

**ORDRE DES AVOCATS  
DE GENÈVE**

# **MODIFICATION DU CODE DE PROCÉDURE PÉNALE**

**EXÉCUTION DE LA MOTION 14.3383,  
COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL DES ETATS,  
ADAPTATION DU CODE DE PROCÉDURE PÉNALE**

## TABLE DES MATIERES

<b>A.</b>	<b>PRISE DE POSITION SUR LES MODIFICATIONS PROPOSEES .....</b>	<b>1</b>
I.	EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION DE L'ENREGISTREMENT DES AUDITIONS PAR DES MOYENS TECHNIQUES .....	1
II.	ANTICIPATION DU CALCUL ET DE LA MOTIVATION DE L'ACTION CIVILE .....	2
III.	MOMENT DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA DÉFENSE OBLIGATOIRE .....	3
IV.	DÉSIGNATION ET REVOCATION DU DÉFENSEUR D'OFFICE .....	4
V.	CONDITIONS D'ASSISTANCE JUDICIAIRE GRATUITE POUR LA PARTIE PLAIGNANTE .....	7
VI.	PARTICIPATION AUX ACTES DE PROCÉDURE .....	8
VII.	DROIT DE RECOURS DU MINISTÈRE PUBLIC EN MATIÈRE DE DÉTENTION .....	9
VIII.	DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉ, LA PROCÉDURE ÉTANT PENDANTE PAR-DEVANT LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE .....	11
IX.	DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉ CONSÉCUTIVE AU JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE .....	13
X.	DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉ PENDANT LA PROCÉDURE DEVANT LA JURIDICTION D'APPEL .....	14
XI.	DEMANDE DE LIBÉRATION PENDANT LA PROCÉDURE LA JURIDICTION D'APPEL .....	15
XII.	DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉ POUR GARANTIR L'EXÉCUTION D'UNE PEINE OU D'UNE MESURE .....	16
XIII.	ORDONNANCE PENALE : AUDITION OBLIGATOIRE DU PREVENU .....	17
XIV.	LIMITATION DE L'ORDONNANCE PÉNALE .....	17
XV.	ORDONNANCE PÉNALE ET PRÉTENTIONS CIVILES .....	18
<b>XVI.</b>	<b>INTERDICTION DE LA REFORMATIO IN PEJUS .....</b>	<b>19</b>
XVII.	COMPENSATION DES FRAIS DE PROCÉDURE AVEC LES INDEMNITÉS ET LE TORT MORAL .....	19
XVIII.	DROIT PÉNAL DES MINEURS .....	20
<b>B.</b>	<b>PROPOSITIONS DE MODIFICATIONS SUPPLEMENTAIRES .....</b>	<b>21</b>
XIX.	RECOURS CONTRE LE REJET PAR LE MINISTERE PUBLIC D'UNE RÉQUISITION DE PREUVES .....	21
XX.	IMMÉDIATÉTÉ .....	24
XXI.	PROCÉDURE SIMPLIFIÉE .....	26
XXII.	PARTIES PLAIGNANTES .....	28
XXIII.	INDEMNITÉS .....	30
XXIV.	MÉDIATION PÉNALE .....	31
<b>C.</b>	<b>CONCLUSIONS .....</b>	<b>32</b>

## A. PRISE DE POSITION SUR LES MODIFICATIONS PROPOSEES

### I. EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION DE L'ENREGISTREMENT DES AUDITIONS PAR DES MOYENS TECHNIQUES

1. Aujourd'hui, le code de procédure pénale (ci-après : CPP) oblige l'autorité pénale à dresser un procès-verbal des dépositions séance tenante (art. 78 al. 1 CPP). En principe, à l'issue de l'audition, l'autorité pénale fait relire et signer ce procès-verbal par la personne entendue (art. 78 al. 5 CPP) ; toutefois, un tribunal peut renoncer à la relecture et la signature s'il enregistre les débats et verse l'enregistrement au dossier (art. 78 al. 5<sup>bis</sup> CPP).
2. L'avant-projet (art. 78a AP-CPP, assorti d'une abrogation de l'art. 78 al. 5<sup>bis</sup> CPP) propose un élargissement du domaine de l'enregistrement sur deux plans :
  - l'enregistrement versé au dossier permet également de se dispenser de dresser le procès-verbal séance tenante ; il peut l'être, toujours de façon synthétique, à l'issue de l'audience ;
  - la possibilité de tenir un procès-verbal *a posteriori*, de renoncer à le relire et à le faire signer, est également conférée aux autorités de poursuite pénale, dont le ministère public (et non aux seuls tribunaux).
3. L'Ordre des avocats (ci-après : ODA) est favorable à ce que l'enregistrement des débats permette également au tribunal de se dispenser de tenir un procès-verbal séance tenante. Cela réduit le coût des débats pour les parties (puisque la durée du procès serait moindre). Cela étendrait aussi le domaine de l'immédiateté (en réduisant le temps des auditions, cela permet d'entendre davantage de personnes) et en accroîtrait l'efficacité (l'absence de temps morts dus à la dictée – et aux discussions, voire incidents, sur la teneur du procès-verbal – dynamise l'interaction avec la personne entendue, qui, à son tour, favorise la manifestation de la vérité).
4. En revanche, l'ODA est opposé à ce que ces facilités en cas d'enregistrement (établissement du procès-verbal *a posteriori*, absence de relecture et signature) soient étendues aux autorités de poursuite pénale, en particulier au ministère public en charge de l'instruction, nonobstant un *obiter dictum* du Tribunal fédéral (ATF 143 IV 408, consid. 8.3).

En effet, dans la mesure où, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 140 IV 196, consid. 4.4.2), la plus-value de l'audition immédiate par le tribunal réside dans le fait qu'il peut vérifier, non seulement ce que dit la personne entendue, mais également comment elle le dit, la favorisation de l'enregistrement des auditions par le ministère public – donnant au tribunal l'impression qu'il est en mesure d'analyser, sur la base du dossier, comment la personne s'est exprimée, et non seulement ce qu'elle a dit – devrait logiquement aboutir à ce que les tribunaux limitent encore davantage l'immédiateté qu'ils ne le font maintenant.

Cela ne nous paraît pas souhaitable. Le « *comment* » ne relève pas d'une syntaxe des expressions paraverbales que le support de données audiovisuel enregistrerait aussi

fidèlement que le papier consigne le mot. Ce qui est décisif, c'est l'interaction dynamique entre le tribunal et la personne entendue. Le juge doit être acteur des débats et non simple analyste d'un matériau figé, préexistant. L'enregistrement systématique des auditions en procédure préliminaire, que favorise la disposition proposée, est un miroir aux alouettes ; il aurait pour conséquence qu'un succédané imparfait de l'immédiateté fasse encore davantage reculer celle-ci.

5. A cela s'ajoute que la transcription *a posteriori*, synthétique ou verbatim, dont le Rapport explicatif concernant la modification du Code de procédure pénale (ci-après : Rapport) retient à juste titre qu'elle peut être chronophage, entre en conflit avec le principe de célérité et l'accès au dossier. Il s'agit d'éviter que l'instruction, déjà longue, soit ralentie davantage encore parce qu'il faut attendre, avant d'administrer un nouveau moyen de preuve, que les parties aient eu accès aux procès-verbaux de l'audition qui vient de se tenir. A cela s'ajoute qu'une synthèse écrite de la teneur des auditions, qui fait consensus (arbitré par la direction de la procédure) entre les participants à celle-ci, permet au tribunal de se faire plus rapidement une meilleure idée des enjeux et des questions que de volumineuses transcriptions verbatim d'auditions qui peuvent parfois être confuses.
6. Inversement, le procès-verbal synthétique n'est admissible que dans la mesure où il faut l'objet d'un consensus entre tous les participants à l'audience. Un procès-verbal synthétique établi *a posteriori* par le Ministère public recèle le danger d'être influencé, inconsciemment, par le regard que le Ministère public porte sur le fond du dossier. Ce danger est d'autant plus sérieux que c'est ce procès-verbal-là que le tribunal, précisément pour s'éviter une longue et fastidieuse consultation des enregistrements, lira pour se faire une idée de l'affaire. On peut avoir la même crainte vis-à-vis de la juridiction d'appel par rapport au procès-verbal établi *a posteriori* par le tribunal. Par conséquent, si le Conseil fédéral devait suivre l'avant-projet sur le principe de l'art. 78a AP-CPP, il faudrait à tout le moins prévoir que le procès-verbal établi *a posteriori* le soit verbatim (ou « *textuellement* », pour reprendre le terme dont use l'art. 78 al. 3 CPP).
7. En synthèse, principalement, l'ODA s'oppose à l'introduction de l'art. 78a AP-CPP assortie de la suppression de l'art. 78 al. 5<sup>bis</sup> CPP.

En lieu et place, il propose une modification de l'art. 78 al. 5<sup>bis</sup> CPP, qui aura désormais la teneur suivante :

« <sup>5bis</sup> Si, durant les débats, une audition est enregistrée par des moyens techniques, le tribunal peut renoncer à tenir un procès-verbal séance tenante, à lire le procès-verbal à la personne entendue ou à le lui remettre pour lecture et à le lui faire signer. Les enregistrements doivent être versés au dossier. »

Subsidiairement, il propose que l'art. 78a al. 1 lit. a AP-CPP soit complété par une seconde phrase :

« Dans ce cas, il est établi textuellement. »

## II. ANTICIPATION DU CALCUL ET DE LA MOTIVATION DE L'ACTION CIVILE

8. Selon le droit en vigueur, les conclusions civiles doivent être présentées au plus tard durant les plaidoiries tenues pendant les débats (art. 123 al. 2 CPP).

9. Le Rapport a raison de relever :

*« Dans la pratique judiciaire quotidienne, il arrive donc souvent que des conclusions civiles soient chiffrées et motivées par de nombreuses preuves et par une documentation volumineuse juste avant, voire durant les débats, ce qui peut mettre en difficulté tant la partie défenderesse que le tribunal, confrontés à de nombreuses preuves et questions de droit civil dont l'examen demande du temps. »*

Le risque est donc que, par manque de temps, la défense s'oppose en bloc aux conclusions civiles et le tribunal renvoie la partie plaignante à agir au civil.

10. L'ODA est aussi d'avis qu'il s'impose d'anticiper le dépôt des conclusions civiles, pièces à l'appui, mais estime que le moment proposé par le Rapport, soit à la clôture de l'instruction, est prématuré. En effet, à ce stade, les prétentions civiles ne sont pas toujours déterminables. Si elles le sont, le temps relativement long qui peut s'écouler entre la clôture de l'instruction et l'audience de jugement impliquerait, dans certains dossiers, une importante actualisation desdites prétentions, que le texte de l'avant-projet ne prévoit d'ailleurs pas. Une telle situation entraînerait également un surcroît de travail, dont le coût peut être à la charge de l'État, si la partie plaignante est au bénéfice de l'assistance judiciaire.

11. L'ODA propose que les conclusions civiles soient déposées dans le délai fixé pour formuler les réquisitions de preuves. La question qui se pose alors est celle de savoir si la défense et le ministère public pourraient, en recevant à ce moment-là les conclusions civiles, formuler encore des réquisitions de preuves, alors que le délai pour ce faire est échu. En pratique, les situations où les conclusions civiles imposent des auditions de témoins, voire des actes d'instruction, sont rares. De plus, le délai fixé pour solliciter des réquisitions de preuves est un délai d'ordre ; il est ainsi concevable que, dans la mesure où un délai est ordinairement fixé longtemps avant l'audience de jugement, un second délai soit fixé en relation avec les conclusions civiles.

12. Ainsi, l'art. 123 al. 2 AP-CPP doit être libellé ainsi :

*« <sup>2</sup> Le calcul et la motivation des conclusions civiles doivent être présentés au plus tard dans le délai fixé par le tribunal aux parties pour présenter et motiver leurs réquisitions de preuves. La partie plaignante peut les actualiser au plus tard à l'ouverture des débats. »*

### III. MOMENT DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA DÉFENSE OBLIGATOIRE

13. Le Rapport relève à juste titre que le libellé de l'art. 131 al. 2 CPP est contradictoire, puisqu'il énonce que *« la défense doit être mise en œuvre après la première audition par le ministère public et, en tout état de cause, avant l'ouverture de l'instruction »*. Or, la première audition par le ministère public a toujours lieu après l'ouverture de l'instruction. Il s'imposait d'éclaircir cette disposition et le Rapport prévoit que si les conditions requises pour la défense obligatoire sont remplies lors de l'ouverture de la procédure préliminaire, la défense doit être mise en œuvre lors de l'ouverture de l'instruction.

14. Pour l'ODA, il faut aller plus loin et prévoir la mise en œuvre de la défense obligatoire déjà lors des interrogatoires de police, cas échéant avant l'intervention du ministère public.
15. L'art. 131 al. 2 AP-CPP doit être remplacé par :  
*«<sup>2</sup> Si les conditions requises pour la défense obligatoire sont remplies lors de l'ouverture de la procédure préliminaire, la défense soit être mise en œuvre dès la première audition du prévenu. »*

#### IV. DÉSIGNATION ET REVOCATION DU DÉFENSEUR D'OFFICE

16. Selon l'art. 133 CPP, le défenseur d'office est désigné par la direction de la procédure compétente au stade considéré ; dans la plupart des cas, c'est le ministère public qui le désigne lors de la procédure préliminaire.
17. Le Rapport a raison de relever qu'il n'est pas satisfaisant que le ministère public puisse choisir le défenseur de sa partie adverse.
18. L'ODA soutient la proposition du Rapport visant à permettre à « *un organe indépendant de la direction de la procédure* » de choisir le défenseur d'office.
19. La question est de savoir quel doit être cet organe. Le Rapport précise qu'il pourrait s'agir d'une autorité ou d'une organisation privée, comme une association d'avocats.
20. L'ODA estime que le choix du défenseur d'office doit incomber à un organe indépendant, non seulement de la direction de la procédure, mais aussi de toute autorité pénale, voire judiciaire ou en lien avec celle-ci. Il est proposé que cette tâche soit confiée à l'autorité de surveillance des avocats du canton concerné, avec délégation possible.
21. De plus, on ne voit pas pourquoi la direction de la procédure doit continuer à désigner formellement l'avocat et pourquoi cette tâche n'incomberait pas à ladite autorité de surveillance. Cela étant, si la tâche de choisir le défenseur d'office peut être déléguée, par exemple à un ordre des avocats, association privée, celle de le désigner formellement ne peut l'être. En effet, la décision de désignation étant sujette à recours, on conçoit mal un recours contre une décision d'une association privée.
22. Dès lors, le texte de l'art. 133 AP-CPP doit être remplacé par :  
*«<sup>1</sup> L'autorité de surveillance des avocats du canton concerné choisit et désigne le défenseur d'office. Seule la tâche de le choisir peut être déléguée.*  
  
*<sup>2</sup> Lorsqu'elle choisit le défenseur d'office, l'autorité de surveillance des avocats du canton concerné prend en considération les compétences de celui-ci et, dans la mesure du possible, les souhaits du prévenu. »*
23. Il est surprenant que le Rapport n'aborde pas la question de la révocation et du remplacement du défenseur d'office, visés à l'art. 134 CPP, alors que les critiques

émises par le Rapport pour la désignation du défenseur d'office doivent également être faites pour ces cas.

24. Selon l'art. 134 CPP, c'est la direction de la procédure qui révoque le défenseur désigné si
- le motif à l'origine de la défense d'office disparaît ;
  - la relation de confiance entre le prévenu et le défenseur d'office est gravement perturbée ou si une défense efficace n'est plus assurée pour d'autres raisons, par exemple en cas de conflit d'intérêts (KUHNS/JEANNERET, Procédure pénale suisse : approche théorique et mise en œuvre cantonale, Neuchâtel 2010, p. 146 N 65 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B\_212/2013 du 20 août 2013) ; dans ce cas, un nouvel avocat d'office est désigné.
25. Il y a donc un risque que le ministère public révoque le mandat d'office pour sanctionner le comportement de l'avocat et ses choix de défense. A l'inverse, il pourrait ne pas révoquer un avocat pourtant inefficace, tant il est vrai qu'il peut trouver réaliste et constructive l'attitude de l'avocat qui ne combat pas sa vision du dossier plutôt que de l'imputer à de la paresse, de l'incompétence ou à une complaisance excessive.

Par ailleurs, pour démontrer que la relation de confiance avec son défenseur d'office est gravement perturbée, un prévenu pourrait le critiquer lourdement par un courrier au procureur qui se retrouverait dans la procédure, ce qui pourrait aller à l'encontre de ses intérêts. De plus, si le ministère public devait refuser la révocation, l'avocat commis d'office, critiqué par son client, devrait poursuivre son mandat, ce qui serait particulièrement inconfortable.

26. Dans une affaire genevoise, le ministère public avait révoqué le mandat d'office de l'avocat, au motif qu'il était fréquemment absent et dans l'impossibilité de se faire remplacer et qu'il avait déposé de nombreuses demandes de mise en liberté, persistant à contester les charges pourtant reconnues par les diverses instances saisies ; cette tactique paraissait contraire aux intérêts du prévenu.

Cette affaire est allée jusqu'au Tribunal fédéral qui a tranché dans un arrêt 1B\_187/2013 du 4 juillet 2013 (consid. 2.4 et 2.5) :

*« L'attitude et les démarches de l'avocat procèdent d'une stratégie de défense dont l'opportunité est certes discutable, mais qui est manifestement voulue et assumée par le prévenu dont la capacité de discernement n'est pas remise en cause. Or, le choix de la conduite de la défense appartient, comme on l'a vu, pour l'essentiel au prévenu et à son avocat (ATF 126 I 194 consid. 3d p. 199), et la partie concernée doit en assumer toutes les conséquences.*

*En définitive, les reproches adressés au défenseur d'office ne sauraient justifier une révocation du mandat. Dans la mesure où le prévenu est, comme cela paraît être le cas, conscient des conséquences liées à sa stratégie de défense (en particulier: allongement de la procédure, irrecevabilité ou rejet des démarches procéduriales, défaut d'indemnisation de l'avocat d'office pour les démarches inutiles), l'on ne saurait considérer que l'attitude du défenseur est assimilable à une carence manifeste, ni qu'une défense effective n'est plus assurée. Il s'agit cependant d'une situation qui est à la limite du tolérable, vu en particulier les diverses absences du défenseur d'office et le retard que*

*cela entraîne pour la procédure. Sous l'angle de l'art. 134 al. 2 CPP, l'appréciation pourrait à l'avenir être différente si les indisponibilités du recourant persistaient ou si tout autre fait établi permettait de mettre en doute concrètement l'efficacité de la défense du prévenu. »*

27. En cas de défense privée, l'autorité compétente pour statuer sur l'existence d'un conflit d'intérêts a varié. Jusqu'à récemment, il s'agissait de l'autorité cantonale de surveillance des avocats ; aujourd'hui, c'est exclusivement le ministère public.

Le revirement a commencé par deux arrêts du Tribunal fédéral du 29 janvier 2013 (1B\_611/2012, consid. 2.4 et 1B\_613/2012, consid. 2.4), par lesquels il a considéré que le ministère public (Lucerne) pouvait, vu les circonstances de l'espèce (soit la défense de plusieurs coinceps dont l'un pouvait vouloir rejeter la responsabilité sur l'autre et inversement), interdire à un avocat de conseiller et défendre les deux inculpés, sans violer le droit fédéral ou conventionnel.

Le droit fédéral de procédure fait obstacle à l'adoption ou à l'application de règles cantonales qui éludent des règles de droit fédéral ou qui en contredisent le sens ou l'esprit. Partant, puisque la compétence en matière de procédure civile et pénale échoit désormais exclusivement à la Confédération et que l'interdiction de postuler est une décision qui relève de la procédure selon la jurisprudence actuelle (ATF 138 II 162, consid. 2.5.1), il s'agit, pour la doctrine récente, de rendre une décision sur la base du CPP, décision qui ne peut être prise que par l'autorité en charge de la procédure (GRODECKI/JEANDIN, *Approche critique de l'interdiction de postuler chez l'avocat aux prises avec un conflit d'intérêts*, in SJ 2015 II p. 107 ss (127 ss)).

La Chambre pénale de recours du canton de Genève a confirmé cette position (ACPR/586/2015 du 2 novembre 2015, consid. 2.4.) :

*« Par conséquent, la compétence du Ministère public pour statuer sur ses questions doit être admise, que le conflit soit abstrait ou concret, car il ne saurait y avoir une double compétence à ce sujet, et la décision querellée modifiée en ce sens, de même que la jurisprudence de la Chambre de céans [...] »*

28. Les conflits d'intérêts surgissant la plupart du temps pendant l'instruction, c'est au procureur, direction de la procédure à ce stade, qu'il incombe de les trancher.

Cette solution n'est pas satisfaisante pour les raisons exposées par le Rapport, en relation avec la nomination d'office et ci-dessus pour la révocation.

De plus, il arrive en pratique que le procureur appelle l'avocat pour l'informer que, selon lui, il y a un conflit d'intérêts, sans pouvoir lui en donner forcément les raisons, ne voulant pas dévoiler le contenu de l'enquête, voire d'une autre procédure.

29. L'art. 134 al. 2 CPP doit être ainsi modifié, afin que la compétence relative à la révocation de l'avocat d'office soit dévolue à l'autorité de surveillance des avocats. Il est inutile que cette disposition prévoit le remplacement de l'avocat d'office ainsi révoqué, puisque si le prévenu n'a plus d'avocat d'office, c'est l'art. 133 al. 1 AP-CPP, tel qu'il a été énoncé ci-dessus qui s'applique.

30. En synthèse, le titre de l'art. 134 CPP doit être modifié en « *Révocation du défenseur d'office* ».



En cas de défense d'office, l'art. 134 al. 2 CPP devient :

« <sup>2</sup> Si la relation de confiance entre le prévenu et le défenseur d'office est gravement perturbée ou si une défense efficace n'est plus assurée pour d'autres raisons, notamment en cas de conflit d'intérêts, l'autorité de surveillance des avocats du canton concerné, sur requête de la direction de la procédure, peut révoquer le mandat du défenseur désigné. »

S'agissant de la défense privée, l'art. 129 CPP doit être complété par un al. 3 :

« <sup>3</sup> Si la direction de la procédure considère que l'avocat est face à un conflit d'intérêts, elle peut requérir de l'autorité de surveillance des avocats du canton concerné d'interdire à l'avocat d'intervenir. »

Une lit. d. doit être ajoutée à l'art. 393 al. 1 CPP :

« d. contre les décisions de l'autorité de surveillance des avocats du canton concerné, en cas de nomination et de révocation du défenseur d'office et, s'il y a une défense privée, en cas de conflit d'intérêts. »

## V. CONDITIONS D'ASSISTANCE JUDICIAIRE GRATUITE POUR LA PARTIE PLAIGNANTE

31. L'art. 136 al.1 lit. b. CPP prescrit que l'assistance judiciaire peut être accordée à la partie plaignante indigente, si elle est susceptible d'élever des conclusions civiles qui ne sont pas vouées à l'échec.
32. A juste titre, le Rapport relève une inégalité de traitement entre la partie plaignante susceptible de prendre des conclusions civiles et celle qui est placée dans l'impossibilité d'en élever, par exemple, si le prévenu est policier, auquel cas, seul l'État peut être attaqué.

L'avant-projet prévoit que l'assistance judiciaire est accordée « à la victime si cela est nécessaire pour permettre à sa plainte pénale d'aboutir » (art. 136 al. 1<sup>bis</sup> AP-CPP).

33. Or, ce texte introduit une nouvelle inégalité de traitement entre la « victime » au sens de l'art. 116 CPP, laquelle pourrait avoir l'assistance judiciaire et la partie plaignante non victime qui ne pourrait pas y prétendre.

De plus, ce texte ne parle pas d'indigence.

34. Cette proposition contient encore une autre inégalité de traitement entre la partie plaignante qui peut prendre des conclusions civiles et celle qui ne le peut pas. En effet, pour la première, il faut, pour obtenir l'assistance judiciaire, que ses prétentions civiles ne paraissent pas vouées à l'échec, alors que, pour la seconde, il suffit que son intervention permette à sa plainte pénale d'aboutir, condition moins restrictive.
35. Enfin, il y a encore inégalité de traitement et violation du principe de l'égalité des armes entre la partie plaignante qui doit, soit démontrer que son action civile ne paraît pas vouée à l'échec, soit que cela est utile pour permettre à sa plainte pénale d'aboutir et le prévenu qui ne doit rien démontrer du tout pour être assisté d'un conseil, dans le cas de défense obligatoire.

36. L'ODA s'oppose, dès lors, à l'art. 136 al. 1<sup>bis</sup> AP-CPP et propose de le remplacer par :

« <sup>1bis</sup> *La direction de la procédure accorde entièrement ou partiellement l'assistance judiciaire à la partie plaignante indigente.* »

## VI. PARTICIPATION AUX ACTES DE PROCÉDURE

37. La lecture du Rapport en lien avec la modification de l'art. 147 CPP et l'introduction de l'art. 147a AP-CPP laisse songeur, pour dire le moins, l'avocat praticien.

38. Les « *tactiques* » du ministère public y sont abordées, lequel, consciemment, bafoue le droit élémentaire et absolu des parties de participer à l'administration des preuves en conduisant séparément des procédures pénales qui doivent, en application de l'art. 29 al. 1 lit. b. CPP, être conduites dans une seule et même procédure ; cette disposition n'est pas potestative.

Les « *tactiques* » ne sont pas réprochées par le Rapport, alors même qu'elles ont été sèchement critiquées par le Tribunal fédéral (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_124/2016 du 12 août 2016, consid. 4.5.) qui, à juste titre, a rappelé que les limitations à ce droit absolu ne peuvent être concevables qu'en application de l'art. 108 CPP ; aucune réforme législative n'est pourtant proposée par le Rapport pour les éradiquer.

39. Le Rapport se propose au contraire de consacrer ces « *tactiques* » et faire en sorte que les conséquences procédurales des violations du droit absolu des parties de participer à l'administration des preuves n'aient pas, ou que très peu, de conséquences pour l'accusation.

40. La répétition d'un acte de procédure (prévue au nouvel al. 3 de l'art. 147 AP-CPP), auquel le ministère public a procédé en scindant les procédures « *pour ne pas devoir accorder [aux prévenus] le droit [d'y] participer, considéré comme trop restrictif et comme entravant la recherche de la vérité* », pour reprendre les termes du Rapport, ne répare rien ou trop peu. Le mal est fait et l'acte de procédure en question a été mené (l'administrer à nouveau s'agissant de l'audition d'un témoin est une gageure) et surtout reste installé au dossier de la procédure que le tribunal verra (l'art. 147 al. 4 CPP restant inchangé).

La consécration des tactiques du ministère public (la formulation de l'art. 147 al. 3 lit. b. AP-CPP est ni plus ni moins une autorisation à scinder les procédures, alors même que la scission des procédures viole l'art. 29 al. 1 lit. b. CPP) et ses entorses au droit élémentaire dont est question ne sont pas acceptables ou désirables, même au motif de la manifestation de la vérité.

Pour l'ODA, la proposition de modification de l'art. 147 CPP n'est pas acceptable.

41. Le nouvel art. 147a CPP est formulé de telle façon qu'à l'intérieur d'une même procédure le droit ici discuté pourra être mis à mal au bon vouloir du ministère public. Il y a en effet presque toujours à craindre que le prévenu adapte ses déclarations à celles de la personne à entendre. Il sera à tout le moins très simple pour le ministère public de le retenir (sans pouvoir être contredit) et ainsi procéder à des actes de procédure sans la participation du prévenu et de son défenseur. Ici aussi, la répétition ultérieure de l'acte

ne répare rien ou très peu. L'enregistrement audiovisuel ne change évidemment rien à cet état des choses. L'al. 3 du nouvel art. 147a AP-CPP donne du reste la très désagréable impression que cet enregistrement audiovisuel est prévu pour justifier le refus du ministère public de procéder à la répétition de l'acte de procédure.

Pour l'ODA, l'introduction de l'art. 147a AP-CPP n'est non plus pas acceptable.

42. A Genève, au-delà de la scission artificielle des procédures, à laquelle le ministère public procède parfois, on constate qu'il charge souvent la police d'administrer des preuves (art. 312 CPP ; en particulier, l'audition de témoins), sans systématiquement lui donner des directives aux fins de s'assurer que l'occasion soit donnée à toutes les parties d'y participer.

Le ministère public semble au demeurant partir du principe que les parties n'ont qu'à demander la répétition de l'administration de la preuve, en application de l'art. 147 al. 3 CPP, si elles l'estiment utile.

Cette pratique contourne l'art. 147 CPP et est, pour des raisons évidentes, préjudiciable aux droits des parties.

43. Il doit être renoncé à l'art. 147 al. 3<sup>bis</sup> AP-CPP proposé et l'art. 147 al. 3 CPP doit être complété par une troisième phrase :

« *Le droit des parties ne peut être restreint qu'aux conditions de l'art. 108 CPP.* »

## VII. DROIT DE RECOURS DU MINISTÈRE PUBLIC EN MATIÈRE DE DÉTENTION

### *Détention pour risque de récidive (art. 221 al. 1 lit. c. AP-CPP)*

44. L'ODA ne s'oppose pas à ce que l'on codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la détention pour risque de récidive de la manière proposée par l'avant-projet.

### *Droit de recours du ministère public (art. 222 al. 2 et 228a AP-CPP)*

45. D'une manière générale, l'ODA partage le scepticisme de nombreux auteurs quant au droit de recours du ministère public. Cela étant, la jurisprudence du Tribunal fédéral est fermement établie et un tel recours est cohérent avec l'extension générale du principe du double degré d'instance que consacre l'avant-projet. L'ODA renonce par conséquent à formuler une objection de principe quant à l'existence d'un droit de recours du ministère public en pareille hypothèse.
46. Autre est la question de l'effet suspensif d'un tel recours. Selon l'avant-projet, le recours du ministère public a un effet suspensif automatique. Certes, la durée de la procédure de recours est courte, mais ce système n'en a pas moins pour conséquence que le prévenu reste en détention au-delà de 96h (délai dans lequel le tribunal des mesures de contrainte (ci-après : TMC) aura statué, par hypothèse en refusant la mise en détention préventive ou le prolongement de celle-ci) sans approbation judiciaire, ce qui est contraire à la CEDH (HOHL-CHIRAZI, La privation de liberté en procédure pénale suisse : buts et limites, Genève 2016, § 1015 ss). A tout le moins en ce qui concerne la mise en détention, il ne doit pas y

avoir d'effet suspensif automatique, ce qui conduit à la suppression de l'art. 228a al. 1 phr. 2 AP-CPP.

47. La formulation de l'art. 222 al. 2 AP-CPP n'appelle pas de commentaires particuliers.
48. En revanche, l'art. 228a AP-CPP impose plusieurs remarques de forme et de fond.
49. L'al. 1 est rédigé de façon malheureuse, lorsqu'il impose au ministère public de communiquer au TMC le recours qu'il « *forme contre la décision* » immédiatement après la notification de la « *décision de mise en détention* » :
  - d'une part, la décision querellée n'est pas une « *décision de mise en détention* » et c'est d'ailleurs précisément pour cette raison que le ministère public entend recourir à son encontre. Il faut plutôt traduire le terme allemand de « *Haftentscheid* » par « *décision en matière de détention* » ;
  - d'autre part, le recours du ministère public est formé au moyen d'un écrit motivé, conformément à l'al. 2. Ainsi, immédiatement après la notification de la décision, il ne fait qu'« *annoncer son recours* », ce que le Rapport concède d'ailleurs (p. 29).

Par ailleurs, dès lors qu'à l'al. 1 il n'est question que de l'annonce du recours, il faut – dans l'hypothèse où l'on maintiendrait l'idée d'un effet suspensif automatique – reformuler la seconde phrase, afin qu'il soit clair que le prévenu ne demeure en détention que jusqu'au dépôt d'un recours (et non jusqu'à « *la clôture de la procédure de recours* »). Il faut en effet éviter que la loi puisse s'interpréter en ce sens que ce soit l'autorité de recours qui statue si le délai de trois heures pour recourir, prévu à l'al. 2, est respecté ; pendant qu'elle délibère à ce sujet, en effet, le prévenu reste en détention.

50. Les al. 1 et 2 de l'art. 228a AP-CPP sont par ailleurs imprécis lorsqu'ils énoncent que cette annonce doit intervenir « *immédiatement après la notification* », respectivement « *dans les trois heures suivant la notification* » de la décision. La notification au prévenu, puis au ministère public, peut en effet intervenir de manière échelonnée, surtout si celui-ci n'assiste pas aux débats. Il n'est pas tolérable que le prévenu reste un jour de plus en détention, parce que la notification au ministère public qui était absent à l'audience, intervient le lendemain de la décision emportant refus de mise en détention ou libération provisoire.

Cela met en évidence un second problème lorsque la décision est notifiée de façon écrite, en raison de l'absence des parties (art. 226 al. 1 phr. 2 CPP). Le moment précis de la notification peut faire débat lorsque des écrits, même recommandés, sont remis par la poste, parce que le facteur n'inscrit pas nécessairement l'heure à laquelle le recommandé est remis, ou que le recommandé peut être mis dans une case postale.

51. L'ODA préconise de faire précéder les quatre alinéas de l'art. 228a AP-CPP par un alinéa précisant que toute décision du TMC en matière de détention sujette à recours du ministère public doit faire l'objet d'une notification motivée à celui-ci, qui consigne l'heure à laquelle elle est intervenue. L'impératif de célérité en la matière commande que ces questions, somme toute d'ordre pratique, soient expressément prévues par la loi.

52. Toujours en ce qui concerne le délai, le texte français de l'art. 228a AP-CPP précise que le ministère public « adresse » le recours au TMC dans les trois heures. A rigueur de texte, une expédition par courrier B en temps utile suffirait ainsi à sauvegarder le délai. En harmonie avec les textes allemand (« *einreichen* ») et italien (« *inoltrare* »), il convient de requérir que le ministère public « dépose » le recours au TMC dans les trois heures.

Il faut par ailleurs ajouter une seconde phrase à cet alinéa – dans l'hypothèse où l'on maintiendrait l'idée d'un effet suspensif automatique – prévoyant qu'une fois le recours déposé, le prévenu demeure en détention jusqu'à la clôture de la procédure de recours.

53. Sur l'art. 228a al. 4 AP-CPP, l'ODA est favorable à l'application par analogie des art. 225 et 226 CPP à la procédure devant l'autorité de recours dans tous les cas de figure, soit non seulement en cas de refus de mise en détention, mais également en cas de refus de prolongation ou d'admission d'une demande de libération provisoire. Tout au plus pourrait-on relever, sur un plan rédactionnel, que la précision « 226, al. 1 à 5 » n'apparaît pas nécessaire, dès lors que l'art. 226 CPP ne comporte que cinq alinéas de toute façon.
54. Ainsi, l'ODA préconise de formuler l'art. 228a AP-CPP comme suit :

*«<sup>1</sup> Les décisions sujettes à recours du ministère public sont notifiées à celui-ci par un moyen permettant leur réception immédiate. La notification mentionne l'heure à laquelle elle est notifiée.*

*<sup>2</sup> Lorsque le ministère public entend recourir contre une décision en matière de détention, il doit l'annoncer au tribunal des mesures de contrainte immédiatement après la notification de cette décision, par écrit ou oralement pour mention au procès-verbal. En pareil cas, le prévenu demeure en détention jusqu'au dépôt du recours.*

*<sup>3</sup> Le ministère public dépose au tribunal des mesures de contrainte un recours motivé par écrit à l'intention de l'autorité de recours dans les trois heures suivant la notification de la décision. En pareil cas, le prévenu demeure en détention jusqu'à la clôture de la procédure de recours.*

*<sup>4</sup> Le tribunal des mesures de contrainte transmet immédiatement le recours et les motifs de la décision à l'autorité de recours avec le dossier.*

*<sup>5</sup> Les art. 225 et 226 s'appliquent par analogie à la procédure devant l'autorité de recours. »*

#### VIII. DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉ, LA PROCÉDURE ÉTANT PENDANTE PAR-DEVANT LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE

55. En l'état actuel du CPP, lorsque le prévenu est en détention pour des motifs de sûreté (art. 230 al. 3 et 4 CPP) :

- les demandes de prolongation de la détention (limitée à trois mois en principe, avec possibilité d'extension à six mois dans les cas exceptionnels, à l'instar de la détention provisoire (ATF 139 IV 186, consid. 2.2) sont adressées au TMC qui statue ;

- les demandes de libération sont adressées au tribunal de première instance (ci-après : tribunal) qui :
  - ordonne la libération ;
  - transmet la demande au TMC s'il n'entend pas y donner suite ;
- le tribunal peut aussi spontanément ordonner la libération provisoire avec l'accord du ministère public ; à défaut d'accord, le tribunal transmet le cas au TMC.

56. Selon le Rapport, cette situation crée un risque d'apparence de prévention : le prévenu peut estimer que le tribunal, qui transmet le dossier au TMC, parce qu'il n'entend pas donner une suite favorable à la demande de libération, a déjà révélé un regard défavorable sur le fond du dossier ; la partie plaignante peut estimer que le tribunal, qui a ordonné la libération sur demande du prévenu, voire spontanément (avec l'accord du ministère public), a trahi une faveur au prévenu augurant mal du traitement de ses prétentions sur le fond.

L'avant-projet propose, en guise de remède, de retirer au tribunal tout pouvoir en matière de détention provisoire. Ainsi, il transmettrait systématiquement toute demande de libération provisoire au TMC (art. 230 al. 3 AP-CPP) et, lorsqu'il « *veut libérer le prévenu indépendamment de toute demande* », il inviterait le TMC à statuer à ce sujet (art. 230 al. 4 AP-CPP).

57. Cette réglementation pose plusieurs problèmes :

- le tribunal est réduit à un pur rôle de courroie de transmission : les demandes de mise en liberté sont adressées à la direction de la procédure de ce tribunal (art. 230 al. 1 et 2 CPP), qui transmet ensuite la demande au TMC (art. 230 al. 3 AP-CPP).

Cela dit, malgré le risque de retard, ce rôle peut se justifier, parce que, d'une part, il permet au tribunal d'être immédiatement informé, et, d'autre part, il permet de transmettre le dossier au TMC. Il convient, à l'instar de ce que prévoient les art. 224 al. 2 phr. 2 et 227 al. 2 CPP, de le dire expressément ;

- la réglementation proposée n'est pas un remède adéquat au mal qu'il s'agit de guérir. La partie plaignante qui craint que le tribunal soit prévenu parce qu'il ordonne la libération du prévenu, décèlera aussi une apparence de prévention lorsque ce tribunal transmettra le dossier au TMC, parce qu'il « *veut libérer le prévenu indépendamment de toute demande* ».

La seule solution paraît être terminologique : il faut à tout le moins prévoir que c'est lorsque le tribunal « *estime qu'un réexamen de la détention se justifie* » qu'il peut spontanément saisir le TMC ;

- en l'état du droit, le tribunal peut arrêter le prévenu, l'interroger, puis requérir la mise en détention au TMC, lorsque des motifs de détention apparaissent pour la première fois, alors que la procédure est déjà pendante devant lui (art. 229 al. 2

CPP). Pour éviter tout risque de prévention, il y a lieu de transférer cette compétence au TMC également.

58. L'ODA propose donc que les art. 229 et 230 CPP soient reformulés comme suit :

- art. 229 al. 2 et 3 AP-CPP :

*«<sup>2</sup> Lorsque les motifs de détention n'apparaissent qu'après le dépôt de l'acte d'accusation, la direction de la procédure du tribunal de première instance communique ces éléments et le dossier au tribunal des mesures de contrainte. Celui-ci fait amener immédiatement le prévenu par la police et l'interroge.*

*<sup>3</sup> S'il ne libère pas immédiatement le prévenu à l'issue de cet interrogatoire, le tribunal des mesures de contrainte poursuit la procédure en appliquant par analogie :*

*a. les art. 225 et 226, lorsqu'il n'y a pas eu de détention provisoire ou de détention pour des motifs de sûreté préalable ;*

*b. l'art. 227, lorsqu'il y a eu détention provisoire ou détention pour des motifs de sûreté préalable. »*

- art. 230 AP-CPP :

*«<sup>1</sup> Durant la procédure de première instance, le prévenu et le ministère public peuvent déposer une demande de libération.*

*<sup>2</sup> La demande doit être adressée à la direction de la procédure du tribunal de première instance.*

*<sup>3</sup> La direction de la procédure du tribunal de première instance transmet la demande et le dossier au tribunal des mesures de contrainte pour décision.*

*<sup>4</sup> Si la direction de la procédure du tribunal de première instance estime qu'un réexamen de la détention se justifie, elle demande au tribunal des mesures de contrainte de statuer et joint le dossier à sa demande ».*

## IX. DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉ CONSÉCUTIVE AU JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE

59. L'avant-projet propose de retirer à la direction de la procédure de la juridiction d'appel le pouvoir de statuer sur le maintien en détention provisoire du prévenu, dont le tribunal a ordonné la libération, en raison de l'apparence de prévention que cela peut créer (art. 231 al. 2 AP-CPP).

60. L'ODA appuie le transfert de cette compétence de la direction de la procédure de l'autorité d'appel à l'autorité de recours. En revanche, le détail de la réglementation mérite d'être simplifié.

Quant aux conditions, le texte proposé évoque toujours l'hypothèse où « *le prévenu en détention est acquitté et que le tribunal de première instance ordonne sa mise en liberté* ». Or, il a déjà été jugé – ce qui est d'ailleurs logique – que le ministère public dispose aussi du moyen de droit pour prolonger la détention, lorsque le tribunal ordonne la mise en liberté sans pour autant acquitter le prévenu, par exemple lorsque la détention avant procès excède la durée de la peine prononcée.

61. Cette modification terminologique met aussi en évidence le fait que le moyen de droit instauré par l'art. 231 al. 2 AP-CPP est en réalité un recours contre un ordre de libération provisoire. En se contentant de transférer la compétence pour statuer, sans pour autant toucher à la procédure, l'avant-projet crée une hétérogénéité dans la procédure que doit suivre l'autorité de recours, qui statue selon une procédure différente selon que la décision de mise en liberté est rendue par le TMC ou par le tribunal, et un paradoxe, le prévenu libéré par celui-ci, à l'issue d'un examen au fond, bénéficiant de garanties de procédure moindres (pas d'audience, délai de recours plus long de cinq jours), que celui qui est libéré par le TMC.
62. L'ODA propose de reformuler l'art. 231 al. 2 CPP comme suit :

*«<sup>2</sup> Si le tribunal de première instance ordonne la mise en liberté du prévenu en même temps qu'il rend son jugement, les art. 222 al. 2 et 228a s'appliquent. »*

#### X. DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉ PENDANT LA PROCÉDURE DEVANT LA JURIDICTION D'APPEL

63. L'avant-projet propose de transférer la compétence pour mettre le prévenu en détention pour des motifs de sûreté, alors que la procédure est déjà pendante devant la juridiction d'appel, de la direction de la procédure de la juridiction d'appel à la direction de la procédure de la juridiction de recours (art. 232 AP-CPP).
64. L'ODA est favorable à ce que la compétence pour arrêter le prévenu soit retirée à la direction de la procédure de la juridiction d'appel.

Il estime en revanche que cette compétence doit être conférée au TMC. Certes, ce tribunal est une autorité de première instance. Elle n'est toutefois pas fonctionnellement subordonnée à la juridiction d'appel ; aucune des décisions de celle-là ne peut être déferée à celle-ci. De plus, il n'y a pas de raison qu'un prévenu, que la direction de la procédure estime devoir placer en détention préventive, perde un degré de juridiction, du simple fait que la procédure est déjà pendante en appel. Si la question du soupçon suffisant est beaucoup plus claire à ce stade, les conditions spéciales de mise en détention sont, par hypothèse, examinées à la lumière de faits nouveaux et, vu l'importance de la liberté individuelle, il importe qu'elles puissent l'être par deux autorités successives statuant avec pleine cognition.

65. Subsidiairement, à supposer que le Conseil fédéral préfère, ce nonobstant, proposer au législateur de conférer à une autorité cantonale supérieure le soin de statuer, en lieu et place de la direction de la procédure de la juridiction d'appel, il faudrait conférer cette compétence à l'autorité de recours et non à la direction de la procédure de l'autorité de recours. D'une part, cette attribution de compétence est contraire au système, dès lors que la direction de la procédure gère typiquement certains aspects procéduraux dans le



contexte d'une procédure pendante devant l'autorité dont elle fait partie (art. 61 à 65, 388 CPP), tandis qu'ici, la direction de la procédure de l'autorité de recours statuerait en-dehors de toute saisine de l'autorité de recours elle-même. D'autre part, dès lors qu'il n'y a pas de double degré d'instance cantonale pour cette décision de mise en détention, mais que la décision est directement rendue par l'autorité précédant le Tribunal fédéral, il se justifie de confier cette compétence à l'autorité qui statuerait, d'habitude, sur recours. Enfin, le souci qui paraît inspirer l'attribution à la direction de la procédure de l'autorité de recours, plutôt qu'à l'autorité de recours elle-même, soit le traitement par un juge unique plutôt que par un tribunal collégial, peut être réglé par les cantons dans le cadre de leurs compétences d'organisation judiciaire, s'ils l'estiment nécessaire.

66. Par ailleurs, l'ODA estime que, pour réduire encore davantage l'apparence de prévention, la juridiction d'appel ne doit pas demander à la direction de la procédure de l'autorité de recours de mettre le prévenu en détention, mais l'informer des éléments qui pourraient justifier la mise en détention.
67. Enfin, dans la mesure où, matériellement, il s'agit de mise en détention, il y a lieu de régler les détails de la procédure, comme le fait l'art. 229 al. 2 et 3 CPP, lorsque des motifs de détention apparaissent au cours de la procédure de première instance. En effet, la procédure proposée (qui reprend la procédure actuelle) est insuffisante au regard du droit d'être entendu du prévenu ; l'autorité de recours ne doit pas pouvoir statuer immédiatement après l'interrogatoire, lorsque le prévenu est amené par la police. Après cet interrogatoire, fait en urgence, le prévenu ou son défenseur doivent pouvoir consulter le dossier, proposer l'administration de preuves « *immédiatement disponibles* », puis s'exprimer en connaissance de cause sur les motifs de détention.
68. Il y a lieu de formuler l'art. 232 al. 1 AP-CPP comme suit :

*« <sup>1</sup> Lorsque les motifs de détention n'apparaissent que pendant la procédure devant la juridiction d'appel, la direction de la procédure de la juridiction d'appel communique ces éléments et le dossier à l'autorité de recours. Celle-ci fait amener immédiatement le prévenu par la police et l'interroge. L'art. 229 al. 3 s'applique par analogie à la suite de la procédure. »*

#### XI. DEMANDE DE LIBÉRATION PENDANT LA PROCÉDURE LA JURIDICTION D'APPEL

69. L'avant-projet propose de transférer de la direction de la procédure de la juridiction d'appel à la direction de la procédure de la juridiction de recours la compétence pour statuer sur les demandes de libération formées, alors que la procédure est pendante devant la juridiction d'appel (art. 233 AP-CPP).
70. L'ODA appuie le retrait de cette compétence à la direction de la procédure de la juridiction d'appel mais estime, pour les raisons citées ci-dessus, qu'il doit intervenir au profit du TMC, subsidiairement de l'autorité de recours elle-même, et non de la direction de la procédure de celle-ci.

Il observe, pour le surplus, que l'avant-projet ne règle pas le cas où la direction de la procédure de la juridiction d'appel estime, spontanément, qu'un réexamen de la

détention pourrait se justifier. Il ne dit pas non plus que le ministère public peut, lui aussi, demander la mise en liberté.

71. L'ODA propose la formulation suivante de l'art. 233 AP-CPP :

*«<sup>2</sup> L'autorité de recours statue sur les demandes de libération pendant la procédure devant la juridiction d'appel. L'art. 230 s'applique par analogie. »*

## XII. DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉ POUR GARANTIR L'EXÉCUTION D'UNE PEINE OU D'UNE MESURE

72. L'ODA est favorable aux modifications proposées à l'art. 440 AP-CPP.

73. Il estime toutefois que l'al. 4 devrait prescrire l'application par analogie des art. 230 et 233 CPP (et non 230 à 233 CPP) pour les demandes de mise en liberté, les art. 231 et 232 CPP réglant deux hypothèses de mise en détention

74. Par ailleurs, il importe de préciser que le condamné dispose d'un droit de recours et l'autorité d'exécution aussi.

75. L'ODA propose la formulation suivante :

- art. 440 AP-CPP :

*«<sup>1</sup> L'autorité d'exécution peut, aux conditions de l'art. 439, al. 3, let. a. à c., ordonner la mise en détention pour des motifs de sûreté du condamné pour garantir l'exécution d'une peine ou d'une mesure.*

*<sup>2</sup> Elle défère le cas dans les cinq jours à compter de la mise en détention :*

- a. en cas d'ordonnance pénale : au tribunal des mesures de contrainte du for du ministère public qui a rendu cette dernière ;*
- b. en cas de jugement de première instance : au tribunal des mesures de contrainte du for du tribunal de première instance ;*
- c. en cas de jugement de l'autorité d'appel : à la direction de la procédure de l'autorité de recours du for de la juridiction d'appel.*

*<sup>3</sup> Le tribunal ou la direction de la procédure décide si le condamné doit rester en détention jusqu'au début de l'exécution de la peine ou de la mesure.*

*<sup>4</sup> Les art. 230 et 233 s'appliquent par analogie à la compétence en matière de demandes de mise en liberté.*

*<sup>5</sup> Les art. 222 et 228a s'appliquent par analogie aux recours. »*

XIII. ORDONNANCE PENALE : AUDITION OBLIGATOIRE DU PREVENU

76. L'art. 352a AP-CPP prévoit que le ministère public a l'obligation d'auditionner le prévenu si l'ordonnance pénale a pour conséquence une peine privative de liberté de plus de quatre mois, une peine pécuniaire de plus de 120 jours-amende ou la révocation du sursis à une peine privative de liberté.
77. L'ODA est convaincu, d'une part, de la nécessité d'auditionner le prévenu quand une ordonnance pénale est envisagée et, d'autre part, que cette obligation ne doit pas être généralisée pour ne pas surcharger le ministère public.
78. Toutefois, l'ODA considère que la limite à quatre mois et à 120 jours-amende est trop élevée, eu égard en particulier au principe fondamental du droit d'être entendu. Il est dès lors proposé une limite à deux mois et à 60 jours-amende.
79. L'art. 352a AP-CPP doit être libellé ainsi :

*« Le ministère public auditionne le prévenu si l'ordonnance pénale prévue a pour conséquence :*

- a. une peine privative de liberté de plus de deux mois ;*
- b. une peine pécuniaire de plus de 60 jours-amende, ou*
- c. la révocation du sursis à une peine privative de liberté. »*

XIV. LIMITATION DE L'ORDONNANCE PÉNALE

80. Selon l'art. 352 CPP, le ministère public rend une ordonnance pénale si, durant la procédure préliminaire, le prévenu a admis les faits ou que ceux-ci sont établis et que, incluant une éventuelle révocation d'un sursis ou d'une libération conditionnelle, il estime suffisante l'une des peines suivantes : amende, peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus, peine privative de liberté de six mois au plus.
81. La nouvelle prévoit d'exclure la possibilité pour le ministère public de rendre une ordonnance pénale, si une victime participe à la procédure pénale en qualité de partie plaignante et qu'une peine pécuniaire de plus de 120 jours-amende ou une peine privative de liberté de plus de quatre mois est envisagée.

La motivation de cette modification est que la procédure spéciale de l'ordonnance pénale ne serait pas suffisante pour que certaines victimes puissent se reconstruire. Pour qu'elles puissent surmonter les infractions subies, les auteurs doivent être jugés dans le cadre de la procédure ordinaire, afin qu'elles n'aient pas l'impression qu'on expédie le traitement d'événements qui sont pour elles très graves.

82. L'ODA ne peut adhérer à cette proposition :
- la question de la reconstruction des victimes est éminemment personnelle, de sorte qu'il n'est pas possible de poser une règle générale. Il n'existe pas d'avis

unanime en matière de résilience indiquant que seul un procès permettrait à une victime de se reconstruire ;

- s'il est vrai que certaines victimes souhaitent pouvoir s'exprimer devant un juge du fond et que des débats publics soient tenus, tel n'est pas le cas d'autres victimes, ce que le Rapport retient par ailleurs, puisque les auteurs de l'avant-projet se sont interrogés sur la question de savoir si la procédure ordinaire ne pourrait pas s'appliquer qu'à la demande de la victime ou si on devait lui attribuer un droit d'y renoncer ;
- l'ordonnance pénale n'est, de façon générale, envisagée que pour des infractions d'une gravité relative. Dans ces situations, il y a vraisemblablement plus de victimes qui souhaitent éviter de prolonger la procédure par une audience de jugement ;
- la limite à 120 jours-amende ou à quatre mois de peine privative de liberté est artificielle. Par exemple, un prévenu ayant commis une lésion corporelle simple pour laquelle le ministère public envisage une peine de quatre mois ne pourrait pas bénéficier d'une ordonnance pénale, s'il a un antécédent en la matière et que le ministère public entend fixer une peine de six mois. Or, cette différence de traitement n'a rien à voir avec la victime ;
- le système proposé peut avoir des effets pervers. Par exemple, le ministère public, animé par un souci d'économie de procédure et par le principe de célérité, pourrait être tenté de fixer la peine à quatre mois pour en terminer avec la procédure, alors qu'aujourd'hui il aurait infligé une peine supérieure.

## XV. ORDONNANCE PÉNALE ET PRÉTENTIONS CIVILES

83. L'art. 353 al. 2 CPP prescrit que si le prévenu a reconnu des prétentions civiles de la partie plaignante, mention en est faite dans l'ordonnance pénale, ce qui signifie que sans reconnaissance du prévenu, le ministère public ne peut pas le condamner à les régler.
84. L'avant-projet donne cette compétence au ministère public lorsqu'une administration supplémentaire des preuves n'est pas nécessaire et que le montant litigieux n'excède pas CHF 30'000.- (art. 353 al. 2 AP-CPP).
85. L'ODA approuve cette modification qui évitera à la partie plaignante de saisir le tribunal civil, voire renoncer à ses prétentions civiles, eu égard au coût et à la longueur d'une procédure civile.
86. Cela étant, en pratique, les parties ne sont pas informées de l'intention du ministère public de rendre une ordonnance pénale, ce qui a pour conséquence que la partie plaignante pourrait ne pas formuler des prétentions civiles.
87. Il conviendrait par conséquent que le ministère public envoie un avis de prochaine clôture également quand il entend rendre une ordonnance pénale, dans la mesure où il y a une partie plaignante, laquelle devra formuler ses prétentions civiles dans le délai fixé pour solliciter des réquisitions de preuves. La modification de l'art. 318 CPP

s'impose, puisqu'il ne prescrit pas l'obligation d'informer par écrit les parties de son intention de rendre une ordonnance pénale.

Il convient d'ajouter à l'art. 318 CPP, un al. 1<sup>bis</sup> :

« <sup>1bis</sup> *S'il a l'intention de rendre une ordonnance pénale, le ministère public doit en informer les parties s'il y a une partie plaignante, laquelle devra produire ses prétentions civiles dans le délai fixé pour présenter les réquisitions de preuves.* »

#### XVI. INTERDICTION DE LA *REFORMATIO IN PEJUS*

88. L'art. 391 al. 2 CPP contient l'interdiction de la *reformatio in pejus*, ce qui signifie, comme le relève le Rapport, l'interdiction d'aggraver non seulement la peine mais aussi la faute attribuée à l'auteur.

89. La nouvelle prévoit d'exclure l'interdiction sous l'angle de la faute (art. 391 al. 2 phr. 1 AP-CPP).

La motivation de cette modification réside dans le constat qu'une instance de recours ne peut actuellement pas condamner la personne concernée du fait d'une infraction pour laquelle la peine encourue serait plus élevée que celle prononcée initialement, ni rendre la qualification juridique plus sévère (ce qui impliquerait une sanction plus sévère), alors qu'elle maintient la sanction.

Pour corriger cela, le ministère public doit faire un appel joint, même s'il est satisfait de la sanction prononcée, ce qui entraîne que l'instance de recours a alors la possibilité de prononcer une sanction plus élevée, ce que le principe de l'interdiction de la *reformatio in pejus* est justement censée empêcher.

90. L'ODA est d'avis qu'il faut rejeter cette proposition. En effet, c'est le ministère public, qui procède à la mise en accusation devant le tribunal, en proposant une qualification juridique des faits. S'il se satisfait de la qualification retenue par l'autorité de jugement au point de ne pas faire d'annonce d'appel et de renoncer à un appel joint, le prévenu doit alors être préservé en cas d'appel de sa part de toute aggravation de sa situation. A défaut, il pourrait renoncer à faire valoir ses droits en raison du risque encouru, bien que l'accusateur public ait renoncé à toute action. Or, le sens de l'interdiction de la *reformatio in pejus* est justement de garantir au prévenu le droit d'exercer son droit de recours sans craindre d'être puni plus sévèrement.

#### XVII. COMPENSATION DES FRAIS DE PROCÉDURE AVEC LES INDEMNITÉS ET LE TORT MORAL

91. Selon le droit actuel, les autorités pénales peuvent compenser les créances portant sur des frais de procédure avec les indemnités accordées à la partie débitrice dans la même procédure et avec des valeurs séquestrées (art. 442 al. 4 et 429 al. 1 lit. a. et b. CPP). Une compensation avec des prétentions en réparation du tort moral (art. 429 al. 1 lit. c. CPP) est en revanche exclue (ATF 139 IV 243, consid. 5.).

92. La nouvelle entend autoriser cette compensation (art. 442 al. 4 AP-CPP) pour des raisons d'économie de procédure, soit pour éviter que l'État doive verser des indemnités à la personne condamnée pour ensuite entamer des démarches visant à recouvrer des frais de procédure mis à sa charge. Si le recouvrement n'aboutit pas, ces frais incomberont finalement au contribuable.
93. L'ODA conclut au rejet de cette proposition. L'indemnité pour tort moral concerne essentiellement celle consécutive à une détention injustifiée ou subie dans des conditions illicites. La compensation a ainsi pour but d'éviter que l'État ne verse effectivement la somme due, alors que le prévenu a subi une atteinte à un droit fondamental. Une telle possibilité reviendrait à accorder une forme de tolérance à des conditions de détention intolérables. Il est nécessaire que l'État assume ses responsabilités et l'interdiction de la compensation permet de mettre sur lui une certaine pression financière, utile à la réduction de la problématique.

#### XVIII. DROIT PÉNAL DES MINEURS

94. L'art. 3 al. 2 DPMIn prévoit que lorsque plusieurs infractions commises avant et après l'âge de 18 ans doivent être jugées en même temps et que les autorités n'ont eu connaissance d'actes commis avant l'âge de 18 ans qu'après l'ouverture d'une procédure pour un acte commis après l'âge de 18 ans, les mesures susceptibles d'être prononcées peuvent l'être tant à raison du droit pénal des mineurs qu'à raison du droit pénal des adultes.
95. La nouvelle prévoit de restreindre la palette des mesures en réservant uniquement celles contenues dans le Code pénal (art. 3 al. 2 AP-CPP).
96. Pour l'ODA cette proposition n'est pas adéquate.

Toute restriction quant à la palette des mesures susceptibles d'être prononcées constitue une violation des principes applicables à la matière, en particulier des principes de proportionnalité et d'individualisation.

Par ailleurs, les conditions posées à des mesures communes varient. Par exemple, le traitement ambulatoire prévu dans le droit pénal des mineurs ne nécessite pas un trouble mental grave (art. 14 DPMIn), alors que tel est le cas en droit pénal des adultes (art. 63 CP). Or, il peut s'avérer qu'un jeune adulte ait besoin d'un traitement ambulatoire sans pour autant souffrir d'un trouble grave. La modification priverait alors l'autorité de jugement d'une mesure pourtant susceptible de prévenir la récidive.

## **B. PROPOSITIONS DE MODIFICATIONS SUPPLEMENTAIRES**

### **XIX. RECOURS CONTRE LE REJET PAR LE MINISTERE PUBLIC D'UNE RÉQUISITION DE PREUVES**

97. Selon le droit actuel (art. 394 lit. b. CPP), le recours est irrecevable, lorsque le ministère public ou l'autorité pénale compétente en matière de contraventions rejette une réquisition de preuves qui peut être réitérée sans préjudice juridique devant le tribunal.
98. Le Message du Conseil fédéral stipule sommairement qu'« *afin de ne pas ralentir le déroulement de la procédure de recours, et en dérogation à la clause générale de l'art. 401, al. 1, let. a, le projet exclut le recours contre le rejet de réquisition de preuves par le ministère public ou l'autorité pénale compétente en matière de contraventions si ces propositions peuvent être renouvelées devant le tribunal de première instance (let. b, cf. art. 332, al. 3)* » (FF 2006 1297).
99. Selon le Commentaire romand du CPP, « *la notion de préjudice juridique n'est pas précisée dans le CPP. La doctrine cite des exemples tels que le cas du témoin qui ne pourrait pas être entendu ultérieurement dans la procédure (ou qui ne pourrait l'être que difficilement) ainsi que la situation où une expertise devrait être menée immédiatement en raison des possibles modifications de son objet* » (CR CPP-REMY, art. 394 N 6).
100. S'agissant de la notion de préjudice juridique, la jurisprudence constante du Tribunal fédéral dispose que « *les décisions relatives à l'administration des preuves ne sont en principe pas de nature à causer un dommage irréparable puisqu'il est normalement possible, à l'occasion d'un recours contre la décision finale, d'obtenir que la preuve refusée à tort soit mise œuvre si elle devait avoir été écartée pour des raisons non pertinentes ou en violation des droits fondamentaux du recourant (ATF 134 III 188, consid. 2.3 p. 191 ; 99 la 437, consid. 1 p. 438). Cette règle comporte toutefois des exceptions. Il en va notamment ainsi lorsque le refus d'instruire porte sur des moyens de preuve qui risquent de disparaître et qui visent des faits décisifs non encore élucidés, ou encore quand la sauvegarde de secrets est en jeu (arrêt 4P.117/1998, du 26 octobre 1998 consid. 1b/bb/aaa, in SJ 1999 I 186)* » (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_189/2012 du 17 août 2012, consid. 1.2).

Dans ce même arrêt, le Tribunal fédéral a précisé que « *toute procédure pénale emporte en soi le risque que certaines preuves qui auraient pu être administrées dans la procédure préliminaire puissent ne plus l'être par la suite aux débats. Ce risque ne saurait toutefois conduire à admettre trop largement la recevabilité d'un recours contre un éventuel refus de donner suite à des réquisitions de preuves d'une partie à la procédure pénale (cf. en ce sens, STEPHENSON/THIRIET, op. cit., n. 7, p. 2625). La possibilité de recourir doit ainsi être admise lorsqu'il existe un risque de destruction ou de perte du moyen de preuve. Il doit s'agir d'un risque concret et non d'une simple possibilité théorique, faute de quoi l'exception voulue par le législateur à la possibilité de mettre en cause les décisions relatives à l'administration des preuves à ce stade de la procédure pourrait devenir la règle. La seule crainte abstraite que l'écoulement du temps puisse altérer les moyens de preuve ne suffit pas. Ainsi, le préjudice juridique évoqué à l'art. 394 let. b CPP ne se différencie pas du préjudice irréparable visé à l'art. 93 al. 1 let. a LTF, qui s'entend, en droit pénal, d'un dommage juridique à l'exclusion d'un dommage de pur fait tel l'allongement ou le renchérissement de la procédure.*

*La doctrine évoque à cet égard la nécessité d'entendre un témoin très âgé, gravement malade ou qui s'apprête à partir dans un pays lointain définitivement ou pour une longue durée, ou encore celle de procéder à une expertise en raison des possibles altérations ou modifications de son objet (cf. THOMAS MAURER in GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER, Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozess-ordnung, 2008 p. 388; NIKLAUS SCHMID, Praxiskommentar, 2009 n. 3 ad art. 294 StPO, p. 760; MARC REMY, Commentaire CPP, n. 6 ad art. 394 CPP, p. 1762; PETER ANDREAS KELLER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2010, n. 3 ad art. 394 StPO, p. 1897; STEPHENSON/THIRIET, Basler Kommentar, n. 6, p. 2625; MARK PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht: Grundriss für Studium und Praxis, 2009, p. 230). Il en va de même lorsque le refus d'instruire porte sur des moyens de preuve qui risquent de disparaître et qui visent des faits non encore élucidés (cf. ATF 101 Ia 161; 98 Ib 282 consid. 4 in fine p. 287).*

*Pour qu'une dérogation à l'irrecevabilité du recours contre un refus de procéder à des actes d'instruction entre en considération, les moyens de preuve invoqués doivent porter sur des faits pertinents. Même si cette condition ne ressort pas expressément du texte de l'art. 394 let. b CPP, elle découle de l'art. 139 al. 2 CPP (cf. STEPHENSON/THIRIET, Basler Kommentar, n. 6 p. 2625) » (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_189/2012 du 17 août 2012, consid. 2.1).*

La notion de préjudice juridique est ainsi très restrictive.

La jurisprudence précitée demeure d'actualité et est encore régulièrement citée comme référence dans des arrêts récents (cf. notamment arrêt du Tribunal fédéral 4A\_407/2016 du 7 février 2017).

101. Certes, selon l'art. 343 al. 1 CPP, le tribunal procède à l'administration de nouvelles preuves ou complète les preuves administrées de manière insuffisante.

Théoriquement, ce tribunal peut donc toujours administrer les actes d'instruction sollicités par les parties qui ont été rejetés par le ministère public. Mais c'est un leurre.

102. En effet, la pratique a démontré, depuis 2011, que les réquisitions de preuves nouvelles ne sont que très rarement acceptées par le tribunal, en vertu du principe de l'immédiateté limitée.

En définitive, l'art. 394 lit. b. CPP confère un pouvoir excessivement large au ministère public, compte tenu de l'impossibilité concrète subséquente, pour les parties, de voir leurs réquisitions de preuves favorablement accueillies par le tribunal.

103. Une modification législative s'impose; un droit de recours contre le refus d'un acte d'instruction par le ministère public doit être prévu.

104. Il n'est en outre pas rare que le tribunal refuse un moyen de preuve, si son administration entraîne une prolongation excessive de la procédure pendante devant lui.

Cela est notamment le cas, lorsqu'une expertise ou une commission rogatoire internationale sont sollicitées, ces moyens de preuve nécessitant *de facto* une suspension de plusieurs semaines, voire plusieurs mois.



En revanche, le temps nécessaire à l'établissement de ces moyens de preuve durant l'instruction préliminaire n'entraînera que rarement une telle suspension, ce temps pouvant être mis à profit pour instruire d'autres aspects du dossier.

105. Par ailleurs, au stade du tribunal, l'art. 343 al. 1 CPP, doit s'appliquer à l'aune de l'art. 350 CPP.

Selon cette dernière disposition, le tribunal est lié par l'état de fait décrit dans l'acte d'accusation, mais non par l'appréciation juridique qu'en fait le ministère public.

Le tribunal n'a pas à instruire des faits non retenus dans l'acte d'accusation, de sorte que la pertinence du moyen de preuve s'apprécie au seul regard de l'acte d'accusation soumis.

La preuve sollicitée par une partie doit dès lors être pertinente s'agissant des faits dont le tribunal est saisi et non, le cas échéant, pour démontrer un autre comportement, lequel n'aurait par hypothèse pas été retenu par le ministère public.

A cet égard, il sied de préciser que l'art. 333 CPP (modification et compléments de l'accusation) n'est qu'une faculté offerte au ministère public et que le tribunal ne peut contraindre celui-ci à modifier son accusation.

106. Les parties, y compris la partie plaignante, ont ainsi un intérêt à pouvoir recourir contre le refus d'un moyen de preuve au stade de l'instruction, dans la mesure où elles cherchent à établir un comportement que le ministère public n'entendrait, *a priori*, pas porter devant le tribunal.

107. Au surplus, même en cas d'admission de l'offre de preuve en question, on pourrait alors se heurter à la problématique du temps écoulé depuis les faits à l'origine de l'ouverture de la procédure et partant, à la « *qualité* » du témoignage requis.

Aussi, l'autorité de jugement, tout en accueillant favorablement l'offre de preuve, pourrait en tirer une force probante toute relative eu égard à l'écoulement du temps, de la précision des déclarations et des souvenirs qui se sont estompés dans l'intervalle.

108. Enfin, les parties ne peuvent s'opposer à une offre de preuve ordonnée par le ministère public (laquelle par exemple serait irrelevante, mais maintiendrait un risque théorique de collusion).

La situation actuelle confère ainsi un pouvoir discrétionnaire au ministère public et viole également le principe de l'égalité des armes

109. Sous l'égide de l'ancien code de procédure genevois, le recours contre le refus d'un acte d'instruction était immédiatement ouvert.

Cette règle était concrétisée à l'art. 190 CPP-GE.

Afin de pallier tout procédé dilatoire, le recours était dépourvu d'effet suspensif automatique (art. 163 CPP-GE), de sorte que la procédure continuait en parallèle du recours traité par la Chambre d'accusation.

Le système mis en œuvre dans le canton de Genève, a fait ses preuves durant des décennies.

Il ne ressort en outre pas des travaux préparatoires du code de procédure pénale unifié, que le recours contre le refus d'un acte d'instruction ait été refusé au motif que celui-ci entraînerait des manœuvres dilatoires des parties.

L'expérience du canton de Genève démontre que des garde-fous, à l'instar de l'absence d'effet suspensif automatique, sont à même de remédier aux éventuelles manœuvres dilatoires des parties.

110. Il sied enfin de relever que certaines décisions quant aux réquisitions de preuves sont déjà susceptibles de recours durant l'instruction, notamment la levée des scellés.

Bien que la composante du préjudice irréparable apparaisse dans cette hypothèse plus flagrante, il faut relever que le prétendu écueil en lien avec des procédés dilatoires n'a pas même été examiné pour admettre pareille possibilité de recourir.

111. Il existe ainsi des arguments juridiques et de fait qui militent en faveur d'une voie de recours à l'encontre des décisions de refus d'une réquisition de preuves.

L'art. 394 lit. b. CPP doit par conséquent être supprimé.

## XX. IMMÉDIATÉTÉ

112. Si le CPP a confirmé le principe de l'oralité (art. 66 CPP), il s'est sensiblement distancié du principe de l'immédiateté, tel qu'il était généralement appliqué, en tout cas dans l'ancien code de procédure pénale genevois.

Ainsi, l'art. 343 CPP énonce que le tribunal procède à l'administration de nouvelles preuves ou au complément des preuves administrées de manière insuffisante ou en violation de prescriptions de forme au cours de la procédure préliminaire (al. 1 et 2).

Le tribunal réitère l'administration des preuves qui ont d'ores et déjà été administrées en bonne et due forme au cours de la procédure préliminaire que si une connaissance directe du moyen de preuve apparaît nécessaire au prononcé du jugement (al. 3).

113. Selon l'art. 331 al. 3 CPP, la direction de la procédure informe les parties des réquisitions de preuves qu'elle a rejetées ; cette décision n'est pas sujette à recours, mais les réquisitions peuvent être présentées à nouveau aux débats.

Ces dispositions sont applicables par analogie à la procédure d'appel, par renvoi de l'art. 405 al. 1 CPP.

114. Selon l'art. 389 CPP, la procédure de recours se fonde sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance (al. 1) ; l'administration des preuves du tribunal de première instance n'est répétée (al. 2) que si les dispositions en matière de preuves ont été enfreintes (lit. a), l'administration des preuves était incomplète (lit. b) ou les pièces relatives à l'administration des preuves ne semblent pas fiables (lit. c).

115. L'art. 389 al. 3 CPP prévoit que l'autorité de recours administre, d'office ou à la demande d'une partie, les preuves complémentaires nécessaires au traitement du recours. Cette disposition concrétise la volonté de recherche de la vérité matérielle, pour laquelle l'autorité a un rôle actif à jouer. Les preuves sont nécessaires lorsqu'elles pourraient avoir une influence sur le sort du litige (Message, FF 2006 1294).

116. Ces dispositions laissent un important pouvoir d'appréciation au juge, ce qui n'a pas échappé à la doctrine (PIQUEREZ/MACALUSO, Procédure pénale suisse, Schulthess, 3<sup>ème</sup> édition, p. 217 N 635 et 636).

*« La disposition laisse évidemment une grande marge d'appréciation au tribunal et une place non négligeable à la perpétuation des pratiques locales... »*

*Il n'est néanmoins pas déraisonnable d'affirmer que, désormais, du moins du point de vue des textes, le centre de gravité du procès pénal s'est considérablement déplacé vers la procédure préliminaire, les débats s'en trouvant réduits d'autant, tant en durée qu'en importance. »*

117. A Genève, on constate un certain abus de ce pouvoir d'appréciation, visant à réduire, voire à supprimer, l'immédiateté, au détriment de la manifestation de la vérité et d'une bonne justice.

Cette dérive commence au ministère public qui, même s'il a l'obligation d'instruire à charge et à décharge pendant la procédure préliminaire (art. 6 al. 2 CPP), fait un choix des actes d'instruction à exécuter, en particulier des témoins à entendre, son futur rôle d'accusateur n'étant pas absent de ce choix.

Le problème est qu'à ce stade, comme rappelé ci-dessus, il n'y a pas de recours contre le refus de réquisitions de preuves, sous réserve des rares cas où il y aurait un préjudice juridique (art. 394 lit. b. CPP).

118. Dans la phase de préparation des débats de jugement, la direction de la procédure peut rejeter des réquisitions de preuves des parties, ce qu'elle fait sans retenue ; sa décision n'est pas sujette à recours.

La possibilité de les réitérer à l'ouverture des débats par devant le tribunal ne constitue pas un remède sérieux puisque, la plupart du temps, elles sont rejetées, notamment parce que certaines auditions pourraient impliquer le renvoi de l'audience. Ici encore, il n'y a pas de recours immédiat.

Ces difficultés se retrouvent, de manière plus marquée encore, dans la procédure d'appel. Reste, il est vrai, le Tribunal fédéral...

Le Tribunal fédéral a rendu un arrêt important en relation avec l'art. 343 al. 3 CPP qui permet la réitération d'un moyen de preuve, même s'il a été administré en bonne et due forme lors de la procédure préliminaire « *lorsque la connaissance directe du moyen de preuve apparaît nécessaire au prononcé du jugement* » (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_970/2013 du 24 juin 2014, consid. 2.1) :

*« Seules les preuves essentielles et décisives dont la force probante dépend de l'impression qu'elles donnent doivent être réitérées [...]. S'agissant d'un témoignage,*

*l'administration de la preuve n'apparaît pas nécessaire uniquement au regard de son contenu (soit ce que dit le témoin), mais bien plutôt lorsque le jugement dépend de manière décisive du comportement du témoin (soit comment il le dit) [...]. »*

Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_683/2015 du 7 avril 2016, consid. 1.1. :

*« La connaissance directe d'un moyen de preuve est nécessaire, au sens de l'art. 343 al. 3 CPP, lorsqu'elle est susceptible d'influer sur l'issue de la procédure. Tel est notamment le cas lorsque la force du moyen de preuve dépend de manière décisive de l'impression suscitée lors de sa présentation, par exemple lorsque l'impression directe suscitée par les déclarations d'un témoin est particulièrement décisive, ainsi lorsque cette déposition constitue le seul moyen de preuve direct (déposition contre déposition; [...]). »*

119. En conclusion, il conviendrait de préciser, à l'art. 343 al. 3 CPP, ce qu'il faut entendre par « *moyen de preuves [qui] apparaît nécessaire au prononcé du jugement* », en visant en particulier les témoins importants sur les faits, les experts, notamment les psychiatres et les témoins de personnalité (pour mieux trancher la culpabilité, établir l'étendue de la faute et fixer la peine).

## XXI. PROCÉDURE SIMPLIFIÉE

120. La pratique a fait apparaître que l'exigence d'acceptation de l'acte d'accusation par toutes les parties confère à la partie plaignante un droit de veto, sans même avoir l'obligation de le motiver, qui ne se justifie pas toujours. Ainsi, par exemple, la partie plaignante peut refuser l'acte d'accusation au motif (non dévoilé) qu'elle n'est pas satisfaite de la peine ou la mesure, alors même que le code ne lui reconnaît pas d'intérêt juridique pour se prononcer sur ces points (par exemple, l'art. 382 al. 2 CPP). Il s'est également produit que la partie plaignante annonce des prétentions civiles – dommages-intérêts ou indemnités – exorbitantes, dans l'espoir que le prévenu, soucieux d'éviter la publicité du procès ou d'être jugé rapidement, les accepte.

De tels procédés sont au désavantage, non seulement du prévenu, mais aussi des autorités pénales, puisqu'en faisant obstacle à l'exécution de procédures simplifiées, ils contribuent à l'engorgement du rôle.

C'est sans parler des cas où la paralysie de la procédure simplifiée, faute d'accord de la partie plaignante, prolonge le maintien en détention du prévenu, dont le ministère public veut garantir la présence au procès, alors même qu'une peine assortie du sursis complet est en discussion.

121. Partant, l'ODA propose des aménagements qui visent à réaliser un meilleur équilibre entre les intérêts qui s'opposent :

- l'accord de la partie plaignante n'est pas requis pour les art. 326 al. 1 lit. b. à h. et 360 al. 1 lit. b. à e. CPP ;
- le refus de la partie plaignante à la procédure simplifiée doit être motivé.

122. Pour éviter qu'un accord portant sur l'essentiel – soit la culpabilité et les sanctions – ne soit paralysé par un différend subsistant sur des questions accessoires, l'ODA propose

qu'il suffise qu'il y ait un accord de principe sur les prétentions civiles, indemnités et frais pour que le ministère public puisse transmettre un acte d'accusation en procédure simplifiée au tribunal.

L'octroi de cette faculté emporte également nécessité d'adapter les dispositions relatives aux débats (art. 361 al. 3 AP-CPP), puisqu'il faut alors que le tribunal puisse administrer des preuves et les parties plaider sur les points restés litigieux. Il faut également prévoir une faculté d'appel si l'une des parties ne s'accommode pas de la façon dont le tribunal a tranché ces points (art. 362 al. 5 AP-CPP).

123. L'ODA propose ainsi les modifications suivantes :

- art. 360 al. 1 lit. f. AP-CPP :

*« le règlement des prétentions de la partie plaignante, à tout le moins en leur principe »*

- art. 360 al. 1 lit. g. AP-CPP :

*« le règlement des frais et indemnités, à tout le moins en leur principe »*

- art. 360 al. 2 AP-CPP :

*« Le ministère public notifie l'acte d'accusation aux parties. Celles-ci doivent déclarer dans un délai de dix jours si elles l'acceptent ou si elles le rejettent. L'acceptation est irrévocable. La déclaration de rejet de la partie plaignante est motivée. »*

Cette motivation est une condition de recevabilité, si bien qu'un refus non motivé ne fera pas échec à l'envoi de l'acte d'accusation en procédure simplifiée au tribunal.

- art. 360 al. 3 AP-CPP :

*« L'acte d'accusation est réputé accepté si la partie plaignante ne l'a pas rejeté par écrit dans le délai imparti, ou si elle le rejette sur des points relevant des art. 326 al. 1 lit. b. à h. ou 360 al. 1 lit. b. à e. »*

Combinée avec l'exigence de motivation, cette modification tend à s'assurer que la partie plaignante ne puisse exploiter l'avantage que les autorités pénales et le prévenu peuvent trouver à la procédure simplifiée pour imposer son point de vue sur des aspects sur lesquels elle n'a pas vocation à s'exprimer. Au demeurant, cela codifie la pratique déjà suivie par certains ministères publics.

- art. 361 al. 3 AP-CPP :

*« Si nécessaire, il interroge également les autres parties présentes. Si des prétentions civiles, indemnités ou frais sont litigieux, les parties peuvent requérir l'administration de preuves et plaider sur ces points. »*

- art. 362 al. 5 AP-CPP :

*« En déclarant appel du jugement rendu en procédure simplifiée, une partie peut faire valoir uniquement qu'elle n'accepte pas l'acte d'accusation, que le jugement ne correspond pas à l'acte d'accusation ou attaquer les conclusions civiles, indemnités ou frais. ».*

## XXII. PARTIES PLAIGNANTES

### Frères et sœurs

124. Selon l'art. 116 al. 1 CPP, la victime est le lésé qui, du fait d'une infraction, a subi une atteinte directe à son intégrité physique, psychique ou sexuelle.

Selon l'al. 2, on entend par proches de la victime, son conjoint, ses enfants, ses père et mère et les autres personnes ayant avec elle des liens analogues, liste qui correspond à celle posée à l'art. 1 al. 2 LAVI.

125. Le conjoint, les enfants, le père et la mère ont qualité de proches de par la loi et peuvent se constituer partie plaignante, au sens de l'art. 118 CPP, indépendamment de leurs liens affectifs avec la victime.

126. Quant aux « autres personnes ayant avec elle des liens analogues », il faut pour trancher cette question, examiner les circonstances concrètes, l'intensité du lien entretenu avec la victime et la fréquence des rencontres, preuve incombant à ceux qui allèguent être des proches.

127. Ainsi, les frères et sœurs n'ont pas qualité de proches de par la loi, indépendamment de leurs liens affectifs avec la victime. Leur traitement est surprenant, à la lecture de l'art. 110 al. 1 CP qui les intègre dans les proches ; il y a aussi une insécurité juridique, puisque les proches sont définis différemment au sein de la même loi : art. 116 al. 1 et 121 al. 1 CPP.

128. Peuvent ainsi généralement être considérés comme des proches de la victime, le concubin, le partenaire enregistré, les petits-enfants qui ont été élevés par leurs grands-parents, voire une relation d'amitié ou fraternelle très étroite.

S'agissant des frères et sœurs, la jurisprudence est plutôt restrictive, ce d'autant plus s'ils ne vivaient plus avec la victime au moment de son décès. Si tel n'est pas le cas, il faut démontrer des contacts très étroits, seuls susceptibles d'occasionner des souffrances morales exceptionnelles.

129. Le statut juridique des frères et sœurs est choquant car ils pourraient ne pas être acceptés comme partie plaignante, alors qu'ils ont des liens de sang et peuvent avoir des relations plus étroites avec la victime que celle-ci n'avait avec ses parents.

Dans ce sens, le Tribunal fédéral a rejeté un recours déniaut aux sœurs de la victime la qualité de partie plaignante (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_137/2015 du 1<sup>er</sup> septembre 2015, consid. 2.2.) :

*« En effet, les quelque vingt ans passés sous le même toit [...] semblent correspondre à l'enfance des quatre sœurs; cet élément - mis à part son éloignement dans le temps - n'est ainsi pas caractéristique d'un lien particulier. Quant aux photos de famille produites - non datées -, aux visites effectuées pour le moins jusqu'en 2008, aux cadeaux adressés semestriellement et aux coups de téléphone hebdomadaires, ils permettent encore une fois de démontrer que les membres de la famille continuaient avoir des relations affectives et périodiques entre eux. Cependant, leur fréquence relativement limitée - notamment celle des appels téléphoniques - ne suffit pas pour retenir que ces échanges auraient été au-delà de ceux existant généralement dans une fratrie ayant quitté le giron parental. »*

130. Il est proposé de modifier l'art. 116 al. 2 AP-CPP ainsi :

*« On entend par proches de la victime ses enfants, ses père et mère, ses frères et sœurs et les autres personnes ayant avec elle des liens analogues. »*

Absence de mention de l'adresse de la victime

131. La question de la protection des personnes mises en danger par leur participation à la procédure est réglée par les art. 149 ss CPP. La partie plaignante est une participante à la procédure et peut donc bénéficier de la protection en question.

132. L'art. 149 al. 2 CPP énumère les mesures de protection envisageables. La confidentialité de l'adresse de la victime n'y figure pas, mais elle n'est pas exclue de ce fait, dès lors que l'énumération est exemplative. De plus, la confidentialité de l'adresse ressemble tant à une garantie de l'anonymat (art. 149 al. 2 lit. a. CPP) atténuée, qu'à une restriction de l'accès au dossier (art. 149 al. 2 lit. e. CPP).

Partant, il paraît en soi admissible d'ordonner que l'adresse de la victime ne figure pas au dossier.

133. Des difficultés se posent en revanche quant au régime juridique :

- si on l'analyse comme une espèce de garantie de l'anonymat, il y aurait lieu de lui appliquer l'art. 150 CPP. Or, cette disposition prévoit que la garantie de l'anonymat doit être soumise par le ministère public au TMC pour ratification (art. 150 al. 2 CPP), ce qui paraît disproportionné, compte tenu de l'impact somme toute réduit de cette mesure sur les droits de la défense. Par ailleurs, si elle n'est pas ratifiée par ce tribunal, toutes déclarations recueillies sous son empire deviennent inexploitables, ce qui paraît également excessif ;
- si on l'analyse comme une restriction de l'accès au dossier des personnes desquelles pourrait émaner le danger, il n'y a certes pas besoin de ratification par le TMC mais c'est du point de vue logistique que survient la difficulté, puisqu'il faudrait tenir un dossier complet avec les adresses mais veiller à ce que lesdites adresses soient occultées chaque fois que la personne de laquelle le danger pourrait émaner le consulte.

134. Partant, les modifications suivantes s'imposent :

- art. 149 al. 2 lit. a. AP-CPP est reformulé :

*« assurer l'anonymat ou la confidentialité de l'adresse de la personne à protéger » ;*

- art. 150 AP-CPP ainsi :

*« Art. 150 Garantie de l'anonymat ou confidentialité de l'adresse*

*<sup>1</sup> La direction de la procédure peut garantir l'anonymat ou la confidentialité de l'adresse aux personnes à protéger.*

*<sup>2</sup> Le ministère public doit soumettre la garantie de l'anonymat à l'approbation du tribunal des mesures de contrainte, en indiquant avec précision dans les 30 jours, tous les éléments nécessaires à l'appréciation de la légalité de la mesure. Le tribunal des mesures de contrainte statue définitivement.*

*<sup>3</sup> Si le tribunal des mesures de contrainte refuse son approbation, les preuves déjà administrées sous la garantie de l'anonymat ne sont pas exploitables.*

*<sup>4</sup> Une fois approuvée ou ordonnée, la garantie de l'anonymat ou de la confidentialité de l'adresse lie l'ensemble des autorités pénales chargées de l'affaire.*

*<sup>5</sup> La personne à protéger peut renoncer en tout temps à l'anonymat ou à la confidentialité de l'adresse.*

*<sup>6</sup> D'office ou sur demande, le ministère public et la direction de la procédure du tribunal révoquent la garantie de l'anonymat ou la confidentialité de l'adresse lorsque le besoin de protection a manifestement disparu. »*

135. Le refus du ministère public de garantir la confidentialité de l'adresse est sujet à recours (ATF 139 IV 265, consid. 2.4.). Son refus de lever la garantie de la confidentialité de l'adresse (art. 150 al. 6 CPP) est également sujet à recours, à notre sens.

### XXIII. INDEMNITÉS

136. Selon la jurisprudence fédérale, le juge doit statuer simultanément sur le fond et sur les indemnités (art. 429 ss CPP), ainsi que sur les honoraires de l'avocat d'office (art. 135 CPP).

137. Cette obligation n'est pas satisfaisante. S'agissant de l'indemnité sollicitée par un prévenu plaidant l'acquiescement, on ne peut exclure que, si elle est conséquente, le juge ne soit influencé quand il tranche la question de sa culpabilité. De plus, les parties ressentent fréquemment un malaise de voir traitées en même temps les questions cruciales, relatives à la liberté du prévenu et aux atteintes subies par les parties plaignantes, et celles financières.



Cette dernière remarque s'impose aussi s'agissant de la taxation des honoraires de l'avocat d'office ; de plus, il n'est pas très heureux de retrouver dans une ordonnance de classement, une ordonnance pénale ou une décision d'une autorité de jugement, l'examen détaillé d'un état de frais, avec bien souvent des corrections.

138. Il faut dès lors prévoir expressément la possibilité pour le juge de trancher ces questions séparément.

#### XXIV. MÉDIATION PÉNALE

139. Le CPP ne contient aucune disposition sur la médiation pénale ; en revanche, elle est prévue aux art. 34A et 34B de la Loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale (LaCP).

140. Il conviendrait d'inclure des dispositions dans le CPP sur la médiation pénale, d'autant plus que le droit pénal des mineurs la prévoit déjà (art. 17 DPMIn).

141. L'ODA propose un nouvel art. 316a AP-CPP :

*«<sup>1</sup> En lieu et place d'une conciliation (art. 316 al.1 phr. 1 et al. 2), le ministère public peut inviter le prévenu, d'une part, le plaignant, le lésé ou les proches de la victime, d'autre part, à engager une médiation.*

*<sup>2</sup> Il peut également procéder selon l'al. 1 lorsqu'une exemption de peine au titre de l'absence d'intérêt à punir selon l'art. 52 CP entre en ligne de compte.*

*<sup>3</sup> Si la médiation aboutit, le ministère public classe la procédure. »*

et un nouvel art. 332a AP-CPP :

*«<sup>1</sup> En lieu et place d'une conciliation (art. 332 al. 2), la direction de la procédure peut inviter le prévenu et la partie plaignante à engager une médiation.*

*<sup>2</sup> Elle peut également procéder selon l'al. 1 lorsqu'une exemption de peine au titre de l'absence d'intérêt à punir selon l'art. 52 CP entre en ligne de compte.*

*<sup>3</sup> Si la médiation aboutit, la procédure est classée. ».*

## C. CONCLUSIONS

142. Dans la présentation de l'avant-projet, le Rapport est clair sur l'ambition limitée des modifications proposées. En effet, il ne s'agissait que de procéder à « *un examen de l'adéquation du CPP à la pratique* » (Rapport, p. 7, 1.2).

Encore plus clair (Rapport, p. 13, 1.4) :

*« Les modifications proposées ne concernent que des domaines dans lesquels l'application du code a entraîné des difficultés ou a eu des effets indésirables. On renonce par contre à modifier ou à abroger des règles certes critiquées (par ex. celles concernant la procédure simplifiée), mais qui ont fait la preuve de leur efficacité. On maintient la structure de base du CPP sans remettre en question les décisions du législateur. »*

143. Pour l'ODA, cette approche minimaliste est très regrettable, car l'avant-projet passe ainsi à côté de modifications qui s'imposaient, en particulier quant :

- au recours contre le rejet par le ministère public des réquisitions de preuves ;
- à l'immédiateté trop réduite ;
- au droit de veto trop important de la partie plaignante dans le cadre de la procédure simplifiée.

144. L'ODA forme le vœu que le législateur se mette derechef au travail pour examiner et décider de ces réformes de fond.

\* \* \*



Me Grégoire MANGEAT  
Bâtonnier de l'Ordre des avocats  
de Genève

Genève, le 13 mars 2018