

La protection des droits humains fondamentaux dans la procédure pénale suisse

Me Tuto Rossi.

LA PROTECTION DES DROITS HUMAINS FONDAMENTAUX DANS LA PROCÉDURE PENALE SUISSE

La Suisse est certainement un pays où les droits de l'homme jouissent d'une bonne réputation. Un taux de criminalité sous contrôle a permis d'éviter la course à l'aggravation des peines sur la vague de l'indignation populaire, bien qu'une initiative d'« *Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables* », récemment soumise à votation populaire, ait été acceptée par une large majorité du peuple et des cantons¹.

Le Code pénal suisse a gardé dans ses fondements l'esprit novateur de ses origines et l'administration des peines est encore guidée par le souci d'accorder au délinquant une chance de s'amender.

Cependant, en matière de droits de l'homme, les équilibres sont précaires et aucun acquis n'est jamais définitif. La Suisse n'est pas à l'abri des courants d'idées qui traversent le monde et son isolement politique relatif à l'intérieur de l'Europe la fragilise.

Sa place financière suscitant la convoitise de ses concurrents, la Suisse est aussi régulièrement accusée de constituer la plaque tournante des capitaux qui essayent de se soustraire au filtre des diverses légalités nationales. Aussi se trouve-t-elle parfois dans la situation d'avoir à donner des garanties à ceux qui ne cesseront jamais de lui en demander. Les communiqués de presse que le nouveau Ministère public de la Confédération s'empresse de diffuser chaque fois qu'il s'attaque à une affaire aux ramifications internationales en constituent un bon exemple².

En moins de dix ans une cascade de réformes constitutionnelles et législatives de la justice pénale a radicalement changé la manière d'aborder le procès à laquelle avocats et procureurs publics s'étaient habitués depuis des années.

¹ Votation du 8 février 2005; l'initiative a été acceptée par le peuple, par 1 198 867 oui, contre 934 569 non, ainsi que par les cantons, par 21,5 oui, contre 1,5 non.

² Pour un exemple, cf. le communiqué de presse, diffusé le 15 avril 2008 par le Ministère public de la Confédération, dont le ton est révélateur : « *Le Ministère public de la Confédération procède à la mise en accusation en relation avec une société Parmalat. Le tribunal pénal fédéral de Bellinzona devra juger des actes d'escroquerie et de blanchiment d'argent présumés avoir été commis dans une société du groupe italien Parmalat. Le Ministère public de la Confédération a mis deux personnes en accusation. L'effondrement du groupe Parmalat continue de faire l'objet d'investigations complexes de grande envergure en Suisse*

Bien que cette évolution ne soit pas encore achevée, ses répercussions sur la protection des droits humains fondamentaux nous permettent déjà de tirer un premier bilan.

Nous le ferons en parcourant d'abord l'évolution de la procédure pénale en Suisse (1), puis en rappelant les principales conventions internationales auxquelles la Suisse a adhéré (2).

Nous passerons ensuite en revue la charte constitutionnelle des droits fondamentaux (3) pour analyser le code de procédure pénale unifié qui entrera en vigueur en 2010 (4) et la nouvelle organisation judiciaire qui en découlera (5). Les conséquences du bouleversement législatif et judiciaire du droit et de la procédure pénale suisses seront étudiées à la lumière de la « *law in action* » et du « *fair trial* » (6). Quelques conclusions (7) nous amèneront à la fin de notre travail.

L'évolution de la procédure pénale en Suisse

Petit pays s'il en est³, la Suisse connaît néanmoins une grande complication dans l'aménagement de la poursuite des infractions pénales.

La Constitution de notre pays fédéraliste prescrit que les matières qui ne sont pas expressément attribuées à l'Etat central (la Confédération), demeurent de la compétence des Etats fédérés, c'est-à-dire des 26 cantons qui composent cette nation⁴.

De plus, chaque nouvelle attribution de compétence à l'Etat central doit être approuvée en votation populaire par une double majorité du peuple et des cantons⁵. C'est ainsi que le processus d'unification législative interne a enregistré au cours de l'histoire une évolution lente, souvent en contraste avec les revendications locales.

Si le droit matériel a pu trouver une réglementation uniforme dans la première moitié du siècle dernier, l'organisation et l'administration de la justice est restée avant tout l'affaire des cantons. Chaque canton dispose de son organisation judiciaire et de ses codes de procédure (civile, pénale et administrative). Le système de justice « *cantonalisée* » est sans doute une particularité du fédéralisme suisse qui n'est pas comparable au système en

³ Avec une superficie de 41 285 km², soit un peu moins que celle de la région française Rhône-Alpes, la Suisse ne représente que 1,5 pour mille de la surface habitée du globe. Avec ses 7,4 millions d'habitants et une densité moyenne de 234 habitants par km² de surface productive, la Suisse est un pays très densément peuplé.

⁴ Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999 (ci-après « Cst »), art. 3 « *Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération* ». Art. 139 (nouveau) al. 3 et art. 195 Cst.

vigueur aux Etats-Unis d'Amérique dans lequel se superposent deux organisations judiciaires complètes, celle de l'Etat central (l'Union) et celle des Etats fédérés⁶.

Le tournant du millénaire a cependant produit une accélération du processus d'unification. Ce fut d'abord l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale du 18 avril 1999 qui a remplacé celle du 29 mai 1874.

Puis la mise en chantier de la réforme constitutionnelle de la justice, approuvée le 12 mars 2000 à une large majorité par le peuple et les cantons. Elle avait notamment pour but de décharger le Tribunal fédéral en tant qu'autorité judiciaire supérieure et de permettre à la Confédération de légiférer en matière de procédure civile⁷ et pénale⁸.

L'organisation judiciaire, l'administration de la justice⁹ ainsi que l'exécution des peines et des mesures¹⁰ restent cependant de la compétence des cantons.

La réforme constitutionnelle de la justice devait déboucher, au niveau législatif, sur la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, par la promulgation de trois nouvelles lois ; sur le Tribunal fédéral, sur le Tribunal pénal fédéral et sur le Tribunal administratif fédéral.

Habitué à une phase de consultation des projets de loi très minutieuse¹¹, le parlement suisse n'a adopté le nouveau Code de procédure pénale fédéral (c'est-à-dire unifiée pour toute la nation) que le 5 octobre 2007, de sorte qu'il ne sera pas en vigueur avant 2010¹².

En Suisse, la poursuite des infractions pénales ressortit en premier lieu de la compétence des autorités judiciaires cantonales qui appliquent encore, à l'heure actuelle, 26 Codes de procédure pénale différents et sont organisées de manière autonome, indépendamment des structures judiciaires des régions limitrophes.

A côté de cette répartition horizontale ou territoriale, la Confédération a toujours disposé d'un Ministère public qui, jusqu'en 2002, n'avait cependant qu'une compétence résiduelle *ratione materiae* dans des infractions assez rares, telles celles commises à l'aide

⁶ JOMINI, Présentation du Tribunal fédéral suisse comme autorité de juridiction constitutionnelle, (working paper) Lausanne 2005, p. 2.

⁷ Art. 122 al. 1 Cst.

⁸ Art. 123 al. 1 Cst.

⁹ Art. 122 al. 2 et art. 123 al. 2 Cst.

¹⁰ Art. 123 al. 2 Cst.

¹¹ Art. 147 Cst « *Les cantons, les partis politiques et les milieux intéressés sont invités à se prononcer sur les actes législatifs importants et sur les autres projets de grande portée lors des travaux préparatoires, ainsi que sur les traités internationaux importants* ».

¹² Il est prévu de mettre en vigueur en même temps, soit le 1.1.2010, le code de procédure civile fédérale (unifié).

d'explosifs, ou concernant les intérêts de la Confédération, soit les infractions fédérales classiques résultant de l'ancien art. 340 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937¹³.

Aussi, il était habituel que la Confédération¹⁴ se dessaisisse, en cours d'enquête, en faveur d'un procureur public cantonal « *délégué* », des affaires qui relevaient pourtant de sa compétence matérielle. En l'absence de tribunaux fédéraux de première instance, permanents et organisés de façon autonome¹⁵, les débats pouvaient beaucoup plus facilement avoir lieu devant les autorités judiciaires des cantons. Dans ces limites, l'activité du Ministère public de la Confédération ne troublait pas le système fédéraliste suisse.

La situation a changé du tout au tout au début de ce troisième millénaire lorsque, aussi à la suite des attentats de New York et Washington du 11 septembre 2001¹⁶, la Suisse a décidé d'accélérer le renforcement de ses structures de répression du crime en chargeant le Ministère public de la Confédération des affaires de criminalité économique, de crime organisé, de financement du terrorisme et de blanchiment d'argent dépassant les frontières internes et externes de la Confédération¹⁷.

Le 1^{er} janvier 2002, la responsabilité des enquêtes concernant la criminalité organisée, le blanchiment d'argent et la corruption a été transférée des cantons à la Confédération. Dans le domaine de la criminalité économique également, la Confédération s'est substituée aux cantons de manière décisive¹⁸.

A la suite d'une cascade (voire d'une bourrasque) de réformes législatives, les compétences du Ministère public de la Confédération ont été plusieurs fois étendues, de sorte que le nouvel art. 338 du Livre 3 du Code pénal, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007¹⁹, bien qu'ayant repris la formule de l'ancien art. 343 CPS selon lequel « *les autorités cantonales poursuivront et jugeront, conformément aux dispositions de procédure des lois cantonales, les infractions prévues par le présent code qui ne sont pas soumises à la juridiction*

¹³ PIQUEREZ, *Procédure pénale suisse*, Zurich 2000, p. 105ss ; LUETHI, *Enquête administrative au sein du Ministère public de la Confédération*, Berne 2006, p. 10.

¹⁴ Par le biais du Ministère public de la Confédération ou du Département de justice et police du Conseil fédéral.

¹⁵ La juridiction pénale de la Confédération relevait exclusivement du Tribunal fédéral de Lausanne, qui constituait en son sein les assises fédérales (qui ne se sont réunies que deux fois au cours du XX^{ème} siècle) et la Cour pénale fédérale.

¹⁶ Cf. par exemple le Message du 26 juin 2002 relatif aux Conventions internationales pour la répression du financement du terrorisme et pour la répression des attentats terroristes à l'explosif ainsi qu'à la modification du code pénal et à l'adaptation d'autres lois fédérales, par lequel le Conseil fédéral suisse a proposé de soumettre à la juridiction fédérale la répression des crimes de terrorisme et de financement du terrorisme.

¹⁷ Cf. art. 337 CPS; cette norme avait d'abord été introduite à l'ancien art. 340^{bis} CPS par la loi du 22 décembre 1999, tendant à l'amélioration de l'efficacité et de la légalité dans la poursuite pénale (projet "efficacité"); entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002, elle a tout de suite été révisée par la LF du 21 mars 2003 (Financement du terrorisme), en vigueur depuis le 1^{er} oct. 2003.

¹⁸ LUETHI, op. cit. pt. 2.2

¹⁹ Suite à la réforme législative du 13 décembre 2002.

fédérale », a complètement changé de signification²⁰. Cela d'autant plus que l'art. 337 al. 3 CPS prévoit qu'en matière d'infractions contre le patrimoine et de faux documents, à certaines conditions, le Ministère public de la Confédération fonde lui-même sa propre compétence par la simple ouverture d'une enquête²¹.

Cette clause générale ne résout pas les problèmes puisque les dispositions législatives attribuant compétence au Ministère public de la Confédération laissent souvent une marge d'interprétation²².

Qu'en est-il, par exemple, lorsque les indices qui ont fondé la compétence fédérale s'estompent au cours de l'enquête ? Le prévenu peut-il s'en prévaloir pour demander à être jugé par une autorité cantonale ?

La loi ne résout pas cette question. Il a fallu demander l'intervention du Tribunal fédéral pour savoir qu'une fois établie, la compétence du Ministère public de la Confédération ne pouvait plus lui être enlevée²³.

Ce « *flou artistique* »²⁴, selon l'expression d'un ancien juge du tribunal pénal fédéral, n'a pas tardé à provoquer des remous parmi des procureurs de rang différent.

Annonçant la confiscation de 11 millions de francs provenant de blanchiment d'argent le 14 janvier 2008, le juge vaudois Jacques Antenen a fait l'éloge devant la presse du savoir faire

²⁰ Le nouveau Code de procédure pénale fédérale suisse (en vigueur à partir de 2010) essaye d'améliorer le système en consacrant son deuxième chapitre (art. 22 à 30) à la compétence matérielle, c'est à dire à la répartition des tâches entre juridiction fédérale et juridictions cantonales.

²¹ Sous la note marginale « *En matière de crime organisé, de financement du terrorisme et de criminalité économique* », l'art. 337 CPS affirme « *1 Sont également soumis à la juridiction fédérale les infractions aux art. 260^{er}, 260^{quinquies}, 305^{bis}, 305^{ter} et 322^{ter} à 322^{octies} ainsi que les crimes qui sont le fait d'une organisation criminelle au sens de l'art. 260ter: a. si les actes punissables ont été commis pour une part prépondérante à l'étranger; b. si les actes punissables ont été commis dans plusieurs cantons sans qu'il y ait de prédominance évidente dans l'un d'entre eux. 2 Pour les crimes prévus aux deuxième et onzième titres, le Ministère public de la Confédération peut ouvrir une procédure d'investigation: a. si les conditions prévues à l'al. 1 sont réalisées; b. et si aucune autorité cantonale de poursuite pénale n'est saisie de l'affaire ou que l'autorité cantonale de poursuite pénale compétente sollicite du ministère public de la Confédération la reprise de la procédure. 3 L'ouverture de la procédure d'investigation prévue à l'al. 2 fonde la compétence fédérale* ».

²² D'après l'art. 336 CPS, par exemple, les délits de faux dans les titres doivent être soumis à Ministère public de la Confédération si l'on est en présence de documents fédéraux; dans les autres cas, la compétence demeure aux cantons. Le législateur semble avoir oublié que les délinquants ne se posent pas toujours ce genre de questions lorsqu'ils s'apprêtent à commettre leurs délits et que, dans la plupart des cas, l'on sera en présence de documents falsifiés d'origines diverses, fédérale, cantonale ou autre. Aussi des infractions graves comme les actes préparatoires délictueux (art. 260^{bis} CPS), des crimes graves comme le meurtre (art. CPS 111), l'assassinat (art. CPS 112), les lésions corporelles graves (art. CPS 122), le brigandage (art. CPS 140), la séquestration et l'enlèvement (art. CPS 183), la prise d'otage (art. CPS 185), l'incendie intentionnel et le génocide (art. CPS 264) ne sont du ressort du Ministère public de la Confédération que s'ils sont dirigés contre la Confédération ou ses autorités administratives ou judiciaires, ou contre la volonté populaire lors d'élections ou de votations. Enfin la répression des organisations criminelles (art. CPS 260^{ter}), le blanchiment d'argent (art. CPS 305^{bis}), le défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. CPS 305^{ter}), la corruption (art. CPS 322^{ter} à 322^{octies}), demeurent sous l'empire des autorités cantonales sauf s'ils ont été commis pour une part prépondérante à l'étranger ou s'ils ont été commis dans plusieurs cantons sans qu'il y ait de prédominance évidente de l'un d'entre eux (art. 337 al. 1 CPS).

²³ ATF 133 IV 235: le Ministère public de la Confédération fonde sa compétence sur la découverte d'indices de l'existence d'une organisation criminelle (art. 260^{ter} CPS), délit qui appelle directement son intervention (art. 337, al. 1 CPS). Ces indices se sont rapidement révélés mal fondés, mais le Ministère public de la Confédération n'a pas voulu se dessaisir de l'affaire. Agissant sur recours du Ministère public de la Confédération, le Tribunal fédéral a statué qu'une fois établie, la compétence fédérale demeure. Cette règle ne s'applique pas dans les deux sens; en effet, lorsque au cours d'une enquête judiciaire cantonale apparaissent des indices qui fondent la compétence fédérale, les autorités cantonales doivent se dessaisir. Il s'agit d'une brèche dans un système fédéraliste qui impose la compétence résiduelle des cantons.

²⁴ Le Temps, 11 janvier 2008 « *Bernard Bertossa: il faut s'en prendre à l'argent* ».

cantonal et a critiqué « *une sorte de prise de pouvoir du Ministère public de la Confédération* ».

Sur quoi, d'après le quotidien genevois *Le Temps*, le Ministère public de la Confédération aurait rétorqué que cette saisine arrivait après onze ans d'enquête et qu'il était injuste de dénoncer l'inefficacité d'autorités fédérales qui n'existaient que depuis cinq ans²⁵.

A l'instar de M. Bernard Bertossa, ancien procureur général genevois et ancien juge au Tribunal pénal fédéral, tout le monde s'accorde toutefois pour dénoncer « *l'absence de clarté dans la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons* »²⁶.

A cela s'ajoute que l'Office des juges d'instruction fédéraux, qui avait été placé sous la surveillance administrative et matérielle du Tribunal pénal fédéral, va disparaître avec l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure pénale fédéral CPPS).

Le Département fédéral de justice et police a récemment rappelé que la « La longue procédure actuelle d'instruction, partagée entre le MPC et l'Office des juges d'instruction fédéraux, ne comportera plus qu'une étape. (...) Le modèle 'ministère public' instauré par le CPP se caractérise par l'absence de juge d'instruction. L'Office des juges d'instruction fédéraux est donc voué à disparaître. Le Ministère public de la Confédération mènera la procédure préliminaire, dirigera les investigations, dressera l'acte d'accusation et soutiendra celle-ci devant le tribunal »²⁷.

Ces difficultés dans l'application des réformes législatives adoptées en matière de procédure pénale ont eu des répercussions sur la conduite des enquêtes et sur les droits des justiciables.

Le 5 juillet 2006, le procureur général de la Confédération ayant été contraint à la démission, le gouvernement suisse a dû reconnaître que la surveillance institutionnelle sur le Ministère public de la Confédération était organisée « *de façon extrêmement insuffisante* »²⁸.

²⁵ *Le Temps*, 16 janvier 2008.

²⁶ *Le Temps*, 11 janvier 2008 « *Bernard Bertossa: il faut s'en prendre à l'argent* ».

²⁷ Adaptation de l'organisation des autorités au nouveau code de procédure pénale. Le Conseil fédéral envoie en consultation une loi sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération, Communiqués, DFJP 21.09.2007.

²⁸ Réponse du Conseil fédéral du 29.09.2006 à l'interpellation du 24.3.2006 du député Alexander Baumann. Sur le plan technique, la MPC est soumis à la surveillance de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, tandis que la surveillance administrative est du ressort du Conseil fédéral, plus exactement du Département fédéral de justice et de police, en tant qu'unité administrative décentralisée. Le Conseil fédéral est aussi l'autorité de nomination des procureurs publics de la Confédération. Cette répartition des tâches a été unanimement critiquée, parce que source de conflits ; cf. MÜLLER, *Stellungnahme zum Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates (GPK-N) vom 5. September 2007 betreffend Überprüfung der Funktion der Strafverfolgungsbehörden des Bundes*, Avis de droit du 1 novembre 2007, JAAC 2008, 138ss. La soumission du MPC au seul Gouvernement peut toutefois l'exposer à des instructions de type politique.

Le gouvernement a également dû prendre position sur les critiques soulevées dans l'opinion publique par les demandes d'entraide judiciaire présentées par le Ministère public de la Confédération et la Police judiciaire fédérale à la CITF (*Criminal Investigation Task Force*), la police judiciaire des Etats-Unis compétente pour la base aérienne qui abrite la prison de Guantanamo²⁹.

Il est trop tôt pour juger de manière définitive du degré de respect des droits humains fondamentaux dans l'application de la nouvelle procédure pénale de la Suisse après ces « *bouleversements* » législatifs. Il faut admettre que, sous la pression du temps, le recrutement et la formation des nouveaux magistrats a dû se faire un peu à la hâte. D'autre part, il est indéniable que ce processus d'unification législative nationale a suscité la perplexité de certaines minorités linguistiques du pays, préoccupées par le respect des droits de l'homme dans le procès pénal autant que par la « *germanisation* » de l'administration publique³⁰.

Enfin, l'établissement du « *marché commun* » interne de la Suisse ne pouvait s'achever sans abolir l'obligation faite aux avocats de demander une patente à chaque canton où ils entendaient exercer leur activité. Ce fut la Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA) entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002. Les conséquences de la « *sortie* » des avocats suisses de leurs frontières linguistiques n'ont pas encore été mesurées, mais ses effets sur l'application des droits de l'homme dans la procédure pénale ont déjà donné lieu à une abondante jurisprudence.

Les conventions internationales souscrites par la Suisse

La Suisse ne figure pas parmi les pays les plus rapides à ratifier les Conventions internationales. La Convention européenne des droits de l'homme, par exemple, n'a été ratifiée qu'en 1974.

La raison de cette lenteur réside avant tout dans la démocratie directe.

D'après l'art. 140 al. 1 *litt. b* Cst, l'adhésion à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales doit être obligatoirement soumise au vote populaire et être approuvée par la double majorité du peuple et des cantons. De plus, l'Assemblée

²⁹ Ibidem.

³⁰ C'est tout au moins ce qui ressort des interpellations au gouvernement des députés aux chambres fédérales ABATE (Question n. 04.1153: Avocats commis d'office et langue maternelle des personnes accusées, Berne 02.12.2004) ; FREYSINGER (Interpellation n. 05.3766 : Juridictions fédérales. Et le français?, Berne 08.12.2005).

fédérale (c'est-à-dire le parlement composé d'un Conseil national de deux-cents députés représentant le peuple et d'un Conseil des Etats de quarante-six « *sénateurs* » représentant les cantons) peut soumettre au référendum obligatoire d'autres conventions internationales particulièrement importantes³¹.

En outre, d'après l'art. 141 al. 1 *litt. d* Cst, les traités internationaux de durée indéterminée qui ne peuvent pas être dénoncés, ou qui prévoient l'adhésion à une organisation internationale, ou entraînent une unification multilatérale du droit doivent être soumis au vote du peuple lorsque 50'000 citoyens ou citoyennes (ou huit cantons) le demandent. Les Protocoles no 6 (1983) et 7 (1984) à la Convention européenne des droits de l'homme rentrent, par exemple, dans cette catégorie.

L'implication du parlement et la « *menace* » du référendum populaire comportent un avantage indiscutable. D'un côté, la compatibilité des traités internationaux avec le droit interne est analysée de façon détaillée avant de procéder à la signature des instruments d'adhésion, et il n'est pas rare que l'on procède d'abord à l'adaptation du droit interne. De l'autre, l'autorité politique doit faire œuvre de persuasion auprès des autorités cantonales et du peuple avant de proposer l'acceptation d'une nouvelle convention internationale. Cela favorise indiscutablement la prise de conscience du nouveau droit et son application pratique.

En matière de droits de l'homme, ce facteur a joué un rôle fondamental. Les praticiens du droit se sont rapidement emparés des droits sanctionnés par la Convention européenne et ont provoqué, par leurs recours, plusieurs changements fondamentaux dans les codes de procédure pénale des cantons.

En vertu de la conception moniste qui prévaut en Suisse, les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme), par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou par d'autres instruments internationaux équivalents (Convention relative aux droits de l'enfant, exemple), sont assimilés aux droits

³¹ C'est la raison pour laquelle, la Suisse, par exemple, n'a pu adhérer à l'Organisation des Nations Unies (ONU) qu'en 2002 comme cent-quatre-vingt-dixième Etat membre. A partir de 1969, le Conseil fédéral s'était efforcé de prôner l'adhésion à l'ONU et, en 1984, l'Assemblée fédérale accepta cette proposition. Mais comme l'ONU constitue une organisation de sécurité collective, il a fallu passer par le vote populaire. En 1986, tous les cantons suisses et une grande majorité du peuple ont rejeté l'adhésion à l'ONU. Il a donc fallu attendre 15 ans pour que cette adhésion soit enfin approuvée par une faible majorité de la population et par seulement douze cantons contre onze.

constitutionnels dont la violation peut être dénoncée par la voie du recours au Tribunal Fédéral³².

Aujourd’hui, la Suisse a adhéré, en particulier, à la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales³³, au Pacte international relatif aux droits civils et politiques³⁴, à la Charte des Nations³⁵, à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants³⁶, à la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants³⁷, au deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort³⁸.

La Suisse a également adhéré aux Conventions de Genève et à leurs protocoles additionnels³⁹, soit à la Convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, à la Convention pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, à la Convention relative au traitement des prisonniers de guerre, à la Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre.

La Suisse a aussi ratifié le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) et le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)⁴⁰.

Par contre le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l’adoption d’un signe distinctif additionnel (Protocole III) n’est entré en vigueur que le 14 janvier 2007.

Enfin la Suisse a adhéré à la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires⁴¹.

La charte des droits fondamentaux dans la Constitution fédérale de 1999

Pays de *Civil law*, la Suisse codifie les garanties fondamentales dans des lois écrites.

³² Cf. PIQUEREZ, op. cit., p. 93ss.

³³ En vigueur depuis le 28 novembre 1974 ; amendée par le Protocole n° 11 du 11 mai 1994.

³⁴ En vigueur depuis le 18 septembre 1992.

³⁵ En vigueur depuis le 10 septembre 2002.

³⁶ En vigueur depuis le 26 juin 1987.

³⁷ En vigueur depuis le 1^{er} février 1989.

³⁸ En vigueur depuis le 16 septembre 1994.

³⁹ En vigueur depuis le 21 octobre 1950.

⁴⁰ Les deux Protocoles sont en vigueur pour la Suisse depuis le 17 août 1982; la Suisse reconnaît, conformément à l’article 90, paragraphe 2, du Protocole I, de plein droit et sans accord spécial, à l’égard de toute autre Haute Partie contractante qui accepte la même obligation, la compétence de la Commission internationale d’établissement des faits pour enquêter sur les allégations d’une telle autre Partie.

⁴¹ En vigueur depuis le 1^{er} avril 1998.

Toutefois, sous l'empire de l'ancienne Constitution fédérale de 1874, une grande partie des droits de procédure avaient été déduits, par voie prétorienne, de l'art. 4 qui traitait de l'égalité devant la loi.

Le Tribunal fédéral avait fait œuvre de législateur⁴² s'appuyant sur la nécessité de donner une *verfassungskonforme Auslegung*⁴³ des lois fédérales et cantonales.

La ratification de la Convention européenne des droits de l'homme en 1974 a entraîné une accélération de ce mouvement⁴⁴. Le Tribunal fédéral s'inspire directement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, même lorsque la Suisse n'est pas impliquée.

La nouvelle Constitution fédérale de 1999 a réaffirmé la protection constitutionnelle des libertés fondamentales en y consacrant plusieurs articles, et a intégré plusieurs droits découlant de la Convention européenne de droits de l'homme.

Ont en particulier été codifiés : la dignité humaine⁴⁵, l'égalité devant la loi⁴⁶, la protection contre l'arbitraire⁴⁷, le droit à la vie et à la liberté personnelle qui comprend aussi l'interdiction de la torture⁴⁸, la protection de la sphère privée⁴⁹, la protection de la famille⁵⁰, la liberté de conscience⁵¹, la liberté d'opinion et d'information⁵², la liberté de la presse qui garantit la protection des sources des journalistes⁵³, la liberté de la langue⁵⁴, de la science⁵⁵

⁴² Selon AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967, no 1786, le Tribunal fédéral à la fin des années soixante avait consacré presque trente mille arrêts à faire mieux comprendre l'art. 4 de l'ancienne Constitution fédérale.

⁴³ C'est-à-dire une interprétation conforme à la constitution, selon l'expression consacrée par la doctrine de langue allemande.

⁴⁴ Depuis la ratification de la Convention européenne des droits de l'homme le 28 novembre 1974 à la fin de l'année 2006, la Cour européenne a rendu 65 arrêts concernant la Suisse, si l'on excepte ceux de radiation du rôle (37 CEDH), les règlements à l'amiable (39 CEDH) et l'octroi de satisfactions équitables (41 CEDH). La Suisse a été condamnée 21 fois pour des violations des garanties fondamentales dans le domaine de la procédure pénale ; HOTTELIER, Les droits de l'homme et la procédure pénale en Suisse, RSDIE 2007, 493ss.

⁴⁵ Art. 7 Cst « *Dignité humaine. La dignité humaine doit être respectée et protégée* ».

⁴⁶ Art. 8 Cst « *Egalité. Al. 1 Tous les êtres humains sont égaux devant la loi. Al. 2 Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique* ».

⁴⁷ Art. 9 Cst « *Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi. Toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'Etat sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi* ».

⁴⁸ Art. 10 Cst « *Droit à la vie et liberté personnelle. Al. 1 Tout être humain a droit à la vie. La peine de mort est interdite. Al. 2 Tout être humain a droit à la liberté personnelle, notamment à l'intégrité physique et psychique et à la liberté de mouvement. Al. 3 La torture et tout autre traitement ou peine cruels, inhumains ou dégradants sont interdits* ».

⁴⁹ Art. 13 Cst « *Protection de la sphère privée. Al. 1 Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et des relations qu'elle établit par la poste et les télécommunications. Al. 2 Toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent* ».

⁵⁰ Art. 14 Cst « *Droit au mariage et à la famille. Le droit au mariage et à la famille est garanti* ».

⁵¹ Art. 15 Cst « *Liberté de conscience et de croyance. Al. 1 La liberté de conscience et de croyance est garantie. Al. 2 Toute personne a le droit de choisir librement sa religion ainsi que de se forger ses convictions philosophiques et de les professer individuellement ou en communauté. Al. 3 Toute personne a le droit d'adhérer à une communauté religieuse ou d'y appartenir et de suivre un enseignement religieux. Al. 4 Nul ne peut être contraint d'adhérer à une communauté religieuse ou d'y appartenir, d'accomplir un acte religieux ou de suivre un enseignement religieux* ».

⁵² Art. 16 Cst « *Libertés d'opinion et d'information. Al. 1 La liberté d'opinion et la liberté d'information sont garanties. Al. 2 Toute personne a le droit de former, d'exprimer et de répandre librement son opinion. Al. 3 Toute personne a le droit de recevoir librement des informations, de se les procurer aux sources généralement accessibles et de les diffuser* ».

⁵³ Art. 17 Cst « *Liberté des médias. Al. 1 La liberté de la presse, de la radio et de la télévision, ainsi que des autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques est garantie. Al. 2 La censure est interdite. Al. 3 Le secret de rédaction est garanti* ».

⁵⁴ Art. 18 Cst « *Liberté de la langue. La liberté de la langue est garantie* ».

⁵⁵ Art. 20 Cst « *Liberté de la science. La liberté de l'enseignement et de la recherche scientifiques est garantie* ».

et de l'art⁵⁶, la liberté de réunion⁵⁷, la liberté d'association⁵⁸, la liberté d'établissement des citoyens dans le pays⁵⁹, la liberté contre l'expulsion des Suisses et le refoulement des personnes en danger de vie⁶⁰, la garantie de la propriété⁶¹, la liberté économique⁶² et la liberté syndicale⁶³.

Les victimes des infractions ont aussi été protégées par la reformulation à l'art. 124 Cst⁶⁴ de l'ancien art. 64^{ter} qui constituait la base de la promulgation en 1991 de la loi sur l'aide aux victimes d'infractions.

Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1993, en même temps que la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes⁶⁵.

A côté des droits fondamentaux matériels, la Constitution fédérale suisse a aménagé sept articles concernant leur application pratique.

Il s'agit d'abord du champ d'application de ces droits⁶⁶, et des conditions de leur restriction ou suspension⁶⁷.

Ensuite la Constitution fixe les garanties générales de procédure⁶⁸, la garantie de l'accès au juge⁶⁹ et les garanties spécifiques de la procédure judiciaire, avec un accent particulier sur

⁵⁶ Art. 21 Cst « *Liberté de l'art. La liberté de l'art est garantie* ».

⁵⁷ Art. 22 Cst « *Liberté de réunion. Al. 1 La liberté de réunion est garantie. Al. 2 Toute personne a le droit d'organiser des réunions, d'y prendre part ou non* ».

⁵⁸ Art. 23 Cst « *Liberté d'association. Al. 1 La liberté d'association est garantie. Al. 2 Toute personne a le droit de créer des associations, d'y adhérer ou d'y appartenir et de participer aux activités associatives. Al. 3 Nul ne peut être contraint d'adhérer à une association ou d'y appartenir* ».

⁵⁹ Art. 24 Cst « *Liberté d'établissement. Al. 1 Les Suisses et les Suissesses ont le droit de s'établir en un lieu quelconque du pays. Al. 2 Ils ont le droit de quitter la Suisse ou d'y entrer* ».

⁶⁰ Art. 25 Cst « *Protection contre l'expulsion, l'extradition et le refoulement. Al. 1 Les Suisses et les Suissesses ne peuvent être expulsés du pays; ils ne peuvent être remis à une autorité étrangère que s'ils y consentent. Al. 2 Les réfugiés ne peuvent être refoulés sur le territoire d'un Etat dans lequel ils sont persécutés ni remis aux autorités d'un tel Etat. Al. 3 Nul ne peut être refoulé sur le territoire d'un Etat dans lequel il risque la torture ou tout autre traitement ou peine cruels et inhumains* ».

⁶¹ Art. 26 Cst « *Garantie de la propriété. Al. 1 La propriété est garantie. Al. 2 Une pleine indemnité est due en cas d'expropriation ou de restriction de la propriété qui équivaut à une expropriation* ».

⁶² Art. 27 Cst « *Liberté économique. Al. 1 La liberté économique est garantie. Al. 2 Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice* ».

⁶³ Art. 28 Cst « *Liberté syndicale. Al. 1 Les travailleurs, les employeurs et leurs organisations ont le droit de se syndiquer pour la défense de leurs intérêts, de créer des associations et d'y adhérer ou non* ».

⁶⁴ Art. 124 Cst « *Aide aux victimes. La Confédération et les cantons veillent à ce que les victimes d'une infraction portant atteinte à leur intégrité physique, psychique ou sexuelle bénéficient d'une aide et reçoivent une juste indemnité si elles connaissent des difficultés matérielles en raison de l'infraction* ».

⁶⁵ La Convention européenne de 1983 va moins loin que la loi suisse.

⁶⁶ Art. 35 Cst « *Réalisation des droits fondamentaux. Al. 1 Les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique. Al. 2 Quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation. Al. 3 Les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux* ».

⁶⁷ Art. 36 Cst « *Restriction des droits fondamentaux. Al. 1 Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés. Al. 2 Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui. Al. 3 Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé. Al. 4 L'essence des droits fondamentaux est inviolable* ».

⁶⁸ Art. 29 Cst « *Garanties générales de procédure. Al. 1 Toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. Al. 2 Les parties ont le droit d'être entendues. Al. 3 Toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès, à l'assistance judiciaire gratuite. Elle a en outre droit à l'assistance gratuite d'un défenseur, dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert* ».

⁶⁹ Art. 29a Cst « *Garantie de l'accès au juge. Toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. La Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels* » .Cet article, accepté en votation populaire le 12 mars 2000, n'a pu entrer en vigueur que le 1^{er} janvier 2007, en même temps que les nouvelles lois fédérales sur le Tribunal fédéral (LTF) et sur le Tribunal administratif fédéral (LTAf). Il entend répondre aux exigences de l'art. 6 CEDH qui réserve la voie judiciaire à toute personne qui se plaint soit du fondement « *des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du*

les garanties dans le procès pénal et en particulier sur la présomption d'innocence⁷⁰ et la privation de la liberté⁷¹.

Enfin, aux art. 30 et 191c, la Constitution sanctionne le droit du justiciable de faire entendre sa cause devant un tribunal indépendant et impartial prévu par la loi⁷². C'est sur cette base que peut se dérouler un procès équitable (*fair trial*) couronné par un jugement juste⁷³. Ce droit fondamental trouve un pendant institutionnel dans le nouvel art. 191c Cst qui réaffirme l'indépendance des magistrats en soulignant que, « *dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles, les autorités judiciaires sont indépendantes et ne sont soumises qu'à la loi* »⁷⁴.

Cette garantie ne profite cependant pas au justiciable soumis à une enquête de la part du Ministère public de la Confédération. Le Ministère public de la Confédération, en effet, n'est pas une autorité judiciaire indépendante au sens des art. 30 al. 1 Cst et 191c Cst, parce qu'il fait partie de l'administration gouvernementale et est soumis en tant qu'unité administrative décentralisée à la vigilance du Département fédéral de justice et de police (art. 14 PPF)⁷⁵. La Constitution fédérale, par ailleurs, ne contient aucune disposition concernant le Ministère public de la Confédération. Ce fait n'est pas sans importance du point de vue du droit en action et en particulier de l'exercice des droits de la défense.

bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». Cette disposition a été concrétisée au niveau des cantons par l'art. 191b Cst, introduit lui aussi avec la « réforme de la justice » dans le but d'imposer de manière générale aux cantons des autorités judiciaires pour connaître des litiges de droit civil, de droit pénal ou de droit public. En matière de droit pénal, cette disposition n'a pas modifié la situation existante, puisque les cantons disposaient déjà d'autorités judiciaires. Tel n'était pas toujours le cas, en revanche, dans le domaine du droit cantonal ; cf. AUBERT/MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Neuchâtel 2003, ad art. 191b.

⁷⁰ Art. 32 Cst « Procédure pénale. Al. 1 Toute personne est présumée innocente jusqu'à ce qu'elle fasse l'objet d'une condamnation entrée en force. Al. 2 Toute personne accusée a le droit d'être informée, dans les plus brefs délais et de manière détaillée, des accusations portées contre elle. Elle doit être mise en état de faire valoir les droits de la défense. Al. 3 Toute personne condamnée a le droit de faire examiner le jugement par une juridiction supérieure. Les cas où le Tribunal fédéral statue en instance unique sont réservés ».

⁷¹ Art. 31 Cst « Privation de liberté. Al. 1 Nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est dans les cas prévus par la loi et selon les formes qu'elle prescrit. Al. 2 Toute personne qui se voit privée de sa liberté a le droit d'être aussitôt informée, dans une langue qu'elle comprend, des raisons de cette privation et des droits qui sont les siens. Elle doit être mise en état de faire valoir ses droits. Elle a notamment le droit de faire informer ses proches. Al. 3 Toute personne qui est mise en détention préventive a le droit d'être aussitôt traduite devant un ou une juge, qui prononce le maintien de la détention ou la libération. Elle a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable. Al. 4 Toute personne qui se voit privée de sa liberté sans qu'un tribunal l'ait ordonné a le droit, en tout temps, de saisir le tribunal. Celui-ci statue dans les plus brefs délais sur la légalité de cette privation ».

⁷² Art. 30 Cst « Garanties de procédure judiciaire. Al. 1 Toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire a droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial. Les tribunaux d'exception sont interdits. (...) Al. 3 L'audience et le prononcé du jugement sont publics. La loi peut prévoir des exceptions ». Art. 191c Cst « Indépendance des autorités judiciaires. Dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles, les autorités judiciaires sont indépendantes et ne sont soumises qu'à la loi ».

⁷³ HAEFELIN/HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 6 éd, Zurich 2005, n. 850.

⁷⁴ Par le jeu de l'art. 191c Cst combiné avec l'art. 30 al. 1 Cst, l'exigence de l'indépendance et de l'impartialité des juges ne s'applique pas seulement aux autorités fédérales, mais aussi aux autorités de niveau cantonal. AUBERT/MAHON, op. cit. ad art. 191c n. 3.

⁷⁵ MÜLLER, op. cit., p. 139 « La position du Ministère public de la Confédération (MPC) n'est pas déterminée en vertu du principe de la séparation des pouvoirs ou de l'indépendance des tribunaux, mais par la législation fédérale sur la procédure pénale, sur l'organisation de l'administration fédérale et sur le personnel de la Confédération ». Ne jouissant pas d'une autonomie du point de vue de l'organisation institutionnelle, le MPC ne peut pas se prévaloir de la garantie constitutionnelle de l'indépendance des Tribunaux. Le fait que le procureur général de la Confédération soit nommé pour une durée complète d'un mandat de quatre ans et qu'il puisse accomplir sa tâche sans recevoir d'instructions de l'autorité de nomination (art. 16 al. 4 PPF) assure cependant un certain degré d'indépendance.

Le nouveau Code de procédure pénale suisse

Le 5 octobre 2007, le Parlement a promulgué le nouveau Code de procédure pénale destiné à entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2010 (CPPS). Il s'agit d'une pierre miliaire dans l'histoire de la procédure pénale suisse, puisque ce code supprime le morcellement séculaire entre les législations des 26 cantons⁷⁶. A son entrée en vigueur, le nouveau code s'appliquera à toutes les procédures pendantes. Entre-temps les cantons auront dû instituer les tribunaux nécessaires au fonctionnement du nouveau code, tel que le tribunal des mesures de contrainte et la juridiction d'appel dont certains cantons sont encore dépourvus.

Le nouveau code adopte le « *modèle ministère public* »⁷⁷ fondé sur la maxime d'accusation (art. 9 CPPS), c'est-à-dire une procédure où le Ministère public dirige les investigations de la police, conduit l'instruction (art. 308ss CPPS), dresse l'acte d'accusation et prononce le réquisitoire devant le tribunal, sans qu'il y ait lieu de passer par un juge d'instruction. Par conséquent, l'office des juges d'instruction fédéraux (JIF) sera supprimé.

Comme contrepoids au grand pouvoir conféré au Ministère public, le nouveau code préconise l'instauration d'un Tribunal des mesures de contrainte et un renforcement des droits de la défense. Celle-ci pourra notamment être présente dans la procédure dès le premier interrogatoire de la police (avocat de la première heure, art. 159 CPPS). De plus, d'après l'art. 133 al. 2 CPPS, dans la désignation du défenseur d'office, il faudra prendre en considération les souhaits du prévenu dans la mesure du possible et, si la relation de confiance entre le prévenu et son défenseur d'office est gravement perturbée, un autre avocat sera désigné (art. 134 al. 2 CPPS).

La fonction du Tribunal des mesures de contrainte sera d'ordonner la détention provisoire et la détention pour des motifs de sûreté (art. 18 al. 1 CPPS), autoriser la surveillance de la correspondance écrite et orale (art. 272 al. 1 CPPS), l'engagement des agents infiltrés (art. 289 al. 1 CPPS), la surveillance des relations entre une banque et un prévenu (art. 284 CPPS), etc.

⁷⁶ RIKLIN, Vereinfachte Verfahren im Strassenverkehrsstrafrecht, p. 2.
⁷⁷ Message FF 2006 p. 1244 et 1361.

Les premiers articles du nouveau code consacrent le procès équitable et le respect de la dignité (art. 3 CPPS), la célérité (art. 5 CPPS), la présomption d'innocence (art. 10 CPPS) et le principe du *ne bis in idem* réservé toutefois aux jugements suisses (art. 11 CPPS).

A l'art. 107 le nouveau code sanctionne le droit d'être entendu des parties aux procès, mais l'assortit de restrictions importantes et générales (art. 108 CPPS)⁷⁸.

Le principe de l'oralité (art. 67 CPPS), de la publicité des débats (art. 69 CPPS) y sont également consacrés.

L'art. 140 CPPS bannit les méthodes de preuve illégales, tels que la contrainte, le recours à la force, les promesses, etc., mais une exception est prévue si leur exploitation est « *indispensable pour élucider des infractions graves* » (art. 141 al. 2 CPPS)⁷⁹.

Aux art. 61 à 65 CPPS, le législateur a institué la « *direction de la procédure* », qui est l'autorité compétente pour assurer le bon déroulement de la procédure, soit le Ministère public au cours de l'instruction, et le juge unique (ou le président du tribunal collégial) après la mise en accusation. Malgré les compétences relativement restreintes fixées par le code, il est à prévoir que la jurisprudence ait tendance à élargir les pouvoirs de la direction de la procédure, celle-ci étant aussi appelée à intervenir dans des moments difficiles, voire de tension.

La direction de la procédure pourra par exemple obliger les avocats des parties « sous la commination de la peine prévue par l'art. 292 CP, à garder le silence sur la procédure et sur les personnes impliquées, lorsque le but de la procédure ou un intérêt privé l'exige » (art. 73 al. 2 CPPS).

Le fait que pendant la phase de l'instruction la direction de la procédure soit confiée au Ministère public qui est la partie adverse du prévenu lors des débats (art. 104 CPPS), montre que le législateur a voulu assurer la prédominance du Ministère public dans la procédure.

⁷⁸ D'après l'art. 108 al. 1 *litt. a et b*, les autorités pénales peuvent restreindre le droit d'être entendu d'une partie « lorsque il y a des bonnes raisons de soupçonner que cette partie abuse de ses droits » ou « lorsque cela est nécessaire ... pour protéger des intérêts publics ou privés au maintien du secret ». Les codes étant destinés à durer des décennies, on peut se demander si une telle clause n'est pas trop générale au point de justifier même des comportements autoritaires lors d'une phase historique de régression démocratique. Il est vrai que de nombreux Codes de procédure pénale cantonaux aujourd'hui encore en vigueur admettent une restriction du droit d'être entendu pour des motifs encore plus vagues, tels que la sauvegarde « de intérêts de la procédure », cf. Message FF 2006, p. 1143.

⁷⁹ L'utilisation des preuves illégales met à contribution la garantie du procès équitable de l'art. 6 al. 1 CEDH, lue en lien avec le respect des droits de la défense de l'art. 6 al. 3 CEDH. Bien qu'elle codifie l'approche extrêmement tolérante de la jurisprudence du Tribunal fédéral, cette norme suscite la critique de la doctrine ; cf. HOTTELIER, op. cit., 497ss.

En tant que direction de la procédure, le Ministère public sera habilité à engager un défenseur d'office si le mandat est retiré au défenseur privé et que le prévenu n'a pas désigné un nouveau défenseur dans le délai imparti (art. 132 al. 1 *litt. a* ch. 2 CPPS)⁸⁰.

Il sera aussi responsable de pourvoir le prévenu de l'assistance d'un avocat dans les cas de défense obligatoire, par exemple lorsque l'arrestation provisoire a excédé dix jours⁸¹, une peine supérieure à un an de détention peut être infligée, ou une procédure simplifiée est mise en œuvre, (art. 130s CPPS).

D'après le message du Conseil fédéral, le Ministère public, en tant responsable de la légalité et du bon déroulement de la procédure (art. 62 al. 1 CPPS), aura la faculté de limiter le droit des parties de participer à l'administration des preuves (art. 147 CPPS) et de refuser les questions inconvenantes ou qui « *n'ont rien à voir avec l'objet de la procédure* »⁸². Sur ce point aussi, il est à prévoir que la bataille entre défense et accusation suscite une jurisprudence abondante.

En Suisse plus de 95% des condamnations ne résultent pas de procès publics soumis à un juge indépendant, mais d'ordonnances pénales (appelées aussi « *décret d'accusation* », « *mandat de répression* », « *ordonnance d'accusation* » ou en allemand « *Strafbefehl* ») émanant du Ministère public, auxquelles il n'est pas fait d'opposition⁸³.

Il est dès lors curieux de constater, que ces procès aient été rangés parmi les « *Procédures spéciales* » dans l'un des derniers titres du nouveau Code (Titre 8, art. 352 à 356), alors qu'en réalité il s'agit de la procédure normale pour condamner une personne⁸⁴.

Ce système permet d'arriver à une condamnation par le biais d'une procédure écrite, non publique (art. 69 al. 3 *litt. d* CPPS), rapide et peu onéreuse, le plus souvent sans passer par une audience de débats devant un juge.

Au terme de l'instruction, le procureur public rend sous forme d'ordonnance un acte d'accusation provisoire contenant une proposition de peine, très sommairement motivée, qui acquière force de chose jugée si il n'y est pas fait opposition dans les 10 jours (art. 354 CPPS).

⁸⁰ La jurisprudence actuelle confère, sous certaines conditions, au Ministère public aussi, le droit de retirer le mandat à l'avocat de confiance du prévenu (INFRA).

⁸¹ Le Conseil fédéral avait proposé trois jours (Message FF 2006 p. 1157).

⁸² Message FF 2006 p. 1167.

⁸³ RIKLIN, Vereinfachte, op. cit., p. 3; MELI/NOSEDA, Il nuovo codice di diritto processuale svizzero e l'organizzazione giudiziaria ticinese, Lugano 2008, p. 54.

⁸⁴ RIKLIN, Vereinfachte, op. cit., p. 3.

Il s'agit souvent d'un avantage pour l'accusé même, auquel sont épargnés les coûts et les ennuis d'une longue procédure, ainsi que le désagrément du débat public.

Il s'agit aussi d'un avantage pour les autorités judiciaires qui sont déchargées d'une grande partie de leurs tâches administratives.

Connue depuis des décennies, cette procédure était initialement réservée aux bagatelles et ne pouvait être utilisée que si la peine proposée était l'amende. Puis elle a été étendue à des peines de quelques semaines, plus tard de quelques mois⁸⁵.

Aujourd'hui, le nouveau code prévoit l'utilisation de la procédure de l'ordonnance pénale pour des peines jusqu'à la détention pour six mois, cumulées avec une amende et assorties de mesures graves telles que l'interdiction d'exercer une profession, de conduire un véhicule automobile, la publication du jugement ou la confiscation de valeurs patrimoniales.

La conformité de l'ordonnance pénale de condamnation avec la garantie d'un juge indépendant et impartial sanctionnée par l'art. 6 CEDH découle de la possibilité pour l'accusé de former opposition et de provoquer par-là une procédure judiciaire.

M. Riklin⁸⁶ doute cependant que la procédure de condamnation par le biais de l'ordonnance pénale telle qu'elle a été conçue par le nouveau code de procédure pénale puisse satisfaire les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme.

Les ordonnances pénales émanent le plus souvent de procureurs publics qui n'ont jamais rencontré le prévenu et qui ne se déterminent que sur la base de rapports de police ne donnant aucune garantie d'exhaustivité, ni de précision.

Une proposition de prévoir l'interrogatoire de l'inculpé de la part du procureur public si celui-ci envisage une peine privative de liberté ou une condamnation à des travaux d'intérêt général a été rejetée par le parlement pour des raisons d'économie.

Ainsi, une personne qui ne dispose pas d'une formation culturelle suffisante (ou qui ne connaît pas la langue de la procédure; INFRA) risque de ne pas se rendre compte de l'importance de l'acte qu'elle reçoit et du fait que son silence équivaut à l'acceptation de la peine prévue.

⁸⁵ Cf. pour le cas du Canton du Tessin, MELI/NOSEDA ; op. cit., p. 52 ; en général, RIKLIN, Strafprozess quo vadis ? Prozessserledigungsstrategien und ihre Tücken, 2008 (à paraître).

⁸⁶ RIKLIN, Vereinfachte, op. cit., p. 7ss ; selon Riklin, d'après l'enquête internationale PISA, il y aurait en Suisse environ 800'000 personnes adultes incapables de lire un texte à peine compliqué.

Même le nouveau art. 44 CPS selon lequel « *le juge explique au condamné la portée et les conséquences du sursis ou du sursis partiel à l'exécution de la peine* » n'imposerait pas une convocation personnelle, mais se limiterait à prescrire d'assortir l'ordonnance pénale de quelque motivation supplémentaire⁸⁷.

Il est vrai que l'art. 352 al. 1 CPPS réserve l'ordonnance pénale aux cas où le prévenu a admis les faits « *ou que ceux-ci sont établis* », mais en réalité le procureur public se cantonne à une brève analyse des actes de police et ne procède à l'instruction probatoire qu'en cas d'opposition. L'art. 354 al 1 CPPS l'invite d'ailleurs à procéder ainsi, lorsqu'il dispose qu'« *en cas d'opposition, le ministère public administre les preuves nécessaires au jugement de l'opposition* ».

C'est ainsi que dix années de révolution dans l'aménagement du droit pénal et matériel en Suisse se terminent sous le signe du procureur public, autorité judiciaire (presque) toute puissante qui relègue le juge du fond.

L'organisation judiciaire

La révolution du droit et de la procédure pénale de la Suisse devait forcément se répercuter sur l'organisation judiciaire.

Avant l'entrée en vigueur de la « *réforme de la justice* », la justice pénale était essentiellement administrée par les cantons, sauf pour quelques rares affaires où la justice fédérale était directement saisie⁸⁸.

Le justiciable jouissait généralement de trois degrés de procédure : deux de niveau cantonal et un de niveau fédéral.

Les cantons se saisissaient des jugements de première instance (par un juge unique ou par un tribunal collégial, parfois assisté par des juges populaires) et de deuxième instance, le plus souvent par une juridiction d'appel, ou par une cour de cassation au pouvoir d'examen limité à une *revisio in jure*⁸⁹.

⁸⁷ RIKLIN, Vereinfachte, op. cit., p. 9.

⁸⁸ WIPRAECHTIGER, Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsache, in Geiger/Münch, Prozessieren vor Bundesgericht, Bâle et Franfort 1998, p. 195ss; PIQUEREZ, op. cit. no. 427ss et no. 3229ss.

⁸⁹ Dans les cantons de Neuchâtel et du Tessin, ainsi que contre les juridictions pénales fédérales, le pourvoi en nullité est la seule voie de recours.

Après l'épuisement des voies de recours cantonales, les justiciables pouvaient accéder à l'instance suprême, soit le Tribunal fédéral de Lausanne (TF)⁹⁰.

Il leur était ouvert un pourvoi en nullité et un recours de droit public (un recours de droit administratif réglait en outre les questions de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale).

Le pourvoi en nullité était destiné à assurer l'application uniforme dans toute la Suisse du droit fédéral, c'est-à-dire du droit pénal matériel à l'exclusion du droit cantonal de procédure. Il était organisé comme un recours en cassation et était soumis à des conditions restrictives, le Tribunal fédéral n'ayant qu'un pouvoir restreint à *la revisio in jure*.

A côté de ce moyen, le justiciable pouvait former un recours de droit public pour contester une violation de la Constitution fédérale ou de la Convention européenne des droits de l'homme. Il n'était pas rare que le jugement de dernière instance cantonale dusse être simultanément attaqué tant par le pourvoi en nullité que par le recours de droit public.

Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, la Loi sur le Tribunal fédéral prévoit désormais un seul recours contre les décisions rendues en matière pénale (droit de fond et procédure) par les autorités cantonales de dernière instance et par le Tribunal pénal fédéral (art. 78 et art. 80 al. 1 LTF)⁹¹.

A un niveau inférieur du Tribunal fédéral (de Lausanne), l'on trouve d'un côté le Tribunal pénal fédéral, avec siège à Bellinzone (TPF), et de l'autre les diverses juridictions cantonales de recours (art. 80 al. 2 LTF).

Entré en fonction le 1^{er} avril 2004⁹², le Tribunal pénal fédéral juge, par le biais de sa Cour des affaires pénales, comme tribunal de première instance des affaires pénales qui relèvent de la compétence du Ministère public de la Confédération, selon les art. 336 à 338 CPS⁹³.

Ainsi, contre les décisions de la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral est aujourd'hui ouvert un recours en matière pénale au Tribunal fédéral (de Lausanne – TF -),

⁹⁰ En matière d'assurances sociales, siégeait le Tribunal fédéral des assurances de Lucerne (TFA). Depuis le 1^{er} janvier 2007, le Tribunal fédéral des assurances a été intégré au Tribunal fédéral de Lausanne, mais deux Cours de droit social sont restées à Lucerne (art. 4 LTF).

⁹¹ Le 1^{er} janvier 2007 sont entrées en vigueur la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral (LTF), la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral administratif (LTAF) et la nouvelle garantie des voies de droit. Simultanément, le TF a fusionné avec le Tribunal fédéral des assurances (TFA), et le nouveau Tribunal fédéral administratif (TAF) avec siège à Saint-Gall est entré en fonction. En même temps, le Tribunal fédéral s'est vu attribuer la surveillance du Tribunal pénal fédéral et du Tribunal administratif fédéral.

⁹² Depuis le 1^{er} janvier 2007, le Tribunal pénal fédéral a acquis également la compétence de statuer sur les recours en matière d'entraide internationale en matière pénale. Il a constitué à ce propos la 2^{ème} Cour des plaintes qui tranche les litiges concernant l'extradition des personnes poursuivies ou condamnées pénallement, l'entraide relative aux procédures pénales étrangères, la poursuite et la répression dans le cadre de la délégation de la poursuite pénale et l'exécution des décisions pénales étrangères. Certaines décisions particulièrement importantes concernant une extradition, une saisie, le transfert d'objets ou de valeurs ou la transmission de renseignements concernant le domaine secret peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral.

⁹³ A partir du 1^{er} janvier 2010, le partage de compétences entre Ministère public de la Confédération et les cantons suivra les art. 22 à 28 CPPS, qui vont remplacer les art. 336 à 338 CP.

tandis que contre les jugements de première instance cantonale, il est obligatoire de passer d'abord par la juridiction cantonale de recours, pour pouvoir accéder au Tribunal fédéral.

Le justiciable a donc à sa disposition deux ou trois degrés de procédure selon que ce soit la juridiction fédérale ou cantonale qui est compétente pour trancher son cas. Il est curieux de constater que les moyens de recours sont moins nombreux devant la juridiction fédérale qui est appelée à s'occuper des cas les plus graves.

Par le biais de la 1^{er} Cour des plaintes, le Tribunal pénal fédéral statue sur les réclamations dirigées contre les décisions du Ministère public de la Confédération ou celles des juges d'instruction fédéraux. Il est aussi compétent en matière de mesures de contrainte ordonnées dans des procédures pénales fédérales, ainsi que sur les prolongations de la détention. La Cour des plaintes est aussi l'autorité de surveillance en matière de contrôles des télécommunications et d'investigations secrètes.

Contre les décisions de la Cour des plaintes portant sur des mesures de contrainte, le recours en matière pénale au Tribunal fédéral est ouvert (art. 79 LTF). Dans les autres cas, le législateur a considéré comme suffisant un seul degré de juridiction, et il n'existe donc aucune possibilité de recours.

La parité avec la compétence cantonale est ici rétablie. Les cantons ont aussi prévu des juridictions de contrôle des actes du procureur public et du juge d'instruction, et leurs décisions ne sont généralement pas susceptibles d'être portées devant le Tribunal fédéral.

Pour être conforme à l'art. 5 al. 3 CEDH, l'arrestation d'une personne ne peut être effectuée qu'en la présentant devant à un juge indépendant dans les plus bref délais⁹⁴.

A la suite de la ratification par la Suisse de la Convention européenne des droits de l'homme, plusieurs cantons ont du instituer un juge neutre chargé de décider de la privation provisoire de la liberté des justiciables : le juge de la détention (« *giudice dell'arresto* » en italien, « *Haftrichter* » en allemand). Actuellement, le Ministère public de la Confédération, lorsqu'il doit procéder à des arrestations, s'adresse aux juges de la détention cantonaux, qui agissent alors comme juridiction fédérale.

Enfin, l'Office des Juges d'instruction fédéraux (JIF), soumis à la surveillance de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, mais indépendant dans sa fonction, complète le

⁹⁴ Cf. aussi l'art. 31 al. 3 Cst.

cadre des autorités judiciaires appelées à appliquer le droit pénal et la procédure pénale suisses. Il est chargé de conduire les instructions préparatoires dans les causes pénales fédérales (art. 108 PPF)

Quoiqu'étant l'aboutissement d'une évolution décennale, cette organisation judiciaire des autorités pénales cantonales et fédérales va être à nouveau bouleversée avec l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010 du nouveau Code de procédure pénale suisse (CPPS).

Le Code de procédure pénale suisse sera accompagné par une nouvelle loi : la loi sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (LOAP), qui au moment d'écrire ces lignes, se trouve encore en phase de projet. Le Conseil fédéral compte promulguer le message avec le projet de loi définitif vers septembre 2008, de façon que la loi puisse être discutée aux Chambres fédérales lors des sessions de printemps 2009. Il est en effet indispensable que cette loi entre en vigueur en même temps que le nouveau Code de procédure pénale⁹⁵.

Il n'est donc pas encore possible d'esquisser avec précision toutes les nouveautés qui feront partie de la nouvelle organisation judiciaire, mais il est certain que celles-ci vont avoir un grand impact sur les droits humains fondamentaux du justiciable.

Le Ministère public de la Confédération sera soumis à la surveillance exclusive du Conseil fédéral par le biais du Département de justice et police. Il sera toutefois interdit au gouvernement de donner des instructions au Ministère public de la Confédération sur la façon de conduire les enquêtes.

L'Office des juges d'instruction fédéraux (JIF) sera supprimé au profit de la compétence unique et exclusive du Ministère public de la Confédération à partir de l'instruction préliminaire jusqu'au réquisitoire lors des débats.

L'institution des tribunaux des mesures de contrainte destinée à contrebalancer les pouvoirs du Ministère public de la Confédération sera vraisemblablement établie en se basant sur les juridictions cantonales. Celles-ci seront appelées à juger comme autorité fédérale ou cantonale selon que, dans le cas concret, l'instruction sera dirigée par un procureur fédéral ou cantonal.

Dès lors, il n'est pas impossible que la jurisprudence puisse enregistrer des contradictions. Dans un pays où le fédéralisme est fortement enraciné comme la Suisse, le mélange entre

⁹⁵ Conversation privée du 5 mai 2008 avec un haut fonctionnaire de l'Office fédéral de la justice.

autorités judiciaires fédérales de source cantonale et autorités judiciaires fédérales nouvellement constituées est destiné à susciter des crispations avant que la fusion ne réussisse. Nous en voulons comme exemple, l'arrestation par le Ministère public de la Confédération, au cours de l'été 2004, de deux personnes soupçonnées de délits financiers. Aussitôt arrêtées, ces personnes ont été traduites devant le juge de la détention du Canton de Berne, qui les a immédiatement relâchées. Le même jour, le Ministère public de la Confédération leur a communiqué qu'elles devaient à nouveau se considérer en état d'arrestation et qu'un nouveau mandat d'amener pour les mêmes motifs allait être signé sans délai⁹⁶.

Enfin, le Tribunal fédéral, en tant qu'autorité unique de recours contre les jugements de fond du Tribunal pénal fédéral, pourra statuer comme une juridiction d'appel.

Il s'agit d'une « *compensation* » du fait que les jugements de première instance cantonaux jouissent de deux degrés de recours (dont l'un en appel), tandis que les jugements de première instance fédéraux ne peuvent être soumis qu'une seule fois à une juridiction supérieur. L'on peut toutefois se demander si cette dichotomie va résister dans la pratique. Est-il imaginable que face au même problème, en application de la même norme juridique, le Tribunal fédéral statue une fois avec plein pouvoirs d'examen des faits, et une autre avec des pouvoirs restreints au droit ? Il est trop tôt pour le savoir.

Law in action et fair trial

Il serait téméraire dans un si bref aperçu de vouloir analyser toutes les répercussions de la réforme du droit pénal suisse. Celle-ci est encore trop jeune pour savoir si les droits humains fondamentaux seront comprimés ou renforcés dans le prochain futur. On peut toutefois déjà affirmer que la question se jouera au niveau des nouvelles institutions fédérales de répression, qui sont destinées à remplacer progressivement la justice cantonale. De ce point de vue, trois aspects inédits de la défense pénale illustrent les nouveaux défis : le défenseur polyglotte (6.1), le défenseur blanchisseur (6.2) et le défenseur évincé par le procureur public pour le bien de la défense (6.3).

⁹⁶ Cf. documentation concernant le cas FDT/LCG/Avv. RG, novembre 2004.

Le défenseur polyglotte

Le procès pénal moderne est le fruit de l'illuminisme, du libéralisme et de la révolution française⁹⁷. Au tournant du 18^{ème} siècle, la procédure inquisitoire, qui était écrite et secrète, disparut au profit des principes de publicité, d'oralité et d'immédiateté, ainsi que du droit de l'accusé de participer aux débats. Encore faut-il que celui-ci puisse comprendre les discussions qui sont menées à l'audience.

La question de la langue (6.1.1) a toujours agité la Suisse. Elle a eu des répercussions tant sur la langue que les parties sont en droit d'utiliser au procès (6.1.2), que sur la langue du juge (6.1.3). Aujourd'hui elle rebondit sur le ring de la nouvelle procédure pénale fédérale et influence d'une manière inédite les droits fondamentaux de l'inculpé (6.1.4).

La liberté de langue en Suisse

La Suisse n'est pas seulement un petit pays, c'est aussi un pays divisé. Point de rencontre de trois grandes cultures (française, allemande et italienne), ce pays est situé au cœur de l'Europe, à cheval sur les Alpes qui sont la principale jonction entre le nord et le sud de l'Europe⁹⁸.

La Suisse connaît quatre langues nationales : l'allemand parlé en Suisse alémanique, par 63% de la population totale, c'est-à-dire dans les dix-huit cantons du nord-est ; le français parlé par 20% de la population, en Suisse romande, c'est-à-dire la partie ouest du pays composée de quatre cantons francophones (Genève, Vaud, Neuchâtel et Jura) et de trois cantons bilingues (allemand et français: Berne, Fribourg et Valais) ; l'italien parlé par 7% de la population, au Tessin et dans quatre vallées du sud des Grisons ; le romanche utilisé seulement par un petit groupe linguistique (0,5% de la population) qui occupe quelques enclaves dans les Grisons.

Stabilisée depuis un millénaire, la frontière des langues est antérieure à la fondation de la Confédération. Celle entre l'allemand et le français coupe verticalement le pays de Bâle à Sierre. Celle avec l'italien court horizontalement sur la crête des Alpes⁹⁹. En fait, c'est à

⁹⁷ RIKLIN, *Vereinfacte*, op. cit., p. 2; PIQUEREZ, op. cit., no 152ss.

⁹⁸ La Suisse a pour voisins la France (à l'ouest), l'Allemagne (au nord), l'Autriche et le Liechtenstein (à l'est) et l'Italie (au sud).

⁹⁹ En fait, la Suisse est une invention suisse-allemande : DESSEMONTET, *Les langues et la Loi en Suisse* (working paper), p. 1 et 3.

Napoléon que l'on doit l'existence de la Suisse actuelle incluant, au sud des Alpes, une petite partie d'Italie¹⁰⁰.

Le plurilinguisme constitue depuis 200 ans une partie fondamentale de l'identité suisse, de sorte que la liberté de la langue ne peut pas être considérée seulement comme un droit de l'homme isolé (qui d'ailleurs fait partie du droit des parents à l'éducation des enfants, art. 8 CEDH)¹⁰¹, mais doit aussi l'être comme un bien collectif de la communauté linguistique.

Si l'on ajoute à cela que l'histoire suisse a été longtemps caractérisée par la confrontation entre deux religions chrétiennes¹⁰² qui avaient (et ont) aussi une assise territoriale à l'intérieur des frontières linguistiques, on comprend aisément la raison pour laquelle la Constitution consacre plusieurs articles aux questions linguistiques.

Tout d'abord l'art. 18 Cst garantit la liberté de la langue, que le Tribunal fédéral avait reconnue en 1965¹⁰³ comme droit constitutionnel non écrit. En effet, ce droit n'était pas inscrit dans la Constitution de 1874.

Pour le Tribunal fédéral, la liberté de la langue constitue une condition d'exercice d'autres droits fondamentaux comme la liberté d'expression, de presse, de culte et des droits politiques, et garantit à toute personne le droit d'utiliser dans ses relations privées ou professionnelles la langue de son choix¹⁰⁴. L'art. 18 Cst protège aussi les citoyens immigrés qui désirent sauvegarder la langue de leur patrie d'origine.

Toutefois, dans les rapports avec l'Etat, la liberté de la langue n'est pas totale. L'administré ne jouit pas du droit de s'adresser à l'autorité dans n'importe quelle langue. Il est limité par l'obligation d'utiliser les langues officielles. Sous la note marginale « *Langues nationales* », l'art. 4 Cst affirme que « *Les langues nationales sont l'allemand, le français, l'italien et le romanche* », tandis que l'art. 70 al. 1 Cst ajoute que « *Les langues officielles de la Confédération sont l'allemand, le français et l'italien. Le romanche est aussi langue officielle pour les rapports que la Confédération entretient avec les personnes de langue romanche* ».

¹⁰⁰ Il est vrai que l'ancienne Confédération comprenait déjà les territoires de l'actuel canton du Tessin, mais il s'agissait de « *bailliages* », c'est-à-dire de propriétés soumises aux cantons du Nord des Alpes ; avec l'invasion des troupes françaises, la Suisse a cessé d'exister et n'a été reconstruite que par la main de Napoléon entre 1798 et 1803.

¹⁰¹ « *Das Grundrecht der Sprachenfreiheit hat in der zeitlichen Vertikalen sowohl eine historische wie auch eine auf die zukünftigen Generationen sich auswirkende Dimension. Sie ist Teil des Bildungsrechts der Eltern und ihrer Kinder und gehört damit auch zum Schutz des Intimbereichs der Familie (Art. 8 EMRK)* » FLEINER, "Sprachenfreiheit" in: Handbuch der Grundrechte. Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, VII/2 2007, p. 407 (Hrsg. Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier, Verlag C.F. Müller Verlag, Heidelberg und Dike Verlag, Zürich / St. Gallen.) p. 2.

¹⁰² Cette confrontation n'a cependant jamais conduit à des situations de purification ethnique du territoire des cantons, si l'on excepte le cas du canton d'Appenzell qui s'est divisé en deux à la suite d'un conflit religieux. Actuellement, dans tous les cantons le peuple professe librement aussi bien la religion catholique que la réformée, ainsi que le judaïsme, cf. FLEINER, op. cit., p. 9.

¹⁰³ ATF 91 I 480.

¹⁰⁴ Pour tout le monde AUBART/MAHON, op. cit., ad art. 18.

Hormis la clause générale de limitation des droits fondamentaux prévue à l'art. 36 Cst¹⁰⁵, la liberté de langue est limitée par le principe de territorialité qui permet aux cantons de choisir leur langue officielle parmi les langues nationales.

Ce principe est indirectement consacré par l'art. 70 al. 2 Cst, selon lequel « Les cantons déterminent leurs langues officielles. Afin de préserver l'harmonie entre les communautés linguistiques, ils veillent à la répartition territoriale traditionnelle des langues et prennent en considération les minorités linguistiques autochtones ».

Le principe de la territorialité des langues permet aux cantons, voire leur impose, de maintenir les frontières traditionnelles des régions linguistiques et d'en sauvegarder l'homogénéité. Ce principe répond à l'intérêt de préserver la « *paix des langues* », mais aussi « *de protéger les langues nationales minoritaires dans une région déterminée, surtout si elles sont menacées dans leur existence* »¹⁰⁶.

Il suit de là que les cantons ont le droit de fixer pour leurs arrondissements judiciaires la langue du procès qui doit également être utilisée par la minorité linguistique.

Selon une formule plusieurs fois consacrée « le principe de la territorialité des langues a pour conséquence que les parties doivent s'adresser aux autorités judiciaires cantonales dans la langue officielle du canton »¹⁰⁷.

De plus, une partie ne commet pas d'abus de droit si elle exige la traduction dans la langue officielle d'actes rédigés dans une autre langue qu'elle et le juge connaissent parfaitement¹⁰⁸. Le Tribunal fédéral a ajouté que « *cette jurisprudence s'impose à plus forte raison quand c'est le mandataire qui connaît ou est censé connaître la langue en question* ».

On ne saurait de surcroît exiger d'un avocat qu'il établisse à l'intention de son client une traduction littérale d'un rapport d'expertise médicale »¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Les restrictions aux libertés constitutionnelles ne sont admissibles que si elles se fondent sur la loi. Cette règle élémentaire a été historiquement l'une des premières manifestations du principe de la légalité. Elle figure explicitement à l'art. 36 al. 1 Cst. et systématiquement dans les règles conventionnelles garantissant ces libertés (art. 5 § 1, 8 § 2, 9 § 2, 10 § 2, 11 § 2 CEDH). Lorsqu'une restriction à une liberté n'est prévue dans aucune norme générale ou abstraite et résulte donc du seul exercice de la liberté d'appréciation du juge ou du fonctionnaire, elle est inconstitutionnelle. C'est le cas le plus simple où, l'exigence de la base légale n'étant pas remplie, la liberté est violée : AUBERT/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. II, Les droits fondamentaux, Berna 2000, n. 178 et 181.

¹⁰⁶ AUBERT/MAHON, op. cit., ad art. 70 n. 9. De façon surprenante, dans l'ATF 128 V 34 (38), le Tribunal fédéral a ajouté que « *l'emploi de la langue officielle est un principe qui est dans l'intérêt du plaideur tout autant que dans celui du Tribunal* ».

¹⁰⁷ ATF 128 V 34 (38).

¹⁰⁸ Arrêt du Tribunal fédéral du 25 juin 1991; Arrêt du Tribunal fédéral du 25 avril 1997, consid. 3, mais in SJ 1998, p. 311ss.

¹⁰⁹ ATF 128 V 34 (39).

Il n'est dès lors pas loisible aux citoyens de s'adresser aux tribunaux¹¹⁰ dans leur langue (maternelle) nationale si celle-ci n'est pas en même temps la langue officielle du canton ou d'une région cantonale particulière. Ils ne peuvent pas se prévaloir de la liberté de la langue consacrée à l'art. 18 Cst, ni de l'interdiction de toute discrimination basée sur des critères de langue sanctionnée par l'art. 8 al. 2 Cst.

Les langues des parties au procès

D'après les garanties constitutionnelles reprises de la Convention européenne de droits de l'homme, le justiciable a le droit de participer à une procédure dans sa propre langue, du moins à l'aide d'un traducteur.

L'art. 31 Cst garantit à toute personne incarcérée le droit d'être informée dans une langue qu'elle comprend sur les faits à l'origine de son interpellation, ainsi que sur les moyens de défense dont elle dispose. Les droits à un juge indépendant et à un procès équitable (art. 29ss Cst) doivent être garantis aussi aux personnes de langue étrangère.

La jurisprudence du Tribunal Fédéral affirme que « l'art. 6 § 3 let. a CEDH garantit à l'accusé le droit d'être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui. A teneur de l'art. 6 § 3 let. e CEDH, tout accusé a droit à se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience. Selon l'art. 60 CPP/NE¹¹¹, lorsqu'une partie, un témoin ou un expert ne comprend pas la langue française, le juge nomme, s'il y a lieu, un interprète. La condition sine qua non pour faire valoir un droit à l'interprète est qu'un problème de langue fasse obstacle au bon déroulement de la procédure ou lèse les droits du prévenu. Un interprète est nécessaire lorsque le prévenu ne comprend pas ce qui se dit et s'écrit, mais aussi lorsqu'il n'arrive pas à se faire comprendre (Jean-Marc Verniory, Les droits de la défense dans les phases préliminaires du procès pénal, Berne 2005, p. 437). Le droit à un interprète ne vaut pas seulement pour l'audience proprement dite, mais aussi pour l'instruction préparatoire (arrêt du 17 décembre 1991 du Tribunal fédéral 1P.74/1991 consid. 3a). **Le prévenu n'a cependant pas droit à ce que l'ensemble des opérations auxquelles il assiste lui soient traduites, le droit se limite aux actes importants dont le recourant doit avoir**

¹¹⁰ Ainsi qu'aux autres autorités publiques. Le plus souvent la langue officielle correspond à celle utilisée à l'école publique.
¹¹¹ Code de procédure pénale du canton de Neuchâtel.

connaissance pour la défense de ses intérêts (Bauer/Cornu, Code de procédure pénale neuchâteloise annoté, art. 60, n. 4; Jean-Marc Verniory, op. cit. p. 441 s.). Selon la jurisprudence fédérale, le juge n'a pas à faire traduire d'office les principaux actes de procédure à l'intention du prévenu, **mais ce dernier doit en faire la requête en temps utile** (ATF 118 Ia 462 consid. 2b p. 465) »¹¹².

Le diable se cachant dans les détails, les questions qui vont animer les débats seront certainement celles portant sur la personne qui a le pouvoir de décider quels sont les « actes importants » pour la défense des intérêts de l'accusé qui méritent d'être traduits, ou celles concernant l'autorité habilitée à décider quand l'accusé a outrepassé le « *temps utile* » et ne peut plus réclamer l'assistance d'un interprète. Le droit suisse montre pour le moment une tendance à conférer au Ministère public aussi une fonction de juge *super partes* des intérêts de l'accusé¹¹³.

Une seconde série de questions agitera les débats sur les droits humains fondamentaux de l'accusé au moment de l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure pénale suisse : celle des condamnations par ordonnance pénale, qui représentent plus de 95% des condamnations prononcées en Suisse. On a vu que ces condamnations émanent du Ministère public, qui ne représente pas une autorité judiciaire indépendante¹¹⁴. Elles peuvent prévoir des peines jusqu'à une détention de six mois assorties de mesures graves telles que l'interdiction d'exercer une profession, de conduire un véhicule automobile, la publication du jugement ou la confiscation de valeurs patrimoniales. Le plus souvent, le Procureur public se prononce sur la base des rapports de police, sans jamais avoir vu, ni interrogé, l'accusé. Il est vrai que par une simple opposition non motivée et présentée dans les dix jours, le prévenu peut obliger le Ministère public à administrer les preuves nécessaires à un nouveau jugement (art. 354 al 1 *litt. a*, et al. 2 CPPS ; art. 355 CPPS). Encore faut-il qu'il ait pu se rendre compte de la portée de l'ordonnance pénale qu'il a reçue. Ces ordonnances sont prononcées dans la langue de la procédure et il n'est prévu ni traduction pour les accusés de langue étrangère, ni même de la clause qu'en cas de silence

¹¹² Arrêt du Tribunal fédéral 6B_827/2007 du 11 mars 2008, consid. 3.1

¹¹³ Cette tendance, fortement enracinée dans les droits cantonaux, est critiquable. Elle dérive d'une ancienne conception paternaliste du procès pénal, à une époque où les délinquants étaient généralement des citoyens de la région du procureur public et où celui-ci appartenait au cercle restreint de la bourgeoisie cultivée. Aujourd'hui, il est difficilement imaginable qu'un procureur public qui soutient l'accusation contre des ressortissants de plusieurs pays dans un procès très médiatisé et contesté (où souvent son image publique, voire sa carrière sont en jeu) puisse en même temps conserver l'impartialité nécessaire pour conseiller l'inculpé et lui suggérer l'utilisation des meilleures armes contre son accusation.

¹¹⁴ RIKLIN, Vereinfachte, op. cit., p. 7.

la condamnation proposée acquiert force de chose jugée et sera exécutée par la force. Cette procédure n'est pas conforme à l'art. 6 ch. 3 *litt. e* CEDH qui confère au justiciable le droit de se faire assister d'un interprète et de se faire traduire tous les actes importants de la procédure, parmi lesquels figure indubitablement l'ordonnance judiciaire de condamnation¹¹⁵.

La langue du juge

Les droits assurés au justiciable par la constitution et par la Convention européenne de droits de l'homme ne doivent pas être confondus avec le droit d'être soumis à une procédure judiciaire se déroulant dans sa propre langue maternelle, même si celle-ci est une langue officielle reconnue par la Confédération suisse¹¹⁶.

Le principe de la territorialité des langues autorise les cantons à protéger leur « *nature linguistique* » ou celle de leurs districts par l'imposition d'une langue officielle (parmi les langues nationales reconnues à l'art. 4 Cst) impérativement applicable indépendamment de la langue nationale de l'administré¹¹⁷.

Les cantons monolingues appliquent uniquement le principe de la territorialité. L'imposition d'une seule langue officielle dans l'enseignement public, dans les rapports avec l'administration publique, voire devant les tribunaux, conduit à l'assimilation des Confédérés avec les résidents étrangers.

¹¹⁵ RIKLIN, Vereinfachte, op. cit., p. 8s.

¹¹⁶ Au sens de l'art. 70 al. 1 Cst.

¹¹⁷ A propos du principe de territorialité de la langue (art. 70 al. 2 Cst), Le Tribunal fédéral des assurances a rappelé que « *aa) D'après la jurisprudence rendue sous l'empire de la Constitution de 1874, la liberté de la langue faisait partie des libertés non écrites de la Constitution fédérale. Elle garantit l'usage de la langue maternelle, ou d'une autre langue proche, voire de toute langue de son choix. Lorsque cette langue est en même temps une langue nationale, son emploi était en outre protégé par l'art. 116 al. 1 a Cst. Dans les rapports avec les autorités, toutefois, la liberté de la langue est limitée par le principe de la langue officielle. En effet, sous réserve de dispositions particulières (par exemple les art. 5 par. 2 et 6 par. 3 let. a CEDH), il n'existe en principe aucun droit à communiquer avec les autorités dans une autre langue que la langue officielle. Celle-ci est elle-même liée au principe de la territorialité, au sens où elle correspond normalement à la langue qui est parlée dans le territoire concerné. Ces principes ont été formalisés dans la Constitution de 1999, notamment aux art. 18 et 70 (sur ces divers points: ATF 127 V 225 consid. 3b/aa et les références citées).* »

bb) Le principe de la territorialité des langues a pour conséquence que les parties doivent s'adresser aux autorités judiciaires cantonales dans la langue officielle du canton (ATF 108 V 208; RDAT 1993 II no 78 p. 215; BORGHI, Langues nationales et langues officielles, in: THURER/AUBERT/MÜLLER [éd.], Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, § 37 ch. 39; en ce qui concerne la procédure administrative dans le domaine de l'assurance-invalidité: BLANC, La procédure administrative en assurance-invalidité, thèse Fribourg 1999, p. 125 sv.). Selon la jurisprudence, dans les relations avec ses autorités, les cantons peuvent imposer leur langue officielle comme langue judiciaire et exiger la traduction des actes de procédure rédigés dans une autre langue, fût-elle l'une des langues officielles de la Confédération (SJ 1998 p. 312 consid. 3 et les références). Si, dans le canton de Neuchâtel par exemple, la jurisprudence cantonale considère que l'exigence du dépôt d'une traduction littérale et rigoureuse en langue française ne se justifie pas dans des cas simples (Recueil de jurisprudence neuchâteloise [RJN] 1991 p. 230), il n'en va pas de même à Genève où tout document soumis au juge doit être rédigé dans la langue officielle ou accompagné d'une traduction dans cette langue; cette règle vaut pour tous les écrits émanant directement du juge ou des parties, ainsi que pour les pièces qu'elles produisent (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, nos 2 et 3 ad art. 9; BAUER/LÉVY, L'exception de traduction de pièces, in: SJ 1982 p. 50; voir aussi l'art. 9 de la loi genevoise de procédure civile du 10 avril 1987 [LPC/GE; RSGE E 3 05]) » (ATF 128 V 34).

Dans les cantons bilingues la situation est plus compliquée. Ces cantons sont le plus souvent divisés en districts qui, considérés isolément, sont monolingues. En vertu du principe de la territorialité des langues, il peut ainsi arriver que des parties au procès de langue allemande, ressortissant au même canton bilingue, soient confrontés à un procès en langue française pour la seule raison que le siège du tribunal compétent se trouve dans un district de langue française. La situation inverse est aussi fréquente.

Toutefois, certains cantons bilingues comportent aussi des districts mixtes. La langue du procès sera donc déterminée par d'autres règles, par exemple celle de l'application de la langue du défendeur, en vigueur dans le canton de Fribourg.

Dans les arrêts Brunner¹¹⁸ et Noth¹¹⁹, le Tribunal Fédéral a confirmé que la langue de la procédure devait être celle de la juridiction du tribunal compétent pour traiter de l'affaire, même si toutes les parties s'expriment dans une autre langue officielle. Dans l'arrêt Brunner, il a ajouté que les cantons sont habilités à adopter des mesures pour conserver l'homogénéité et les frontières des régions linguistiques, quand bien même ils auraient à limiter la liberté de l'individu d'utiliser sa langue maternelle¹²⁰.

Par une décision du 22 décembre 2000, la Commission de recours en matière d'asile¹²¹ a confirmé que l'art. 18 Cst, relatif à la *liberté de la langue*, ne confère pas au demandeur d'asile un droit à ce que la procédure soit conduite dans la langue officielle suisse de son choix. Il faut appliquer la *disposition spéciale* prévue par l'art. 16 al. 2 de la Loi fédérale sur l'asile¹²² selon lequel la procédure engagée devant l'Office fédéral des réfugiés doit être conduite dans la langue officielle du lieu de l'audition cantonale ou du lieu de résidence du requérant.

Dans une décision du 13 septembre 2005, la même Commission de recours a rappelé que le canton du Valais appliquait le principe de la territorialité des langues, en ce sens que le territoire cantonal est divisé en deux parties, dont chacune ne connaît qu'une langue officielle. L'art. 6 al. 2 du *Règlement sur l'organisation de l'administration cantonale*, par

¹¹⁸ ATF 106 Ia 299 (Brunner).

¹¹⁹ ATF 121 I 196 (Noth).

¹²⁰ ATF 106 Ia 303; dans l'arrêt Brunner, il s'agissait d'une demanderesse de langue allemande ayant présenté une demande en justice rédigée en allemand contre un défendeur lui aussi de langue allemande. Le président du tribunal du district fribourgeois de la Sarine renvoya cette pièce de procédure à la demanderesse, en lui donnant un délai pour la traduire en français. Saisi par un recours, le Tribunal fédéral n'entra pas en matière, car la traduction était réalisable sans grands frais. Il ajouta cependant que le principe de territorialité (prévu à l'art. 70 al. 2 Cst – anciennement art. 116 al. 1 de la constitution de 1874-) permet aux cantons de prendre des mesures pour conserver les frontières linguistiques traditionnelles et leur homogénéité, tout en respectant les principes de légalité et de proportionnalité, ainsi que l'égalité devant la loi. En l'espèce, il a jugé que la présence d'une population germanophone de 26 % (par rapport à 74 % de francophones) ne contrignait pas le canton de Fribourg à ranger le district de la Sarine parmi les districts mixtes, ce qui aurait été le cas à partir de 30 % à 33 % de population minoritaire.

¹²¹ JAAC 2001 n° 72 E. G.

¹²² RS 142.31 Loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi).

exemple, affirme que "*les procédures se dérouleront dans le respect du principe de territorialité par l'emploi de la langue en usage dans la région concernée*". La loi d'organisation judiciaire et le *Code de procédure civile* prévoient que les juges procèdent "*dans la langue du siège*". L'art. 4 du *Code de procédure pénale* confirme aussi que "*la procédure devant les tribunaux de police a lieu en langue allemande dans le Haut-Valais et en langue française dans la partie romande du canton*"¹²³.

Au cours des années, les citoyens suisses se sont accommodés de ce système, et la jurisprudence en la matière s'est faite rare. Le recours à des avocats maîtrisant la « *langue du siège* » a aidé à pallier les difficultés engendrées par l'application stricte du principe de la territorialité des langues.

La jurisprudence en matière d'asile politique a atténué les règles sur la langue de la procédure au profit de l'autorité étatique. Si le justiciable n'est pas en droit d'exiger que l'autorité procède dans une langue nationale autre que celle du siège, il n'a pas non plus le droit d'exiger qu'elle s'y tienne.

Si l'autorité viole le principe de territorialité, ou toute autre règle établissant la langue du procès, le justiciable ne peut pas se plaindre, sauf s'il n'a pas compris la décision, s'il n'est pas assisté par un avocat et s'il n'a pas reçu de traduction au plus tard au moment du recours. Une telle jurisprudence mériterait d'être analysée à la lumière de la garantie à un procès équitable¹²⁴.

Par contre, devant le nouveau Tribunal pénal fédéral les débats ont lieu dans la langue de l'accusé, si celui-ci parle français allemand ou français, tandis que le procureur peut s'exprimer dans une autre langue officielle¹²⁵.

¹²³ JICRA 2005 / 22, 204.

¹²⁴ Dans un arrêt du 13 février 2008 (D-7079/2006), le nouveau Tribunal fédéral administratif (entré en fonction le 1^{er} janvier 2007) a affirmé que « *dans la décision publiée sous JICRA 2004 n°29, la Commission suisse de recours en matière d'asile (la Commission) a précisé la portée de ces dispositions. Selon cette jurisprudence, l'ODM peut exceptionnellement déroger à la règle de l'art. 16 al. 2 L'Asi, en application de l'art. 4 let. b ou c OA 1, à la condition de prendre des mesures correctives adéquates pour garantir le droit du requérant à un recours effectif et à un procès équitable, par exemple en traduisant sa décision dans une langue connue de l'intéressé. Si de telles mesures n'ont pas été prises et qu'il n'a pas été remédié à cette lacune au stade du recours, la conséquence en sera la cassation de la décision attaquée, dans l'hypothèse où le recourant n'est pas représenté par un mandataire professionnel et qu'il ressort du recours qu'il n'a pas compris de manière suffisante la décision attaquée. La cassation au seul motif que les règles sur la langue de la procédure ont été violées sera en revanche exclue si, en instance de recours, le demandeur d'asile a été assisté par un mandataire professionnel* » (consid. 3.2.3). Cette jurisprudence laisse songeur. Même si l'autorité de recours dispose du plein pouvoir d'examen des faits, elle jugera le plus souvent sur dossier, puisqu'elle ne dispose généralement pas de moyens d'investigation aussi larges que l'autorité de première instance, laquelle agit « *sur le terrain* ». Si une telle jurisprudence devait s'appliquer aussi au procès pénal en vertu du principe de l'unité du droit interne, des problèmes sérieux de respect des droits de l'homme pourraient apparaître.

¹²⁵ Art. 97 PPF. « *1. Devant la cour des affaires pénales, les débats ont lieu dans la langue de l'accusé, si celui-ci parle français, allemand ou italien. S'il y a plusieurs accusés ou dans les cas douteux, le président décide. 2. Devant la cour des affaires pénales, le procureur général a le droit de parler dans l'une des trois langues officielles* ». Cette disposition sera remplacée le 1^{er} janvier 2010 par l'art. 67 CPPS qui, sous la note marginale « *langue de la procédure* », dispose que la « *Confédération et les cantons déterminent la langue officielle de leurs autorités pénales* » (al. 1) et que « *les autorités pénales cantonales accomplissent tous les actes de procédure dans*

La langue des débats peut donc être différente de celle de l'instruction.

La langue du procureur public (fédéral)

Avec l'entrée en vigueur de la réforme de la justice, le système de la justice cantonale, qui était unique en son genre, s'est rapproché de celui en vigueur aux Etats-Unis d'Amérique, où se superposent deux organisations judiciaires complètes, celle de chacun des Etats et celle de l'Union.

L'institution d'une justice pénale nationale dotée de tribunaux fédéraux de première instance et surtout d'un Ministère public de la Confédération aux compétences élargies a bouleversé la tradition.

Dans le cadre d'une procédure pénale, le choix de la langue de l'instruction ou des débats obéit généralement au principe de la territorialité.

L'application de ce principe se révèle toutefois difficile, en cas de procédures conduites devant les autorités fédérales de poursuite, du fait que ces autorités sont compétentes pour agir dans les trois régions linguistiques¹²⁶.

On pouvait s'attendre à ce que le nouveau Ministère public de la Confédération, entré en fonction le 1^{er} janvier 2002, applique le principe selon lequel l'administration fédérale, lorsqu'elle correspond avec un administré, utilise la langue nationale officielle du destinataire de la communication¹²⁷. Cela d'autant plus que le Ministère public de la Confédération dispose dans chaque région linguistique d'« *antennes* » avec plusieurs procureurs publics¹²⁸ et qu'il est organisé de façon à utiliser indifféremment les langues nationales¹²⁹. D'ailleurs le Ministère public de la Confédération publie simultanément des

¹²⁶ *leur langue officielle; la direction de la procédure peut autoriser des dérogations* » (al. 2). Pour ce qui en est des recours à l'autorité suprême, l'art. 54 al. 1 de la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral (LTF) affirme que la « *procédure est conduite dans l'une des langues officielles (allemand, français, italien, rumantsch grischun), en règle générale dans la langue de la décision attaquée. Si les parties utilisent une autre langue officielle, celle-ci peut être adoptée* ».

¹²⁷ Cour des plaintes 13 novembre 2007 (BB.2007.47), consid. 2.; Cour des plaintes 21 septembre 2005 (BB 2005.76), consid. 3.1. « *Nell'ambito della procedura penale, la scelta della lingua utilizzata per l'istruzione e i dibattimenti è, di regola, dettata dal principio della territorialità: la lingua applicabile è quella ufficiale al foro del perseguimento (DTF 121 I 196 consid. 2). Questo criterio trova tuttavia una difficile applicazione nell'ambito della procedura penale federale, considerato che le autorità della Confederazione hanno la competenza per agire su tutto il territorio nazionale e in tutte le regioni linguistiche del paese e che devono essere capaci di istruire e giudicare nelle tre lingue ufficiali, ossia l'italiano, il tedesco e il francese (art. 16 cpv. 2 PP; v. SCHWANDER, *Die sprachlichen Rücksichten in der Strafrechtspflege des Bundes*, in RPS 82 (1996) pag. 14 e segg.)* ».

¹²⁸ Cf. ATF 108 V 208.

¹²⁹ Cf. art. 16 al. 2 de la Loi fédérale sur la procédure pénale (PPF): « *Le Conseil fédéral désigne pour chaque région linguistique un ou plusieurs représentants du procureur général; celui-ci peut les charger de le remplacer aux débats ou dans l'instruction préparatoire déjà* ».

¹²⁹ Cour des plaintes 27 mai 2004 (BK_B 017/04), consid. 2.

communiqués de presse en trois langues lorsqu'il élargit son organisation au niveau cantonal, ou entend informer la population de ses activités¹³⁰.

Il n'en a pas toujours été ainsi.

Les 30 et 31 août 2004, le Ministère public de la Confédération a arrêté huit personnes actives dans la contrebande de cigarettes. La moitié des arrestations a eu lieu dans le canton du Tessin, c'est-à-dire dans la partie italophone de la Suisse, et concernait quatre personnes qui ne maîtrisaient que l'italien. Parmi les autres personnes arrêtées, l'une parlait l'espagnol, un peu de français et d'italien, deux parlaient français, tandis qu'une seule était germanophone.

Par ordonnance du 2 septembre 2004, le Ministère public de la Confédération a communiqué en langue allemande à deux d'entre elles que leur défenseur tessinois était déchu de sa fonction à cause d'un présumé « *conflit d'intérêts latent* »¹³¹. A sa place le Ministère public de la Confédération a nommé deux défenseurs d'office, de langue allemande, ressortissants du canton de Berne.

La procédure fut conduite en allemand¹³². A la suite de deux contestations de ce choix, la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral a adopté deux décisions subséquentes.

Dans la première, du 16 novembre 2004¹³³, elle a affirmé que, bien que le choix de la langue du procès ne puisse pas être laissé à la discrétion du Ministère public de la

¹³⁰ Cf., par exemple, le communiqué de presse du Ministère public de la Confédération du 1er juillet 2007 : « Avec l'ouverture de l'antenne zurichoise du Ministère public de la Confédération et de la Police judiciaire fédérale (PJF), ce jeudi 1^{er} juillet, le programme de décentralisation de ces deux autorités de poursuite pénale a franchi un nouveau cap. La mise en place progressive de nouvelles structures des autorités fédérales de poursuite pénale suisse s'étend sur plusieurs années et elle prévoyait dès le début non seulement le renforcement des équipes à Berne, mais aussi l'ouverture de bureaux supplémentaires dans les cantons ».

¹³¹ Cour des plaintes 21 janvier 2005 (BK_A 210/04), consid. 2.2. Dans l'arrêt du 10 mars 2005 (BB 2004.73), le Tribunal pénal fédéral a implicitement cautionné le fait que « *die Schweizerische Bundesanwaltschaft mit Verfügung vom 2. September 2004 anordnete, A. [l'avocat choisi par les accusés] sei wegen einer latenten Interessenkollision i.S.v. Art. 12 lit. c des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61) für die Rechtsvertretung der Beschuldigten B._____ und C._____ nicht zuzulassen* » (p. 2).

¹³² Le dialogue entre les accusés et leurs nouveaux défenseurs nécessitait de la présence d'un interprète. Lors des interrogatoires, le Procureur public posait ses questions à l'interprète qui les traduisait aux accusés. Ceux-ci répondaient à l'interprète qui traduisait au procureur. Cf. POSTIZZI, *L'esclusione del difensore di fiducia dal procedimento penale*, RTD 2005 I p. 470 note 66.

¹³³ Cour des plaintes 16 novembre 2004 (BK_B 153/04), in TPF 2004 48. La Cour a notamment affirmé que, « *Compte tenu du nombre d'inculpés italophones et du fait que l'enquête a démarré sur la base de dossiers constitués en Italie, le principe d'économie de procédure aurait commandé que la langue italienne soit choisie comme langue de la procédure et l'enquête confiée à l'antenne tessinoise du Ministère public de la Confédération. Celle-ci étant toutefois déjà accaparée par des dossiers qui lui prennent tout son temps, il est probable qu'elle n'aurait pas eu la possibilité de reprendre les investigations dont le plaignant et ses coïnculpés font l'objet. De plus, ce choix n'aurait pas servi les intérêts du prévenu puisque celui-ci ne parle, selon ses dires, pas plus l'italien que l'allemand. La langue italienne devant - pour des raisons pratiques et pour assurer la célérité de la procédure - être en l'espèce exceptionnellement écartée, il s'agissait donc de choisir entre l'allemand et le français. Un des deux italophones au moins parle l'allemand (ou le suisse-allemand) dans la mesure où il a vécu en Suisse allemande; il n'a d'ailleurs pas eu besoin d'un interprète lors de son premier interrogatoire en allemand par le Ministère public de la Confédération. De plus, l'enquête est conduite par des procureurs allemands et tous les inculpés se sont vu attribuer des défenseurs d'office allemands, à l'exception du prévenu qui a demandé à être assisté par son mandataire habituel, lequel est romand et a son étude à Genève. Aucun élément déterminant ne permettant de consacrer la primauté du français plutôt que de l'allemand, la décision prise par le Ministère public de la Confédération n'a rien d'arbitraire et peut être confirmée* » (consid. 2.2 ; nous soulignons en caractère gras). Il est à remarquer, pour ce qui est du

Confédération, et que, en l'espèce, il eût été préférable de choisir la langue italienne pour des raisons d'économie de procédure, néanmoins l'utilisation de la langue allemande se justifiait parce que l'enquête était conduite par des procureurs alémaniques et que tous les inculpés avaient été pourvus de défenseurs d'office alémaniques.

Dans la deuxième, du 21 janvier 2005¹³⁴, la Cour a ajouté que le choix d'attribuer l'enquête préliminaire à un procureur « *germanophone* » apparaissait soutenable et qu'il ne se justifiait pas de modifier la langue de la procédure ou de changer de procureur parce que l'enquête durait désormais depuis plusieurs mois.

C'est donc la langue du Procureur public chargé de l'enquête qui a bénéficié des égards de la jurisprudence.

D'ailleurs le Ministère public de la Confédération a parfois revendiqué explicitement qu'on donne priorité à la langue maternelle du Procureur public.

Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 13 novembre 2007 de la Cour des plaintes, le Ministère public de la Confédération, après avoir soutenu « *qu'il dispose dans le choix de la langue de la procédure d'une certaine latitude* », a affirmé que, en l'occurrence, l'allemand avait été choisi parce que c'était « *la langue maternelle du procureur en charge du dossier* »¹³⁵.

Statuant sur une demande d'entraide judiciaire internationale, le Tribunal fédéral, après avoir reconnu que « les recourants étaient ainsi en droit de s'attendre à ce que la décision de clôture et les décisions incidentes antérieures soient rendues en allemand, langue dans laquelle ils ont procédé » a néanmoins admis que la procédure se déroule en langue française parce qu'elle était « confiée au Procureur Lamon » (qui ne devait pas maîtriser souverainement la langue de Goethe). Selon le Tribunal fédéral « les exigences liées à l'économie et à la célérité de la procédure (art. 17a al. 1 EIMP) justifiaient ainsi que l'exécution de la demande qui fait l'objet de la présente procédure soit déléguée au Procureur Lamon, et cela quand bien même des considérations de proximité géographique

fonctionnement interne du Ministère public de la Confédération, que la Cour des plaintes semble appliquer le principe de la territorialité de la langue, puisqu'elle confine les enquêtes menées en italien auprès de l'« *antenne* » tessinoise du Ministère public de la Confédération. De plus la Cour des plaintes admet implicitement que les « *procureurs alémaniques* » du Ministère public de la Confédération ne connaissent pas la langue italienne.

¹³⁴ Cour des plaintes 21 janvier 2005 (BK_A 210/04) « *visto lo stadio del procedimento – che dura ormai da mesi - la già notevole mole di documentazione prodotta e versata agli atti nonché la conoscenza dell'incarto acquisita dal procuratore responsabile dell'indagine, non sarebbe a questo punto conveniente, per evidenti ragioni di economia procedurale, modificare la lingua principale del procedimento o attribuire il caso a un altro procuratore* » (consid. 2.3).

¹³⁵ Cour des plaintes 13 novembre 2007 (BB.2007.47), consid. 2.

et linguistique auraient tout aussi bien pu amener l'Office fédéral à confier l'affaire à un Procureur germanophone de siège à Berne »¹³⁶.

Il est curieux de constater que si les Procureurs peuvent être « *germanophones, francophones, voire italophones* », les avocats de la défense en revanche sont toujours polyglottes. Dans le même arrêt le Tribunal fédéral constate en effet que les recourants étaient, « *de surcroît* » (sic) « *assistés par un avocat patenté, lequel est censé connaître les langues nationales de la Confédération* »¹³⁷.

Depuis l'entrée en fonction du nouveau Ministère public de la Confédération, la figure de l'avocat « *censé* » connaître les langues nationales est apparue dans la jurisprudence suisse. Il semble qu'il s'agisse d'une fiction juridique, plus que d'une présomption. En effet, il est probable que la plupart des avocats suisses préfèrent aujourd'hui l'étude de l'anglais plutôt que celle des langues nationales, et bien rares doivent être ceux qui maîtrisent l'italien. D'ailleurs la progression de l'enseignement de l'anglais à l'école obligatoire se fait généralement aux dépens de cette troisième langue nationale.

Peu importe. Dans un arrêt du 8 janvier 2004 Tribunal fédéral a affirmé qu' « on est en droit d'attendre d'un avocat qui exerce son activité en Suisse qu'il connaisse, au moins passivement, les langues nationales ». Cette jurisprudence a été plusieurs fois confirmée¹³⁸. Elle a même été alourdie. Dans un arrêt du 23 février 2005, la Cour des plaintes a précisé que tout avocat est « *censé comprendre les langues nationales* », ce qui dépasse le stade de la simple connaissance passive.

Le 8 mars 2005, le Tribunal fédéral a confirmé cette jurisprudence¹³⁹, puis, deux mois plus tard, a parachevé cette évolution. Désormais en Suisse tout « *avocat patenté (...) est censé connaître les langues nationales de la Confédération* ».

La thèse de la fiction juridique est donc confirmée.

¹³⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 1A.71/2005 11 mai 2005, consid. 4.1.

¹³⁷ Ibidem.

¹³⁸ Bien qu'il soit douteux qu'une connaissance passive de la langue de la procédure puisse être suffisante pour assurer une défense efficace à l'accusé.

¹³⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 1A.25/2005 du 13 mars 2005, consid. 2. « *comme tous les avocats exerçant en Suisse, le mandataire de la recourante est censé comprendre les langues nationales de la Confédération* ».

Comme en réalité, la connaissance moyenne des langues nationales de la part des avocats suisses ne correspond pas aux exigences de la jurisprudence fédérale, il s'ensuit que les droits du justiciable se retrouvent affaiblis.

Cet affaiblissement est susceptible de se transformer en une précarisation des droits de la défense lorsque le justiciable est arrêté et incarcéré dans une région qui pratique une langue autre que la sienne et qu'il est pourvu d'un défenseur d'office de cette région qui, bien qu'étant « *censé* » connaître la langue de son client, ne peut en réalité faire état que de quelques réminiscences scolaires.

Le défenseur blanchisseur

Sous la pression des médias, lors d'un grand procès international¹⁴⁰ à la fin des années quatre-vingt du siècle dernier, le parlement Suisse a adopté à la hâte¹⁴¹ les art. 305^{bis}¹⁴² et 305^{ter}¹⁴³ du Code pénal.

Prévus pour lutter contre l'utilisation de la place financière suisse de la part de la grande criminalité internationale, ces articles ont été suivis d'une abondante législation complémentaire¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Le Message du Conseil Fédéral « concernant la modification du code pénal suisse (législation sur le blanchissement d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières) » du 12 juin 1989, qui demande au parlement d'adopter les nouveaux art. 305^{bis} et 305^{ter} CPS s'ouvre avec ces mots : « *Le blanchissement est un phénomène étroitement lié au crime organisé. Des organisations criminelles se servent de places financières dynamiques pour réinvestir leur capital aussi rapidement que discrètement et en dissimuler ainsi l'origine délictueuse. Bon gré malgré, la place financière suisse a dû admettre que sa tradition de libre circulation des capitaux, la protection qu'elle offre aux relations de confiance entre banques et clients, le haut degré de performance de ses services, ainsi que sa profonde stabilité sur les plans politique, économique et juridique l'exposent également aux abus de la criminalité internationale. Les scandales mis à jour sous les noms de « Pizza connection » et de « Lebanon connection » en laissent des marques tenaces dans l'opinion publique* » (FF 1989 II 962). Puis, il est question de « *l'image, généralement répandue dans le public, du courrier arrivant en Suisse avec des valises remplies de billets de banque...* » (FF 1989 II 965), « *de ces scandales [et du] tort qu'ils sont capables de causer à l'image de la Suisse et de son secteur bancaire* » (FF 1989 II 966). Enfin ce sont les articles parus

¹⁴¹ « dans l'Observer du 4 décembre 1988, p. 26, dans Le Monde du 26/27 mars 1989, p. 1 et 6, dans l'Herald Tribune du 5 avril 1989 p. 1 et 8, dans l'Ottawa Citizen du 15 mai 1989 et dans le Wall Street Journal du 2 décembre 1988 » que l'on craint (FF 1989 II 966 note 25). Cf. le chapitre 144 « *Les conséquences de la 'Lebanon connection' sur la procédure législative* » du message du 12 juin 1989.

¹⁴² Sous la note marginale « *Blanchiment d'argent* », l'art. 305^{bis} CPS affirme « *1. Celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. 2. Dans les cas graves, la peine sera une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire de 500 jours-amende au plus est également prononcée. Le cas est grave, notamment lorsque le délinquant: a. agit comme membre d'une organisation criminelle; b. agit comme membre d'une bande formée pour se livrer de manière systématique au blanchiment d'argent; c. réalise un chiffre d'affaires ou un gain important en faisant métier de blanchir de l'argent. 3. Le délinquant est aussi punissable lorsque l'infraction principale a été commise à l'étranger et lorsqu'elle est aussi punissable dans l'Etat où elle a été commise* ».

¹⁴³ Sous la note marginale « *Défaut de vigilance en matière d'opérations financières et droit de communication* », l'art. 305^{ter} affirme « *1 Celui qui, dans l'exercice de sa profession, aura accepté, gardé en dépôt ou aidé à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers et qui aura omis de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances, sera puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire. 2 Les personnes visées par l'al. 1 ont le droit de communiquer aux autorités suisses de poursuite pénale et aux autorités fédérales désignées par la loi les indices fondant le soupçon que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime* ».

¹⁴⁴ Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA), du 10 octobre 1997 ; Ordonnance de la Commission fédérale des maisons de jeu concernant les obligations de diligence des maisons de jeu en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, (Ordonnance de la

L’interprétation du délit de blanchiment d’argent a subi récemment une évolution inédite, rendue possible parce que, si « *l’objectif premier poursuivi par l’incrimination du blanchissage [était] d’atteindre les organisations criminelles, le texte légal de l’art. 305^{bis} CPS ne [reflétait] nullement ce but de la norme* »¹⁴⁵.

S’inspirant de la jurisprudence allemande, la doctrine suisse s’est demandé si l’avocat défenseur, en percevant ses honoraires, pouvait se rendre coupable de blanchiment d’argent au sens de l’art. 305^{bis} CPS.

En effet, comme l’art. 305^{bis} CPS réprime en général toute entrave à la confiscation de valeurs patrimoniales par les autorités pénales, on pourrait considérer que l’encaissement d’honoraires constitue aussi une telle entrave.

Certes, tout le monde s’accorde pour ne punir le défenseur que s’il reçoit des sommes « *dont il savait ou devait présumer qu’elles provenaient d’un crime* »¹⁴⁶.

Mais qui décide quand l’avocat de la défense doit « *présumer* » ou, mieux, ne peut plus ne pas « *présumer* », que l’argent qu’il reçoit de son client (ou des parents de celui-ci en cas d’arrestation) peut être d’origine illicite? Le procureur public en charge de l’enquête principale?

On voit tout de suite le problème surgir.

Les enquêtes en matière de criminalité organisée sont souvent longues, complexes et source de tensions; le procureur public, acculé par les attentes des médias qu’il peut avoir lui-même éveillées par ses communiqués, risque de se sentir frustré par le conflit incessant avec les avocats de la défense, qui de leur côté, sous la pression des parents réclamant des

CFMJ sur le blanchiment d’argent, OBA CFMJ, du 12 juin 2007; Ordonnance de la Commission fédérale des banques en matière de lutte contre le blanchiment d’argent, (Ordonnance de la CFB sur le blanchiment d’argent, OBA-CFB), du 18 décembre 2002; Ordonnance de l’OFAP sur la lutte contre le blanchiment d’argent, (OBA OFAP), du 24 octobre 2006; Ordonnance de l’Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d’argent concernant le traitement des données, (Ordonnance AdC LBA sur le traitement des données, ODon AdC LBA), du 1^{er} juillet 2005; Ordonnance sur la taxe de surveillance et les émoluments de l’Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d’argent, du 26 octobre 2005 ; Ordonnance de l’Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d’argent concernant les obligations des intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis, (Ordonnance de l’AdC sur le blanchiment d’argent, OBA AdC), du 10 octobre 2003 ; Ordonnance de l’Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d’argent concernant l’activité d’intermédiaire financier dans le secteur non bancaire exercée à titre professionnel, (OAP-LBA), du 20 août 2002; Ordonnance sur le Bureau de communication en matière de blanchiment d’argent, (OBCBA), du 25 août 2004.

¹⁴⁵ CASSANI, *Commentaire du Code pénal suisse*, vol. 9, Berne 1996, ad art. 305^{bis}, n. 3. En effet, le Message du Conseil fédéral du 12 juin 1989 prénoit l’adoption des art. 305^{bis} et 305^{er} CPS pour combattre les grandes organisations criminelles dans les « *opérations de ‘rapatriement’ des valeurs blanchies* » (FF 1989 II 965) et définissait le blanchiment d’argent comme « *un acte typique de participation au crime organisé; mais si l’on envisage les activités de l’‘organized crime’ en tant que circuit d’activités délictueuses et de réactivation du produit de ces dernières, le blanchissage d’argent peut aussi représenter un acte préparatoire de nouveaux délits* » (FF 1989 II 969). On est loin de l’opération d’encaissement de ses honoraires de la part de l’avocat défenseur, lequel ne procède pas à la réactivation de l’économie illégale dans l’économie légale, mais « *consomme sur place* » la rémunération de ses services.

¹⁴⁶ Le dol éventuel suffit.

résultats, voire la libération provisoire d'un conjoint, sont sujets à de multiples dérapages dans le ton de leurs actes judiciaires.

Des organes de discipline veillent à ce que ces écarts soient rapidement ramenés dans le sillon des mœurs ordinaires du barreau.

Il faudrait toutefois que le procureur public ne puisse pas intimider le défenseur par une enquête pénale visant davantage à tempérer son zèle qu'à découvrir la source de ses honoraires.

Dans un Etat démocratique, il est essentiel que, même dans les grands procès médiatisés (qui, soit dit en passant, ne comportent de risques que pour les organes de l'accusation), le défenseur puisse travailler librement sans avoir à redouter d'être lui-même pris à partie. Si c'était le cas, on assisterait en effet à l'abandon des procès de la part des avocats de confiance au profit d'avocats d'office qui se cantonneraient au respect des formalités de procédure.

Deux arrêts de la Cour des plaintes¹⁴⁷ et un arrêt du Tribunal fédéral¹⁴⁸ ont cependant ouvert une brèche dans le statut de l'avocat défenseur qui accepterait des honoraires susceptibles d'avoir une origine délictueuse, avec la possibilité d'instruire à charge contre lui.

Le même traitement devrait alors être appliqué au dentiste, au médecin, au courtier d'assurances, aux Postes et Télécommunications, aux supermarchés, voire à l'épicier et au boulanger qui accepteraient d'être rémunérés par une personne n'ayant pas que des activités légales. Ni la doctrine, ni la jurisprudence ne semblent cependant s'intéresser à ces cas de figure.

Pourtant, s'il est vrai qu'en général l'activité professionnelle d'un avocat peut aussi servir pour des opérations de blanchiment d'argent, celle de défenseur pénal ne se différencie guère de celle du médecin, voire de l'assurance qui transmet à l'accusé les bulletins de versement des primes d'assurance-maladie.

Certes, par sa position, le défenseur sera mieux placé pour connaître l'origine des fonds de son client. Toutefois, lorsqu'une personne incarcérée pour de graves délits est conduite dans un hôpital, tous les éléments sont réunis pour que l'hôpital, le médecin et les caisses-maladie puissent se douter de l'origine illégale des sommes encaissées.

¹⁴⁷ Cour des plaintes 22 avril 2005 (BB.2004.80 - BK_B 227/04) et 22 avril 2005 (BB.2004.79 - BK_B 226/04).

¹⁴⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 1S.5/2006 du 5 mai 2006.

Il en va de même lorsqu'une personne, dont les médias affirment qu'elle exerce une activité délictueuse à titre professionnel, demande à être assistée par son avocat de confiance, voire d'être soignée par son médecin ou son dentiste de confiance. Dans ce cas, la publicité des informations bousculerait toute bonne foi de l'avocat défenseur (et du médecin).

Aussi une personne incarcérée sous l'accusation d'appartenance à une famille tirant ses revenus du commerce de stupéfiants n'aurait droit à aucun défenseur de confiance¹⁴⁹. Même générique et fallacieuse, une telle accusation suffit pour douter de la bonne foi de l'avocat qui aurait perçu ses honoraires et pour le conduire de la situation mandataire professionnel à celle de mandant sans profession.

Le Tribunal fédéral n'est pas allé jusque là. Dans l'arrêt du 5 mai 2006, la bonne foi des avocats, qui avaient encaissé deux acomptes d'un montant de total de 500'000 francs suisses, était hors discussion. Il s'agissait seulement de juger du bien fondé de la séquestration de la partie non encore utilisée des ces acomptes, virés par une personne accusée d'avoir utilisé à des fins personnelles plusieurs millions qui lui avaient été confiés par des investisseurs.

Dans un premier temps, le Tribunal fédéral a affirmé que les acomptes perçus par les avocats demeuraient sujets à confiscation pour la partie qui n'avait pas encore été utilisée. Dès les premiers soupçons sur l'origine douteuse de ces fonds, l'avocat ne peut plus y faire appel pour couvrir ses prestations (qu'il ne peut toutefois abandonner d'un coup parce qu'il ne lui est pas loisible d'interrompre le mandat en temps inopportun¹⁵⁰).

Dans un *obiter dictum*, le Tribunal fédéral a toutefois ajouté que l'avocat qui se servirait des acomptes pour couvrir des prestations effectuées après l'apparition de doutes quant à l'origine de ces fonds risquait non seulement d'avoir à les restituer lors de la confiscation, mais aussi d'être poursuivi pour blanchiment d'argent sale¹⁵¹. Dans une telle situation, les avocats peuvent glisser rapidement dans la zone grise du renversement du fardeau de la preuve et se voir obligés de démontrer qu'ils étaient de bonne foi et ne pouvaient pas

¹⁴⁹ Le Ministère public de la Confédération semble d'être de cet avis, lorsque dans le cadre de l'enquête sur la contrebande internationale a affirmé que « *eine von der Beschuldigten selber finanzierte private Verteidigung nicht in Frage kommt* » cf. POSTIZZI, op. cit., p. 448.

¹⁵⁰ Art. 404 al. 2 du Code des obligations. MATILE, L'indépendance de l'avocat, in L'avocat moderne, Mélanges publiés par l'Ordre des Avocats Vaudois à l'occasion de son Centenaire, Bâle, Genève, Munich 1999, p. 209s « *La liberté de répudier n'est limitée que par l'obligation de respecter les intérêts du client, en ne résiliant pas en temps inopportun et en tenant compte de la nécessité pour le mandant de disposer du temps nécessaire pour consulter un nouvel avocat suffisamment tôt pour que ses intérêts ne soient pas compromis par la résiliation* ».

¹⁵¹ Arrêt du Tribunal fédéral 1S.5/2006 du 5 mai 2006, consid. 3.2.3.

présumer que les acomptes reçus ne provenaient pas d'une source licite¹⁵². C'est la *probatio diabolica*.

Aussi la doctrine en vient à proposer à l'avocat défenseur de demander à l'autorité pénale de désigner un défenseur d'office¹⁵³ ou de décliner le mandat¹⁵⁴.

Il s'agit d'une solution insatisfaisante qui de plus, viole le droit de l'accusé à une défense concrète et effective assuré par l'art. 6 al. 3 *litt. c* CEDH. La seule possibilité d'avoir à s'expliquer devant le Ministère public sur le bien-fondé de la rémunération du travail qu'il a accompli en faveur de l'accusé enlève à l'avocat défenseur l'indépendance qui est le principe même de sa mission. La doctrine suisse et internationale reconnaît unanimement que le principe de l'indépendance constitue le fondement essentiel de l'activité de l'avocat¹⁵⁵. Il oblige l'avocat à être en tout temps libre à l'égard des autorités et des tribunaux, de l'opinion publique et de son client¹⁵⁶. Historiquement, le principe de l'indépendance s'est avant tout imposé à l'égard des autorités administratives et judiciaires¹⁵⁷. L'avocat doit pouvoir s'opposer librement à toute influence ou directive des autorités. En effet, sa mission consiste « *souvent à contester des décisions prises à l'égard de son client par ces autorités et à en demander l'annulation ou la modification. L'avocat doit donc être critique et faire valoir son point de vue sans crainte et avec force. A défaut, il trahirait non seulement sa mission, mais aussi les intérêts qui lui sont confiés* »¹⁵⁸.

Le procureur public qui dispose même virtuellement de la possibilité d'appeler à tout moment le défenseur à rendre compte de la façon dont il accomplit son travail et perçoit ses honoraires, avec la conséquence d'ouvrir une enquête préliminaire à son encontre, gâte l'équilibre de la justice et viole le principe de l'égalité des armes. Cette faculté constituerait en effet un moyen d'éliminer un défenseur, ou de le rendre malléable. Interrogé par le Ministère public sur le montant, voire le moment du recouvrement de sa créance d'honoraires, l'avocat défenseur doit mettre à l'arrière plan les intérêts de son client dans le but de trouver au plus vite un compromis qui le libère de la menace d'une enquête pénale à son encontre. Peu importe qu'à la fin de la procédure (qui peut durer des mois ou des

¹⁵² RUCKSTUHL, Vertretung von Tatverdächtigen im Vorverfahren, in Strafverteidigung, *Handbücher für die Anwaltspraxis*, Band VII ; Bâle Genève Munich 2002, no 3.28.

¹⁵³ MOREILLON/BURNAND; Défense pénale et honoraires impurs, plädoyer, Sonderbeilage Januar 2004, p. 19ss.

¹⁵⁴ NADELHOFER. Geldwäscherie und Einziehung – Risiken für Anwälte, SJZ 102 (2006) 345 (352).

¹⁵⁵ « *Nach herrschender Auffassung gehört die Unabhängigkeit 'zum Kernbereich des Anwaltsberufes* » FELLMANN/ZINDEL (éd), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zurich 2005, ad art. 12 no 55.

¹⁵⁶ MATILE, op.cit., p. 207.

¹⁵⁷ FELLMANN/ZINDEL, op. cit., ad art. 12 no 55.

¹⁵⁸ MATILE, op. cit., p. 207s.

années), l'avocat défenseur en sorte blanchi. Entre temps, son nom sera paru dans la presse, les organes de discipline se seront occupés de son cas, sa clientèle se sera interrogée sur la qualité de ses services, bref il aura subi un dommage difficilement réparable.

Aussi, il ne devrait pas être loisible au procureur public, comme aux autorités de police judiciaire, d'insister lors des interrogatoires des prévenus ou des témoins sur les détails des honoraires de la défense, voire sur les raisons pour lesquelles un certain prévenu a choisi tel avocat. Ces questions, surtout si elles sont posées à des personnes se trouvant en détention préventive, constituent une intrusion dans les rapports entre l'avocat et son client et ont comme conséquence indirecte de modifier la stratégie de défense.

La transformation de l'avocat de confiance en défenseur d'office, prônée par une partie de la doctrine, ne constitue une solution satisfaisante qu'en l'apparence si elle n'est pas accompagnée d'une réglementation sur l'effectivité de la rémunération des honoraires et la sauvegarde du secret professionnel. Qui aura le droit de vérifier si les honoraires du défenseur sont corrects et correspondent à une prestation efficace ? Et surtout, l'avocat de la défense aura-t-il la possibilité de demander des acomptes, ou devra attendre la fin du procès pour toucher ses honoraires ?

A l'heure actuelle, ces questions sont résolues de manière diverse par les vingt-six cantons suisses. Au niveau fédéral, c'est l'office du Juge d'instruction qui s'occupe de la rémunération des avocats d'office, et sa pratique envisage aussi le versement d'acomptes au cours de la procédure. Toutefois, avec la disparition du Juge d'instruction au profit du Ministère public envisagée par le nouveau Code de procédure pénale suisse, la soumission des prestations du défenseur d'office au contrôle du procureur public peut constituer une entorse au principe de l'égalité des armes¹⁵⁹.

Le défenseur évincé par le procureur pour le bien de la défense

L'art. 6 al. 3 *litt. c* CEDH, directement applicable en Suisse, assure à tout accusé le droit à une défense concrète et effective. Parmi les droits visant à assurer la protection effective des droits de la défense, figure celui de se prévaloir d'un avocat de son choix.

¹⁵⁹ Selon les trois premiers alinéas de l'art. 135 CPPS « 1 Le défenseur d'office est indemnisé conformément au tarif des avocats de la Confédération ou du canton du for du procès. 2 Le ministère public ou le tribunal qui statue au fond fixent l'indemnité à la fin de la procédure. 3 Le défenseur d'office peut recourir: a. devant l'autorité de recours, contre la décision du ministère public et du tribunal de première instance fixant l'indemnité; b. devant le Tribunal pénal fédéral, contre la décision de l'autorité de recours ou de la juridiction d'appel du canton fixant l'indemnité » .

Il s'agit d'un droit absolu et inconditionnel¹⁶⁰ qui peut être invoqué déjà au début de l'instruction préliminaire¹⁶¹.

Le droit de se prévaloir d'un défenseur de son choix est un aspect particulier du principe de l'égalité des armes, qui fait partie de la notion de procès équitable.

L'égalité des armes est d'ailleurs le corollaire du *principe général d'égalité*, tel qu'il est exprimé à la première phrase de l'art. 14 Pacte II («*tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice*»). D'après ce principe «*toute partie à un procès doit avoir la possibilité d'exposer sa cause dans des conditions qui ne la désavantagent pas par rapport à la partie adverse*»¹⁶².

La doctrine souligne qu'en droit pénal le principe de l'égalité des armes est une notion relative, car il est quasiment impossible d'assurer une égalité absolue entre les deux parties à un procès où l'on a d'un côté un accusé et, de l'autre, le parquet disposant de services et de moyens étendus¹⁶³.

Dans le procès pénal, le Ministère public représente l'accusation par le biais des procureurs publics. Par rapport à l'accusé, le Ministère public constitue donc «*la partie adverse*».

C'est ce qu'affirme l'art. 34 de la loi fédérale sur la procédure pénale (PPF) selon lequel «*sont considérés comme parties: l'inculpé, le procureur général et tout lésé qui se constitue partie civile*»¹⁶⁴.

D'après la Cour européenne¹⁶⁵, le Ministère public n'est pas une autorité neutre, même si son statut en garantit l'objectivité de l'intervention. Ses conclusions visent en effet à influencer les décisions du juge¹⁶⁶. De plus, selon la théorie des apparences, le Ministère public doit être considéré comme l'allié ou l'adversaire objectif de l'une des parties au procès.

Le 1^{er} juin 2002 est entrée en vigueur, en Suisse, la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA). Cette loi a comme objectif de permettre aux avocats d'exercer leur profession sur tout le territoire du pays, sans à avoir à

¹⁶⁰ OLIVER, Die Beschuldigtenrechte nach Art. 6 Abs. 3 EMRK; Ein Vergleich zur StPO im Hinblick auf die Auswirkungen der Konventionsrechte auf die deutsche Strafrechtsprechung, Inaugural-Dissertation, Stuttgart 1998, p. 49 «*Jeder Angeklagte hat also ein absolutes und unbedingtes Recht darauf, sich durch einen selbstgewählten Anwalt verteidigen lassen zu können. Bestätigt hat dies der EGMR im Fall Campbell und Fell (EuGRZ 1985, 534, 542)*».

¹⁶¹ MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz; Im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, Berna 1999, p. 554s.

¹⁶² AUBERT/MALINVERNI/HOTTELIER, op. cit. no 1367; SUDRE, op. cit., p. 326ss.

¹⁶³ AUBERT/MALINVERNI/HOTTELIER, op. cit., no 1368.

¹⁶⁴ METTLER Christoph, Staatsanwaltschaft, Position innerhalb der Gewaltentrias, Funktion im Strafprozess und aufsichtsrechtliche Situation sowie ein Vorschlag zur Neuordnung, Bâle, Genève, Munich, p. 147ss.

¹⁶⁵ Borges c. Belgique, du 30 novembre 1991, cour plénière, série A no 214-A.

¹⁶⁶ SUDRE, op. cit., p. 330.

demander des autorisations cantonales. Les règles professionnelles et en bonne partie déontologiques ont été unifiées au niveau national et les cantons ont perdu toute compétence à ce sujet.

Les règles professionnelles qui encadrent l'exercice du métier d'avocat sont aussi exhaustivement fixées dans l'art. 12 LLCA.

D'après l'art. 12 litt. c LLCA, l'avocat « évite tout conflit entre les intérêts de son client et ceux des personnes avec lesquelles il est en relation sur le plan professionnel ou privé ».

Le fondement de l'obligation de l'avocat d'éviter tout conflit d'intérêt réside dans l'obligation de fidélité de celui qui agit à la place d'autrui, notamment quand il le fait en vertu d'un mandat (art. 398 al 2 CO)¹⁶⁷.

L'art. 12 *litt. c* LLCA renforce avec un devoir de droit public, l'obligation contractuelle d'éviter tout conflit d'intérêt sanctionné par le droit privé.

Il n'en demeure pas moins que c'est toujours la protection de l'intérêt du client qui fonde le devoir de l'avocat d'antéposer les intérêts de son mandant aux siens et à ceux des tiers.

L'avocat doit révoquer tout mandat dès qu'il risque de se trouver dans une situation de conflit d'intérêts. Aussi, il ne peut accepter un mandat qui pourrait contrarier ses obligations légales ou contractuelles. L'interdiction de s'engager dans des situations de conflit d'intérêts protège même les anciens clients et les personnes dont l'avocat a refusé le mandat. Il est exclu que celui-ci puisse se servir des informations qu'il lui ont été confiées dans le cadre de son activité professionnelle pour combattre les intérêts, légitimes ou illégitimes, des personnes qui les lui ont transmises.

L'avocat ne doit cependant renoncer aux mandats en cours dès l'apparition d'un risque purement théorique de conflit d'intérêts. Il faut que le conflit d'intérêts soit concret¹⁶⁸.

La nouvelle Loi sur les avocats règle la procédure pour sanctionner la violation des devoirs professionnels, y compris du devoir d'éviter tout conflit d'intérêts.

Ces violations doivent être dénoncées par les autorités judiciaires et administratives cantonales et fédérales à l'autorité de surveillance des avocats (art. 15 LLCA).

Celle-ci est habilitée à prononcer une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'à l'interdiction d'exercer la profession (art. 17 LLCA¹⁶⁹).

¹⁶⁷ WERRO, Les conflits d'intérêts de l'avocat, in FELLMANN/JECOBS/POLEDNA/SCHWARZ (éd.), Droit suisse des avocats, Berne 1998, p. 232. L'alinéa 2 de l'art. 398 du Code suisse des obligations affirme que « *le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat* ».

¹⁶⁸ FELLMANN/ INDEL, op. cit., ad art. 12 no 87.

L'avocat qui omettrait de se retirer face à un conflit d'intérêts peut ainsi encourir une peine disciplinaire comportant aussi la révocation de son mandat.

D'après la Loi sur les avocats, il n'est cependant pas loisible à l'autorité judiciaire de retirer elle-même le mandat à l'avocat librement désigné par son client.

Le Ministère public de la Confédération ne s'est pas tenu à cette règle, pourtant codifiée par le législateur fédéral.

Le 19 juillet 2004, il a procédé à l'arrestation de plusieurs personnes dans le cadre d'une enquête contre le crime organisé. Deux de ces personnes ont désigné pour leur défense le même bureau d'avocats. Après avoir pu assister à l'interrogatoire de confirmation de l'arrestation dans lequel aucun conflit d'intérêts entre les deux accusés est apparu, les avocats de la défense ont reçu une injonction du Ministère public de la Confédération de choisir l'un des deux clients et de renoncer à l'autre, sous peine d'être exclu des deux mandats.

Agissant sur recours des avocats et des accusés, le 18 août 2004 la Cour des plaintes du TPF a confirmé l'exclusion des avocats défenseurs ordonnée par le procureur public¹⁷⁰.

Se basant sur l'interdiction du conflit d'intérêts sanctionné à la faveur du client par l'art. 12 *litt. c* LLCA, la Cour des plaintes a admis que le Ministère public est habilité à agir en tant qu'autorité de surveillance de la régularité de la procédure et à éliminer les avocats qui lui semblent concernés par un conflit pareil.

Le consentement des mandants tout comme la volonté des avocats choisis ne peuvent pas faire obstacle à l'intérêt public d'assurer une « *protection efficace des intérêts des accusés dans le procès pénal* »¹⁷¹.

Pour la Cour des plaintes, en principe il est exclu que le même avocat puisse défendre plusieurs inculpés « en raison du risque latent de conflit d'intérêts que toute double

¹⁶⁹ Selon l'art. 17 LLCA « l'autorité de surveillance peut prononcer les mesures disciplinaires suivantes: a. l'avertissement; b. le blâme; c. une amende de 20 000 francs au plus; d. l'interdiction temporaire de pratiquer pour une durée maximale de deux ans; e. l'interdiction définitive de pratiquer. 2 L'amende peut être cumulée avec une interdiction de pratiquer. 3 Si nécessaire, l'autorité de surveillance peut retirer provisoirement l'autorisation de pratiquer ».

¹⁷⁰ Cour des plaintes 18 août 2004 (BK_B 109/04 + BK_B 110/04). D'après la Cour des plaintes, les arguments du Ministre public « riflettono una costante giurisprudenza secondo la quale, posto l'obbligo di indipendenza professionale e di confidenzialità nei confronti del cliente, di principio è escluso che un avvocato possa patrocinare due (o più) co-imputati nell'ambito di un medesimo procedimento penale, in ragione del latente rischio di conflitto di interessi che questo doppio patrocinio oggettivamente comporta. L'esistenza di un conflitto di interesse deve essere valutata in maniera astratta; basta, a tale proposito, la possibilità teorica che un simile conflitto si avveri in corso di procedura. Anche il consenso dei clienti al doppio patrocinio non è decisivo ».

¹⁷¹ (trad., p. 5 pt. 4). Le Ministère public « può e deve intervenire presso il patrocinatore che ha assunto il doppio mandato, ordinando, se del caso, l'adozione di misure adeguate per scongiurare tale conflitto di interessi; l'interesse pubblico soggiacente al regolare svolgimento dell'inchiesta e all'efficiente tutela degli interessi degli accusati in un procedimento penale prevalgono senz'altro sul libero arbitrio dell'avvocato ».

représentation comporte objectivement. L'existence d'un conflit d'intérêts doit être analysée de façon abstraite ; la possibilité théorique qu'un conflit puisse surgir au cours de la procédure suffit à ce propos »¹⁷².

L'on peut certes s'interroger sur le fait que ce soit le Ministère public qui doive indiquer aux accusés leur meilleure défense (qu'eux-mêmes ne sont pas en mesure de s'assurer). Il n'empêche que le Tribunal fédéral, agissant comme cour constitutionnelle, s'est déclaré incompétent¹⁷³ pour revoir cette décision, l'éviction de l'avocat de la défense n'étant pas considérée comme une mesure de contrainte¹⁷⁴. Cet arrêt a été critiqué¹⁷⁵.

Il est en effet surprenant qu'une garantie constitutionnelle si importante comme la liberté économique des avocats, ne puisse être sanctionnée que par un tribunal essentiellement appelé à se prononcer avec urgence sur des mesures incidentes, comme la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral¹⁷⁶.

Dans une autre affaire du 31 août 2004, le Ministère public de la Confédération a arrêté huit personnes soupçonnées de contrebande internationale de cigarettes. Peu de jours après, il a évincé plusieurs avocats défenseurs choisis par les accusés avec l'argument que dans le passé ces avocats avaient représenté d'autres personnes impliquées dans la même enquête. Pour les remplacer, le Ministère public de la Confédération a nommé des défenseurs d'office.

Sur recours d'un accusé et de son défenseur, le 7 février 2005 la Cour des plaintes a confirmé le droit du Ministère public de la Confédération d'évincer les avocats choisis par

¹⁷² (trad., p. 4 pt. 3.1).

¹⁷³ Arrêt du Tribunal fédéral 1S.10/2004 du 11 novembre 2004.

¹⁷⁴ L'art. 33 al. 3 des dispositions transitoires de la Loi fédérale sur le Tribunal pénal fédéral (LTPF) du 4 octobre 2002 (en vigueur depuis le 1 août 2003), affirme que « *Jusqu'à l'entrée en vigueur de la révision totale de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, les arrêts du Tribunal pénal fédéral peuvent être attaqués comme suit: a. dans les 30 jours qui suivent leur notification, les arrêts de la cour des plaintes relatifs aux mesures de contrainte sont sujets à recours devant le Tribunal fédéral pour violation du droit fédéral; ...* ». Depuis l'entrée en vigueur de la Loi sur le Tribunal fédéral (LTF) du 17 juin 2005 (en vigueur depuis le 1 juillet 2007), cette disposition n'a plus de portée. Elle a été remplacée par l'art. 79 LTF qui sous le Chapitre 3 « *Le Tribunal fédéral en tant que juridiction ordinaire de recours* » dispose que « *le recours est irrecevable contre les décisions de la cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, sauf si elles portent sur des mesures de contrainte* ». Cette disposition a donc gardé la notion de « *mesures de contrainte – mesure coercitive – Zwangsmassnahmen* » qui constitue la clef pour pouvoir accéder à la Cour suprême. D'après le Tribunal fédéral « *La notion de "mesures de contrainte" se réfère aux mesures investigatrices ou coercitives prises, à titre incident, au cours du procès pénal, telles que l'arrestation, la détention, le séquestre, la fouille, la perquisition ou la surveillance téléphonique (ATF 133 IV 278 consid. 1.2.2 p. 281). Si une mesure incidente n'est pas une mesure de contrainte au sens de l'art. 79 LTF, le recours au Tribunal fédéral n'est pas recevable* » : arrêt du Tribunal fédéral 1B_23/2008 du 31 janvier 2008.

¹⁷⁵ POSTIZZI, op. cit., p. 445 (485) selon qui l'exclusion du défenseur devrait pouvoir être soumise au contrôle du Tribunal fédéral, parce qu'elle entraîne une limitation radicale des droits constitutionnels. La situation de l'accusé est en effet lourdement compromise par l'éviction de son avocat de confiance, en particulier en cas de détention provisoire. Dans cette situation en effet, l'accusé ne dispose pas de la liberté nécessaire pour s'informer en vue d'engager un avocat de remplacement. Une situation bien plus grave d'une simple fouille de documents qui pourtant permet de recourir au Tribunal fédéral. Sur requête du 17 février 2005, la Cour européenne de droits de l'homme n'est pas entrée en matière.

¹⁷⁶ Les avocats ne sont pas légitimés à se prévaloir d'une violation des droits de la défense au sens de l'art. 6 al. 3 litt. c CEDH. Ils peuvent seulement s'en appeler d'une violation de l'art. 27 Cst qui leur garantit la liberté d'exercer leur profession sans que l'Etat puisse les entraver illégalement.

les accusés pour éviter que ceux-ci aient à subir un préjudice¹⁷⁷. La Cour a confirmé que le risque de conflit d'intérêts doit être analysé de façon abstraite, et que la possibilité théorique qu'il puisse surgir au cours de la procédure suffit pour exclure l'avocat de la défense. Peu importe que le client ait décidé en pleine connaissance de cause de se prévaloir des services de son avocat¹⁷⁸.

Cette position extrême de la Cour des plaintes semble avoir été mitigée dans un arrêt du 5 février 2008¹⁷⁹. La Commission fédérale des jeux, qui conduisait une enquête pénale contre un couple de restaurateurs, avait intimé à leur avocat d'abandonner le mandat, parce que mari et femme n'avaient pas la même responsabilité dans l'affaire. Tout en se référant à l'art. 12 *litt. c* LLCA, la Cour des plaintes admet qu'il y a conflit d'intérêts seulement lorsque l'avocat, pour assurer la défense de son client, doit mettre en jeu ses propres intérêts ou ceux d'autres représentés¹⁸⁰.

La conception selon laquelle même un risque de conflit d'intérêts purement théorique suffit de façon que la double représentation est toujours exclue semble donc avoir été abandonnée, même si la Cour n'a pas annoncé officiellement avoir changé sa jurisprudence. Il faut certes saluer cette évolution, et l'on s'attend qu'elle soit appliquée aussi à l'encontre des décisions du Ministère public de la Confédération.

Il n'empêche que l'attribution au Ministère public de la Confédération du droit de choisir, à certaines conditions, les avocats défenseurs demeure une solution insatisfaisante. Le Ministère public de la Confédération est l'adversaire des accusés et il n'est pas imaginable qu'il puisse protéger en toute indépendance leurs droits, alors qu'il est convaincu de leur culpabilité et qu'il s'apprête à requérir contre eux des peines pouvant être très lourdes.

CONCLUSION

¹⁷⁷ Cour des plaintes 7 février 2005 BK_B 163/04.

¹⁷⁸ La Cour des plaintes se réfère à WERRO, op. cit., p. 244. Elle semble ignorer toutefois que WERRO admet que l'avocat puisse exercer une représentation multiple pourvu que « *les intérêts des parties soient convergents* ». La même opinion est soutenue par FELMANN/ZINDEL, op. cit., ad art. 12 no 105ss : « Grundsätzlich unproblematisch ist die Beratung verschiedener Mandanten oder die Vertretung mehrerer Klienten im Prozess, wenn deren Interessen übereinstimmen. In solchen Fällen kann die **gemeinsame Vertretung sogar Vorteile bieten** ».

¹⁷⁹ Cour des plaintes 5 février 2008 BV.2007.12.

¹⁸⁰ La Cour des plaintes ajoute « *Eine Doppelvertretung liegt vor, wenn ein Anwalt gleichzeitig verschiedene Parteien berät oder vor Gericht vertritt, deren Interessen sich widersprechen* »; en réalité la double représentation n'a rien à voir avec le conflit d'intérêts; dès qu'un avocat assure la défense de plusieurs parties on est en présence d'une double représentation; celle-ci n'est toutefois interdite que si les intérêts des parties sont en contradiction, ou il est à prévoir qu'ils le deviennent.

On ne saurait conclure cet exposé sur l'évolution de la procédure pénale suisse par rapport aux droits humains fondamentaux sans quelques brèves considérations de caractère philosophique et sociologique.

La période ouverte en « Mai soixante-huit » s'étant définitivement refermée le 11 septembre 2001 dans le monde entier, il était normal qu'en Suisse aussi l'on respirât l'air du temps.

Après plusieurs années d'amélioration des garanties des parties au procès, grâce à la doctrine et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, on assiste à une déréglementation de la conduite du procès, souvent justifiée par des soucis d'efficacité, voire d'économie. Les tribunaux sont débordés et la justice coûte cher.

De plus, les normes pénales ont connu une telle multiplication que certains auteurs n'ont pas hésité à affirmer qu'on était entré dans une « *Verbotsgesellschaft* »¹⁸¹.

Que le droit soit imprégné des conceptions dominantes n'est toutefois pas une nouveauté.

Les commentateurs du droit commercial suisse rappellent, par exemple, que le droit de la société anonyme de 1937 avait été promulgué sous le concept du « *Führer* », car, à cette époque, on considérait que seule une direction univoque et indiscutée pouvait assurer la prospérité de la société. Ainsi, on a dû procéder à plusieurs réformes législatives pour rétablir les critères de transparence et d'équité qu'exige la protection des actionnaires minoritaires dans le marché globalisé d'aujourd'hui.

Depuis le début du nouveau millénaire, la Suisse s'est lancée dans une réforme radicale du droit pénal et du droit judiciaire, et il serait illusoire de croire que l'action du droit en pratique n'en soit pas profondément changée.

Le centre de gravité du procès pénal est passé du juge au procureur public et certaines exceptions sur la possibilité d'utiliser, dans des cas extrêmes, les preuves obtenues par un exercice illégal de la contrainte peuvent susciter quelque inquiétude. Ce ne serait pas la première fois, en droit, que l'exception absorberait la règle, les aveux obtenus par la violence pouvant se prévaloir, dans l'histoire de la procédure pénale, d'une longue tradition.

Il ne faut toutefois pas perdre de vue qu'en Suisse la conception du respect de la *privacy* et le système de la démocratie directe (qui impose le recours au vote populaire à chaque

¹⁸¹ C'est-à-dire de société des *interdits*, cf. RIKLIN, Vereinfachte, p. 3; RIKLIN, Strafprozess quo vadis?

réforme constitutionnelle ou législative d'une certaine envergure) constituent autant d'anticorps contre l'instauration d'une société autoritaire et d'un Etat tout-puissant. Il est vrai que les pressions extérieures, dues à son isolement politique, l'obligent parfois à procéder en hâte à des réformes, mais la Suisse n'en demeure pas moins un pays bien organisé.

Il est relativement facile au citoyen de contacter personnellement les hauts responsables de l'administration gouvernementale pour exposer directement ses doléances. Ainsi, l'on est impressionné par le nombre d'expertises parlementaires et scientifiques qui ont été ordonnées quand le nouveau Ministère public de la Confédération a manifesté quelques signes de faiblesse.

Si la protection des droits de l'homme requiert toujours la vigilance, il n'y a pourtant pas de raison, en Suisse, d'être pessimiste.