).
- HABSCHIED WALTHER J., *Quelques questions fondamentales concernant l'autorité de la chose jugée en droit comparé*, in Liber amicorum Adolf F.Schnitzer, Mémoires publiés par la Faculté de droit Genève, no 61, Genève, 1979, p. 179ss. (cité: Habscheid, autorité).
- *Droit judiciaire privé suisse*, 2ème édition, Genève, 1981 (cité: Habscheid, Droit).

- *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2ème édition, Bâle, 1990 (cité: Habscheid, Zivilprozess).
- HAFTER ERNST, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 2ème édition, Berne, 1946.
- HAGEN JOHANN JOSEF, *Die soziale Funktion des Prozesses*, ZZP 84 (1971), p. 385ss. (cité: Hagen, Funktion).
- *Elemente einer allgemeinen Prozesslehre - Ein Beitrag zur allgemeinen Verfahrenstheorie*, Freiburg, 1972 (cité: Hagen, Elemente).
- HAGENBÜCHLE ANTON, *Prozessuale Probleme der formellen Rechtskraft und Vollstreckbarkeit*, RDS 67 (1948), p. 1ss.
- HALLER WALTER, *Art. 114 Cst. féd.*, in *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 29 mai 1874, Bâle, Berne, Zurich, 1988.
- HANAK ERNST-WALTER, *Die Verteidigung vor dem Revisionsgericht*, in *Festschrift für Hans Dünnebier zum 75. Geburtstag*, Berlin, 1982, p. 301ss.
- HASENBÖHLER FRANZ, *Zur Appellation im basellandschaftlichen Strafverfahren*, BJM 1971, p. 49ss.
- HASLER JULES, *Über das Verhältnis der bundesrechtlichen zur kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde nach zürcherischem Strafprozess*, RPS 74 (1959), p. 210ss.
- HAUSER ROBERT, *Die Nichtigkeitsbeschwerde nach den kantonalen Strafprozessgesetzen*, in *Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Guldener*, Zurich, 1973, p. 109ss. (cité: Hauser, Nichtigkeitsbeschwerde).
- *Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts auf dem Gebiete des Strafverfahrens*, RPS 90 (1974), p. 225ss. (cité: Hauser, Rechtsprechung).
- *Probleme und Tendenzen in der Gesetzgebung über das Strafprozessrecht (II)*, in *Kriminalistik* 32 (1978), p. 562ss. (cité: Hauser, Probleme).
- *Zum Prinzip der Unmittelbarkeit*, RPS 98 (1981), p. 168ss. (cité: Hauser, Prinzip).
- *Zur Reform der Rechtsmittel im Strafprozess, insbesondere der Anfechtung von Tatsachen*, öJZ 36 (1981), p. 533ss. (cité: Hauser, Reform).
- *Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, 2ème édition, Bâle, 1984 (cité: Hauser, Kurzlehrbuch).
- HELIE FAUSTIN, *Traité de l'Instruction criminelle*, 2ème édition, Paris, 1866/67.
- HENCKEL WOLFRAM, *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen, 1970.
- HENKEL HEINRICH, *Strafverfahrensrecht*, Stuttgart, 1953.
- HERRMANN JOCHAIM, *Literaturbericht*, ZStW 89 (1977) I, p. 200ss.
- HERY KLAUS, *Die Berufung im zürcherischen Strafprozess*, thèse, Zurich, 1975.
- HERZBERG ROLF DIETRICH, *Ne bis in idem - Zur Sperrwirkung des rechtskräftigen Strafurteils*, JS 1972, p. 113ss.
- HIPPEL FRITZ VON, *Zur modernen konstruktiven Epoche der "deutschen Prozessrechtswissenschaft"*, ZZP 65 (1952), p. 42Ass. (cité: Hippel F.).
- HIPPEL ROBERT VON, *Deutsches Strafrecht I - Allgemeine Grundlagen*, Berlin, 1925 (cité: Hippel R., Strafrecht).
- *Der deutsche Strafprozess*, Marburg, 1941 (cité: Hippel R., Strafprozess).
- HIRSCHBERG MAX, *Das Fehlurteil im Strafprozess - Zur Pathologie der Rechtsprechung*, Stuttgart, 1960.
- HOCHULI WILLY, *In dubio pro reo*, RSJ 50 (1954), p. 249ss.
- HUBER JOSEPH, *Die Appellation nach der schweizerischen Strafprozessgesetzen*, thèse, Fribourg, 1930.
- HULOT, *Les cinquantes livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, traduits en français, Paris, 1803/1805.
- HUTH MAX, *Zur bundesgerichtlichen Ueberprüfung der Durchsetzung eidgenössischen Strafrechts in den Kantonen*, RPS 56 (1942), p. 35ss.
- IMBODEN MAX, *Der nichtige Staatsakt - Eine verwaltungsrechtliche Studie*, thèse d'habilitation, Zurich, 1944.

- JACKOWSKI JEAN, *Die Nichtigkeitsklage im bernischen Strafprozess*, thèse, Berne, 1965.
- JAUERNIG OTHMAR, *Materielles Recht und Prozessrecht*, JS 1971, p. 329ss.
- JESCHECK HANS HEINRICH/MEYER JÜRGEN, (Eds.), *Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens im deutschen und ausländischen Recht*, Bonn, 1974.
- KARLSRUHER KOMMENTAR, *Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz*, 2ème édition, Munich, 1987.
- KASER MAX, *Das römische Zivilprozessrecht*, Munich, 1966 (cité: Kaser, Zivilprozessrecht).
- *Römisches Privatrecht*, 11ème édition, Munich, 1979 (cité: Kaser, Privatrecht).
- KAUFMANN HILDE, *Strafanspruch, Straflagerecht - Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht*, thèse d'habilitation, Göttingen, 1968.
- KEHL ROBERT, *Die Erledigungsform der Entscheide über die Abänderung von Massnahmen im Jugendstrafrecht: "Beschluss" oder "Urteil"?*, RPS 63 (1948), p. 315ss.
- KELLER GOTTLIEB ANDREA, *Die Beschwerderechte im baselstädtischen Strafprozess*, BJM 1981, p. 225.
- KERN EDUARD/ROXIN CLAUD, *Strafverfahrensrecht*, 22ème édition, Munich, 1991 (cité: Kern/Roxin).
- KIWIIT WALTER, *Fehlurteile im Strafrecht*, thèse, Münster, 1965.
- KLEINKNECHT THEODOR/MEYER KARLHEINZ, *Strafprozessordnung*, 38ème édition, Munich, 1987 (cité: Kleinknecht/Meyer).
- KOUSSOULIS STELIOS, *Beiträge zur modernen Rechtskraftlehre*, Cologne, 1986.
- KRAUSE DIETMAR, *Die Revision im Strafverfahren*, Cologne, 1983 (cité: Krause D.).
- KRAUSE FRIEDRICH-WILHELM, *Grenzen richterlicher Beweiswürdigung im Strafprozess*, in *Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1974, p. 323ss. (cité: Krause F.-W.).
- KRAUTH HERMANN, *Zu den Bemühungen um eine Rechtsmittelreform in Strafsachen*, in *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1977, p. 697ss.
- KUCHINKE KURT, *Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz - Ein Beitrag zum Problem von Rechts- und Tatfrage*, Bielefeld, 1964.
- KÖHNE HANS HEINER, *Strafprozesslehre - Eine Einführung*, Kehl am Rhein, 1978.
- KÜNG-HOFER ROLF, *Die Beschleunigung des Strafverfahrens unter Wahrung der Rechtsstaatlichkeit*, thèse, Berne, 1984 (cité: Küng).
- KÖPFER WILFRIED, *Historische Bemerkungen zur "freien Beweiswürdigung" im Strafprozess*, in *Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren, Festgabe für Karl Peters aus Anlass seines 80. Geburtstages*, Heidelberg, 1984, p. 23ss.
- LAMPE ERNST-JOACHIM, *Die Durchbrechung der materiellen Rechtskraft bei Strafurteilen*, GA 1968, p. 33ss.
- LANGBEIN JOHN H., *Die Carolina*, in *Die Carolina - Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl V. von 1532*, Friedrich-Christian Schroeder (Ed.), Darmstadt, 1986, p. 231ss.
- LANGE REGINA, *Von dem Zufall, die eigene Unschuld nachweisen zu können, in Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren*, Festgabe für Karl Peters aus Anlass seines 80. Geburtstages, Heidelberg, 1984, p. 179ss.
- LEGROS ROBERT, *Considérations sur le fait et le droit*, RDP 42 (1961-1962) p. 829ss.
- LEIPOLD DIETER, *Rechtsmittel als Verfahrensfortsetzung oder Entscheidungskontrolle*, in *Rechtsmittel im Zivilprozess - unter besonderer Berücksichtigung der Berufung*, Cologne, 1985, p. 285ss.
- LEUCH GEORG, *Die Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts gegen Entscheidungen der kantonalen Gerichte*, RPS 57 (1943), p. 1ss.
- LOOS FRITZ, *Probleme der beschränkten Sperrwirkung strafprozessualer Entscheidungen*, JZ 1978, p. 592ss.
- LÖWE-ROSENBERG, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Grosskommentar, 24ème édition, Berlin, 1988.
- LUHMANN NIKLAS, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main, 1983.

- LUTHER GERHARD, *Zur Nichtigkeit von Strafurteilen, insbesondere im Jugendrecht*, ZStW 70 (1958), p. 87ss.
- MAHER CHARLES R., *The infernal footnote*, in *Trials and tribulations²*, Daniel R. White (Ed.), New York, 1989, p. 255ss.
- MARTI HANS, *Die staatsrechtliche Beschwerde*, Bâle, 1979 (cité: Marti H.).
- MARTI J RG, *Bemerkungen zum Alternativurteil im Strafrecht*, thèse, Zurich, 1971 (cité: Marti J.).
- MARTY GABRIEL, *La distinction du fait et du droit - Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les Juges du fait*, thèse, Toulouse, 1929.
- MAYER HELLMUTH, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Stuttgart, 1953.
- MERLE ROGER/VITU ANDRE, *Traitt  de droit criminel - Tome II, procédure pénale*, 4 me édition, Paris, 1989 (cité: Merle/Vitu).
- MES PETER, *Der Rechtsschutzanspruch*, thèse, Cologne, 1970.
- MEURISSE R., *L'évocation et le Code de procédure pénale*, RSC 1964, p. 545ss. (cité: Meurisse, L'évocation et).
- *L'évocation en procédure pénale depuis les vingt dernières années*, RSC 1969, p. 853ss. (cité: Meurisse, L'évocation en).
- MEYER ARMAND, *Die Bindung des Strafrichters an die eingeklagte Tat (Tatidentit t)*, thèse, Zurich, 1972.
- MEYER-GOSSNER LUTZ, *Einstellung des Verfahrens und Verschlechterungsverbot*, in *Strafverfahren im Rechtsstaat*, Festschrift für Theodor Kleinkecht zum 75. Geburtstag, Munich, 1985, p. 287ss.
- MEZGER WOLFGANG EBERHARD, *Teilrechtskraft und Rechtsmittelbeschränkung im Strafprozess*, thèse, Erlangen, 1958.
- MICHELAKIS EMMANUEL M., *Rechtsnorm und Rechtskraft*, in *Festschrift für Hans Schima zum 75. Geburtstag*, Wien, 1969, p. 303ss.
- MIHLSER HERBERT/VOGLER THEO, *Art. 6*, in *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Cologne, 1986 (cité: Mihlsler/Vogler).
- MITTEIS HEINRICH, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Munich, 1988.
- MONTENBRUCK AXEL, *"In dubio pro reo" aus normentheoretischer, straf- und strafverfahrensrechtlicher Sicht*, Berlin, 1985.
- MOOS REINHARD, *Die Reform der Rechtsmittel im Strafprozess*, in *Gesamtreform des Strafverfahrens*, Schreiber/Wassermann (Eds.), Darmstadt, 1987, p. 177ss.
- MOREL RENE, *Traitt  élémentaire de procédure civile - Organisation judiciaire, compétence, procédure*, 2 me édition, Paris, 1949.
- MOTULSKI HENRI, *Droit processuel*, Paris, 1973.
- MURITH ALBERT, *De la "reformatio in peius"*, RPS 68 (1953), p. 227ss.
- NAEGELI HANS J RG, *Zum Begriff der Tat im bernischen Strafverfahren*, RJB 120 (1984), p. 552ss.
- NAJARIAN KRIGOR, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel*, Paris, 1973.
- NIESE WERNER, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen - Ein Beitrag zur allgemeinen Prozessrechtslehre*, Göttingen, 1950.
- NOLL PETER, *Strafprozessrecht, Vorlesungsskriptum*, Zurich, 1977 (cité: Noll, Strafprozessrecht).
- *Schweizerisches Strafrecht - Allgemeiner Teil I*, Zurich, 1981 (cité: Noll, Strafrecht).
- NOLL PETER/TRECHSEL STEFAN, *Schweizerisches Strafrecht - Allgemeiner Teil I*, 3 me édition, Zurich, 1990 (cité: Noll/Trechsel).
- NOSE HIROYUKI, *Fehlerquellen im japanischen Strafprozess*, in *Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren*, Festgabe für Karl Peters aus Anlass seines 80. Geburtstages, Heidelberg, 1984, p. 399ss.
- NOWAKOWSKI FRIEDRICH, *Grundfragen der Lehre vom Strafprozess*, JBl 77 (1955), p. 3ss.

² - An anthology of appealing legal humor.

- PADRUTT, WILLY, *Kommentar zur StPO mit Dienstabweisungen*, Coire, 1981.
- PERROT ROGER, *Le principe du double degré de juridiction et son évolution en droit judiciaire privé français*, in Studi in onore di Enrico Tullio Liebman, vol.3, Milan, 1979, p. 1971ss.
- PETERS KARL, *Tat-, Rechts- und Ermessensfragen in der Revisionsinstanz*, ZStW 57 (1938), p. 53ss. (cité: Peters, Tatfragen).
- *Die Parallelität von Prozess- und Sachentscheidungen*, ZStW 68 (1956), p. 374ss. (cité: Peters, Parallelität).
 - *Die strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses*, Tübingen, 1963 (cité: Peters, Kraft).
 - *Fehlerquellen im Strafprozess - Eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland*, Karlsruhe, vol.I 1970, vol.II 1972, vol.III 1974 (cité: Peters, Fehlerquellen I,II,III).
 - *Strafprozesslehre im System des Strafprozessrechts*, in Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe, 1972, p. 453ss. (cité: Peters, Strafprozesslehre).
 - *Empfiehlt es sich, das Rechtsmittelsystem in Strafsachen, insbesondere durch Einführung eines Einheitsrechtsmittels, grundlegend zu ändern?*, in Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages, Gutachten C, Munich, 1978 (cité: Peters, Gutachten).
 - *Der Wandel im Revisionsrecht*, in Festschrift für Karl Schäfer zum 80. Geburtstag, Berlin, 1980, p. 137ss. (cité: Peters, Wandel).
 - *Justizgewährungspflicht und Abblocken von Verteidigungsvorbringen*, in Festschrift für Hans Dönneberger zum 75. Geburtstag, Berlin, 1982, p. 53ss. (cité: Peters, Justizgewährungspflicht).
 - *Strafprozess - Ein Lehrbuch*, 4ème édition, Heidelberg, 1985 (cité: Peters, Strafprozess).
 - *Fehlerquellen und Rechtsanwendung im Strafprozess*, in Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, Berlin, 1986, p. 913ss. (cité: Peters, Fehlerquellen und Rechtsanwendung).
 - *Prete Beweismittel und Justizirrtum*, in Strafrechtspflege und Menschlichkeit - Ausgewählte Schriften, Heidelberg, 1988, p. 364ss. (cité: Peters, Beweismittel).
- PFEIFER HELMUTH, *Die prozessualen Gestaltungsklagen - Insbesondere eine Untersuchung ihres Wesens und Inhalts*, thèse, Hamburg, 1962.
- PFFENNINGER HANS FELIX, *Ne bis in idem im schweizerischen Strafprozessrecht*, RPS 27 (1914), p. 165ss. (cité: Pfenninger, Ne bis).
- *Das Materialprinzip des modernen Strafprozessrechtes*, RPS 31 (1918), p.61ss. (cité: Pfenninger, Materialprinzip).
 - *Die zürcherische Strafprozessreform*, RPS 32 (1919), p. 340ss. (cité: Pfenninger, Strafprozessreform).
 - *Anklage, Urteil und Rechtskraft*, RSJ 39 (1942/43), p. 353ss. (cité: Pfenninger, Anklage).
 - *Eine Appellationsinstanz im Militärstrafverfahren ?*, RSJ 46 (1950), p. 253ss. (cité: Pfenninger, Appellationsinstanz).
 - *Bundesgericht gegen Schwurgericht*, RSJ 48 (1952), p. 349ss. (cité: Pfenninger, Bundesgericht).
 - *Eidgenössisches Strafrecht und kantonales Strafprozessrecht*, RSJ 51 (1955), p. 197ss. (cité: Pfenninger, Strafrecht).
 - *Das Problem der Rechtsmittel*, in Probleme des schweizerischen Strafprozessrechtes, Ausgewählte Aufsätze von Prof. Dr. Heinz Felix Pfenninger, Zurich, 1966, p. 296ss. (cité: Pfenninger, Probleme).
- PFROMMER URS-BEAT, *Die Appellation (Berufung) im Schweizer Strafprozess - Im Besonderen das Problem von Legitimation und Appellabilität*, thèse, Bâle, 1972.
- PIQUEREZ GERARD, *Traité de procédure pénale bernoise et jurassienne*, Neuchâtel, 1983/84 (cité: Piquerez, Traité).
- *Précis de procédure pénale suisse*, Lausanne, 1987 (cité: Piquerez, Précis).
 - *L'interdiction de la reformatio in peius en procédure civile et en procédure pénale*, in mélanges Assisla, Genève, 1989, p. 495ss. (cité: Piquerez, Interdiction).
- PONCET DOMINIQUE, *Le nouveau code de procédure pénale genevois annoté*, Genève, 1978.
- PRADEL JEAN, *Procédure pénale, droit pénal tome II*, 6ème édition, Paris, 1992.
- RAMER PAUL, *Die prozessualen Gestaltungsklagen des schweizerischen Rechts in rechtsvergleichender Darstellung mit dem deutschen Recht*, thèse, Zurich, 1973.
- RAYMANN LUDWIG, *Die Nichtigkeitsgründe im zürcherischen Strafprozess*, thèse, Zurich, 1972.

- REAL WALTER, *Die Berufung in den kantonalen Strafprozessordnungen*, RPS 81 (1965), p. 270ss.
- REHBERG JÖRG, *Der Anfechtungsgrund bei der Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts*, RDS 94 (1975), vol. II, p. 353ss. (cité: Rehberg, Anfechtungsgrund).
- *Ein einheitliches Rechtsmittel für den Zürcher Strafprozess*, in *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, Zurich, 1984, p. 357ss. (cité: Rehberg, Rechtsmittel).
- REYMOND JEAN-MARC, *L'exception de litispendance*, thèse, Lausanne, 1991.
- RIESS PETER, *Zur Revisibilität der freien tatrichterlichen Überzeugung*, GA 1978, p. 257ss.
- RIGAUX FRANÇOIS, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, 1966.
- RIKLEN FRANZ, *Die Entwicklung des Rechtsmittelsystems im Militärstrafverfahren der Schweiz in den letzten 150 Jahren*, in *La justice militaire suisse - Plaqueette à l'occasion du 150ème anniversaire*, Opfikon, 1989, p. 25ss.
- RITTLER THEODOR, *Der Indizienbeweis und sein Wert*, RPS 43 (1929), p. 173ss.
- ROBERT JEAN-MARIE, *La peine justifiée*, in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence*, Recueil en hommage à la mémoire de Maurice Patin, Paris, 1966, p. 567ss.
- ROEDER HERMANN, *Die Begriffsmerkmale des Urteils im Strafverfahren - Ein Beitrag zur Lehre von der sog. absoluten Urteilsnichtigkeit*, ZStW 79 (1967), p. 250ss.
- ROSENBERG LEO/SCHWAB KARL HEINZ, *Zivilprozessrecht*, 14ème édition, Munich, 1986 (cité: Rosenberg/Schwab).
- ROTH FRITZ, *Beweiswürdigung und richterliche Überzeugung*, RPS 49 (1935), p. 82ss.
- SARSTEDT WERNER, *Die Reform der Revision in Strafsachen*, in *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1977, p. 681ss.
- SARSTEDT WERNER/HAMM RAINER, *Die Revision in Strafsachen*, 5ème édition, Berlin, 1983 (cité: Sarstedt/Hamm).
- SAUER WILHELM, *Allgemeine Prozessrechtslehre - Zugleich eine systematische Schulung der zivilistischen und der kriminalistischen Praxis*, Berlin, 1951.
- SAX WALTER, *Das unrichtige Sachurteil als Zentralproblem der allgemeinen Prozessrechtslehre - Ein Beitrag zur allgemeinprozessualen Methodik*, ZZP 67 (1954), p. 21ss.
- SCHNEUERLE WILHELM A., *Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage*, ACP 157 (1958), p. 1ss.
- SCHIMA HANS, *Verfahrensgegenstand und Verfahrensgestaltung*, in *Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1967, p. 463ss.
- SCHLOSSER PETER, *Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile*, Bielefeld, 1966.
- SCHLÜCHTER ELLEN, *Das Strafverfahren*, 2ème édition, Cologne, 1983.
- SCHMIDT EBERHARD, *Von Sinn und Notwendigkeit wissenschaftlicher Behandlung des Strafprozessrechts*, ZStW 65 (1953), p. 161ss. (cité: Schmidt Eb., Sinn).
- *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, vol. I, 2ème édition, Göttingen, 1964; vol. II, Göttingen, 1957 (cité: Schmidt Eb., Lehrkommentar).
 - *Materielle Rechtskraft - materielle Gerechtigkeit*, JZ 1968, p. 681ss. (cité: Schmidt Eb., Rechtskraft).
 - *Die Carolina*, in *Die Carolina - Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl V. von 1532*, Friedrich-Christian Schroeder (Ed.), Darmstadt, 1986, p. 51ss. (cité: Schmidt Eb., Carolina).
- SCHMID NIKLAUS, *Strafprozessrecht*, Zurich, 1989 (cité: Schmid N.).
- SCHMID WERNER, *Der Revisionsrichter als Tatrichter*, ZStW 85 (1973), p. 360ss. (cité: Schmid W., Revisionsrichter).
- *Der revisionsgerichtliche Augenscheinbeweis*, ZStW 85 (1973), p. 893ss. (cité: Schmid W., Augenscheinbeweis).
- SCHMIDHÄUSER EBERHARD, *Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses*, in *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1961, p. 511ss.
- SCHREIBER HANS-LUDWIG, *Verfahrensrecht und Verfahrenswirklichkeit*, ZStW 86 (1976), vol. I, p. 117ss.
- SCHROEDER FRIEDRICH-CHRISTIAN, *Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (Carolina) von 1532*, in *Die Carolina - Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl V. von 1532*, Friedrich-Christian Schroeder (Ed.), Darmstadt, 1986, p. 305ss.

- SCHUBARTH MARTIN, *Zur Tragweite des Grundsatzes der Unschuldsvermutung*, in Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 120, Bäle, 1978, p. 1ss.
- SCHULTZ HANS, *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts*, vol. I, 3ème édition, Berne, 1977 (cité: Schultz, AT I).
- *Die Strafprozessreform in der Schweiz*, JR 1981, p. 45ss. (cité: Schultz, Strafprozessreform).
 - *Zur Reform der kantonalen Rechtsmittel*, RPS 98 (1981), p. 203ss. (cité: Schultz, Reform).
- SCHÖPBACH HENRI-ROBERT, *Le recours en cassation - spécialement en procédure civile neuchâteloise*, thèse, Neuchâtel, 1961.
- SCHWAB KARL HEINZ, *Zur Wiederbelebung des Rechtsschutzanspruchs*, ZZP 81 (1968), p. 412ss.
- SCHWANDER VITAL, *Freie Beweiswürdigung, mit oder ohne Unschuldsvermutung?*, RPS 98 (1981), p. 213ss.
- SCHWARZLIES GIESBERT, *Die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Grundsatzes "ne bis in idem" im Strafprozess*, thèse, Zurich, 1970.
- SCHWEIZER PHILIPPE, *Le recours en revision - spécialement en procédure civile neuchâteloise*, thèse, Neuchâtel, 1985.
- SCYBOZ GEORGES, *L'effet de la chose jugée au pénal sur le sort de l'action civile*, thèse, Fribourg, 1976.
- SIEVEKING ARNOLD, *Teilanzfechtung von Strafurteilen*, Berlin, 1967.
- SOLUS HENRY/PERROT ROGER, *Droit judiciaire privé*, tome I, Paris, 1961.
- SOYER JEAN CLAUDE, *Droit pénal et de procédure pénale*, Berne édition, Paris, 1990.
- SÖRENSEN NIELS, *Du seuil inférieur de la motivation des jugements*, in Instants d'instances, mélanges Jean Hoffmann, Neuchâtel, 1992, p. 131ss.
- SPENDEL GÜNTER, *Materielle rechtliche Straffrage und strafprozessuale Teilrechtskraft*, ZStW 67 (1955), p. 556ss.
- SPINELLES DIONYSIOS D., *Die materielle Rechtskraft des Strafurteils - Unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes ne bis in idem*, thèse, Munich, 1962.
- STALDER CHRISTOPH, *Die Beschränkbarkeit der Appellation nach dem bernischen Strafverfahren*, RJB 108 (1972), p. 251ss.
- STAUB PETER, *Kommentar zum Strafverfahren des Kantons Bern*, Berne, 1992.
- STEFAN GASTON/LEVASSEUR GEORGES/BOULOC BERNARD, *Procédure pénale*, 14ème édition, Paris, 1990.
- STEINER PAUL, *Die Motivierungspflicht für Gerichtsurteile*, RSJ 72 (1976), p. 117ss.
- STRATENWERTH GÜNTER, *Verantwortung und Gehorsam - Zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gebotenen Handelns*, thèse d'habilitation, Tübingen, 1958 (cité: Stratenwerth, Verantwortung).
- *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, Berne, 1982 (cité: Stratenwerth, AT I).
 - *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II*, 2ème édition, Berne, 1978 (cité: Stratenwerth, BT II).
 - *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I und II - Teilrevisionen 1987 bis 1990*, Berne, 1990 (cité: Stratenwerth, Teilrevisionen).
- STRÄULI HANS, *Zürcherisches Rechtspflegegesetz*, vol. III, Strafprozessordnung, Zurich, 1924.
- TIEDEMANN KLAUS, *Entwicklungstendenzen der strafprozessualen Rechtskraftlehre*, Tübingen, 1969 (cité: Tiedemann, Entwicklungstendenzen).
- *Zeitliche Grenzen des Strafrechts*, in Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen, 1974, p. 191ss. (cité: Tiedemann, Grenzen).
- TRECHSEL STEFAN, *Struktur und Funktion der Vermutung der Schuldlosigkeit - Ein Beitrag zur Auslegung von Art. 6 Ziff. 2 EMRK*, RSJ 77 (1981), p. 317ss. (cité: Trechsel, Struktur).
- *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, Kurzkomentar, Zurich, 1989 (cité: Trechsel, Kurzkomentar).
- TRÖNDLE HERBERT, *Zur Frage der Berufung in Strafsachen*, GA 1967, p. 161ss. (cité: Tröndle, Frage).
- *Zur Reform des Rechtsmittelsystems in Strafsachen*, in Probleme der Strafprozessreform, Hans Lütiger (Ed.), Berlin, 1975, p. 73ss. (cité: Tröndle, Reform).

- VAD HELLMUT, *Die Rechtsmittel zur Wahrung der Rechseinheit auf dem Gebiete des Strafrechts in Deutschland, Oesterreich und der Schweiz*, thèse, Fribourg, 1963.
- VALTICOS NICOLAS, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, Paris, 1953.
- VOLK KLAUS, *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht - Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht*, thèse d'habilitation, Ebelsbach, 1978.
- WACH ADOLF, *Der Rechtsschutzanspruch*, ZJP 32 (1904), p. 1ss.
- WAIBLINGER MAX, *Das Strafverfahren des Kantons Bern*, Langenthal, 1937 (cité: Waiblinger, Strafverfahren).
- *Der rechtliche Charakter und die Bedeutung der Schuldigerklärung im Strafprozess - Das Problem der Teilrechtskraft*, in *Strafprozess und Rechtsstaat*, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. H. F. Pfenniger, Zurich, 1956, p. 157ss. (cité: Waiblinger, Schuldigerklärung).
 - *Bemerkungen des deutschsprachigen Referenten*, RJB 92 (1956), p. 362ss. (cité: Waiblinger, Bemerkungen).
 - *Die besonders richterlichen Aufgaben im wiederaufgenommenen Verfahren*, RPS 75 (1959), p. 389ss. (cité: Waiblinger, Aufgaben).
- WAIDER HERIBERT, *Fehlerquellen im Strafverfahren - Dargestellt nach Spees "Cautio Criminalis" von 1631/32*, in *Einheit und Vielfalt des Strafrechts*, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen, 1974, p. 473ss.
- WALDER HANS, *Die Beweisführung in Strafsachen, insbesondere der Indizienbeweis*, in *Kriminalistik* 30 (1976), p. 81ss. (cité: Walder H.).
- WALDER-BOHNER HANS ULRICH, *Zivilprozessrecht*, 3ème édition, Zurich, 1983 (cité: Walder-B.).
- WALTER GERHARD, *Freie Beweiswürdigung*, thèse d'habilitation, Tübingen, 1979.
- WERRA RAPHAEL V., *Zu Begriff und Grundlagen der tatsächlichen Feststellung im Sinne von BStrP Art. 277bis Abs.1 Satz 2*, RPS 101 (1984), p. 264ss.
- WETZELL GEORG WILHELM, *System des ordentlichen Zivilprozesses*, Leipzig, 1878.
- WOLFF HANS JULIUS, *Prozessrechtliches und materiellechtliches Denken in rechtsgeschichtlicher Beleuchtung*, in *L'Europa e il diritto romano*, Studi in memoria Paolo Koschaker, vol. II, Milan, 1954, p. 403ss.
- WOLFFERS ARTUR, *Die Unterscheidung von Rechts- und Tatfragen*, RJB 102 (1966), p. 209ss.
- WÜGLER WERNER, *Unzucht mit Kindern nach Art. 191 StGB*, thèse, Zurich, 1976.
- WÜRTEMBERGER THOMAS, *Rechtsfriede und Strafrecht*, in *Einheit und Vielfalt des Strafrechts*, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen, 1974, p. 209ss.
- ZBINDEN PAUL, *Die Kassationsbeschwerde im freiburgischen Strafprozess*, thèse, Fribourg, 1968.
- ZWIMPFER BEAT, *Vier Jahre Militärappellationsgerichte - hat sich deren Einführung bewährt?*, RPS 101 (1984), p. 435ss.

TABLE DES MATIÈRES

Thèse.....	1
Abréviations.....	2
Avant-propos.....	5

Première partie: La qualification des voies de recours

TITRE PREMIER: LA NATURE DU RECOURS

Chapitre 1:	Généralités.....	9
Section 1:	Introduction.....	9
Section 2:	Les rapports entre le droit de fond et la procédure.....	12
Section 3:	La finalité du système judiciaire pénal.....	22
Section 4:	L'objet du procès pénal.....	25
Section 5:	Le résultat du procès.....	30
Chapitre 2:	L'annulabilité de l'acte juridictionnel.....	32
Section 1:	La présomption de la conformité au droit.....	32
Section 2:	L'erreur judiciaire.....	33
Section 3:	L'invalidité des actes juridictionnels.....	36
Section 4:	La finalité des voies de recours.....	43
Chapitre 3:	La nature juridique des voies de recours.....	51

TITRE DEUXIÈME: QUALITÉS ET EFFETS DE L'ACTE JURIDICTIONNEL

Chapitre 1:	L'acte juridictionnel.....	56
Chapitre 2:	Irrévocabilité et dessaisissement.....	60
Chapitre 3:	La qualité de chose jugée et ses effets.....	61
Section 1:	La force de chose jugée et ses effets.....	62
Section 2:	L'autorité de la chose jugée.....	63
Section 3:	Les effets de l'autorité de la chose jugée.....	70
§ 1.	- L'effet négatif.....	70
§ 2.	- L'effet obligatoire.....	77
§ 3.	- Le caractère relatif des effets.....	80
Section 4:	Le fondement de la chose jugée.....	81

Chapitre 4:	L'effet obligatoire restreint	83
Chapitre 5:	Les effets substantiels de l'acte juridictionnel	86

TITRE TROISIÈME: L'OBJET DU RECOURS

Chapitre 1:	L'objet du recours	90
Chapitre 2:	Forme et contenu du recours	97
Chapitre 3:	La limitation du recours	99
Section 1:	Critères	99
Section 2:	La limitation verticale	102
Section 3:	La limitation horizontale	103
Chapitre 4:	Les effets de l'introduction du recours	110

TITRE QUATRIÈME: LE FONDEMENT DU RECOURS

Chapitre 1:	Recevabilité et fondement du recours	114
Section 1:	La recevabilité	114
Section 2:	L'admissibilité	115
Chapitre 2:	La vérification juridictionnelle	120
Section 1:	L'autorité juridictionnelle d'appel	120
Section 2:	L'autorité de cassation	121
Section 3:	La causalité du vice	124

TITRE CINQUIÈME: LA DÉCISION SUR RECOURS

Chapitre 1:	L'arrêt sur recours	127
Section 1:	Le recours mal fondé	128
Section 2:	Le recours bien fondé	131
Chapitre 2:	Le nouveau jugement au fond	135
Section 1:	L'effet dévolutif	135
Section 2:	Quelques règles particulières	139
§ 1.	- Les considérants de l'autorité de recours	139
§ 2.	- L'interdiction de la <i>reformatio in peius</i>	141

TITRE SIXIÈME: SYNTHÈSE	147
-------------------------------	-----

Deuxième partie: Le fait et le droit en instance de recours ordinaire

TITRE PREMIER: GÉNÉRALITÉS

Chapitre 1:	L'enjeu de la distinction	151
Chapitre 2:	Le raisonnement juridique et ses limites.....	152

TITRE DEUXIÈME: L'ÉTABLISSEMENT DES FAITS EN INSTANCE O'APPEL

Chapitre 1:	Définition de l'appel.....	155
Chapitre 2:	Les restrictions de la pratique	156
Chapitre 3:	Remarques	161

TITRE TROISIÈME: LE CONTRÔLE DES FAITS EN INSTANCE DE CASSATION

Chapitre 1:	La règle de base.....	164
Chapitre 2:	Les faits de la cause	166
Chapitre 3:	Les faits de procédure	175
Chapitre 4:	Les notions juridiques imprécises.....	179
Chapitre 5:	L'administration et l'appréciation des preuves	185
Chapitre 6:	L'intime conviction du juge	195
Chapitre 7:	Le vice de motivation	199

TITRE QUATRIÈME: OBSERVATIONS.....206

Conclusions.....215

Bibliographie.....	234
Table des matières	245