CEPRISCA
Collection colloques

Les procédures pénales accusatoires

Sous la direction
de Mikaël Benillouche,
Maître de conférences à l'Université de Picardie Jules Vernes

puf

Liste des contributions

Avant propos : l'état de la procédure pénale française
Par Philippe Bilger, Magistrat honoraire, Conseiller spécial auprès d'un cabinet d'avocat

L'oralité dans la procédure pénale française (le droit au silence)
Par Morgane Daury-Fauveau, Maître de conférences à l'Université de Picardie Jules Verne, Membre du CEPRISCA

La publicité dans la procédure pénale française
Par Mikaël Benillouche, Maître de conférences à l'Université de Picardie Jules Verne, Membre du CEPRISCA

Le contradictoire dans la procédure pénale française
Par Jean-Yves Maréchal, Maître de conférences HDR en droit privé et sciences criminelles, Membre du CEPRISCA

La participation des citoyens à la justice
Par Angeline Engler, Doctorante à l'Université de Picardie Jules Verne, Membre du CEPRISCA

Les procédures accusatoires et le rôle du juge d'instruction
Par Aurélien Létocart, Juge d'instruction, Tribunal de Grande Instance d'Amiens, Docteur en droit

De quelques lieux communs à propos du système italien
Par Cristina Mauro, Maître de conférences à l'Université de Paris II Panthéon-Assas

La procédure pénale anglaise et la tradition accusatoire
Par Stewart Field, Reader, Cardiff Law School, Université de Cardiff, Royaume Uni

La procédure pénale canadienne : étude d'un système accusatoire à travers le rôle et le statut de ses intervenants dans le processus pénal
Par Pierre Béliveau, Juge à la Cour supérieure du Québec,
Professeur associé à la faculté de droit de l'Université de Montréal,
ancien Professeur à la faculté de droit de l'Université de Montréal,
ancien membre du Barreau du Québec

Un exemple de droit américain
Par Arthur Dethomas, Avocat aux barreaux de Paris et de New York,
ancien premier secrétaire de la Conférence, Cotty Vivant Marchisio
& Lauzeral

Rapport de synthèse
Par Jacques-Henri Robert, Professeur émérite de l'Université de Paris II
Panthéon-Assas

Avant-propos

L'ETAT DE LA PROCEDURE PENALE FRANÇAISE

Philippe Bilger
Magistrat honoraire – Conseiller spécial auprès d'un cabinet d'avocat

Après avoir été longuement magistrat, je continue à défendre l'honneur de la magistrature, bien que je ne sois pas figé dans ce seul sens.

J'aurais souhaité pouvoir faire un contre-discours sur le thème de la participation des citoyens. Malheureusement, le développement actuel de la participation des citoyens est un exemple désastreux de ce qui se fait depuis cinq ans en matière judiciaire. Ainsi, il faut se focaliser sur ce qui se passe depuis l'année 2007 et cette illustration apparaît comme étant le symptôme d'une tendance générale.

En effet, un premier constat s'impose à nous : ceux qui ne savent pas ordonnent et ceux qui savent n'ont pas le droit d'ordonner.
Sur ce point, la loi du 10 août 2011[1] est tout à fait surprenante en ce qu'elle enlève le peuple là où ce dernier est indispensable[2], pour le placer au sein d'un tribunal correctionnel[3] où il apparait inutile.

Dans le même sens, à propos de l'accusatoire, objet de ce colloque, il est impossible d'évoquer le thème donné sans rappeler l'imbrication de la technique et de la politique.

1 - Loi n°2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.

2 - La loi diminue le nombre de jurés devant les cours d'assises.

3 - Avec l'instauration des tribunaux correctionnels dans leur formation citoyenne.

Il y a quelques années, j'ai convoité l'idée d'organiser un colloque. Cependant, il a fallu faire face à un problème considérable : l'obtention de fonds est extrêmement ardue. En effet, le ministère avait refusé d'octroyer une subvention à ce colloque. Pourtant, il s'agissait d'un thème passionnant, à savoir, la comparaison des différentes procédures pénales en Europe.

Cela m'amène à évoquer un autre constat : l'accusatoire pur, j'en ai souvent rêvé avec quelques autres magistrats.
Sur ce point, nous avions eu l'idée mettre en place une véritable enquête diligentée sous l'autorité d'un procureur. Ce système permettrait de précipiter la manifestation de la vérité tant lors l'audience correctionnelle que criminelle. Il s'agirait alors d'un régime idéal qui permettrait d'accélérer le dispositif dans les cas où la vérité peut aisément se manifester.
L'accusatoire pur nous aurait ainsi contraints à sortir du « décret d'autorité ». En effet, il est aujourd'hui commode pour un magistrat ou un avocat de se réfugier sous la beauté formelle des droits de la défense pour justifier le *statu quo* procédural.
L'accusatoire apparaissait comme le régime idéal pour la contradiction, la parole plurielle et donc la manifestation de la vérité. Ainsi, nous ne serions plus face à une justice se reposant sur un président impérial et arbitre.
Cet accusatoire pur est désormais une nostalgie, un rêve devenu impossible.

Cependant, nous constatons que la procédure pénale est influencée par des « pulsions accusatoires » qui se manifestent par une volonté subtile ou ostensible d'accompagner le pouvoir du juge. Cette volonté permettrait de rendre son pouvoir plus explicable et, par conséquent, de contraindre le juge au dialogue afin de favoriser la légitimité de sa décision. Sur ce point, une constante apparait : il n'est plus souhaitable de se retrouver face à ce décret du juge, c'est-à-dire face à un juge solitaire et impérieux. Ainsi, se manifeste une véritable volonté de placer l'avocat au cœur de la procédure et d'y associer davantage le justiciable.
L'idée serait de substituer le monologue judiciaire à une concertation véritable de la justice. Cela correspondrait à une vision pragmatique et idéale de la justice de demain.

Dès lors, pourquoi ces pulsions accusatoires n'ont-elles pas abouti à une véritable procédure accusatoire comme dans d'autres pays ?

Plusieurs explications peuvent être avancées.

Il semble qu'une dérive politique se soit installée ces dernières années. Celle-ci a occasionné une grande perte pour l'évolution procédurale tant espérée.

Sur ce point, à la suite de l'affaire d'Outreau, une longue interrogation s'est imposée autour de l'idée de la nécessaire suppression du juge d'instruction. Toutefois, cette réflexion fut vite abandonnée car ladite suppression pose un véritable problème.

La Commission Vallini[4] a donc finalement décidé de maintenir le juge d'instruction en instaurant une collégialité. Or, nous savons tous pertinemment que la collégialité entraine un grand nombre de difficultés. En effet, dans la collégialité, il y a toujours un premier qui travaille, un deuxième qui se repose puis, un troisième qui suit[5].

Le Comité Léger fut instauré, suite à la commission d'Outreau, afin de réfléchir sur la notion d'instruction. Il avait d'ailleurs soumis une proposition de substitution des autorités de poursuite au détriment du juge d'instruction.
Or, les conclusions du Comité n'ont surpris personne par leur originalité[6]. En effet, durant le mois de janvier 2009, lors d'un discours devant la Cour de cassation, le président de la République avait exposé des conclusions qui furent reprises par le comité Léger quelques mois plus tard[7]. Ce sont d'étranges manières de procéder : un Comité est crée puis, on le loue pour finalement ne pas suivre ses conclusions. Cette illustration est un parfait exemple du mauvais fonctionnement politico-judiciaire.
Le comité Léger s'est ainsi arrêté à la limite de l'inquisitoire et de l'accusatoire idyllique. Pourtant, il semblait bien parti et nous pouvons même penser qu'il aurait pu parvenir à un accusatoire peu médiocre. De nombreuses années auparavant, la Commission Delmas-Marty avait proposé un véritable accusatoire à la française[8]. Le rapport de cette commission a également été loué, puis mis de coté[9]. Par conséquent, ce dispositif pertinent ne verra jamais le jour.

La raison pour laquelle le Comité Léger s'est arrêté à mi-chemin entre l'inquisitoire amendé et l'accusatoire pur, c'est parce qu'il ne s'est jamais interrogé sur la question essentielle de l'indépendance du Parquet.

---

4 - Commission d'enquête de l'assemblée nationale, *Au nom du peuple français, juger après Outreau*, n° 3125, XIIe législature, juin 2006.

5 - A l'exception des cours d'assises où les citoyens ne se laissent ni gouverner ni manipuler.

6 - *Comité de réflexion sur la justice pénale*, rapport d'étape remis le 6 mars 2009 et rapport définitif remis le 1er septembre 2009.

7 - Provoquant ainsi la réaction des praticiens, Réforme et suppression du juge d'instruction : appel à contribution auprès des barreaux, JCP G, n° 8, 18 février 2009, act. 98.

8 - Commission Justice pénale et droits de l'homme, *Rapport sur la mise en état des affaires pénales*, La documentation française, 1991, 339 p.

9 - La Commission proposait notamment une phase préliminaire menée par un Parquet indépendant et renouvelé.

Sur ce point, jusqu'aux événements judiciaires survenus depuis la remise du rapport, j'étais parmi les partisans de la suppression du juge d'instruction. Cependant, j'avais sous-estimé le problème fondamental de l'indépendance du procureur de la République. En effet, si la proposition du Comité Léger avait été adoptée, il aurait fallu mettre en place un nouveau Parquet.
Peut-être verra-t-on un jour un nouveau Parquet éclore d'une nouvelle procédure.

Heureusement, le projet proposé par le comité Léger n'a pas été suivi d'effet malgré l'excellence du rapport rendu en 2009. Cela aura permis le maintien du juge d'instruction.

Ces derniers temps, il a fallu également prendre conscience de notre défaut de lucidité, notamment dans les dossiers Woerth et Bettencourt. En effet, une gestion purement politique de ces affaires a été imposée, même si une ministre a affirmé que « tout cela n'avait rien de politique ». Cette gestion politique s'est traduite par la manifestation de l'existence d'un lien étroit entre l'Elysée et un procureur de la République. Celui-ci a diligenté quatre affaires sous sa direction avec une volonté de ne jamais saisir un juge d'instruction. Une impression d'inexistence du garde des Sceaux s'est fait ressentir, à tel point que ce dernier a donné raison au procureur de la République en question, au détriment même du procureur général près la Cour de cassation. En réalité, nous constatons que le procureur était un véritable subordonné.
Cet exemple illustre parfaitement ce que peut donner cet ersatz d'accusatoire sans l'indépendance du Parquet.

L'accusatoire dont nous avons rêvé n'aurait été possible qu'avec l'instauration d'un véritable procureur indépendant et, par conséquent, d'un Parquet indépendant. Or, le problème est beaucoup plus complexe qu'il n'y paraît, car il ne s'agit pas d'un problème structurel.
Pour parvenir à cette instauration, il faudrait mettre en place un Comité de réflexion sur la question de l'indépendance du Parquet. Il serait dès lors nécessaire de rassembler quelques personnes de bonne foi : des professeurs, des avocats, des magistrats et enfin, des citoyens. Mais un obstacle d'envergure s'impose à nous : nous ne voulons pas remettre en cause certains principes anciens du droit français. Nous ne pouvons pas être naïfs sur tous les plans.
Sur ce point, le pouvoir politique pourrait-il se priver d'une certaine magistrature qui est susceptible de lui rendre service ? N'est-il pas infiniment rassurant, pour le Parquet, de savoir qu'un pouvoir politique peut le faire dormir sur un « oreiller de dépendance confortable » ?

Je ne crois pas à un véritable accusatoire dans les années à venir. Le chantier de la suppression du juge d'instruction ne sera sans doute pas remis sur le marché. Au fond, il faut constater que l'on ne pourra pas

avoir l'accusatoire pur rêvé, mais que notre procédure pénale reste marquée par des « pulsions accusatoires ».

Pour conclure, nous allons manifestement demeurer dans notre inquisitoire infléchi par de l'accusatoire, ou dans un parfum accusatoire qui reste influencé par l'inquisitoire.
Pourtant, lorsque l'on évoque les principes de la contradiction, de la publicité, de l'égalité des armes, ou encore le droit au silence, le rôle de l'avocat dans la procédure et lors de la garde à vue, une évidence s'impose : ces éléments ne sont pas le propre de la procédure accusatoire. On peut dès lors se demander si ces concepts fondamentaux ne sont pas véhiculés afin d'irriguer la justice idéale dont nous rêvons tous.

PREMIERE PARTIE :
LES CRITERES DE LA PROCEDURE PENALE NATIONALE

L'ORALITE DANS LA PROCEDURE PENALE FRANÇAISE (LE DROIT AU SILENCE)

Morgane Daury-Fauveau
Maître de conférences en droit privé
à l'Université de Picardie Jules Verne, CEPRISCA

Il peut paraître surprenant de traiter du droit au silence à l'occasion d'une communication sur l'oralité dans notre procédure pénale. Mais se taire peut être une manière de s'exprimer et le silence apparaît alors comme « une forme d'oralité, une oralité en négatif, en quelque sorte »[1].

Lors de la phase décisoire française, le prévenu ou l'accusé peut faire le choix de parler ou de se taire. S'il parle, il peut mentir car il ne prête pas serment contrairement à l'accusé américain qui, de fait, reste le plus souvent silencieux pour ne pas s'exposer aux peines du parjure. S'il se tait, le juge sera peut-être exaspéré, mais il ne pourra pas déduire de ce silence des conséquences négatives. Précisément, il ne devra pas motiver sa décision par le silence gardé. La Cour de cassation l'a encore rappelé récemment : aux visas des articles 132-19 du code pénal, ensemble les articles 14 § 3 g du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, et après avoir énoncé que « ne saurait constituer, au regard de ces textes, un motif de nature à justifier le prononcé d'une peine d'emprisonnement sans sursis, le fait que le prévenu ne reconnaisse pas sa culpabilité », la haute juridiction a cassé une condamnation à de l'emprisonnement ferme motivée par le fait que le prévenu niait sa responsabilité dans la survenance d'un accident de la route mortel[2]. Toute solution contraire aboutirait en effet à priver le prévenu de son droit au silence et à ne pas

1 - A.-J. Bullier et F.-J. Pansier, De la religion de l'aveu au droit au silence ou faut-il introduire en France le droit au silence des pays de Common Law ?, Gazette du Palais, 8 février 1997, p. 208.

2 - Cass. crim. 10 octobre 2008, n° 08-81338, Bull. crim. n° 201, RSC 2009, p. 412, obs. R. Finieltz ; Rapport de la Cour de cassation 2010, p. 232.

s'auto-incriminer. Toutefois, la Cour européenne a nuancé cette conséquence du droit au silence. En effet, elle a précisé que le silence de l'accusé peut permettre de conclure à la culpabilité lorsque les éléments retenus contre lui appellent une explication de sa part : dans cette hypothèse, l'absence d'explication « peut permettre de conclure, par un simple raisonnement de bon sens, qu'il n'existe aucune explication possible et que l'accusé est coupable »[3].

Le droit au silence existe en France dès la phase préparatoire depuis l'abolition de la torture. Mais il est bien davantage ancré dans la culture anglo-saxonne que dans nos mœurs, comme le montre l'énoncé des fameux droits Miranda[4] : aux Etats-Unis, on commence par rappeler au suspect qu'il a le droit de se taire. En France au contraire, on serait tenté de l'inciter à parler. C'est que la procédure pénale française tend à la recherche de la vérité des faits dès l'enquête, alors qu'en droit anglo-saxon, la vérité est attendue à l'audience[5].
Le législateur français est encore récemment intervenu en la matière en imposant la notification du droit au silence dès le début de la garde à vue. Il a pensé, ce faisant, se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais il s'est fait plus royaliste que le Roi, car les juges strasbourgeois n'en demandaient pas tant (section II). En revanche, il subsiste dans notre législation des dispositions qui paraissent heurter le droit au silence tel qu'il est garanti par la Convention européenne (section I).

Section I - Les obligations françaises de s'auto-incriminer à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Selon la Cour européenne, « même si l'article 6 de la Convention ne le mentionne pas expressément, le droit de se taire et - l'une de ses composantes - le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable consacrée par ledit article »[6]. La finalité du droit au silence est en effet « de protéger l'accusé contre une coer-

3 - CEDH 8 février 1996, Murray c/ Royaume-Uni, § 47. V. aussi CEDH 21 décembre 2000, Heaney et McGuinness c./ Irlande, § 47.

4 - Cour suprême des Etats-Unis, Miranda v. Arizona, 384 US, 13 juin 1966 :

http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=384&invol=436

5 - A. Fabbri et C. Guéry, La vérité dans le procès pénal ou l'air du catalogue, RSC 2009, p. 343 et s. ; J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 3ème éd., Dalloz, n° 187.

6 - CEDH 17 décembre 1996, Saunders c/ Royaume-Uni ; JCP 1997, I, 4000, n° 18, obs. F. Sudre ; RSC 1997, p. 478, obs. R. Koering-Joulin ; AJDA 1997, p. 979, obs. Flauss. On notera qu'en revanche, le droit au silence est expressément consacré par l'article 14 § 3g du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, aux termes duquel « toute personne accusée d'une infraction pénale a le droit de ne pas être forcée à témoigner contre elle-même ou de s'accuser coupable ».

cition abusive de la part des autorités »[7] qui pourrait prendre la forme de traitements inhumains ou dégradants au sens de l'article 3 de la Convention européenne. Ce droit participe donc du procès équitable, mais également du principe de la présomption d'innocence consacre a l'article 6 § 2 auquel il est intimement lié puisqu'il implique, pour l'accusation, de ne pas recourir a des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accuse[8]. Pourtant la Cour européenne a énoncé à plusieurs reprises que ce droit n'était pas absolu[9]. En d'autres termes, toute coercition ne porte pas nécessairement atteinte au droit au silence. Pour établir une telle atteinte, il faut examiner trois critères : le degré et la nature de la coercition, l'existence de garanties appropriées dans la procédure et l'utilisation faite des déclarations des intéressés[10].

Le problème d'une éventuelle atteinte au droit au silence ne se pose pas de la même manière selon que celui qui revendique ce droit est un suspect (§ 1) ou un témoin qui a des choses à cacher et qu'on appellera, pour les besoins de la cause, un « témoin-suspect » (§ 2).

§ 1 : Le suspect

En effet, afin de justifier les atteintes mineures à l'intégrité physique, la Cour décide que le droit au silence et à ne pas s'auto-incriminer ne s'étend pas « aux données qui existent indépendamment de la volonté du suspect », comme les prélèvements de salive ou de sang, d'haleine, de sang, d'urine, de cheveux et de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN ou encore les échantillons de voix « même si sa participation active est requise »[11]. Mais tout est évidemment question de mesure et le recours à des traitements inhumains ou dégradants pour obtenir un élément de preuve porte atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer. Ainsi, la Cour a condamné le fait d'administrer avec une force à la limite de la brutalité un émétique au suspect pour lui faire régurgiter un sachet d'héroïne, car il s'agissait là d'une violation de l'article 3[12].
Il y a également normalement coercition abusive dans le fait d'obliger une personne à parler sous la menace d'une sanction pénale. Ainsi, la Cour européenne, saisie par des requérants qui ont été condamnés à une peine d'emprisonnement pour avoir violé l'obligation légale de rendre compte de leurs déplacements durant une période donnée, a

7 - CEDH Saunders c/ Royaume-Uni, précité § 68 ; CEDH Murray c/ Royaume-Uni, précité § 45.

8 - CEDH Saunders c./ Royaume-Uni, précité, § 68 ; CEDH 20 octobre 1997, Servès c. France, § 46 ; CEDH Heaney et McGuinness c/ Irlande, précité, § 40.

9 - CEDH Murray c/ R.-U., précité, § 47 ; dans le même sens, v. par ex. CEDH Heaney et Mc Guinness c/ Irlande, précité, § 47 ; CEDH Beckles c/ R.-U., 8 oct. 2003, § 57. V. not. J.-F. Renucci, Traité de droit européen des droits de l'homme, LGDJ, 2007, n° 364 b.

10 - CEDH 29 juin 2007, O'Halloran et Francis c/ Royaume-Uni, § 55, JCP G 2008, I, 110, obs. F. Sudre.

11 - CEDH 11 juillet 2006, Jalloh c/ Allemagne, §§ 113 et 114.

12 - CEDH Jalloh c/ Allemagne, précité. V. aussi CEDH 17 janvier 2007, Göçmen c/ Turquie.

constaté la violation de l'article 6[13]. De la même manière, il y a violation du droit de ne pas s'auto-incriminer dans le fait pour des agents des douanes[14] ou des impôts[15], de provoquer la condamnation des requérants à des amendes pour les obliger à fournir des documents les incriminant. Enfin, la violation de l'article 6 est également constatée lorsque le requérant a été obligé, sous la menace de *contempt of court*, de faire des déclarations auto-incriminantes dans le cadre d'une enquête administrative, qui ont été par la suite utilisées contre lui dans une procédure pénale[16]. En revanche, la Cour considère, dans une décision O'Halloran et Francis c/ Royaume-Uni, qu'est compatible avec le droit au silence, l'obligation, pénalement sanctionnée, qu'ont les propriétaires de véhicules photographiés en excès de vitesse de divulguer le nom du conducteur en se fondant sur la nature particulière de la règlementation en cause[17].
On peut donc au moins penser que notre article L. 121-3 du code de la route qui pose une présomption de culpabilité à l'encontre du titulaire du certificat d'immatriculation d'un véhicule pour un certain nombre d'infractions commises par un conducteur non identifié n'est pas inconventionnel, même si, lorsqu'il s'agit d'une personne morale, celle-ci ne peut s'exonérer qu'en établissant l'existence d'un événement de force majeure ou en fournissant des renseignements permettant d'identifier l'auteur véritable de l'infraction[18].

La nature particulière de la règlementation en cause permet-elle de considérer que nos dispositions nationales qui punissent le refus de communiquer les documents demandés par certaines autorités ne sont pas inconventionnelles ?
Ainsi, le délit d'obstacle à fonctions, prévu par l'article L. 450-8 du Code de commerce punit de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende « le fait pour quiconque de s'opposer, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions dont les agents mentionnés à l'article L. 450-1 sont chargés (...) ». La Cour de cassation considère que la disposition est compatible avec les exigences européennes et rejette le pourvoi formé contre la condamnation du prévenu qui, suspecté d'infractions à la réglementation sur le démarchage à domicile, avait « anonymisé » les documents remis aux agents de la DGCCF[19].

---

13 - CEDH Heaney et Mc Guinness c/ Irlande, précité.

14 - CEDH 25 févr. 1993, CEDH Funke c/ France § 44, D. 1993. jur. 457, note J. Pannier.

15 - CEDH 3 mai 2001, J.B. c/ Suisse : JCP G 2001, I, 342, chron. F. Sudre.

16 - CEDH Saunders c/ Royaume-Uni, précité.

17 - CEDH O'Halloran et Francis c/ Royaume-Uni, précité.

18 - Sur l'application rétroactive de cette disposition : Cass. crim., 15 sept. 2010, n° 09-87326, Dr. pénal 2010, comm. n° 137, obs. J.-H. Robert. Sur les QPC contre le code de la route que la Cour de cassation a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel : Cass. crim., 5 janv. 2011, n° 10-90112 et n° 10-90113, Dr. pénal 2011, comm. 50 et 106, obs. J.-H. Robert.

19 - Cass. crim. 24 févr. 2009, Bull. n°46 ; D. 2009, 1017, note M. Léna ; AJ pénal, 2009, 226, obs. Lasserre Capdeville ; RSC 2009, 923, obs. J.-F. Renucci.

Ainsi aussi, l'article 117 du Code général des impôts punit de la pénalité de l'article prévue par l'article 1763 A du même code (devenu article 1759), la personne morale qui ne révèle pas les bénéficiaires de dividendes présumés distribués. Le Conseil d'état, dans l'arrêt SARL Café de la Paix, a considéré que les dispositions nationales ne sont pas contraires à l'article 6 de la CEDH car elles « n'obligent pas cette personne morale à s'incriminer elle-même »[20]. C'est oublier que la personne physique qui répond au nom de la société peut-être elle-même la bénéficiaire de la distribution[21] et se trouvera solidairement tenue du paiement de l'amende si elle fait le choix de se taire (article 1754, V, 3 du CGI). Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité invoquée à l'encontre de cette disposition[22], le Conseil constitutionnel a décidé que cette disposition est conforme à la Constitution[23].

Il faut encore citer l'article 413 bis du Code des douanes qui punit d'un emprisonnement d'un mois et d'une amende de 90 euros à 450 euros le refus de communiquer à l'administration des douanes les documents demandés par elle en application de l'article 65 du même code. Ici aussi, la Cour de cassation a affirmé que « le droit de communication, prévu (...) dans des conditions définies et proportionnées à ce qui est nécessaire pour assurer le respect de l'ordre public économique et la prévention des infractions, n'est contraire ni aux dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ni à celles de l'article 14.3.g) du Pacte international relatif aux droits civiques et politiques »[24].

La compatibilité de ces dispositions avec les exigences du procès équitable nous paraît pourtant hautement discutable, même au regard de « la nature particulière de la règlementation en cause », pour reprendre les termes de la décision O'Halloran et Francis c/ Royaume-Uni. En effet, d'une part, la règlementation dont il était question est celle de la circulation routière qui met en cause la vie même des personnes. D'autre part, la décision européenne n'a pas été prise à la majorité et des opinions divergentes ont été formulées, soulignant notamment l'incompatibilité de la solution avec les décisions antérieures de la Cour européenne[25] qui avait précisé que « les préoccupations de sécurité et

20 - CE, 8e et 3e ss-sect., 17 mars 2010, n° 309197, SARL Café de la Paix, concl. N. Escaut, note L. Ayrault, Droit fiscal n° 21, 27 mai 2010, comm. 336.

21 - V. L. Ayrault, note précitée.

22 - CE, 3e et 8e ss-sect., 27 oct. 2010, n° 342925, M. Cuaz, concl. É. Geffray, Droit fiscal n° 48, 2 décembre 2010, comm. 579.

23 - Conseil constitutionnel, 21 janv. 2011, décision n° 2010-90 QPC, JO du 22 janv. 2011, p. 1387 : le Conseil constitutionnel considère notamment que la solidarité n'étant pas subordonnée à la preuve d'une faute des dirigeants qui disposent d'une action récursoire contre le débiteur principal et constituant une garantie pour le recouvrement de la créance du Trésor public, « cette solidarité ne revêt pas le caractère d'une punition au sens des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 ». Il n'est toutefois pas exclu qu'elle appartienne à la matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme compte tenu de la conception large que la cour retient de la notion.

24 - Cass. crim. 7 novembre 2001, pourvoi n° 00-88142.

25 - V. not. l'opinion dissidente du juge Myjer, § 6.

d'ordre public ne sauraient justifier une disposition vidant de leur substance même les droits des requérants de garder le silence et de ne pas contribuer à leur propre incrimination garantis par l'article 6 § 1 de la Convention »[26] et que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination « s'applique aux procédures pénales concernant tous les types d'infraction criminelle, de la plus simple à la plus complexe »[27]. Il nous semble que, pour le moins, les peines d'emprisonnement prévues par toutes ces dispositions[28] qui obligent à s'auto-incriminer devraient être supprimées afin que la nature et le degré de la coercition soit acceptable.

§ 2 : Le « témoin-suspect »

Il va de soi qu'une personne mise en examen ne peut pas être entendue sous serment[29]. L'affirmation est exacte depuis que la Révolution a abrogé l'article 14 de l'ordonnance de 1670, aux termes duquel « L'accusé prêtera serment avant d'être interrogé, et il en sera fait mention à peine de nullité ». La jurisprudence annule donc nécessairement les procédures lorsque l'inculpé est entendu sous serment sur des faits qui lui sont reprochés, étant entendu qu'il ne peut pas renoncer à se prévaloir de cette nullité[30]. De la même manière, la Cour de cassation n'admet pas qu'une personne nommément visée dans le réquisitoire introductif soit entendue sous serment[31].
Mais une situation plus complexe s'est présentée : sous l'empire du droit antérieur à 2004, le témoin qui avait été placé en garde à vue par un OPJ agissant sur commission rogatoire, devait prêter serment. La Cour de cassation n'y voyait pas d'inconvénient, même si l'intéressé avouait sa participation à l'infraction durant la garde à vue. Elle rappelait alors qu' « il résulte des dispositions combinées des articles 105, 113-1, 153 et 154 du Code de procédure pénale, qui ne sont pas contraires à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'une personne placée en garde à vue sur commission rogatoire du juge d'instruction est entendue par l'officier de police judiciaire après avoir prêté le serment prévu par la loi, dès lors qu'il n'existe pas à son encontre des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont le juge d'instruction est saisi ou qu'elle n'est pas nommément visée par un réquisitoire introductif »[32]. La Cour de cassation a réitéré cette affirma-

26 - CEDH Heaney et McGuinness, précité, § 58.

27 - CEDH Saunders c/ Royaume-Uni, précité, §74.

28 - A cet égard, on remarquera que l'infraction de l'article 413 bis du code des douanes est une contravention de 5ème classe punie d'une peine d'emprisonnement alors que l'emprisonnement contraventionnel a été supprimé en 1992 lors de la réforme du Code pénal.

29 - Le témoin assisté ne peut pas non plus être entendu sous serment, art. 113-7 CPP.

30 - Cass. crim., 6 janvier 1923, S. 1923, 1, p. 185, note Roux.

31 - CA Riom, 23 novembre 1960, JCP 1960, II, 11952, note Chambon.

32 - Cass. crim. 14 janvier 2003, Bull. crim. n° 6 ; Cass. crim. 8 avril 2010, n° 03-80.508. Pour une partie civile : Cass. crim. 28 avril 2004, Bull. n° 103, RSC 2005, p. 384, obs. J. Buisson.

tion dans un arrêt du 27 juin 2006[33], qui conduisit le demandeur à saisir la Cour européenne. Selon celle-ci, « l'argument selon lequel le requérant n'a été entendu que comme témoin est inopérant, comme étant purement formel, dès lors que les autorités judiciaires et policières disposaient d'éléments de nature à le suspecter d'avoir participé à l'infraction ». Par conséquent, le fait d'avoir dû prêter serment « a constitué une forme de pression et (...) le risque de poursuites pénales pour témoignage mensonger a assurément rendu la prestation de serment plus contraignante » avant de conclure à la violation du droit de ne pas s'auto-incriminer[34]. Depuis la loi du 9 mars 2004, les personnes gardées à vue par un OPJ agissant sur commission rogatoire n'ont plus l'obligation de prêter serment.

En revanche, les témoins prêtent serment lorsqu'ils sont entendus par le juge d'instruction, la cour d'assises, le tribunal correctionnel, et le tribunal de police[35]. Le témoin encourt une amende de 3750 euros s'il refuse « soit de prêter serment, soit de faire sa déposition » devant la cour d'assises, le tribunal correctionnel ou le tribunal de police[36]. C'est également la peine encourue pour refus de déposer, délit prévu par l'article 434-15-1 du code pénal qui peut être retenu à l'encontre de celui qui refuse de répondre aux questions du juge d'instruction. Jusqu'à la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, le juge d'instruction pouvait prononcer directement une amende de cinquième classe contre les témoins défaillants, « s'ils ne comparaissent pas ou s'ils refusent de prêter serment et de déposer » sur le fondement de l'article 109, dans sa rédaction antérieure à 2000[37].
La peine qui punit le refus de comparaître, de prêter serment ou de déposer est donc moins sévère que celle qui sanctionne le témoignage mensonger. En effet, en vertu de l'article 434-13, al. 1er du code pénal, « le témoignage mensonger fait sous serment devant toute juridiction ou devant un officier de police judiciaire agissant en exécution d'une commission rogatoire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende ».

---

33 - Cass. crim. 27 juin 2006, n° 01-85049.

34 - CEDH 14 octobre 2010, Brusco c/ France, C. Mauro, Réflexions sur la garde à vue : à propos de l'arrêt Brusko c/ France de la CEDH du 14 oct. 2010, Dr. Pénal 2010, étude 29 ; D. Roets, Le serment d'une personne gardée à vue : un oxymore contraire au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et de garder le silence, RSC 2011, p. 211 ; JCP 2010, 1064, obs. F. Sudre ; D. 2010, 2425, édito F. Rome, p. 2950, note J.-F. Renucci, p. 2696, Y. Mayaud ; p. 2783, J. Pradel, p. 2850, D. Guérin.

35 - Code de procédure pénale : art. 103 et 109 (juge d'instruction), art. 331 et 335 (cour d'assises), art. 437 (tribunal correctionnel), art. 536 (tribunal de police).

36 - Code de procédure pénale : art. 326 (devant la cour d'assises), art. 438 (devant le tribunal correctionnel), art. 536 (devant le tribunal de police).

37 - V. CEDH 20 octobre 1997, Servès c/ France : Bull. inf. C. cass. 15 janv. 1998, n° 1, § 47 ; JCP 1998, I, § 23, obs. F. Sudre.

Le témoin qui a des choses à cacher a donc intérêt à se taire plutôt qu'à mentir. La Cour de cassation retient en effet le délit de faux témoignage à l'encontre du témoin qui ment pour éviter de s'auto-incriminer au motif que « la loi ne distingue pas la fausse affirmation en défense personnelle du faux témoignage »[38]. Garraud était hostile à la répression dans cette hypothèse, considérant que le témoin qui dépose dans sa propre cause ne doit pas être considéré comme un témoin mais comme un prévenu[39]. Par ailleurs, on pourrait songer à faire valoir une cause d'irresponsabilité, notamment la contrainte, car l'intéressé est soumis à cette force irrésistible qu'est l'instinct de survie et qui le poussera à mentir quitte à se parjurer. Mais il s'agirait d'une contrainte morale interne à laquelle la jurisprudence ne donne pas valeur exonératoire[40]. Reste, éventuellement, la possibilité d'invoquer le fait justificatif tiré de l'exercice des droits de la défense[41]. Mais jusqu'à présent, telle n'est pas la position de la jurisprudence qui ne permet pas au témoin de se soustraire à son devoir de vérité, une fois qu'il a prêté serment, même si son témoignage l'expose à des poursuites[42]. Le témoin en question sera donc effectivement susceptible d'être poursuivi car il n'existe pas, en droit français, de dispositions similaires à celles du droit anglo-saxon qui empêche de poursuivre le témoin qui a été obligé de s'auto-incriminer[43]. On peut le regretter[44] mais le dispositif paraît conforme aux exigences du procès équitable car le témoin qui a des choses à cacher et qui est simplement convoqué en justice pour témoigner ne fait pas l'objet d'une accusation au sens de l'article 6[45], contrairement à celui qui est gardé à vue.

---

38 - Cass. crim. 11 avril 1964, Bull. n° 112 ; JCP 1964, II, 13770, note J. Larguier. V. aussi, cass. crim. 22 avril 1847, Bull. n° 80 ; cass. crim. 23 décembre 1847, S. 1848. 1. 302 ; cass. crim. 20 juin 1856, DP 1856. 1. 374 ; cass. crim. 2 décembre 1864, Bull. crim. n° 273 ; cass. crim. 15 mars 1866, DP 1866. 1. 553 ; Cass. crim. 26 juill. 1945, RSC 1946. 236, obs. Hugueney.

39 - Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey, 1935, Tome 6, n° 2295 e) : « sauf si, pour se disculper lui-même, le faux témoin a précisément porté un faux témoignage contre autrui ».

40 - V. J.-H. Robert, *Droit pénal général*, PUF, 5ème éd. p. 304.

41 - En ce sens, J. Buisson, note sous Cass. crim. 28 avril 2004, précité. Comp. Cass. crim. 25 janv. 1984, RSC 1985, bull. n° 33, p. 72 qui rejette le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel, lequel énonçait que « l'article 365 du code pénal (*subornation de témoin*) a une portée générale et vise les inculpés qui, « s'ils ont le droit de mentir et de rester silencieux « ou de se concerter en vue d'une défense commune, ne peuvent invoquer les droits de la défense pour user des procédés prohibés par l'article susvisé et entraver ainsi le fonctionnement de la justice ».

42 - V. Y. Mayaud, La crédibilité, critère du mensonge en droit pénal, AJ Pénal 2008, p. 111.

43 - Par exemple, la loi sur la preuve au Canada, C-5, « Lorsque, relativement à une question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer (....) alors, bien que ce témoin soit (...) forcé de répondre, sa réponse ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage ou pour témoignage contradictoire ».

44 - En ce sens, J. Pradel, *Procédure pénale*, éd. Cujas, 15ème éd., n° 468 *in fine*.

45 - L'accusation se définit comme la « notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale » (par ex. CEDH 27 février 1980, Deweer c/ Belgique, § 42 et CEDH Servès c/ France, précité, § 42). L'accusation est caractérisée dès que « les soupçons pesant sur l'intéressé ont eu des répercussions importantes sur sa situation » (par ex., CEDH 27 juin 1968, Neumeister, § 13).

Section II - La notification du droit au silence, garantie non exigée par la Cour européenne des droits de l'homme

En réintroduisant la notification du droit au silence à la personne gardée à vue, le législateur français a sur-réagit (§ 2) car il apparaît que la Cour européenne est bien davantage attachée à la présence de l'avocat qu'à la notification du droit de se taire (§ 1).

§ 1 : Les exigences européennes

Il apparaît que les juges strasbourgeois lient intimement la notification du droit au silence et la présence de l'avocat : lorsque ce dernier est absent, l'absence de notification est relevée. Ainsi, la Cour européenne a conclu à la violation de l'article 6 dans une affaire contre Russie dans laquelle le requérant avait avoué être l'auteur d'un vol de carburant alors qu'il était interrogé par la police, sur le bord d'une route, sans avoir été informé de son droit de se taire et en l'absence d'avocat. La Cour estime que « dans les circonstances de l'espèce, il incombait à la police d'informer le demandeur du privilège contre l'auto-incrimination et le droit de rester silencieux »[46].
Parallèlement, la Cour européenne s'est faite de plus en plus insistante pour exiger la présence de l'avocat dès le début de la garde à vue[47]. A tel point que l'assistance de l'avocat reste nécessaire, même lorsque le requérant a exercé son droit au silence[48]. Enfin, dans l'arrêt Brusco, la Cour européenne « rappelle que la personne gardée à vue a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires, et ce *a fortiori* lorsqu'elle n'a pas été informée par les autorités de son droit de se taire » et souligne qu'en l'espèce, les aveux ont été obtenus en l'absence de l'avocat qui n'a donc pas pu informer son client « sur son droit à garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer avant son premier interrogatoire »[49].
On comprend donc que lorsque l'avocat est présent dès le début de la garde à vue, il lui revient clairement d'avertir son client du droit de garder le silence. Mais la Cour européenne des droits de l'homme ne consacre pas la notification du droit au silence si l'avocat est présent[50].

---

46 - CEDH Zaichenko c/ Russie, 18 février 2010, § 52 "The Court considers that in the circumstances of the case it was incumbent on the police to inform the applicant of the privilege against self-incrimination and the right to remain silent".

47 - V. CEDH 27 novembre 2008, Salduz c/ Turquie ; CEDH 13 octobre 2009, Dayanan c/ Turquie, Gaz. Pal. 2-3 décembre 2009, note H. Matsopoulou ; D. 2009. 2897, note J.-F. Renucci ; AJ pénal 2010. 27, étude C. Saas ; RSC 2010. 231, obs. D. Roets. ; CEDH 9 février 2010, Boz contre Turquie ; CEDH 2 mars 2010, Adamkiewicz c/ Pologne, D. 2010. 1324, note P. Bonfils, et 1911, obs. P. Bonfils.

48 - CEDH Dayanan c/ Turquie, précité, § 33.

49 - § 54.

50 - En ce sens, J. Pradel, Vers une métamorphose de la garde à vue, D. 2010 p. 2783 ; D. Roets, Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, AJ Pénal 2008, p. 119 et s.

§ 2 : La réaction française

Avant d'exposer le droit positif en matière de garde à vue, il faut rappeler que lorsqu'une information a été ouverte, le juge d'instruction notifie au mis en examen son droit de se taire, mais seulement lors de l'interrogatoire de première comparution et si l'intéressé n'est pas assisté de son avocat[51]. Il ne s'agit donc pas d'une règle générale qui s'appliquerait aux interrogatoires[52]. Une fois l'avocat présent, c'est à lui de rappeler à son client son droit de demeurer silencieux. La disposition est parfaitement conforme à la Convention européenne puisque les juges strasbourgeois ne disent pas autre chose.

La notification, au gardé à vue, de son droit au silence a connu, en France, une histoire perturbée. Aux termes de la loi du 15 juin 2000, l'article 63-1 CPP prévoyait que les policiers devaient expressément notifier aux personnes placées en garde à vue leur « droit de ne pas répondre aux questions qui lui seront posées par les enquêteurs ». Moins de deux ans plus tard, la disposition fut modifiée par la loi du 4 mars 2002, afin qu'outre le droit de se taire, le gardé à vue fut également informé de son droit de faire des déclarations et de répondre aux questions posées. Puis, la loi du 18 mars 2003 fit disparaître l'obligation de notifier au gardé à vue son droit de se taire[53].
Saisi d'une QPC, le Conseil constitutionnel a conclu à l'inconstitutionnalité de nos dispositions régissant la garde à vue notamment, aux termes du considérant 28, parce que le code de procédure pénale « ne permet pas à la personne ainsi interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat ; qu'une telle restriction aux droits de la défense est imposée de façon générale, sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier, pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes ; qu'au demeurant, la personne gardée à vue ne reçoit pas la notification de son droit de garder le silence »[54]. Le Conseil constitutionnel a statué dans des termes quasiment identiques en matière de retenue douanière[55]. Quoiqu'il en soit, à chaque fois, l'absence de notification est relevée, mais la notification n'est pas exigée.

---

51 - Art. 116, al. 4 CPP.

52 - Coralie Ambroise-Castérot, Dalloz, Répertoire de droit pénal et procédure pénale, Aveu, § 29.

53 - V. Ch. Lazerge, La dérive de la procédure pénale, RSC 2003, p. 64.

54 - Cons. constit., 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC, JO 31 juillet 2010, p. 14198 ; AJDA 2010, p. 1556, obs. S. Brondel ; D. 2010, p. 1928, entretien C. Charrière-Bournazel, p. 1949, point de vue P. Cassia, et p. 2259, obs. J. Pradel ; RTD civ. 2010, p. 513 et p. 517, obs. P. Puig ; RPDP 2010, n° 3, dossier spécial, O. Foll, F. Casorla, F. Saint-Pierre et T. Renoux.

55 - Cons. const., 22 septembre 2010, n° 2010-32 QPC, 23 septembre 2010, p. 17291, D. 2010, p. 2301, point de vue C. J. Berr ; *ibid.* p. 2352, entretien J. Pannier.

En revanche, la Cour de cassation est allée plus loin que la Cour européenne des droit de l'homme et que le Conseil constitutionnel en décidant que toute personne placée en garde à vue ou en retenue douanière, doit, dès le début de la mesure « être informée de son droit de se taire et bénéficier, sauf renonciation non équivoque, de l'assistance d'un avocat »[56].
Finalement, avec la loi du 14 avril 2011[57], la notification du droit de se taire a réintégré l'article 63-1, dans les mêmes termes qu'en 2002, puisque désormais, « la personne placée en garde à vue est immédiatement informée (...) du droit, lors des auditions, après avoir décliné son identité, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ». La même loi a également modifié l'article 323-6 du code des douanes afin d'y intégrer la notification du droit de se taire, exactement dans les mêmes termes que l'article 63-1.

Encore une fois, la jurisprudence européenne ne nous obligeait pas à réintroduire la notification du droit au silence. Et cela ne nous paraît pas surprenant : si le droit de se taire est sans nul doute un droit fondamental en ce qu'il garantit l'interdiction du recours à une coercition abusive et notamment à la torture, sa notification n'a pas la même importance puisqu'il n'emporte pas le même enjeu. On nous objectera que dès lors qu'un droit est reconnu, il doit faire l'objet d'une information. Nous ne souscrivons pas à cet argument : il ne fait nul doute qu'en France, un suspect a le droit de mentir[58]. Certes, ce n'est pas un droit absolu puisque l'on a vu que le témoin qui mentait pour se disculper réalise le délit de faux témoignage. Mais il n'en demeure pas moins qu'il existe un véritable droit au mensonge du suspect. Pour autant, imaginerait-on l'en informer ? Peut-on sérieusement envisager de demander aux enquêteurs, dans les instants qui précèdent l'interrogatoire, d'avertir le suspect qu'il peut leur mentir ?

---

56 - Crim. 19 octobre 2010, Bull. n° 163, n° 164 et n° 165 ; D. 2010, p. 2434, obs. S. Lavric, 2809, note E. Dreyer, p. 2425, édito. F. Rome, p. 2696, entretien Y. Mayaud, p. 2783, chron. J. Pradel ; D. 2011, p. 1713, obs. V. Bernaud ; AJ pénal 2010. 479, étude E. Allain ; Cah. Cons. const. 2011. 242, obs. Y. Mayaud ; RSC 2010. 879, chron. E. Gindre. V. à propos de ces arrêts, H. Matsopoulou, Garde à vue : la Cour de cassation partagée entre conventionnalité et constitutionnalité, JCP 2010. Actu. 1164 ; A. Maron, Troisième messe de requiem pour la garde à vue, Dr. pénal, novembre 2010, dossier spécial sur « La garde à vue sous contrôle judiciaire », n° 11. Crim. 31 mai 2011, n° 11-80034, n° 11-81412, n° 10-88293 et n° 10-88809, D. 2011. 2084, Garde à vue : primauté de la jurisprudence européenne sur les règles constitutionnelles, H. Matsopoulou ; RSC 2011, p. 412, obs. A. Giudicelli ; AJ pénal 2011. 370, obs. C. Mauro ; JCP 2011, n° 756, note J. Pradel. Et sur la rétroactivité des nouvelles garanties : Cass., ass. plén., 15 avril 2011, n° 10-17049, n° 10-30313, n° 10-30.136 et n° 10-30242, D. 2011, p. 1128, entretien G. Roujou de Boubée , et p. 1713, obs. V. Bernaud ; AJ pénal 2011. 311, obs. C. Mauro ; RSC 2011., p. 410, obs. A. Giudicelli ; JCP 2011. Actu. 483, obs. S. Detraz.

57 - V. sur cette loi, H. Matsopoulou, La garde à vue - Une réforme inachevée, JCP 2011, n° 542 ; M.-L. Rassat, A remettre sur le métier - Des insuffisances de la réforme, Libres propos, JCP 2011, n° 632 ; J. Pradel, Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue, JCP 2011, n° 665 ; G. Roujou de Boubée, La réforme de la garde à vue, D. 2011, p. 1570.

58 - Selon Y. Mayaud, il existe pour les accusés et les prévenus « un véritable droit au mensonge qui semble même relever d'une morale naturelle », *Le mensonge en droit pénal*, Th. 1997, L'Hermès, p. 94. V. aussi, P. Conte, La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? Dr. pénal 2009, étude n° 8, not. § 5.

On comprend dès lors la cohérence du système accusatoire à l'américaine : parce que le mensonge fait à un policier est puni, il faut rappeler au mis en cause son droit de se taire. Le législateur français lui a emprunté la notification du droit de se taire. Il lui resterait en toute logique, à pénaliser le mensonge proféré devant un officier de police judiciaire.

Le 2 décembre 2011.

LA PUBLICITE DANS LA PROCEDURE PENALE FRANCAISE

Mikaël Benillouche
Maître de conférences à l'Université de Picardie Jules Verne
Membre du CEPRISCA

La publicité est l'une des trois caractéristiques essentielles de la procédure accusatoire. En France, en raison du compromis historique opéré en 1808, à une phase préliminaire secrète succède une phase de jugement publique.
De façon plus pragmatique, quels sont les justifications avancées pour restreindre la publicité ?

Tout d'abord, la publicité aurait un caractère criminogène. Pour une partie de la doctrine, le secret permet d'éviter une recrudescence de la criminalité. Pourtant, aucune étude n'est cependant parvenue à établir avec certitude les effets de la publicité des procédures pénales sur le nombre d'infractions commises. Toutefois, le droit positif a consacré ce fondement. Ainsi, l'article C. 24, alinéa 8 de l'instruction prise pour l'application du code de procédure pénale prévoit que la règle du secret doit être particulièrement respectée dans les affaires susceptibles de faire l'objet d'un jugement à huis clos, ou de nature à révéler des moyens propres à encourager la criminalité ou la délinquance juvénile.
La relation au crime serait criminogène. En effet, le crime serait « contagieux ». Or, la presse en reproduisant les détails de l'infraction, fournit à des « apprentis délinquants » les méthodes les plus efficaces pour parvenir à commettre l'infraction. Ainsi, dès les années 1950, la presse a pris l'habitude de relater les circonstances et les conséquences des crimes. Le public a toléré cette pratique puis s'est habitué à la proximité et à la banalisation du crime avant de rechercher ce type d'informations auxquelles il a pris goût.

La tolérance aux comportements criminels résulterait ainsi d'une banalisation progressive des actes criminels et de la description de plus en plus précise des circonstances de l'infraction. La publicité met en évidence la fréquence du crime qui perd son caractère odieux et le droit pénal sa fonction d'intimidation.
Cette théorie justifierait donc l'existence d'un secret absolu, c'est-à-dire généralisé à l'ensemble de la procédure et donc au jugement, ce qui n'est pas sans inconvénient.
Or, les effets de la publicité sur la moralité dépendent beaucoup de la façon dont les révélations ont lieu. La publicité peut montrer les conséquences du crime pour les victimes et enseigner les moyens d'éviter de tels agissements. La publicité a alors une vertu pédagogique incontestable.
Le public serait attiré par les chroniques judiciaires et nécrologiques en raison d'un goût étrange et profond pour le sang et la mort[1]. L'exaltation du criminel pourrait créer des effets redoutables sur les personnes n'ayant pas réussi à s'imposer socialement.
D'autres criminologues et sociologues font valoir que la publicité aurait des effets bénéfiques car, selon la thèse dite de la « soupape de sécurité »[2], elle calmerait les pulsions agressives de certaines personnes et de cette façon, elle préviendrait le passage à l'acte d'un certain nombre d'individus. En outre, la publicité informerait la population sur les procédés utilisés par les délinquants. Enfin, elle aurait une fonction intimidatrice à l'égard des personnes tentées par le crime, car elle mettrait en évidence les moyens utilisés afin de découvrir la vérité.
Une thèse transactionnelle est adoptée par la majorité des auteurs qui se sont penchés sur la question. Ils considèrent que la publicité a un effet néfaste sur les individus faibles et déficients, et uniquement pour certaines infractions[3]. En outre, en relatant les circonstances des infractions, la presse tirerait profit du crime et ferait « œuvre immorale et criminogène », ce qui devrait être plus sévèrement sanctionné.
Sur ces individus fragiles, la publicité produirait deux effets. L'effet immédiat serait de suggérer la commission de faits analogues, d'indiquer les méthodes utilisées par les délinquants. L'effet médiat ou indirect serait d'abaisser la moralité du public et de fausser la représentation du crime dans l'inconscient collectif. Certains auteurs dénotent les effets différents de la presse écrite et de la presse audiovisuelle qui atteindrait plus profondément les individus. À l'égard des autres individus, la publicité n'aurait pour effets néfastes que l'altération de la perception du phénomène criminel et la modification de l'échelle des valeurs au sein de la société.

---

1 - R. Volcher, « III. Les aspects médico-psychologiques », *in* Les problèmes posés par la publicité donnée aux actes criminels et aux procédures pénales, RIDP, 1959, n° 3, p. 373.

2 - J. Léauté, *Criminologie et science pénitentiaire*, Paris, coll. Thémis, PUF, 1972, 932 p.

3 - Pour le Professeur Vitu, la publicité des procédures aurait un effet criminogène sur les « psychopathes et les obsédés » (A. Vitu, *Le principe de la publicité dans la procédure pénale*, Annales de la Faculté de droit et de sciences économiques de Toulouse, 1968, pp. 296-297).

Ensuite, la publicité entraverait l'efficacité des investigations. Le secret permettrait d'assurer l'efficacité de l'enquête, mais également de sauvegarder la sécurité des témoins, des victimes et même des enquêteurs à l'encontre d'éventuelles menaces et de pressions exercées par les personnes mises en cause ou par une partie de l'opinion publique.
L'efficacité des investigations est toujours considérée en doctrine comme la justification principale du secret. L'enquête peut en effet être entravée par la publicité.
Au cours de la phase préliminaire, la publicité peut permettre aux personnes mises en cause de troubler la recherche de la vérité en harcelant et en menaçant les témoins et dénonciateurs. L'auteur de l'infraction pourrait, s'il venait à être informé au même titre que le reste du public du déroulement de l'enquête, prendre ses dispositions pour s'enfuir ou pour préparer ses réponses. Il convient de constater que dans ce dernier cas, il ne fait que préparer sa défense, ce qui ne paraît pas *a priori* choquant.
Enfin, la publicité pourrait inciter des déséquilibrés à des auto-accusations, ce qui ralentirait d'autant le cours de la justice. Toutefois dans certains cas, la publicité peut susciter des révélations ou encore aider à retrouver des témoins ou un coupable par le biais de la diffusion de « portraits-robots ». De même, le processus « alerte enlèvement » a, à plusieurs reprises montré son efficacité.

De plus, la publicité porterait atteinte à l'indépendance et à l'impartialité des juridictions.
L'influence des médias sur la justice peut se manifester dès le stade de l'instruction ou lors de la phase de jugement du procès.
Au stade de l'instruction, il faut éviter que le juge d'instruction soit l'« otage de l'opinion publique »[4]. En effet, il risquerait alors d'être conduit par les médias à porter une appréciation subjective sur l'implication d'une personne sur la procédure. Or si par la suite, l'hypothèse avancée par le juge n'est pas retenue, le préjudice pour la personne impliquée et pour la justice serait considérable.
Par la suite, si la personne est renvoyée en jugement, l'opinion publique aura déjà une idée préconçue de la culpabilité. Les juridictions de jugement risquent alors d'être influencées par une publicité prématurée et dénaturée.
Pour les affaires criminelles, ce risque est d'autant plus important que la juridiction est composée de jurés peu habitués à la pression médiatique.
Aujourd'hui, au nombre des justifications apportées au secret par la doctrine, figurent outre des considérations d'intérêt public, la sauvegarde d'intérêts privés.

4 - P. Naut, Le juge d'instruction et son secret, D. 1977, chron., p. 161.

Enfin, de nombreuses justifications d'intérêt privé du secret sont apparues progressivement.
Leur importance est variable. Au nombre d'entre eux figure la présomption d'innocence, à laquelle se réfère l'essentiel de la doctrine pour justifier le maintien du secret.
Le secret permettrait de ne pas porter une trop lourde atteinte à la vie privée, à la réputation, à l'honneur ainsi qu'à la présomption d'innocence des personnes mises en cause. En outre, l'insertion sociale des personnes concernées serait ainsi préservée.
Une des justifications au secret réside dans la présomption d'innocence, mais ce fondement est cependant discutable. En effet, certains auteurs et praticiens estiment que pour mieux protéger la présomption d'innocence, il faudrait appliquer le secret à l'audience de jugement, car elle peut aboutir à un acquittement.
Le secret de l'enquête et de l'instruction est essentiellement justifié en doctrine par la protection qu'il permet d'assurer à la présomption d'innocence[5]. Ainsi, si le secret est méconnu et que des révélations sont faites publiquement, des soupçons pourraient continuer de peser sur la personne mise en cause à l'égard du public et ce, même si elle est mise hors de cause par la suite.
La présomption d'innocence comme justification au secret est également évoquée par l'article C. 21 alinéa 2 de l'instruction générale prise pour l'application du code de procédure pénale du 27 février 1959, qui dispose que le secret « a plus particulièrement pour objet d'éviter que des soupçons viennent peser publiquement sur un innocent auquel serait ainsi causé un préjudice injustifié et le plus souvent irréparable ».
Pour éviter que des atteintes ne soient portées à la présomption d'innocence par les médias, le secret ne pourrait être efficace que s'il est absolu. Cependant, la Cour européenne reconnaît aux autorités publiques la possibilité d'informer sur les affaires en cours à la condition de le faire avec réserve et discrétion[6]. Dès lors, les informations qui ne porteraient pas atteinte à la présomption d'innocence pourraient être divulguées. Ainsi, la possibilité de fournir aux médias des informations objectives sur les affaires en cours d'enquête et d'instruction est reconnue.

Si, en apparence, les modèles utilisés lors de la phase préliminaire (section I) et lors de la phase décisionnaire (section II) s'opposent quant à la publicité, il n'en demeure pas moins que les nombreuses limitations apportées au principe rapprochent les régimes applicables.

5 - Voir, notamment J. Larché, *Le respect de la présomption d'innocence et le secret de l'enquête et de l'instruction. Une journée de réflexion organisée par la commission des lois*, Paris, Les rapports du Sénat, n° 602, 1993-1994, 234 p.

6 - CEDH, Allenet de Ribemont, 10 février 1995, RTDH, 1995, p. 657, § 41.

Section I - Le secret de la phase préliminaire

Le secret de la phase préliminaire ne s'applique qu'à certaines personnes (§ 1) et concernant des aspects spécifiques de la procédure (§ 2).

§ 1 : Un secret limité quant aux personnes

Le secret ne s'applique qu'aux professionnels mus par un intérêt public spécifique, à l'exclusion des personnes poursuivant un intérêt différent.

A. L'application aux seules personnes concourant à la procédure

En proclamant explicitement le secret de l'enquête et de l'instruction, le code de procédure pénale a innové par rapport au code d'instruction criminelle. La formulation de l'article 11 du code de procédure pénale a toutefois induit beaucoup d'incertitudes sur le champ d'application de cette disposition, aujourd'hui partiellement levées par la doctrine et la jurisprudence.
L'article 11 du code de procédure pénale dispose :
« Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète.
Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du code pénal ».
En outre, l'article 96-I de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence et l'indemnisation des victimes a inséré un troisième alinéa à l'article 11 :
« Toutefois, afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, le procureur de la République peut, d'office et à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause ».
Le secret est relatif dans la mesure où il ne concerne d'une part, qu'un certain nombre de personnes et qu'il souffre d'autre part, de certains tempéraments.
Le premier alinéa de l'article 11 formule de façon générale le principe du secret de l'enquête et de l'instruction. Le deuxième alinéa de l'article astreint au secret les personnes qui concourent à la procédure.
Le secret de l'instruction n'est donc pas protégé objectivement en tant que tel, puisque le système mis en place n'impose le secret qu'aux seules personnes concourant à la procédure.
Le terme « concourir » employé par le texte, signifie « se joindre à une action commune, pour un effet commun, pour une opinion commune »[7] ou encore « tendre à un but commun ; contribuer avec d'autres à un même résultat »[8].

7 - Littré.

8 - Le Petit Robert.

La notion de concours suppose donc une action positive et objective. Pour déterminer les personnes concourant à la procédure, il est nécessaire de recourir à la fois à des textes spécifiques, à la jurisprudence ainsi qu'à la doctrine pour compléter l'article 11 alinéa 2 du code de procédure pénale. En effet, aux termes de l'article C. 22 de l'instruction générale prise pour l'application du code de procédure pénale du 27 février 1959, les personnes concernées par le texte sont les magistrats, les officiers et agents de police judiciaire, les experts et les greffiers. Cette liste n'est toutefois qu'indicative. Les magistrats du siège chargés de l'instruction à titre principal ou ponctuel (par exemple chargés d'un supplément d'information ou d'une commission rogatoire) sont astreints au secret. Il en est de même pour les magistrats du Parquet conduits à connaître de l'instruction. Toutes les personnes ayant des pouvoirs de police judiciaire sont également tenues au respect du secret[9] au même titre que la majorité des autres auxiliaires de justice, quand bien même ils exerceraient leurs fonctions de façon temporaire ou ponctuelle.
Il en va notamment ainsi pour les greffiers d'instruction[10] et les huissiers de justice[11].
Par ailleurs, depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, l'article 11-1 du code de procédure pénale :
« Sur autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction selon les cas, peuvent être communiqués à des autorités ou organismes habilités à cette fin par arrêté du ministre de la justice, pris le cas échéant après avis du ou des ministres intéressés, des éléments des procédures judiciaires en cours permettant de réaliser des recherches ou enquêtes scientifiques ou techniques, destinées notamment à prévenir la commission d'accidents, ou de faciliter l'indemnisation des victimes ou la prise en charge de la réparation de leur préjudice. Les agents de ces autorités ou organismes sont alors tenus au secret professionnel en ce qui concerne ces informations, dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du code pénal. »

En conséquence, si le principe est celui du secret applicable aux personnes qui concourent à la procédure, le droit reconnaît la possibilité de s'affranchir de celui-ci.

B. L'exclusion de principe des parties privées

Les parties privées, qu'il s'agisse de la personne mise en examen[12] ou de la partie civile[13], ne concourent pas à la procédure car elles ne seraient

9 - Voir notamment les articles 16, 20, 22, 23, 28, 29 du code de procédure pénale.

10 - Cass. crim. 9 juillet 1886, D.P. 1886, 1, p. 475, S. 1886, 1, p. 487.

11 - Cass. crim. 12 avril 1951, D. 1951, p. 363.

12 - CA Paris, 11 juin 1986, RSC, 1986, p. 855, obs. G. Levasseur et article C. 22 de l'instruction générale.

13 - Cass. crim. 9 octobre 1978, D. 1979, p. 185, note P. Chambon, RSC, 1979, p. 560, obs. G. Levasseur et p. 861, obs. J. Larguier ; 9 juillet 2003, pourvoi n° 03-82320.

pas astreintes à l'objectivité caractérisant les organes de poursuite et d'instruction.
Le témoin n'est pas davantage tenu au secret.
Pour ce qui est des parties privées, leur exclusion du champ d'application du secret s'explique par l'article 11 alinéa 1cr du code de procédure pénale selon lequel le secret s'exerce « sans préjudice des droits de la défense ».
Cette exclusion concerne également l'avocat[14], même si l'article 160 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, prévoit que l'avocat doit « respecter le secret de l'instruction en matière pénale ». L'avocat est en outre soumis au secret professionnel prévu à l'article 226-13 du code pénal.
En conséquence, si l'avocat est un auxiliaire de justice en ce sens que son rôle est indispensable dans la procédure pour sauvegarder les intérêts de son client, il n'est pas pour autant astreint à la recherche objective de la vérité. Il doit donc être exclu du champ d'application de l'article 11 du code de procédure pénale. En effet, les avocats ne contrôlent l'instruction que dans l'intérêt exclusif des droits de la défense. C'est pourquoi, certains règlements intérieurs autorisent l'avocat, après un visa préalable du bâtonnier, à délivrer un communiqué en réponse à celui du procureur sur la procédure en cours[15].
Pourtant, une disposition générale est susceptible de concerner l'avocat et vient renforcer le secret. Ainsi, selon l'article 434-7-2 du code pénal :
« Sans préjudice des droits de la défense, le fait, pour toute personne qui, du fait de ses fonctions, a connaissance, en application des dispositions du code de procédure pénale, d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction en cours concernant un crime ou un délit, de révéler sciemment ces informations à des personnes qu'elle sait susceptibles d'être impliquées comme auteurs, coauteurs, complices ou receleurs, dans la commission de ces infractions, lorsque cette révélation est réalisée dans le dessein d'entraver le déroulement des investigations ou la manifestation de la vérité, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.
Lorsque l'enquête ou l'instruction concerne un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement relevant des dispositions de l'article 706-73 du code de procédure pénale, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende. »

C. L'exclusion des journalistes

Le secret ne concerne pas le journaliste qui agit au nom de la liberté d'expression consacrée notamment à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette liberté n'est bien évidemment pas

14 - Cass. crim. 18 octobre 1977, D. 1978, p. 94, note A. Brunois.

15 - Commission nationale du droit de réponse, 7 octobre 1980, Gaz. Pal., 1980, 2ème sem., p. 720.

absolue. L'ingérence dans la liberté d'expression constituée par la norme la restreignant doit être « nécessaire dans une société démocratique » à la réalisation du « but légitime poursuivi ». Le journaliste peut donc librement publier ou diffuser des informations qu'il aurait lui-même recueillies auprès d'autres personnes non tenues au secret, tels que la personne mise en examen, le témoin et la partie civile sur des affaires pénales en cours d'instruction ou d'enquête. En effet, selon la Cour européenne, « la presse joue un rôle éminent dans une société démocratique : si elle ne doit pas franchir certaines limites, tenant notamment à la protection de la réputation et aux droits d'autrui ainsi qu'à la nécessité d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles, il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général »[16].

Rien ne lui interdit davantage de procéder à des enquêtes parallèles par rapport à la justice et de publier un livre ou de réaliser une émission de télévision sur une affaire non encore jugée sous réserve de respecter les droits des personnes étant intervenues dans la procédure.

Si le secret de l'article 11 du code de procédure pénale ne s'étend pas au journaliste, la jurisprudence a imposé le secret au journaliste avant de revenir sur sa position.

Le journaliste qui publie des informations sur une affaire en cours d'enquête et d'instruction peut, si les conditions sont réunies, faire l'objet de poursuites pour diffamation.

La diffamation est définie par l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse comme « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération ».

Face à la diffamation, un des moyens de défense est l'*exceptio veritatis* ou exception de vérité qui permet à l'auteur des propos portant atteinte à la réputation d'apporter la preuve des faits imputés. Selon l'article 35 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse :

« La vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée, sauf :

a) Lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne ;

b) Lorsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix années ;

c) Lorsque l'imputation se réfère à un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision ».

En vertu de cette disposition, l'exception de vérité semble devoir être admise puisque l'hypothèse d'une affaire judiciaire pendante n'est pas évoquée par l'article 35 alinéa 3.

Ainsi, le journaliste pouvait échapper à une condamnation en démontrant qu'il avait fourni des informations exactes et notamment en produisant en justice des pièces couvertes par le secret de l'enquête ou de l'instruction.

16 - CEDH, De Haes et Gijsels c. Belgique, 24 février 1997, Rec. 1997-I, p. 233, § 37.

Face à ce cas de figure, la Cour de cassation a admis qu'il puisse être condamné pour recel[17] de violation du secret de l'enquête et de l'instruction.
Pour que l'infraction de recel soit appliquée à l'encontre d'un journaliste détenant des documents couverts par le secret, il suffit d'établir que les documents dont ce dernier est en possession ne peuvent en raison de leur confidentialité ou de leur caractère officieux, lui avoir été remis que par une personne « concourant » à l'enquête ou à l'instruction au sens de l'article 11 alinéa 2 du code de procédure pénale.
La Cour de cassation ne censure pas la décision des juridictions du fond qui, pour caractériser le recel, n'établit pas totalement les circonstances du délit de violation du secret de l'enquête ou de l'instruction mais relève simplement que l'origine délictueuse des documents ne pouvait être ignorée des prévenus[18].
Cette position a été critiquée par la doctrine, notamment au regard des dispositions de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif à la liberté d'expression.
Finalement, la jurisprudence a considéré que le journaliste ne pouvait être condamné pour recel de violation du secret de l'enquête et de l'instruction s'il établi la vérité du fait diffamatoire en produisant la copie d'une pièce couverte par le secret dans la mesure où cette production était rendue nécessaire par l'exercice des droits de la défense[19].
Cette jurisprudence a été légalisée à l'occasion de l'adoption de la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes.
En effet, le texte a complété l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse par un alinéa ainsi rédigé :
« Le prévenu peut produire pour les nécessités de sa défense, sans que cette production puisse donner lieu à des poursuites pour recel, des éléments provenant d'une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction ou de tout autre secret professionnel s'ils sont de nature à établir sa bonne foi ou la vérité des faits diffamatoires. »

En conséquence, une personne ne concourant pas à la procédure peut parfaitement porter à la connaissance du public des éléments censés demeurés secrets. Le secret n'est pas respecté en pratique, c'est ce qui explique notamment que le comité Léger ait estimé qu'il fallait supprimer le secret de l'enquête pour ne maintenir que le secret professionnel[20].
Quoiqu'il en soit, le secret est également limité dans son champ d'application matériel.

17 - Art. 321-1 du code pénal.

18 - Cass. crim. 13 mai 1991, Bull., n° 200, D. 1993, somm., p. 17, obs. G. Azibert.

19 - Cass. crim. 11 juin 2002, Bull., n° 132, JCP G 2003, II, 10061, note Dreyer.

20 - 7ème proposition du Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale remis le 1er septembre 2009.

§ 2 : L'étendue matérielle du secret

Le secret de l'enquête et de l'instruction est un secret *rationae temporis* limité à l'enquête et à l'instruction et non *rationae materiae* comme l'est le secret professionnel. Son application est traditionnellement limitée en raison notamment de la publicité de certains faits et actes, mais également par l'ouverture progressive de « fenêtres de publicité ».

A. Le secret des actes d'investigation

L'article C. 23 alinéa 4 de l'instruction générale prévoit que l'article 11 du code de procédure pénale ne concerne pas les faits publics que « des témoins ont pu voir et relater ».
Des actes d'instruction ont un caractère public, que ce soit en raison de leur nature comme l'interrogatoire d'un inculpé dans une salle d'hôpital, l'arrestation et le transport sur les lieux ou en raison de leur mode d'exécution comme les faits matériels liés à la reconstitution d'une infraction ayant eu lieu sur la voie publique.
Par ailleurs, le procureur peut faire des communiqués destinés à la presse. Toutefois, cette possibilité n'a longtemps été consacrée que par de simples circulaires, ce qui était critiqué. Ainsi, le procureur de la République peut, selon l'article C. 23 alinéa 4 de l'instruction générale, fournir à la presse un communiqué relatif aux faits ayant motivé la poursuite et ce afin d'éviter la publication d'informations erronées. Le Ministère public a été incité à utiliser plus fréquemment cette faculté par une circulaire du 22 avril 1985 pour « mettre un terme à la propagation de rumeurs ou de contre-vérités résultant le plus souvent de l'exploitation de renseignements fragmentaires ou, peut-être, insuffisamment vérifiés ». Néanmoins, la circulaire enjoint de ne présenter que des éléments objectifs et de ne porter « aucune appréciation sur les charge retenues contre les inculpés ».
La réunion de ces dispositions dans la loi régulièrement réclamée par une partie de la doctrine depuis la commission Aussel de 1980, a été annoncée en février 1993 par le Garde des sceaux, puis enfin réalisée par l'article 96-I de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 qui insère un troisième alinéa à l'article 11 aux termes duquel « afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, le procureur de la République peut, d'office et à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause ». La seule innovation par rapport à la circulaire de 1985, a été de prévoir que l'intervention du procureur peut répondre à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties.
L'article C. 22 alinéa 4 de l'instruction générale rappelle que l'article 11 n'entend pas limiter les pouvoirs reconnus au juge d'instruction d'autoriser certaines publications utiles à l'instruction et à la découverte des

auteurs d'infraction. Cette disposition est complétée par les alinéas 3 et 4 de l'article C. 24, qui prévoient un assouplissement de la règle du secret dans l'intérêt de l'enquête et de l'instruction.
En outre, le secret est parfois méconnu sur instruction du Garde des sceaux, qui a parfois autorisé des reportages audiovisuels sur une affaire en cours d'enquête ou d'instruction pour les besoins d'une émission de télévision ou d'un film de cinéma.
En outre, l'article C. 23 alinéa 4 de l'instruction générale précise que le secret ne s'applique qu'aux « renseignements n'ayant reçu aucune publicité ».
Pourtant, selon la Cour de cassation la connaissance antérieure des faits révélés au public n'est pas un fait justificatif, dans l'hypothèse d'une poursuite exercée contre un juge d'instruction pour violation du secret[21]. Cet arrêt rappelle que le juge d'instruction est astreint au secret « nonobstant la notoriété antérieure des faits révélés ».
Néanmoins, selon la Cour européenne des droits de l'homme, la restriction apportée à la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention n'est nécessaire que pour « empêcher la divulgation de certaines informations ». Cette nécessité disparaît lorsqu'elles ont déjà été rendues publiques ou qu'elles ont perdu leur caractère confidentiel[22].

B. Le secret des audiences juridictionnelles

Le secret peut être levé en raison de la nécessité d'assurer une certaine transparence de l'activité des autorités de poursuite.
Cette publicité a été fréquemment réclamée notamment par la Commission Justice pénale et droits de l'homme[23].
Le secret des audiences juridictionnelles inhérent à la procédure inquisitoire s'est relativisé depuis la loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le code de procédure pénale et relatif à la détention provisoire. En effet, la nouvelle rédaction de l'article 199 du code de procédure pénale prévoyait la possibilité d'organiser par exception pour les débats sur la détention provisoire, des audiences publiques devant la chambre d'accusation. Mais le texte a été peu appliqué. Une nouvelle possibilité a ensuite été prévue par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative à l'article 199-1 alinéa 2 du code de procédure pénale, en cas d'appel d'une ordonnance de non-lieu pour trouble psychique ou neuro-psychique de l'auteur de l'infraction.
Si la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence et l'indemnisation des victimes n'a pas modifié le secret des audiences devant le juge d'instruction, elle a considérablement étendu le secret

21 - Cass. crim. 6 décembre 1977, Bull., n° 385, p. 1023, D. 1978, IR, 174.

22 - CEDH, Weber c. Suisse, 22 mai 1990, série A n° 177 ; Vereniging Weekblad Bluf c. Pays-Bas, 9 février 1995, série A n° 306-A, § 44.

23 - *Rapport sur la mise en état des affaires pénales,* La documentation française, Paris, 1991, pp. 186-187.

devant les autres juridictions d'instruction qu'il s'agisse de la chambre de l'instruction ou du juge des libertés et de la détention.
Pour autant, le secret demeurait le principe et la publicité l'exception devant les juridictions d'instruction.
La publicité de l'audience et de la décision est désormais possible, en toute matière devant la chambre de l'instruction.
Le débat contradictoire sur la détention provisoire devant le juge des libertés et de la détention peut avoir lieu publiquement[24]. Les dispositions relatives à la publicité devant la chambre de l'instruction sont similaires.
Le principe demeurait donc celui du secret et l'exception la publicité. La situation a été inversée concernant la détention provisoire depuis. Ainsi, la publicité des débats a été renforcée par la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.
Pour ce qui est du juge des libertés et de la détention, s'agissant des personnes majeures, le débat contradictoire concernant le placement en détention provisoire a lieu et le juge statue en audience publique. Toutefois, le Ministère public, la personne mise en examen ou son avocat peuvent s'opposer à cette publicité si l'enquête porte sur des faits visés à l'article 706-73 ou si celle-ci est de nature à entraver les investigations spécifiques nécessitées par l'instruction, à porter atteinte à la présomption d'innocence ou à la sérénité des débats ou à nuire à la dignité de la personne ou aux intérêts d'un tiers[25].
En ce qui concerne la chambre de l'instruction, en matière de détention provisoire, et de façon dérogatoire, si la personne mise en examen est majeure, les débats se déroulent et l'arrêt est rendu en audience publique. Toutefois, le Ministère public, la personne mise en examen ou la partie civile ou leurs avocats peuvent, avant l'ouverture des débats, s'opposer à cette publicité si celle-ci est de nature à entraver les investigations spécifiques nécessitées par l'instruction, à porter atteinte à la présomption d'innocence ou à la sérénité des débats ou à nuire à la dignité de la personne ou aux intérêts d'un tiers, ou si l'enquête porte sur des faits visés à l'article 706-73[26].
Si la chambre de l'instruction a statué en chambre du conseil et non en audience publique, la Cour de cassation estime que « l'inobservation de cette dernière formalité ne saurait donner ouverture à cassation que s'il en résulte une atteinte aux intérêts de la partie concernée »[27].
De plus, en cas d'appel d'une ordonnance de non-lieu motivée par les dispositions de l'article 122-1 alinéa 1er du code de procédure pénale prévoyant l'irresponsabilité pénale en raison d'un trouble psychique ou neuro-psychique ayant aboli le discernement, en cas de comparution personnelle de la personne mise en examen ordonnée par la chambre

24 - Art. 145 du code de procédure pénale.

25 - Art. 145 alinéa 6 du code de procédure pénale.

26 - Art. 199 alinéa 2 du code de procédure pénale.

27 - Cass. crim. 25 juillet 2007, Bull., n° 187.

de l'instruction, et si la partie civile ou son avocat en fait la demande dès l'ouverture des débats, ceux-ci se déroulent et l'arrêt est rendu en séance publique, sauf si la publicité est de nature à nuire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs[28].
Cette disposition a été supprimée par la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. Désormais, devant la chambre de l'instruction, les débats se déroulent et la décision est rendue concernant la décision d'irresponsabilité pénale pour trouble mental en audience publique hors les cas de huis clos prévus par l'article 306 du code de procédure pénale[29].

Le secret n'est donc pas bien respecté en pratique et des fenêtres de publicité ne cessent de s'ouvrir dans le cadre de la phase préliminaire. Le secret et donc les ténèbres s'effacent progressivement de la procédure pénale française. A l'inverse, le secret est-il totalement exclu de la phase décisionnaire ? La publicité y est-elle totale et absolue ?

Section II - La publicité de la phase décisionnaire

Si le principe établie est celui d'une publicité restreinte (§ 1), le droit positif n'admet que très restrictivement la possibilité d'une publicité élargie à l'ensemble du public (§ 2).

§ 1 : Le principe établi de publicité restreinte

La publicité a une valeur conventionnelle et constitutionnelle.
La publicité est une des composantes du procès équitable visée par l'article 6 paragraphe 1er de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme considère que la « publicité protège les justiciables contre une justice échappant au contrôle du public », qu'elle contribue « à préserver la confiance de chacun dans les cours et tribunaux »[30]. Toutefois, la Cour admet que la publicité ne soit pas absolue et puisse céder pour des raisons d'ordre public[31] ou devant la volonté de l'intéressé[32].
Quant au Conseil constitutionnel il considère « qu'il résulte de la combinaison des articles 6, 8, 9 et 16 de la Déclaration de 1789 que le jugement d'une affaire pénale pouvant conduire à une privation de liberté doit, sauf circonstances particulières nécessitant le huis clos, faire l'objet d'une audience publique »[33], ce qui confère à la publicité une valeur constitutionnelle.

28 - Art. 199-1 du code de procédure pénale.

29 - Art. 706-22 alinéa 2 du code de procédure pénale.

30 - CEDH, Gautrin et autres c. France, 20 mai 1998, § 42, Rec. 1998-III.

31 - CEDH, Campbell et Fell c. Royaume-Uni, 28 juin 1984, série A n° 80.

32 - CEDH, Albert et Le Compte c. Belgique, 10 février 1983, série A n° 38.

33 - CC, 2 mars 2004, Décision n° 2004-492 DC, Recueil, p. 66, considérant n° 117.

Le principe de publicité est donc consacré par le code de procédure pénale.
Les articles 306 et 400[34] du code de procédure pénale posent le principe de publicité des débats concernant la cour d'assises et le tribunal correctionnel sans y attacher comme sanction de nullité.
Toutefois, ces textes prévoient des exceptions à la publicité.
Ainsi, devant la cour d'assises, les débats ne sont pas publics, si la publicité est dangereuse pour l'ordre public ou les bonnes mœurs. Dans ce cas, la cour le déclare par un arrêt rendu en audience publique. Le huis clos ne peut être ordonné que si la victime partie civile ou l'une des victimes parties civiles ne s'y oppose pas. S'agissant des poursuites pour viol ou tortures et actes de barbarie accompagnés d'agressions sexuelles, le huis clos est de droit si la victime partie civile ou l'une des victimes parties civiles le demande.
De même, le président peut interdire l'accès de la salle d'audience aux mineurs ou à certains d'entre eux.
Quant à l'article 400 alinéas 2 à 5 du code de procédure pénale, il prévoit que le tribunal peut, en constatant dans son jugement que la publicité est dangereuse pour l'ordre, la sérénité des débats, la dignité de la personne ou les intérêts d'un tiers, ordonner, par jugement rendu en audience publique, que les débats auront lieu à huis clos.
Dans un cas, comme dans l'autre, le jugement ou l'arrêt sur le fond doit toujours être prononcé en audience publique.

La jurisprudence apprécie souverainement l'opportunité de prononcer le huis clos[35]. Cependant, il est nécessaire de justifier la décision en précisant les effets redoutés de la publicité[36].

Par ailleurs, les débats devant les juridictions pour mineurs se déroulent en principe à huis clos. Seule une publicité restreinte peut être envisagée en application de l'article 14 de l'ordonnance n°45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, qui autorise la présence de quelques personnes spécialisées dans l'enfance, notamment les représentants des sociétés de patronage et des services ou institutions s'occupant des enfants. Par exception, la publicité est possible si la personne poursuivie, mineure au moment des faits, est devenue majeure au jour de l'ouverture des débats et qu'elle en fait la demande. Néanmoins, dans ce cas, encore faut-il que celle-ci n'ait pas été renvoyée en même temps qu'un autre accusé toujours mineur, ou qu'un autre accusé mineur au moment des faits et devenu majeur au jour de l'ouverture des débats. En effet, ce dernier peut s'opposer à cette demande[37].

34 - Les articles 512 et 535 du code de procédure pénale applicables à la cour d'appel, au tribunal de police et à la juridiction de proximité rendent applicables devant ces juridictions les règles concernant le tribunal correctionnel.

35 - Cass. crim. 13 mars 1969, Gaz. Pal. 1969, 1, p. 269.

36 - Cass. crim. 17 mars 1970, D., 1970, 406.

37 - Articles 306 alinéa 7 et 400 alinéa 5 du code de procédure pénale.

De même, l'avis de la partie civile doit être recueilli[38]. Ainsi, un directeur départemental de l'éducation surveillée dont la constitution de partie civile a été jugée régulière en tant que tuteur ad hoc de la victime d'un viol par ascendant sur mineur de 15 ans a qualité pour demander le huis clos[39].
La publication du compte rendu des débats des tribunaux pour enfants dans le livre, la presse, la radiophonie, le cinématographe ou de quelque manière que ce soit est interdite. La publication, par les mêmes procédés, de tout texte ou de toute illustration concernant l'identité et la personnalité des mineurs délinquants est également interdite. Les infractions à ces dispositions sont punies d'une amende de 15 000 €.
Le jugement sera rendu en audience publique, en la présence du mineur. Il pourra être publié, mais sans que le nom du mineur puisse être indiqué, même par une initiale, sous peine d'une amende de 15 000 €.

Il a été envisagé de modifier le droit positif. Ainsi, suite à la procédure de jugement du « gang des barbares » et suite aux récriminations formulées au nom de la famille de la victime, la proposition loi n° 1816 visant à modifier la procédure du huis clos devant la cour d'assises des mineurs a été déposée. En effet, le huis clos empêchait les médias, et donc le public, d'avoir un regard objectif sur l'audience. Afin d'assurer une plus grande transparence de la justice, il était prévu que la publicité des débats soit désormais portée à l'appréciation de la cour et non laissée à la seule volonté de l'un des accusés. Un accusé mineur au moment des faits et devenu majeur au moment de l'ouverture des débats aurait donc la possibilité de demander que les débats se déroulent à huis clos. Cette demande serait alors appréciée par la cour.
Toutefois, la procédure demeurerait inchangée si l'un des accusés est toujours mineur au moment de l'ouverture des débats. En outre, même devenu majeur, l'accusé mineur au moment des faits bénéficierait toujours de son droit à ne pas voir son nom cité et sa photo publiée[40].
Le texte a été adopté en première lecture le 16 février 2010 par l'Assemblée Nationale[41]. L'Assemblée Nationale a, en adoptant les amendements de la commission des lois, réaffirmé le principe de la publicité tout en réaménageant les conditions dans lesquelles il pouvait être dérogé à ce principe.
Ainsi, en cas d'opposition de l'une des parties à la publicité des débats, la cour statuerait par décision spéciale et motivée insusceptible de recours en prenant en considération les intérêts de la société, de l'accusé et de la partie civile, après un débat au cours duquel seraient entendus le ministère public et les avocats des parties.

38 - Art. 306 alinéa 3 du code de procédure pénale.

39 - Cass. crim. 30 octobre 1989, JCP G, 7 février 1990, n°6, 100329.

40 - W. Roumier, Publicité des audiences criminelles, Dr. pénal n° 9, septembre 2009, alerte 44.

41 - W. Roumier, Adoption en première lecture de la proposition de loi visant à modifier la procédure du huis clos devant la cour d'assises des mineurs, Dr. pénal n° 3, mars 2010, alerte 17.

De plus, les députés ont également prévu que, dans le cas où la personnalité de l'accusé mineur au moment des faits rendrait indispensable l'absence de publicité des débats, la cour devrait ordonner que l'audience serait soumise au régime de la publicité restreinte. L'Assemblée Nationale a également étendu l'application de ces nouvelles règles au tribunal pour enfants. Enfin, elle a renforcé l'effectivité de l'interdiction de publication de l'identité du mineur.

Par ailleurs, lorsqu'une requête en interprétation d'une décision est portée devant une juridiction[42], la requête est jugée en chambre du conseil, ce qui n'est pas contraire à l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[43].

Enfin quoiqu'il en soit, le public présent doit rester passif[44]. A défaut, le président peut faire évacuer la salle[45].

La publicité est donc consacrée par le droit positif et ne cède que face à des intérêts considérés comme supérieurs par le droit positif.
Toutefois, cette publicité se limite à la salle d'audience et n'inclut donc pas l'ensemble du public.

§ 2 : Les restrictions à la publicité élargie

Si la phase décisionnaire est, en principe, publique. La publicité se limite à la seule salle d'audience.
Les journalistes peuvent assister à l'audience et faire des comptes-rendus dans la presse. Quant à l'enregistrement, il fait l'objet de dispositions spécifiques.

Ainsi, la loi n° 81-82 du 2 février 1981 a complété la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse d'un article 38 ter qui interdit l'emploi, dès l'ouverture des audiences, de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image.
Toutefois, sur demande présentée avant l'audience, le président peut autoriser des prises de vues quand les débats ne sont pas commencés et à la condition que les parties[46] ou leurs représentants et le Ministère public y consentent.
Est également prohibée la cession ou la publication des éléments obtenus en violation de l'article 38 ter.
Les infractions sont punies d'une amende de 4 500 euros. Le matériel utilisé peut également être confisqué[47].

---

42 - Articles 710 et 711du code de procédure pénale.

43 - Cass. crim. 29 mai 1997, Bull., n° 212.

44 - Articles 321, 404, 512 et 535 du code de procédure pénale.

45 - Cass. crim. 24 octobre 1984, D. 1985 IR 116, Bull., n° 318.

46 - Prévenus, accusés ou parties civiles.

47 - Art. 38 ter alinéa 3de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Ce texte a connu une application récente lors de laquelle la Cour de cassation a affirmé sa compatibilité avec les dispositions de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme[48].
Ainsi, pour la Cour de cassation, « si toute personne a droit à la liberté d'expression, et si le public a un intérêt légitime à recevoir des informations relatives aux procédures en matière pénale ainsi qu'au fonctionnement de la justice, l'exercice de ces libertés comporte des devoirs et des responsabilités et peut être soumis, comme dans le cas d'espèce, à des restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

L'interdiction est rappelée, concernant les cours d'assises par l'article 308 du code de procédure pénale. Le texte prohibe l'emploi de tout appareil d'enregistrement ou de diffusion sonore, de caméra de télévision ou de cinéma, d'appareils photographiques. A défaut de respecter cette disposition, une peine de 18 000 euros d'amende est encourue. Toutefois, le président de la cour d'assises peut ordonner l'enregistrement sonore des débats. Il peut également, à la demande de la victime ou de la partie civile, ordonner l'enregistrement audiovisuel de l'audition ou de la déposition.
L'enregistrement sonore ou audiovisuel peut être utilisé devant la cour d'assises, jusqu'au prononcé de l'arrêt. L'enregistrement sonore ou audiovisuel peut également être utilisé devant la cour d'assises statuant en appel, devant la commission de révision de la Cour de cassation, devant la Cour de cassation saisie d'une demande en révision, ou, après cassation ou annulation sur demande en révision, devant la juridiction de renvoi. Ces dispositions ne sont pas prescrites à peine de nullité[49].
Le texte n'est pas méconnu en cas d'utilisation pendant les débats d'un matériel permettant de communiquer simultanément aux juges et aux parties par projection sur les écrans, d'un circuit interne de télévision, les plans et photographies des lieux du crime[50].

Par ailleurs, la loi n° 85-699 du 11 juillet 1985 tendant à la constitution d'archives audiovisuelles de la justice[51] prévoit la possibilité d'un enregistrement audiovisuel ou sonore des audiences pour les cours d'assises « lorsque cet enregistrement présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice »[52].

---

48 - Cass. crim. 8 juin 2010, JurisData n° 2010-011281, Communication Commerce électronique n° 10, octobre 2010, comm. 100, A. Lepage.

49 - Art. 308 dernier alinéa du code de procédure pénale.

50 - Cass. crim. 21 avril 1982, Bull., n° 97.

51 - Ces dispositions ont été codifiées aux articles L. 221-1 et suivants du code du patrimoine. Voir notamment sur la question L. Greislsamer, Des caméras pour l'histoire, Le Monde, 20 juin 1987, p. 8 ; J. Pradel, Les techniques audiovisuelles, la justice et l'histoire, D. 1986, chron. p. 113, B. Bouloc, RSC 1986, p. 661, obs. B. Bouloc.

52 - Voir notamment l'enregistrement du procès de l'explosion de l'usine AZF (cass. crim., 17 février 2009, JurisData n° 2009-047239, Bull., n° 40).

Une procédure d'autorisation est organisée après consultation des parties, du président de l'audience et avis de la commission consultative des archives audiovisuelles de la justice.
Les enregistrements ne peuvent être consultés durant les vingt ans suivant le procès, sauf à des fins historiques ou scientifiques, et sur autorisation conjointe des ministres de la justice et de la culture[53]. Une exception a été apportée à cette règle, par la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe pour ce qui concerne les enregistrements des audiences d'un procès pour crimes contre l'humanité. L'autorisation peut alors être donnée dès que le procès a pris fin par une décision devenue définitive[54].

Seules les audiences publiques peuvent faire l'objet d'un tel enregistrement, ce qui exclut les celles tenues à huis clos[55].
L'enregistrement de l'audience est décidé, lorsqu'il s'agit d'une cour d'assises, par le premier président de la cour d'appel[56], d'office ou à la requête d'une des parties ou de ses représentants, ou du Ministère public[57], après avoir recueilli les observations des parties ou de leurs représentants, ainsi que celles du président de l'audience[58].
La décision de l'autorité compétente pour décider l'enregistrement audiovisuel ou sonore d'une audience en application des articles L. 221-1 et suivants du code du patrimoine ne revêt pas le caractère d'un acte juridictionnel devant être soumis au débat contradictoire. Il suffit qu'aient été recueillies les observations des personnes énumérées à l'article L. 221-3 du code du patrimoine. Dans la mesure où une telle décision ne se prononce ni sur une contestation de caractère civil, ni sur le bien-fondé d'une accusation, celui qui exerce un recours en annulation contre celle-ci n'est pas fondé à invoquer la méconnaissance des articles 6, § 1 et 6, § 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Les enregistrements sont réalisés dans des conditions ne portant atteinte ni au bon déroulement des débats, ni au libre exercice des droits de la défense[59]. Ils sont effectués à partir de points fixes. Le texte

53 - Art. L. 222-1 du code du patrimoine.

54 - N'est pas définitive une condamnation pour crime contre l'humanité à l'occasion de laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré que méconnaissait l'article 6 de la Convention l'arrêt de la Cour de cassation déclarant le condamné déchu de son pourvoi faute de s'être mis en état (CA Paris, 22 janvier 2003, JurisData n° 2003-214213, D. 2003, p. 1393, note G. Latour).

55 - Cass. crim. 3 février 2004, JurisData n° 2004-022449, Bull., n° 26.

56 - Peu importe que le Premier président, après avoir rendu l'ordonnance autorisant l'enregistrement audiovisuel des audiences publiques d'une cour d'assises, préside personnellement cette juridiction (cass. crim. 16 mars 1994, Touvier, JurisData n° 1994-000606, Bull., n° 105, JCP G 1995, II, 22547, note J. Ravanas).

57 - Art. L. 221-2 du code du patrimoine.

58 - Art. L. 221-3 du code du patrimoine.

59 - Art. L. 221-4 du code du patrimoine.

ajoute que lorsque ces dispositions ne sont pas respectées, le président peut, dans l'exercice de son pouvoir de police de l'audience, s'opposer aux enregistrements ou les interrompre momentanément.

Les dispositions de l'article L. 222-1 du code du patrimoine ne s'imposent pas aux autorités judiciaires, lesquelles, tenues de procéder à tous actes utiles à la manifestation de la vérité, peuvent se faire communiquer ces documents en vertu des dispositions du code de procédure pénale. Le président d'une cour d'assises peut, dès lors, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, ordonner la diffusion de l'enregistrement audiovisuel de témoignages recueillis au cours d'un précédent procès criminel sans avoir suivi la procédure prévue par le décret n° 86-74 du 15 janvier 1986 pris pour l'application de la loi n° 85-699 du 11 juillet 1985[60].

L'atteinte aux droits de la personnalité pouvant résulter pour l'accusé de la reproduction ou de la diffusion de l'enregistrement audiovisuel des audiences publiques de son procès pour complicité de crime contre l'humanité est justifiée par la loi n° 85-699 du 11 juillet 1985 en application de laquelle l'enregistrement a été autorisé. En effet, L'accusé ne peut invoquer son droit à l'image pour faire échec à l'enregistrement[61]. De même, l'atteinte aux droits à la présomption d'innocence et à l'oubli pouvant résulter de l'enregistrement des débats et de leur conservation dans les archives nationales est justifiée par la loi sur le fondement de laquelle la décision critiquée a été prise[62].

Le législateur demeure donc réticent a étendre la publicité en permettant de filmer les procès. Les restrictions existantes semblent être destinées à éviter que la justice devienne un spectacle, à l'instar d'autres pays, dans lesquels il existe des chaînes de télévision spécialisées dans la diffusion du procès.
Toutefois, le droit positif devrait pouvoir être modifié afin de réduire les délais et simplifier la procédure applicable afin de pouvoir conserver une trace des procès les plus importants.

En conclusion, il convient de relever la complexité du droit positif. Le secret de la phase préliminaire est fort peu respecté et la publicité de la phase décisionnaire est encadrée. Une simplification du droit semble devoir s'imposer. La publicité devrait s'affirmer comme principe et les exceptions devraient être regroupées autour de la notion d'intérêt protégé. Ainsi, il serait possible de limiter, voire de déroger à la publicité si des intérêts prépondérants s'y opposent : efficacité des investigations,

60 - Cass. ass. plén. 11 juin 2004, JurisData n° 2004-024113, Bull., n° 1, JCP G 2004, I, 182.

61 - Cass. crim. 18 mars 1994, Bull., n° 105.

62 - Cass. crim. 17 février 2009, JurisData n° 2009-047239.

impartialité des juridictions, présomption d'innocence... . Il appartiendrait à chaque juridiction saisie lors de l'instruction ou du jugement de trancher la question et de déterminer ce qui doit demeurer secret et ce qui doit être public. Cette compétence pourrait relever du juge des libertés et de la détention lors de l'enquête. Il serait particulièrement difficile de déroger à la publicité lors de l'audience de jugement pour des affaires de droit commun, alors que les dérogations seraient plus nombreuses lors de la phase préliminaire et concernant les mineurs. La publicité et le secret seraient donc justifiés et reposeraient sur l'arbitrage d'un juge afin de concilier les intérêts en présence. Dès lors, le public respecterait certainement davantage le secret si celui-ci était décidé puisqu'alors seraient exposées les raisons de celui-ci...

LE CONTRADICTOIRE DANS LA PROCÉDURE PÉNALE FRANÇAISE

Jean-Yves Maréchal
Maître de conférences HDR en droit privé et sciences criminelles
Membre du CEPRISCA

« La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties ». Cette affirmation, qui constitue la toute première disposition légale du code de procédure pénale, pour figurer dans son article préliminaire paragraphe premier, confère au principe du contradictoire une place prééminente, à l'image de celle qu'il possède en procédure civile. L'on sait, en effet, que le code de procédure civile consacre une section entière à ce principe directeur du procès civil, se révélant ainsi plus explicite sur son contenu que ne l'a fait la loi du 15 juin 2000 dont est issu l'article préliminaire du code de procédure pénale. Il est vrai qu'en matière pénale, il est plus fréquent d'évoquer les droits de la défense que le principe du contradictoire. A ce titre, il semble possible, à l'instar d'une partie de la doctrine processualiste[1], de considérer que le principe du contradictoire constitue seulement un des aspects des droits de la défense, lesquels, en matière pénale, ne se limitent pas à la nécessité d'assurer aux parties le droit de faire valoir leurs arguments devant la juridiction. Ainsi, garantir l'impartialité du juge contribue à assurer les droits de la défense mais ne relève pas, à proprement parler, du caractère contradictoire de la procédure. On peut également observer que le principe ne protège pas seulement la personne poursuivie en lui donnant les moyens de contester l'accusation dont elle fait l'objet mais bénéficie à toutes les parties et notamment à la victime constituée partie civile.

1 - G. Couchez, JCl Procédure civile, Fasc. 114, n° 5.

Le code de procédure pénale fait souvent référence au contradictoire pour qualifier le débat qui doit avoir lieu à différents stades de la procédure, notamment devant le juge des libertés et de la détention avant un éventuel placement en détention provisoire[2] ou une assignation à résidence avec surveillance électronique[3]. Cependant, il existe bien d'autres manifestations, légales et jurisprudentielles, du principe et, en l'inscrivant au premier paragraphe de l'article préliminaire du code de procédure pénale, le législateur a entendu lui conférer une portée générale dépassant les seuls cas où il le consacre expressément. Au demeurant, la place accordée au principe ne résulte pas d'abord de son visa, relativement récent, par l'article préliminaire mais bien davantage, d'une part, de sa valeur constitutionnelle en ce qu'il se révèle comme un aspect des droits de la défense[4] et, d'autre part, de sa valeur de règle internationale, découlant du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 CESDH[5].

Principe juridique supérieur destiné à garantir une bonne administration de la justice, le contradictoire exerce une influence incontestable sur la procédure pénale contemporaine. Alors que certaines réformes ont eu pour objectif de le renforcer à différents stades de la procédure, la jurisprudence l'invoque, en parallèle, pour justifier des solutions non inscrites dans les textes.

A l'aune de ces évolutions récentes, on peut constater que le principe du contradictoire se révèle être, en premier lieu, un véritable droit subjectif pour le justiciable qui va pouvoir user des diverses prérogatives dont il est le fondement. En second lieu, le rôle du juge se trouve nécessairement modifié voire limité par certains aspects du principe qui apparaît alors comme à l'origine de devoirs pour le juge.

Source de droits pour le justiciable (section I), le principe du contradictoire s'avère donc aussi source de devoirs pour le juge (section II).

Section I - Le principe du contradictoire, source de droits pour le justiciable

La première manifestation essentielle du principe apparaît naturellement dans le droit, pour le mis en cause en particulier, de défendre ses intérêts, lui-même ou par l'intermédiaire d'un avocat. Ce droit de se défendre se prolonge par celui de participer ou d'intervenir dans la procédure.

§ 1 : Droit de se défendre

Il n'est pas de justice pénale sans possibilité offerte à la personne mise en cause de se défendre et donc de contredire l'accusation portée

2 - Art. 145, CPP.

3 - Art. 142-6, CPP.

4 - C. constit., 13 août 1993, JO 18 août 1993, p. 11722, § 84.

5 - CEDH, 20 févr. 1996, aff. Vermeulen c. Belgique, n° 33 ; V. égal. CEDH, 31 mars 1998, aff. Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France.

contre elle. Il faut ici noter que l'article préliminaire du Code de procédure pénale énonce que le contradictoire doit être respecté, non seulement pendant le procès pénal au sens strict mais encore pendant toute la durée de la procédure pénale, y compris donc avant la saisine d'une juridiction. La question qui se pose alors est celle de savoir si le droit de se défendre est assuré identiquement avant comme après la saisine d'un juge. Y a-t-il place pour une défense du mis en cause pendant l'enquête de police en particulier ? Si le caractère inquisitoire accentué de cette phase de la procédure paraît peu compatible avec le contradictoire, l'on peut néanmoins observer que certains textes ne le méconnaissent pas. Ainsi, en matière de perquisitions, le régime particulier prévu pour celles qui sont réalisées chez un avocat[6] ou dans les locaux d'une entreprise de presse ou chez un journaliste[7], même s'il a été édicté afin de préserver le secret professionnel et la liberté d'expression, accorde une certaine place à la contradiction en permettant au bâtonnier dans le premier cas ou à la personne qui assiste à la perquisition, dans le second, de s'opposer à la saisine de certains documents notamment. Cependant, en dehors de ces hypothèses spéciales, les investigations menées au cours de l'enquête ne présentent aucun caractère contradictoire.
Il faut cependant s'arrêter sur le cas de la garde à vue puisque l'apport essentiel de la loi du 14 avril 2011 a consisté à permettre à la personne gardée à vue de bénéficier de l'assistance d'un avocat pendant les interrogatoires[8]. Une telle assistance paraît significative de la possibilité offerte au gardé à vue de se défendre efficacement dès le stade de l'enquête, au minimum en ne contribuant pas à s'incriminer lui-même. Encore faut-il s'interroger sur le rôle exact de l'avocat et la lecture des textes suscite la perplexité tant le législateur semble avoir joué sur les mots. Ainsi, l'article 63-4-2 du code de procédure pénale énonce-t-il que si le gardé à vue le demande, l'avocat assiste aux auditions et confrontations ce qui ne signifie pas qu'il assiste le gardé à vue, alors que l'assistance du gardé à vue s'impose selon l'article 6 CESDH tel qu'interprété par la CEDH[9]. En outre, le législateur prévoit seulement que l'avocat peut poser des questions à l'issue de chaque audition ou confrontation, l'enquêteur ayant de surcroît la faculté de s'y opposer s'il estime qu'elles sont de nature à nuire au bon déroulement de l'enquête. Même si le Conseil constitutionnel a jugé, dans sa décision du 18 novembre dernier[10] que les textes nouveaux n'étaient pas contraires à la Constitution, nous persistons à penser que la garde à vue n'est pas contradictoire.

En revanche, à partir du moment où une juridiction de jugement se trouve saisie, le principe du contradictoire développe tous ses effets, la

6 - Art. 56-1, CPP.

7 - Art. 56-2, CPP.

8 - Art. 63-4-2, CPP.

9 - CEDH, 27 nov. 2008, Salduz c/ Turquie, § 50 et 51.

10 - Cons. constit., 18 nov. 2011, déc. n° 2011-191/194/195/196/197 QPC.

personne poursuivie devant être informée de ce qu'on lui reproche et de son droit de se défendre ou d'être défendue. Sur ce dernier point, la procédure pénale française a connu une évolution remarquable relative à la représentation du prévenu ou de l'accusé devant la juridiction par un avocat. S'il a toujours été admis que la partie civile comme le civilement responsable puissent ne pas comparaître devant le tribunal correctionnel et être représentés par un avocat[11], le code de procédure pénale a longtemps posé un principe de comparution obligatoire du prévenu à l'audience de jugement et la Cour de cassation jugeait que ce principe n'était pas incompatible avec l'article 6 3° CESDH qui ne confère pas à la personne poursuivie la faculté de s'abstenir de comparaître en justice[12]. Cette position avait pour conséquence qu'un prévenu absent pouvait être jugé « contradictoirement » alors même que l'avocat présent à l'audience ne pouvait le représenter pour assurer sa défense. Cet obstacle mis au droit d'être défendu par un avocat a été fustigé par la CEDH dans un arrêt du 23 mai 2000[13], ce qui a conduit d'abord l'assemblée plénière de la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence dans un arrêt du 2 mars 2001[14] puis le législateur, par la loi du 9 mars 2004, à réécrire l'article 410 du code de procédure pénale afin de prévoir que lorsqu'un avocat se présente pour assurer la défense du prévenu, il doit toujours être entendu s'il le demande, même s'il n'a pas de mandat de représentation[15].

Une difficulté identique se présentait devant la cour d'assises dans le cadre de l'ancienne procédure de contumace en vertu de laquelle si l'accusé ne se présentait pas pour être jugé, aucun avocat ne pouvait le représenter et le défendre. Les mêmes causes produisant les mêmes effets, la France a été condamnée par la CEDH en 2001[16] et la loi de 2004 a substitué à la procédure de contumace celle de défaut criminel dans le cadre de laquelle est expressément prévu que l'avocat présent pour défendre l'accusé doit être entendu[17], ce qui ne rend d'ailleurs pas l'éventuelle condamnation contradictoire au sens technique puisque l'accusé qui est arrêté ou se constitue prisonnier ultérieurement sera dans tous les cas rejugé en vertu de la procédure ordinaire[18].

Le droit de se défendre ne se limite pas à assurer la présence d'un défenseur aux côtés du mis en cause : il implique également de permettre à celui-ci de participer activement à la procédure.

11 - Art. 415 et 424, CPP.

12 - Cass. crim. 9 janv. 1995, Bull. crim. n° 7.

13 - Van Pelt c/ France.

14 - Cass. ass. plén., 2 mars 2001, Bull. crim. n° 56.

15 - Cass. crim. 23 oct. 2007, Bull. crim. n° 251.

16 - CEDH, 13 févr. 2001, Krombach c/ France : Rev. sc. crim. 2001, p. 429, obs. F. Massias ; Dr. pén. 2001, chron. 41, obs. C. Ginestet ; D. 2001, p. 3302, note J.-P. Marguenaud.

17 - Art. 379-3, al. 2, CPP.

18 - Art. 379-4, CPP.

§ 2 : Droit de participer à la procédure

La procédure pénale française plonge ses racines dans une tradition inquisitoriale marquée qui confère au juge une place prépondérante au détriment des parties au procès, et particulièrement des parties privées. Si la procédure se déroulant devant les juridictions de jugement offre traditionnellement aux parties la faculté de participer à l'instruction faite à l'audience, par exemple en citant des témoins[19] ou en sollicitant un transport de la juridiction qui serait utile à la manifestation de la vérité[20], la procédure d'instruction préparatoire est restée longtemps l'affaire du seul juge d'instruction, le principe du contradictoire étant donc, sinon ignoré, du moins peu efficient. Cette situation pouvait certes se fonder sur le fait que la discussion sur la culpabilité et les preuves se fait devant la juridiction de jugement mais elle s'avérait peu compatible avec le droit à un procès équitable dont le domaine n'est nullement limité à la phase de jugement.
Ce temps de l'instruction préparatoire a fait l'objet de nombreuses réformes qui ont eu pour effet de donner aux parties privées des prérogatives leur permettant d'intervenir dans la procédure. Il suffit, à ce titre, de rappeler que l'article 82-1 du code de procédure pénale, issu de la loi du 4 janvier 1993, dispose que les parties privées peuvent, au cours de l'instruction, demander au juge d'instruction tout acte nécessaire à la manifestation de la vérité. Ce droit établit donc une égalité bienvenue entre le ministère public, doté d'une semblable prérogative par l'article 82, et le mis en examen et la partie civile, ceux-ci pouvant même, depuis la loi du 15 juin 2000, demander que leur avocat assiste à l'audition ou au transport sur les lieux sollicité[21]. Le dispositif institué reste naturellement tributaire de l'appréciation faite par le juge d'instruction de l'opportunité de réaliser ou non l'acte demandé. Cependant, outre le fait que le défaut de réponse par le juge d'instruction permet de saisir directement le président de la chambre de l'instruction de la demande[22] et que le refus du juge d'instruction est susceptible d'appel[23], il n'est pas contestable qu'un tel mécanisme contribue à rendre contradictoire la recherche de la vérité.

Il est un autre domaine dans lequel le législateur contemporain a souhaité une extension de la contradiction, celui des expertises, en particulier dans le cadre de l'instruction. La loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 « tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale » comporte un chapitre expressément consacré à cet objectif et a, notamment, créé un

19 - Art. 324, CPP pour la cour d'assises - art. 435 s., CPP pour le tribunal correctionnel.

20 - Art. 456, CPP pour le tribunal correctionnel - pour la cour d'assises : V. Cass. crim. 17 févr. 2010, JurisData n° 2010- 001559.

21 - Art. 82-2, CPP.

22 - Art. 81, dernier alinéa, CPP.

23 - Art. 186-1, CPP.

article 161-1 du code de procédure pénale instaurant un nouveau droit pour les parties, celui d'être informé de la décision du juge d'instruction ordonnant une expertise et de lui demander, dans un délai de dix jours, de modifier ou de compléter les questions posées à l'expert ou d'adjoindre à l'expert désigné un autre de leur choix. Le législateur écarte la règle en cas d'urgence ou si l'information donnée aux parties pourrait avoir pour effet d'entraver l'accomplissement des investigations. Cependant, la Cour de cassation a eu l'occasion de juger que l'urgence invoquée pour faire réaliser immédiatement les expertises doit se fonder sur des circonstances précises et ne peut reposer sur le seul motif de « la nécessité de disposer dans les meilleurs délais des conclusions des experts »[24]. Ce nouveau dispositif s'ajoute donc à celui qui permet aux parties, après avoir pris connaissance des conclusions des experts, de demander un complément d'expertise ou une contre-expertise[25] et renforce le caractère contradictoire de cette procédure. De surcroît, la chambre criminelle a récemment contribué à ce même objectif en décidant, dans un arrêt du 11 mai 2010, que « le principe de l'égalité des armes tel qu'il résulte de l'exigence d'une procédure équitable et contradictoire, impose que les parties au procès pénal disposent des mêmes droits », ce qui a pour conséquence que l'avocat d'une partie doit pouvoir assister à l'audition d'un expert effectuée par le juge d'instruction sur réquisitions du procureur de la République en présence de celui-ci[26].

L'issue de l'instruction a également fait l'objet d'un remodelage par la même loi du 5 mars 2007 toujours dans le sens d'une place plus grande accordée aux droits des parties. L'article 175 du code de procédure pénale a ainsi été largement modifié, le législateur ayant substitué au délai de 20 jours à compter de l'avis de fin d'information adressé aux parties, pendant lequel elles pouvaient faire des demandes d'actes, un mécanisme plus complexe faisant se succéder deux délais, le premier de trois mois et le second d'un mois, en principe. Au cours du premier, les parties peuvent, au vu des réquisitions du ministère public qui leur sont adressées, faire des observations et demander d'ultimes actes d'information et, au cours du second, elles peuvent encore, après avoir reçu, le cas échéant, communication de nouvelles réquisitions du parquet, adresser des observations au juge d'instruction. C'est seulement à l'issue de ces délais et du recueil éventuel des observations et demandes des parties que ce dernier pourra rendre son ordonnance de règlement. Le but du législateur a donc été d'instaurer un véritable échange de points de vue entre le ministère public et les parties privées, dont le juge d'instruction doit prendre acte et l'introduction du contradictoire à ce moment de l'instruction est qualifiée par certains auteurs de

24 - Cass. crim. 13 oct. 2009, Bull. crim. n° 167.

25 - Art. 167, CPP.

26 - Cass. crim. 11 mai 2010, Bull. crim. n° 78 ; Bull. inf. C. cass. 1er oct. 2010, n° 1419.

« petite révolution »[27]. Il convient pourtant d'observer que la loi du 12 mai 2009, dite de simplification du droit, a ajouté un alinéa à l'article 175 du code de procédure pénale selon lequel les parties peuvent renoncer à bénéficier des délais édictés par ce texte et donc renoncer à cet échange contradictoire. Il est vrai qu'accorder une place au contradictoire à ce stade de la procédure se concilie difficilement avec la célérité de la procédure, laquelle constitue également un objectif du législateur.

Il résulte des observations qui viennent d'être faites que le principe du contradictoire est créateur de droits pour les parties. Il faut maintenant constater qu'il génère également des devoirs pour le juge.

Section II - Le principe du contradictoire, source de devoirs pour le juge

Accorder des droits au justiciable, comme celui d'être représenté par un avocat devant la juridiction de jugement, n'a pas pour corollaire l'instauration d'un devoir particulier du juge. En revanche, certains aspects du principe du contradictoire ont une réelle influence sur la manière dont le juge doit remplir son rôle. D'une part le contradictoire est imposé au juge (§ 1), d'autre part, il doit être imposé par le juge (§ 2).

§ 1 : Le contradictoire imposé au juge

L'analyse du droit positif montre plusieurs manifestations remarquables du fait que le principe de la contradiction génère des contraintes pour le juge répressif. En premier lieu, ce dernier ne peut parfois statuer sans inviter au préalable les parties au procès à un débat. En second lieu, il ne peut prendre certaines décisions sans se justifier au travers d'une motivation particulière, laquelle est destinée à permettre la contradiction.

La première série d'hypothèses peut être aisément illustrée par de multiples décisions de la Cour de cassation fondées sur le principe du contradictoire. Il faut d'abord évoquer le problème bien connu de la requalification des faits par la juridiction de jugement. Pendant longtemps, la chambre criminelle, qui a fait de la requalification des faits un devoir des juges répressifs[28], leur imposait seulement d'y procéder sans rien ajouter aux faits objet de la poursuite[29]. Elle a ajouté une nouvelle condition, à compter d'un arrêt du 16 mai 2001[30], fondé sur l'article 6 1° CESDH, dans lequel elle a affirmé que « s'il appartient aux juges répressifs de restituer aux faits dont ils sont saisis leur véritable qualifi-

27 - F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, Traité de procédure pénale, Economica 2009, n° 1947.

28 - V., par ex., Cass. crim. 22 janv. 1997, Bull. crim. n° 31.

29 - V., par ex., Cass. crim. 22 mars 2000, Bull. crim. n° 133.

30 - Bull. crim., n° 128.

cation, c'est à la condition que le prévenu ait été mis en mesure de présenter sa défense sur la nouvelle qualification envisagée ». La requalification ne peut donc avoir lieu en l'absence d'un débat contradictoire sur ce point, ce qui se comprend aisément dès lors que les moyens de défense liés aux éléments constitutifs de l'infraction diffèrent nécessairement d'une qualification à l'autre. Ce devoir existe même lorsque la cour d'appel n'est saisie que des intérêts civils[31] et il a pour conséquence d'interdire toute requalification lorsque le prévenu est jugé par défaut[32].
Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation a affirmé, dans un arrêt du 4 novembre 2008[33] rendu au visa de l'article préliminaire du Code de procédure pénale, que le juge ne peut relever d'office un moyen de droit sans avoir invité au préalable les parties à présenter leurs observations, s'agissant en l'occurrence des dispositions de l'article 31 de la loi du 5 juillet 1985 relatives au recours des tiers payeurs, modifiées par la loi du 21 décembre 2006.
La même solution est retenue lorsqu'est relevée d'office par la chambre de l'instruction l'irrecevabilité de la constitution de partie civile[34] ou le désistement de la partie civile[35].
On peut encore noter, concernant toujours la chambre de l'instruction, que si elle peut, étant saisie d'une demande d'annulation d'actes de la procédure, évoquer et procéder directement au règlement de l'instruction, c'est, selon la chambre criminelle, à condition que les parties aient été en mesure d'en débattre contradictoirement[36].
Enfin, le législateur lui-même impose ce débat contradictoire dans certains cas. Ainsi, selon l'article 132-16-5 du code pénal, la juridiction doit recueillir les observations du prévenu avant de relever d'office l'état de récidive qui n'a pas été visé dans l'acte de poursuite et, dans un arrêt du 11 octobre dernier, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui a refusé de retenir la récidive alors que le parquet avait requis qu'elle le soit d'office afin de prononcer une peine plancher, les juges du second degré ayant constaté que le prévenu n'était pas présent à l'audience et qu'il était représenté par un avocat non informé de l'état de récidive et dont le mandat ne couvrait pas cette circonstance aggravante[37]. La chambre criminelle entend donc faire strictement respecter l'exigence légale.

Le principe du contradictoire n'a pas seulement pour effet de faire obstacle à certaines décisions du juge. Il le contraint parfois à motiver d'une manière particulière ses décisions. En effet, si la motivation des décisions de justice constitue, en soi, un principe, elle apparaît aussi

31 - Cass. crim. 4 juin 2009, Bull. crim. n° 112.

32 - Cass. crim. 5 janv. 2005, Bull. crim. n° 9.

33 - Bull. crim. n° 224.

34 - Cass. crim. 3 mai 2007, Bull. crim. n° 116 ; cass. crim., 12 sept. 2007, JurisData n° 2007-040913.

35 - Cass. crim. 30 sept. 2008, JurisData n° 2008-045562.

36 - Cass. crim. 19 sept. 2006, Bull. crim. n° 224.

37 - Cass. crim. 11 oct. 2011, JurisData n° 2011-021617 ; à paraître au Bulletin.

comme une exigence fondamentale de la contradiction, laquelle doit pouvoir consister non seulement à contredire le sens de la décision mais aussi les raisons qui y ont conduit. L'on se limitera ici à évoquer, parmi d'autres exemples, l'obligation renforcée pour la juridiction d'instruction, depuis la loi du 5 mars 2007 déjà citée, de motiver le renvoi du mis en examen devant une juridiction de jugement. Cette exigence, figurant à l'article 184 du code de procédure pénale, a été conçue afin de mettre fin à une pratique consistant pour le juge d'instruction à reprendre *in extenso* le réquisitoire du ministère public, sans y rien ajouter. On relèvera seulement qu'il n'est pas certain que cet objectif ait été atteint puisque si des juges du fond ont cru pouvoir annuler des ordonnances de renvoi dans de telles hypothèses, la Cour de cassation considère qu'il n'est pas interdit au juge d'instruction de reprendre le réquisitoire dès lors que l'ordonnance précise les éléments à charge et à décharge concernant les personnes mises en examen[38]. Ceci montre les limites de la contrainte liées à la motivation, laquelle demeure une exigence de forme.

L'influence qu'exerce le contradictoire sur le juge s'exprime encore par le fait qu'il doit à son tour le faire respecter aux parties.

§ 2 : Le contradictoire imposé par le juge

Le juge apparaît comme le garant du respect du principe du contradictoire par les parties, en particulier devant les juridictions de jugement, lors de la discussion des preuves. Aux termes de l'article 427 du code de procédure pénale, le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui. Cette règle constitue l'un des aspects les plus fondamentaux du principe puisqu'il s'agit ici du débat portant sur la culpabilité de la personne poursuivie, susceptible d'entraîner sa condamnation pénale. Mais elle a une portée plus large puisque la Cour de cassation l'étend aux juridictions d'instruction ainsi que le montre un arrêt du 6 janvier 2004 dans lequel, visant expressément le caractère contradictoire de la procédure, elle a jugé qu'une chambre de l'instruction ne pouvait fonder une décision sur des pièces de procédures civile et pénale distinctes que le procureur général s'était fait communiquer, sans qu'elles soient versées au dossier et qu'elles aient pu faire l'objet d'un débat contradictoire[39].
Devant les juridictions de jugement, cette nécessité de discuter les preuves a pour conséquence que les parties peuvent produire des pièces nouvelles au cours des débats dès lors qu'elles peuvent faire l'objet d'un examen contradictoire[40] et que la juridiction ne peut les écar-

38 - Cass. crim. 29 mars 2011, n° 10-87.220, inédit ; cass. crim., 29 mars 2011, JurisData n° 2011-007741 ; V. égal. cass. crim., 31 août 2011, JurisData n° 2011-020375.

39 - Cass. crim. 6 janv. 2004, JurisData n° 2004-021881.

40 - Cass. crim. 9 mars 2004, Bull. crim. n° 92.

ter au motif qu'elles auraient dû être communiquées à la partie adverse auparavant[41]. La Cour de cassation considère d'ailleurs qu'il revient au juge, dans ce cas de figure, d'organiser le débat contradictoire en ordonnant la communication des pièces aux autres parties[42]. Inversement, la juridiction ne peut fonder sa décision sur des pièces que seule une des parties a connues et qui n'ont donc pas pu être discutées[43].

Il faut néanmoins remarquer que certains procédés encadrés par le législateur rendent l'organisation de la contradiction plus délicate. Ainsi en est-il du moyen de preuve consistant dans l'enregistrement audiovisuel des déclarations d'un mineur victime de certaines infractions énumérées par l'article 706-47 du code de procédure pénale. La chambre criminelle a considéré que les juges pouvaient fonder une relaxe sur l'examen, au cours du délibéré, de l'enregistrement audiovisuel de l'audition de la supposée victime d'une agression sexuelle aggravée sans méconnaître le principe du contradictoire dès lors qu'une copie de l'enregistrement était jointe au dossier et qu'elle pouvait être visionnée par les avocats des parties[44].

Une difficulté du même ordre se pose en présence d'un témoignage anonyme, recueilli dans le cadre des dispositions de l'article 706-58 du code de procédure pénale et il faut rappeler que le législateur a prévu la possibilité de contester le recours à ce procédé et même d'organiser une confrontation du mis en cause avec le témoin, au moyen d'un dispositif permettant de ne pas l'identifier. Enfin, l'article 706-62 affirme qu'une condamnation ne peut reposer exclusivement sur un tel témoignage.

Ceci conduit d'ailleurs à s'interroger sur la question de la loyauté de la preuve et du rapport que la jurisprudence établit entre ce principe et celui du contradictoire. L'on sait que la position de la Cour de cassation est assez singulière puisque si elle fait prévaloir le principe de la loyauté dans certains cas, en interdisant aux agents de l'autorité publique d'user d'un stratagème pour confondre les auteurs d'infractions, du moins lorsqu'il détermine la commission même des faits[45], elle semble l'ignorer dans d'autres cas, dans lesquels les preuves illicites sont produites par des parties privées, au prétexte que ces éléments de preuve peuvent être contradictoirement débattus[46]. Comme l'a souligné le Professeur Conte, invoquer ici le principe du contradictoire s'avère dépourvu de toute pertinence dès lors que la question de la loyauté de la preuve est celle de sa recevabilité et que la discussion contradictoire suppose que l'on admette d'abord que la preuve soit recevable[47]. Une clarification

41 - Cass. crim. 10 nov. 2004, Bull. crim. n° 285.

42 - Cass. crim. 12 janv. 2005, Bull. crim. n° 17 ; cass. crim., 23 janv. 2007 : Bull. crim., n° 14.

43 - Cass. crim. 20 mai 1992, Bull. crim. n° 201.

44 - Cass. crim. 12 sept. 2007, JurisData n° 2007-040789.

45 - Cass. crim. 11 mai 2006, Bull. crim. n° 132.

46 - Cass. crim. 30 mars 1999, Bull. crim. n° 59.

47 - P. Conte, La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? Dr. pén. 2009, Étude 8, n° 5.

paraît donc souhaitable afin de ne pas faire du principe du contradictoire une justification de solutions contestables et manquant de cohérence.

Revenant à notre point de départ, à savoir l'affirmation solennelle de l'article préliminaire du code de procédure pénale selon laquelle cette dernière « doit être contradictoire », l'on observera que cet objectif n'est certainement pas pleinement atteint et que certaines décisions récentes ne vont pas dans le sens du progrès. Ainsi, la décision du Conseil constitutionnel du 6 mai 2011[48], jugeant que les droits de la défense ne requièrent pas que la personne déférée devant le procureur de la République en vertu de l'article 393 du code de procédure pénale soit assistée par un avocat, ne convainc pas vraiment et montre que le droit français peine à admettre que la phase antérieure à la saisine d'un juge soit contradictoire.

48 - Cons. const., 6 mai 2011, n° 2011-125 QPC.

DEUXIEME PARTIE :
LES ASPECTS INSTITUTIONNELS
DE LA PROCEDURE PENALE NATIONALE

LA PARTICIPATION DES CITOYENS A LA JUSTICE

Angéline Engler
Doctorante à l'Université de Picardie Jules Verne
Membre du Ceprisca

Le droit interne présente la particularité de faire participer les citoyens, par le biais de jurés populaires, au déroulement de la justice devant les cours d'assises. Cependant, cette participation des citoyens a pris une toute autre dimension par une récente réforme.
En effet, la loi du 10 août 2011[1] relative à la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs[2] a, pour principale mission, de rapprocher les citoyens de la justice. En effet, une plus grande participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale n'a pas pour enjeu une justice plus sévère. Le but est d'encourager l'appropriation par les citoyens des décisions de justice au nom des « exigences de cohésion sociale et du respect du pacte républicain »[3]. Pour ce faire, elle vient totalement chambouler le fonctionnement actuel de la justice pénale française pour y faire davantage participer le citoyen.

Une fois le projet de loi déposé le 13 avril 2011[4], il fût présenté par le garde des sceaux le 19 mai 2011 et fût adopté par le Sénat par 171 voix contre 155.
Cependant, après le vote du projet de loi par l'Assemblée nationale du 28 juin 2011, quelques divergences subsistaient entre les deux assemblées. Le texte ayant été engagé en procédure d'urgence, il revenait à la

1 - Loi n° 2011-939.

2 - Voir notamment les commentaires sur la loi : J. Pradel, Le citoyen comme juge pénal. A propos de la loi du 10 août 2011, JCP G n° 36, 5 septembre 2011, 923 ; A.-S. Chavent-Leclère, Commentaire de la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, Procédures n° 11, novembre 2011, étude 11 ; G. Maugain, La participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale, Droit pénal n° 10, octobre 2011, étude 21.

3 - Examen en commission, mercredi 4 mai 2011, J.-R. Lecerf, rapporteur.

4 - Projet de loi, sénat n° 438, www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/fonctionnement_justice_penale.asp.

commission mixte paritaire des deux chambres de trouver le texte final. Le texte définitif a été adopté le 6 juillet 2011[5].

Au regard de nos voisins européens, les modalités, concernant la participation des citoyens à la justice, sont très diverses. Dans les pays européens, comme le Pays de Galles, l'Allemagne, la Belgique ou bien encore l'Italie, les citoyens interviennent pour des infractions punies sévèrement. Toutefois, l'Espagne possède un statut particulier. En effet, le jury populaire n'a été institué que très récemment, par une loi du 22 mai 1995. Cependant, les citoyens hispaniques n'interviennent que pour une liste limitée de crimes.
Par ailleurs, le rôle des citoyens diverge selon les états. En effet, au Pays de Galles et en Espagne, le jury ne statue que sur la culpabilité alors qu'en Allemagne et en Italie, les citoyens participant à la justice et les magistrats ont les mêmes pouvoirs. La Belgique a un fonctionnement différent dans la mesure où les jurés statuent sur la culpabilité puis se joignent aux magistrats pour statuer sur la peine[6].

Comme dit précédemment, la loi du 10 août 2011 est venue profondément modifier la place qu'occupaient les citoyens dans la justice actuelle.
Dans quelles mesures la participation des citoyens à la justice a-t-elle évolué par le biais de cette nouvelle réforme ?

La loi de 2011 a considérablement étendu la participation des citoyens à la justice pénale en modifiant des dispositions relatives à la cour d'assises et surtout, en instituant la création d'un tribunal correctionnel dans sa formation citoyenne (section I). Toutefois, cette réforme a eu des répercussions importantes concernant notamment les réserves d'interprétation émises par le conseil constitutionnel mais aussi sur les incertitudes quant à son application future (section II).

Section I – L'étendue de la participation des citoyens par la loi du 10 août 2011

La loi relative à la participation des citoyens a, d'une part modifié les dispositions de la cour d'assises (§1), et d'autre part, créé un tribunal correctionnel dans sa formation citoyenne (§2).

§1 : Des dispositions relatives à la cour d'assises modifiées

La participation des citoyens à la justice pénale apparait au lendemain de la révolution française, avec la composition d'un tribunal comprenant des magistrats ainsi qu'un jury criminel composé de citoyens. En

5 - V. D. actualité, 11 juillet 2011, obs. E. Allain.

6 - Procédures pénales d'Europe, M. Delmas-Marty, PUF, collection Thémis droit privé, 1995, 638 p.

effet, la Constitution de 1791 prévoyait pour les cours d'assises, une juridiction composée de jurés récusables sous certaines conditions chargés uniquement de se prononcer sur les faits[7].
Quelques décennies plus tard, une évolution est apparue avec la loi du 28 avril 1810 relative à l'organisation des tribunaux. Par celle-ci, le jury est dorénavant composé de douze citoyens à même de prendre la décision finale sur la culpabilité d'un prévenu. Le nombre de citoyens fait alors référence à la religion puisqu'il se réfère aux douze apôtres.
Puis, le 25 novembre 1941, une loi édictée sous le régime de Vichy est venue réunir les magistrats ainsi que le jury. Ainsi, ils vont pouvoir statuer ensemble et sur la culpabilité et sur la peine. Par ailleurs, ladite loi va réduire de 12 à 9 le nombre de jurés citoyens.

Enfin c'est par la réforme de 2011 que la cour d'assises sera, dorénavant, composée de 6 jurés en première instance au lieu de 9, et de 9 jurés en appel au lieu de 12, mais uniquement pour les crimes les plus graves. Grâce à cette compression des effectifs, les cours d'assises pourront traiter plus rapidement plus de dossiers. Dès lors, cette mesure permettrait de limiter les correctionnalisations. Ce vœu dicté par le bon sens devra cependant être confronté à l'épreuve du temps. L'engorgement des tribunaux étant avéré, réduire le temps d'instruction d'un dossier ne peut être apprécié que comme un progrès indéniable.
De même, le droit à récusation a été modifié. En effet, la loi du 15 juin 2000[8] qui avait introduit l'article 298 du code de procédure pénale, relevait que l'accusé pouvait récuser cinq jurés en première instance et six jurés en appel. Par cette nouvelle réforme, le droit à récusation pour l'accusé est désormais de quatre jurés en première instance et de cinq en appel.

L'instauration des jurés en assises permet d'impliquer les citoyens à la justice. En effet, la justice pénale sanctionne un individu au regard de la sécurité publique. Dès lors, toute la société est concernée pour une grande tranquillité publique. Participer par ce biais à la justice de son pays permet également au citoyen de trouver sa place dans un système qui lui garantit la sécurité.

Enfin, pour être juré, plusieurs conditions sont à remplir. L'article 255 du code de procédure pénale dispose que « peuvent seuls remplir les fonctions de juré, les citoyens de l'un ou de l'autre sexe, âgés de plus de vingt-trois ans, sachant lire et écrire en français, jouissant des droits politiques, civils et de famille, et ne se trouvant dans aucun cas d'incapacité ou d'incompatibilité énumérés aux articles 256 et 257 du code de procédure pénale ».

7 - A. Esmein, Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours, Editions Panthéon Assas, 2010, 596 p.

8 - Loi n° 2000-516 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

En effet, au regard de l'article 256 du code de procédure pénale modifié par la loi du 9 mars 2004[9], sont incapables d'être jurés les personnes dont le bulletin n°1 du casier judiciaire mentionne une condamnation pour délit à une peine égale ou supérieure à six mois d'emprisonnement, ceux qui sont en état d'accusation, les fonctionnaires et agents de l'état, des départements et des communes révoqués de leurs fonctions, les officiers ministériels destitués ainsi que les professionnels ayant reçu une interdiction d'exercer, les personnes ayant déclaré en faillite, les personnes qui font l'objet d'une condamnation au regard de l'article 288 dudit code ou de l'article 131-26 du code pénal et les incapables majeurs. Modifié par la loi organique du 28 juin 2010[10], l'article 257 énonce, quant à lui, que les fonctions de jurés sont incompatibles notamment avec celles de membre du gouvernement, du parlement, du conseil constitutionnel, du conseil économique, social et environnemental, du conseil supérieur de la magistrature, du conseil d'état, de la cour aux comptes, avec celles de secrétaire général du gouvernement ou d'un ministère ainsi qu'avec celles de fonctionnaire des services de police ou de l'administration pénitentiaire et militaire de la gendarmerie, en activité de service.

Cependant, nombre de citoyens tentent d'échapper à cette obligation. Leur refus est alors sanctionné d'une amende de 3750 euros ce qui en fait un délit. En effet, le nouvel article 10-13 du Code de procédure pénale dispose que l'exercice des fonctions de citoyen assesseur constitue un devoir civique. Par voie de conséquence, est puni d'une amende de 3750 euros le fait pour une personne inscrite sur la liste préparatoire mentionnée à l'article 10-4 de refuser, sans motif légitime, de se prêter aux opérations permettant de vérifier qu'elle remplit les conditions pour exercer les fonctions de citoyen assesseur mais également le fait pour une personne désignée pour exercer les fonctions de citoyen assesseur de ne pas se présenter, sans motif légitime à l'audience à laquelle elle doit participer[11].
Toutefois, le citoyen assesseur peut demander une dispense pour des circonstances particulières et légitimes s'il est âgé de plus de 70 ans au vu de l'article 258 du code de procédure pénale, si la personne n'habite plus dans le département où se réunit la cour, si elle ne peut remplir convenablement cette responsabilité ou encore pour un motif grave ou légitime comme une grave maladie, un empêchement familial ou professionnel. La demande de cette dispense sera adressée au président de la cour d'assises puis une commission statuera sur la demande. Il est à noter que toute demande de dispense devra être accompagnée d'un justificatif.

9 - Loi n° 2004-204 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

10 - Loi n° 2010-704 relative au Conseil économique, social et environnemental.

11 - Nouvel article 10-13 CPP, version en vigueur à compter du 23 janvier 2012.

§2 : La création d'un tribunal correctionnel dans sa formation citoyenne

La loi du 10 août 2011 a créé le tribunal correctionnel dans sa formation citoyenne. Désormais, deux citoyens assesseurs siègeront aux côtés de trois magistrats professionnels.
L'article 5 de cette loi insère l'article 399-2 du code de procédure pénale qui dispose que « sont jugés par le tribunal correctionnel dans sa formation citoyenne, en application de l'article 399-1, les délits suivants : les atteintes à la personne humaine passibles d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans, les vols avec violence ainsi que les extorsions, les destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes passibles d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans ». De plus, au regard de l'article 399-3 dudit code, « le tribunal correctionnel dans sa formation citoyenne sera également compétent pour connaître des contraventions connexes aux délits énumérés par l'article 399-2 ». Enfin, au vu de l'article 399-4 de ce même code, « les décisions sur la qualification des faits, la culpabilité du prévenu et la peine sont prises par les magistrats et les citoyens assesseurs ».
Toutefois, ce texte pose une limite pour les citoyens assesseurs puisqu'il précise que « sur toute autre question, les décisions sont prises par les seuls magistrats ».
Le président devra également veiller à ce que les citoyens assesseurs aient accès à tous les éléments du dossier, ce qui leur permettra d'interroger le prévenu, la partie civile, les témoins ainsi que les experts en prenant soin de demander la parole à ce même président[12].
En effet, au cours de l'audience, le président du tribunal rappelle les faits afin d'aider les citoyens assesseurs à mieux comprendre l'audience. A aucun moment, les citoyens assesseurs ne pourront communiquer leur opinion tant par la parole que par leur comportement. Ce faisant, le législateur a tenu à délimiter précisément le rôle du citoyen assesseur qui ne peut en rien se présenter comme un « juge bis ». En effet, c'est uniquement à l'issue de l'audience qu'ils pourront manifester leur opinion. A cette occasion, les trois magistrats ainsi que les deux citoyens assesseurs devront se prononcer sur la qualification des faits, la culpabilité du prévenu ainsi que sur la peine à infliger au prévenu, si tant est qu'il soit reconnu coupable.

A également été créé par cette même loi, un tribunal correctionnel des mineurs. En effet, le tribunal pour enfants a été remplacé par le tribunal correctionnel des mineurs modifiant ainsi l'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1945[13]. Sont concernés par cette mesure, les mineurs de

12 - Article 461-4 CPP.

13 - Ordonnance n° 45-174.

plus de 16 ans poursuivis pour des délits commis en récidive et pour les délits commis passibles au minimum de trois ans d'emprisonnement. Ce tribunal constitue une formation spécialisée du tribunal correctionnel. Ce dernier est composé d'un juge pour enfants, de deux magistrats du tribunal de grande instance et de deux citoyens assesseurs mais uniquement pour les délits relevant du tribunal correctionnel dans sa formation citoyenne et ce, au regard de l'article 24-4 de ladite ordonnance.

Concernant les modalités « d'éligibilité », tout citoyen peut être nommé assesseur mais à certaines conditions. Les citoyens inscrits sur les listes doivent avoir plus de 23 ans. Ils ne doivent pas avoir eu de condamnation pour un crime ou un délit, ils ne doivent pas avoir été inscrits la même année sur la liste annuelle du jury d'assises, ils ne doivent pas avoir déjà exercé les fonctions de juré ou de citoyen assesseur au cours des cinq dernières années, et enfin, ils doivent résider dans le ressort du tribunal de grande instance.
De plus, chaque citoyen ne pourra siéger plus de dix jours par an. Il devra également prêter serment.

Ces dispositions sont appliquées depuis le 1er janvier 2012 dans au moins deux cours d'appel et jusqu'au 1er janvier 2014 dans, au plus, 10 cours d'appel.
Les premières cours d'appel concernées sont celles de Dijon et de Toulouse.
Le mécanisme d'entrée en vigueur de nouvelles règles sur une partie du territoire à titre expérimental est peu commun et c'est la première fois qu'il est utilisé en France concernant la procédure pénale.

Section II - Les répercussions de la loi du 10 août 2011 relatives à son entrée en vigueur

Bien que la loi ait été déclarée conforme à la constitution, le Conseil constitutionnel a, tout de même émis, quelques réserves d'interprétation (§1). Dans les faits, cette loi génère quelques interrogations quant à son futur fonctionnement (§2).

§1 : Les limites à l'étendue de la participation des citoyens à la justice pénale posées par le Conseil constitutionnel

Par une décision en date du 4 août 2011[14], les sages ont eu à se prononcer sur le projet de loi relatif à la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.

14 - Décision n° 2011-640 DC.

Les requérants contestaient la conformité de la loi à la Constitution concernant le tribunal correctionnel dans sa formation citoyenne.
Le Conseil constitutionnel valide l'entrée en vigueur de cette nouvelle loi mais prononce quatre censures.
En effet, ce même conseil émet une réserve d'interprétation relative à la participation des citoyens assesseurs sur l'appréciation de l'aménagement des peines. Les sages retiennent ainsi que « la complexité juridique du régime de l'application des peines ne saurait permettre que ces citoyens assesseurs soient amenés à se prononcer sur des questions techniques telles que les conditions de recevabilité des demandes ou l'examen des incidents de procédure ». Ceci ne doit pas étonner puisque par définition le citoyen assesseur n'est en rien un professionnel du droit mais un auxiliaire de justice temporaire jugeant en son âme et conscience mais non en technique procédurale.

Ensuite, même si le Conseil constitutionnel a validé la participation des citoyens assesseurs en ce sens où il n'existe aucune incompatibilité avec les exigences de l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et des Citoyens du 26 août 1789, une limite a tout de même été posée. En effet, les sages ont déclaré les 4° et 5° de l'article 399-2 du code de procédure pénale, non conformes à la constitution. Plus précisément, « les infractions prévues au livre IV du code pénal et celles prévues par le code de l'environnement sont d'une nature telle que leur examen nécessite des compétences juridiques spéciales qui font obstacle à ce que des personnes tirées au sort y participent ».

De plus, dans son considérant 16, le Conseil a également émis une réserve d'interprétation relative à l'application des peines. Il a considéré en effet, que « la complexité juridique du régime de l'application des peines ne saurait permettre que les citoyens assesseurs participent au jugement de toute autre attendu relatif à la question sur laquelle le tribunal de l'application des peines ou la chambre d'application des peines serait appelée à statuer, tel que l'appréciation des conditions de recevabilité des demandes ou l'examen des incidents de procédure ». Dès lors, c'est un véritable frein qui est érigé face aux citoyens assesseurs en tant que non professionnels du droit et ce dans l'unique but de permettre de rester compatible avec la notion de tribunal impartial et indépendant au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans un communiqué de presse en date du 4 août 2011, l'actuel garde des sceaux s'est félicité que le Conseil constitutionnel ait déclaré conforme à la Constitution les principales dispositions au texte de loi, notamment celles relatives à l'introduction des citoyens assesseurs en matière correctionnelle et d'application des peines, ainsi que celles relatives à la cour d'assises des mineurs[15].

15 - Communiqué de presse, 4 août 2011, M. Mercier, garde des sceaux, ministère de la justice et des libertés .

§2 : De nombreuses interrogations relatives au fonctionnement futur de la participation des citoyens

Cette réforme est entrée en vigueur le 1er janvier 2012. Toutefois, des incertitudes grandissent concernant son application future et ce, dans différents domaines.
D'une part, un premier doute porte sur un risque majoré de correctionnalisation. En effet, « par la mise en place du principe de citoyens assesseurs en correctionnel, une banalisation de certaines infractions est à craindre »[16]. Ainsi, il est à relever qu'il existe, au sein de notre justice française, un penchant à refuser de juger les viols comme des crimes mais de les qualifier de simples agressions sexuelles de manière à les faire juger comme de simples délits et ainsi faire privilégier le recours correctionnel. De plus, par l'obligation de la motivation des arrêts d'assises, la réforme tend à privilégier la correctionnelle plutôt que le recours criminel.
Par ailleurs, par la validation de cette loi, un risque d'allongement des procédures est prévisible. En effet, les délits d'atteinte grave aux personnes représentent environ 40 000 affaires par an. Cela peut paraître étonnant alors même que cette réforme vise également, ce faisant, à activer les affaires et à désengorger par là même la plupart des tribunaux.

Ensuite, cette réforme a un coût qui peut s'avérer élevé.
Ce coût relativement important est à noter d'une part, au regard de l'indemnisation des jurés qui s'élèverait à 8 millions d'euros et, d'autre part, concernant la mise en place de structures aptes à accueillir, dans une salle d'audience, les trois magistrats ainsi que les deux citoyens assesseurs. De surcroît, un recrutement de 155 juges est nécessaire pour le bon fonctionnement de la réforme. Le citoyen assesseur, quant à lui, percevra une indemnité journalière de 78 euros pour chaque audience à laquelle il participera et une indemnité de transport. Ainsi, l'application de cette nouvelle loi couterait aux alentours de 32 millions d'euros[17].
Pour autant, la mise en place des citoyens assesseurs peut s'avérer bénéfique afin que la justice soit mieux comprise. Ces derniers demeurent minoritaires corrélativement aux magistrats professionnels. Du reste, en rien, ils n'apparaissent comme des magistrats, qu'ils ne sont d'ailleurs absolument pas. Tout au plus peut on les considérer comme des auxiliaires de justice, mais des auxiliaires indispensables à toute démocratie soucieuse de tendre vers la meilleure des justices.
Même si cette réforme reste, pour l'heure, expérimentale, la cour européenne des droits de l'homme, dans sa décision Taxquet contre Belgique[18] en date du 16 novembre 2010 a relevé qu'elle n'entendait pas remettre en cause l'institution du jury populaire.

16 - J.-L. Gabriel, juriste, revue de presse, village de la justice, 11 août 2011.

17 - J.-R. Lecerf, Rapport au nom de la commission des lois, p. 147.

18 - CEDH, Taxquet c. Belgique, 16 novembre 2010, n° 926/05.

Selon le Professeur Pradel « on ne peut qu'approuver cette démarche, d'autant qu'elle est classique et entérinée par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 créant l'article 37-1 de la Constitution qui dispose que la loi et le règlement peuvent comporter pour un objet et une durée limitée des dispositions à caractère expérimental, ce qui nous met à l'abri du grief d'inégalité »[19].
Néanmoins, selon l'avocat général honoraire à la cour d'appel de Paris, « c'est une loi qui doute d'elle-même ». En effet, selon lui, « la réduction du nombre de jurés d'assises pourrait aboutir à faire de celles-ci une super-correctionnelle ». De plus, « les questions que pourraient poser les citoyens assesseurs lors des audiences ralentiront des audiences déjà surchargées ».
Enfin, selon l'ancien président du Conseil constitutionnel, Robert Badinter, « c'est une aberration que vous nous proposez, c'est un mauvais coup que vous portez à la justice et à la magistrature[20] ».

Reste que seul l'avenir pourra nous éclairer sur la pertinence de cette disposition concernant l'étendue de la participation des citoyens à la justice.

19 - J. Pradel, Le citoyen comme juge pénal. A propos de la loi du 10 août 2011, JCP G n° 36, 5 septembre 2011, 923.

20 - Discours aux sénateurs, 18 mai 2011, www.publicsenat.fr.

LES PROCEDURES ACCUSATOIRES ET LE ROLE DU JUGE D'INSTRUCTION

Aurélien Létocart
Juge d'instruction, Tribunal de Grande Instance d'AMIENS
Docteur en droit

Loin de présenter un visage uniforme, le système accusatoire s'accommode de plusieurs applications, de telle sorte qu'il n'y a pas une procédure accusatoire mais des procédures accusatoires avec des doses différentes de contradictoire selon les systèmes juridiques. Ainsi la procédure accusatoire à l'américaine ou à la britannique diffère de la procédure accusatoire italienne ou allemande, les unes laissant une place prépondérante aux enquêteurs les autres maintenant un rôle essentiel aux magistrats du parquet, les unes ne conférant qu'une place résiduelle aux magistrats du siège les autres leur conférant un certain pouvoir de contrôle des procédures.

La France, elle même, connaît déjà un système mixte: inquisitoire lors de la phase d'enquête et accusatoire lors de la phase de jugement. Il est intéressant de noter qu'on assiste, à l'échelle européenne, à la convergence des différentes traditions juridiques avec la concentration des pouvoirs d'enquêtes aux mains du ministère public[1]. S'il est cependant un écueil à éviter, une tentation à laquelle résister, c'est bien celui d'un *patch work* procédural par lequel chaque système judiciaire emprunterait des éléments d'un autre sans cohérence particulière.

1 - Ce phénomène est par exemple illustré par la création du *Crown Prosecution Service* en GB en 1985 mais aussi par la suppression du juge d'instruction en Italie par le nouveau code de procédure pénale de 1989 et en Allemagne par une réforme de 1975 ou encore par la place très résiduelle laissée au uge d'instruction au Portugal depuis le nouveau code de procédure pénal de 1987.

La distinction naguère fondée entre procédures accusatoires et procédures inquisitoires n'a aujourd'hui plus beaucoup de sens. On a en effet encore trop souvent tendance à opposer le système inquisitoire accablé de tous les maux et source de toutes les difficultés et le système accusatoire rêvé comme idéal : l'un et l'autre fournissent à l'autorité publique les moyens d'investigations coercitifs et sont tous deux inquisitoires en ce qu'ils placent l'accusé en situation d'infériorité d'où la nécessité de davantage de contradictoire.

Évoquer la question de l'adaptation de notre procédure pénale au système accusatoire m'invite, en tant que juge d'instruction, a envisager son impact sur la phase préparatoire à tout procès pénal, la phase d'enquête. Cette question contient bien évidemment un fort écho médiatique en ce qu'elle implique de facto la suppression d'une de nos figures judiciaires les plus illustre et les plus controversée, celle du juge d'instruction. En effet, des réformes législatives qui traduisent une hostilité à l'égard du magistrat instructeur en affaires médiatiques cristallisant ses faiblesses, le juge d'instruction est une institution qui suscite débat et l'idée d'y mettre un terme se fait pour certains de plus en plus pressante. Dès lors, pourquoi ne pas adopter un système accusatoire supprimant l'instruction et, par conséquent, le magistrat instructeur ?

Procédure accusatoire et procédure inquisitoire obéissent cependant à deux logiques distinctes: là où la procédure inquisitoire cherche à établir la vérité avant le procès en enquêtant « à charge et à décharge », la procédure accusatoire poursuit des investigations sur la base d'une accusation en laissant aux jurés le soin « d'accoucher » de la vérité par la confrontation des récits de l'accusation et de la défense lors du procès. Il s'agit bien là de deux modes de recherche de la vérité, deux logiques judiciaires opposées avec leurs défauts et leurs qualités mais correspondant avant tout à une culture et à une histoire juridique propre. Il n'est à cet égard pas anodin de noter que contrairement aux anglo-saxon c'est après avoir éprouvé les deux systèmes que la France napoléonienne a opté pour le système inquisitoire.

S'interroger sur le basculement de la procédure pénale française vers un système accusatoire implique, avant tout, de s'intéresser à l'opportunité d'une telle réforme et ce, en dehors de toute analyse empreinte d'idéologie et dans le cadre d'un débat dépassionné (section I). Néanmoins, la question la plus pertinente semble moins être celle de l'adoption d'un véritable système accusatoire que celle d'une consécration définitive d'une procédure réellement contradictoire, cadre dans lequel le rôle du juge d'instruction pourrait être régénéré (section II).

Section I – L'opportunité d'une procédure accusatoire en question

A n'en pas douter, l'adoption d'un système inspiré du modèle anglo-saxon donnerait un nouveau profil à la procédure pénale : l'enquête y

serait menée par la police judiciaire et, à un filtre sommaire, succèderait immédiatement la phase d'audience à l'occasion de laquelle serait faite la recherche véritable des preuves. Pour contre balancer les pouvoirs des enquêteurs, la défense se verrait accorder en parallèle des prérogatives accrues. À première vue ce système présente l'avantage de la simplicité et laisse espérer une réduction de la durée de la procédure, problème récurrent du système judiciaire français.

Mais s'il est toujours plaisant de construire des raisonnements juridiques dans le confort d'une salle de colloque ou dans l'intimité d'une salle d'étude encore faut-il que ces raisonnements résistent à l'épreuve des faits.
La mise en place d'une procédure accusatoire en France implique de répondre positivement à deux questions: est-elle nécessaire ? (§1) Et est-elle possible ? (§2).

§1 : La nécessité relative d'une procédure accusatoire

En ce qu'elle confie l'entière et seule responsabilité de l'accusation (c'est à dire la réunion des charges pouvant justifier une condamnation) aux mains d'une unique entité, le procureur de la république, et la responsabilité des éléments à décharge à la défense du mis en cause sous l'arbitrage dépassionné d'un juge qui veille au respect de l'égalité des armes, la procédure accusatoire facilite assurément la lisibilité de la procédure pénale et la cohérence du système judiciaire. En effet, la multiplication des maillons de la chaîne pénale française, entre procureur de la république-juge d'instruction (dans les affaires criminelles et délictuelles complexes)- juge des libertés et de la détention, ne favorise ni la lisibilité de notre système pour les mis en cause ni, dans certains cas, la préservation ou l'édification d'une stratégie d'enquête efficace.

Toutefois, la procédure accusatoire est-elle réellement nécessaire ? C'est, à mon sens, au regard des attentes à l'égard de l'institution judiciaire que doit s'apprécier l'opportunité d'une procédure pénale; et cette attente est double: elle doit à la fois démontrer son efficacité dans la recherche de la vérité sans commettre d'erreurs graves dans ses méthodes ou dans son appréciation des faits.

Ce second élément fait bien sûr échos aux différentes affaires judiciaires ayant rythmé la dernière décennie et au grès desquelles notre système juridique a de plus en plus été remis en cause et, par là, son organe le plus symbolique: le juge d'instruction. Cependant une enquête menée par le seul ministère public serait-elle plus fiable et plus respectueuse des libertés individuelles que celle dirigée par un magistrat instructeur ? Eu égard aux différents garde-fous érigés par le législateur et dont le symbole est la création du Juge des libertés et de la détention par la loi du 15 juin 2000 (loi n°2000-516), la réponse est à

l'évidence négative et les récentes affaires médiatisées outre atlantique au cours de cette année constituent un parfait contre point.

En effet les praticiens s'accordent à considérer qu'aucun système judiciaire ne garantit « la prévention des erreurs judiciaires ». Ainsi convient-il de rappeler que c'est à la suite de condamnations très peu fiables qu'il a été décidé, en 1984 en Angleterre, de procéder à l'enregistrement des interrogatoires du suspect par la police[2].

Concernant l'efficacité d'une procédure pénale dans la recherche de la vérité, sans doute est-il intéressant de constater que la procédure accusatoire dévoile essentiellement ses bénéfices dans les affaires de petite ou moyenne complexité. Ainsi le professeur Spencer précité rapporte-t-il que « la procédure pénale anglaise, bien que satisfaisante pour les affaires moyennes, ne comporte pas une phase préliminaire suffisamment réglementée pour les affaires très graves ou très complexes ».
A l'inverse, notre système judiciaire si souvent décrié, s'est doté au fil des ans d'un arsenal juridique permettant de traiter et d'élucider ce type d'affaires complexes souvent liées à la criminalité organisée , arsenal consacré par la création des JIRS par la loi du 9 mars 2004 (loi n° 2004-204) dont le succès n'est pas contesté et au cœur duquel se trouve le juge d'instruction.

Un des arguments des partisans d'une procédure accusatoire et de la suppression du juge d'instruction est de constater que ce magistrat est déjà anachronique et marginal en ce qu'il ne se verrait confier que 4 à 5% des affaires pénales. C'est cependant oublier que l'apparente vérité des statistiques ne constitue qu'un trompe l'œil omettant de préciser que derrières ces faibles pourcentages se cachent en réalité toutes les affaires criminelles et la majorité des affaires délictuelles complexes ou de très grande complexité. On ne peut en effet comparer une affaire économique financière mettant en cause des dizaines de personnes physiques ou morales avec des ramifications transfrontalières et représentant plusieurs dizaines de tomes de procédure avec une simple conduite en état alcoolique ou un vol à l'arrachée, aussi détestable soient ces comportements. La véritable question statistique qu'il convient de poser est bien celle de savoir quel temps de travail par magistrat représentent ces 4 ou 5 % d'affaires pénales ? On verra que les proportions auront une vertigineuse tendance à s'inverser...

Enfin, la nécessité de consacrer une procédure accusatoire en France a souvent trouvé écho dans l'inconciliable nature duale du juge d'instruction, à la fois Maigret et Salomon, mêlant pouvoirs d'enquêtes et compétences juridictionnelles. Cet argument rejoint le souci de lisibilité de la chaîne pénale évoqué précédemment. Il a trouvé une traduction dans le rapport définitif du comité de réflexion sur la justice

2 - J.R Spencer, *La procédure pénale anglaise*, coll. Que sais-je ? : PUF, 1998.

pénale présidé par M. l'avocat général Philippe Léger remis le 1er septembre 2009 avec la proposition de créer un « juge de l'instruction » amené à user des pouvoirs juridictionnels historiquement dévolu au juge d'instruction lors de la phase d'enquête. Si cette proposition apparaît séduisante en ce qu'elle participe fortement à une l'édification d'une architecture plus claire de notre procédure pénale, il convient de nuancer cette impression par deux observations :

– En premier lieu, et pour compléter la métaphore biblique dont certains usent pour décrier le juge d'instruction et plaider pour l'instauration d'une procédure accusatoire, je reprendrai l'argument développé par M. Gilles Straehli[3], conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation qui oppose à l'exemple de Salomon celui de Daniel, ce jeune homme remarqué pour sa sagesse et appelé à compléter l'assemblée de ceux qui jugent Suzanne accusée par deux témoins d'avoir fauté en se donnant à un autre homme. Ce dernier ne va-t-il pas procéder à l'interrogatoire séparé des témoins et parvenir habilement à les confondre en établissant leur mauvaise foi ? Il n'apparaît donc pas forcément contraire à l'intérêt de la justice qu'en Salomon réside un peu de Maigret.

Néanmoins, chaque magistrat n'ayant pas nécessairement le discernement de Salomon ou l'habileté de Daniel, le législateur, dans la loi du 5 mars 2007, n'a-t-il pas élargi les possibilités de travail en co-saisine pour les juges d'instruction dans les affaires graves ou complexes et prévu la généralisation de la collégialité de la juridiction d'instruction pour les décisions les plus importantes qui jalonnent une information judiciaire (même si la mise en place de la collégialité se fait encore attendre...) ?

– En second lieu, la pratique de l'enquête pénale, surtout dans les affaires complexes ou de très grande complexité, enseigne que la recherche de la vérité procède essentiellement de la réussite d'une stratégie d'enquête. Pour ce faire, la connaissance exhaustive d'un dossier et l'expérience de ce type de contentieux sont des facteurs de réussite primordiaux. Il est dès lors cohérent de réunir au sein d'une même entité pouvoir d'enquête et pouvoir juridictionnel. Le succès d'une enquête pénale d'envergure réside en effet pour les enquêteurs dans l'existence d'un interlocuteur unique conscient des enjeux d'un dossier et qui arbitrera, par exemple, sur l'opportunité d'autoriser une surveillance téléphonique ou la sonorisation de lieux d'habitation. Dissocier les compétences se traduit nécessairement par une perte d'informations et de réactivité pourtant essentielles dans ce type d'affaires. Il n'est qu'à constater la difficulté naturelle que rencontre un juge des libertés et de la détention lorsqu'il doit statuer sur le placement en détention que sollicite un juge d'instruction dans un dossier complexe faisant plusieurs tomes et dont il doit prendre connaissance en moins d'une heure...

3 - Gilles Straehli, Les impératifs d'un système d'instruction préparatoire en matière criminelle et pour les affaires complexes : les différentes réponses actuelles, Dr. pénal n° 10, octobre 2009, dossier 4.

La nécessité d'une procédure accusatoire apparaît ainsi relative. Mais là encore tout est question d'appréciation et de points de vue. La véritable question consiste dès lors à savoir si son instauration est possible.

§2 : La possibilité relative d'une procédure accusatoire

La mise en place d'une procédure accusatoire à la française est-elle possible ? Cette question impose de s'interroger sur la compatibilité avec les exigences inhérentes à notre système et à notre culture judiciaire. Ces exigences, véritables critères d'évaluation, sont à la fois d'ordre organique et d'ordre matériel.

A. Conditions organiques

1) Une exigence de compétence et d'efficacité

La réussite d'une enquête résulte de la maîtrise, par le magistrat, des techniques d'investigations. Ainsi ces dernières années ont été le théâtre d'un phénomène de spécialisation des magistrats avec la création de juridictions spécialisées en matière économique et financière, de délinquance organisée (JIRS), de santé publique ou d'atteinte à l'environnement. Or la suppression de la fonction d'instruction corollaire à la mise en place d'une procédure accusatoire ne risque-t-elle pas de générer une perte réelle de compétences et d'expériences acquises dans ces différents domaines par les magistrats instructeurs ? Si ces pôles spécialisés sont bien évidemment dotés de magistrats du parquets spécialisés force est de constater que leur nombre réduit allié à l'accroissement de leur charge de travail ne saurait compenser la perte de magistrats instructeurs spécialisés dont la grande majorité n'envisagent aucunement de rejoindre les rang du ministère public.
Relevons également que la disparition du filtre que constitue le juge d'instruction présente, comme le fait observer M. le Professeur Pradel[4] le danger de livrer aux juridictions de jugement des dossiers mal préparés conduisant à un grand nombre de relaxes. Il convient parfois de se rappeler que l'instruction à la française n'a pas de préparatoire que le nom...La recherche des preuves réalisée au cours de l'audience ne peut conduire qu'à un allongement considérable de cette phase. Or, nul besoin ici de revenir sur l'état d'encombrement dans lequel se trouvent déjà les rôles des juridictions françaises de jugement.

Ainsi les avantages du système accusatoire semblent se retourner *in fine* contre lui. Ce constat est renforcé par le fait que ce système de recherche de preuves présente l'inconvénient d'être réalisé publiquement dans sa quasi-totalité. Si l'instruction définitive ne se réalise qu'à l'audience publique, l'instruction préparatoire reste quant à elle sou-

4 - J. Pradel, *Le juge d'instruction*, coll. Connaissance du droit : Dalloz 1997.

mise au secret. Le maintien de ce secret, ou du moins de ce qu'il en reste, tend pourtant à préserver une présomption d'innocence si souvent invoquée et pourtant si régulièrement écornée.

2) Une exigence d'impartialité

Cette exigence peut être définie comme la capacité du magistrat enquêteur à tenir compte des éléments qui pourraient venir contredire sa perception initiale d'une affaire. Si cette capacité est à la fois requise pour le magistrat instructeur comme pour le magistrat du parquet, il apparaît que l'exigence d'impartialité ne s'applique pas au magistrat du parquet, celui-ci n'étant d'ailleurs pas considéré comme un magistrat au sens des standards européens. S'il est bien évidemment excessif de jeter l'opprobre sur nos collègues du parquet qui agissent quotidiennement en toute objectivité, il n'en demeure pas moins que, dans toute structure hiérarchisée, s'impose le principe de loyauté envers le supérieur direct. Cette hiérarchie organique et nécessaire pour conduire l'action publique est-elle dès lors compatible avec la prise de risque ou l'audace parfois nécessaire pour mener à bien une affaire sensible ? L'actualité est à ce titre riche d'affaires qui n'auraient pas vu le jour en l'absence de juge d'instruction et ce, au nom d'une certaine conception de l'intérêt de la France ou de l'état français.
Pour autant la mise en place d'une procédure accusatoire qui confierait l'ensemble des pouvoirs de direction d'enquête à un magistrat du parquet doit-elle se traduire par la rupture de tout lien hiérarchique avec le pouvoir exécutif ? Une telle rupture apparaît peu souhaitable car grande est la nécessité d'un organe judiciaire à même de mettre en œuvre les orientations de politique pénale définies par le pouvoir exécutif.

3) Une exigence d'indépendance

Comme il est caricatural de définir le juge d'instruction comme un magistrat schizophrène tiraillé entre ses pouvoirs juridictionnel et d'investigation, il est tout aussi grotesque de considérer les magistrats du parquet comme les serviteurs serviles du pouvoir exécutif, la très grande majorité d'entre eux remplissant leurs fonctions avec une parfaite indépendance d'esprit. Il n'en demeure pas moins que dans certaines cas, il peut être difficile pour un parquetier de faire harmonieusement cohabiter principe de loyauté envers sa hiérarchie et indépendance de ses opinions.
L'avènement d'une procédure accusatoire à la française nécessiterait de façon certaine la consécration de l'indépendance du parquet qui exercerait seul les pouvoirs d'enquêtes. Tel fut le cas en Italie où la suppression des juges d'instruction s'est traduit par le transfert de leurs compétences aux magistrats du parquet à l'indépendance consacrée. Les magistrats du parquet sont en effet administrés par un Conseil supérieur de la magistrature unique, le ministre de la justice n'a aucun pou-

voir sur eux et le ministère public italien est soumis au principe de légalité des poursuites sans être soumis à une quelconque hiérarchie. En effet, le chef du parquet n'a qu'une autorité limitée sur ses substituts, il ne peut que fixer les orientations générales sans délivrer d'ordres dans une affaire déterminée ou attribuer celle-ci au magistrat de son choix. Toutefois, cette indépendance est-elle souhaitable ? L'exemple italien nous enseigne que ni le gouvernement, ni le procureur général et ni le procureur n'ont la possibilité de mettre en œuvre une politique pénale à l'échelle nationale ce qui se traduit nécessairement par une parcellisation de l'action publique.
De même le corollaire de l'indépendance du parquet italien est l'impossibilité de réaliser des classements sans suite de telle sorte que les juridictions répressives se trouvent engorgées par un contentieux dont elles ne devraient pas connaître.
Si à cet égard, l'indépendance du parquet n'apparaît pas souhaitable, confier la maîtrise totale des affaires pénales à un corps soumis à un devoir de loyauté dont le contenu est défini par l'exécutif ne semble pas répondre à l'exigence de justice à laquelle chaque citoyen aspire légitimement. Cette difficulté ne semble en outre pas pouvoir être résolue par des garanties de nomination offerte aux magistrats du parquet. En effet, dans un corps hiérarchisé la carrière de chacun demeure étroitement dépendante de l'appréciation portée sur lui par son supérieur. A l'inverse, il suffit de rappeler que si les magistrats instructeurs font l'objet de nombreuses évaluations au cours de leurs carrières, celles-ci ne sont pas le fait d'autorités hiérarchiques qui peuvent lui donner des injonctions dans la manière de conduire une affaire.

La triple exigence de compétence, d'impartialité et d'indépendance nous montre combien il serait hasardeux de consacrer, en droit français, une procédure purement accusatoire. Ce constat se trouve renforcé par la nécessité de respecter certaines conditions matérielles.

B. Conditions matérielles

Ces conditions sont de deux ordres : économiques, en ce que l'adoption d'une procédure accusatoire implique nécessairement une égalité dans les armes offertes à la défense et à l'accusation, et humaines, en ce qu'elle nécessitera de facto une augmentation du nombre de magistrat du parquet afin d'absorber les affaires relevant de la compétence du juge d'instruction.

1) Un accroissement des moyens financiers

En effet, chacune des parties doit être en mesure de prouver les faits au soutien de sa cause. Si le juge d'instruction instruit à charge et à décharge, la mise en place d'une procédure accusatoire impose nécessairement à la défense d'assurer la réunion des éléments à décharge,

mission qui ne saurait bien évidement incomber à l'accusation. Or ces éléments probants de nature diverses peuvent se révéler très coûteux. Il suffit par exemple de songer au coût que représente une ou plusieurs expertises ADN... Comment, au regard des importantes difficultés budgétaires déjà rencontrées par le Ministère de la Justice et alors que la justice pénale est bien souvent celle des petites gens aux faibles ressources, envisager sérieusement l'application d'un tel système ?
Le principe de réalité impose dès lors de constater que les conditions matérielles de l'adoption d'une procédure accusatoire sont très loin d'être réunies.
Par ailleurs on peut dores et déjà prendre la mesure du déséquilibre des armes généré par l'accusatoire à l'occasion des poursuites engagées par le parquet par le biais des citations directes. Cette voie procédurale souvent choisie dans les matières techniques telles que les fraudes fiscales, les infractions à la consommation ou les infractions douanières, montre la difficulté voire l'impossibilité qu'ont les prévenus de se défendre équitablement lorsque l'accusation dispose des moyens de puissantes administrations telles que les services fiscaux, la DGCCRF ou les Douanes.

2) Un accroissement des moyens humains

Le souci de l'efficacité impliquera nécessairement une augmentation non négligeable du nombre de magistrats du parquet, ceux-ci devant être à même de traiter, avec la même efficacité que les juge d'instruction, les affaires criminelles ou délictuelles complexes. En effet, il convient de ne pas oublier que historiquement l'une des raisons ayant présidé à l'abandon de la procédure accusatoire tenait à son inefficacité du fait de l'impréparation des procès. Aujourd'hui encore, il n'est pas rare pour n'importe quel magistrat siégeant régulièrement à l'audience correctionnelle de constater que certaines enquêtes réalisées en préliminaire aurait gagné à passer par le filtre de l'information judiciaire. Cette contrainte peut aisément être résolue par la création de bureau d'enquête plus ou moins spécialisés selon la taille de la juridiction dans chaque ressort judiciaire. Cependant encore faudrait-il que les magistrats concernés ne soient pas accaparés par des contentieux de masse pour se consacrer au traitement des affaires criminelles ou délictuelles complexes. Pour ce faire un accroissement des magistrats du parquet apparaîtrait bien évidemment indispensable or, le pari selon lequel l'ensemble des actuels magistrats instructeurs, habitués à une certaine indépendance et à l'absence d'obligation de loyauté à l'égard d'un quelconque supérieur hiérarchique, rejoindrait dans leur majorité les rangs du ministère public est très loin d'être remporté...

On ne peut donc sérieusement envisager l'adoption d'une procédure accusatoire sans faire faire ici l'économie d'une observation relative au « coût économique » mais également au « coût législatif » d'une telle réforme. Celle-ci imposerait en effet une refonte du statut du parquet

mais également une révision constitutionnelle du CSM. Parce qu'une telle réforme, rompant brutalement avec notre culture judiciaire, apparaîtrait davantage fondée sur l'amplification des faiblesses du juge d'instruction, une solution semble pouvoir être trouvée dans l'évolution de son rôle en renforçant le principe du contradictoire.

Section II – Le glissement d'une procédure inquisitoire à une procédure contradictoire

Parce que la revendication de pouvoirs équivalents entre les parties et le ministère public ne semble pouvoir se faire que sur le plan strictement procédural en l'absence de possibilités d'égalité réelle des armes, le législateur a, par réformes successives, revêtu notre procédure d'un caractère partiellement contradictoire (§ 1). Cette évolution qui semble devoir être poursuivie est de nature à régénérer le rôle du juge d'instruction (§ 2).

§ 1 : L'état actuel du contradictoire dans notre procédure pénale

Si inquisitoire rime avec secret, force est de constater que notre procédure pénale, au moins au stade de l'information judiciaire, s'est considérablement ouverte aux parties. Par touches successives, le législateur a, au fil des ans, distillé des doses de contradictoire dans notre procédure. Ce phénomène s'est manifesté à travers deux axes principaux: la reconnaissance d'un pouvoir d'action des parties sur le cours des investigations et le renforcement de leur information.

En ce que les réformes législatives successives ont contribué à conférer aux parties la possibilité d'agir sur les actes d'enquêtes, la procédure d'instruction initialement inquisitoire s'est dotée d'attributs contradictoires qui ne sont pas s'en rappeler les caractéristiques traditionnelles de la procédure accusatoire. Ainsi les lois des 4 janvier et 24 août 1993 ont-elles permis aux parties de solliciter du juge qu'il procède à certains actes d'instruction tels que leur propre audition ou interrogatoire, une confrontation, un transport sur les lieux ou l'audition d'un témoin. La loi du 15 juin 2000 a également étendu les droits des parties en leur permettant de demander la production par une autre partie d'une pièce utile à la manifestation de la vérité et tous autres actes qui paraissent nécessaires à cette manifestation.

Le contradictoire a aussi été consacré par le renforcement de l'information des parties. Le secret de l'instruction, fondement de son caractère inquisitorial, ne saurait plus être opposé aux parties. Ce phénomène se traduit à la fois par la possibilité de contrôler les actes envisagés par le juge d'instruction et par une volonté de transparence de l'information judiciaire à l'égard des parties.

Le droit de solliciter des demandes d'actes n'est en effet possible que si les parties sont avisés des grandes décisions les concernant prises par le magistrat instructeur. C'est ainsi que la loi du 5 mars 2007 a rendu plus contradictoire la procédure d'expertise en imposant au juge de notifier sa décision aux parties et en laissant à ses dernières un délai pour formuler d'éventuelles observations sur la mission envisagée. Cette même procédure est prévue au stade du rapport d'expertise dont les conclusions doivent impérativement être notifiées au mis en examen et à la partie civile afin de leur permettre de solliciter une éventuelle contre-expertise. De même, au stade du règlement du dossier d'instruction, la loi du 5 mars 2007 modifiant les dispositions de l'article 175 du code de procédure pénale en prévoyant la transmission des réquisitions du procureur de la république aux avocats des parties qui peuvent désormais répliquer avant que le juge d'instruction ne prenne sa décision.

A l'instar du procureur de la république les parties se sont vues reconnaître le droit d'interjeter appel de certaines ordonnances du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention. S'il convient de noter qu'en ce qui concerne les ordonnances du juge d'instruction ce droit n'a été ouvert que pour certaines ordonnances spécialement énumérées aux articles 186, 186-1 et 186-3 du code de procédure pénale, une telle restriction ne semble pas générer un déséquilibre entre parties et parquet puisque ces articles visent la plupart des ordonnances qui intéressent les droits particuliers des parties.

On peut enfin souligner la possibilité reconnue aux parties, depuis 1993, de saisir la chambre de l'instruction d'une requête en annulation d'actes de procédures conformément aux dispositions de l'article 173-1 du code de procédure pénale, droit qui n'était originellement reconnu qu'au procureur ou au juge d'instruction. Il est à souligner qu'un tel droit a été reconnu au témoin assisté par la loi du 9 mars 2004.

Le souci de transparence s'est également concrétisé par la publicité reconnue aux débats relatifs à la détention tant devant le juge des libertés et de la détention que devant la chambre de l'instruction mais également par l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires en matière criminelle. Plus récemment, ce phénomène a trouvé sa concrétisation ultime par la présence de l'avocat rendue obligatoire lors de la garde à vue.

§2 : Vers l'avènement d'une procédure purement contradictoire ?

Les brèches ouvertes par le contradictoire dans la phase d'instruction préparatoire sont si nombreuses que l'ont peut s'interroger sur la nature réellement inquisitoire de la procédure d'enquête. Une lecture attentive des dispositions du code de procédure pénale nous enseigne que les ingrédients d'une réelle procédure contradictoire sont déjà réunis mais la pratique démontre que leur utilisation pourrait être systématisée. Il incombe aux avocats des parties de veiller au respect de ces règles.

Le domaine des expertises constitue un exemple particulièrement significatif. En effet peu nombreux sont les juges d'instruction et encore moins nombreux sont les avocats qui usent ou demandent à ce qu'il soit usé des dispositions de l'article 164 du code de procédure pénale qui permet d'autoriser les experts judiciaires à recueillir, à titre de renseignement et pour le seul accomplissement de leur mission, les déclarations du mis en examen, du témoin assisté ou de la partie civile. Le recours à une telle disposition, notamment dans les contentieux techniques, permet cependant de renforcer le contradictoire au stade de l'expertise judiciaire mais également l'efficacité de l'enquête pénale en évitant, par exemple, d'éventuelles contre-expertises ultérieures souvent fondées sur l'absence de prises en compte d'un élément que les parties souhaitaient voir porté au débat.
De même, une pratique relativement répandue consiste pour certains juges d'instruction à viser systématiquement l'urgence comme les y autorise l'article 161-1 alinéa 3 du code de procédure pénale et ce, alors même que les conditions de l'urgence ne sont pas remplies. Si l'objectif de cette pratique est de contourner l'obligation de notification aux parties des ordonnances de commission d'expertise afin d'alléger la tâche du greffe de l'instruction, son effet est de priver du contradictoire nécessaire une phase pourtant essentielle de l'instruction préparatoire. Le simple respect d'une orthodoxie procédurale sur laquelle doivent veiller à la fois magistrats et avocats permettrait ainsi sans nul doute de renforcer le principe du contradictoire et l'équilibre des procédures.

Enfin le développement du contradictoire n'irrigue pas la seule phase préparatoire au procès pénal mais doit trouver toute sa place au stade de l'audience. Cette faculté est bien sûr consacrée par les articles 442-1 et 454 du code de procédure pénale issus de la loi du 15 juin 2000 qui autorisent le parquet et les avocats à poser directement des questions au prévenu, à la partie civile, aux témoins et à toutes personnes appelées à la barre. Cette faculté n'est pas sans rappeler la technique du *cross-examination* propre à la procédure accusatoire anglo-saxonne. Or cette faculté se résume bien souvent pour la défense à faire surgir, à l'audience, les insuffisances et les failles de l'instruction préparatoire. Pour que l'avocat use pleinement de l'espace de liberté suffisant pour procéder à un véritable contre interrogatoire et offrir une vision antagoniste à celle de l'accusation, encore faut-il qu'il dispose des éléments suffisants. Pour ce faire, il lui incombe d'user des pouvoirs qui lui sont reconnus par le code de procédure pénal et que nous avons rappelé plus haut. Trop souvent passifs au cours de l'instruction préparatoire, les avocats doivent reconsidérer le rôle qu'ils souhaitent jouer à ce stade de la procédure.

En ce qu'il dispose de pouvoirs juridictionnels, le juge d'instruction semble être tout trouvé pour tenir une place centrale dans ce dispositif. En effet, ses caractéristiques, vues comme autant de contraintes, pour-

raient se révéler un atout en en faisant le pivot d'une procédure réellement contradictoire qui veillerait au respect de ce principe tout en préservant les intérêts de l'enquête. Cette redéfinition du rôle du magistrat instructeur aurait le double avantage de répondre aux exigences d'efficacité des investigations et de respect des droits de défense. Parce qu'il est le magistrat du siège le plus proche du « terrain » et des enquêteurs, le juge d'instruction ne peut ignorer les impératifs qui conditionnent la réussite des investigations. Parce qu'il est un magistrat du siège dont l'indépendance n'est pas contestée, il est le plus légitime à veiller au respect des droits de la défense.

Conclusion:

S'interroger sur le basculement éventuel de notre procédure pénale vers un système accusatoire invite naturellement à s'interroger sur les carences de la procédure actuelle. Ni tout à fait inquisitoire ni tout à fait accusatoire, notre procédure pénale au stade de l'instruction préparatoire apparaît hybride de telle sorte qu'elle pourrait être qualifiée d' « incusatoire ». Un choix décisif et définitif s'impose donc. Loin de se résumer à ces deux seules alternatives, une voie médiane consciente des lacunes du système actuel et respectueuse de notre culture juridique existe. La question de l'adaptation de notre procédure pénale au système accusatoire pourrait être directement évacuée si l'on considère qu'elle réside moins dans l'adoption d'une procédure accusatoire au détriment d'une procédure inquisitoire mais davantage dans le degré de contradictoire que chaque législation souhaite voir distillé dans son système judiciaire.

Cette voie semble pouvoir être conciliée avec le maintien du juge d'instruction dont le rôle peut-être réévalué si on le considère comme le garant du respect du contradictoire et le filtre nécessaire entre accusation et défense.

Enfin si actuellement le rôle du juge d'instruction est si souvent décrié n'est-ce pas dû au souhait que l'on a de calquer le rythme de l'information judiciaire sur celui de l'information médiatique ? L'instruction commande en effet un certain recul sur les faits, une réflexion, qui se concilient souvent mal avec un temps médiatique par nature fugace. Est-ce en vidant le juge d'instruction de sa substance que les erreurs judiciaires seront moins nombreuses ? On peut en douter.

TROISIEME PARTIE :
LES PROCEDURES PENALES ETRANGERES

DE QUELQUES LIEUX COMMUNS À PROPOS DU SYSTÈME ITALIEN

Cristina Mauro
Maître de conférences à l'Université de Paris II Panthéon-Assas

Est-il encore nécessaire de présenter le système italien de procédure pénale ? Depuis quelques années, il est devenu relativement commun de se tourner vers l'expérience transalpine à l'occasion des propositions de réforme de la procédure pénale tendant à la suppression du juge d'instruction[1]. On sait ainsi que, avec l'adoption du nouveau Code de procédure pénale de 1988, dit *Codice Vassalli*[2], le législateur italien a abandonné l'ancien code de 1930, largement influencé par le système français, pour adopter une procédure sans instruction, souvent qualifiée de « procédure accusatoire », sans pour autant modifier substantiellement l'organisation judiciaire traditionnelle. On sait également qu'à l'origine, cette importante réforme était dictée par diverses exigences consacrées par les jurisprudences de la Cour constitutionnelle – *Corte costituzionale* - et de la Cour européenne des droits de l'homme[3] : en particulier, elle devait assurer la simplification du procès et garantir le respect effectif des principes de l'oralité et de l'égalité des armes à tout stade de la procédure. On sait

1 - Cf. S. Gleb, J. Leblois-Happe, C. Mauro, F. Messner et V. Murschetz, Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès, *in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio Doctorum*, Dalloz, 2009, p. 203.

2 - Le *Codice di procedura penale* a été adopté par ordonnance le 22 septembre 1988, promulgué le 24 octobre 1988 et est entré en vigueur le 24 octobre 1989.

3 - En ce sens, cf. l'exposé des motifs de la loi portant autorisation à adopter le Code par ordonnance n° 81 du 16 février 1987. En doctrine, cf. M. Chiavario, « Cultura italiana del processo penale e convenzione europea dei diritti dell'uomo : frammenti di appunti e spunti per una microstoria », *in Studi in onore di F : Vassalli*, II, Giuffre, 1991, p. 537.

enfin que, malgré ses ambitions, le nouveau Code a d'abord été accepté avec quelque réticence par les praticiens formés dans le contexte de la culture inquisitoire[4] : ces réserves ont d'ailleurs été à l'origine d'un conflit très aigu entre la Cour constitutionnelle et le législateur qui a conduit à l'introduction du principe du procès équitable - *giusto processo* - à l'article 111 de la Constitution[5]. Ce qu'on sait, ou dit, moins c'est qu'aujourd'hui, après de nombreuses modifications législatives et interventions du juge constitutionnel, le nouveau système est relativement bien accepté par les avocats, dont le rôle est potentiellement de plus en plus important[6], et par les magistrats qui reconnaissent les effets de la réforme sur le respect des garanties de la défense[7]. Les deux dernières commissions chargées de rédiger un projet de réforme du *Codice di procedura penale*, malgré des appartenances politiques très différentes[8], s'accordent d'ailleurs sur la nécessité de consacrer les choix fondamentaux de 1988 et, par conséquent, le modèle « accusatoire ». C'est peut-être pour cette raison que l'expérience italienne mérite que l'on s'y intéresse encore : le premier enseignement objectif qu'on peut en tirer est que la suppression du juge d'instruction s'insère nécessairement dans une réforme plus générale de toute une culture procédurale. Le système italien est souvent présenté en France comme un système imposé par des théoriciens, tellement complexe que de nombreuses réformes et contre-réformes se sont sans cesse succédées depuis 1988. En effet, vingt ans ont été nécessaires pour que le *Codice Vassalli* puisse reposer sur le consensus le plus large possible entre praticiens ainsi qu'entre toutes les forces politiques et puisse ainsi voir le jour[9]. Lors de son adoption, le législateur lui-même avait d'ailleurs prévu une période d'adaptation de trois ans pour introduire les modifications nécessaires à la lumière des premières applications[10]. Après son adop-

4 - Par exemple, E. Stefani, Avvocatura e investigazioni, *in* F . Sidoti (dir.), *L'investigazione come scienza*, Colacchi, 2004, p. 237.

5 - Saisie dans le cadre du contrôle *a posteriori* de différentes questions préjudicielles portant sur les dispositions du *Codice* qui interdisaient la preuve par ouï-dire et qui ne permettaient pas de lire au juge de l'audience les procès verbaux des auditions de témoins effectuées pendant l'enquête, la *Corte costituzionale* avait consacré le principe de la « non dispersion de la preuve » qui devait permettre d'utiliser en audience tout élément acquis pendant l'enquête (Déc. n° 24 du 31 janvier 1992 ; Déc. : n° 254 du 3 juin 1992 ; Déc. n° 60 du 24 février 1995 ; Déc. n° 361 du 2 novembre 1998). Pour renverser cette jurisprudence et renforcer l'empreinte accusatoire du nouveau procès, le législateur a donc modifié la Constitution pour y inscrire les principes de l'égalité des armes, du contradictoire et de l'oralité (loi constitutionnelle n° 2 du 23 novembre 1999). Sur la réforme et ses suites, *cf*. P. Ferrua, *Il "giusto processo"*, Zanichelli, Bologna, 2007.

6 - G. di Federico et M. Sapignoli, *Processo penale e diritti della difesa, La testimonianza di 1.000 avvocati penalisti*, Carocci, 2002.

7 - En ce sens, notamment, T. A. Camelio, Magistrat de liaison a Paris, Intervention au Colloque Procédures pénales en Europe, Assemblée Nationale, 19 février 2009.

8 - Une première commission, dite *Dalia*, a été nommée en juillet 2004 et a publié un projet en juin 2005 ; une seconde, dite *Riccio*, a été nommée en juillet 2006 et a publié un projet en décembre 2007. Les travaux de ces deux commissions portent essentiellement sur la réforme de la justice des mineurs, sur l'introduction de cas de classement sous condition et sur la célérité de la procédure.

9 - Cf. P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Giuffré, Milano, 2010, spéc. n° I.2.3.

10 - Cf. M. Chiavario, *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, Utet, Torino, 1990, spéc. p. 16 et s.

tion, vingt ans supplémentaires ont encore été nécessaires pour que les nouvelles dispositions soient appliquées et interprétées par une génération de juristes formés dans la logique et dans la culture « accusatoire ». Le conflit entre la *Corte costituzionale* et le législateur qui a conduit à l'introduction à l'article 111 de la Constitution d'une véritable règle de preuve - nul ne peut être condamné sur le fondement d'un témoin auquel il n'a pas pu être confronté – ne révèle en ce sens pas nécessairement les failles du nouveau système, mais un conflit entre deux générations de juristes formés dans des logiques procédurales différentes.

C'est aussi par sa dimension politique que l'expérience italienne est toujours intéressante. En effet, le contexte italien a été et est encore aujourd'hui profondément marqué par l'expérience de *Mains propres - Mani pulite*. Depuis les années 90, de nombreuses modifications apportées au *Codice Vassalli* ont été dictées par le souci politique de limiter les pouvoirs de l'accusation au profit de la défense et d'éviter ainsi qu'une nouvelle vague d'affaires politico-financières ne voie le jour. L'observateur étranger doit donc se méfier de toute comparaison théorique qui ne tienne pas compte de ce contexte, dont il peut tirer un enseignement, fort connu par ailleurs : les vicissitudes des réformes de la procédure pénale ne dépendent pas exclusivement de la cohérence ou de l'efficacité des constructions juridiques, mais plus prosaïquement des préoccupations politiques du moment.

Au delà de ces premières considérations, et afin d'expliquer rapidement l'architecture du système introduit en 1988 et son évolution, il convient de revenir sur quelques lieux communs qui font le succès de l'exemple italien dans l'opinion de certains opposants à la suppression du juge d'instruction. Parmi d'autres, deux lieux communs reviennent comme un leitmotiv et méritent que l'on s'y attarde. D'une part, le système italien serait un système « accusatoire », fondé sur une confrontation entre parties inégales conduisant non à la vérité, mais à une vérité judiciaire souvent insatisfaisante. Or, théoriquement, et bien que l'expression « accusatoire » ait été largement utilisée à son propos, y compris par la doctrine italienne, et y compris dans les quelques lignes qui précèdent, le législateur italien de 1988 ne s'est pas inspiré du modèle « accusatoire » (section I). D'autre part, le modèle adopté en 1988 serait la cause de la lenteur de la justice répressive italienne, maintes fois condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme. Si nul ne saurait contester la lenteur, certaine, de la justice italienne, ses causes résident dans des principes et règles qui ne datent pas de 1988 et qui ne découlent pas de la seule suppression du juge d'instruction (section II).

Section I - Le système italien n'est pas un système « accusatoire »

Sans revenir sur les débats relatifs à la définition et à la distinction des modèles accusatoire et inquisitoire, profondément influencés en

France par la doctrine d'Esmein[11], on se limitera à constater que la réforme de 1988 constitue en Italie l'aboutissement d'un processus entamé dès 1955 tendant à organiser un système mixte garant des libertés individuelles et notamment à limiter les pouvoirs du juge d'instruction ainsi que son influence sur la juridiction de jugement, à introduire le contradictoire pendant la phase de l'instruction, à réduire la portée de la purge des nullités et à renforcer les garanties liées aux droits de la défense et à la liberté personnelle à l'occasion des gardes à vues et des détentions provisoires[12]. Dans sa conception originaire, le *Codice di procedura penale* devait ainsi consacrer un système qui permette l'acquisition contradictoire de tout élément de preuve lors du procès (§ 1). Son application pratique a mis en évidence la nécessité de renforcer le contradictoire lors de l'enquête, nécessité qui a dicté les évolutions du système (§ 2).

§ 1 : La conception originaire

Le modèle qui a inspiré le *Codice Vassalli* n'a pas été le modèle accusatoire des lois barbares, mais le modèle « d'adversaires » – *adversarial* – issu de la philosophie et de la pratique anglaise du XVIII siècle dont les conceptions les plus modernes se retrouvent dans la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis entamée entre 1961 et 1969[13]. Ce modèle repose sur le principe fondamental de la présomption d'innocence d'où découlent les garanties d'indépendance et d'impartialité du juge, de publicité, ainsi que les principes de l'égalité des armes et des droits de la défense, garanties qui doivent trouver application à chaque étape de la procédure dès lors qu'une preuve de la culpabilité peut être recueillie ou qu'une atteinte aux libertés peut être décidée[14]. Ainsi, le modèle « accusatoire » qui a inspiré la réforme italienne est fondé sur un système dialectique qui permet d'atteindre la vérité grâce à la confrontation entre parties, et se caractérise par la séparation des fonctions (accusation, défense et jugement) ainsi que par le principe du contradictoire au stade de l'acquisition de la preuve. Ce modèle s'oppose à celui où la vérité est recherchée par l'autorité, caractérisé par la concentration des fonctions en un seul sujet et par la liberté de la preuve[15].

---

11 - A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu'à nos jours*, Ed. Panthéon-Assas, 2010.

12 - E. Amodio, Il ripudio del giudice investigatore ereditato dal sistema francese, *in Processo penale, diritto europeo e common law*, Giuffré, Milano, 2003, p. 116.

13 - Cf. E. Amodio, Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano : miti e realtà della giustizia americana, *in* E. Amodio et M.C. Bassiouni (dir.), *Il processo penale deli Stati Uniti d'America*, Giuffré, Milano, 1988, p. XXI.

14 - Un auteur voit ainsi dans les œuvres de J. Locke et dans les pratiques mises en place dans les tribunaux anglais entre 1730 et 1770, la naissance des trois piliers fondamentaux du système *adversarial* (cette expression n'étant traduite que par le mot accusatoire en français) : 1° la loi doit écarter le risque que l'Etat utilise ses pouvoirs pour extorquer des témoignages ou des aveux grâce à des pressions physiques ou psychologiques ; 2° la loi doit écarter le risque que l'Etat utilise ses pouvoirs pour organiser un procès non équitable ; 3° l'individu doit être un sujet actif lors du procès (R. Vogler, *A World View of Criminal Justice*, Ashgate, Hants, 2005, spéc. pp. 129 et s.).

15 - P. Tonini, *Manuale di procedura penale ...*, spéc. n° I.I.13 ; dans le même sens, E. Amodio, Il modello accusatorio nel nuovo Codice di procedura penale, *in* E. Amodio et O. Dominioni, *Commentario del nuovo Codice di procedura penale*, Giuffre, 1989, p. XXV.

De cette conception découle l'importance des règles de preuve qui tendent à en garantir la loyauté ainsi que la fiabilité et qui encadrent par exemple la preuve par oui-dire[16] et les interrogatoires des personnes soupçonnées[17]. Par exemple, qu'elle soit entendue par la police ou par un magistrat, sous la contrainte d'une mesure de garde à vue ou non, toute personne soupçonnée doit être informée des faits, des éléments à charge et de leur source, du fait que ses déclarations pourront être utilisées contre elle, qu'elle peut ne pas répondre, avant d'être interrogée grâce à des techniques qui ne limitent pas sa conscience et sa liberté. De plus, pour les interrogatoires effectués par un magistrat – qui pourront, selon certaines conditions, être utilisés lors des débats – la présence de l'avocat de la défense est obligatoire. Si des éléments à charge sont découverts pendant l'audition d'un simple témoin, l'autorité doit immédiatement mettre fin à l'audition, procéder à l'information des droits et inviter la personne à nommer un avocat. Les déclarations et aveux obtenus en violation de ces dispositions ne pourront simplement pas être utilisés[18].
De cette même conception qui a fait de la phase du jugement, de l'immédiateté et de l'oralité les principes fondateurs du nouveau procès pénal, découle également l'importance de la neutralité du juge. Le *Codice* distingue par conséquent entre les actes d'enquête qui tendent à recueillir des éléments et les éléments de preuve eux-mêmes, la preuve étant en principe acquise grâce au débat contradictoire oral et immédiat devant un juge neutre qui n'a pas le dossier de la procédure – le juge sans dossier - et qui ne peut pas poser de questions et risquer ainsi d'influencer les débats. Bien qu'elle soit à la source d'une grande complexité, la terminologie utilisée par le législateur reflète d'ailleurs symboliquement cette approche : par exemple, la personne entendue pendant l'enquête est désignée par l'expression « personne informée » et ne prend la qualité de « témoin » que dans la phase du procès.
Evidemment, les principes de l'oralité et surtout de l'immédiateté rejaillissent sur la conception et l'organisation de l'enquête et sur le rôle de la police judiciaire[19] : si elle ne permet pas d'acquérir des éléments de preuve, l'enquête est nécessaire en vue de la décision relative à l'exercice de l'action publique et, dans cette perspective, les actes d'enquête doivent en principe demeurer secrets[20] et permettre au ministère

16 - Art. 195 du *Codice di procedura penale*.

17 - Art. 64 du *Codice di procedura penale*.

18 - La solution est donc très différente de celle admise aujourd'hui en France par l'article préliminaire du Code de procédure pénale qui exclut que la juridiction de jugement puisse fonder sa décision uniquement sur ces éléments mais lui permet d'en prendre connaissance et de les « utiliser » dans un ensemble d'autres éléments.

19 - G. Lozzi, « Indagini preliminari, incidenti probatori, udienza preliminare », *Riv.it.dir.proc.pen.* 1989, p. 1276 et s.

20 - A propos du caractère secret des actes d'enquête, l'article 329 du *Codice Vassalli* dispose, sur le fondement d'un critère objectif lié à l'acte, que toute personne ayant connaissance de l'acte secret ne doit pas le divulguer. Les actes qui impliquent la présence de l'avocat (l'avocat doit pouvoir être présent lors des interrogatoires, des fouilles et des confrontations et peut être présent lors des perquisitions et saisies) ne sont donc pas secrets.

public d'établir sa stratégie[21]. Dans la limite du respect des libertés individuelles fondamentales, la police judiciaire, caractérisée comme en France par une double dépendance organique – à l'égard de l'exécutif - et fonctionnelle – à l'égard du parquet -, s'est donc vu attribuer de très larges pouvoirs d'enquête[22], qui lui permettent d'accomplir la mission de recueillir toute information sur la commission d'infractions, en rechercher les auteurs et en assurer les preuves[23]. Ainsi, avant et après l'intervention du ministère public, la police peut conduire des investigations propres sur initiative autonome qui seront parallèles à l'enquête du procureur ou qui viendront intégrer les investigations conduites sous le contrôle du parquet. Elle dispose aussi de larges pouvoirs de contrainte pour procéder notamment à des contrôles d'identité en retenant des individus pendant 12 heures, à des perquisitions en cas de flagrance, à l'acquisition de documents et correspondances, à l'arrestation et au placement en garde à vue. Pour d'autres actes, le consentement de la personne intéressée est nécessaire : il en va ainsi notamment pour les « informations sommaires » recueillies auprès de la personne soupçonnée – qui ne pourront être lues à l'audience que pour contester la version orale et immédiate – et des témoins potentiels, pour les examens techniques et les prélèvements génétiques.
Souvent présentée dans ses manifestations extrêmes, la conception originaire du *Codice* qui impliquait de tels pouvoirs d'investigation, a néanmoins évolué : le législateur a ainsi partiellement abandonné le mite de l'immédiateté en faveur de la reconnaissance d'un droit à la preuve et renforcé ainsi l'égalité des armes et le contradictoire au stade de l'enquête.

§ 2 : Les évolutions

Dès les premières applications du nouveau code, il est apparu nécessaire de renforcer le rôle du juge et de l'avocat de la défense pendant la phase de l'enquête. D'une part, le législateur a étendu le rôle de l'avocat qui, tout en étant une partie au procès comme le ministère public, ne s'était pas vu reconnaître expressément des pouvoirs propres d'investigation. Dès l'origine, en raison du caractère contradictoire de l'enquête, l'avocat de la défense a eu un rôle très important : par exemple, il peut assister, sans en être prévenu au préalable, aux perquisitions et aux saisies effectuées par la police judiciaire au domicile de son client ; comme on l'a vu, il est nécessairement présent lors de tout interrogatoire, y compris en garde à vue – *fermo* ; il peut demander, comme on le verra,

21 - G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, VI, Giappichelli, Torino, 2004, spec. p. 333 et s.

22 - Par exemple, lorsque le *Codice* ne prévoit aucune disposition pour un acte d'enquête, la police judiciaire peut l'effectuer à la double condition de s'inspirer, par analogie, des règles consacrées par le législateur pour des actes nommés et de respecter la dignité – *libertà morale* - de la personne intéressée par l'acte (M. Scaparone, Indagini preliminari e udienza preliminare, *in* G. Conso et V. Grevi (dir.), *Compendio di procedura penale*, Cedam, 2008, p. 483 et s.). Sur les pouvoirs de la police judiciaire, cf. *infra* ...

23 - Art. 55 du *Codice di procedura penale*.

l'acquisition d'éléments de preuve lors d'une audience contradictoire – *incidente probatorio* – en sa présence. A l'épreuve de la pratique, ces prérogatives n'ont cependant pas paru suffisantes. Dès lors, depuis une réforme de 2000[24], le *Codice* consacre expressément la possibilité, voire l'obligation selon certains[25], pour la défense de rechercher, y compris en ayant recours à des substituts ou à des investigateurs privés, des éléments à décharge et constituer ainsi un dossier de la défense. A la différence du procureur, l'avocat est libre d'utiliser ou non les éléments ainsi recueillis mais la liste de ces actes et de leurs formes est limitative – auditions et perquisitions avec l'accord des personnes intéressées ou avec l'autorisation du juge de l'enquête préliminaire, demande de communication de documents à l'administration. Ainsi, en voulant consacrer les pouvoirs de la défense, le législateur a en fait limité la liberté de l'avocat dans la recherche des preuves à décharge[26].

D'autre part, il est apparu nécessaire de renforcer le rôle des deux juges[27] qui interviennent dès la phase de la mise en l'état : le juge de l'audience préliminaire qui, à la fin de l'enquête, décide du renvoi ou du non lieu à l'occasion d'une audience contradictoire[28], et le juge pour l'enquête préliminaire qui peut être saisi pendant l'enquête pour décider le classement de l'affaire, pour autoriser des atteintes aux libertés individuelles et pour permettre l'acquisition anticipée des preuves. En effet, les actes de l'enquête ne sont pas seulement utiles pour établir la stratégie de l'accusation mais constituent d'ores et déjà des indices de culpabilité. Ils permettent par exemple au ministère public d'obtenir le renvoi sur le fondement d'une qualification que le juge de l'audience préliminaire ne peut pas modifier d'office[29], la validation *a posteriori* ou l'autorisation du juge pour des mesures portant atteinte aux libertés individuelles avant jugement comme la garde à vue[30], ou les enregistrements dans des lieux privés et les écoutes téléphoniques[31]. Ils permettent également au procureur d'obtenir le placement sous contrôle

24 - Article 327*bis* du *Codice di procedura penale* inséré par la loi n° 397 du 7 décembre 2000.

25 - Le Code de déontologie des avocats semble considérer qu'il s'agit d'un devoir et tente d'écarter ainsi les objections liées aux coûts de ces investigations et, par conséquent, aux inégalités entre justiciables qui en découleraient. Sur les pratiques des avocats et leur déontologie, cf. G. Frigo, Primi passi del Codice deontologico del difensore penale, *Cass. penale* 1996, p. 1355 et s. Sur les risques d'inégalités, cf. M. Chiavario, Il rafforzamento della difesa penale porterà una giustizia accessibile a tutti ?, *Guida dir.,* 31 mars 2001, n° 12, p. 10.

26 - D'autant plus que la jurisprudence de la Cour de cassation semble considérer que l'avocat qui procède à des investigations de la défense agit en qualité d'officier public et doit donc respecter les mêmes conditions et obligations légales ou déontologiques qu'un officier public (Cass. S.U., 27 juin 2006, n° 32009).

27 - Pour en garantir l'impartialité, ces juges sont nécessairement deux personnes différentes. Art. 34 du *Codice de procedura penale* dans sa version issue de la loi n° 234, du 22 juillet 1999.

28 - Articles 425 et s. du *Codice di procedura penale.*

29 - Article 423 du *Codice di procedura penale.*

30 - Cf. L'article 390 du *Codice di procedura penale* qui exige que le *fermo* soit validé par le juge pour l'enquête préliminaire.

31 - Les articles 266 et s. du *Codice di procedura penale* exigent une ordonnance motivée du juge pour l'enquête préliminaire, mais, pour des raisons d'urgence, le procureur peut autoriser des enregistrements : le juge doit alors intervenir pour valider la mesure dans les soixante-douze heures.

judiciaire, assignation à résidence ou détention provisoire[32] : dans un souci d'efficacité, la décision du juge n'intervient pas après un débat contradictoire, mais seulement sur les réquisitions écrites du procureur. Selon la gravité de la mesure, c'est seulement plus tard, dans les cinq ou dix jours, que le juge doit interroger la personne intéressée en présence de son avocat[33]. Pour les deux juges, la pratique a prouvé la réalité du risque que leurs décisions ne soient prises qu'à partir des éléments à charge recueillis par le parquet et qu'ils se transforment ainsi en une simple chambre d'enregistrement des choix du procureur et, en amont, de la police[34]. Selon une grande majorité d'avocats d'ailleurs, ce risque serait aggravé par le grand corporatisme qui lie les magistrats du siège et ceux du parquet[35]. Dans cette perspective, dès l'origine, le législateur avait consacré deux garanties tenant à l'obligation pour le ministère public d'enquêter à charge et à décharge et à l'absence de motivation de la décision de renvoi pour que la juridiction de jugement ne puisse pas en définitive être influencée par les réquisitions de l'accusation, éventuellement reprises par le juge de l'audience préliminaire dans son ordonnance. En pratique, ces garanties se sont révélées insuffisantes.

De nombreuses réformes ont ainsi graduellement accru les pouvoirs d'instruction de ces deux juges. S'agissant du juge pour l'enquête préliminaire, en matière d'atteinte aux libertés avant jugement, une réforme de 1995 est venue exiger que le ministère public présente au juge **tous** les éléments à décharge[36] ; elle lui a également permis de prononcer une mesure moins grave que celle demandée par le procureur[37] et exigé que l'ordonnance de placement soit motivée de façon exhaustive[38]. Pour le juge de l'audience préliminaire, la jurisprudence lui a d'abord permis

32 - Les articles 272 et s. du *Codice di procedura penale* encadrent diverses mesures – *misure cautelari* – susceptibles d'être décidées par le juge pour l'enquête préliminaire sur le fondement d 'indices graves de culpabilité.

33 - Saisie d'une question préjudicielle à propos de l'absence de tout débat contradictoire *a priori*, la Cour constitutionnelle a décidé que les dispositions du Code ne sont pas contraires à la Constitution en ce qu'elles visent à garantir l'imprévisibilité de la mesure et, par conséquent, son efficacité (Déc. n° 63 du 8 mars 1996). Néanmoins, dans une décision plus récente, elle a considéré que l'interrogatoire *a posteriori* de la personne intéressée est une garantie fondamentale non seulement pour la détention provisoire mais aussi pour le contrôle judiciaire et la confiscation et qu'en l'absence d'interrogatoire, la mesure est caduque (Déc. n° 95 du 4 avril 2001).

34 - Le risque est très important en matière d'atteinte à la liberté car le recours à ces mesures est en pratique très important : en effet, elles permettent de surprendre la personne soupçonnée et de limiter sa liberté pendant une période relativement longue (dans les cas les plus graves, la durée de la détention provisoire peut arriver à 6 ans et à 9 ans en cas de suspension de la mesure). Sur la réalité de ce risque, cf. C.F. Grosso, G.N. Modona, L. Violante, *Giustizia penale e poteri dello Stato*, Garzanti, 2002, p. 481 et s. ; E. Amodio, *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, 23-25 settembre 1994, Giuffrè, 1996 ; du même auteur et plus généralement à propos des deux juges, La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo, *Cass. penale* 2003, IV, p. 1419 et s.

35 - En ce sens, cf. G. Di Federico et M. Sapignoli, *Processo penale e diritti della difesa ....*, spéc. p. 122 et s.

36 - Article 291 du *Codice de procedura penale* dans sa version issue de la loi 332 du 8 août 1995.

37 - Sur la réforme, cf. V. Grevi (dir.), *Misure cautelari e diritto di difesa*, Giuffrè, 1996.

38 - Avant 1995, l'article 292 exigeait en effet seulement une motivation sommaire.

d'exercer un contrôle effectif sur la nature des faits et de remettre le dossier au ministère public dès lors que la qualification choisie ne correspond pas aux faits historiques[39]. Surtout, la loi lui a donné des fonctions d'instruction : dès lors qu'il considère ne pas pouvoir se prononcer sur le fondement des éléments du dossier, le juge de l'audience préliminaire peut demander au ministère public d'effectuer un complément d'enquête, en renvoyant l'affaire à une autre audience[40], et surtout peut acquérir même d'office des éléments de preuve grâce notamment à la technique de *l'incidente probatorio* normalement utilisée par les parties devant le juge pour l'enquête préliminaire[41].
Pour comprendre l'importance de cette technique, il peut être opportun de faire un petit détour et de s'intéresser aux affaires de criminalité organisée qui ont été à l'origine du conflit entre la Cour constitutionnelle et le législateur à propos du principe de « non dispersion de la preuve »[42]. En effet, dans ces affaires, des repentis acceptent souvent de coopérer avec le parquet pendant l'enquête et livrent des informations, puis refusent de témoigner à l'audience : en principe, l'oralité et l'immédiateté interdisent à l'accusation d'utiliser ces informations lors du procès et risquent donc de faire tomber les poursuites. C'est donc à propos de ce type d'affaires qu'il est apparu nécessaire de permettre largement l'acquisition contradictoire des éléments de preuve avant les débats. Or, la nécessité d'organiser l'acquisition anticipée et contradictoire de la preuve pendant l'enquête avait d'ores et déjà été consacrée en 1988 grâce à la technique de *l'incidente probatorio* qui permet aux parties de saisir le juge pour l'enquête préliminaire pour que des éléments de preuve – expertise, témoignage, confrontation - soient acquis à l'occasion d'une audience contradictoire non publique en cas d'urgence[43]. Limité à l'origine à certains cas exceptionnels liés au risques de décès du témoin, à partir de 1994, le domaine de cette technique a été élargi pour permettre aux parties de demander l'acquisition anticipée de certaines preuves même en l'absence de risques quant à la possibilité d'une acquisition future. De même, dès 1988, le législateur avait prévu l'hypothèse des actes *irripetibili*, actes qui ne sont pas susceptibles d'être renouvelés devant la juridiction de jugement en raison des risques liés à la conservation des choses ou des lieux : les procès verbaux établis par la police judiciaire ou le ministère public doivent ainsi être annexés au dossier qui sera transmis à la juridiction de jugement saisie et pourront être lus à l'audience[44]. Cette catégorie a été élargie en

39 - Cass., Sez. II, 12 mars 2003.

40 - Article 421-*bis* du *Codice di procedura penale* insérée par la loi 479 du 16 décembre 1999. Le juge peut indiquer les actes nécessaires. Dans le cas où le ministère public ne respecterait pas l'ordonnance, le procureur général peut évoquer l'enquête et le juge de l'audience préliminaire peut procéder à une intégration d'office.

41 - Article 422 du *Codice di procedura penale*, dans sa version issue de la loi 479 du 16 décembre 1999.

42 - Cf. *supra*, introduction.

43 - Articles 392 et s. du *Codice di procedura penale*.

44 - Article 431 du *Codice di procedura penale*.

1999 et désormais, au stade de l'audience préliminaire, les parties peuvent simplement demander d'un commun accord l'acquisition du procès verbal au dossier du juge.
Cet élargissement du domaine de *l'incidente probatorio* et des actes *irripetibili* qui conduit à limiter l'importance des principes de l'immédiateté et de l'oralité du procès, s'explique également par une exigence de cohérence. En effet, s'ils sont susceptibles d'être utilisés pendant la phase préliminaire, les éléments recueillis pendant l'enquête peuvent être utilisés lors des procédures accélérées, alternatives au procès de droit commun. Or, dans ces procédures, l'importance des principes de l'oralité et de l'immédiateté est moindre : pour lutter contre la lenteur de la justice répressive, le législateur a en effet accepté d'introduire une bonne dose d'inquisitoire dans le nouveau système.

Section II - La lenteur de la justice répressive italienne n'est pas due au modèle « accusatoire »

La lenteur n'est ni une caractéristique propre à la justice pénale ni une conséquence directe de la seule suppression du juge d'instruction[45]. Les rédacteurs du code de 1988 étaient d'ailleurs conscients de ce phénomène complexe et bien connu en Italie et savaient que le passage à un système « d'adversaires » aurait pour effet de déplacer le problème de la durée de la phase de la mise en état à la phase des débats[46]. Aussi, dès l'origine et avant même que le principe du procès équitable ne soit inscrit à l'article 111 de la Constitution, le législateur a multiplié les dispositions tendant à garantir la durée raisonnable de la procédure en sauvegardant parfois des mécanismes propres à l'ancien système (§ 1). Ces garde-fous n'ont cependant pas été suffisants car les causes majeures de la lenteur de la justice répressive, quoi qu'identifiées, n'ont pas été touchées (§ 2).

§ 1 : Les mécanismes liés au souci de rapidité

Sans revenir sur l'ensemble des dispositions adoptées en 1988 pour accélérer la procédure pénale, il convient de souligner que le législateur a suivi deux méthodes. Fondée sur la cohérence du système « d'adversaires », la première méthode a consisté à multiplier les exigences relatives à la célérité de l'enquête pour garantir l'immédiateté et l'effectivité du contradictoire devant la juridiction de jugement. Ainsi, l'enquête ne peut se prolonger en principe au delà de six mois à partir du jour où une personne devient officiellement soupçonnée par l'inscription de son nom dans le registre des infractions, le ministère public étant tenu de saisir le juge de l'audience préliminaire pour obtenir deux

45 - Sur la lenteur de la justice répressive avant la réforme, cf. F. Carnelutti, La malattia del processo penale italiano, *Riv. dir. processuale* 1962, p. 6.

46 - M. G. Aimonetto, *La durata ragionevole del processo penale*, Giappichelli, Torino, 1997.

prolongations pour une durée totale de dix-huit mois[47]. Bien que la sanction du retard soit relativement grave, car les actes accomplis après ces délais ne sont pas valables, l'efficacité de ces dispositions est faible : en effet, une pratique courante conduit les enquêteurs à procéder le plus tard possible aux formalités correspondant au point de départ du délai et à prolonger ainsi les investigations sans que les personnes soupçonnées puissent bénéficier des droits et des garanties de la défense. Cette pratique est tellement diffuse qu'en 2007, dans 70% des affaires, la prescription de l'infraction était acquise dès l'enquête[48].

La deuxième méthode a consisté à considérer que le procès de droit commun, fondé sur les principes de l'oralité et de l'immédiateté, ne s'impose que lorsqu'aucune autre procédure n'est envisageable. Cette méthode a été appliquée pour le procès en première instance mais elle a également permis de maintenir un examen de la première décision sur dossier en appel et éviter ainsi un nouveau procès en deuxième instance.

En première instance, les procédures alternatives sont régies par les dispositions du livre 6 du *Codice*, symboliquement avant le procès de droit commun, soumis aux dispositions du livre 7, et doivent donc être privilégiées par le ministère public. Issues pour certaines de l'ancien code de 1930 ou de la tradition anglo-saxonne pour d'autres, ces procédures reposent sur une même nécessité d'éviter le risque d'une « hyper-processualisation » et visent à organiser une « de-processualisation »[49]. Elle sont fondées sur la reconnaissance de culpabilité accompagnée d'un accord entre les parties sur la peine[50] ou sur le dossier constitué pendant l'enquête et permettent au juge de se prononcer sur les faits à partir du dossier, en limitant[51] ou en écartant[52] tout débat contradictoire. Quel que soit leur fondement, ces procédures marquent une coexis-

47 - Articles 405 et s. du *Codice di procedura penale*. Le délai commence à courir du jour de l'inscription de l'infraction elle-même dans ce registre dès lors que l'auteur n'a pas été identifié. Ces délais sont néanmoins écartés en présence de certaines infractions complexes, notamment en matière de criminalité organisée.

48 - Sur la prescription, cf. *infra* .... Sur les chiffres, cf. R. Kostoris, « Le impugnazioni penali, travagliato terreno alla ricerca di nuovi equilibri », *in Le impugnazioni penali, evoluzione o involuzione?*, Giuffré, Milano, 2008, p. 15 et s., spéc. p. 32. L'auteur se livre à un commentaire des chiffres publiées par le Ministère de la justice italien (Dipartimento per gli affari di giustizia – Direzione generale giustizia penale) pour 2006.

49 - Les expressions sont de M. Pisani, *Italian style, figure e forme del nuovo processo penale*, Cedam, Padova, 1998, spéc. pp. 91 et s.

50 - Il s'agit de l'application de la peine sur requête des parties ou *patteggiamento*, soumise aux articles 444 et s. Pour une comparaison avec la comparution sur reconnaissance de culpabilité, cf. N. Galantini, Plaider coupable e patteggiamento : due riti a confronto, *in Studi in onore di G. Marinucci*, Giuffré, Milano, 2006, p. 2765 et s.

51 - Il s'agit du jugement abrégé – *giudizio abbreviato* – soumis aux articles 438 et s. qui permet au juge de l'audience préliminaire de se prononcer après un débat contradictoire sur le fondement du dossier de l'enquête ; du jugement direct en cas d'arrestation en flagrance – *giudizio direttissimo* – et du jugement immédiat – *giudizio immediato* – qui se rapprochent de la comparution immédiate française (artt. 449 et s. et 453 et s.).

52 - Il s'agit de l'ordonnance pénale – *decreto penale* – prévue aux articles 459 et s. qui permet au juge de se prononcer sur le seul fondement du dossier de l'enquête, sans entendre la personne poursuivie et de prononcer une peine pécuniaire.

tence dans le *Codice Vassalli* entre la logique « d'adversaires » et une logique « inquisitoire » qui permet au juge de tenir compte de tout ce qui a été fait pendant l'enquête au détriment de l'oralité et de l'immédiateté. Là encore la pratique n'a pas rejoint les expectatives du législateur car ces procédures n'ont connu qu'un succès limité et ceci bien qu'elles entraînent généralement une réduction de peine[53] : ainsi, les statistiques publiées par le Ministère de la justice montrent que sur la période comprise entre 1989 et 1995, ces procédures avaient été suivies dans 56,5% des affaires, ce qui était bien loin des attentes du législateur et était jugé insatisfaisant par une grande partie de la doctrine. Le législateur est ainsi intervenu à l'occasion de deux réformes, en 1999 et en 2003, pour modifier les dispositions relatives au *giudizio abbreviato* et au *patteggiamento* qui constituent en définitive deux formes de négociation, sur la procédure pour la première, et sur la peine pour la seconde.

S'agissant du *giudizio abbreviato*, cette procédure reposait depuis 1988 sur l'initiative de la personne soupçonnée ainsi que sur l'accord du ministère public et permettait au juge de l'audience préliminaire de se prononcer à partir des éléments qui lui étaient présentés sans aucun complément d'enquête. Depuis 1999[54], l'accord du ministère public n'est plus nécessaire[55], et le juge de l'audience préliminaire peut procéder, même d'office, à l'acquisition des éléments de preuve nécessaires à la décision sur le fond de l'affaire. Par ailleurs, alors que la Cour constitutionnelle avait tenté d'en limiter le domaine matériel aux infractions punies d'une peine maximale de trente ans de réclusion, cette procédure peut désormais être suivie pour toute infraction, même si la peine encourue est une réclusion criminelle à perpétuité[56]. Pour l'application de la peine sur requête des parties – *patteggiamento* -[57], le législateur est venu en étendre le domaine. Ainsi, depuis 2003[58], deux formes de négociation coexistent désormais : d'une part, la négociation traditionnelle pour les infractions de moyenne gravité qui entraîne l'extinction de l'infraction, sauf récidive, et ne permet pas au juge de prononcer d'éventuelles peines accessoires et mesures de sûreté ; d'autre part, la

53 - Par exemple, pour le *giudizio abbreviato* et le *patteggiamento*, le juge ne peut prononcer qu'une peine égale ou inférieure aux deux tiers de la peine encourue (dans le respect du seuil de deux ans en cas de peine d'emprisonnement dans le cadre du *patteggiamento*).

54 - Loi n° 479 du 16 décembre 1999. Sur l'importance de cette réforme, cf. L. Pistorelli et L. Brichetti, Giudizio abbreviato, *in* G. Spangher (dir.), *Trattato di procedura penale*, Vol. IV, Utet, Torino, 2008, p. 63 et s.

55 - Cass. S.U., 27 octobre 2004, n° 44711, *Wajib*, qui confirme la solution adoptée par la loi du 16 décembre 1999.

56 - A la suite d'une décision de la Cour constitutionnelle du 23 avril 1991 (n° 176) qui avait limité le domaine de cette procédure aux infractions punies d'une peine maximale de réclusion de 30 ans, la loi du 16 décembre 1999 est venue modifier l'article 442 pour confirmer la solution antérieure : dans le cadre de cette procédure, le juge ne peut prononcer une peine de 30 ans de réclusion lorsque l'infraction est punie d'une peine de réclusion à vie.

57 - En réalité, le *patteggiamento* avait été introduit avant le nouveau code par la loi n° 689 du 24 novembre 1981.

58 - Loi n° 134 du 12 juin 2003.

négociation élargie – *patteggiamento allargato* – qui conduit le juge à prononcer une peine inférieure ou égale à cinq ans d'emprisonnement sans que la personne poursuivie se voie accorder les bénéfices de la négociation[59].

S'agissant de l'appel, les débats qui ont entouré une réforme récente du système des recours[60] ont mis en évidence que le système établi en 1988 se limite à organiser un contrôle, certes très approfondi, sur la motivation de la décision de première instance mais ne garantit pas une deuxième décision sur le fond de l'affaire. A l'origine, ce choix était justifié par un compromis entre les principes de l'oralité et de l'immédiateté d'une part et celui de la durée raisonnable de la procédure d'autre part : un procès long, effectivement contradictoire devant un juge neutre en première instance devait permettre d'éviter un appel circulaire. Dans cette perspective, le *Codice Vassalli* pouvait maintenir le système des recours consacré par l'ancien code de 1930, inspiré par une culture « inquisitoire »[61] et écarter l'idée d'un nouveau procès pleinement contradictoire en cas de recours. Aujourd'hui, après une tentative de réforme jugée inconstitutionnelle en ce qu'elle tendait à limiter, voire anéantir, les possibilités d'interjeter appel dans le cas d'une relaxe ou acquittement[62], beaucoup contestent la réalité du contradictoire en première instance, et en appellent à un élargissement des possibilités de recours[63] ainsi qu'à une réforme plus générale qui conduirait à l'introduction d'un contradictoire effectif en appel. Malgré ses attraits, cette réforme aurait néanmoins pour effet d'aggraver la lenteur du système car les recours risqueraient alors d'être utilisés comme moyen dilatoire. Ce risque n'est pas purement hypothétique : pour comprendre cette affirmation, il suffit de s'intéresser aux règles relatives à la prescription qui comptent parmi les vraies causes de la lenteur de la justice répressive italienne.

---

59 - Sur l'ampleur de la réforme, cf. A.A. Arru, Applicazione della pena su richiesta delle parti, *in* G. Spangher (dir.), *Trattato di procedura penale*, Utet, Torino, Vol. 4, 2008, p. 3 et s.

60 - Cf. notamment les Travaux de la prestigieuse Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale, *Le impugnazioni penali : evoluzione o involuzione ?*, Giuffré, Milano, 2008.

61 - Selon de nombreux auteurs, d'ailleurs, la partie du Code relative aux recours était la partie la plus intelligible pour les praticiens formés sous l'empire de l'ancien Code. Cf. M. Chiavario, "Nel nuovo regime delle impugnazioni i limiti ed i mancati equilibri di una riforma", *in Commento al nuovo codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1991, p. 3 et s.

62 - La loi n° 46 du 20 février 2006, dite loi *Pecorella*, était venue limiter la possibilité pour les parties d'interjeter appel en cas de relaxe ou acquittement. Après avoir suscité d'âpres débats en raison des raisons politiciennes qui auraient entouré son adoption, elle a été déclarée inconstitutionnelle par deux décisions de la Cour constitutionnelle (n° 26 du 6 février 2007 et n° 320 du 20 juillet 2007). Sur cette évolution, cf. M. Bargis, Impugnazioni, *in* G. Conso et V. Grevi, *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2008, p. 809 et s., spéc. p. 852 et s.

63 - Par exemple, pour l'introduction de l'appel d'une décision fondée sur une reconnaissance de culpabilité dans le cadre d'un *patteggiamento*, cf. R. M. Geraci, *L'appello contro la sentenza che applica la pena su richiesta*, Cedam, Padova, 2011.

§ 2 : Les causes de la lenteur

Au-delà du manque chronique de moyens et de locaux, trois particularités du système italien constituent des causes plus ou moins importantes de la lenteur de la justice répressive : en ordre décroissant d'importance, les règles relatives à la prescription pénale, le principe de la légalité des poursuites et la motivation. Or, ces particularités ne découlent pas directement du modèle « d'adversaires » choisi en 1988, mais des garanties constitutionnelles[64].
Dénoncée par plusieurs travaux[65], et par la commission Riccio qui a préparé un projet de réforme du Code de procédure pénale, la prescription est la première cause de la lenteur, car depuis le Code pénal de 1930, dit *Codice Rocco*, les règles de prescription sont des règles de droit substantiel[66]. En Italie, la prescription éteint donc non seulement l'action publique, mais l'infraction elle-même. La première conséquence de cette approche est qu'en principe toute condamnation doit intervenir avant que le délai ne soit acquis ; si la prescription est acquise avant toute décision définitive, l'infraction est éteinte et aucune condamnation ne sera plus possible même si la procédure a déjà été engagée[67]. Il est aisé de comprendre que dans un tel système tout acte d'enquête, tout renvoi d'audience, tout recours se transforme en un formidable moyen dilatoire et que la prescription constitue une incitation à la ... lenteur ! La deuxième conséquence de cette approche est que les délais de prescription de l'infraction sont relativement longs pour permettre aux autorités de déclencher utilement l'action publique. Avant 2005, le Code pénal prévoyait ainsi différents délais selon la gravité des infractions, allant de vingt ans pour les infractions punies d'une peine de réclusion non inférieure à vingt quatre ans à deux ans pour les contraventions punies d'une seule peine pécuniaire. Aujourd'hui, en principe, le délai de prescription est égal au maximum de la peine encourue, et en tout état de cause à six ans pour les infractions les plus graves – *delitti* – et à quatre ans pour les infractions les moins

64 - La Constitution italienne est entrée en vigueur le 1er janvier 1948. Or, comme on le verra, les principes de la motivation et de la légalité des poursuites sont inscrits dans la Constitution elle-même. S'agissant de la prescription, dont le régime est prévu dans le Code pénal, une partie de la doctrine pénaliste considère qu'elle aurait un fondement constitutionnel (L. Stortoni, Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale, *Foro it.* 1998, V, 321). Les spécialistes de la procédure pénale sont partagés. Pour certains, les garanties relatives à la rapidité de la procédure découleraient du principe du procès équitable tel qu'il est consacré à l'article 111 de la Constitution et seraient à la source d'un véritable droit subjectif. Ainsi, le système procédural devrait garantir un équilibre entre droits de la défense et efficacité de la procédure (P. Ferrua, *Il giusto processo ....*, spéc. p. 55 et s.). Pour d'autres, la durée raisonnable constituerait une garantie objective du procès équitable, mais le système procédural devrait d'abord assurer le caractère contradictoire de la procédure et les droits de la défense (E. Amodio, Riforme urgenti per il recupero della celerità processuale, *Dir. pen. proc.* 2010, 1269 et s.).

65 - Par exemple, G. Giostra, Il problema della prescrizione penale : aspetti processuali, *Giur. It.* 2005, n° 11, p. 2221 et s.

66 - Articles 157 et s. du *Codice penale*.

67 - Le *Codice di procedura penale* prévoit certes des règles complexes qui permettent de demander l'interruption des délais procéduraux en cas de force majeure (art. 172 et s.). Ces dispositions ne prévoient néanmoins pas le mécanisme de l'interruption de la prescription de l'action publique.

graves – *contravvenzioni*[68]. Allant plus loin, la commission Riccio proposait de consacrer un double système : des règles de prescription de l'infraction dans le Code pénal accompagnées du principe selon lequel il ne serait plus possible de déclarer la prescription une fois l'action publique déclenchée et de nombreuses règles imposant différents délais pour chaque phase de la procédure[69]. Malgré quelques critiques[70], cette proposition a partiellement inspiré un projet de réforme de 2009 sur le *processo breve* – procès rapide – qui tentait d'établir des délais procéduraux très rapides pour certaines infractions spécialement déterminées. Finalement, après avoir suscité de nombreuses réactions négatives et de nombreux soupçons d'instrumentalisation des réformes pour des intérêts propres à l'ancien Premier Ministre et à ses proches, il semble avoir été abandonné en octobre 2011. La question de la prescription demeure donc ouverte.

L'autre cause très importante de la lenteur de la justice répressive italienne tient au principe de la légalité des poursuites. Dans sa conception italienne, le principe constitutionnel de la légalité des poursuites – *principio dell'obbligatorietà dell'azione penale*[71]-, exclut toute marge d'appréciation du procureur par rapport à l'opportunité des poursuites, et ceci quelle que soit la nature ou la gravité de l'infraction en cause : dès lors qu'il constate qu'une infraction a été commise, le procureur doit poursuivre, la décision sur le classement, sur le non lieu ou sur le renvoi appartenant, comme on l'a vu, au juge. Bien qu'il conduise en pratique à alourdir la charge de travail des parquets, selon la majorité de la doctrine, ce principe constitue une garantie fondamentale de l'égalité des citoyens devant la loi[72] et ne devrait donc connaître aucune exception ou atténuation. Pris avec le principe constitutionnel de l'indépendance de la magistrature, il risque cependant de conduire en pratique à des choix arbitraires : sous couvert de la légalité des poursuites, les membres du parquet peuvent en effet laisser prescrire de nombreuses affaires, sans suivre aucune directive de politique pénale[73]. Ce risque est d'autant plus important qu'en principe le ministère public s'est vu attribuer le plein monopole sur l'action publique[74] : la partie civile peut certes porter son action devant les juridictions répressives

68 - Loi n° 251 du 5 décembre 2005. Sur cette loi, cf. par exemple, L. Scalfati (dir.), *Nuove norme di prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n° 251*, Cedam, Padova, 2006.

69 - G. Riccio, *Nota di accompagnamento alla bozza del disegno di legge delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale*, Juillet 2006.

70 - Par exemple, M. Chiavario, Codice di rito : la scelta tra gestire l'esistente o impegnarsi a fondo per una vera riforma, *Guida al diritto* 2007, n° 33, p. 6.

71 - Article 112 de la Constitution : *Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale.*

72 - M. Chiavario, « Obbligatorietà dell'azione penale : il principio e la realtà », *in Il pubblico ministero oggi*, Giuffré, Milano, 1994, p. 83 et s.

73 - Le lien entre les deux principes est analysé de façon très claire *in* G. Neppi Modona, "Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero", *in* G. Neppi Modona (dir.), *Stato della Costituzione*, Il Saggiatore, Milano, 1998.

74 - Article 50 du *Codice di procedura penale.*

par la voie de l'intervention, mais ne peut pas elle-même déclencher l'action publique[75].
Chargé de conduire l'enquête à charge et à décharge avec l'aide de la police judiciaire qui est mise à sa disposition[76] et soumise à son contrôle[77] et de exercer l'action publique, le ministère public est en effet composé de tous les magistrats du parquet – *procura della Repubblica* – sous la direction et le contrôle du procureur de la République - *procuratore della Repubblica*[78]. Tous les membres du parquet sont soumis aux mêmes garanties constitutionnelles d'indépendance que les membres du siège[79] au stade de l'action publique et de l'enquête[80]. Cette solution trouve ses racines dans l'histoire : par réaction au système de contrôle du ministre de la justice sur les décisions prises par le Conseil Supérieur de la Magistrature et sur les membres du parquet établi pendant le régime fasciste[81], la Constitution de 1947[82] a conçu l'autorité judiciaire comme un véritable pouvoir indépendant des pouvoirs exécutif et législatif. Pour en garantir l'indépendance, le *Consiglio Superiore della Magistratura* - CSM - n'est pas seulement le garant de l'indépendance par rapport aux décisions prises par le gouvernement, mais constitue un véritable organe d'auto-gestion[83].
Selon certains, l'appartenance au corps de la magistrature des procureurs et leur indépendance étaient justifiées tant que le ministère public avait des pouvoirs juridictionnels, mais ne serait plus acceptable depuis l'adoption du *Codice Vassalli* garant de l'impartialité et de la neutralité du juge. D'une part, ayant perdu ses pouvoirs juridictionnels, le ministère public serait devenu une partie à la procédure comme les

75 - En 2000, le législateur a néanmoins introduit une exception à ce principe pour les infractions pour lesquelles l'action publique est soumise à la condition préalable de la plainte de la victime qui relèvent de la compétence du juge de paix (art. 21, décret n° 274, du 28 août 2000)

76 - Articles 109 de la Constitution italienne et 58 du *Codice di procedura penale*.

77 - Article 59 du *Codice di procedura penale*.

78 - Il résulte des articles 104, 105 et 107 de la Constitution que les magistrats du parquet sont indépendants et bénéficient du même statut que celui prévu pour les magistrats du siège. Néanmoins, au sein d'un même ressort, le procureur général près la Cour d'appel (*Procuratore generale presso la Corte d'Appello*) a un pouvoir d'évocation ; le procureur général près la Cour de cassation (*Procuratore generale presso la Corte di cassazione*) peut saisir le Conseil Supérieur de la Magistrature (*Consiglio Superiore della Magistratura*) en cas de faute disciplinaire d'un membre du parquet ou d'un magistrat du siège.

79 - Article 107 de la Constitution.

80 - Décision de la *Corte costituzionale* n° 420 du 8 septembre 1995.

81 - Cf. C. Federico Grosso, G. Neppi Modona et L. Violante, *Giustizia penale e poteri dello Stato*, Garzanti, Milano, 2002, spéc. pp. 109 et s.

82 - Article 104 de la Constitution : *La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere*. Article 101, al. 2 : *I giudici sono soggetti soltanto alla legge*.

83 - En italien, le CSM est souvent désigné comme l'organe qui assure *l'auto-governo* de la magistrature. Par opposition au CSM français qui ne viendrait qu'exercer un contrôle sur les décisions du Ministre, le CSM italien est conçu comme l'institution qui est à l'origine de toute décision relative au statut des magistrats. Sur cette comparaison, cf. C. Guarnieri, Magistrati in Europa : indipendenza, professionalità, responsabilità. Il caso italiano, *Studi Urbinati* n° 59, 2008, p. 255 et s. La Constitution garantit l'indépendance du CSM en exigeant que les deux tiers du Conseil soient élus directement par les magistrats et que le tiers restant soit nommé par le Parlement parmi des professeurs universitaires dans les matières juridiques ou des avocats ayant au moins 15 ans d'expérience.

autres et ne devrait plus appartenir au même corps que les juges : le corporatisme découlant de l'indépendance de tous les magistrats et de leur commune appartenance à un même institution, serait en effet nécessairement défavorable à la défense. D'autre part, ayant acquis des pouvoirs d'investigation très importants, qui ne permettent pas de le placer sur un pied d'égalité par rapport aux autres parties, les membres du parquet devraient être soumis à un contrôle hiérarchique plus important[84].
Ainsi, pour limiter les effets néfastes de l'engorgement des juridictions répressives et éviter que l'action publique ne dépende du hasard, les principes de la légalité et de l'indépendance ont d'abord été exceptionnellement atténués par la loi ou par des instructions établies au sein de certains parquets. Par exemple, à l'occasion de l'introduction du juge de paix compétent en matière de petites atteintes à des intérêts purement privés, la loi a précisé que le juge pour l'enquête préliminaire – mais pas le procureur - peut classer l'affaire sans suite en raison de la moindre gravité des faits ou du dommage résultant de l'infraction[85]. Par ailleurs, des politiques pénales ont été mises en place au sein de divers parquets depuis 1990 sur le fondement de nombreux critères de priorité allant de la détention du prévenu à l'existence d'un préjudice non encore indemnisé[86]. Ces expériences ont ensuite été partiellement consacrées par une première réforme de l'ordre judiciaire de 2006-2007 qui a organisé les parquets de façon verticale en renforçant les pouvoirs hiérarchiques du chef du procureur sur ses substituts[87]. Désormais, au sein d'un même parquet, le procureur est en principe seul titulaire de l'enquête et de l'action publique et répartit les dossiers, les fonctions ou les actes entre les autres membres, il est chargé des relations avec les medias, organise le bon fonctionnement du parquet et peut prendre des directives pour garantir l'efficacité du service. De plus, il doit autoriser par écrit toute réquisition en vue d'un placement sous contrôle judiciaire, assignation à résidence ou détention provisoire : destinée à limiter le recours à ces mesures et en écarter toute instrumentalisation, cette prérogative est néanmoins apparue d'une mise en œuvre pratique relativement difficile.
Adoptées dans un contexte politique difficile, ces réformes s'insèrent toutefois dans une tendance plus générale qui vise non pas à renforcer la rapidité de la procédure, mais à remettre en cause la puissance du ministère public et, plus largement, le statut de la magistrature. En effet,

84 - C'est paradoxalement pour cette raison que les rédacteurs du *Codice Vassalli* avaient considéré nécessaire de garantir l'indépendance et l'impartialité des membres du parquet, le ministère public n'étant pas une partie comme les autres en raison de ses pouvoirs d'enquête et de son devoir d'exercer l'action publique (M. Chiavario, *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, Utet, 1990, p. 95 ; A Gaito (dir.), *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Jovene, 1991).

85 - Article 34 du décret n° 274 du 28 août 2000.

86 - Par exemple, cf. *Cass. Pen.* 1991, p. 361 et s.

87 - Cette réforme a été opérée par deux lois de 2005 (n° 150 du 25 juillet 2005) et 2006 (n° 269 du 24 octobre 2006) et par un décret n° 106 du 20 février 2006. Sur les difficultés de cette réforme et les débats qu'elle a suscités, cf. S. Staiano, I duellanti empatici : Corte costituzionale e legislatore in tema di giustizia, *Quaderni di scienze penalistiche*, 2007, n° 3, p. 31 et s.

depuis *Mani pulite*, de nombreuses affaires politico-financières ont mis en évidence la toute puissance des membres du parquet et ont alimenté la méfiance de certains hommes politiques à l'égard de l'indépendance de la magistrature. Ainsi par exemple, un projet de réforme publié en février 2009 visait à réduire le contrôle du parquet sur la police judiciaire et à renforcer celui du pouvoir exécutif sur l'enquête[88] en permettant à la police de ne pas transmettre immédiatement au procureur les informations relatives à la commission d'une infraction. Aussi, un projet de réforme constitutionnelle présenté en Conseil des ministres en mars 2011, suivant le modèle français, visait à séparer les carrières des magistrats du siège et du parquet, à établir deux Conseils de la magistrature et à soumettre les membres du parquet au contrôle du gouvernement. Aujourd'hui, il est encore trop tôt pour savoir si le nouveau gouvernement suivra ce chemin consistant à tirer prétexte de la lenteur de la justice répressive, et des difficultés liées au principe de la légalité des poursuites, pour réformer le statut de la magistrature.

Dans les débats relatifs au corporatisme et aux dysfonctionnements de la justice répressive censés justifier les réformes, une autre garantie constitutionnelle a été considérée comme l'une des causes de la lenteur. Certains praticiens ont en effet dénoncé les exigences relatives à la motivation découlant de la Constitution et, comme on l'a vu, du système des recours. Les articles 101 et 111 de la Constitution exigent d'une part que toute décision juridictionnelle soit motivée, y compris les décisions de la Cour d'assises. Cette exigence de motivation est d'ailleurs consacrée par le code qui exige que le juge expose de façon concise les motifs de fait et de droit et indique les éléments de preuve qui fondent la décision, tout en expliquant les raisons pour lesquelles d'autres éléments ne sont pas convaincants[89]. L'objectif de la motivation étant celui de démontrer, en expliquant le cheminement suivi, que les éléments à charge, évalués à la lumière des éléments à décharge, prouvent la culpabilité au delà de tout doute raisonnable. En principe, cette motivation, synthétique, devrait être rédigée immédiatement et assurer ainsi une certaine célérité quant à la décision sur les voies de recours. Le code permet néanmoins au juge de rendre sa motivation dans les 90 jours du dépôt de la décision au greffe et tolère donc des pratiques répandues qui consistent à publier la motivation après que le délai pour interjeter appel ne soit dépassé.

Ces pratiques trouvent leur source dans la logique du code, dans les pouvoirs de la Cour de cassation et dans la culture de beaucoup de magistrats. La nécessité d'une motivation approfondie, particulièrement longue et argumentée, vient d'abord de la conception « inquisitoire » de l'appel qui ne permet pas un contrôle étendu grâce à un nouveau contradictoire, mais un contrôle limité au premier jugement.

88 - En ce sens, sur les objectifs politiques de la réforme, cf. G. Neppi Modona, Nella confusione il Pm perde l'indipendenza, *Il Sole 24ore* du 27 février 2009.

89 - Article 546 du *Codice di procedura penale*.

Elle vient ensuite des pouvoirs de contrôle que s'est donnés la Cour de cassation et qui ont été consacrés à l'occasion de la réforme des recours de 2006. En effet, tout en limitant les possibilités d'appel, pour se conformer aux exigences de la convention européenne des droits de l'homme en matière de recours[90], le législateur a étendu le contrôle de la Cour de cassation sur la motivation à partir de tout acte du procès auquel renvoie la décision[91] : ainsi, la Cour peut se livrer à un examen au fond de l'affaire et se transformer en troisième instance. Quels que soient les critiques qu'elle a suscitées[92], et ses liens avec le système mis en place en 1988, cette évolution explique que la motivation et son contrôle constituent un long et véritable travail de reconstruction et de rédaction qui prend souvent beaucoup de temps. Exercice d'argumentation, la motivation est enfin un exercice de style pour de nombreux magistrats italiens habitués à écrire dans une langue savante, qui se caractérise par un haut degré de technicité et d'érudition. Selon certains, les exigences liées à la motivation et cette langue parfois artificielle seraient l'une des causes d'une certaine inefficacité de la justice répressive, lente et incompréhensible pour le justiciable, et pourraient en partie justifier la méfiance des citoyens par rapport à la justice pénale et à la magistrature[93]. Mais, si elles prêtent à une dé-légitimation constante du travail des magistrats, ces exigences ne datent cependant pas du *Codice Vassalli* et ne sont nullement liées à la suppression du juge d'instruction.

90 - Article 2 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme.

91 - Article 606 du *Codice di procedura penale* issu de la loi n° 46 de 2006 déjà citée.

92 - Par exemple, cf. M. Bargis, « Impugnazioni »..., spéc. p. 901 et s. ; *Le impugnazioni penali : evoluzione o involuzione*, Giuffré, Milano, 2008, spéc. pp. 273 et s.

93 - Par exemple, B. Tinti, Processi lenti, la colpa non é dei giudici, *La Stampa,* 18 janvier 2009, p. 27.

LA PROCEDURE PENALE ANGLAISE ET LA TRADITION ACCUSATOIRE

Stewart Field
Reader, Cardiff Law School,
Université de Cardiff, RoyaumeUni

En France, il y a maintenant un débat important sur l'avenir de la procédure pénale et sa relation avec le passé et la tradition inquisitoire. En Angleterre et au Pays de Galles, on peut aussi observer la remise en cause de certains principes directeurs de la procédure pénale anglaise puisés dans sa tradition accusatoire. Mais il n'y a pas forcément de volonté de rapprocher les deux traditions ou d'adopter certains principes de la tradition inquisitoire. Il s'agit plutôt de résoudre un certain nombre de problèmes posés par les réalités des pratiques accusatoires, l'optique politique contemporaine semblant exiger l'atténuation des caractéristiques accusatoires classiques[1]. Ses partisans sont à la recherche d'un nouvel équilibre dans la procédure pénale, et surtout d'un équilibre plus soucieux des intérêts des victimes et des témoins et de l'efficacité répressive et de l'efficience du système. Ses opposants y voient au contraire une dérive inquisitoire.

J'essaierai dans une première partie d'expliquer pourquoi certains principes accusatoires ont été remis en cause (section I) avant d'évoquer des réformes modernes (section II).

1 - Pour une comparaison systématique des réformes récentes dans la procédure pénale anglaise et française, voir R. Colson et S. Field, La transformation de la justice pénale : comparaison franco-anglaise/ *The transformation of criminal justice : comparing France with England and Wales*, Paris, L'Harmattan 2011.

Section I - La remise en cause des principes directeurs de la procédure pénale anglaise

Malgré les influences historiques mutuelles des deux traditions et même de nos deux pays, la tradition accusatoire reste un point de départ important pour nous. Je commencerai donc par une explication rapide de la conception anglaise de deux grands principes accusatoires avant d'expliquer les raisons pour lesquelles ces principes ont commencé à être remis en cause. Ces deux grands principes sont l'autonomie des parties (avec son lien important avec notre vision de la manière d'accéder à la vérité) (§ 1) et une version forte du principe d'oralité (§ 2) liée sans doute au fait que les délibérations sur la culpabilité sont presque exclusivement la compétence des citoyens (les *magistrates* ou *justices of the peace*, les jurés)[2] mais aussi au droit traditionnel de la confrontation entre parties.

§ 1 : L'autonomie des parties et l'accès à la vérité

Parce que la conception accusatoire de la justice pénale se présente comme une lutte entre deux parties égales mais partisanes, au cours de la phase préparatoire, il revient à chaque partie de rechercher les preuves qui soutiennent sa version de la vérité. On peut dire que notre tradition accusatoire a pour but la recherche de la vérité comme la tradition inquisitoire mais toujours à partir d'une version contradictoire des faits. Le postulat est que le choc des opinions (divergentes) à l'audience permet aux *magistrates,* juges et jurés, d'accéder à la vérité. Mais, au cours de la phase préparatoire, il n'y a pas de juge chargé ni de la recherche objective de la vérité, ni de la recherche des preuves à charge ou à décharge.

Toutefois, pour que l'on arrive à une version contradictoire des faits, il faut qu'il y ait une certaine égalité des armes entre les parties. Il s'ensuit que le rôle du défenseur est défini d'une manière beaucoup plus large dans la tradition accusatoire que dans la tradition inquisitoire. Cela veut dire non seulement que chaque partie dispose d'une grande autonomie au cours de l'enquête mais aussi que l'avocat de la défense devrait poursuivre une enquête indépendante, rechercher les témoins, diligenter les expertises... Mais, depuis les années 1970, une série d'erreurs judiciaires ont mis en lumière les pouvoirs d'investigation importants et accrus de la police par rapport aux moyens limités de la défense et donc une inégalité des armes manifeste dans la recherche des preuves. Le procès pénal en Angleterre a longtemps été une confrontation entre parties privées (victime et défendeur). Dans ce contexte, ce n'est pas choquant de laisser la recherche des preuves aux parties. Mais l'émergence d'une police

2 - Dans les *Magistrates Courts,* les décisions sur la culpabilité ainsi que la peine sont rendues par les citoyens juges (*Magistrates*) en bancs de trois tandis que, dans les affaires les plus graves devant les *Crown Courts,* la culpabilité se décide par douze jurés et la peine par un juge professionnel.

de l'Etat à partir des années 1830 et le développement de ses moyens pendant le 20ème siècle (par exemple l'émergence des banques de données, la surveillance électronique et un service de 140 000 agents) ont modifié la donne. La défense est financée par l'aide juridique de l'Etat qui est, dans le même temps, réticent à financer deux investigations approfondies de chaque dossier dont une enquête indépendante pour la défense (ainsi, les honoraires de l'aide juridique sont plus au moins forfaitaires en fonction des types de dossier). Et les études empiriques suggèrent que les avocats de la défense en Angleterre et au pays de Galles ne jouent pas le rôle que la tradition accusatoire leur réserve dans la recherche des preuves à décharge. Peu de cabinets pratiquent une stratégie de défense proactive et, bien souvent, le travail d'enquête (par exemple l'obtention des certificats médicaux, la recherche des témoins) est délégué au client[3]. Les chercheurs ont conclu que « dans la plupart des dossiers, avec quelques exceptions isolées, les défenseurs conduisent peu de recherches indépendantes sauf les entretiens avec les témoins potentiels que le client a fait l'effort d'identifier et de faire venir au cabinet»[4]. Donc une inégalité manifeste existe entre les parties en ce qui concerne les moyens et les pratiques d'investigation dans la recherche des preuves.

§ 2 : Le principe d'oralité

On a entendu ce matin, qu'en droit français, le principe d'oralité est l'un des grands principes directeurs de la phase d'audience. Mais la signification du principe est très différente dans la procédure pénale anglaise. La tradition accusatoire anglaise voit dans le principe plusieurs éléments absolument essentiels à notre procédure pénale. C'est le contexte public pour l'opération de la « *cross-examination* » (contre-interrogatoire) vue comme le moyen primordial de la manifestation de la vérité. Par l'intermédiaire des questions « hostiles », on éprouve les propositions du témoin et donc sa crédibilité et sa fiabilité. En plus, le principe est lié à la tradition de la confrontation, le droit de regarder son accusateur dans les yeux et de lui dire : « vous mentez ». Le principe d'oralité de la procédure pénale anglaise est donc beaucoup plus fort que son homologue français. La règle juridique qui le protège, « *the rule against hearsay* » (l'exclusion de la preuve par ouï-dire) comporte en fait deux règles voisines. Les témoins à l'audience doivent témoigner oralement (le principe d'oralité) mais ils ne peuvent que témoigner sur les faits dont ils ont une expérience directe (c'est le principe du témoignage direct)[5]. Il s'agit en outre d'une règle d'exclusion : la preuve par

3 - M.McConville et al., Standing Accused, 1994. L'étude se base sur une enquête de terrain : 198 semaines d'observation par une équipe de chercheurs, une série limitée d'entretiens formels avec les avocats qualifiés et un nombre plus important avec les avocats stagiaires.

4 - *Ibid.,* p. 155. Sauf indication contraire, toutes les traductions de l'anglais sont celles de l'auteur.

5 - J. Spencer, "*Proactive policing and the principles of immediacy and orality*" *in* S. Field and C. Pelser (eds) *Invading the Private : State accountability and the New Investigative Methods in Europe*, Ashgate Dartmouth, Aldershot, 1998.

ouï-dire est irrecevable. L'interdiction a pour effet d'obliger le témoin à être présent lors de l'audience pour être interrogé et contre-interrogé par les parties au procès. Par conséquent, en principe les preuves recueillies pendant la phase préparatoire (par exemple, les procès-verbaux des témoins) ne sont pas recevables à l'audience ; il n'y a pas de dossier officiel et les dossiers de la police n'ont aucune valeur comme preuve.

Quelles sont les difficultés posées par l'application de ce principe ? Depuis les années 1970, l'importance des discours publics sur l'insécurité montre que l'efficacité répressive est devenue un enjeu politique majeur. Cela a semblé nécessiter non seulement un traitement plus rapide et moins couteux des affaires, mais aussi que l'on donne une priorité plus importante aux intérêts des victimes et des témoins. Les conséquences sur le principe d'oralité sont lourdes.

J'ai dit que l'origine de la règle d'exclusion de la preuve par ouï-dire puise ses racines dans la logique accusatoire qui voit dans la « *cross-examination* », un moyen incontournable de manifestation de la vérité. Mais récemment, on a commencé à reconnaître un certain nombre de difficultés. Dans un premier temps, les recherches modernes en psychologie remettent en cause le lien entre « *cross-examination* » et la recherche de la vérité. Plus troublant encore, la marge de manœuvre laissée à la liberté et à l'initiative des avocats pendant l'audience risque de porter atteinte aux droits et intérêts des témoins et surtout des victimes (qui n'ont que le statut de témoins en droit anglais). Par exemple, un débat a été lancé pendant les années 1980 autour du traitement des victimes de viol ou d'agressions sexuelles. Si la défense reposait sur le consentement des victimes aux relations sexuelles, les avocats posaient des questions aux victimes pendant l'audience publique sur leur comportement sexuel habituel, sur la manière de s'habiller, etc...
En outre, l'intensification du discours social sur l'insécurité conduit à critiquer la tradition accusatoire qui exclut les preuves écrites, cette exclusion apparaissant comme inefficace dans la lutte contre la criminalité. Lorsqu'un témoin important ne comparaît pas, l'audience doit être suspendue pour le chercher. Si on ne le trouve pas, on est souvent contraint à se passer de son témoignage. Le président ne peut pas faire le résumé de ses dépositions (les procès-verbaux) car il s'agirait d'une preuve par ouï-dire. Les procès-verbaux sont en principe irrecevables. Enfin, on évoque de plus en plus le problème de l'intimidation des témoins, qui serait très efficace lorsque les procès-verbaux antérieurs ne sont pas recevables comme preuve.

Section II - Les réformes modernes et l'atténuation des caractéristiques classiques

On a déjà identifié certaines « forces créatrices de la procédure pénale » qui inspirent les réformes depuis les années 80 : la publicité des erreurs

judiciaires, la focalisation des discours politiques et médiatiques sur l'insécurité (« *Law and Order* »), et l'introduction d'une logique gestionnaire dans le champ pénal qui cherche à gérer le flux des affaires avec plus d'efficience. Ces sources sociales ont promu certaines réformes de l'audience et du droit de la preuve (§ 1) dont les grandes lignes ont été acceptées et même sollicitées par la doctrine (avec certaines réserves sur les détails). Mais l'émergence de nouveaux acteurs et nouveaux rôles dans la phase préparatoire (§ 2) a provoqué une réaction beaucoup plus mitigée et même critique.
La question s'est posée de savoir si l'on n'est pas en train de perdre quelque chose dans la tradition accusatoire (une défense active et indépendante) sans s'assurer d'une protection accrue de l'individu par les juges et les procureurs et d'une police plus professionnelle et contrôlée.

§ 1 : L'audience et le droit de la preuve

Au cours des dernières décennies, les gouvernements britanniques, animés par un programme politique sécuritaire, sont devenus préoccupés par l'exclusion des témoignages indirects, surtout dans les affaires où les témoins ne veulent pas ou ne peuvent pas, pour des raisons diverses, témoigner oralement et publiquement devant les tribunaux. Selon le gouvernement, s'il y a une raison valable pour que le témoin ne puisse pas venir à l'audience, les preuves indirectes devraient être recevables. Donc les réformes législatives importantes sont intervenues pour limiter l'interdiction de la preuve par ouï-dire. La loi sur la justice pénale « *Criminal Justice Act* » 2003 a étendu les exceptions législatives déjà existantes. Maintenant, selon l'article 116, quand un témoin n'est pas disponible pour certains motifs spécifiques, le juge peut accepter les preuves écrites produites par les témoins (comme les procès-verbaux) ou permettre à une partie tierce de témoigner sur ce qu'a dit le témoin direct. Les raisons spécifiques pour l'absence des témoins qui pourraient justifier de telles démarches sont les suivantes :

Le témoin est mort ;

Le témoin souffre d'une maladie physique ou mentale qui le rend incapable de témoigner ;

Le témoin est à l'étranger et il n'est guère pratique («*not reasonably practicable*») de le faire venir à un tribunal ;

On ne peut trouver le témoin malgré les efforts raisonnables entrepris ;

Le témoin ne donne pas de témoignage oral en raison de sa peur.

De plus, l'article 117 permet l'utilisation large des documents créés dans un contexte professionnel sans qu'ils soient déclarés irrecevables comme « *hearsay* ». Enfin, le juge peut considérer "dans l'intérêt de la justice" d'accepter des preuves qui seraient irrecevables comme « *hearsay* » dans d'autres circonstances. Ces mesures cherchent un meilleur

équilibre entre la préférence du système pour l'oralité et l'efficacité répressive et les intérêts légitimes des témoins et victimes.

Sensible aux critiques selon lesquelles les pratiques accusatoires pourraient engendrer à l'audience un deuxième affront pour la victime et un traumatisme pour de nombreux témoins, le gouvernement a aussi introduit un éventail de mesures et de procédures spéciales pour protéger les témoins vulnérables, intimidés et mineurs (« *Criminal Evidence Act 1999* », mis en œuvre en 2002). Par exemple, on peut filmer l'interrogatoire principal (*evidence in chief*) du témoin, c'est-à-dire le récit des évènements qu'il donne en réponse à des questions qui lui sont posées par l'avocat (*barrister*) qui a appelé le témoin (article 27). L'enregistrement a lieu avant l'audience mais le témoin doit être présent à l'audience pour le contre-interrogatoire. On peut aussi retransmettre les témoignages par vidéo en direct. Le témoin n'est pas dans la salle d'audience, mais il peut voir et être vu par les personnes dans la salle (article 24). Il est possible dedisposer les écrans de telle manière que l'accusé ne voie pas le témoin (article 23). On peut filmer l'audience en excluant toute personne de la salle hormis l'accusé, les avocats, le jury et le juge, le personnel du tribunal et un seul membre de la presse (article 25). Enfin, les *barristers* peuvent enlever les robes et perruques (article 26).

Encore une fois, ces mesures visent à trouver un meilleur équilibre entre la préférence du système pour la preuve orale (et le contre-interrogatoire) et la protection des témoins à l'égard de pressions excessives. A l'instar des aménagements de la règle de l'exclusion de la preuve par ouï-dire, quelques détails des nouvelles pratiques suscitent des critiques mais le principe est maintenant bien établi.
Par ailleurs, l'équilibre entre les intérêts légitimes des témoins (dont les victimes) et ceux des accusés a été plus difficile à trouver. La même loi de 1999[6] a interdit les questions sur le comportement sexuel de la victime au cours de sa vie passée lors du contre-interrogatoire de celle-ci (article 41) dans les affaires de viol et atteintes sexuelles. Cette loi était censée s'appliquer même aux relations sexuelles précédentes avec l'accusé. Mais un arrêt important de la House of Lords (R v A n° 2 de 2001), citant l'article 6 de la CEDH, a réalisé une interprétation très restrictive de cette disposition de la loi de 1999. La House of Lords a soumis l'article 41 au pouvoir discrétionnaire des juges qui peuvent maintenant permettre de telles questions si elles sont considéré nécessaires pour éviter une violation du droit au procès équitable selon l'article 6[7]. La House of Lords a aussi déclaré contraire à l'article 6(3)d, les pratiques des tribunaux inférieurs qui acceptaient trop facilement que certains témoins de l'accusation gardent l'anonymat et donc exigeaient que la défense pose les questions lors de la « *cross-examination* » au témoin

6 - Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999, s. 41.

7 - R v A (No 2) [2001] 2 Cr App R 351.

sans connaître son identité. Le gouvernement a dû promulguer rapidement une loi qui énonce plus clairement les circonstances dans lesquelles l'anonymat des témoins est acceptable avec des critères basés sur la jurisprudence à Strasbourg[8].

§ 2 : Nouveaux acteurs, nouveaux rôles dans la phase préparatoire

On a constaté, dans la première partie, l'importance pour le fonctionnement du système d'une égalité d'armes juridiques entre la défense et l'accusation. Par conséquent, l'inégalité manifeste entre la police et la défense en ce qui concerne les moyens d'investigation disponibles et les pratiques de la recherche des preuves pose un problème structurel majeur. Toutefois, les gouvernements n'ont pas la volonté politique de financer réellement deux investigations pour chaque affaire. Au contraire, ces dernières années, la tendance a été à la réduction considérable des coûts de l'aide juridique. Dès lors, la recherche d'un nouvel équilibre lors de la mise en état de l'affaire s'avère beaucoup plus difficile que les réformes de l'audience. Malgré tout, le rôle des juges dans le contrôle des enquêtes policières et des procureurs ainsi que celui des juges dans la mise en état du « dossier » ont évolué. Ces évolutions ont une relation variable et ambiguë avec les traditions accusatoires et inquisitoires dans la procédure pénale.

On peut concevoir deux manières de contrôler l'enquête policière par les juges ou les magistrats afin de garantir son impartialité et la fiabilité des preuves obtenues. Selon un premier modèle, l'enquête est contrôlée, au fur et à mesure de son déroulement, par les procureurs-magistrats ou les juges d'instruction. Selon le deuxième modèle, l'enquête est encadrée par des règles de procédure dont le respect est sanctionné *a posteriori* par les tribunaux à l'audience par l'exclusion des preuves. Tout système se sert des deux méthodes mais l'accent est mis sur le deuxième modèle dans la procédure pénale anglaise. Il y a ni juge d'instruction ni pouvoir de contrôle exercé par les procureurs sur le travail des policiers. C'est la deuxième méthode qui nous a permis de changer profondément les pratiques policières, surtout dans les commissariats pendant les années 80 et 90. En Angleterre, le *Police and Criminal Evidence Act 1984* (ci-après PACE) a renforcé le droit d'accès à un défenseur en cas de détention au commissariat, avec un droit à la présence de l'avocat durant les interrogatoires, et l'exigence que tout interrogatoire soit enregistré par magnétophone. Cinq Codes de Pratique détaillés ont été publiés en même temps pour fournir des modèles de bonne pratique relatifs à certains aspects importants des investigations policières, dont la garde à vue, les interrogatoires et l'enregistrement de ceux-ci.
Lors de la promulgation de la loi PACE, certains auteurs ont porté un

8 - Coroners and Justice Act 2009, ss 86-97.

regard cynique sur ses effets prévisibles. On pensait que la jurisprudence adopterait une interprétation restrictive de ces dispositions afin de ne pas déclarer irrecevables les preuves pertinentes. Toutefois, dans l'intervalle des années 1970 et 1980, d'autres erreurs judiciaires ont été commises. Ces erreurs judiciaires, et la publicité dont elles ont fait l'objet, semblent avoir conduit à un changement d'attitude parmi les juges quant aux preuves obtenues de manière douteuse. Une jurisprudence s'est développée selon laquelle les juges, en se fondant sur l'article 78 de PACE, écartent les preuves obtenues en violation des règles légales ou des Codes de Pratique. L'article 78 n'impose pourtant pas au tribunal l'obligation d'écarter une preuve, mais lui accorde seulement le pouvoir discrétionnaire de le faire. Néanmoins, si la violation des règles est "significative et substantielle" (arrêt Keenan 1990)[9], la tendance judiciaire est de déclarer les preuves obtenues irrecevables. La conséquence est l'émergence d'un contrôle *a posteriori*, lors de l'audience de jugement, de la garde à vue et surtout des interrogatoires.

Cette méthode d'exclusion des preuves pour garantir la fiabilité de celles-ci est usuelle dans les droits nationaux de tradition accusatoire. On peut voir PACE comme une réponse traditionnelle aux inégalités des armes manifestes dans le commissariat. Mais au-delà de ces évolutions dans l'axe traditionnel accusatoire, on peut identifier l'émergence de nouveaux rôles organiques qui pourrait signaler une modération de certaines tendances accusatoires de notre système. Non seulement le *Crown Prosecution Service* est devenu un acteur majeur de la phase préparatoire mais les juges se sont vus attribuer un nouveau rôle avant l'audience.
Le *Crown Prosecution Service* (ci-après CPS) fut établi par le *Prosecution of Offences Act 1985*. Mais au début, les *crown prosecutors* n'avaient pas les moyens ni juridiques, ni matériel pour exercer un vrai contrôle de la qualité de l'enquête policière. Dotés d'un statut de simple fonctionnaire, sans monopole en matière de poursuite publique[10], et surtout dépourvus d'autorité hiérarchique sur l'activité des enquêteurs, les *crown prosecutors* se sont trouvés au début en position de faiblesse institutionnelle par rapport à la police. Dépendant de l'information fournie par la police (normalement seulement après la conclusion de l'enquête), sans le pouvoir d'exiger les actes d'investigations supplémentaires, les *crown prosecutors* n'avaient rien à voir avec les pouvoirs de contrôle (au moins théoriques) du parquet français. Les dysfonctionnements largement médiatisés[11] ont démontré l'incapacité du CPS à garantir l'intégrité des enquêtes. Finalement, la loi *Criminal*

9 - " *Significant and substantial* " : R v Keenan [1990] 2 QB 54.

10 - Outre le fait qu'un certain nombre d'organes spécialisés (*Serious Fraud Office*, *Customs and Excise*) disposent du droit de poursuivre des infractions spécifiques, le droit existe pour tout citoyen de saisir directement une juridiction pénale (*private prosecution, Prosecution of Offence Act1985*, s.6).

11 - Notamment l'affaire Damilola Taylor qui a mis en lumière les risques attachés à l'absence de supervision de l'enquête policière par le CPS. Pour un aperçu rapide de cette procédure, v. BBC, *At a glance : Damilola CPS report*, [En ligne], http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk/2558777.stm (consulté le 25 septembre 2009).

Justice Act 2003 a étendu de manière significative les compétences du CPS. Les *crown prosecutors* se sont vus confier le pouvoir de déterminer les chefs d'inculpation en lieu et place des officiers de police. Même si le procureur n'a pas le pouvoir de diriger la police, la loi change ses relations avec elle, exigeant de fait une coopération plus proche entre les deux et modifie en partie les relations de pouvoir entre eux. Maintenant les *crown prosecutors* sont en permanence disponibles par téléphone 24 heures sur 24 et certains travaillent même au sein des commissariats. En outre, ils disposent maintenant du pouvoir d'interroger les témoins lors de l'enquête[12]. On note aussi, sur le plan institutionnel, davantage de confiance professionnelle dans le *Crown Prosecution* avec, par exemple, plus de volonté chez les procureurs de participer à la construction de la politique pénale locale.

On reste loin de la situation française avec son procureur formé et recruté comme magistrat et les pouvoirs de direction et contrôle des articles 12 et 41. Mais on peut noter quand même une atténuation des tendances divergentes des deux côtés de la Manche. Il est peu probable que l'on va en rester là.

Mais ce n'est pas seulement le procureur qui est devenu un nouvel acteur majeur de la phase préparatoire, c'est aussi le juge. *Criminal Procedure Rules* 2005 a posé pour la première fois les objectifs de la procédure pénale, dont « le traitement des infractions avec efficacité et célérité » (*dealing with the case efficiently and expeditiously*)[13]. Encore une fois, on voit l'influence de la recherche de l'efficience dans le champ pénal sur les pratiques traditionnelles : on veut moins d'audiences, mais aussi des audiences plus rapides, qui contiennent la résolution de davantage de questions judiciaires dans la mise en état de l'affaire (questions sur la définition des infractions ainsi que sur le droit de la preuve et de la procédure). Des conséquences importantes s'ensuivent pour les juges. Il en est résulté une nouvelle obligation juridique d'*'active case management'*, c'est-à-dire une obligation de gérer activement la préparation du dossier avant l'audience. Ces réformes apportent donc une nuance significative à la tradition accusatoire anglaise où le rôle du juge est traditionnellement passif dans une phase préparatoire laissée à l'initiative des parties. Est-on en train d'assister à la naissance, peut être difficile, d'un juge de la mise en état en droit pénal anglais ? Ici, comme ailleurs, on est maintenant loin des conceptions traditionnelles de l'accusatoire sans vraiment adopter un nouveau modèle de procédure. Comme en France, l'enjeu est de trouver un meilleur équilibre dans la procédure pénale qui concilie une recherche plus efficace de la vérité avec un respect accru des intérêts légitimes des individus touchés par l'affaire (surtout leurs droits de participation). Mais comme en France, il faut le faire dans un contexte politique contemporain

12 - P. Roberts, C. Saunders, « Introducing Pre-Trial Witness Interviews : a Flexible New Fixture in the Crown Prosecutor's Toolkit », *Criminal Law Review*, 2008, p. 831.

13 - Criminal Procedure Rules, Overriding objective 1.1.e.

qui souligne surtout la recherche de l'efficacité et des économies. Concilier ces exigences diverses ne sera pas facile et pourrait même s'avérer impossible. Mais il semble évident que les tendances classiques de la tradition accusatoire continueront de s'atténuer dans les années qui viennent.

LA PROCÉDURE PÉNALE CANADIENNE : ÉTUDE D'UN SYSTÈME ACCUSATOIRE À TRAVERS LE RÔLE ET LE STATUT DE SES INTERVENANTS DANS LE PROCESSUS PÉNAL

Pierre Béliveau
Juge à la Cour supérieure du Québec,
Professeur associé à la faculté de droit de l'Université de Montréal,
Professeur à la faculté de droit de l'Université de Montréal (1971-1994),
Membre du Barreau du Québec (1970-1994).

[1] On ne saurait, dans le cadre d'un colloque sur les procédures accusatoires, exposer en détail les mécanismes du système accusatoire canadien[1]. Le temps imparti impose des choix. Aussi, il nous a semblé utile d'exposer le statut et le rôle des divers intervenants dans le système accusatoire canadien. Cela permet de comprendre l'équilibre des forces entre les parties en présence, lequel est fort différent de celui qui prévaut dans le droit français.

[2] D'entrée de jeu, il faut mentionner un des principaux pièges que renferme l'étude du droit comparé, celui du sens des mots. Ainsi, il n'aurait pas été exact, dans le cadre d'un exposé portant sur le droit canadien, de parler des «intervenants dans le *procès* pénal», car ce terme ne vise que ce que les Français désignent comme la phase décisoire du procès pénal. D'où le titre choisi en l'espèce, qui réfère au «processus pénal».

[3] Cela étant, la phase préparatoire du processus pénal comporte deux étapes en droit canadien, celle de l'enquête, qui est faite par la police et

1 - Le lecteur intéressé à en connaître davantage pourra consulter l'ouvrage du soussigné et du professeur Jean Pradel intitulé *La justice pénale dans les droits canadien et français : étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*, Yvon Blais et Bruylant, Montréal, 2007.

précède la saisine du tribunal, et celle qui est judiciaire. La première peut être courte, comme en cas de flagrance, mais elle peut également durer des années. La seconde dure généralement quelques mois; elle est nettement plus brève que la phase décisoire, tout au moins lorsque cette dernière ne se conclut pas par un plaidoyer de culpabilité.

[4] On constate donc que d'un point de vue conceptuel, le processus pénal canadien est plutôt divisé entre une phase préjudiciaire et une phase judiciaire. C'est la division que nous avons retenue en l'espèce.

CHAPITRE I - LES INTERVENANTS DURANT LA PHASE PRÉJUDICIAIRE

[5] Deux intervenants participent, ou sont susceptibles de participer, à la phase préjudiciaire du processus pénal canadien, soit la victime et la police. Nous traiterons successivement du rôle de chacune d'entre elles.

Section I - la victime : un rôle limité et des pouvoirs d'intervention ponctuels

[6] Une des caractéristiques qui distinguent généralement les systèmes accusatoires des systèmes inquisitoires est que la victime n'est pas partie au processus pénal. Même si cette dernière a souvent un rôle important à jouer dans l'institution de la poursuite pénale, elle n'agit pas comme poursuivante, contrairement à une croyance trop souvent répandue. Il n'y a donc que deux parties au débat judiciaire, le ministère public et l'accusé.

[7] Cela étant, le statut de la victime dans le droit pénal canadien a attiré l'attention des intervenants au début des années 1980, alors qu'il était fort critiqué, notamment par la criminologie québécoise[2]. Dans les faits, ce rôle a longtemps été réduit à sa plus simple expression, soit celui de témoin principal de la poursuite, encore que la poursuite n'a même pas l'obligation de la faire entendre[3]. Aussi, même aujourd'hui, plusieurs estiment que ce rôle demeure trop limité, bien que certaines innovations, surtout dans le domaine de l'aide et du support moral aux victimes, aient été mises en place par les législateurs fédéral et québécois, de même que par les organisations communautaires.

2 - Micheline BARIL, *L'envers du crime*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1983; GROUPE D'ÉTUDE FÉDÉRAL-PROVINCIAL CANADIEN SUR LA JUSTICE POUR LES VICTIMES D'ACTES CRIMINELS, *Rapport*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1983.

3 - *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, 1136-1138.

[8] Le seul rôle que peut véritablement jouer la victime comme intervenant dans le processus pénal se situe au moment de l'institution de l'action pénale. Elle n'aura par la suite que des pouvoirs d'intervention très limités, surtout au moment du prononcé de la peine. Aussi, il nous est apparu logique de traiter de son statut dans la première partie de notre étude, qui porte sur la phase préjudiciaire. Cela étant, nous avons divisé l'exposé en deux parties, soit le rôle de la victime dans l'institution des procédures et ses prérogatives durant le processus sentenciel.

§ 1 : Un rôle souvent déterminant dans la décision d'intenter une poursuite pénale

[9] L'article 504 du *Code criminel*[4] prévoit que *quiconque* croit, pour des motifs raisonnables, qu'une personne a commis un acte criminel, peut faire une dénonciation devant un juge de paix. Cela a pour effet d'initier la phase judiciaire de la procédure. Dans le cas des crimes sans victime, c'est en pratique un membre de la force policière qui agit comme dénonciateur. Généralement, un policier spécialisé, appelé agent de liaison, se chargera de déposer toutes les dénonciations pour ses collègues.

[10] Dans le cas des crimes avec victime, cette dernière se porte parfois dénonciatrice. Mais, dans la très grande majorité des cas, elle communique avec le service de police qui se chargera ensuite de faire l'enquête et de déposer la dénonciation. Cela étant, même si la victime se porte dénonciatrice, l'article 2 du Code prévoit que le procureur général ou son substitut agit comme poursuivant à moins qu'il décide de ne pas intervenir au dossier[5]. Cette dernière hypothèse ne se produit jamais d'un point de vue pratique.

[11] La victime demeure donc en marge des procédures et n'est pas «partie» au procès. Elle n'y est pas représentée par avocat et les tribunaux ont déjà rappelé qu'il ne relevait pas du rôle du ministère public de prendre partie pour elle[6]. La seule exception demeure le cas où la défense présente une requête pour divulgation d'un dossier privé du plaignant dans le cas d'une accusation reprochant une infraction de nature sexuelle. Le paragraphe 278.4(2) lui reconnaît alors le droit de faire des représentations devant le tribunal.

---

4 - Il n'y a pas de *Code de procédure criminelle* au Canada. La procédure applicable est prévue dans les parties XIV à XXVIII du *Code criminel*.

5 - Voir la définition, à l'article 2 du Code, du terme «poursuivant» et de l'expression «procureur général».

6 - *R. c. J.(G.P.),* (2001) 151 C.C.C. (3d) 382, par. 53-55 (C.A.M.); *R. c. S.(F.),* (2000) 144 C.C.C. (3d) 466, par. 14 (C.A.O.).

§ 2 : La prise en compte de son point de vue dans l'imposition de la peine

[12] Le Code a prévu certaines dispositions concernant la victime au moment des procédures relatives à l'imposition de la peine suite à une déclaration de culpabilité, mais tout en l'excluant en tant que partie. D'une part, les intérêts de celle-ci doivent être pris en compte quant au choix de la peine à imposer. D'autre part, elle peut déposer une déclaration relative au préjudice qu'elle a subi.

A. Le dédommagement

[13] L'alinéa 718*e*) du *Code criminel* prévoit qu'assurer la réparation à la victime est un objectif de la peine. Le dédommagement peut être ordonné de deux manières, soit comme condition d'une ordonnance de probation imposée lors d'un sursis de sentence[7] ou dans le cadre d'une peine d'emprisonnement avec sursis[8], ou comme ordonnance *sui generis* en vertu des articles 738 et 740 du Code.

[14] À cet égard, l'article 740 a nettement indiqué l'importance prioritaire de cette mesure lorsque les circonstances le permettent. En effet, on y prévoit que le juge doit favoriser le dédommagement de la victime avant la confiscation ou le paiement de l'amende.

[15] Cela étant, la victime ne devient pas pour autant partie au processus. En effet, elle ne peut même pas demander l'émission de l'ordonnance de dédommagement qu'un juge peut lui accorder en vertu de l'article 738 du *Code criminel*[9]. Il appartient à ce dernier de la prononcer d'office ou au ministère public de présenter une requête à cet effet[10].

[16] En fait, la Cour suprême a indiqué à deux reprises que l'indemnisation ordonnée par le juge présidant un procès criminel est considérée comme «un aspect essentiel de la détermination de la peine»[11]. Il ne s'agit donc pas d'une ordonnance de nature civile, bien qu'elle ait un tel effet dans la mesure où son bénéficiaire peut la faire homologuer par le tribunal civil afin de la faire valoir comme jugement[12].

---

7 - Art. 732.1(3)*h*) et 742.3(2)*f*) C.cr. Toutefois, le paragraphe 738(2) prévoit qu'une province peut, par règlement, interdire une telle mesure.

8 - Le sursis de sentence, qui est assimilé à une peine en droit canadien (art. 673 C.cr.), est une ordonnance en vertu de laquelle l'accusé est astreint à des conditions pendant une certaine période de temps [art. 731(1)*a*) C.cr.]. Si le contrevenant manque à ses conditions, le juge peut révoquer l'ordonnance et imposer la peine dont l'accusé était passible [art. 732.2(5)*d*) C.cr.]. La peine d'emprisonnement avec sursis est une peine de détention inférieure à deux ans, dont la durée est fixée par le juge mais qui doit être purgée dans la communauté (art. 742.1 C.cr.). Si l'accusé contrevient à une des conditions prévues dans l'ordonnance, le juge peut révoquer le sursis et ordonner que le reliquat de la peine soit purgé en détention [art. 742.6(9)*d*) C.cr.].

9 - *R. c. Levy*, (2004) 184 C.C.C. (3d) 427, par. 23 (C.S.J.O.).

10 - Art. 738(1) *in limine* C.cr.

11 - *R. c. Fitzgibbon*, [1990] 1 R.C.S. 1005, 1013, b; *R. c. Zelenski*, [1978] 2 R.C.S. 940.

12 - Art. 741(1) C.cr.

[17] Cette conception de l'ordonnance d'indemnisation a plusieurs conséquences. Ainsi, elle ne porte aucunement atteinte au recours civil fondé sur l'acte délictueux[13]. Il n'y a donc pas autorité de la chose jugée entre les décisions rendues par l'une et l'autre juridictions, de sorte que l'ordonnance émise en vertu de l'article 738 n'empêche pas le recours civil[14] et vice-versa[15]. De même, le dommage subi doit être facilement déterminé[16]. En effet, il ne doit pas exister, quant au quantum des dommages, de controverse qu'on ne puisse trancher de manière expéditive[17]. La cour criminelle ne possédant pas de compétence pour évaluer les dommages, elle doit, en cas de contestation sérieuse, s'en remettre aux tribunaux de juridiction civile[18].

[18] Enfin, la capacité de payer du délinquant est un facteur pertinent dans l'octroi d'une ordonnance de dédommagement. Il en résulte qu'on on ne doit pas en rendre une si le montant ou la durée de l'emprisonnement imposé est tel que l'accusé ne pourra jamais y faire face, mettant ainsi en péril l'objectif de la réhabilitation. Le tribunal peut également rendre une ordonnance pour un montant moindre que celui de la perte encourue, notamment s'il y a eu plus qu'un participant à l'infraction et que l'obligation de rembourser le plein montant serait inéquitable pour l'accusé[19].

B. La déclaration de la victime

[19] Le *Code criminel* a mis sur pied un mécanisme pour permettre à la victime de faire connaître son point de vue sur la peine à être imposée, quoique d'une manière très limitée. En effet, le paragraphe 722(1) du *Code criminel* prévoit ce qui suit :

> *Pour déterminer la peine à infliger ou pour décider si un délinquant devrait être absous en vertu de l'article 730, le tribunal prend en considération la déclaration de la victime, rédigée en conformité avec le paragraphe (2), sur les dommages – corporels ou autres – ou les pertes causées à celle-ci par la perpétration de l'infraction.*

13 - Art. 741.2 C.Cr.

14 - *London Life Insurance c. Zavitz,* (1992) 12 C.R. (4th) 267 (C.A.C.-B.).

15 - *R. c. Boutin,* J.E. 94-1942 (C.A.). Dans l'arrêt *R. c. Verville,* (2000) 140 C.C.C. (3d) 293 (C.A.Q.), on a réitéré la règle dans un cas où le montant de l'indemnité aurait été disproportionné.

16 - Art. 738(1)*a*) *in fine*, 738(1)*b*) *in fine* et 738(1)*c*) *in fine* C.cr. Cela est conforme au principe formulé dans l'arrêt *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940.

17 - *R. c. Semeniuk* (2004), 184 C.C.C. (3d) 571, par. 10-11 (C.A.C.-B.); *R. c. Ghislieri*, (1981) 56 C.C.C. (2d) 4 (C.A.A.).

18 - *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940.

19 - *R. c. Bendwell*, EYB 2009-152595, 2009 QCCA 12, par. 17; *R. c. Taylor* (2004), 180 C.C.C. (3d) 495, par. 9 (C.A.O.). Dans l'arrêt *R. c. Johnson* (2011), 265 C.C.C. (3d) 443, la Cour d'appel de l'Alberta a toutefois indiqué que dans un cas de fraude ou d'abus de confiance, le droit de la victime à une compensation est primordial (par. 29).

[20] Les formalités auxquelles fait référence ce passage consistent simplement en un formulaire à remplir. La victime y inscrit toutes les informations pertinentes concernant l'événement et l'impact de ce dernier sur sa santé tant physique que psychologique.

[21] Il est à noter que la disposition définit strictement la notion de victime, la limitant à la victime directe d'un délit criminel ou son représentant. Au sens du Code, la victime est, bien entendu, la personne qui a subi les dommages, matériels, corporels ou moraux, résultant de l'infraction[20]. Si la victime directe décède ou est autrement incapable de faire la déclaration écrite, le Code prévoit qu'un parent, un conjoint, un gardien de droit ou de fait, une personne responsable de l'entretien et des soins de la victime ou une personne à sa charge peut soumettre à la cour la déclaration[21]. Cela ne saurait toutefois pas permettre à tous les parents, amis et connaissances du défunt de soumettre leur propre déclaration. Le nombre ne doit pas dépasser ce qui est utile au juge pour imposer la sentence[22]. Ainsi, un témoin d'un acte criminel, même s'il peut en conséquence souffrir de troubles psychologiques, n'est pas une victime autorisée à produire une déclaration[23].

[22] Le paragraphe 722(2.1) du Code prévoit le dépôt de la déclaration mais la victime peut la lire devant le tribunal ou en faire la présentation que le juge estime opportune. Toutefois, cette disposition ne permet pas à cette dernière de venir témoigner devant la cour, surtout si cela survient après les représentations des parties[24]. La Cour d'appel de l'Ontario a décidé que la procédure de rédaction de la déclaration prévue au Code est impérative, ce qui permet à la poursuite d'en contrôler le contenu, et qu'à défaut, la victime peut être forclose de s'adresser au tribunal[25].

[23] Dans l'affaire *Gabriel,* le juge Hill a indiqué que la déclaration de la victime vise quatre objectifs, soit (1) renseigner le juge sur la gravité de l'infraction, étant entendu que la responsabilité de mettre en preuve les faits constitutifs de l'infraction appartient à la poursuite, (2) permettre de déterminer la juste réparation, (3) assurer la légitimité du processus pénal aux yeux de la victime et (4) permettre l'individualisation de la peine en informant le juge des conséquences exactes du crime[26]. Toutefois, le processus sentenciel vise à servir l'intérêt public et non

20 - Art. 722(4)*a*) C.cr.

21 - Art. 722(4)*b*) C.cr.

22 - *R. c. Gabriel,* (1999) 137 C.C.C. (3d) 1, 18-19 (C.S.J.O.).

23 - Art. 722(4) C.cr.; *R. c. Curtis*, (1992) 69 C.C.C. (3d) 385 (C.A.N.-B.).

24 - Dans l'arrêt *R. c. Cook* (2010), 250 C.C.C. (3d) 248, 2009 QCCA 2423, par. 21, 60, 65., la Cour d'appel du Québec a conclu que le seul témoignage assermenté de la victime sur les conséquences du crime, au moment de la détermination de la peine, était une déclaration dont le juge devait tenir compte.

25 - *R. c. Jackson*, (2002) 163 C.C.C. (3d) 451, par. 49-50, 54-55 (C.A.O.).

26 - *R. c. Gabriel,* (1999) 137 C.C.C. (3d) 1, 11-15, 20 (C.S.J.O.).

privé, et encore moins à permettre d'assouvir la vengeance de la victime. Aussi, la déclaration de cette dernière ne doit pas constituer une critique de l'accusé ni contenir de recommandation quant à la sentence à imposer, sauf pour appuyer une recommandation de clémence de la poursuite susceptible d'apparaître surprenante. Le tribunal ne doit pas tenir compte des renseignements qui vont au-delà de ces objectifs[27].

Section II - la police : un organisme d'enquête indépendant sans pouvoir judiciaire

[24] La distinction fondamentale entre les régimes inquisitoires et accusatoires est évidemment l'absence d'instruction judiciaire dans ce dernier cas. Mais quoi qu'il en soit, il doit, dans tout système de justice pénale, y avoir une enquête qui est faite lorsqu'un crime est commis. Au Canada, comme c'est normalement le cas dans les divers régimes accusatoires, cette enquête est faite par la police. Cela étant, le rôle de cette dernière se termine normalement lorsqu'elle porte l'accusation et que le ministère public prend le relais.

[25] Dans le cadre de notre étude, il y a lieu de s'arrêter sur deux points. D'une part, il faut examiner le statut de la police en droit canadien, pour souligner son indépendance du ministère public et du juge. D'autre part, on doit mentionner que même si on dit souvent, dans les congrès de droit comparé, que l'«instruction» se fait par la police, il est évident qu'il s'agit là d'une simplification car la police canadienne n'a pas de pouvoir judiciaire. Comme on pourra le constater, elle a peu de pouvoir propre, quoiqu'elle puisse s'adresser au pouvoir judiciaire pour être autorisée à poser certains actes. Mais encore là, il faut bien comprendre qu'elle n'agit pas alors à la demande du juge; elle ne fait que lui demander une autorisation.

§ 1 : Des services décentralisés et indépendants à l'égard du juge et du ministère public

[26] Au Canada, tous les niveaux de gouvernement peuvent créer leur corps de police chargé de l'application des lois. Nous retrouvons donc sur le territoire canadien plusieurs services de police qui oeuvrent chacun dans leur ressort respectif : la Gendarmerie royale du Canada, les services de police provinciaux et les services de police municipaux.

---

27 - *R. c. Revet* (2010), 256 C.C.C. (3d) 159, par. 8, 56-58 (C.A.S.); *R. c. Penny* (2010), 257 C.C.C. (3d) 372, par. 29-32 (C.A.C.-B.). Voir aussi *R. c. Cook* (2010), 250 C.C.C. (3d) 248, par. 65; *R. c. McDonough* (2006), 209 C.C.C. (3d) 547, par. 27-30 (C.S.J.O.). Dans l'arrêt *R. c. Bremner,* (2000) 146 C.C.C. (3d) 59 (C.A.C.-B.), on a confirmé le principe que la victime ne doit pas prendre position quant à la sentence sauf pour appuyer une demande de clémence de nature surprenante (par. 26-27). De même, dans l'arrêt *R. c. Jackson,* (2002) 163 C.C.C. (3d) 451, la Cour d'appel de l'Ontario a indiqué que la victime ne saurait traiter de l'incidence et des causes de la criminalité (par. 51).

[27] La Gendarmerie royale du Canada, ci-après la G.R.C., est un corps de police mis sur pied par le gouvernement fédéral. Bien que ses membres soient des agents de la paix qui peuvent veiller à l'application de toutes les lois, il y a néanmoins des ententes administratives entre les divers paliers de gouvernement qui ont pour effet de limiter leur tâche dans certaines provinces ou municipalités. Ainsi, la G.RC. prévient et décèle à travers tout le Canada les infractions aux lois fédérales autres que le *Code criminel*. Quant aux autres lois, elle place ses effectifs à la disposition des provinces et municipalités qui n'ont pas de corps de police et elles contractent avec elles pour leur application sur leur territoire respectif [28].

[28] Cela étant, trois provinces, soit le Québec, l'Ontario et Terre-Neuve, ont mis sur pied un service de police. Au Québec, cet organisme est désigné comme la Sûreté du Québec, ci-après la S.Q. Bien que ses membres soient agents de la paix à tous égards, ils se concentrent davantage sur l'application du *Code criminel*, des lois provinciales et des règlements municipaux à travers la province. Un peu comme le fait la G.R.C. dans les autres provinces, la S.Q. offre ses services aux diverses municipalités. Ces dernières doivent en principe avoir un corps de police si elles comptent plus de 50 000 habitants, sous réserve du fait qu'elles peuvent conclure une entente de service avec la S.Q. La *Loi sur la police* prévoit alors le partage des responsabilités entre ces deux corps de police, selon l'importance de la population de la municipalité[29].

[29] La G.R.C. agit sous l'autorité du solliciteur général du Canada[30], alors que la S.Q. est sous celle du ministre de la Sécurité publique[31]. Bien que ces personnes soient membres de leur gouvernement respectif, leur rôle se limite à être le porte-parole du corps de police devant les instances législatives et à discuter de ses grandes orientations. Quant au reste, la *Loi sur la Gendarmerie Royale du Canada* prévoit que ce corps de police est sous l'autorité du commissaire «qui, sous la direction du ministre, a pleine autorité sur la Gendarmerie et tout ce qui s'y rapporte»[32], alors que «[l]a Sûreté du Québec est administrée et commandée par un directeur général»[33]. Le pouvoir politique ne peut donc s'ingérer dans les opérations quotidiennes, notamment dans les enquêtes.

[30] Dans le cas des corps de police municipale, la Loi prévoit qu'ils sont «sous la direction et le commandement d'un directeur». Cela étant, elle précise explicitement que «[l]e directeur général d'une municipalité n'a aucune autorité sur les enquêtes policières»[34].

---

28 - *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), c. R-10, art. 20.

29 - *Loi sur la police*, L.Q., c. P-13, art. 70-72.

30 - *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), c. R-10, art. 5(1).

31 - *Loi sur la police*, L.Q., c. P-13, art. 50.

32 - *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), c. R-10, art. 5(1).

33 - *Loi sur la police*, L.Q., c. P-13, art. 55.

34 - *Loi sur la police*, L.Q., c. P-13, art. 83.

[31] Sur le plan pratique, la conduite de l'enquête policière et la décision de déposer une dénonciation, c'est-à-dire d'intenter une poursuite, relève donc exclusivement de la police[35]. C'est là sa fonction essentielle dans le système accusatoire. D'ailleurs, dans l'arrêt *Regan*, la Cour suprême rappelait que «les fonctions policières d'enquête et de dépôt des accusations doivent demeurer distinctes et indépendantes du rôle de poursuivant du ministère public», qualifiant cette séparation de nécessaire. Le cas échéant, il appartiendra à ce dernier de prendre le relais et de conduire la poursuite[36].

[32] Dans l'arrêt *Beaudry*, la Cour suprême a reconnu que l'exercice de ces pouvoirs par les policiers est discrétionnaire, ce qui constitue « un élément essentiel tant de notre système de justice pénale que de la fonction d'agent de police ». Cela étant, cette discrétion n'est pas absolue. Son exercice doit se justifier, à la fois subjectivement et objectivement. En effet, l'agent de la paix doit agir d'une manière honnête et transparente et pour des motifs valables et raisonnables eu égard aux circonstances matérielles de l'affaire. La justification doit être proportionnelle à la gravité des actes et ce pouvoir exercé dans l'intérêt public. À cet égard, l'existence de directives administratives est pertinente pour apprécier les circonstances de l'exercice du pouvoir de l'agent de la paix, mais elles ne sauraient être déterminantes[37].

[33] Cela ne veut pas dire que le ministère public ne peut avoir son mot à dire dans la décision d'instituer la poursuite. En effet, lorsque l'affaire n'est pas routinière, il arrive que la police aille consulter un substitut du procureur général durant son enquête et, en pratique, ce sera ce dernier qui prendra la décision finale, quitte à en référer à son supérieur hiérarchique ou même au procureur général en personne. Dans l'arrêt *Regan,* la Cour suprême a décidé que le substitut du procureur général peut rencontrer des témoins pour s'assurer du sérieux de l'action pénale sans que cela ne mette en cause l'objectivité qu'il doit garder durant les procédures[38], tout en rappelant que l'ultime responsabilité de décider de porter une accusation appartient à la police en cas de désaccord avec le ministère public[39].

[34] Dans le cas hypothétique d'un désaccord fondamental entre la police et le ministère public, ce dernier pourra, dans l'hypothèse où une accusation est portée, ordonner un arrêt de procédure en vertu de l'article 579 du Code. Dans le cas contraire, le procureur général ou son

35 - *Supra*, par. 9.

36 - *R. c. Regan,* [2002] 1 R.C.S. 297, par. 64, 66.

37 - *R. c. Beaudry*, [2007] 1 R.C.S. 190, par. 3, 37-46. Au même effet, voir *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, [2007] 3 R.C.S. 129, 2007 CSC 41, par. 52.

38 - *R. c. Regan,* [2002] 1 R.C.S. 297, par. 62-91. La Cour a pris acte que cela se fait couramment au Québec depuis plus de trente ans (par. 75-76).

39 - *R. c. Regan,* [2002] 1 R.C.S. 297, par. 66-68.

sous-ministre pourra ordonner le dépôt d'une accusation en vertu de l'article 577 du Code. Dans les deux cas, il s'agira alors d'une décision politique dont il devra évidemment répondre. En sus, la Cour pourra dans les deux cas annuler cette décision dans l'hypothèse où on ferait la démonstration d'une conduite abusive du ministère public[40].

§ 2 : Des pouvoirs propres relativement limités

[35] Sur le plan strictement juridique, la police canadienne a des pouvoirs relativement limités. Cela ne saurait évidemment signifier, comme nous le verrons, qu'elle n'est pas efficace d'un point de vue pratique.
[36] Cela étant, certains pouvoirs de la police découlent explicitement de la loi et d'autres s'infèrent de leurs devoirs généraux et de la common law. Nous étudierons successivement ces deux cas.

A. Les pouvoirs explicitement prévus par la loi

[37] À cet égard, nous étudierons successivement les pouvoirs de la police en rapport avec les déclarations des personnes et avec l'obtention de preuve dites «réelles».

1. Les déclarations des personnes

[38] Il y a lieu de distinguer la déclaration que pourrait faire un simple témoin et celle d'un suspect.

a) Le simple témoin

[39] Qu'il s'agisse d'un simple témoin ou d'une personne suspecte, la police, comme le système judiciaire d'ailleurs, n'a aucun pouvoir pour contraindre un individu à lui faire une déclaration ou à autrement collaborer à une enquête[41]. Dans l'arrêt *Grant*, la Cour suprême a indiqué que lorsque « les policiers abordent les personnes qui se trouvent sur les lieux d'un accident ou d'un crime afin de déterminer si elles ont été témoins de l'événement et d'obtenir des renseignements susceptibles de les aider dans leur enquête [...], il est clairement établi en droit que, sous réserve de dispositions précises qui s'appliquent exceptionnellement, les citoyens sont libres de quitter les lieux»[42].

[40] De même, sauf en matière de trahison ou de terrorisme[43], une personne n'est pas non plus tenue de dénoncer un crime dont elle est

40 - Dans le cas de l'article 577, voir *R. c. Guimond* (2003), 177 C.C.C. (3d) 315 (C.A.Q.). Dans le cas de l'article 579, voir *Québec (Procureur général) c. Chartrand*, [1987] R.J.Q. 1732 (C.A.); *Campbell c. Ontario (Procureur général)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 289 (H.C.O.), conf. à (1988), 35 C.C.C. (3d) 480 (C.A.); *Balderstone c. R.* (1983), 8 C.C.C. (3d) 532 (C.A.M.); *R. c. Moore* (1986), 26 C.C.C. (3d) 474 (C.A.M.).

41 - *R. c. Turcotte*, [2005] 2 R.C.S. 519, par. 46, 55; *R. c. Singh*, [2007] 3 R.C.S. 405.

42 - *R. c. Grant*, [2009] 2 R.C.S. 353, 2009 CSC 32, par. 37.

43 - Art. 50(1)*b*), 83.1 et 83.11 C.cr.

témoin. Un citoyen ne peut toutefois tromper la police dans son enquête car il commettrait alors l'infraction d'entrave au travail d'un agent de la paix. Cela étant, il est extrêmement rare, sur le plan pratique, que le témoin d'une infraction refuse sa collaboration à la police, de sorte qu'à cet égard, la différence entre les systèmes accusatoire et inquisitoire est insignifiante, si tant est qu'elle existe.

[41] Cela étant, les similitudes s'arrêtent là. En effet, en vertu de la règle excluant le ouï-dire, la déclaration faite à la police par un témoin ne pourra en principe être mise en preuve lors du procès d'un éventuel accusé. Ce dernier devra venir témoigner pour rapporter les faits qu'il a constatés. S'il donne une version incompatible avec celle fournie à la police, il pourra être confronté à cette déclaration. S'il maintient sa position, la déposition antérieure ne fera pas preuve de son contenu à moins que la poursuite démontre qu'elle a été faite dans des conditions qui en garantissent la fiabilité. Sauf ce dernier cas, le juge ne pourra tenir compte de la déclaration que pour apprécier la crédibilité qu'il faut donner au témoin[44].

b) Le suspect

[42] La différence entre les droits canadien et français est encore plus nette dans le cas d'un suspect. Même si celui-ci n'est pas arrêté ou détenu[45], il a, comme le simple témoin, le droit de garder le silence. Qui plus est, son refus de faire une déclaration ne peut être mis en preuve contre lui lors du procès[46]. Il n'existe qu'une exception au principe. Dans l'arrêt *Moore*, la Cour suprême a indiqué qu'une personne arrêtée a l'obligation de décliner son identité et que le refus de ce faire constitue une infraction d'entrave à la justice[47].

[43] Dans l'arrêt *Singh*, la Cour suprême a apporté une importante atténuation à la portée de cette règle sur le plan pratique. Dans cette affaire, l'accusé a été arrêté relativement à un meurtre et dûment avisé de ses droits au silence et de consulter un avocat. Il s'est effectivement entretenu avec son procureur. Il a ensuite été interrogé et il a répondu aux questions relatives aux sujets non pertinents à la cause. Toutefois, dès que l'interrogatoire a porté sur l'incident en litige, « [i]l a indiqué

44 - Voir Pierre Béliveau et Martin Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (18e éd.), Thémis, Montréal, 2011, par. 1246-1305.

45 - *R. c. Rothman*, [1981] 1 R.C.S. 640, 683; *R. c. Turcotte*, (2004) 184 C.C.C. (3d) 242 (C.A.C.-B.).

46 - *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, 1315-1316. Dans l'arrêt *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, la Cour suprême a reconnu une exception dans le cas où des présumés complices subissent un procès conjoint et qu'ils s'imputent réciproquement la responsabilité du crime reproché. Dans un tel cas, un accusé, mais pas le ministère public, peut faire la preuve du silence de l'autre. Encore là, le juge doit aviser le jury qu'il ne peut considérer le silence de l'accusé comme une preuve de sa culpabilité mais que son coaccusé peut s'en prévaloir pour attaquer sa crédibilité. Sur le plan juridique, il ne s'agit pas véritablement d'une exception.

47 - *R. c. Moore*, [1979] 1 R.C.S. 195, 204-205.

qu'il ne voulait pas parler à la police, qu'il n'avait rien à dire, qu'il ne savait rien sur la fusillade ou qu'il voulait regagner sa cellule. Monsieur Singh a invoqué son droit de garder silence à 18 reprises avant qu'on lui montre les photos en question et qu'il fasse les aveux contestés ». La Cour a indiqué que le fait que le suspect revendique le droit au silence n'empêche pas les policiers de tenter de l'interroger. Cela pourra toutefois affecter le caractère volontaire de la déclaration et la rendre inadmissible. La juge Charron a indiqué qu'il faut tenir compte de l'intérêt de la société dans l'efficacité et le succès des enquêtes criminelles[48]. Évidemment, cette restriction est plus sérieuse lorsque le suspect est détenu, car dans l'hypothèse contraire, il peut, comme l'a mentionné le juge Fish dans sa dissidence, quitter les lieux quand bon lui semble[49].

[44] Si le suspect fait une déclaration, celle-ci ne pourra être admise en preuve lors de son procès que dans la mesure où la police l'a obtenue conformément aux règles de common law et, si celui-ci était détenu, aux dispositions de la Charte des droits et libertés. Sommairement, cela signifie que la déclaration doit avoir été faite librement et volontairement, notamment sans promesse ou menace[50], et après que le suspect ait été avisé des motifs de sa détention et de son droit de consulter un avocat tout en ayant eu une occasion raisonnable de ce faire s'il a manifesté le désir de s'en prévaloir[51].

[45] Enfin, soulignons que la police n'a pas le pouvoir, comme dans certains pays européens, de détenir une personne dans le cadre d'une procédure de garde à vue. Elle ne peut que l'arrêter sans mandat lorsqu'il est sur le point de commettre, commet ou a commis un acte criminel ou qu'elle le prend en flagrant délit de commission d'une infraction sommaire[52]. L'individu mis en état d'arrestation devra alors comparaître dans les vingt-quatre heures[53]. En pratique, ce n'est que dans cette courte période de temps que les agents de la paix pourront procéder à son interrogatoire, alors qu'il est détenu dans un poste de police. Par la suite, l'inculpé sera renvoyé en détention à la prison commune s'il n'est pas remis en liberté[54].

---

48 - *R. c. Singh*, [2007] 3 R.C.S. 405, par. 1, 13, 27-30, 47, 50, 53.

49 - *R. c. Singh*, [2007] 3 R.C.S. 405, par. 86.

50 - *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3. La common law prévoit que la déclaration qui n'a pas été faite volontairement doit être exclue.

51 - *Charte des droits et libertés*, art. 10*a*) et *b*), *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173. En cas de violation de ces dispositions, la déclaration devra normalement être exclue aux termes du paragraphe 24(2) de la Charte (*R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24,45; *R. c. Grant*, [2009] 2 R.C.S. 32, par. 89-96).

52 - Art. 494(1)*a*), 495(1)*a*) et *b*) C.cr.

53 - Art. 503(1)*a*) C.cr. L'alinéa 503(1)*b*) permet une détention plus longue si un juge de paix n'est pas disponible. Suite à l'arrêt *R. c. Simpson*, [1995] 1 R.C.S. 449, et à l'adoption de dispositions permettant la comparution par télécommunication [art. 515(2.2) C.cr.], cette situation est devenue purement hypothétique.

54 - *R. c. Ashmore* (2011), 267 C.C.C. (3d) 108, par. 79-105 (C.A.C.-B.), et jurisprudence citée.

2. Les preuves réelles

[46] D'entrée de jeu, mentionnons le principe qu'un individu n'est jamais tenu, sauf dispositions législatives l'y contraignant, de se soumettre à quelque épreuve personnelle que ce soit[55], par exemple une parade d'identification[56]. De même, la poursuite ne peut faire la preuve du refus de la personne d'y participer[57]. Si celle-ci accepte volontairement de se soumettre à une telle épreuve, la preuve sera en principe admissible. Toutefois, si elle était détenue, il faudra qu'on l'ait au préalable avisée de son droit de refuser, qu'elle ait compris d'une manière générale la nature de l'accusation qui pouvait lui être reprochée ainsi que la possibilité qu'on utilise contre elle les éléments de preuve découverts[58].

[47] Cela étant, le droit reconnaît trois cas où un individu est tenu de se soumettre à une épreuve corporelle. Il s'agit de la procédure d'identification judiciaire dans le cas où la personne est détenue relativement à la commission d'un acte criminel[59] ainsi que les prélèvements d'échantillons corporels à des fins d'analyse génétique[60] ou de répression de l'alcoolémie au volant[61]. La preuve recueillie conformément aux dispositions qui autorisent ces épreuves sera évidemment admissible.

[48] Enfin, mentionnons que les policiers peuvent effectuer des perquisitions et des écoutes électroniques. Toutefois, sauf circonstances exceptionnelles, il leur faudra alors obtenir préalablement l'autorisation d'un juge. Ils devront déposer devant lui une déclaration assermentée démontrant qu'ils ont des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été ou sera commise ou que cette procédure est nécessaire à l'enquête. Le juge devra, sur la foi des renseignements fournis, décider s'il y a lieu d'autoriser la perquisition ou la surveillance électronique[62].

[49] On notera que si une accusation est portée, l'accusé pourra, lors du procès, demander la révision de la décision du juge qui a émis l'ordonnance. Si le juge du procès conclut qu'il n'y avait pas de motifs qui justifiaient cette mesure, la perquisition ou l'écoute téléphonique sera réputée faite en violation de l'article 8 de la *Charte des droits et*

---

55 - *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145, 160.

56 - *R. c. Marcoux*, [1976] 1 R.C.S. 763.

57 - *R. c. Marcoux*, [1976] 1 R.C.S. 763.

58 - *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145.

59 - *Loi sur l'identification des criminels*, L.R.C. (1985), c. I-1.

60 - Art. 487.04-487.06 C.cr.

61 - Art. 254(2)-(4) C.cr.

62 - Art. 185(1) et 186(1) C.cr. dans le cas de la surveillance électronique, et 487(1) C.cr. dans le cas du mandat de perquisition.

libertés, qui interdit les perquisitions, fouilles ou saisies abusives, de sorte que cette preuve pourra être exclue aux termes du paragraphe 24(2) de cette Charte[63].

[50] Cette disposition est à certains égards semblables à la théorie des nullités que connaît le droit français. Toutefois, il faut bien comprendre que si le juge prononce l'exclusion de la preuve, cette décision a un effet définitif; l'agent de la paix ne pourra reprendre la mesure d'enquête qui a été ainsi sanctionnée.

[51] La Cour suprême a élaboré trois facteurs dont le juge doit tenir compte lorsqu'il est saisi d'une demande d'exclusion d'une preuve réelle. Dans un tel cas, il devra tenir compte (1) de la gravité de la conduite attentatoire de l'État, (2) de l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la Charte et (3) de l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Quant au premier critère, la Cour suprême a indiqué qu'il faut tenir compte des facteurs suivants :

> Les facteurs pertinents à cette étape de l'enquête fondée sur le par. 24(2) incluent les questions suivantes : La violation était-elle délibérée, volontaire ou flagrante ou a-t-elle été commise de bonne foi? A-t-elle été motivée par l'urgence de la situation ou la nécessité de conserver la preuve? Y avait-il d'autres méthodes d'enquête?[64]

[52] Quant au second critère, il complète en quelque sorte celui de la gravité de la conduite attentatoire de l'État, visant à prendre en compte l'effet de la violation de la Charte, par opposition à sa gravité intrinsèque. L'arrêt *Harrison* illustre parfaitement la distinction, alors que la Cour a conclu que la détention abusive d'un automobiliste et la fouille sans motif de son véhicule constituaient une grave violation des droits de l'accusé. Par ailleurs, elle a indiqué que l'interception avait peu porté atteinte au droit protégé par l'article 9, vu l'expectative limitée de vie privée que possède le conducteur d'une automobile, mais que la fouille sans motif qui a suivi a une incidence plus qu'anodine à cet égard, de sorte que l'ensemble constituait une atteinte grave[65].

[53] Dans l'arrêt *Grant*, la Cour suprême a expliqué que le troisième critère met en opposition l'intérêt social à la recherche de la vérité pour mener à terme les procès et l'intégrité du système judiciaire[66]. Il s'agit de déterminer si c'est l'utilisation ou l'exclusion des éléments de preuve

63 - *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421.

64 - *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, 28. Voir aussi *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, par. 37; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 52, *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, par. 53. Dans l'arrêt *R. c. Grant*, [2009] 2 R.C.S. 353, 2009 CSC 32, par. 75, la Cour a évoqué sommairement ces critères, qu'elle avait créés avant cet arrêt qui a modifié l'état du droit relativement à l'application du paragraphe 24(2) de la Charte.

65 - *R. c. Harrison*, [2009] 2 R.C.S. 494, 2009 CSC 34, par. 28-32.

66 - *R. c. Grant*, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 82.

qui doit prévaloir. La Cour «doit tenir compte non seulement des répercussions négatives qu'aurait l'utilisation des éléments de preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice, mais également de celles qu'aurait leur *exclusion*»[67].

[54] Cette question tire son importance du fait que l'*exclusion* d'une preuve matérielle aura très souvent pour effet de permettre l'acquittement d'une personne dont la culpabilité est incontestable, ce qui, en soi, est susceptible de discréditer l'administration de la justice. Par ailleurs, l'*utilisation* d'une preuve obtenue en violation de la Charte est également en soi susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[55] Le tribunal saisi d'une requête fondée sur le paragraphe 24(2) devra donc déterminer quelle solution occasionne le plus de discrédit. Comme l'indiquait la juge Arbour dans l'arrêt *Buhay*, «[l]a décision d'écarter un élément de preuve met toujours en balance l'intérêt qu'il y a à découvrir la vérité, d'une part, et l'intégrité du système judiciaire, d'autre part»[68]. Le tribunal doit alors tenir compte de la gravité du crime reproché, de la fiabilité de la preuve à exclure et de son importance pour la cause[69].

B. les pouvoirs implicitement prévus par la loi ou découlant de la *common law*

[56] Les diverses lois créant des corps de police prévoient qu'ils ont comme mission de maintenir la paix, l'ordre et la sécurité, de prévenir et de réprimer le crime[70]. Ces dispositions sont conformes à la *common law*.

[57] Dans l'arrêt *Dedman*, la Cour suprême a formulé les principes sur la portée de la common law en matière de pouvoirs policiers. Cette affaire extrêmement controversée mettait en cause le pouvoir d'interception ou d'interpellation du policier en regard du rôle de l'agent de la paix en *common law*. La Cour avait été appelée à statuer sur la validité d'une interception faite au hasard à un barrage routier. Elle a conclu à la validité de l'interception.

[58] Le juge Le Dain a indiqué que les agents de police ont l'obligation de maintenir la paix, de prévenir le crime, de protéger la vie des personnes et les biens, ce qui comprend l'obligation de surveiller la circulation sur les routes. Pour accomplir ce devoir, les policiers doivent avoir les pouvoirs nécessaires et ceux-ci, selon la Cour, peuvent tirer leur source de la *common law*. Invoquant un précédent anglais,

67 - *R. c. Grant*, [2009] 2 R.C.S. 353, 2009 CSC 32, par. 79.

68 - *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 73.

69 - *R. c. Grant*, [2009] 2 R.C.S. 353, 2009 CSC 32, par. 80-84; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, par. 44 et 45; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 35.

70 - *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), c. R-10, art. 18; *Loi sur la police*, L.Q., c. P-13, art. 48.

elle a conclu que ce pouvoir d'interception au hasard, quoiqu'il constitue une atteinte à la liberté non prévue par la loi, est néanmoins justifié à deux conditions : (1) l'agent de police doit chercher à accomplir un devoir imposé par la loi ou la common law et (2) sa conduite ne doit pas constituer un usage injustifié du pouvoir relié à ce devoir[71].

[59] La Cour suprême a par la suite précisé, relativement à ce deuxième volet du critère, qu'il faut «déterminer si une atteinte aux droits individuels est nécessaire à l'accomplissement du devoir des agents de la paix, et si elle est raisonnable, compte tenu des intérêts d'ordre public servis par, d'un côté, la répression efficace des agissements criminels, et de l'autre, le respect de la liberté et de la dignité fondamentale des individus»[72]. «Il n'y a [donc] pas nécessairement correspondance entre les pouvoirs dont disposent les policiers et les devoirs qui leur incombent»[73].

[60] Dans les arrêts *Kang-Brown*[74] et *A.M.*[75], la Cour suprême a examiné la question de savoir si les tribunaux devaient utiliser largement ou parcimonieusement leur pouvoir d'interpréter la *common law* pour élargir les prérogatives des policiers. Le juge Binnie a indiqué que la Cour doit combler les lacunes du droit en matière de pouvoirs policiers et qu'elle a pour rôle de veiller à l'adaptation progressive des règles de *common law*[76].

[61] Se posait par ailleurs le problème de déterminer si, en vertu de la *common law*, un agent de la paix peut, dans l'exécution de ses fonctions, commettre une infraction. La Cour suprême s'est penchée sur cette question dans l'arrêt *Campbell*, alors que des policiers, avant l'adoption du paragraphe 8(3) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* (maintenant abrogé), avaient vendu une importante quantité de haschisch à des trafiquants afin de les piéger, commettant alors eux-mêmes un trafic. Prenant acte qu'il ne s'agissait pas d'un cas d'urgence, la Cour a décidé que les policiers devaient respecter la loi. Comme ceux-ci ne sont pas des préposés de l'État, ils ne jouissent pas de l'immunité de ce dernier. Et même si c'était le cas, il faudrait qu'il s'agisse d'une illégalité nécessairement accessoire à la réalisation de leur mandat comme agent de la paix[77].

---

71 - *R. c. Dedman,* [1985] 2 R.C.S. 2, 13-14, repris dans *R. c. Godoy,* [1999] 1 R.C.S. 311, par. 12, et *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, par. 24.

72 - *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, 181-182, repris dans *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, par. 26.

73 - *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, par. 35.

74 - *R. c. Kang-Brown*, [2008] 1 R.C.S. 456.

75 - *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569.

76 - *R. c. Kang-Brown*, [2008] 1 R.C.S. 456, par. 22, 49-52, 62. Dans les deux arrêts, le juge LeBel exprime la position de quatre juges et répond par la négative. Il est donc possible de soutenir que son opinion représente la majorité. Toutefois, le juge Binnie qui répond par l'affirmative, avec l'appui de la juge en chef, rédige des motifs différents, même s'il dispose des appels dans le sens du juge LeBel. Or, dans l'arrêt *Kang-Brown*, trois autres collègues, dissidents quant au résultat, approuvent les motifs du juge Binnie. Cinq juges se rallient donc derrière le juge Binnie quant aux motifs.

77 - *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 35, 39, 41.

[62] Suite à la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Campbell*[78], le Parlement a adopté l'article 25.1 du Code qui permet à certaines personnes en autorité de désigner, sur l'avis d'un fonctionnaire supérieur, un agent de la paix et de l'autoriser à commettre une infraction. Celui-ci sera justifié de commettre ce qui serait normalement une infraction s'il agit dans le cadre d'une enquête relative à des activités criminelles ou à une infraction à la loi fédérale et qu'il croit, pour des motifs raisonnables, que la contravention à la loi est juste et proportionnelle par rapport à la nature des activités criminelles ou de l'infraction, tenant compte de l'existence de solutions de rechange acceptables.

[63] Cela étant, la loi ne permet en aucun cas de causer volontairement la mort ou des lésions corporelles à une personne, de tenter d'entraver le cours de la justice ou de commettre un acte de nature à porter atteinte à l'intégrité sexuelle d'un individu. En principe, elle ne permet pas non plus de causer la perte ou des dommages importants à un bien mais le législateur a prévu deux exceptions. En effet, l'agent de la paix peut obtenir l'autorisation écrite d'un fonctionnaire supérieur si ce dernier a des motifs raisonnables de croire une telle mesure juste et proportionnelle dans les circonstances. Il en est de même dans une situation d'urgence si l'agent de la paix croit, pour des motifs raisonnables, qu'il pourrait obtenir cette autorisation mais que cela serait difficilement réalisable et que la contravention à la loi est nécessaire pour préserver la vie ou la sécurité d'une personne, pour éviter de compromettre l'identité d'un fonctionnaire public ou d'un informateur ou pour prévenir la perte ou la destruction d'un élément de preuve d'un acte criminel.

CHAPITRE II - LES INTERVENANTS DURANT LA PHASE JUDICIAIRE

Section I - Les intervenants publics

§ 1 : Le ministère public

[64] Dans le cas du ministère public, il y a lieu de souligner deux éléments fondamentaux. D'une part, cette tâche n'est pas assurée par un magistrat, comme dans les pays d'Europe continentale, mais par un avocat qui représente le procureur général. D'autre part, cet avocat est assujetti à une norme d'impartialité qui rapproche sa fonction de celle d'un magistrat.

78 - *R. c. Campbell,* [1999] 1 R.C.S. 565.

A. Son statut professionnel : un membre du barreau agissant au nom du procureur général

[65] Alors qu'il appartient normalement à la police de porter l'accusation, la poursuite est généralement intentée par le procureur général[79], qui est également le ministre de la Justice[80]. La décision d'intenter une poursuite est discrétionnaire et les tribunaux n'ont pas à intervenir dans son exercice, sauf dans le cas où on peut établir un manque d'objectivité ou d'impartialité, ou une autre «conduite répréhensible flagrante». En principe, le rôle de ces derniers se limite donc à contrôler la stratégie ou la conduite du procureur du ministère public devant le tribunal, ce qui relève de la juridiction inhérente de la cour[81].

[66] Cela étant, le procureur général ne se limite pas à exercer l'action pénale. Dans l'arrêt *Hauser*[82], le juge Dickson a rappelé que le procureur général a le pouvoir d'intervenir dans une poursuite privée, d'ordonner l'arrêt des procédures et d'exiger un procès par jury en plus de détenir le monopole du droit d'appel en matière criminelle[83]. Il a conclu que le procureur général supervise l'action pénale.

[67] Tant pour le Québec que pour les poursuites fédérales, les gouvernements ont créé des structures indépendantes pour les poursuites criminelles et pénales qui partagent plusieurs points communs[84]. Au Québec, le Directeur des poursuites criminelles et pénales dirige pour l'État, sous l'autorité générale du ministre de la Justice et procureur général[85], les poursuites criminelles et pénales[86]. Au Canada, le directeur des poursuites pénales dirige le Service des poursuites pénales du Canada et assume, sous l'autorité et pour le compte du procureur général[87], les fonctions du procureur général du Canada[88].

---

79 - Le *Code criminel* prévoit la possibilité d'une poursuite privée mais il s'agit de cas tout à fait exceptionnels. Au Québec, cela ne se fait jamais.

80 - Dans l'arrêt *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372, la Cour suprême, après avoir comparé les fonctions de procureur général au Canada et en Angleterre, rappelait que dans notre pays, ce dernier est également ministre de la Justice, ce qui lui confère des tâches supplémentaires, notamment à titre de conseiller juridique de l'État et de responsable de la rédaction des lois (par. 23-27).

81 - *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372, par. 31, 42, 47-48.

82 - *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984. Au même effet, voir *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372, par. 46.

83 - Voir respectivement les articles 2 (la définition du terme «poursuivant»), 579, 568 et 577 ainsi que 676(1) du *Code criminel*.

84 - *Loi sur le Directeur des poursuites criminelles et pénales*, L.R.Q., c. D-9.1.1; *Loi sur le directeur des poursuites pénales*, L.C. 2006, c. 9, art. 121.

85 - Notamment, les art. 14, 23 et 24 de la *Loi sur le Directeur des poursuites criminelles et pénales*, L.R.Q., c. D-9.1.1, et les art. 3(3), 13 à 15 de la *Loi sur le directeur des poursuites pénales*, L.C. 2006, c. 9, prévoient les devoirs des directeurs et notamment celui d'informer, dans les meilleurs délais, le procureur général des questions d'intérêt public ou général susceptibles d'être soulevées par des poursuites ou des appels. Par ailleurs, les lois permettent au procureur général de la province ou du Canada de se saisir d'une affaire après en avoir avisé le directeur.

86 - *Loi sur le Directeur des poursuites criminelles et pénales*, L.R.Q., c. D-9.1.1.

87 - L'art. 3(3) de la *Loi sur le directeur des poursuites pénales*, L.C. 2006, c. 9, dicte au directeur ses devoirs.

88 - *Loi sur le directeur des poursuites pénales*, L.C. 2006, c. 9, art. 3(3). Les art. 14 et 15 permettent au procureur général de se saisir d'une affaire après en avoir avisé le directeur.

[68] Les directeurs sont nommés par l'exécutif, sur la recommandation du ministre de la Justice, parmi les avocats ayant exercé leur profession pendant au moins dix ans et dont le nom figure sur une liste de personnes déclarées aptes à exercer la charge par un comité de sélection. Ils sont nommés pour un terme unique et fixe de sept ans[89]. L'article 6 de la loi québécoise précise que le directeur ne peut être destitué ou suspendu sans rémunération par le gouvernement que pour cause, sur recommandation du ministre, après que celui-ci ait reçu un rapport de la Commission de la fonction publique. Au fédéral, la loi ne prévoit qu'une révocation motivée par le gouverneur en conseil[90].

[69] Le directeur provincial peut déléguer à une personne ou plusieurs personnes relevant de son autorité l'exercice d'une fonction essentielle à l'accomplissement de ses responsabilités, sauf les attributions réservées au sous-procureur général par le *Code criminel*, et il a le pouvoir d'établir des directives relativement à l'exercice des poursuites[91]. Si les adjoints du directeur fédéral sont nommés par le gouverneur en conseil[92], le directeur peut établir des directives et déterminer les attributions des procureurs de l'État qui sont choisis conformément à la loi régissant la fonction publique fédérale[93]. Au Québec, c'est le directeur qui nomme les procureurs aux poursuites criminelles et pénales parmi les avocats autorisés par la loi à exercer leur profession au Québec[94]. Il nomme également un procureur en chef ou plusieurs procureurs en chef ainsi que des procureurs en chef adjoints[95]. Ces avocats deviennent alors des salariés du gouvernement. Sauf exception explicite, comme aux alinéas 485.1*a)* et 577*a)* en matière de poursuite à la suite d'un rejet présumé d'accusation ou de présentation d'un acte d'accusation direct, cette règle s'applique à toutes les dispositions législatives qui confèrent des prérogatives au procureur général[96].

[70] En droit canadien, la poursuite est donc normalement assurée par un avocat, comme c'est d'ailleurs le cas dans tous les pays qui ont adopté le système d'inspiration britannique, alors qu'en droit européen continental, le ministère public est représenté par un magistrat. L'agent de la poursuite est donc un collègue de l'avocat de la défense et non du

---

89 - *Loi sur le Directeur des poursuites criminelles et pénales*, L.R.Q., c. D-9.1.1, art. 4; *Loi sur le directeur des poursuites pénales*, L.C. 2006, c. 9, art. 5.

90 - *Loi sur le directeur des poursuites pénales*, L.C. 2006, c. 9, art. 5.

91 - *Loi sur le Directeur des poursuites criminelles et pénales*, L.R.Q., c. D-9.1.1, art. 16 et 18. Seul le directeur adjoint peut agir comme sous-procureur général lorsqu'il remplace le directeur. Par ailleurs, les directives lient tout procureur désigné qui agit en poursuite en matière criminelle ou pénale, y compris devant les cours municipales.

92 - *Loi sur le directeur des poursuites pénales*, L.C. 2006, c. 9, art. 6.

93 - *Loi sur le directeur des poursuites pénales*, L.C. 2006, c. 9, art. 7 et 9.

94 - *Loi sur le Directeur des poursuites criminelles et pénales*, L.R.Q., c. D-9.1.1, art. 25.

95 - *Loi sur le Directeur des poursuites criminelles et pénales*, L.R.Q., c. D-9.1.1, art. 26.

96 - *R. c. T.E.S.*, [2003] R.J.Q. 1427 (C.A.); *R. c. A. (M.)*, REJB 2000-21972 (C.S.Q.), et jurisprudence citée.

juge, lequel est toutefois un ancien avocat. Cette situation a évidemment un effet sur les rapports qui existent entre les avocats et les juges, qui ont tous la même formation et sont tous issus d'un même corps. Cela permet davantage de comprendre que la technique du *plea bargaining* puisse être plus facilement acceptable dans le système d'inspiration britannique.

[71] Cela étant, aucune qualification académique particulière ou différente de celle des autres avocats n'est requise pour devenir substitut du procureur général et il n'est pas rare qu'un substitut quitte la «Couronne», c'est-à-dire le ministère public, pour aller oeuvrer en défense, et vice-versa. En outre, il arrive que le procureur général mandate un avocat de la défense, de pratique privée, pour agir dans un dossier particulier.

B. Son rôle devant la cour : un devoir d'impartialité
et une fonction quasi judiciaire

[72] Le procureur aux poursuites criminelles et pénales ne jouit donc d'aucun statut particulier devant le tribunal. Il est l'officier de justice dont le rôle consiste essentiellement à présenter les éléments de preuve susceptibles d'établir la vérité relativement à l'accusation. L'article 9 du chapitre IX du *Code de déontologie professionnelle* des avocats, préparé par l'Association du Barreau canadien, décrit très bien le rôle de l'avocat de la poursuite :

> L'avocat engagé comme procureur de la Couronne ne doit pas simplement rechercher une condamnation, mais doit présenter au tribunal toute la preuve disponible et pertinente au crime imputé, pour que justice soit faite sur les mérites de la cause lors d'un procès équitable. L'avocat de la poursuite est investi de fonctions publiques assorties de larges pouvoirs discrétionnaires : il doit en conséquence agir de façon sereine et juste. Il ne doit pas nuire au droit de l'accusé d'être représenté par un avocat ou de communiquer avec celui-ci. De même doit-il, dans la mesure exigée par la loi et la pratique, révéler en temps utile à l'accusé et à son avocat (ou au tribunal si l'accusé n'est pas représenté) tous les témoins et tous les faits dont il a connaissance, qu'ils soient favorables ou non à l'accusé, ou qui puissent affecter son sort.[97]

[73] Dans l'arrêt *Power*, la Cour suprême a défini dans les termes suivants le rôle du substitut :

> [Il] est un représentant de l'exécutif et, à ce titre, il reflète, de par sa fonction de poursuivant, l'intérêt de la collectivité à faire en

97 - ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Code de déontologie professionnelle*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1987, p. 42.

> sorte que justice soit adéquatement rendue. Le rôle du procureur général à cet égard consiste non seulement à protéger le public, mais également à honorer et à exprimer le sens de la justice de la collectivité.[98]

[74] Le rôle traditionnel du substitut du procureur général a été largement commenté par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Nelles*, où la Cour l'expose clairement :

> Traditionnellement, le procureur général jouait le rôle de conseiller juridique auprès de la Couronne et des différents ministères du gouvernement. Plus spécifiquement, sa tâche principale consistait, et consiste encore, à poursuivre les délinquants. La nomination de procureurs de la Couronne pour représenter le procureur général tient au fait que ce dernier avait de plus en plus de difficulté à s'acquitter efficacement de toutes ses fonctions, devant l'accroissement de la population et l'expansion des régions habitées.
>
> Le rôle premier du procureur de la Couronne consiste à poursuivre les actes criminels et les infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité et à exercer une surveillance à cet égard. Le procureur de la Couronne administre la justice au niveau local et, en cela, agit au nom du procureur général. Le procureur de la Couronne a traditionnellement été décrit comme un [TRADUCTION] «représentant de la justice» qui «devrait se considérer plus comme un fonctionnaire de la cour que comme un avocat».[99]

[75] La Cour suprême a repris cette conception du rôle du procureur de la Couronne dans l'arrêt *Stinchcombe*[100]. Elle a cité avec approbation les propos du juge Rand qui, déjà en 1955, rappelait que :

> [TRADUCTION] On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce que l'on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de veiller à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés : ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s'acquitte d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande

98 - *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, 616.

99 - *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, 191.

100 - *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, 333.

> responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquitter de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires.[101]

[76] Reprenant ces propos, la Cour suprême a rappelé qu'« il n'appartient pas au ministère public de «convaincre le jury de prononcer une déclaration de culpabilité sans fondement»[102]. De même, le substitut du procureur général doit agir en toute impartialité. C'est pourquoi la Cour, dans l'affaire *Stinchcombe*, a insisté sur le caractère public de la fonction de substitut du procureur général et, par extension, sur le caractère public des résultats de son travail, notamment les éléments de preuve :

> J'ajouterais que les fruits de l'enquête qui se trouvent en la possession du substitut du procureur général n'appartiennent pas au ministère public pour qu'il s'en serve afin d'obtenir une déclaration de culpabilité, mais sont plutôt la propriété du public qui doit être utilisée de manière à s'assurer que justice soit rendue.[103]

[77] Bien que le ministère public ne puisse adopter une attitude purement contradictoire, la Cour suprême, dans l'arrêt *Cook*, a rappelé que «le processus contradictoire est bel et bien [...] un élément important de notre système judiciaire et accepté comme moyen de recherche de la vérité»[104]. La juge L'Heureux-Dubé a indiqué qu'«[o]n ne devrait pas non plus présumer que le ministère public ne peut pas se comporter en rude adversaire dans le déroulement de ce processus contradictoire»[105]. De même, dans l'arrêt *Jolivet,* la Cour suprême a déclaré que le ministère public a le droit d'avoir une stratégie de procès et de la modifier en cours de route dans la mesure où cela n'entraîne aucune iniquité pour l'accusé[106].

[78] L'impartialité du substitut du procureur général est protégée par l'immunité dont il jouit dans l'exercice de ses fonctions. Dans l'affaire *Nelles*, on soulevait cette difficile question dans les cas d'actions civiles en responsabilité au motif de poursuites abusives. Après une analyse exhaustive de la jurisprudence des pays de common law, la Cour suprême a conclu que cette immunité est relative, c'est-à-dire qu'elle ne vaut pas si on démontre que le geste reproché a été commis de mauvaise foi[107]. La Cour a indiqué que l'immunité absolue des substituts

---

101 - *R. c. Boucher*, [1955] R.C.S. 16, 23 et 24, repris dans *R. c. Taillefer; R. c. Duguay*, [2003] 3 R.C.S. 307, par. 68.

102 - *R. c. Trochym*, [2007] 1 R.C.S. 239, 2007 CSC 6, par. 79.

103 - *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, 333.

104 - *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, par. 21 (les soulignés sont dans l'original).

105 - *R. c. Cook,* [1997] 1 R.C.S. 1113, par. 21.

106 - *R. c. Jolivet,* [2000] 1 R.C.S. 751, par. 21.

107 - *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170 ; repris dans *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372, par. 51

du procureur général contreviendrait au principe fondamental de l'égalité de tous devant la loi et reviendrait «à leur donner toute latitude pour léser les droits individuels»[108].

§ 2 : La Cour : un juge et un jury ayant des fonctions distinctes

[79] En principe, la personne accusée d'un acte criminel doit être jugée par un juge et un jury[109]. En sus, l'alinéa 11*f*) de la *Charte des droits et libertés* prévoit qu'un inculpé a droit d'être jugé par un juge ou un jury s'il est passible d'une peine d'emprisonnement de cinq ans ou plus. Le Parlement ne peut donc lui retirer ce droit.

[80] D'un point de vue pratique, le procès par jury est devenu l'exception, représentant moins de 1% des cas. D'une part, le législateur a prévu une série de cas où l'accusé doit être jugé par un juge seul. Il s'agit essentiellement des infractions sans violence relatives aux biens d'une valeur de 5 000$ ou moins, des infractions de mœurs et de la possession simple de drogues dites douces[110]. D'autre part, l'accusé peut également choisir un procès sans jury, sauf dans le cas de certains crimes énumérés à l'article 469[111]. Les deux cas vraiment pertinents sont le meurtre et le complot pour commettre un meurtre, alors que le procès doit avoir lieu devant un juge et un jury[112].

[81] Cela étant, il faut néanmoins examiner le rôle du juge et du jury car cela est pertinent pour comprendre la philosophie de notre droit et plusieurs des règles fondamentales applicables en matière de procès, même lorsque le juge siège seul.

A. LE JUGE

1. Son statut

[82] Quant au statut des juges canadiens, il faut mentionner deux éléments que l'on retrouve généralement dans les pays de common law, bien que cela ne soit pas pour autant une caractéristique fondamentale

108 - *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, 195.

109 - Art. 471 C.cr.

110 - Art. 553 C.cr.

112 - L'article 473 du Code prévoit que dans un tel cas, le procès peut avoir lieu devant un juge seul si les deux parties y consentent. D'un point de vue pratique, on ne recourt à cette disposition que dans les cas de meurtre où l'accusé reconnaît être l'auteur de l'homicide, fait valoir une défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux et que les experts des deux parties sont d'accord que cette position est bien fondée. Le procès dure alors quelques minutes, alors que le juge lit les rapports d'expertise et rend ensuite sa décision.

111 - Art. 536(2) C.cr.

112 - L'article 473 du Code prévoit que dans un tel cas, le procès peut avoir lieu devant un juge seul si les deux parties y consentent. D'un point de vue pratique, on ne recourt à cette disposition que dans les cas de meurtre où l'accusé reconnaît être l'auteur de l'homicide, fait valoir une défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux et que les experts des deux parties sont d'accord que cette position est bien fondée. Le procès dure alors quelques minutes, alors que le juge lit les rapports d'expertise et rend ensuite sa décision.

du système accusatoire. Il s'agit du fait qu'ils sont nommés par le gouvernement après avoir fait carrière comme avocat et qu'ils jouissent d'une indépendance complète à l'égard de l'État et de tout autre intervenant. Cela confère un important prestige à la fonction, qui est sans commune mesure avec ce qu'on retrouve dans les pays d'Europe occidentale. Nous étudierons successivement ces deux volets du statut du juge.

a) La nomination par le gouvernement

[83] L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que les juges des cours supérieures[113] sont nommés par le gouvernement fédéral parmi les avocats ayant exercé le droit pendant au moins dix ans. Les juges des autres cours sont nommés par les gouvernements provinciaux. Bien que la constitution ne prévoie pas un minimum d'années de pratique du droit, la plupart des lois provinciales exigent également dix ans.

[84] Sur le plan pratique, il est plutôt rare qu'un avocat soit nommé juge avant d'avoir exercé le droit pendant vingt ans et extrêmement rare qu'il le soit avec moins de quinze ans d'expérience. Lors de leur nomination, les juges ont donc acquis une expérience de la vie et une connaissance du droit qui est sans commune mesure avec le profil du magistrat issu d'une école deux ans après avoir terminé ses études de droit. Empiriquement, on constate que dans les juridictions de common law, le législateur confie beaucoup plus de pouvoirs et de discrétion aux juges. Cela s'explique par la confiance qu'on peut davantage leur témoigner.

[85] Évidemment, le système de nomination par le gouvernement fait ressortir le spectre des nominations dites «politiques», par opposition au caractère plus objectif des concours. Cela étant, il vaut de dire qu'au Canada, les deux paliers de gouvernement ont mis sur pied des organismes de tamisage des candidatures destinés à limiter sérieusement leur propre marge de manœuvre.

[86] Au niveau fédéral, une personne intéressée par un poste dans la magistrature doit déposer sa candidature auprès du comité d'examen de sa province, ou de sa région dans le cas des provinces plus grandes. Ce comité de sept personnes est composé de juges, d'avocats ainsi que de représentants des forces policières et du public. À l'égard de chaque candidat, il doit, sur la seule étude du dossier et de consultations informelles auprès d'intervenants dans le milieu, donner une des deux évaluations suivantes : recommandé et non recommandé. Les rapports

113 - Les juges des cours supérieures sont ceux qui exercent des fonctions équivalentes aux juges de la High Court en Angleterre. Cela vise également les juges des cours d'appel. Quant aux juges de la Cour suprême, l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit qu'ils sont nommés par le gouvernement fédéral.

indiquent que plus de la moitié des postulants ne fait pas l'objet de recommandation, ce pourcentage atteignant à peine 25% dans certains cas. L'évaluation du comité vaut pour deux ans, suite à quoi la personne peut déposer de nouveau son dossier.

[87] Au niveau provincial, le système varie selon les provinces. Mentionnons qu'au Québec, chaque poste de juge fait l'objet d'un appel de candidature. Les postulants, dont le nombre est rarement inférieur à cinquante sauf s'il s'agit d'un petit centre, déposent un dossier auprès d'un comité de trois personnes composé d'un juge, d'un avocat et d'un représentant du public. Après étude du dossier, entrevue avec les candidats et consultations informelles, le comité dresse une liste de postulants, dont le nombre varie généralement entre cinq et dix personnes, parmi lesquelles le gouvernement doit choisir celle à nommer. Les autres candidats retenus peuvent faire l'objet d'une nomination à la même cour pendant un an.

[88] Ces mesures ont été adoptées dans les années '80 suite à une prise de conscience générale à l'égard de l'importance des nominations à la magistrature. Elles ont eu pour effet d'éliminer à toutes fins pratiques les nominations bassement partisanes. De même, elles ont permis des nominations de candidats apolitiques et même, dans certains cas, d'allégeance opposée au régime en place. Certes, les influences politiques peuvent encore s'exercer mais d'une manière fort différente, dans le sens de faire valoir la valeur d'un candidat plutôt que le candidat en lui-même. Et encore là, il faut se rappeler que la majorité des postulants a alors été écartée par les comités.

[89] Il vaut également de dire que le fait d'avoir exercé des activités politiques dans le passé peut être un atout pour un juge, dans la mesure où, bien évidemment, il s'agit d'une personne apte à tourner la page sur sa vie antérieure. En effet, un tel individu a pu acquérir une connaissance des divers milieux sociaux qui lui sera très utile lorsqu'il sera appelé à interpréter et appliquer les règles de droit dans le meilleur intérêt de la société.

[90] Par ailleurs, le système de nomination procure un avantage très net par rapport à celui des concours comme on les connaît dans plusieurs pays d'Europe continentale. En effet, un système par lequel les appelés sont choisis par un même groupe de personnes a nécessairement pour effet que ces dernières ont tendance à se coopter. Dans le cas où la sélection est effectuée par des tiers, en l'espèce les membres du gouvernement, il en résulte un spectre beaucoup plus large de personnalités et un corps beaucoup plus représentatif des diverses tendances de la profession et de la population.

b) L'indépendance judiciaire complète

[91] En droit canadien, les juges ne sont pas des fonctionnaires de l'État même si, comme ces derniers, ils sont en bout de ligne payés par les deniers publics[114]. Cela explique que la Constitution leur garantisse un statut différent, l'indépendance judiciaire qui vise à leur permettre d'exercer leur tâche avec impartialité. Dans la mesure où celle-ci concerne le statut de la cour, elle est une notion différente de l'impartialité, qui porte sur l'état d'esprit du tribunal dans un litige déterminé[115]. L'indépendance judiciaire est d'autant plus importante dans notre système canadien que, contrairement à la situation qui prévaut en Angleterre, notre Constitution est de type fédéral et elle reconnaît des droits que le justiciable peut faire valoir contre l'État[116].
[92] Cela étant, nous étudierons successivement les sources et les composantes de l'indépendance judiciaire.

(i) Les sources

[93] Sur le plan constitutionnel, il existe deux sources codifiées du principe de l'indépendance des tribunaux, soit la *Loi constitutionnelle de 1867* et la *Charte canadienne des droits et libertés*. La première vise les juges des cours supérieures, dont la nomination relève du gouvernement fédéral, tandis que l'alinéa 11*d*) de la Charte prévoit qu'un inculpé a le droit d'être jugé par un tribunal indépendant. Même si cette dernière disposition ne s'applique pas aux tribunaux de juridiction civile, ces derniers jouissent également de la même protection puisque la Cour suprême, dans l'arrêt *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, a décidé que le principe de l'indépendance judiciaire en est un non écrit, reconnu et confirmé par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*[117].

[94] Dans le cas des juges des cours supérieures, la Constitution du Canada prévoit explicitement que leur nomination, durant bonne conduite ou jusqu'à l'âge de 75 ans[118], ne peut être révoquée par le

114 - *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 143, 206.

115 - *Renvoi : juges de la Cour provinciale,* [1997] 3 R.C.S. 3, par. 111.

116 - *R. c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56, 71-72; *Renvoi : juges de la Cour provinciale,* [1997] 3 R.C.S. 3, par. 124 ; *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, par. 22-23.

117 - *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 83, 109. La Cour suprême a réitéré ce principe dans l'arrêt *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, par. 20.

118 - *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 99(2). Il s'agit de la retraite obligatoire. Le juge qui a accumulé 15 ans de service et dont le chiffre obtenu par l'addition de l'âge et des années de service est d'au moins quatre-vingts, peut, s'il le désire, prendre sa retraite avec une pleine pension (art. 42(1)*a*) de la *Loi sur les juges*). Il peut également, s'il a atteint l'âge de 55 ans, prendre une retraite anticipée après dix ans de service, avec une pension proportionnelle à son nombre d'années de service par rapport au nombre d'années où il devait servir. Cette pension est payable immédiatement si le juge a atteint l'âge de 60 ans. Dans l'hypothèse contraire, son paiement est différé jusqu'à cet âge, à moins que le juge accepte une réduction actuarielle de ses prestations (art. 43.1 de la *Loi sur les juges*). Par ailleurs, le paragraphe 29(2) de la *Loi sur les juges* prévoit que le juge qui atteint l'âge de 65 ans et qui a accumulé 15 ans de service, ou qui atteint l'âge de 70 ans avec au moins dix ans de service, peut, s'il le désire, devenir surnuméraire, c'est-à-dire demeurer juge tout en accomplissant une tâche de travail moins lourde (Quant au concept de juge surnuméraire, voir *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances); Rice c. Nouveau-Brunswick*, [2002] 1 R.C.S. 405). Dans le cas des juges de la Cour suprême, l'alinéa 42(1)*e)* permet la retraite à 65 ans lorsque le juge y a exercé cette fonction pendant dix ans. Ils ne peuvent toutefois accéder au statut de juge surnuméraire, le paragraphe 29(2) ne les visant pas.

gouverneur général que sur une adresse du Sénat et de la Chambre des communes[119]. Au Canada, une telle destitution n'a encore jamais eu lieu, quoique que quelques juges aient dû démissionner devant l'inéluctable. De même, les traitements, allocations et pensions de ces juges sont constitutionnellement protégés[120].

[95] En sus, les juges des cours supérieures jouissent de la protection que leur apportent le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'alinéa 11*d*) de la Charte. Cette protection s'applique également aux juges de nomination provinciale. La Cour suprême a indiqué que ce concept d'indépendance judiciaire, qui est un prérequis à l'impartialité du juge, doit s'apprécier d'une manière objective, c'est-à-dire qu'il faut se demander si «une personne raisonnable, informée des dispositions législatives pertinentes, de leur historique et des traditions les entourant, après avoir envisagé la question de façon réaliste et pratique, conclurait [que le tribunal ou la cour est indépendant]»[121].

(ii) Les composantes

[96] L'indépendance judiciaire, qui vaut à l'égard des pouvoirs exécutif et législatif ainsi qu'à l'égard de tout organisme non gouvernemental, comporte trois caractéristiques essentielles, soit l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative, ainsi que deux dimensions, l'une individuelle et l'autre institutionnelle ou collective. En d'autres termes, une caractéristique de l'indépendance peut viser à protéger le juge personnellement ou elle peut avoir pour objet de garantir l'indépendance de la cour collectivement. Elle peut également favoriser les deux fins[122].

aa) L'inamovibilité

[97] L'inamovibilité comporte essentiellement trois conséquences, soit quant à la révocation d'un juge, à son déplacement et à l'abolition de la Cour dont il est membre. Les deux premières visent la dimension individuelle de la garantie et la troisième, sa dimension institutionnelle.

[98] Dans le cas de la révocation, on se rappellera que la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit des règles explicites à l'égard des juges de nomination fédérale[123]. Cela étant, il faut mentionner que la *Loi sur les juges*[124] prévoit la tenue d'une enquête par le conseil de la Magistrature avant de saisir le Parlement.

---

119 - *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 99(1).

120 - *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 100.

121 - *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 113, citant l'opinion du juge en chef Howland dans *R. c. Valente*, (1983) 2 C.C.C. (3d) 417, 439 et 440 (C.A.O.), confirmé à [1985] 2 R.C.S. 673.

122 - *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 118-122; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances); Rice c. Nouveau-Brunswick*, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 39-40.

123 - *Supra*, par. 85.

124 - *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), c. J-1.

[99] Dans l'arrêt *Valente*, la Cour suprême a indiqué qu'à l'égard d'un juge de nomination provinciale, l'exigence d'inamovibilité implique qu'il ne puisse être destitué que pour un motif lié à la capacité d'exercer sa fonction et suite à la tenue d'une enquête judiciaire au cours de laquelle il a eu l'occasion de se faire entendre[125]. Celle-ci est tenue par un comité qui doit être composé principalement de juges[126]. La Cour a toutefois mentionné qu'il n'est pas nécessaire qu'on ait alors conclu à la destitution[127].

[100] Dans plusieurs pays européens, on considère que l'exigence d'inamovibilité a également pour effet d'empêcher un changement du district de résidence d'un juge sans son consentement. Au Canada, dans l'arrêt *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, la Cour suprême a décidé qu'une telle mesure va à l'encontre de l'exigence de l'indépendance administrative du tribunal[128].

[101] La dimension institutionnelle de la garantie d'inamovibilité met en cause les conditions à respecter, sur le plan constitutionnel, pour abolir un tribunal. C'est la question qui était soulevée dans l'arrêt *Ell c. Alberta*[129]. Dans cette affaire, la législature albertaine avait décidé que dorénavant, les juges de paix ne pourraient exercer de fonctions judiciaires que dans la mesure où le Conseil de la magistrature, un organisme indépendant, juge ces personnes qualifiées. Le Conseil a décidé qu'un juge de paix devait avoir été avocat pendant cinq ans avant de pouvoir exercer cette fonction. Conformément à la loi, le gouvernement a donc révoqué la nomination de plus de 400 d'entre eux, leur offrant un poste administratif.

[102] La Cour suprême a décidé qu'il n'y avait pas atteinte à l'indépendance judiciaire. Le juge Major a rappelé que «[l]'inamovibilité vise essentiellement à empêcher que les membres d'un tribunal fassent l'objet d'une destitution arbitraire ou discrétionnaire», précisant que «la destitution raisonnablement conçue pour servir les intérêts qui sous-tendent le principe de l'indépendance judiciaire n'est pas arbitraire»[130]. Il en résulte donc qu'«[u]ne modification apportée par voie législative, qui entraîne une destitution sur avis d'un conseil de la magistrature indépendant, est justifiée si elle est nécessaire pour mettre en œuvre d'importantes réformes jugées essentielles au maintien de la confiance du public dans l'administration de la justice»[131], ce qui était évidemment le cas de la réforme albertaine.

---

125 - *R. c. Valente*, [1985] 2 R.C.S. 673.

126 - *Moreau-Bérubé c. Conseil de la magistrature du Nouveau-Brunswick*, [2002] 1 R.C.S. 249, par. 47.

127 - *R. c. Valente*, [1985] 2 R.C.S. 673, 697 et 698. La Cour a exprimé une position plus nuancée dans l'arrêt *Re Therrien*, [2001] 2 R.C.S. 3, prenant toutefois acte que toutes les provinces ont prévu cette exigence sur le plan législatif (par. 74-78).

128 - *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 265 et 266.

129 - *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857.

130 - *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, par. 32, 33.

131 - *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, par. 36.

Cela étant, on constate que, comme dans le cas de la dimension individuelle de l'exigence d'inamovibilité, la Cour suprême a exigé l'avis d'un organisme indépendant.

bb) L'indépendance financière

[103] À l'égard de la dimension individuelle de la garantie, la Cour suprême, dans l'arrêt *Valente*, a défini la sécurité financière comme «un traitement ou autre rémunération assurés et, le cas échéant, une pension assurée. Cette sécurité consiste essentiellement en ce que le droit au traitement et à la pension soit prévu par la loi et ne soit pas sujet aux ingérences arbitraires de l'exécutif, d'une manière qui pourrait affecter l'indépendance judiciaire»[132]. Le juge Le Dain a ajouté qu'«en aucune manière l'exécutif [ne doit pouvoir] empiéter sur ce droit de façon à affecter l'indépendance du juge pris individuellement»[133].

[104] Mentionnons par ailleurs que les juges canadiens ne sont pas assujettis à un système de promotions comme dans la plupart des pays d'Europe continentale. Tous les juges d'une même cour touchent la même rémunération et jouissent des mêmes prérogatives. Ils sont donc de ce fait complètement à l'abri de toute ingérence.

[105] Certes, il arrive que des juges de cours supérieures soient mutés à la cour d'appel de leur province, mais cela ne représente pas d'augmentation de traitement. Seuls les juges de la Cour suprême touchent une rémunération plus élevée que leurs collègues de nomination fédérale, mais cela se justifie par de nombreux facteurs comme la nécessité de déménager à Ottawa et l'impossibilité de devenir surnuméraire. En fait, les sacrifices consentis à cet égard sont bien moindres que l'avantage que leur procure l'augmentation de leur traitement.

[106] Dans le *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, la Cour suprême a établi les principes applicables relativement à la dimension institutionnelle de la sécurité financière[134].

[107] D'entrée de jeu, on peut mentionner deux principes établis par la Cour suprême. D'une part, la Constitution interdit la tenue de négociations entre les juges et le pouvoir exécutif, quoique cela n'empêche pas les juges en chef et les associations de juges de faire valoir leurs préoccupations sur le sujet. Cette prohibition se justifie par le caractère politique lié à toute négociation de rémunération payée par les fonds publics et par le fait que l'État serait à la fois partie aux poursuites pénales et aux négociations, mettant ainsi les juges en conflit d'intérêts apparent[135].

---

132 - *R. c. Valente*, [1985] 2 R.C.S. 673, 704, g et h.

133 - *R. c. Valente*, [1985] 2 R.C.S. 673, 706, h.

134 - *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3.

135 - *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 134, 186-191.

[108] D'autre part, sous réserve du fait que la Constitution garantit aux juges une rémunération d'un «niveau minimum acceptable»[136], seuil que la Cour n'a pas jugé nécessaire de définir, rien n'empêche que les traitements des juges soient réduits, haussés ou bloqués, et ce, tant dans le cadre de mesures visant les personnes payées à même les fonds publics que de mesures visant les juges en particulier[137]. Cela étant, la Cour suprême avait néanmoins indiqué que sauf s'il s'agit d'une mesure qui vise l'ensemble des personnes rémunérées sur les fonds publics, une réduction, et même un gel, de la rémunération des juges sera difficile à justifier sur le plan constitutionnel[138].

[109] Le principe de la séparation des pouvoirs, la nécessité de dépolitiser la question de la rémunération des juges et l'impossibilité de tenir des négociations ont amené la Cour suprême à conclure que la Constitution exige la mise sur pied de commissions mandatées pour étudier toutes les questions relatives au traitement, à la pension et aux autres avantages accordés aux juges[139]. Elle s'est inspirée à cet égard de la pratique déjà en vigueur au niveau fédéral et dans plusieurs provinces.

[110] Cela pose la question des recours dans l'hypothèse d'un rejet par le gouvernement des recommandations de la commission. Le juge Lamer a déclaré que l'exécutif ou le législatif doit être prêt à justifier sa décision, au besoin devant une cour de justice. Il en résulte que toute décision non motivée entraînera normalement une déclaration d'inconstitutionnalité. Dans l'hypothèse contraire, la norme de justification requise sera celle de la simple rationalité, ce qui exige que l'État fasse la preuve d'un motif légitime d'écarter la recommandation de la commission[140].

[111] La Cour suprême a indiqué que «la réparation appropriée consistera généralement à renvoyer l'affaire au gouvernement pour réexamen » ou à la commission si les difficultés lui sont attribuables. Il devrait s'abstenir de rendre une « ordonnance [...] donnant force à une recommandation»[141]. Elle a également reconnu que le gouvernement peut donner une nouvelle réponse[142]. Par ailleurs, la Cour d'appel du

137 - *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 133, 147-165.

138 - *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 184.

139 - *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 136, 140, 166. Dans l'arrêt *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances); Rice c. Nouveau-Brunswick,* [2002] 1 R.C.S. 405, la Cour suprême a indiqué que cette procédure doit également s'appliquer dans le cas où on voudrait abolir la possibilité qu'un juge puisse opter pour le statut de surnuméraire, ce qui constitue «un avantage économique indéniable» (par. 67). Une telle mesure porte atteinte à la sécurité financière des juges d'un point de vue institutionnel (par. 68-70).

140 - *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 180-183.

141 - *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Min. de la Justice); Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion); Bodner c. Alberta; Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général); Minc c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 R.C.S. 286, par. 42-44.

142 - *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général); Minc c. Québec (Procureur général)*, [2005] 3 R.C.S. 41.

Québec a précisé qu'il n'est pas dit que la réparation appropriée, quelles que soient les circonstances, ne pourra jamais être une ordonnance de la recommandation[143]. Ce faisant, elle approuvait implicitement la décision de la Cour supérieure du Québec qui avait ordonné la mise en force de la recommandation formulée six ans auparavant, après avoir annulé une deuxième réponse fournie par le gouvernement[144].

[112] À cet égard, on peut cependant être préoccupé par le fait qu'en droit canadien, les juges puissent être les arbitres ultimes de cette question. Toutefois, les tribunaux appelés à statuer sur ce point sont présidés par des juges nommés par le gouvernement fédéral. Or, jusqu'en 2005, ce dernier a toujours donné suite aux recommandations des comités, de sorte qu'il n'est jamais arrivé que des juges soient appelés à décider de leur propre rémunération. Les recours judiciaires intentés jusqu'à ce jour n'ont visé que les juges nommés par les gouvernements provinciaux[145].

cc) L'indépendance administrative

[113] Dans l'arrêt *Valente*, le juge Le Dain a déclaré que «l'indépendance judiciaire [exige également] l'indépendance institutionnelle du tribunal relativement aux questions administratives qui ont directement un effet sur l'exercice de ses fonctions judiciaires»[146]. Cela ne garantit pas l'absence de rapports entre le pouvoir judiciaire et les autres organes du gouvernement ou l'indépendance «administrative» du pouvoir judiciaire.

[114] Selon le juge Le Dain, l'alinéa 11*d*) de la Charte assure plutôt «le contrôle par le tribunal des décisions administratives qui portent directement et immédiatement sur l'exercice des fonctions judiciaires»[147]. Il faisait allusion à ce que le juge en chef Howland avait

143 - *Québec (Procureur général) c. Conférence des juges du Québec*, [2007] R.J.Q. 2295, 2007 QCCA 1250, par. 87.

144 - *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)*, EYB 2007-120440, 2007 QCCS 2672, par. 83. 87, 92, 95, 98, 102, 117, 125-140. Cette décision n'a pas fait l'objet d'appel.

145 - Le dernier rapport de la commission quadriennale relatif à la rémunération des juges nommés par le gouvernement fédéral a été déposé en 2008. Les recommandations avaient été faites avant la crise économique. Dans sa réponse, le gouvernement a rejeté le rapport, invoquant le changement de situation, mentionnant que le traitement des juges était de toute manière indexé selon l'accroissement des salaires canadiens. Ceux-ci n'ont pas contesté la réponse. La situation a été plus délicate suite au dépôt du rapport de la commission quadriennale précédente, en 2004. Le gouvernement alors au pouvoir avait déclaré accepter la recommandation et présenté un projet de loi en conséquence. Toutefois, il a été défait à la fin de l'année 2005, avant que la loi ait pu être modifiée. Un nouveau gouvernement a été élu. En 2006, il a déposé une nouvelle réponse, indiquant ne pas accepter la recommandation et qu'une augmentation de traitement moindre que celle suggérée était appropriée. Il a présenté un projet de loi en conséquence, lequel a été sanctionné le 14 décembre 2006 (*Loi modifiant la Loi sur les juges et d'autres lois liées aux tribunaux*, L.C. 2006, c. 11). Après réflexion, les juges n'ont pas entamé de recours judiciaire pour contester la seconde réponse fournie par le gouvernement. Ces deux épisodes, surtout le premier, ont sérieusement mis en cause le fonctionnement du mécanisme. Un nouveau rapport doit être déposé à la fin du mois de mai 2012. La chose est à suivre.

146 - *R. c. Valente*, [1985] 2 R.C.S. 673, 708, e.

147 - *R. c. Valente*, [1985] 2 R.C.S. 673, 712, b.

mentionné en Cour d'appel de l'Ontario, à «savoir l'assignation des juges aux causes, les séances de la cour, le rôle de la cour, ainsi que les domaines connexes de l'allocation de salles d'audience et de la direction du personnel administratif qui exerce ces fonctions [...]»[148].

[115] Ainsi, dans le *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, la Cour suprême a déclaré inconstitutionnelle une disposition conférant au gouvernement le pouvoir de décider, dans le cadre de mesures de restrictions budgétaires, que les tribunaux ne siégeraient pas à certaines dates. Le juge Lamer a indiqué que même le juge en chef d'une cour ne pourrait décréter une telle mesure d'une manière unilatérale[149].

[116] L'arrêt *MacKeigan* illustre bien la distinction entre l'indépendance administrative complète et celle qui est requise pour que l'alinéa 11*d*) soit respecté. Dans cette affaire, une commission d'enquête avait voulu contraindre le juge en chef MacKeigan de la Nouvelle-Écosse à témoigner pour expliquer la portée d'une décision rendue par lui et ses collègues. La Cour suprême a jugé que cela ne pouvait être fait. La juge McLachlin a indiqué que l'indépendance judiciaire garantit l'immunité du juge, lui assurant la séparation de ses pouvoirs et fonctions[150]. Ainsi, le Parlement peut déterminer le nombre de juges requis pour qu'il y ait quorum, mais le gouvernement ne peut donner «au Juge en chef des directives quant à savoir qui doit ou ne doit pas siéger dans une affaire donnée [...]»[151].

2. Son rôle : un arbitre et un gestionnaire

[117] Le rôle du juge consiste essentiellement à arbitrer le débat qui s'engage entre l'accusateur et le prévenu. C'est là une des conséquences principales de la nature accusatoire des procédures.

[118] En principe, le juge ne prend donc pas activement part aux procédures. D'ailleurs, il lui serait difficile de faire autrement car il faut bien comprendre que le juge ne dispose pas, au début du procès, d'un dossier comme le fait son collègue dans un système inquisitoire. Il ne possède en principe que la dénonciation ou l'acte d'accusation comportant l'énonciation des crimes reprochés à l'accusé.

[119] Il n'appartient pas au juge de décider du choix des témoins[152]. Il peut cependant, s'il considère que cela est nécessaire pour que justice soit rendue, en citer lui-même et il lui est loisible de s'enquérir des motifs pour lesquels la poursuite ne l'a pas fait[153]. Le juge pourra

148 - *R. c. Valente*, [1985] 2 R.C.S. 673, 709, g.

149 - *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 267, 270-276.

150 - *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, 827, g.

151 - *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, 833, a.

152 - *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, 855 et suiv.; *R. c. Gauthier*, [1994] R.J.Q. 1774 (C.A.).

153 - *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, par. 63 et 64.

prendre en considération un doute possible quant à l'existence de motifs légitimes de la part du poursuivant, le désavantage tactique pour la défense de faire entendre un témoin qui lui est potentiellement hostile et le préjudice qu'elle pourrait encourir de devoir s'adresser au jury en premier lieu, préjudice qu'elle n'aurait pas à subir si elle ne présentait aucune défense[154]. La Cour suprême a toutefois indiqué que, pour éviter de porter indûment atteinte à la nature contradictoire des procédures, ce n'est qu'exceptionnellement que le juge devrait exercer cette prérogative[155].

[120] Le juge ne doit pas non plus interroger lui-même les témoins. La partie qui présente le témoin l'interroge et les autres[156] le contre-interrogent. Quant au juge, il ne peut évidemment soulever lui-même des faits dont il aurait personnellement connaissance afin d'interroger un témoin, ce qui pourrait constituer par ailleurs un motif de récusation[157]. La nature accusatoire du système exige qu'il se limite à poser des questions permettant de clarifier des ambiguïtés, d'explorer des réponses vagues ou d'obtenir la réponse du témoin sur un fait pertinent au litige mais omis par les avocats, tout en prenant soin de ne pas introduire une preuve non pertinente ou autrement inadmissible[158].

[121] Le juge doit être d'autant plus prudent qu'il ne connaît pas l'ensemble du dossier et qu'une question de nature anodine peut mettre à bas toute la stratégie d'une partie. Cela est encore plus vrai si le procès se déroule devant jury, alors que ce dernier peut donner une importance démesurée à l'intervention du juge ou y voir l'expression de son opinion sur la cause.

[122] Cela étant, il vaut de rappeler les propos de la Cour suprême dans l'arrêt *Brouillard dit Chatel* :

> D'abord, il est clair que l'on n'exige plus du juge la passivité d'antan; d'être ce que, moi, j'appelle un juge sphinx. Non seulement acceptons-nous aujourd'hui que le juge intervienne dans le débat adversaire, mais croyons-nous aussi qu'il est parfois essentiel qu'il le fasse pour que justice soit effectivement rendue. Ainsi, un juge peut et, parfois, doit poser des questions aux témoins, les interrompre dans leur témoignage, et au besoin les rappeler à l'ordre. [...]

154 - *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, par. 42, 47 et 58. Voir aussi *R. c. Jolivet,* [2000] 1 R.C.S. 751, par. 20.

155 - *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, par. 63.

156 - Il peut y avoir plus d'un accusé, de sorte que plus d'une partie peut contre-interroger le témoin.

157 - *R. c. Lynxleg,* (2003) 168 C.C.C. (3d) 120, par. 38-41 (C.A.M.).

158 - *R. c. W.(A.),* [1995] 4 R.C.S. 51, infirmant l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, (1995) 94 C.C.C. (3d) 441, 447, a, b et h, pour les motifs exposés par le juge Brooke, citant *R. c. Valley*, (1986) 26 C.C.C. (3d) 207, 230 (C.A.O.)

Le juge peut à l'occasion rappeler à l'ordre le témoin qui manifestement cherche à éviter de témoigner, [TRADUCTION] «essaie d'éluder les questions». [...]

Enfin, la prudence et la retenue judiciaire qui en résultent doivent être d'autant plus grandes qu'il s'agit de l'accusé témoin. Il faut le laisser aller, dans des limites bien sûr, mais toujours conscient du fait qu'en fin de journée il est le seul qui risque de quitter le prétoire les menottes aux poings.
En conclusion, si le juge peut et doit intervenir pour que justice soit rendue il doit quand même le faire de telle sorte que *justice paraisse être rendue*. Tout est dans la façon.[159]

[123] De même, la jurisprudence a reconnu, suite à l'augmentation du volume des affaires et à leur plus grande complexité, que les tribunaux ont également le pouvoir inhérent de gérer les instances, ce qui est plus particulièrement important lors des procès de longue durée. Dans l'arrêt *Felderhof*, la Cour d'appel de l'Ontario a indiqué qu'il n'est plus possible, dans la mesure où il n'est pas rare que des procès durent plusieurs mois, voire des années, que le juge se limite à un rôle de simple arbitre qui laisse les parties mener la cause à leur guise. La justice pourrait être discréditée si ce dernier ne pouvait, après avoir entendu les parties, rendre les ordonnances nécessaires pour s'assurer que le procès se déroule d'une manière ordonnée. Cela étant, le juge Rosenberg rappelait que le juge qui décide d'intervenir doit être très prudent pour éviter toute apparence de partialité. Il a indiqué que ce pouvoir inhérent comprend notamment le droit de limiter la durée des plaidoiries, d'exiger qu'elles soient présentées par écrit, de requérir un fondement factuel avant d'entreprendre un voir-dire et d'en décider le déroulement et, exceptionnellement, d'exiger que la preuve soit administrée dans un certain ordre[160].

[124] Avec le phénomène relativement nouveau des procès longs et complexes (méga-procès), le Parlement a amendé le *Code criminel* pour conférer aux tribunaux des pouvoirs de gestion particuliers. Ainsi, le juge en chef de la cour devant laquelle doit avoir lieu un procès, ou un juge qu'il désigne à cette fin, peut, à la demande d'une partie ou de sa propre initiative, nommer un juge responsable de la gestion de l'instance[161]. Le juge responsable de la gestion de l'instance a pour rôle de «favoriser la tenue d'un procès équitable et efficace, notamment en veillant, dans la mesure du possible, à ce que la preuve sur le fond soit présentée sans interruption»[162]. Ainsi, il peut notamment (1) aider les

159 - *R. c. Brouillard dit Chatel*, [1985] 1 R.C.S. 39, 42-48.

160 - *R. c. Felderhof*, (2004) 180 C.C.C. (3d) 498, par. 36, 40, 45, 57 (C.A.O.). Dans l'arrêt *R. c. Horan* (2008), 237 C.C.C. (3d) 514 (C.A.O.), le juge Rosenberg a même suggéré, sans le décider, qu'un juge peut très exceptionnellement envisager d'exclure une preuve autrement admissible (par. 33). Cela se fonderait sur le pouvoir qu'a le juge d'écarter une preuve si elle exige un temps excessivement long et sans commune mesure avec sa valeur (*infra*, par. 175).

161 - Art. 551.1(1) C.cr.

162 - Art. 551.2 C.cr.

parties à désigner les témoins à faire entendre, (2) les encourager à admettre des faits et à conclure des accords, (3) les encourager à examiner toute autre question qui favoriserait un procès efficace, (4) établir des horaires et leur imposer des échéances, (5) entendre des plaidoyers de culpabilité et prononcer des peines et (6) aider les parties à cerner les questions qui seront en litige lors du procès[163]. En fait, il s'agit là de prérogatives de nature non coercitives que tout juge désigné à cette fin possédait avant l'adoption de ces nouvelles dispositions.

[125] Cela étant, le législateur a également prévu que le juge responsable de la gestion de l'instance peut trancher toute question qui peut l'être avant la présentation de la preuve et traditionnellement réservée au juge du procès[164], notamment (1) la communication de la preuve, (2) la recevabilité d'une preuve, (3) l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, (4) les témoins experts, (5) la séparation des chefs d'accusation et (6) la tenue de procès séparés sur un ou plusieurs chefs lorsqu'il y a des coaccusés, notamment (1) la communication de la preuve, (2) la recevabilité d'une preuve, (3) l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, (4) les témoins experts, (5) la séparation des chefs d'accusation et (6) la tenue de procès séparés sur un ou plusieurs chefs lorsqu'il y a des coaccusés. Les décisions du juge gestionnaire, même s'il n'est pas le juge du procès, lient les parties jusqu'à la fin du procès, sauf si la cour considère que cela ne serait pas dans l'intérêt de la justice, notamment parce qu'une preuve nouvelle a été fournie[165]. Au surplus, le juge responsable de la gestion de l'instance qui n'est pas le juge du procès peut également, durant l'audition de la preuve au fond, trancher toute question que lui renvoie le juge du procès. Il détient alors tous les pouvoirs dévolus à ce dernier[166].

[126] Par ailleurs, il peut arriver que des questions identiques ou semblables de communication de la preuve, de recevabilité d'une preuve ou d'application de la Charte canadienne des droits et libertés, se posent dans des procès connexes mus devant une même cour dans la même province. Le législateur a prévu que le juge en chef d'une cour ou le juge qu'il désigne, peut, à la demande d'une partie ou de sa propre initiative, décider qu'il y a lieu, dans l'intérêt de la justice et notamment pour assurer l'uniformité des décisions, de trancher la question lors d'une audition commune[167].

[127] La Cour suprême a également reconnu au juge un pouvoir d'exclusion de la preuve fondé sur ce que le juge Sopinka a décrit comme «une analyse du coût et des bénéfices, à savoir «si la valeur en

163 - Art. 551.3(1)*a*)-*f*) C.cr.

164 - Art. 551.3(1)*g*) et (2) C.cr.

165 - Art. 551.3(4) C.cr.

166 - Art. 551.6 C.cr.

167 - Art. 551.7(1), (2) C.cr.

vaut le coût»», précisant que cela ne doit pas être interprété dans le sens économique traditionnel[168]. Il en résulte qu'une preuve par ailleurs pertinente peut être exclue «si sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable, si elle exige un temps excessivement long qui est sans commune mesure avec sa valeur ou si elle peut induire en erreur en ce sens que son effet sur le juge des faits, en particulier le jury, est disproportionné par rapport à sa fiabilité»[169]. Ce dernier facteur est particulièrement important dans le cas d'une preuve d'expertise[170].

B. Le jury

[128] L'institution du jury est fondamentale dans le système canadien de justice pénale. La Cour suprême a fréquemment rappelé son importance. À cet égard, citons ce qu'elle a dit dans l'arrêt *Turpin* :

> Le jury a souvent été louangé comme étant le rempart des libertés individuelles. Par exemple, sir William Blackstone a qualifié le jury de [TRADUCTION] «gloire du droit anglais» et de [TRADUCTION] «privilège le plus transcendant dont tout sujet peut jouir» : Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (8e éd. 1778), vol. 3, à la p. 379.
>
> Le jury joue un rôle collectif ou social en plus d'assurer la protection des individus. Le jury remplit ce rôle social premièrement en servant de moyen d'éducation du public et en incorporant les normes de la société aux verdicts des procès.[171]

[129] Le jury est composé de douze personnes choisies au hasard selon un processus défini par le législateur[172]. Cela étant, contrairement à ce qui se passe dans certains pays comme la France, il a des fonctions nettement distinctes de celles du juge. Nous étudierons donc successivement ces deux questions.

1. La sélection du jury

[130] La sélection du jury se fait en deux étapes, une de nature essentiellement administrative et une de nature judiciaire et contradictoire. C'est la formation du tableau des jurés, c'est-à-dire la désignation des personnes susceptibles d'en faire partie, et la formation de la liste du jury, c'est-à-dire le choix du jury comme tel.

---

168 - *R. c. Mohan,* [1994] 2 R.C.S. 9, par. 20-21, repris dans *R. c. J.-L.J.*, [2002] 2 R.C.S. 600, par. 47.

169 - *R. c. Mohan,* [1994] 2 R.C.S. 9, par. 20-21.

170 - *R. c. Mohan,* [1994] 2 R.C.S. 9, par. 20-21, repris dans *R. c. J.-L.J.*, [2002] 2 R.C.S. 600, par. 47.

171 - *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, 1309 et 1310.

172 - Le paragraphe 631(2.2) du *Code criminel* permet au juge d'ordonner l'assermentation de treize ou quatorze jurés. Les délibérations se feront toutefois à un maximum de douze d'entre eux. Sur le plan pratique, on peut croire que ces dispositions ont été prévues pour des procès de très longue durée, puisque certains s'étirent maintenant sur plusieurs mois, voire une année ou plus.

a) La formation du tableau

[131] L'article 626 du *Code criminel* confie aux provinces la responsabilité de former le tableau des jurés. Au Québec, la procédure est prévue à la *Loi sur les jurés*[173]. Sommairement, on peut dire qu'il appartient au shérif, un officier public, de convoquer le nombre de personnes requises pour le procès à être tenu. Ce nombre varie donc suivant le nombre d'accusés et la difficulté de la cause, pour tenir compte du fait qu'on anticipe plus ou moins de récusations.

[132] Le choix des membres du tableau s'effectue par un tirage au sort parmi les noms de citoyens figurant sur la liste électorale. Cela étant, les articles 4 et 6 de la loi prévoient des motifs d'inaptitude. Mentionnons notamment le fait d'être un officier de justice ou le conjoint d'un officier de justice, ainsi que d'avoir un dossier judiciaire. De même, les articles 5 et 6 prévoient des motifs d'exemption, c'est-à-dire des personnes aptes à exercer la fonction mais qui ont droit de ne pas l'exercer. Mentionnons notamment le fait d'avoir été juré dans les cinq années précédentes et d'être âgé de 65 ans ou plus.

[133] En pratique, le shérif règle tous ces cas avant le début du procès. Cela étant, un motif d'exemption est laissé à la discrétion du juge, soit le fait que l'exercice de la charge constituerait un fardeau indu en regard des obligations de travail ou familiales du candidat. À cet égard, il vaut de mentionner qu'au Québec, les jurés touchent une somme de 90$ par jour[174]. Toutefois, dans le cas des personnes syndiquées, les conventions collectives prévoient presque toujours que l'employeur doit combler la différence entre le salaire perdu et l'indemnité reçue. Par ailleurs, l'article 47 de la loi interdit à ce dernier de congédier, suspendre, déplacer ou imposer toute autre sanction à un employé pour le motif qu'il a été assigné ou a agi comme juré.

[134] D'un point de vue pratique, l'ensemble de ces dispositions a pour effet qu'il n'y a généralement pas de problème pour trouver des personnes intéressées à servir comme juré. À cela s'ajoute le fait que le paragraphe 631(3.1) prévoie que le juge peut, dans l'intérêt de la justice et notamment pour assurer la sécurité des membres du jury, ordonner que les candidats ne soient appelés à la Cour que par leur numéro sur le tableau. Au Québec, cette règle est devenue une pratique, de sorte que même le juge ne connaît pas l'identité des candidats jurés et de ceux qui sont choisis.

b) La formation de la liste

[135] Le choix du jury s'effectue au début du procès, en cour et en présence de l'accusé. Soulignons d'entrée de jeu que la sélection du jury

173 - *Loi sur les jurés*, L.R.Q., c. J-2.

174 - Décret du 27 mars 2002 portant le numéro 378-2002, concernant le Règlement modifiant le Règlement sur les indemnités et allocations des jurés.

relève des parties; le juge n'est que l'arbitre du processus. La jurisprudence a souvent indiqué que l'ingérence du juge dans le processus est un motif d'annulation du procès[175]. Les seuls pouvoirs qu'il possède à cet égard sont de mettre à l'écart un candidat pour une raison valable, comme un inconvénient sérieux[176], et de le dispenser pour des motifs évidents de partialité[177], comme le fait d'avoir un intérêt personnel dans l'affaire à être jugée ou d'avoir un lien avec un des acteurs au procès[178]. En pratique, le juge règle ces cas dès le début de l'audience.

[136] Par la suite, le greffier tire au hasard les numéros des aspirants jurés qui ont été préalablement inscrits sur des cartons[179]. Le juge décide du nombre à être tiré, mais il faut qu'il y en ait suffisamment pour pouvoir former le jury[180]. Il ne peut donc y en avoir moins que douze lors de la première pige. Les personnes choisies sont successivement appelées à s'avancer à la barre des témoins, dans l'ordre où elles ont été pigées. Chaque partie, en commençant par l'accusé, est appelée à tour de rôle à déclarer si elle récuse le candidat, soit péremptoirement ou pour cause[181]. À défaut, le candidat est choisi.

[137] Chaque partie peut récuser péremptoirement, c'est-à-dire sans motifs, un certain nombre de candidats. Elles ont droit à vingt récusations de ce type lorsque l'accusation est la trahison ou le meurtre au premier degré, douze si l'accusé est inculpé d'une infraction autre punissable de plus de cinq années d'emprisonnement et de quatre dans les autres cas[182].

[138] Par ailleurs, chaque partie peut demander la récusation pour cause d'un nombre illimité de candidats jurés. D'un point de vue pratique, le motif le plus souvent invoqué est la partialité[183].

[139] Cela étant, impartialité ne signifie pas «neutralité». Elle n'exige pas qu'un juré n'ait aucune croyance ou opinion et qu'il fasse abstraction de son expérience de la vie au moment du délibéré. Tout au contraire, cela peut éclairer les membres du jury[184]. La partialité signifie

175 - *R. c. Betker,* (1997) 115 C.C.C. (3d) 421, 449, c-g (C.A.O.); *R. c. Guérin,* [1984] C.A. 305.

176 - Art. 633 C.cr. Les candidats mis à l'écart peuvent néanmoins être appelés à servir. En effet, le paragraphe 641(1) prévoit qu'ils doivent être rappelés si le tableau est épuisé sans qu'on ait pu former le jury. En pratique, cela n'arrive à peu près jamais.

177 - *R. c. Tremblay,* [1995] R.J.Q. 2077, 2084 (C.A.).

178 - Art. 632 C.cr.

179 - Art. 631(3) C.cr.

180 - Art. 631(5) C.cr.

181 - Art. 635(1) C.cr.

182 - Art. 634(2) C.cr. Le nombre peut être plus grand lorsqu'il y a des jurés suppléants ou additionnels (art. 634(2.01) et (2.1) C.cr.).

183 - Art. 638(1)*b*) C.cr.

184 - *R. c. Find,* [2001] 1 R.C.S. 863, par. 43.

plutôt la «possibilité que les connaissances ou les croyances d'un juré influent sur la manière dont il s'acquitte de sa fonction de juré, c'est-à-dire qu'il agisse de manière inappropriée ou inéquitable pour l'accusé»[185] et ce, malgré les directives appropriées que donnera le juge du procès[186].

[140] Par ailleurs, il est important de rappeler qu'au Canada, contrairement à ce qui prévaut aux États-Unis, les candidats jurés sont présumés impartiaux, de sorte que la partie qui désire interroger les candidats ou les faire récuser devra invoquer des craintes qui écartent cette présomption[187]. Cette présomption d'impartialité du candidat-juré a un impact direct sur la procédure à suivre pour établir les motifs de la récusation pour cause, laquelle a été élaborée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Hubbert*[188], confirmé par la Cour suprême[189]. En effet, la partie qui demande la récusation pour cause de partialité devra préciser le fondement de sa demande; elle ne peut questionner le candidat à l'aveuglette[190] et ainsi s'ingérer dans sa vie privée comme le permet le système américain[191]. À cette fin, il est permis de questionner les aspirants jurés, mais les questions qui peuvent être posées ne doivent pas être l'occasion d'une «expédition de pêche» pour l'avocat qui invoque un motif de récusation pour cause. Le but de cette procédure est de trouver des jurés impartiaux et non des jurés favorables à l'une ou l'autre thèse[192].

[141] Dans l'arrêt *Sherratt*, la Cour suprême a rappelé cette règle tout en affirmant l'importance de la récusation pour cause dans le contexte d'un procès équitable. En conséquence, lorsque les circonstances indiquent qu'il y a une possibilité «réaliste», et non pas inconcevable[193], de croire qu'un jury impartial ne pourrait être formé, le juge peut autoriser les parties à poser certaines questions spécifiques à chacun des candidats appelés. Dans l'arrêt *Williams*, la Cour suprême a indiqué que le critère, à cette première étape, est de déterminer «s'il y a des raisons de croire que le tableau des jurés peut comprendre des personnes ayant des préjugés qui, après avoir reçu les directives du juge, pourraient ne pas être capables de les laisser de côté»[194] . Le critère comporte donc deux volets, un volet attitude et un volet comportement[195]. Il ne suffit pas qu'il puisse y avoir des candidats-jurés

185 - *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 9.

186 - *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 31.

187 - *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 13; *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 26.

188 - *R. c. Hubbert*, (1976) 29 C.C.C. (2d) 279 (C.A.O.).

189 - *R. c. Hubbert*, [1977] R.C.S. 267.

190 - *R. c. Hubbert*, (1976) 29 C.C.C. (2d) 279 (C.A.O.), confirmé à [1977] R.C.S. 267; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509.

191 - *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 27.

192 - *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 44.

193 - *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, 535, j.

194 - *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 32 (les soulignés sont de la Cour).

195 - *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 32.

ayant des préjugés; il faut en sus qu'on ait des motifs de croire qu'ils pourraient être incapables d'en faire abstraction malgré les directives du juge qui doit les mettre en garde à cet égard et leur dire de juger uniquement en fonction de la preuve[196].

[142] Si le juge permet la récusation pour cause, qu'elle vise tous les candidats ou un seul, il faut passer à la deuxième étape. La défense interrogera alors le ou les candidats en regard de la problématique particulière au dossier pour vérifier si, dans les faits et au regard du contexte du procès, ils seront capables d'agir impartialement. Cet interrogatoire a lieu devant deux vérificateurs, soit les deux derniers jurés assermentés ou, si aucun juré n'a été choisi, deux personnes présentes assermentées. Ce sont eux qui décident de l'habilité du candidat [197]. Si les vérificateurs concluent que le candidat est partial, celui-ci est écarté. Dans l'hypothèse contraire, il doit être assermenté à moins qu'une des parties ne le récuse péremptoirement[198].

[143] Lorsque les douze jurés sont choisis, le procès peut commencer. Pour éviter l'influence indue de «l'extérieur», le principe traditionnel voulait que le jury soit «isolé» durant la totalité du procès. C'est ce qu'on appelle la «séquestration du jury»[199] . Cela implique que les membres du jury soient logés dans un hôtel sans pouvoir regarder les informations à la télévision, en ayant des communications téléphoniques contrôlées et en ayant à leur disposition des journaux dont on aura préalablement expurgé toutes nouvelles portant sur le procès. Ils prennent leurs repas ensemble, avec des gardiens assermentés, et ne peuvent rencontrer aucun tiers, pas même leur famille immédiate.

[144] Jusqu'en 1960, cette règle était absolue. Elle était cependant très critiquée et incitait les candidats jurés à tout faire pour être exemptés ou ne pas être choisis et ainsi éviter un tel régime, d'autant que certains procès durent des mois. Aujourd'hui, le paragraphe 647(1) du *Code criminel* précise ce qui suit :

> Le juge peut, à tout moment avant que le jury se retire pour délibérer, autoriser les membres du jury à se séparer.

[145] La séquestration n'est donc désormais obligatoire qu'au moment du délibéré, lequel, vu l'exigence de l'unanimité, peut durer des jours. En pratique, elle n'est presque plus jamais ordonnée pendant l'audience. Pour pallier cette situation, l'article 648 du *Code criminel* prévoit qu'aucune information concernant des procédures qui se sont

196 - *R. c. Find,* [2001] 1 R.C.S. 863, par. 40; *R. c. K.(A.),* (1999) 137 C.C.C. (3d) 225, par. 38 (C.A.O.).

197 - Art. 640(2) C.cr.

198 - Art. 640(3), 634(1) C.cr.

199 - Art. 647(2) C.cr.

déroulées en l'absence du jury, par exemple un voir-dire sur l'admissibilité d'une confession donnée par l'accusé à la police, ne peut être publiée ou diffusée. On voit donc le désir du législateur de s'assurer que le jury ne statue qu'en fonction des preuves admissibles.

[146] Par ailleurs, la common law et l'article 649 prévoient que le délibéré du jury doit demeurer secret, précisant que le juré qui divulgue un renseignement qui y est relatif se rend coupable d'une infraction, sauf le cas où il le ferait dans le cadre d'une enquête ou de procédures relatives à une affaire d'entrave à la justice. Une partie ne peut donc, lors d'un appel, invoquer des informations irrégulièrement obtenues[200].

2. Le rôle du jury

[147] Lorsque le procès a lieu devant une cour composée d'un juge et d'un jury, le rôle de chacune des deux composantes du tribunal est clairement défini. Le juge se limite à décider de l'admissibilité des éléments de preuve présentés au jury, ce dernier étant alors seul habilité à se prononcer sur leur valeur probante.

[148] Dans l'arrêt *Nordyne*[201], la Cour d'appel du Québec a examiné la question de savoir si les membres du jury peuvent, après l'interrogatoire des parties, poser des questions au témoin. Le juge Proulx a conclu que oui, sous réserve que le juge ne doit pas les inviter à le faire. Si un juré en manifeste le désir, le juge devra lui expliquer la réserve qu'exige notre système accusatoire de la part du juge des faits. Il faudra également que la question soit transmise par écrit et que le jury se retire pendant qu'on décide de sa légalité. La Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador a entériné cette procédure, mentionnant toutefois que le juge peut inviter les jurés à poser des questions[202].

[149] Le verdict est ensuite prononcé par le jury qui délibère seul. Il doit être unanime[203]. Dans l'arrêt *Pan,* la Cour suprême a indiqué que cette obligation d'unanimité est un élément central de l'institution du jury et qu'elle constitue une garantie supplémentaire contre un verdict inspiré par la partialité et les préjugés[204].

[150] Le jury rend un verdict général quant à la culpabilité ou l'innocence du prévenu, sans fournir de motifs. Il déclare l'accusé coupable ou non coupable sans plus, sauf s'il rend un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, auquel cas il doit le spécifier[205].

---

200 - *R. c. Zacharias,* (1988) 39 C.C.C. (3d) 280 (C.A.C.-B.).

201 - *R. c. Nordyne*, (1998) 17 C.R. (5th) 393 (C.A.Q.).

202 - *R. c. Druken,* (2002) 164 C.C.C. (3d) 115, par. 80-81 (C.A.T.-N.&L.).

203 - *R. c. Brydon*, (1995) 95 C.C.C. (3d) 509 (C.A.C.-B.), confirmé à [1995] 4 R.C.S. 253.

204 - *R. c. Pan,* [2001] 2 R.C.S. 344, par. 99.

205 - *R. c. Head,* [1986] 2 R.C.S. 684, 688; art. 672.34 C.cr.

[151] Le jury rend son verdict après avoir été instruit en droit par le juge. L'«exposé [...] vise principalement à offrir conseils et assistance au jury sur les questions de droit et leur rapport avec les faits dont le jury est le seul juge»[206]. Dans l'arrêt *MacKinnon*[207], la Cour d'appel de l'Ontario, invoquant l'arrêt *Jacquard*[208], a indiqué que, quelle que soit l'approche choisie par le juge, ce dernier doit exposer au jury les questions de fait qu'il doit trancher, la preuve pertinente à ces questions, la thèse des parties et la preuve qui y est pertinente.

[152] Enfin, le juge peut, dans ses directives, donner son opinion sur des faits ou sur la crédibilité des témoins, et ce, aussi fortement que les circonstances l'exigent, mais il doit mentionner que le jury n'est pas lié par cette opinion[209]. À défaut de le mentionner, le verdict pourra être irrémédiablement vicié[210]. Cela étant, le juge qui donne son opinion sur la preuve doit alors s'assurer de ne pas priver l'accusé de son droit à ce que les directives présentent équitablement sa thèse, de ne pas formuler une opinion plus forte que la preuve ne le justifie et de ne pas utiliser des termes à ce point forts que le jury puisse se sentir écrasé[211]. De même, il ne peut exprimer son opinion sur la culpabilité de l'accusé, question qui doit être exclusivement tranchée par le jury[212].

[153] D'un point de vue pratique, il est maintenant très rare que le juge se prévale de cette prérogative. D'ailleurs, les cours d'appel seront portées à examiner à la loupe la régularité d'un procès lorsque le juge s'est permis une telle intervention.

[154] La peine, quant à elle, est prononcée par le juge qui préside la cour. Dans l'arrêt *Latimer,* la Cour suprême a indiqué que cette approche se justifie par le fait que «le juge du procès a manifestement une meilleure connaissance tant de la gamme acceptable de peines pour l'infraction en cause que des principes de détermination de la peine»[213]. Par ailleurs, le jury ne doit pas être informé de la peine dont l'accusé est passible afin de ne pas être influencé, que ce soit en faveur de l'acquittement ou de la déclaration de culpabilité[214].

---

206 - *R. c. Sims*, [1992] 2 R.C.S. 858, 865.

207 - *R. c. MacKinnon*, (1999) 132 C.C.C. (3d) 545, par. 27 (C.A.O.), repris dans *R. c. Maugey,* (2000) 146 C.C.C. (3d) 99, par. 17 (C.A.O.).

208 - *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314.

209 - *R. c. Gunning*, [2005] 1 R.C.S. 627, par. 27; *R. c. Boulet*, [1978] 1 R.C.S. 332, 359-360.

210 - *R. c. Malanik*, [1952] 2 R.C.S. 335; *R. c. Kitching*, (1977) 32 C.C.C. (2d) 159 (C.A.M.).

211 - *R. c. Ritchie*, J.E 2004-2188 (C.A.); *R. c. Dove*, (2004) 187 C.C.C. (3d) 506, par. 25-48 (C.A.C.-B.), et jurisprudence citée.

212 - *R. c. Guimond*, EYB 2005-94729 (C.A.Q.); *R. c. Valentini*, (1999) 132 C.C.C. (3d) 262, par. 34 (C.A.O.); *R. c. Aflalo*, [1991] R.J.Q. 2131, 2154 (C.A.).

213 - *R. c. Latimer,* [2001] 1 R.C.S. 3, par. 62.

214 - *R. c. Latimer,* [2001] 1 R.C.S. 3, par. 63.

Il n'est donc pas présent à cette étape, son rôle ayant pris fin avec le prononcé du verdict[215].

[155] Cela étant, il faut mentionner que l'alinéa 724(2)*a*) du Code prévoit qu'au moment de la détermination de la peine, le juge doit considérer comme prouvés tous les faits, exprès ou implicites, essentiels au verdict de culpabilité rendu par le jury. L'arrêt *Brown* illustre cette règle. Dans cette affaire, le prévenu était accusé de conduite (automobile) dangereuse causant la mort de deux personnes et, puisqu'il en avait blessé une troisième, de conduite dangereuse causant des lésions corporelles. Le jury a déclaré Brown non coupable des infractions de conduite dangereuse causant la mort ou des lésions corporelles, mais coupable de simple conduite dangereuse. En droit, le jury considérait donc que le ministère public n'avait pas prouvé le lien causal entre la conduite de l'accusé et le décès ou les lésions corporelles des victimes. Or, le juge a explicitement tenu compte du décès des personnes dans l'imposition de la peine – soit une peine de 12 mois d'emprisonnement – prétendant que le décès de deux personnes aggravait l'infraction commise. La Cour suprême a rappelé que «le principe applicable [est] que la personne qui détermine la peine est liée par la base factuelle expresse ou implicite du verdict du jury»[216].

[156] Il y a donc, en droit canadien, césure entre la culpabilité et la peine. Cela explique d'ailleurs que lors de la partie du procès qui porte sur la culpabilité, le ministère public ne peut, sauf exceptions[217], attaquer la réputation d'un accusé, ce dernier devant être jugé en fonction de ce qu'on lui reproche d'avoir fait, et non en fonction de ce

---

215 - Il existe une exception à ce principe, soit dans le cas où l'accusé est déclaré coupable de meurtre au deuxième degré, c'est-à-dire non prémédité. La peine prévue est l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle pendant un minimum de dix ans. Le juge peut toutefois porter cette période d'épreuve à vingt-cinq ans. L'article 745.2 prévoit qu'il doit alors inviter le jury à lui indiquer s'il souhaite recommander une période d'inéligibilité à la libération conditionnelle supérieure au minimum de dix ans. Dans l'arrêt *Van Osselaer*, (2004) 181 C.C.C. (3d) 322, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a indiqué que cet article veut avant tout permettre au jury de communiquer sa perception de la gravité du crime. Un juge doit la considérer mais il ne devrait pas y accorder trop de poids car les jurés ne reçoivent pas de directives relativement aux principes applicables en matière de sentence (par. 15-17).

216 - *R. c. Brown,* [1991] 2 R.C.S. 518, 523, d.

217 - Les exceptions sont au nombre de trois. Ainsi, si l'accusé décide de présenter à la cour une preuve dite «de bonne réputation», pour démontrer qu'il n'est pas le genre de personne à avoir commis l'infraction reprochée, la poursuite pourra évidemment tenter de la contrer. De même, si l'accusé choisit de témoigner, il pourra être contre-interrogé quant à ses antécédents judiciaires, facteur qui est pertinent pour apprécier sa crédibilité. Cela étant, il ne pourra être contre-interrogé quant à d'autres crimes relativement auxquels il n'a pas été déclaré coupable et quant à son mode de vie en général. De plus, le juge devra indiquer au jury l'effet limité de ce contre-interrogatoire, notamment qu'il ne saurait considérer que l'accusé a une propension à commettre des crimes. Il peut même interdire ce contre-interrogatoire s'il estime qu'il peut causer à l'accusé un préjudice plus grand que sa valeur probante. Enfin, il peut arriver qu'une conduite indigne de l'accusé soit un élément pertinent pour démontrer sa culpabilité. Ce sera notamment le cas en matière de faits similaires. Ainsi, le fait que plusieurs crimes aient été commis selon une méthode quasi identique par l'accusé est évidemment pertinent pour démontrer qu'il est l'auteur de d'autres également commis selon le même *modus operandi*. Pour plus de détails sur ces questions, voir Pierre Béliveau et Martin Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (18e éd.), Thémis, Montréal, 2011, par. 562-611.

qu'il est ou de ce qu'il a déjà été[218]. C'est ainsi que, dans l'arrêt *Cloutier*, la Cour suprême énonçait la règle voulant qu'une preuve de mauvaise réputation ou dont l'objet est de prouver que l'accusé est plus susceptible qu'un autre de commettre un crime semblable à celui faisant l'objet de l'accusation, ne sera pas admise, puisqu'une telle preuve n'a pas de valeur probante véritable par rapport au crime spécifique qu'on lui reproche et qu'elle comporte une pertinence ténue[219].

[157] Cette règle de la césure vaut même si le procès a lieu devant un juge siégeant sans jury. Si l'accusé est déclaré coupable, il y aura donc une autre audition pour déterminer la peine à être imposée. Les antécédents judiciaires de l'accusé, son caractère et son mode de vie seront alors évidemment des éléments pertinents à la décision à rendre.

Section II - Les intervenants privés

[158] Les intervenants privés auxquels chacun pense spontanément sont évidemment l'accusé et son défenseur, ce que l'on peut désigner comme la «défense». Cela étant, il vaut de s'arrêter, dans le cadre d'une étude de droit comparé, à un intervenant qui, dans les systèmes accusatoires, en est généralement un de nature privée. Il s'agit de l'expert, qui est un témoin présenté par une partie.

§ 1 : La défense

[159] On utilise allégrement le terme «défense» pour désigner deux entités distinctes, soit l'accusé et son avocat. D'entrée de jeu, il faut mentionner que notre système de justice, contrairement à plusieurs d'Europe continentale, reconnaît à tout accusé qui n'est pas atteint de troubles mentaux, le droit de se représenter lui-même dans le cadre d'un procès criminel[220], même si le tribunal est d'avis que cela pourra lui causer un préjudice[221]. Cela étant, dans la mesure où le prévenu n'est pas tenu de présenter une défense ni de se faire entendre, il a un rôle effacé dans la conduite de sa défense. En fait, la jurisprudence indique que, sauf le cas des décisions fondamentales comme celles de plaider coupable ou de témoigner, il appartient au procureur de prendre les décisions qui s'imposent, comme celles de faire entendre des témoins ou de contre-interroger ceux de la poursuite et dans quelle mesure le faire[222].

---

218 - *R. c. Koufis*, [1941] R.C.S. 481; *R. c. Morris*, [1979] 1 R.C.S. 405.

219 - *R. c. Cloutier*, [1979] 2 R.C.S. 709, 731.

220 - *R. c. Vescio*, [1949] R.C.S. 139.

221 - *R. c. Mian*, (1999) 133 C.C.C. (3d) 373 (C.A.N.-É.), et jurisprudence citée. Le Code prévoit certaines exceptions à l'art. 486.3 C.cr. qui permet au juge d'interdire à une personne accusée de contre-interroger un témoin dans certains cas. L'art. 672.5(8) C.cr. vise le cas de la personne déclarée inapte à subir son procès ou dont on met l'aptitude en cause.

222 - *R. c. Samra*, (1999) 129 C.C.C. (3d) 144, par. 30 (C.A.O.); *R. c. White*, (1997) 114 C.C.C. (3d) 225, 253, e, f, g (C.A.O.). Dans l'arrêt *R. c. G.D.B.*, [2000] 1 R.C.S. 520, la Cour suprême a décidé que, sauf le cas où le défaut de consulter peut avoir causé une erreur judiciaire, il appartient au Barreau de sanctionner le fait que l'avocat a pu prendre une décision sans consulter son client (par. 33-34).

[160] Nous examinerons successivement le rôle de l'un et l'autre.

A. l'accusé : un acteur au rôle largement passif

[161] L'accusé doit, sauf certaines exceptions, assister au procès[223]. Par ailleurs, son droit à une défense pleine et entière, prévu tant par le *Code criminel*[224] que par l'article 7 de la Charte[225], implique qu'il a le droit d'être assisté par un avocat[226] qui, comme nous l'avons indiqué, est le véritable maître du jeu.

[162] Le rôle effacé, sinon passif, de l'accusé découle également de son droit de ne pas s'incriminer, corollaire de la présomption d'innocence et qui lui confère le privilège de non-contraignabilité[227]. Ce droit n'est limité que par le besoin de répondre à la preuve de la poursuite, bien que cela puisse se faire par le contre-interrogatoire des témoins à charge[228], ou celui de réfuter certaines présomptions qui naissent de la loi ou des faits de l'affaire. Aussi, faut-il le souligner, certains moyens de défense connus de l'accusé seul l'obligeront parfois à témoigner. C'est le cas de l'alibi ou des moyens de défense affirmatifs tels que les excuses ou les justifications[229]. Très souvent, il arrive que l'accusé ne dise pas un mot du procès et, à ce titre, c'est véritablement son avocat qui mène le jeu.

[163] Par ailleurs, la jurisprudence a reconnu que la décision de témoigner ou non, tout comme celle de plaider coupable ou non, appartient à l'accusé et non à son procureur qui doit évidemment le conseiller à cet égard[230]. Cela étant, il faut savoir que dans les pays de tradition britannique, l'accusé qui témoigne doit prêter serment, comme tout autre témoin.

[164] Cette décision de se faire entendre ou non devra être prise après considération de tous les facteurs pertinents, notamment la crédibilité de l'accusé et celle des autres témoins, le danger que ce dernier admette des éléments importants pour la poursuite ou la confirmation de la

---

223 - Pierre Béliveau et Martin Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (18e éd.), Thémis, Montréal, 2011, par. 1356 et suiv.

224 - Art. 650(3) et 802(1) C.cr.

225 - *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Dersch c. Procureur général du Canada*, [1990] 2 R.C.S. 1505.

226 - Pierre Béliveau et Martin Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (18e éd.), Thémis, Montréal, 2004, par. 1476 et suiv.

227 - Pierre Béliveau et Martin Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (18e éd.), Thémis, Montréal, 2004, par. 1453 et suiv.

228 - *R. c. Graham*, [1974] R.C.S. 206.

229 - Pierre Béliveau et Martin Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (18e éd.), Thémis, Montréal, 2004, par. 555, 557, 1469.

230 - *R. c. G.D.B.*, [2000] 1 R.C.S. 520, par. 34, repris dans *R. c. Roberge* 2011 QCCA 1596, par. 63-64; *R. c. Chevreuil*, EYB 2008-128646, 2008 QCCA 82, par. 29 à 31; *R. c. Carignan*, [2003] R.J.Q. 1002, par. 31 (C.A.); *R. c. Smith*, (1998) 120 C.C.C. (3d) 500 (C.A.O.) et jurisprudence citée.

culpabilité de l'accusé que le jury pourrait tirer de son silence[231]. L'accusé doit également tenir compte du fait qu'il devra admettre, le cas échéant, ses antécédents judiciaires[232], ainsi que de l'avantage de procéder à sa plaidoirie finale après celle du procureur de la poursuite s'il n'appelle aucun témoin[233].

[165] Dans l'arrêt *Moore*, la Cour d'appel de la Saskatchewan a indiqué que l'accusé doit également prendre lui-même toutes les décisions importantes du procès, comme celle de plaider coupable, d'accepter une offre de règlement et de porter sa cause en appel, étant entendu qu'il doit bénéficier des conseils d'un procureur compétent avant de ce faire[234].

B. Le procureur de la défense : le maître d'œuvre

[166] Le rôle de l'avocat de la défense consiste à tenter, par tous les moyens légaux, d'obtenir l'acquittement de son client. Il doit donc, dans tous les cas, s'efforcer de faire déclarer inadmissibles les éléments de preuve dès qu'il a une chance d'y parvenir. Il doit aussi, lorsqu'il est possible de le faire, contre-interroger les témoins de la poursuite afin d'affaiblir leur crédibilité.

[167] Les articles 10 et 11 du chapitre IX du *Code de déontologie professionnelle* des avocats préparé par l'Association du Barreau canadien décrivent très bien le rôle de l'avocat de la défense :

> 10. En défendant un accusé, l'avocat doit chercher, dans toute la mesure du possible, à empêcher la condamnation de son client, si ce n'est par un tribunal compétent et sur la foi de preuves légales, établissant de façon suffisante la culpabilité de l'accusé quant aux charges qui pèsent contre lui. En conséquence, et quelle que soit son opinion sur la crédibilité des témoignages ou sur le fond même de l'affaire, l'avocat de la défense peut se servir de n'importe quelle preuve ou défense (même purement technique), pourvu qu'elle ne soit pas manifestement fausse ou frauduleuse.
> 11. L'accusé doit être averti que les aveux, qu'il fait à son avocat, peuvent imposer des limites à la conduite de sa défense. Ainsi, s'il est clair, à la suite de tels aveux, que les éléments de faits ou psychologiques constitutifs de l'infraction, existent, l'avocat

231 - Dans l'arrêt *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874, la Cour suprême a indiqué que le défaut de témoigner de l'accusé ne constitue pas une preuve qui peut en compléter une insuffisante en elle-même, mais elle peut en confirmer une qui est hors de tout doute raisonnable (par. 89-90).

232 - *Loi sur la preuve au Canada*, art. 12. Rappelons que le juge du procès possède un pouvoir discrétionnaire pour limiter ce contre-interrogatoire. Voir Pierre Béliveau et Martin Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (18e éd.), Thémis, Montréal, 2011, par. 581-586.

233 - Art. 651(3) C.cr.

234 - *R. c. Moore*, (2002) 163 C.C.C. (3d) 343, par. 48 (C.A.S.).

peut, s'il est convaincu de la sincérité des aveux, contester la compétence du tribunal, le libellé de l'acte d'accusation ou encore la recevabilité ou la suffisance de la preuve; mais il ne saurait vu les aveux de son client, ni tenter de démontrer qu'une autre personne a commis l'infraction ni présenter une preuve qu'il sait être mensongère. Il ne doit pas non plus, bâtir un moyen de défense incompatible avec les aveux de son client, par exemple en essayant d'étayer un prétendu alibi. Les aveux du client à son avocat l'empêcheront de s'attaquer librement à la preuve de la Couronne. Certes, il est en droit de tester la preuve présentée par les témoins au support de l'accusation et de soutenir que la preuve dans son ensemble n'est pas suffisante pour entraîner la condamnation de l'accusé, mais il ne devrait pas dépasser ces limites.[235]

[168] La jurisprudence a d'ailleurs reconnu le sérieux problème d'éthique qui se pose lorsque l'accusé a admis sa culpabilité à son avocat. Évidemment, ce dernier ne pourra faire entendre, pour la défense, des témoins qui contrediraient la version qu'il a reçue en confidence de son client, car il se rendrait alors partie à un parjure[236]. Au surplus, il devra, avant le procès, avoir clairement établi avec son client que ce dernier ne témoignera pas pour sa défense. En effet, l'accusé étant assermenté s'il choisit de témoigner, le fait pour l'avocat d'accepter que son client témoigne le rendrait également partie à un parjure.

[169] De là dérive un autre problème. En effet, il peut arriver que, malgré une telle entente entre l'avocat et le client, ce dernier, après la preuve de la poursuite, indique malgré tout son désir de témoigner. Le droit d'inspiration anglo-saxonne n'a jamais pu régler cette problématique d'une manière définitive. En fait, si cela se présente, trois hypothèses sont possibles. L'avocat peut demander à la cour de se retirer. Il peut également se limiter à poser à son client la question suivante : «Vous avez entendu la preuve de la poursuite. Racontez maintenant votre version des faits». Dans ces deux cas, si la cour est constituée d'un juge seul, ce dernier comprendra immédiatement la raison du comportement de l'avocat, de sorte que, ce faisant, il trahira la culpabilité de son client. Enfin, une troisième théorie veut qu'afin d'éviter ce dernier résultat, l'avocat ait alors le droit d'agir comme si de rien n'était.

[170] Rappelant qu'un accusé n'a pas le droit de se parjurer et que son procureur ne peut l'encourager à le faire, la Cour d'appel du Québec a retenu la première hypothèse, tout en mentionnant que ce dernier doit demander de se retirer du dossier tout en nuisant le moins possible à son client[237]. De même, la Cour supérieure de justice de l'Ontario,

---

235 - ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Code de déontologie professionnelle*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1987, p. 42 et 43.

236 - *R. c. Legato*, (2003) 172 C.C.C. (3d) 415, par. 88 (C.A.Q.).

237 - *R. c. Legato*, (2003) 172 C.C.C. (3d) 415, par. 88 (C.A.Q.).

invoquant quelques décisions et articles sur la question, a indiqué que le procureur ne saurait d'aucune manière se rendre partie à un parjure, de sorte que le juge doit permettre son retrait du dossier si un collègue est prêt à le remplacer au pied levé[238].

[171] Par ailleurs, si l'accusé n'admet pas sa culpabilité dans le cabinet de l'avocat, mais que ce dernier a des doutes quant à sa version, il peut accepter le mandat, car il ne lui appartient pas de juger la cause. Il doit se limiter, sur le plan professionnel, à aviser son client des «chances de succès» de sa défense et à l'aviser, le cas échéant, que ce dernier sera bien mal venu de réclamer la clémence de la cour s'il devait être déclaré coupable après que le juge ait rejeté sa défense comme absolument non crédible[239]. L'avocat devra également être conscient que s'il s'associe trop facilement à une telle stratégie, il risque de mettre en cause sa propre réputation aux yeux des tribunaux.

§ 2 : L'expert

[172] Contrairement à la solution qui est retenue dans de nombreux pays européens, l'expert ne jouit, face au tribunal, d'aucun statut particulier. Comme tout autre témoin, il appartient à la partie qui désire le faire entendre de le choisir et de l'assigner. De la même manière, il n'est soumis à aucune obligation d'impartialité, quoique ce facteur soit évidemment pertinent pour apprécier la crédibilité et la fiabilité de son témoignage. Comme tout autre témoin, il sera assermenté et soumis au contre-interrogatoire de la partie adverse. Cette dernière pourra, elle aussi et dans les mêmes conditions, faire entendre son propre expert. [173] Le droit a toutefois prévu des règles relatives à l'admissibilité du témoignage de l'expert et à la mise en œuvre de son témoignage. Nous traiterons successivement de ces deux questions.

A. : L'admissibilité du témoignage de l'expert

[174] Dans l'arrêt *Mohan*, la Cour suprême a défini les règles relatives à l'admissibilité de la preuve d'expert. Elles sont au nombre de quatre, soit la pertinence, la nécessité d'aider le juge des faits, l'absence de toute autre règle d'exclusion et la qualification suffisante de l'expert[240].

[175] La preuve d'expert est assujettie, comme toute autre preuve, à l'exigence de la pertinence. Cela dit, elle sera néanmoins exclue si elle peut avoir sur le procès un impact démesuré. Ce sera le cas si, comme pour toute autre preuve, elle cause un préjudice plus grand que sa

238 - *R. c. Jenkins,* (2001) 152 C.C.C. (3d) 426 (C.S.J.O.).

239 - Bien que le parjure de l'accusé ne soit pas un motif pour lui imposer une sentence plus lourde, la jurisprudence reconnaît toutefois que cela justifie un refus de la clémence. Voir *R. c. Abenaim*, [1996] R.J.Q. 1911 (C.S.) et jurisprudence citée.

240 - *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9.

valeur probante, mais également «si elle exige un temps excessivement long qui est sans commune mesure avec sa valeur ou si elle peut induire en erreur en ce sens que son effet sur le juge des faits, en particulier le jury, est disproportionné par rapport à sa fiabilité»[241]. Cette dernière restriction explique, entre autres, pourquoi l'on a exclu la preuve des résultats du détecteur de mensonge[242].

[176] De même, il faut démontrer la fiabilité des nouvelles techniques ou disciplines scientifiques ou d'un usage nouveau de techniques connues. Il faut notamment se demander (1) si la théorie ou la technique peut être et a été vérifiée; (2) si elle a fait l'objet de contrôle par des pairs et d'une publication; (3) si elle a un taux connu ou potentiel d'erreur ou fait l'objet de normes et (4) si elle est généralement acceptée[243]. On devra être d'autant plus exigeant lorsque l'expertise peut avoir une valeur probante très forte sinon décisive[244].

[177] Dans l'arrêt *K.(A.),* la juge Charron a énuméré une série de facteurs que le juge peut prendre en considération pour déterminer si la preuve a suffisamment de valeur probante pour justifier son admissibilité. Il faut déterminer dans quelle mesure l'expertise (1) s'appuie sur des faits dûment prouvés; (2) supporte la conclusion qu'on veut démontrer; (3) porte sur une question factuelle importante; (4) est fiable; (5) est facilement accessible ou au contraire susceptible d'induire le jury en erreur et (6) prête à controverse, étant susceptible d'entraîner de longs contre-interrogatoires ou une contre-expertise[245].

[178] La partie qui veut faire entendre un expert devra, au préalable, démontrer par une preuve prépondérante[246] la qualité d'expert du témoin, c'est-à-dire qu'il peut aider le juge des faits. Dans l'arrêt *Marquard*, la Cour suprême, sous la plume de la juge McLachlin, a formulé en ces termes la règle applicable. La juge McLachlin a déclaré ce qui suit :

> La seule condition à l'admission d'une opinion d'expert est que "le témoin possède des connaissances et une expérience spéciales qui dépassent celles du juge des faits" : *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, à la p. 415. Les failles dans l'expertise concernent la valeur du témoignage et non son admissibilité. Comme l'ont dit Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), aux pp. 536 et 537 :

241 - *R. c. Mohan,* [1994] 2 R.C.S. 9, 21, c. Au même effet, voir *R. c. J.-L.J.,* [2000] 2 R.C.S. 600, par. 47.

242 - *R. c. Béland,* [1987] 2 R.C.S. 398, 434. Dans l'arrêt *R. c. Amyot,* [1991] R.J.Q. 954, la Cour d'appel du Québec a en sus pris acte du fait que le polygraphe n'est pas infaillible. Les policiers peuvent néanmoins y recourir pour confirmer définitivement l'hypothèse de l'innocence d'une personne.

243 - *R. c. J.-L.J.,* [2000] 2 R.C.S. 600, par. 33, 35.

244 - *R. c. J.-L.J.,* [2000] 2 R.C.S. 600, par. 37 ; *R. c. Mohan,* [1994] 2 R.C.S. 9, 25, j.

245 - *R. c. K.(A.),* (1999) 137 C.C.C. (3d) 225, par. 80-89 (C.A.O.).

246 - *R. c. Terceira,* (1998) 123 C.C.C. (3d) 1, par. 45 et 46 (C.A.O.), confirmé à [1999] 3 R.C.S. 866. On a indiqué que ce fardeau est le même lorsqu'il s'agit d'une technologie nouvelle.

> [Traduction] L'admissibilité du témoignage [d'expert] ne dépend pas des moyens grâce auxquels cette compétence a été acquise. Tant qu'elle est convaincue que le témoin possède une expérience suffisante dans le domaine en question, la cour ne se demandera pas si cette compétence a été acquise à l'aide d'études spécifiques ou d'une formation pratique, bien que cela puisse avoir un effet sur le poids à accorder au témoignage.[247]

[179] À titre d'exemple, on peut mentionner l'arrêt *Salvador*[248], où la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a déclaré que le juge de première instance avait à juste titre qualifié d'expert sur la navigabilité des bateaux un individu qui avait une expérience de 33 ans comme capitaine de navire et qui, à titre de surintendant des vaisseaux navals auxiliaires, avait consacré les sept dernières années à en faire les examens de navigabilité.

[180] Les failles de l'expertise n'affectent donc pas la recevabilité du témoignage de l'expert, mais uniquement sa valeur probante[249]. La participation de l'expert demeure importante, puisque le juge ne peut consulter, pendant son délibéré, des ouvrages scientifiques qui n'ont pas été mis en preuve par un témoin compétent[250]. Le juge des faits ne peut non plus tirer de la preuve des inférences scientifiques qui dépassent les connaissances ordinaires[251].

[181] Quant à l'exigence de la nécessité, cela implique qu'elle vise à fournir au jury les connaissances particulières pour décider; la preuve d'expert ne doit pas avoir pour effet de se substituer à lui. Il faut donc qu'on lui communique suffisamment de données pour pouvoir rendre un jugement éclairé sur le témoignage[252]. De même, cette exigence implique qu'une telle preuve ne sera admissible que si le juge des faits est incapable de tirer ses propres conclusions. Encore une fois, on vise à éviter que l'expert en vienne à usurper les fonctions du jury qui risque d'être indûment impressionné par les qualifications du témoin. Ce danger est exacerbé par le fait que cette preuve est très imperméable au contre-interrogatoire. À cela s'ajoute le fait que l'expert témoigne souvent à partir de données recueillies dans des publications scientifiques ou lors d'entrevues extrajudiciaires, dont la fiabilité ne peut être vérifiée par un contre-interrogatoire, ainsi que le fait que cette preuve est onéreuse en termes de temps et d'argent[253].

---

247 - *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, 243, b-f.

248 - *R. c. Salvador*, (1981) 59 C.C.C. (2d) 521, 535 (C.A.N.-É.). Voir aussi *R. c. Kinnie*, (1990) 52 C.C.C. (3d) 112 (C.A.C.-B.).

249 - *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, 243.

250 - *R. c. Désaulniers*, (1995) 93 C.C.C. (3d) 371 (C.A.Q.).

251 - *R. c. McQuarrie*, (1998) 127 C.C.C. (3d) 282, par. 19-20 (C.A.A.).

252 - *R. c. J.-L.J.*, [2000] 2 R.C.S. 600, par. 56-57.

253 - *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, par. 51-57.

[182] Aussi, le seul fait que l'expertise soit utile ne suffit pas. Le juge devra plutôt, si faire ce peut, donner au jury une directive appropriée, ce qui est de nature à épargner temps et argent. C'est notamment le cas en matière de divulgation tardive d'une agression sexuelle[254] et de modification du comportement d'un enfant présumément victime d'agression sexuelle[255].

[183] L'absence de toute règle d'exclusion implique que, sauf la possibilité de donner son opinion sur des faits qui sont de sa compétence, le témoignage de l'expert est assujetti aux règles normales d'admissibilité. Ainsi, dans l'arrêt *Morin*[256], on a jugé qu'un psychiatre ne peut témoigner de la propension de l'accusé à commettre le crime, ce type de preuve étant irrecevable par ailleurs.

B. La mise en œuvre du témoignage de l'expert

[184] Le témoignage des experts est à la fois régi par la loi et par la jurisprudence. Ainsi, le *Code criminel* prévoit que pour favoriser l'équité et l'efficacité des témoignages d'experts, une partie doit communiquer à l'autre, au moins trente jours avant le début du procès ou dans tout autre délai que fixe le juge, les noms, domaine de compétence et qualifications de l'expert qu'elle entend faire témoigner[257]. En sus, dans un délai raisonnable avant le procès lorsqu'il s'agit d'un témoin de la poursuite, et à la fin de la preuve à charge lorsqu'il s'agit d'un témoin de la défense, la partie doit fournir à l'autre le rapport de son expert ou un sommaire de son témoignage[258]. Si une partie ne se conforme pas à ces exigences ou que la partie adverse n'a pu de toute manière se préparer adéquatement, le juge pourra rendre des ordonnances spécifiques pour la partie qui s'estime lésée, en ajournant la procédure, en ordonnant le rappel de témoins ou en ordonnant de fournir les rapports ou détails supplémentaires[259].

[185] L'expert, comme tout autre témoin, est assujetti au contre-interrogatoire, lequel n'est pas limité au domaine de son expertise[260]. À la fin du procès, son témoignage est soumis à l'appréciation du juge des faits. Même non contredit, il peut ne pas être retenu par le tribunal, à qui il appartient de déterminer l'importance à accorder à son opinion[261]. Tout au plus, ses connaissances spéciales ou son expérience

254 - *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, par. 46, 65, 67.

255 - *R. c. N.(R.A.)*, (2001) 152 C.C.C. (3d) 464 (C.A.A.).

256 - *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.

257 - Art. 657.3(3)*a*) C.cr.

258 - Art. 657.3(3)*b*) et *c*) C.cr.

259 - Art. 657.3(4) et (5) C.cr.

260 - *R. c. R.(D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291, par. 45.

261 - *R. c. Ratti*, [1991] 1 R.C.S. 68; *R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263; *R. c. Phillion*, [1978] 1 R.C.S. 18; *R. c. Cooper*, [1980] 1 R.C.S. 1149.

particulière dans certains domaines amèneront la cour à considérer ses opinions sur un sujet précis ou les conclusions qu'il tire relativement à certaines hypothèses.

[186] La Cour suprême a clairement fait la distinction entre le témoignage que peut rendre un témoin ordinaire et celui que peut rendre un témoin expert. Dans l'arrêt *Abbey*, la Cour définit ainsi le rôle du témoin ordinaire :

> Les témoins déposent quant aux faits. Le juge ou le jury tire des conclusions à partir des faits. [TRADUCTION] "Dans le droit de la preuve, "opinion" s'entend de toute conclusion qu'on tire d'un fait observé, et le droit dans ce domaine dérive de la règle générale selon laquelle les témoins doivent uniquement parler de ce qu'ils ont observé directement". (*Cross on Evidence* [...]). Lorsqu'il est possible de séparer les faits des conclusions tirées de ces faits, le témoin ne peut témoigner que sur les faits. Toutefois, cela n'est pas toujours possible et [TRADUCTION] "le droit fait preuve de souplesse dans ces cas limites en permettant aux témoins d'exprimer leur opinion relativement à des questions qui n'exigent pas de connaissances particulières, chaque fois qu'il leur serait virtuellement impossible de séparer leurs conclusions des faits sur lesquels celles-ci se fondent" [...][262]

[187] La Cour a précisé, dans l'arrêt *Graat*, les cas où le témoin ordinaire pourra émettre une opinion :

> La liste des sujets sur lesquels un témoin ordinaire peut rendre un témoignage d'opinion est longue. Celle qui est mentionnée dans l'arrêt *Sherrard v. Jacob*, [...], n'est nullement exhaustive : (i) l'identification d'écriture, de personnes ou de choses; (ii) l'âge apparent; (iii) l'état physique d'une personne, notamment si elle est malade ou morte; (iv) l'état émotif d'une personne – c.-à-d. si elle est affligée, en colère, agressive, tendre ou découragée; (v) l'état des choses – c.-à-d. si elles sont usées, détériorées, neuves ou usagées; (vi) certaines questions d'évaluation; et (vii) des estimations de vitesse ou de distance.[263]

[188] Il faut également mentionner qu'un témoin ordinaire peut témoigner d'une expérience qu'il a faite et en livrer les résultats, sans toutefois les interpréter. C'est ce qu'a décidé la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Collins*, alors que la juge Charron a fait une étude exhaustive de la jurisprudence sur ce point. Dans cette affaire, un policier avait tiré à 16 reprises sur l'eau et il avait rapporté les résultats

262 - *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, 42.

263 - *R. c. Graat*, [1982] 2 R.C.S. 819, 835. Dans l'arrêt *R. c. Falkenberg*, (1995) 95 C.C.C. (3d) 307, la Cour d'appel de l'Alberta a décidé qu'une personne profane peut donner son opinion sur le fait qu'un individu était en état de choc.

factuels de son expérience[264]. En fait, un tel témoignage n'est pas une expertise, de sorte que le témoin ne peut formuler d'opinion. Il n'a pas non plus à être qualifié comme expert, quoique comme dans le cas de ce dernier, le juge doive conclure à la pertinence d'une telle preuve, à la nécessité d'aider le juge des faits et à l'absence d'une autre règle d'exclusion[265].

[189] Quant au rôle du témoin expert, la Cour suprême le définit comme suit dans l'arrêt *Lavallee*, reprenant la formulation de la règle énoncée dans l'arrêt *Abbey* :

> Quant aux questions qui exigent des connaissances particulières, un expert dans le domaine peut tirer des conclusions et exprimer son avis. Le rôle d'un expert est précisément de fournir au juge et au jury une conclusion toute faite que ces derniers, en raison de la technicité des faits, sont incapables de formuler. [TRADUCTION] "L'opinion d'un expert est recevable pour donner à la cour des renseignements scientifiques qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury. Si, à partir des faits établis par la preuve, un juge ou un jury peut à lui seul tirer ses propres conclusions, alors l'opinion de l'expert n'est pas nécessaire.[266]

[190] Ajoutons qu'alors que le témoin ordinaire ne peut émettre une opinion que relativement à des faits dont il a eu personnellement connaissance, le témoin expert peut émettre des opinions fondées sur du ouï-dire. Il s'agit là d'une importante prérogative du témoin expert par rapport au témoin ordinaire.

> Un témoin expert, comme tout autre témoin, peut témoigner quant à l'exactitude des faits dont il a une expérience directe, mais ce n'est pas là l'objet principal de son témoignage. L'expert est là pour exprimer une opinion et cette opinion est le plus souvent fondée sur un ouï-dire. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les opinions des psychiatres.[267]

[191] La Cour suprême a établi, dans l'arrêt *Lavallee*, la façon de traiter une preuve d'expert fondée sur du ouï-dire :

> 1. Une opinion d'expert pertinente est admissible, même si elle est fondée sur une preuve de seconde main.

---

264 - *R. c. Collins,* (2002) 160 C.C.C. (3d) 85, par. 16-36 (C.A.O.).

265 - *R. c. Collins,* (2002) 160 C.C.C. (3d) 85, par. 37-40 (C.A.O.); *R. c. Nikitin*, (2003) 176 C.C.C. (3d) 225, par. 12 (C.A.O.).

266 - *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, 870; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, 42. Voir aussi *Village of Kelliher c. Smith*, [1931] R.C.S. 672, 684.

267 - *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, 42.

> 2. Cette preuve de seconde main (ouï-dire) est admissible pour démontrer les renseignements sur lesquels est fondée l'opinion d'expert et non pas à titre de preuve établissant l'existence des faits sur lesquels se fonde cette opinion.
>
> 3. Lorsque la preuve psychiatrique consiste en une preuve par ouï-dire, le problème qui se pose est celui de la valeur probante à accorder à l'opinion.
>
> 4. Pour que l'opinion d'un expert puisse avoir une valeur probante, il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels se fonde l'opinion.[268]

[192] Quant à ce dernier élément, il faut se rappeler qu'on ne permettra pas le témoignage d'un d'expert ou son contre-interrogatoire sur un fait entièrement hypothétique, c'est-à-dire qui n'a ou n'aura aucune assise factuelle dans l'ensemble de la preuve[269]. Par ailleurs, «plus l'expert se fonde sur des faits non établis par la preuve, moins la force de son opinion sera grande» et «plus l'expert omet de prendre en considération des faits pertinents, moins le jury peut accorder de poids à son opinion»[270].

Conclusion

[193] Une constatation fondamentale s'impose suite à l'étude du rôle des divers intervenants dans le processus pénal canadien : c'est celui de la très grande indépendance des agents de l'État, même s'ils sont appelés à travailler ensemble.

[194] Tout d'abord le policier. Rappelons-nous que c'est lui qui, dans tous les systèmes accusatoires, est responsable de l'enquête, qui, en quelque sorte, instruit le dossier et qui a la responsabilité constitutionnelle de porter l'accusation, sauf le droit du ministère public d'intervenir d'une manière publique et à s'en expliquer. Il est indépendant de ministère public, lequel est indépendant du pouvoir politique. Par contre, il a beaucoup moins de pouvoirs que le policier français. Dans la plupart des cas où il désire poser un acte de nature à porter atteinte à la liberté de l'individu, il lui faut demander l'autorisation à un juge. Et s'il y a un procès, l'autorisation accordée par ce dernier pourra faire l'objet d'un contrôle par un autre juge.

[195] Ensuite, le ministère public qui est, comme dans tous les systèmes accusatoires, un avocat et qui est appelé à prendre le relais de la police.

---

268 - *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, 893.

269 - *R. c. Howard*, [1989] 1 R.C.S. 1337, 1347; *R. c. Grosse*, (1996) 107 C.C.C. (3d) 97, 101, f (C.A.O.); *R. c. Fiqia*, (1994) 87 C.C.C. (3d) 377 (C.A.A.).

270 - *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, 896, g; *R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, par. 22.

Cela étant, cet avocat est appelé à un devoir d'impartialité qui, à certains égards, rejoint celui du juge. Par ailleurs, le droit canadien a adopté l'institution anglaise du directeur des poursuites criminelles et pénales, le Director of Public Prosecution. Cela a pour effet de rendre le ministère public indépendant vis-à-vis du gouvernement qui ne peut intervenir dans une poursuite, sauf à devoir le faire publiquement et à s'en expliquer. En sus, le juge peut sanctionner l'abus de procédures.

[196] Quant au juge, il est nommé par le gouvernement, mais suite à un processus de nomination qui garantit sa compétence, excluant de ce fait ce que l'on pourrait appeler les créatures politiques. Surtout, il jouit, après sa nomination, d'une indépendance qui le met à l'abri de toute ingérence, tant sur le plan institutionnel qu'individuel. Par ailleurs, il possède des pouvoirs nettement plus grands que son homologue français, mais son rôle est avant tout celui d'arbitrer le débat judiciaire entre l'accusation et la défense.

[197] Donc, indépendance des agents de l'État, face au pouvoir politique, et interdépendance entre ceux-ci.

[198] Quant aux intervenants privés, rappelons tout d'abord l'accusé et son défenseur. Leur rôle est façonné par le droit au silence, que possède le suspect pendant l'enquête, et le droit de ne pas témoigner, que possède l'accusé durant la phase judiciaire. On désigne souvent ces deux droits comme le privilège de non-incrimination. L'État doit donc faire son enquête et éventuellement poursuivre le suspect sans que ce dernier soit tenu de s'expliquer. Cela fait qu'il arrive qu'un suspect ne soit pas accusé, sans qu'il n'ait donné sa version, ou qu'il soit acquitté, sans avoir témoigné. Tout cela est évidemment surprenant pour le juriste français.

[199] Cela fait que l'avocat a un rôle prééminent dans la défense de son client, surtout durant la phase judiciaire, qui est un combat entre le ministère public et l'accusé. Combat binaire car la victime en est exclue, ce qui implique que ce combat se livre exclusivement sur le plan pénal, sauf une possibilité étroite que le juge ordonne l'indemnisation.

[200] Enfin, l'expert, qui est au service des parties et non de la cour. C'est encore là une conséquence de la nature accusatoire du système.

UN EXEMPLE DE DROIT AMERICAIN

Arthur Dethomas
Avocat aux barreaux de Paris et de New York, ancien premier secrétaire de la Conférence, Cotty Vivant Marchisio & Lauzeral

L'arrestation à New York le 14 mai 2011 et les quelques mois qui ont finalement mené le procureur de Manhattan à renoncer aux poursuites pénales à l'encontre de Dominique Strauss Kahn ont mis en évidence des différences fortes qui existent entre le système pénal français et américain.

Après les rebondissements de l'affaire Bettencourt, ces différences ont ranimé le débat sur la suppression éventuelle du juge d'instruction en France qui jusque-là semblait n'intéresser que les professionnels. On a soudain frémi à l'abandon par notre système judiciaire de ce juge dont Balzac écrivait qu'« aucune puissance ni le roi, ni le garde des sceaux, ni le Premier ministre ne peuvent empiéter sur le pouvoir d'un juge d'instruction. Rien ne l'arrête, rien ne lui commande. C'est un souverain soumis uniquement à sa conscience et à la loi »[1].

C'est que le juge d'instruction symbolise plus qu'aucun autre la justice française. Il est celui dont on attend tout : débusquer les coupables, réconforter les victimes et enfin découvrir la vérité, en un mot être « Maigret et le roi Salomon réunis » selon l'expression de Robert Badinter.

Au-delà d'une trop simple opposition entre un système pénal accusatoire à l'américaine et inquisitoire à la française, c'est aux fondements de ces deux approches qu'il convient plutôt de s'intéresser pour en comprendre la structure.

1 - Balzac, Splendeurs et misères des courtisanes, 1847.

Les Etats-Unis d'Amérique sont nés en 1776 de l'opposition à l'occupant britannique. Le système judiciaire qui a résulté de la victoire de la guerre d'indépendance est conçu, pas tant comme un organe répressif mais plutôt comme une instance, garante des libertés et protectrice des droits de l'individu. De fait, les garanties accordées aux justiciables en matière pénale sont inscrites dans le *Bill of Rights* constitué par les dix premiers amendements de la Constitution. La liberté conquise à l'occupant anglais doit être préservée, mais également garantie contre l'arbitraire de l'Etat et de ses représentants.

A l'inverse, notre système judiciaire hérité de l'Ancien régime a été conçu d'abord comme un système répressif : la justice protège la communauté des personnes qui enfreignent les règles instaurées.

Cette différence essentielle dans la vision du rôle que la justice pénale doit jouer dans la société se traduit dans les faits et dans la procédure par des différences marquées, notamment s'agissant de deux concepts essentiels que sont la vérité (section I) et la liberté (section II).

Section I - La vérité

§ 1 : Une approche différente de la quête de vérité

A. « Nul ne peut se constituer de preuve à soi-même »

1) La vérité est factuelle, pour ainsi dire scientifique. En revanche, l'approche de la vérité, sa démonstration par la preuve, est culturelle.

Le droit français fait le choix de la méfiance : l'un des concepts du droit pénal, fréquemment rappelé par la Cour de cassation[2] est que nul ne peut se constituer de preuve à soi-même. Les tribunaux et, plus globalement, les juristes français, semblent persuadés que quiconque parle dans son intérêt n'est pas à même de dire la vérité, concept supérieur nécessairement désintéressé.

Autrement dit, puisque l'on ne peut pas croire les parties au procès, il ne leur appartient pas d'apporter la preuve de ce qu'elles avancent. En matière pénale, c'est à la figure centrale du juge d'instruction d'y procéder, dans un souci d'impartialité et d'égalité entre les parties. On retrouve là le principe fondamental du système inquisitoire dans lequel les fonctions d'instruction et de jugement sont dissociées l'une de l'autre.

Le juge français cherche donc la vérité et sa révélation par les preuves qu'il collecte indépendamment des parties. C'est sur ce magistrat que le système français fait peser la tâche d'atteindre à l'issue du processus de

2 - Cf. par ex. cass 1ère civ., 2 avril 1996, Bull., n° 170.

l'instruction, la vérité, ce « trésor caché au fond du jardin » selon l'expression de Daniel Soulez-Larivière[3].

2) Le système américain est plus pragmatique. C'est qu'il se fait assez peu d'illusion sur sa capacité à révéler la vérité. Ce n'est donc pas la manifestation de la vérité qu'il cherche, mais la mise en place d'un processus à l'issue duquel se manifeste la vérité judiciaire, c'est-à-dire la solution apportée au litige, résultat de l'administration de la preuve par chacune des parties et de son appréciation par le tribunal.

Pour parvenir à cette vérité judiciaire, le système américain attache en revanche une importance toute particulière à la qualité des preuves et à leur sincérité.

B. Vérité et jugement

Le tribunal français est saisi d'un dossier, fruit de l'instruction et de la quête objective de la vérité par un juge indépendant. Le tribunal américain quant à lui voit s'affronter deux thèses, deux versions vraisemblables, présentées par l'accusation d'une part et par la défense d'autre part.

La décision que prend le tribunal américain paraît dès lors plus simple que celle que doit prendre le juge français. Il doit en effet choisir la thèse qui lui semble la plus crédible, alors que de son côté, le juge français doit assumer le poids de la vérité découlant de sa décision. De là vient le « tempo » du procès pénal américain : l'accusation présente son dossier puis, dans un deuxième temps, la défense présente le sien.

S'agissant de la décision de culpabilité, celle-ci est prise en fonction de principes distants. En France, le juge condamne en accord avec son « intime conviction » ; aux Etats-Unis, le jury condamne pour autant que la culpabilité lui soit démontrée par l'accusation au-delà d'un doute raisonnable (*beyond a reasonable doubt*).

Enfin, alors qu'en France l'intime conviction guide le juge en toute matière, aux Etats-Unis, le degré de conviction à atteindre pour entrer en voie de condamnation est différent selon que l'on se trouve en matière pénale (*beyond a reasonable doubt*) ou en matière civile, où le degré requis pour condamner est moindre puisque l'on se détermine selon la prépondérance des preuves (*preponderance of the evidence*). Cette différence a une conséquence inéluctable : la séparation des poursuites pénales et d'une éventuelle plainte civile de la victime, pouvant mener à une situation perçue comme ubuesque de ce côté-ci de l'Atlantique où une personne peut à la fois être jugée non coupable

3 - Daniel Soulez-Larivière, Le mythe de la collégialité de l'instruction, Le Figaro, 23 févr. 2006.

d'une infraction pénale et pour autant considérée comme responsable de la faute civile que constitue l'infraction.

Les deux procédures, française et américaine, contiennent en filigrane les traces de cette différence dans leur approche respective de la vérité.

§ 2 : Quelques exemples des conséquences de cette différence sur la procédure pénale

A. L'administration de la preuve

1) L'admissibilité de la preuve

a) Le rôle minimaliste joué par le juge dans la découverte de la vérité laisse une grande marge de manœuvre aux parties. Au niveau fédéral, ce sont les *Federal rules of procedure* qui régissent la procédure de *discovery*, phase d'échange de preuves.

Chaque partie constitue son dossier en vue de l'audience, consulte ses experts, trouve et interroge ses témoins.

L'aspect fondamental de la procédure de *discovery* est la possibilité pour les parties d'obtenir communication de n'importe quel élément de preuve en rapport avec la procédure, souvent même si cet élément de preuve ne peut être admis aux débats, pour quelque raison que ce soit.

A la demande d'une partie, le juge peut donc contraindre par ordonnance l'autre partie à communiquer certaines pièces qu'elle est supposée avoir en sa possession.

En droit français, il est bien sûr envisageable de procéder à des sommations, mais celles-ci sont rigoureusement encadrées, nécessitent l'accord du juge pour avoir une force impérative et ne peuvent porter que sur des éléments précis. Elles ne peuvent pas constituer une passerelle vers tous les documents confidentiels de la partie adverse.

b) Puisque la procédure française est marquée par la quête de la vérité, la preuve est nécessairement libre en matière pénale[4], où même un élément de preuve obtenu de manière illicite ou déloyale peut être admis devant le tribunal[5].

La règle principale de l'admissibilité de la preuve en matière pénale aux Etats-Unis est la règle de pertinence (*relevance*). Dès lors qu'un élément

4 - Selon les termes de l'article 427 du code de procédure pénale : « (...) les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve ».

5 - Cf. par ex. cass. crim., 15 juin 1993, Bull., n° 210.

se rapporte directement et de façon pertinente à ce qui est au cœur du procès, il peut être admis, sous le contrôle du juge, arbitre de la procédure.

Cette règle peut aboutir à écarter des éléments de preuve possiblement indispensables à la manifestation de la vérité. Mais là où en France, on juge un homme pour des faits qu'il est accusé d'avoir commis, aux Etats-Unis *a contrario*, on tente de déterminer si l'accusé est coupable d'avoir commis les faits en cause. Ainsi par exemple, le passé du prévenu importe peu et il ne peut – sauf exception – pas en être fait état lors de l'audience, cet élément étant généralement jugé non pertinent.

Les défauts de cette procédure de *discovery* sont connus : elle est chronophage et coûteuse. C'est en cela qu'elle est accusée de créer une justice à deux vitesses où seraient mieux défendus les justiciables qui ont les moyens financiers de supporter le coût d'une défense efficace.

2) L'audition des témoins

a) Dans la mesure où la quête de vérité se borne au choix de la thèse la plus vraisemblable, la preuve – et particulièrement la preuve orale – occupe une place prépondérante dans la procédure américaine.

Les témoins font donc l'objet d'une attention particulière : ils sont interrogés successivement par les deux parties à l'audience lors de la *cross examination*.

Plus généralement, la *cross examination* et l'importance de l'oralité des débats symbolisent le moment où l'on tente d'élucider l'affaire : pendant l'instruction en France, pendant l'audience aux Etats-Unis. On cherche ainsi à éviter une décision qui ne serait rendue qu'au travers de la perspective, parfois erronée, que le juge d'instruction aura transmise au tribunal.

C'est notamment au cours de la *cross examination* que peuvent être abordés des éléments extérieurs aux faits de la cause, dans l'objectif d'attaquer la crédibilité de la parole d'un témoin.

b) Contrairement au droit français, les parties elles-mêmes sont entendues sous le statut de témoin, ce qui implique qu'elles prêtent serment de dire la vérité et s'exposent, dans le cas contraire, à des poursuites pour parjure.

Cela suppose toutefois que le prévenu ait consenti à s'exprimer. Le 5ème amendement de la constitution américaine l'autorise en effet à garder le silence s'il le souhaite. Dans la mesure où il appartient à l'accusation d'apporter la preuve de sa culpabilité, rien ne l'oblige à s'auto-incriminer. Le tempo du procès pénal (où l'accusation doit apporter la preuve

de la culpabilité, la défense pouvant se borner à une position d'attente) lui permet de choisir jusqu'à la dernière minute s'il entend témoigner.

B. Le rôle des jurés

Un mot sur le rôle joué par les jurés. A ce jour et jusqu'à l'entrée en vigueur par étapes de la réforme sur l'introduction des jurés populaires en correctionnelle, les jurés n'interviennent en France que devant la Cour d'assises, avec des exceptions concernant les affaires (notamment en matière de terrorisme) et prennent leurs décisions à la majorité qualifiée. Présentée par certains comme le symbole de la méfiance pour des jurés laissés à eux-mêmes, leurs délibérations se font systématiquement avec – certains diraient sous le contrôle – des magistrats professionnels.

Aux Etats-Unis à l'inverse, le jury est la règle : il délibère seul et à l'unanimité (il faut revoir le célèbre film de 1957 *Twelve Angry Men* de Sydney Lumet avec Henry Fonda).

En revanche, les jurés ne se prononcent en général que sur la culpabilité, la décision sur la peine revenant au juge arbitre de la procédure.

Les deux systèmes prévoient un mode de contrôle de l'impartialité des jurés. En France, les articles 297 et 298 du code de procédure pénale mettent en place la procédure de récusation des jurés. Toutefois, les informations à la disposition des parties sont très succinctes et la récusation s'en retrouve nécessairement basée sur un raisonnement rapide et subjectif. Bien différent est le processus aux Etats-Unis : chaque partie y a en effet droit à un quota de récusations discrétionnaires, mais également des récusations *for cause* à la suite d'entretiens et de questionnaires remplis par les jurés potentiels sur toute question qui paraît pertinente aux parties au cours de la phase de *voir dire*.

Section II - La liberté

§ 1 : Des libertés garanties par la Constitution

Les droits du justiciable sont énoncés dans les 10 premiers amendements de la Constitution des Etats-Unis et ont vu leur force réaffirmée par la Cour suprême, principalement sous la présidence du légendaire *Chief justice* Earl Warren[6].

Pour n'énumérer que quelques-uns de ces droits relatifs à la seule procédure :

6 - C'est sous sa présidence de la Cour suprême que furent notamment rendus les arrêts célèbres *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) qui mit un terme à la ségrégation raciale dans les écoles publiques ou encore *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) (cf. § 2 A. *infra*).

- le 4ème amendement protège des fouilles et perquisitions auxquelles pourraient abusivement procéder les pouvoirs publics (*prohibition against unreasonable searches and seizures*) ;

- le 5ème amendement interdit aux individus d'être jugés deux fois pour des faits similaires (*prohibition against double jeopardy*). Il est également fondamental en ce sens qu'il autorise l'inculpé à ne pas témoigner contre lui-même (*privilege against compulsory self-incrimination*), c'est-à-dire que ce dernier peut garder le silence sans que cela ne puisse être retenu contre lui ;

- le 6ème amendement garantit le droit à un procès rapide (*right to a speedy trial*), public (*public trial*) et dont la décision est soumise à un jury (*right to a trial by jury*). Il autorise la confrontation des témoins (*right to confront witnesses*) et prévoit leur comparution, y compris par la contrainte (*compulsory process*).

Au-delà de ces garanties constitutionnelles, c'est bien toute la procédure pénale qui est orientée en priorité vers la protection des libertés des inculpés (*due process*).

§ 2 : Des libertés garanties à chaque étape de la procédure

A. Dès l'arrestation...

Aux Etats-Unis, l'individu doit demeurer libre, jouissant de ses droits et libertés. Une arrestation n'est envisageable que dès lors que la police considère qu'elle dispose de suffisamment d'éléments rendant probable la participation du mis en cause à une infraction (*probable cause*).

Depuis le célèbre arrêt de la Cour suprême *Miranda*, les droits des justiciables doivent leur être énoncés dès leur arrestation[7].

En France, la réforme de la garde à vue a permis des avancées significatives en ce domaine. On assiste donc à un renforcement progressif des droits de la défense, dans le sens de la conception américaine.

B. ...jusqu'au procès

Le suspect américain est rapidement déféré devant un juge pour son audience préliminaire (en cas de *felony,* inculpations les plus graves). Au cours de cette audience, il a la faculté de contester l'acte d'accusa-

7 - *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), arrêt à l'issue duquel la Cour suprême annula la condamnation à 20 années de réclusion pour viol et meurtre prononcée en 1963 à l'encontre d'Ernesto Miranda au motif que ce dernier n'avait pas été formellement informé de ses droits de consulter un avocat et à ne pas s'auto-incriminer avant sa confession des faits aux forces de police alors qu'il avait été arrêté pour des faits de vol. Rejugé et de nouveau condamné sur la base d'éléments de preuve différents, il fut libéré en 1972 et mourut en 1976, à 34 ans, poignardé au cours d'une rixe à la sortie d'un bar.

tion et les charges retenues contre lui. Le juge doit à ce stade s'assurer du bien-fondé de la *complaint* et de ce fait, le mis en cause a la faculté de présenter des témoins et d'auditionner (ou contre-interroger) les premiers témoins de l'affaire. Dès l'étape suivante, à savoir l'*arraignment*, le suspect peut déposer une demande de relaxe.

En droit français, le juge d'instruction possède seul cette aptitude d'analyser le bien fondé des poursuites, et le mis en examen devra attendre l'audience pour jouer la carte de la relaxe : ce n'est qu'à ce moment qu'interviendra le débat contradictoire.

La liberté à l'audience s'entend ensuite de sa publicité, garantie par le 6ème amendement. Le 1er amendement (*free speech*) protège en outre la faculté qu'on les citoyens et la presse de faire état des débats. La retransmission des débats est possible, sous le contrôle du juge.

La liberté s'entend enfin de l'indépendance de l'autorité de poursuites. Cette indépendance – relative lorsque l'autorité de poursuite est élue ou nommée – est en outre renforcée par l'existence de procureurs indépendants (*special prosecutor*) particulièrement dans des affaires à dimension politique.

§ 3 : Le *plea bargaining*, une liberté excessive ?

Du fait de l'oralité des débats et de l'importance accordée au choix des jurés puis à la parole des témoins, la justice américaine ne peut matériellement maintenir le modèle accusatoire qui est le sien que grâce à une pratique très importante du plaider coupable.

En effet, moins de 5% des affaires pénales vont jusqu'au procès. Le reste fait l'objet de transactions.

Le *plea bargaining* pousse à l'extrême la liberté dont jouit le prévenu. En effet, grâce à ce procédé, le suspect a la possibilité de renoncer à sa qualité de partie. Ce faisant, il renonce au droit d'être jugé par un jury, au droit de ne pas témoigner contre lui-même et au droit de faire appel. Bien sûr cette procédure est accompagnée de formalités visant en particulier à s'assurer du libre arbitre de l'intéressé.

Même si cette technique permet d'accélérer la procédure pénale, elle n'est pas exempte de vices et les dérives en sont parfois décriées.

Dans ce domaine, le droit français a évolué également avec la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) instaurée par la loi Perben II du 9 mars 2004 qui permet la comparution immédiate d'un individu ayant reconnu les faits. Notre culture n'encourage cependant pas le marchandage qui caractérise la procédure américaine.

Les différences entre les deux procédures peuvent sembler irréconciliables, notamment à raison du rôle fondamental joué par le juge d'instruction. Toutefois, les évolutions législatives de la procédure pénale française d'une part, et les restrictions jurisprudentielles progressives de certains droits perçus comme trop contraignants pour que la justice passe aux Etats-Unis d'autre part, tendent à les rendre plus similaires. En outre, leur objectif apparaît de façon croissante similaire : préserver une justice accessible où chacun peut voir son affaire appelée et jugée dans un délai raisonnable.

RAPPORT DE SYNTHÈSE

Jacques-Henri Robert
Professeur émérite de l'Université de Paris II Panthéon-Assas

Les intellectuels, parmi lesquels on peut ranger les juristes, utilisent souvent l'expression : « Forger des concepts ». Elle révèle un complexe d'infériorité par rapport aux forgerons et aux travailleurs manuels en général. Car si un travail manuel est mal fait, l'expérience le montre promptement, alors qu'on peut ne pas apercevoir les inconvénients des concepts qui mériteraient d'aller à la ferraille.

Et en fait de synthétiseur de nos travaux, je vais me transformer en ferrailleur de leur thème principal, car deux auteurs Mme Coralie Ambroise-Casterot[1] et M. Ludovic Primot[2] m'ont convaincu qu'il convenait de nous débarrasser au plus vite de l'opposition cardinale entre l'accusatoire et l'inquisitoire. Selon les manuels que ces auteurs recensent pour les contester, il conviendrait de caractériser l'inquisitoire par une procédure écrite, secrète et non contradictoire et les épithètes inverses seraient appliqués à la procédure accusatoire qui serait donc orale, publique et contradictoire. Les législations modernes adopteraient l'une ou l'autre en les tempérant selon un éclectisme qui a chagriné M. Bilger et de la disparition duquel je veux le consoler.

Car une procédure inquisitoire peut être orale, et la preuve en est que les actes de la procédure d'Ancien régime s'appellent « procès-verbaux » marquant que le juge inquisiteur procédait oralement ; elle peut être publique, sans se dénaturer, comme l'a prouvé M. Benillouche ; elle peut être enfin contradictoire comme l'ont dit le même M. Benillouche et M. Maréchal.

1 - *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire, thèse Bordeaux* 2000.

2 - *Le concept d'inquisitoire en procédure pénale, LGDJ,* 2010.

Inversement, une procédure accusatoire peut être parfaitement non contradictoire ainsi qu'on l'a vu lorsque M. Strauss-Kahn fut emprisonné sans avoir su quelles preuves la police, qui gardait son accusatrice au secret, détenait contre lui.

Les deux auteurs précités ont révélé que l'opposition « inquisitoire-accusatoire » était plus idéologique que scientifique. Elle remonte à Voltaire dont la haine à l'égard des juges de l'Ancien régime est bien connue (il les appelait les « bœufs-tigres ») et qui rattachait l'instruction d'alors appelée en latin *inquisitio* à la Sainte-Inquisition de sinistre mémoire ; l'idéal était évidemment le contraire, c'est-à-dire l'accusatoire anglais. L'opposition entre les deux concepts est devenu un lieu commun avec « L'histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIème siècle jusqu'à nos jours » écrite par Adhémar Esmein et publiée en 1882. C'était une époque de fortes tensions politiques au cours de laquelle les républicains achevèrent les réformes entreprises sous la Révolution française dans une ambiance virulente d'anti-bonapartisme et d'anticléricalisme. Adhémar y prit sa part en attaquant le Code d'instruction criminelle, instrument de l'inquisitoire détestable et opposé à l'accusatoire supposé anglais, bienfaisant et désirable dans une République.
On peut donc se passer tout à fait de ce balancier faux et s'en tenir à des concepts moins mal forgés, comme ceux que vous avez utilisés. Ils sont tous rassemblés dans l'idée générale de « droits de la défense » qui est complexe (M. Benillouche) et doit donc être décomposée en principes et règles au contenu plus précis. La notion la plus importante est évidemment le contradictoire, qui appartient d'ailleurs à l'ensemble du droit processuel. L'autre est la participation des citoyens à l'exercice de la justice, comme acteurs ou spectateurs. Une synthèse n'étant pas une répétition, je m'interrogerai seulement sur le point de savoir si tous les propos de tous les orateurs convergent pour donner de ces deux ouvrages de ferronnerie la même image.

Section I – Le principe du contradictoire et les autres concepts

M. Maréchal a fait du principe du contradictoire un exposé complet et convaincant. Il m'appartient de rechercher comment il s'accorde avec deux autres notions : l'égalité des armes et le droit au secret.

§1 : L'égalité des armes

Voilà une expression bien mal forgée puisqu'elle fait référence aux duels judiciaires du Haut-Moyen-Age dont la procédure avait cependant le mérite d'être incontestablement accusatoire. Mais elle s'accorde bien avec l'idée du contradictoire
Cette expression n'est pourtant pas souvent invoquée dans la jurisprudence : on l'a vue apparaître à propos du délai d'appel du ministère

public, du pourvoi contre les arrêts de non-lieu, du régime de l'expertise (M. Maréchal).
Mais elle est tout à fait inadéquate si on cherche à l'utiliser pour décrire la procédure présententielle **même dans les pays de droit anglo-normand** dont les institutions ont été exposées par MM. Béliveau, Dethomas, Field, Létocard et de Hemptinne. Partout, l'investigateur public, qu'il s'agisse de la police, du procureur ou du juge d'instruction, dispose d'une puissance disproportionnée par rapport à celle des parties privées qui ne peuvent pas convoquer et interroger des témoins, perquisitionner, saisir des pièces à conviction, intercepter des télécommunications. Au mieux, elles peuvent demander à la police ou à un juge d'exécuter ou de faire exécuter ces mesures.
L'égalité des armes pendant la procédure présententielle ne doit même pas être souhaitée, qu'on la présente comme un rehaussement impossible des prérogatives des parties privées ou un abaissement des pouvoirs des enquêteurs publics, dangereux pour l'ordre public. M. Dethomas a expliqué qu'en droit américain le procès pénal n'est pas un instrument de répression mais une garantie de liberté. Il ne doit pourtant pas devenir un concours de beauté dans le respect des droits de l'homme dont l'épreuve-reine serait l'acquittement des malfaiteurs les plus avérés : on a cependant le soupçon que ce pourrait être le cas en s'informant sur les droits des Etats-Unis (M. Miranda) et du Canada (M. Béliveau) ou en examinant les faits reprochés aux justiciables qui forment et gagnent des recours devant la Cour européenne des droits de l'homme après des condamnations cent fois méritées selon la morale commune.
Dans quelques hypothèses, la partie privée a une arme meilleure que celle de l'accusation : en droit français au moins, elle peut s'emparer par ruse et artifices des éléments de preuve (M. Maréchal) et l'avocat de l'accusé ou du prévenu a toujours la parole en dernier ce qui est un avantage devant un jury populaire impressionnable ; les parties privées peuvent même mentir (Mme Daury-Fauveau) alors qu'on ne tolérerait pas cela d'un accusateur ; elles ont enfin le droit de se taire.

§2 : Le droit de se taire

L'adage « Qui ne dit mot consent » n'est pas vrai en procédure pénale lorsque le silence est celui d'un accusé. Le droit de se taire repose sur celui de ne pas s'accuser soi-même qui lui même est assis sur la crainte de l'extorsion de l'aveu. Mais le droit de garder le silence n'est que collatéral par rapport au principe du contradictoire puisqu'il ne constitue pas une contradiction. La personne qui ne dit rien ne contredit pas son accusateur. C'est pourquoi les limites du droit de se taire sont si nombreuses, et pourquoi aussi il ne comprend pas le droit de s'opposer à des perquisitions ou à des communications qui pourraient se révéler accusatrices. Le contradictoire pendant les perquisitions fait néanmoins quelques percées : la présence de la personne visitée ou celle de témoins, des droits plus substantiels qui se manifestent lors des

enquêtes conduites par des agents spécialisés sur le fondement des articles L 450-4 C. com., L 16 B LPF, 84 C. douanes etc.... Le droit à un recours effectif contre ces opérations a d'ailleurs été imposé par l'arrêt Ravon de la Cour européenne des droits de l'homme[3] à propos de ces enquêtes-ci et on peut se demander si elle ne va pas en étendre l'exigence aux perquisitions du Code de procédure pénale.

Pas plus que le droit de mentir, le droit de se taire n'appartient à l'accusation. Un procureur qui dissimulerait la preuve de l'innocence de l'accusé commettrait une faute grave que n'a pas voulu consommer le procureur qui poursuivit M. Strauss Kahn ; si elle était le fait d'un procureur français et si elle était découverte, elle serait un motif d'acquittement prononcé sous les applaudissements de l'assistance. J'en viens à elle.

Section II – La participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale

Puisque, selon un adage anglais, la justice ne doit pas seulement être faite, mais qu'on doit la voir se faire, la publicité de la justice relève des droits de la défense. Les citoyens, en la regardant, participent à son fonctionnement, comme ils le font quand ils passent de l'autre côté de la barre.

§1 : La publicité des débats

M. Benillouche a été, sur le sujet très convaincant. Ajoutons aux limites de la publicité les nombreuses procédures sans jugement : composition pénale, ordonnance pénale, amende forfaitaire, transaction, toutes institutions dont le champ d'application s'étend continûment et en dernier lieu avec la loi du 13 décembre 2011. Sur la justice des mineurs, la chape du secret est plus lourde encore et c'est elle qui explique la triste affaire du meurtre de la jeune Agnès puisque la justice devait se taire sur les poursuites dont son meurtrier mineur faisait l'objet.
La publicité permet aux citoyens d'assister à l'audience, à condition que les hommes se découvrent et que tous se taisent « sans approuver ni improuver » comme disaient les vieux codes. Elle est beaucoup plus restreinte quand il s'agit de la publication des actes de la justice dans les médias, surtout lorsqu'il s'agit d'actes de l'enquête et de l'instruction.

§2 : Jurés et citoyens-assesseurs

Les exposés de MM. Béliveau et Field nous a persuadés une fois de plus que l'importation du jury en France a défiguré l'institution parce qu'elle n'a pas été associée au système de la preuve réglementée, notre législateur ayant, dès 1791, établi le principe de l'intime conviction. La cour d'assises a été davantage encore défigurée par la loi du 25 novembre

3 - CEDH, 3ème sect. 21 février 2008, Rev. sc. crim. 2008, p. 598, obs. H. Matsopoulou.

1941 qui a mêlé la cour et le jury dans la décision sur la culpabilité et la peine. La chose s'est encore aggravée avec la création des cours d'assises sans jurés. Nous vivons avec un monstre, mais nous nous y sommes d'autant plus facilement habitués que la pâture qu'on lui donne est mince : 3000 affaires par an à comparer aux 600.000 affaires des tribunaux correctionnels.
Mlle Engler et M. Bilger ont souligné avec raison la contradiction interne qui affecte la loi du 10 août 2011 puisque, d'une part, elle réduit le nombre des jurés et, d'autre part, crée des citoyens-assesseurs qui ne voteront pas dans le secret, comme le font les jurés et qui seront donc influencés par les magistrats, plus nombreux qu'eux.

Une conclusion optimiste s'impose néanmoins : le contradictoire fait des progrès sur le continent et le bon sens atténue les effets des subtilités anglo-normandes.

TABLE DES MATIÈRES

Avant propos : l'état de la procédure pénale française
par Philippe Bilger 5

PREMIERE PARTIE :
LES CRITERES DE LA PROCEDURE PENALE NATIONALE

L'oralité dans la procédure pénale française (le droit au silence)
par Morgane Daury-Fauveau 13

Section I - Les obligations françaises de s'auto-incriminer à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 14
§ 1 : Le suspect 15
§ 2 : Le « témoin-suspect » 18

Section II - La notification du droit au silence, garantie non exigée par la Cour européenne des droits de l'homme 21
§ 1 : Les exigences européennes 21
§ 2 : La réaction française 22

La publicité dans la procédure pénale française
par Mikaël Benillouche 25

Section I - Le secret de la phase préliminaire 29
§1 : Un secret limité quant aux personnes 29
A. L'application aux seules personnes concourant à la procédure 29
B. L'exclusion de principe des parties privées 30
C. L'exclusion des journalistes 31
§2 : L'étendue matérielle du secret 34
A. Le secret des actes d'investigation 34
B. Le secret des audiences juridictionnelles 35

Section II - La publicité de la phase décisionnaire 37
§ 1 : Le principe établi de publicité restreinte 37
§ 2 : Les restrictions à la publicité élargie 40

Le contradictoire dans la procédure pénale française
par Jean-Yves Maréchal 45

Section I - Le principe du contradictoire, source de droits pour le justiciable 46
§ 1 : Droit de se défendre 46
§ 2 : Droit de participer à la procédure 49

Section II - Le principe du contradictoire, source de devoirs pour le juge 51
§ 1 : Le contradictoire imposé au juge 51
§ 2 : Le contradictoire imposé par le juge 53

DEUXIEME PARTIE : LES ASPECTS INSTITUTIONNELS DE LA PROCEDURE PENALE NATIONALE

La participation des citoyens à la justice
par Angeline Engler 59

Section I - L'étendue de la participation des citoyens par la loi du 10 août 2011 60
§ 1 : Des dispositions relatives à la cour d'assises modifiées 60
§ 2 : La création d'un tribunal correctionnel dans sa formation citoyenne 63

Section II - Les répercussions de la loi du 10 août 2011 relatives à son entrée en vigueur 64
§ 1 : Les limites à l'étendue de la participation des citoyens à la justice pénale posées par le Conseil constitutionnel 64
§ 2 : De nombreuses interrogations relatives au fonctionnement futur de la participation des citoyens 66

Les procédures accusatoires et le rôle du juge d'instruction
par Aurélien Létocart 69

Section I – L'opportunité d'une procédure accusatoire en question 70
§ 1 : La nécessité relative d'une procédure accusatoire 71

§ 2 : La possibilité relative d'une procédure accusatoire 74
A. Conditions organiques 74
1) Une exigence de compétence et d'efficacité 74
2) Une exigence d'impartialité 75
3) Une exigence d'indépendance 75
B. Conditions matérielles 76
1) Un accroissement des moyens financiers 76
2) Un accroissement des moyens humains 77

Section II – Le glissement d'une procédure inquisitoire à une procédure contradictoire 78
§ 1 : L'état actuel du contradictoire dans notre procédure pénale 78
§ 2 : Vers l'avènement d'une procédure purement contradictoire ? 79

TROISIEME PARTIE : LES PROCEDURES PENALES ETRANGERES

De quelques lieux communs à propos du système italien
par Cristina Mauro 85

Section I - Le système italien n'est pas un système « accusatoire » ...87
§ 1 : La conception originaire 88
§ 2 : Les évolutions 90

Section II - La lenteur de la justice répressive italienne n'est pas due au modèle « accusatoire » 94
§ 1 : Les mécanismes liés au souci de rapidité 94
§ 2 : Les causes de la lenteur 98

La procédure pénale anglaise et la tradition accusatoire
par Stewart Field 105

Section I - La remise en cause des principes directeurs de la procédure pénale anglaise 106
§ 1 : L'autonomie des parties et l'accès à la vérité 106
§ 2 : Le principe d'oralité 107

Section II : Les réformes modernes et l'atténuation des caractéristiques classiques 108
§ 1 : L'audience et le droit de la preuve 109
§ 2 : Nouveaux acteurs, nouveaux rôles dans la phase préparatoire ..111

La procédure pénale canadienne : étude d'un système accusatoire à travers le rôle et le statut de ses intervenants dans le processus pénal
par Pierre Béliveau 115

Chapitre I - Les intervenants durant la phase préjudiciaire 116
Section I - La victime : un rôle limité et des pouvoirs d'intervention ponctuels 116
§ 1 : Un rôle souvent déterminant dans la décision d'intenter une poursuite pénale 117
§ 2 : La prise en compte de son point de vue dans l'imposition de la peine 118
A. Le dédommagement 118
B. La déclaration de la victime 119
Section II - La police : un organisme d'enquête indépendant sans pouvoir judiciaire 121
§ 1 : Des services décentralisés et indépendants à l'égard du juge et du ministère public 121
§ 2 : Des pouvoirs propres relativement limités 124
A. Les pouvoirs explicitement prévus par la loi 124
1. Les déclarations des personnes 124
a) Le simple témoin 124
b) Le suspect 125
2. Les preuves réelles 127
B. Les pouvoirs implicitement prévus par la loi ou découlant de la *common law* 129

Chapitre II - Les intervenants durant la phase judiciaire 131
Section I - Les intervenants publics 131
§ 1 : Le ministère public 131
A. Son statut professionnel : un membre du Barreau agissant au nom du procureur général 132
B. Son rôle devant la cour : un devoir d'impartialité et une fonction quasi judiciaire 134
§ 2 : La Cour : un juge et un jury ayant des fonctions distinctes 137
A. Le juge 137
1. Son statut 137
a) La nomination par le gouvernement 138
b) L'indépendance judiciaire complète 140
(i) Les sources 140
(ii) Les composantes 141
aa) L'inamovibilité 141
bb) L'indépendance financière 143
cc) L'indépendance administrative 145
2. Son rôle : un arbitre et un gestionnaire 146
B. Le jury 150
1. La sélection du jury 150
a) La formation du tableau 151
b) La formation de la liste 151
2. Le rôle du jury 155

Section II - Les intervenants privés 158
§ 1 : La défense 158
A. L'accusé : un acteur au rôle largement passif 159
B. Le procureur de la défense : le maître d'œuvre 160
§ 2 : L'expert 162
A. L'admissibilité du témoignage de l'expert 162
B. La mise en œuvre du témoignage de l'expert 165
Conclusion 168

Un exemple de droit américain
par Arthur Dethomas 171

Section I - La vérité 172
§ 1 : Une approche différente de la quête de vérité 172
A. « Nul ne peut se constituer de preuve à soi-même » .. 172
B. Vérité et jugement 173
§ 2 : Quelques exemples des conséquences de cette différence sur la procédure pénale 174
A. L'administration de la preuve 174
1) L'admissibilité de la preuve 174
2) L'audition des témoins 175
B. Le rôle des jurés 176

Section II - La liberté 176
§ 1 : Des libertés garanties par la Constitution 176
§ 2 : Des libertés garanties à chaque étape de la procédure ... 177
A. Dès l'arrestation... 177
B. ...jusqu'au procès 177
§ 3 : Le *plea bargaining*, une liberté excessive ? 178

Rapport de synthèse
par Jacques-Henri Robert 181

Section I – Le principe du contradictoire et les autres concepts 182
§ 1 : L'égalité des armes 182
§ 2 : Le droit de se taire 183

Section II – La participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale 184
§ 1 : La publicité des débats 184
§ 2 : Jurés et citoyens-assesseurs 184

Table des matières 187

TON DIRECT
161, route de Lorient - Immeuble "Le Cassiopé"
35000 Rennes
N° 900020L - Dépôt légal : mai 2012

Imprimé en France