

## *E*ditorial du Bâtonnier

Mes chers Confrères,

J'ai le plaisir de vous annoncer que la Journée internationale d'action de soutien en faveur de Me Nejib Hosni, annoncée dans la dernière Lettre du Conseil, a porté ses fruits puisque notre Confrère a été libéré au bénéfice d'une grâce présidentielle en date du 12 mai dernier. Vous aurez probablement lu dans la presse que notre action a consisté à nous rendre auprès de la Mission permanente de Tunisie à Genève pour remettre à l'adresse du Président Ben Ali des lettres demandant la libération de Me Hosni émanant tant du Conseil de l'Ordre, du Comité du Jeune Barreau, que de l'association Avocats sans Frontières et de la section genevoise de la Ligue suisse des droits de l'homme, chacune de ces associations étant dûment représentée. Notre visite, qui avait pourtant été annoncée, a donné lieu à une intervention policière surprenante. Depuis lors, Monsieur l'Ambassadeur Ben Salem, représentant permanent de Tunisie à Genève, m'a assuré que l'appel aux forces de l'ordre résultait d'un malentendu. J'aurai prochainement un entretien avec lui.

Deux événements majeurs auront lieu au cours du mois de juin de cette année, malheureusement aux mêmes dates, soit du 21 au 23 juin 2001, le Congrès des avocats suisses à Lucerne et le 1<sup>er</sup> Congrès mondial contre la peine de mort à Strasbourg.

Je vous ai rappelé récemment dans une lettre circulaire la tenue du Congrès de Lucerne. Au moment de rédiger ces lignes, seule une dizaine d'avocats

genevois membres de notre Ordre ont annoncé leur participation, ce qui est insignifiant pour un Barreau qui comporte 783 membres de la Fédération suisse des avocats. Je vous lance un ultime appel et vous remercie par avance de vous rendre nombreux à Lucerne.

### SOMMAIRE

*A la recherche d'une illicéité de la peine de mort*

*Avocats sans Frontières*

*Juris Conseil Junior*

*Association des Barreaux lémaniques*

*Indépendance de l'avocat*

*TVA : Exportation de services et secret professionnel*

*Reddition de comptes et convention d'arbitrage*

*De la non application des feries en matière prud'homale*

*Recevabilité du recours de droit public de la partie civile contre une ordonnance de classement confirmée par la Chambre d'Accusation*

*Organisation judiciaire des assurances sociales*

*Message du Conseil supérieur de la Magistrature aux avocats, juges suppléants*

*Visite des clients détenus*

*Dates à retenir*

Le Congrès de Strasbourg est organisé par l'association Ensemble contre la Peine de Mort dont les partenaires sont notamment le Parlement européen, le Conseil de l'Europe, plusieurs parlements européens et associations de défense des droits de l'homme dont Amnesty International, la Fédération internationale des droits de l'homme et différents Barreaux. Notre Ordre sera représenté à ce Congrès et, dans cette perspective, j'ai, à la demande du Bâtonnier Mario Stasi, Secrétaire général de la CIB, invité le Comité du Jeune Barreau à se pencher sur la question de l'illicéité de la peine capitale. Me Yvan Jeanneret, secrétaire-avocat du Comité, s'est livré à une recherche dont il nous livre ci-après les conclusions. Sa réflexion sera largement diffusée. Qu'il soit ici remercié de nous permettre d'être ainsi utilement présent dans un débat d'une telle importance, débat qui ne devra s'achever qu'au jour de l'abolition universelle.

### **A la recherche d'une illicéité de la peine de mort**

par Me Yvan Jeanneret

#### **Bibliographie**

AMNESTY INTERNATIONAL, Etats-Unis, des mineurs dans le couloir de la mort, Londres 1991

AMNESTY INTERNATIONAL, Todesstrafe contra Menschenrechte, Ein Bericht von Amnesty international, Fischer 1989

ARTZ GUNTHER, Festschrift für Jürgen Baumann, 1992

BOSSUYT MARC J., " The death penalty in the travaux préparatoires of the international covenant on civil and political rights " in PREMONT DANIEL, Essais sur le concept de Droit de vivre en mémoire de Yougindra Khushalani, Bruxelles 1988

BREILLAT DANIEL, L'abolition de la peine de mort. A propos du 2<sup>e</sup> protocole facultatif se rapportant au pacte international relatif aux droits civils et politiques visant à abolir la peine de mort in Revue de Science criminelle et de droit comparé 1991

CARIO ROBERT, La peine de mort au seuil du troisième millénaire, Hommage au Professeur Antonio Beristain, 1993

CSONKA PETER, " La peine de mort, Le point de vue des droits de l'homme " in CARIO ROBERT, La peine de mort au seuil du troisième millénaire, Hommage au Professeur Antonio Beristain, 1993

GEPPERT KLAUS ET DEHNICKE DIETHER, Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, Berlin New York 1990

HAEFFLIGER, ARTHUR ET SCHÜRMAN FRANK, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Bern 1999

HOTTELIER MICHEL, La convention européenne des droits de l'homme, les droits et les libertés garantis : le protocole additionnel N°6 : l'abolition de la peine de mort in FJS n°1385, 1997

MÖHRENSCHLAGER MANFRED, " Völkerrechtliche Abschaffung der Todesstrafe – Geschichtliche entwicklung und Gegenwärtiger Stand " in ARTZ GUNTHER, Festschrift für Jürgen Baumann, 1992

NALDI GINO, The prohibition of death penalty in international law in Netherlands International Law Review 1991

PETTITI LOUIS-EDMOND, DECAUX EMMANUEL ET IMBERT PIERRE-HENRI, La convention européenne des droits de l'homme, Paris 1999

PRÉMONT DANIEL, Essais sur le concept de Droit de vivre en mémoire de Yougindra Khushalani, Bruxelles 1988

STIRLING-ZANDA SIMONETTA,  
L'application judiciaire du droit international coutumier, Zürich 2000

SUDRE FRANÇOIS, La convention européenne des droits de l'homme, Paris 1990

VILLIGER MARK, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), Zürich 1999

VOGLER THEO, "Auslieferung bei drohender Todesstrafe und Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)" in GEPPERT KLAUS ET DEHNICKE DIETHER, Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, Berlin New York 1990

\*\*\*\*\*

## Table des matières

### **I. Introduction**

### **II. Etat des lieux**

- A) Les textes à portée universelle
- B) Les textes à portée régionale
- C) La situation en Suisse

### **III. Illicéité internationale de la peine de mort**

- A) Illicéité conventionnelle
- B) Illicéité coutumière

### **IV. Conclusion**

\*\*\*\*\*

### **I. Introduction**

Ce n'est qu'après la Deuxième Guerre mondiale que la peine de mort a véritablement quitté le champ de la stricte souveraineté étatique impliquant la non-ingérence dans les affaires de l'Etat grâce à l'émergence très marquée des droits de l'homme. Pour la première fois dans l'histoire du droit international, l'individu accédait au rang de sujet international bénéficiant

de la faculté de dénoncer et de poursuivre un Etat pour un manquement à des droits " qui ne lui soient pas attribués par le biais d'un statut juridique révocable, mais qui sont attachés à la seule qualité de la personne humaine ".<sup>1</sup>

Parmi ces droits figure au premier rang le droit à la vie, condition *sine qua non* de tous les autres droits fondamentaux. Or, si l'Etat est tenu par une obligation internationale intangible de protéger le droit à la vie des individus, comment peut-il simultanément retirer la vie de l'un d'eux ? C'est précisément la question que nous nous proposons d'aborder dans le contexte de cette contribution.

La peine de mort est un sujet très présent dans la littérature, mais il faut remarquer qu'elle mobilise avant tout le débat sur un plan moral, philosophique, criminologique et politique plutôt que sous un angle strictement juridique ; autrement dit, les questions de l'utilité, de la cruauté ou de la moralité de " l'Etat meurtrier " suscitent beaucoup plus de passion que la recherche juridique d'un " droit de tuer " appartenant à l'Etat.

C'est le lieu de préciser que nous n'entendons aborder le débat que sous son deuxième aspect en recherchant – comme annoncé dans le titre – les sources envisageables d'une illicéité internationale de la peine de mort.

Pour ce faire, nous commencerons par dresser un état des lieux du droit international conventionnel, avec un bref regard sur la Suisse, pour tenter enfin de définir les éventuelles sources d'une illicéité de la peine de mort.

<sup>1</sup> Sudre, page 11

## II. Etat des lieux

### A) Les textes à portée universelle

Nonobstant son appartenance au *jus cogens*<sup>2</sup>, le droit à la vie fait sa première apparition dans un texte international à l'art. 3 de la **Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948** qui affirme que “ tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne ”. Lors de ce premier pas codificateur, la peine de mort ne fut pas même mentionnée, faute pour les abolitionnistes de réunir un consensus suffisant ; il apparaissait alors aux rédacteurs comme évident qu'il n'y avait pas d'incompatibilité (sic) entre le droit à la vie et la peine de mort (!).<sup>3</sup>

C'est dans le **Pacte international sur les droits civils et politiques du 16 décembre 1966** (ci-après Pacte ONU II), en son art. 6, que la peine de mort fait son apparition en regard du droit à la vie, avec une tentative d'adopter une approche limitative de la peine capitale. Ainsi, après l'affirmation de l'existence du droit à la vie, l'art. 6 du Pacte ONU II énonce un certain nombre de conditions restrictives posées au prononcé d'une sentence capitale :

- elle ne peut être prononcée que pour les crimes les plus graves, notion relativement floue qui peut varier d'un pays à l'autre ; on retiendra essentiellement qu'il doit s'agir des crimes intentionnels ayant des conséquences fatales ou d'autres conséquences extrêmement graves<sup>4</sup>, à l'exclusion des crimes ne comportant aucun élément violent, telle la catégorie incontrôlable des crimes politiques, on déduit aussi de cette expression qu'il doit s'agir d'une mesure tout à fait exceptionnelle, expression d'un principe de subsidiarité absolue<sup>5</sup> ;
- le principe de la légalité des infractions et des sanctions d'où découle

aussi le principe de la non-rétroactivité des lois, règle générale déjà contenue à l'art. 15 du Pacte ONU II, doit être strictement respecté ;

- la sentence ne doit pas entrer en contradiction avec les autres dispositions du Pacte ONU II ni avec la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ; la première référence renvoie avant tout aux règles du procès équitable prévues à l'art. 14 du Pacte ONU II dont le respect doit être encore plus strict lorsqu'il est question de peine capitale, tandis que la deuxième référence tend simplement à éviter que des Etats puissent légitimer des actes de génocide en se prévalant d'exécutions capitales massives pseudo-légales<sup>6</sup> ;
- la sentence de mort doit être prononcée par un jugement définitif rendu par un Tribunal légalement compétent ;
- en tous les cas, le condamné doit pouvoir solliciter une amnistie, une grâce ou une commutation de peine ; relevons que l'ONU, constatant une nette diminution des exécutions capitales, notamment par le recours à la commutation des peines, affirme voir dans ce phénomène une “ tendance vers l'abolition *de facto* de la peine de mort ”<sup>7</sup> ;

---

<sup>2</sup> Csonka, page 106 et nbp 6

<sup>3</sup> Breillat, page 267, Csonka, page 107

<sup>4</sup> Résolution 1984-50 sur les garanties pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort adoptée par le Conseil économique et social des Nations unies au cours de sa session de printemps, le 25 mai 1984

<sup>5</sup> Bossuyt, page 256, Csonka, pages 108 et 109, Möhrenschrager, page 308

<sup>6</sup> Csonka pages 109 à 111

<sup>7</sup> Bossuyt, page 260 ; Csonka, page 111 citant un rapport du Secrétaire général de l'ONU in nbp 30

- pour des raisons humanitaires, il est interdit d'imposer la peine de mort lorsque l'auteur a commis un crime étant âgé de moins de 18 ans ; il faut préciser que la formulation de l'interdiction entraîne l'interdiction de condamner à mort l'auteur, même après qu'il ait dépassé l'âge de 18 ans ; on notera au passage que ce même type d'interdiction se retrouve aux art. 77 para 5 et 6 para 4 des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 Août 1949 relatifs à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), respectivement non internationaux (Protocole II)<sup>8</sup> ;
- pour les mêmes raisons, il est interdit d'exécuter une femme enceinte ; il est controversé en doctrine de savoir si cette interdiction perdure au-delà de l'accouchement et s'étend aux premiers mois de la vie de l'enfant, comme le fait le Protocole II (cf. supra s'agissant des mineurs) qui comprend expressément les mères d'enfants en bas âge<sup>9</sup> ;
- finalement, la doctrine affirme que la formulation de l'art. 6 al. 2 du Pacte ONU II (" Dans les pays où la peine de mort n'a pas été abolie... ") et la teneur de l'al. 6 de cette même disposition (" Aucune disposition du présent article ne peut être invoquée pour retarder ou empêcher l'abolition de la peine capitale par un Etat partie au présent pacte ") est le reflet d'une position clairement abolitionniste.<sup>10</sup>

Cette tendance abolitionniste aboutit à la mise en place du **2<sup>ème</sup> Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques visant à abolir la peine de mort du 15 décembre 1989**, entré en vigueur le 11 juillet 1991 ; il est le premier instrument international visant à l'abolition de la peine de mort en temps de paix sur toute la planète ; il

s'agit cependant d'un vœu pieux, précisant qu'au 1<sup>er</sup> janvier 1996, il n'avait été ratifié que par 29 Etats.

Ce texte comporte une règle de caractère *self-executing* interdisant aux Etats contractants de procéder à une exécution capitale (art. 1 al. 1) et une obligation pour ces mêmes Etats de prendre les mesures adéquates en vue d'abolir la peine de mort en temps de paix (art. 1 al. 2 )<sup>11</sup>. La peine de mort en temps de guerre pour des " crimes de caractère militaire, d'une gravité extrême, commis en temps de guerre " demeure possible pour autant que l'Etat ait formulé une réserve en adhérant au Protocole, étant précisé qu'il s'agit de la seule réserve autorisée à l'exclusion de toute autre (art. 2).

#### **B) Les textes à portée régionale**

La **Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme du 4 novembre 1950** (ci-après CEDH) constitue naturellement l'instrument conventionnel qui traite de la matière sur notre continent. Dans sa structure initiale, la CEDH n'est absolument pas abolitionniste<sup>12</sup> puisqu'elle consacre simplement à son art. 2 le droit à la vie auquel il peut être dérogé sans autre condition qu'une condamnation à mort prononcée par un tribunal en application d'une loi prévoyant la peine capitale.

La CEDH est donc nettement en deçà notamment du Pacte ONU II et de la Convention américaine des droits de

<sup>8</sup> Bossuyt, pages 260 et 261, Möhrenschlager, page 308

<sup>9</sup> Bossuyt, page 261 ; Csonka, page 112, Möhrenschlager, page 308

<sup>10</sup> Bossuyt, pages 262 et 265, Breillat, page 266 ; Csonka, page 108 ; Hottelier, n°40 ; Möhrenschlager, page 309

<sup>11</sup> Csonka, page 112, Möhrenschlager, page 312

<sup>12</sup> Csonka, page 117

l'homme, ce qui s'explique simplement par son antériorité de plus de 15 ans, soit à une époque où le mouvement abolitionniste n'était pas encore très influent.<sup>13</sup>

Le *Protocole N°6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort du 28 avril 1983* (ci-après le Protocole N°6) entré en vigueur le 1er mars 1985 marque le tournant vers l'abolition de la peine de mort.

L'art. 1 du Protocole N°6, d'inspiration moniste à la différence du Protocole additionnel au Pacte ONU II, emporte de lui-même l'abolition de la peine de mort dans les Etats signataires et confère aux individus, en raison de son caractère self-executing, un droit susceptible d'être invoqué devant les instances nationales puis européennes.<sup>14</sup>

Par ailleurs, la réserve habituelle pour les cas de guerre ou de danger imminent de guerre, ajoute le Protocole N°6, est prévue, étant précisé que les limites de l'art. 2 CEDH, soit l'exigence d'un jugement rendu par un tribunal compétent et d'une base légale prévoyant la peine capitale demeurent alors pleinement applicables.<sup>15</sup>

Sur le continent américain, la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* signée à San José le 22 novembre 1969 prévoit également une application restrictive de la peine de mort sur un modèle très semblable au Pacte ONU II, mais avec quelques limites supplémentaires. Sur le plan de la systématique, on remarquera que les dispositions relatives à la peine de mort sont introduites dans la disposition consacrant le droit à la vie, soit l'art. 4, à l'instar du Pacte ONU II.

Ainsi, on retrouve la tendance abolitionniste se dégageant de la formulation du texte : " Dans les pays qui n'ont pas aboli la peine de mort... ",

de même que les exigences de crimes les plus graves, avec une exclusion expresse des délits politiques, de respect de la légalité, de droit à être jugé par un tribunal compétent, de droit à solliciter la grâce ou la commutation de la peine et d'exclusion de la peine de mort pour les crimes commis par des auteurs âgés de moins de 18 ans au moment des faits ou d'exclusion de l'exécution d'une femme enceinte.

En revanche, ce texte va plus loin sur quelques points, à savoir :

- les personnes âgées de plus de 70 ans ne pourront être exécutées. (art. 4 al. 5) ;
- les Etats ayant aboli la peine de mort ne pourront pas la rétablir. (art. 4 al. 3) ;
- la peine de mort ne sera pas instituée pour des crimes qui ne la prévoient pas actuellement. (art. 4 al. 2 in fine).

La Cour et la Commission interaméricaine des droits de l'homme ont eu l'occasion à plusieurs reprises d'affirmer que cette convention cherchait à restreindre l'étendue de la peine de mort à des circonstances exceptionnelles et que ce texte avait déclenché un " processus progressif et irréversible " dont le but ultime est clairement de faire disparaître graduellement la peine de mort.<sup>16</sup>

Sur le plan juridique, cette évolution a abouti par la conclusion du *Protocole à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant de l'abolition de la peine de mort du 8 juin 1990* entré en vigueur le 28 août 1992. Ce

---

<sup>13</sup> Hottelier n°4

<sup>14</sup> Csonka, page 120 ; Hottelier n°10 ; Pettitiit et consorts page 1069

<sup>15</sup> Csonka, page 120 ; Hottelier n°19

<sup>16</sup> EuGRZ 1984, page 207 ; Csonka, page 114 ; Möhrenschlager, pages 306 et 307

protocole est bâti sur un modèle identique au 2<sup>ème</sup> Protocole se rapportant au Pacte ONU II et au Protocole additionnel n°6 de la CEDH ; l'exécution capitale est déclarée inapplicable, tandis que la seule réserve admissible est celle qui se rapporte aux crimes les plus graves commis en temps de guerre.

On relèvera que ce protocole ne lie que quelques États d'Amérique du sud et n'a naturellement pas été signé par les États Unis.

### *C) La situation en Suisse*

La peine de mort en temps de paix est abolie en Suisse depuis 1942, soit l'entrée en vigueur du Code pénal. Par ailleurs, par modification du Code pénal militaire (CPM) du 20 mars 1992<sup>17</sup> entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 1992, la peine de mort prévue aux art. 5 et 27 CPM a également été supprimée en temps de guerre.

Toujours sur le plan du droit interne, l'art. 10 al. 1 de la nouvelle Constitution suisse consacre le droit à la vie et indique expressément que la peine de mort est interdite.

Finalement, tous les textes internationaux à portée universelle et européenne exposés plus haut ont été dûment ratifiés par la Suisse.

On mentionnera que la problématique d'une éventuelle réintroduction de la peine de mort en cas de guerre sur la base d'une ordonnance du Conseil fédéral fondée sur le droit de nécessité a été exclue très clairement parce qu'une telle ordonnance de l'Exécutif ne pourrait constituer une base légale suffisante au sens de l'art. 2 CEDH, au regard notamment de la gravité extrême de la sanction, et surtout parce que cela reviendrait à contredire le souverain qui a expressément retranché la peine de mort du CPM au terme d'une procédure législative en bonne et due forme.<sup>18</sup>

### **III. Illicéité internationale de la peine de mort**

#### *A) Illicéité conventionnelle*

Cette rubrique n'appelle pas de remarque particulière. En effet, les États ayant ratifié les diverses conventions internationales répertoriées supra commettraient manifestement un acte illicite engageant leur responsabilité internationale s'ils venaient à condamner à mort et/ou à exécuter un individu dans des circonstances interdites par un texte international auquel ils sont liés.

Ainsi, chacune des conventions répertoriées supra constitue clairement la source d'une illicéité internationale de la peine de mort, illicéité certes plus ou moins limitée en fonction de son texte, s'agissant notamment de la peine de mort en temps de guerre fréquemment réservée par le droit conventionnel.

#### *B) Illicéité coutumière*

Comme on vient de le voir, la seule illicéité que nous puissions déterminer en l'état est une notion relative, c'est à dire une illicéité purement conventionnelle qui ne concerne que les États ayant consenti à être liés par un accord international emportant abrogation de la peine capitale. Dès lors, il reste à déterminer s'il existe une autre source d'illicéité, à savoir la coutume internationale. L'art. 38 du Statut de la Cour internationale de Justice définit la coutume internationale comme la " preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ".

La coutume est un fait et non le résultat d'une série d'actes parsemés à travers le temps, parce que le droit coutumier ne découle pas des actes ni de la

<sup>17</sup> Vogler, pages 478 et 479

<sup>18</sup> FF1993 I 946 ; Hottelier n°52 et 53 ; Villiger n°689

somme des actes voulus chacun individuellement, mais elle dérive du fait, purement naturel, c'est à dire non voulu et inconscient, de la répétition de ces actes selon une logique qui ressort implicitement des actes eux-mêmes, pendant un laps de temps long et immémorial ; " aussi longtemps que la tradition est encore en formation, les actes isolés qui la composent sont des actes volontaires en ce qui concerne l'action concrète ; il ne sont pas volontaires si on les rapporte à la tradition qui, elle, n'existe pas encore ".<sup>19</sup>

Aussi, pour répondre positivement à notre recherche d'une illicéité coutumière de la peine de mort, il faudrait pouvoir établir l'existence d'une longue pratique inconsciente et répétée des Etats portant sur la conviction que la peine de mort est interdite.

Malheureusement, poser la question c'est presque y répondre ; il suffit pour cela de relever qu'un peu moins de 50%<sup>20</sup> des Etats de la planète pratiquent encore la peine capitale pour comprendre que l'interdiction de cette sanction n'est pas encore érigée au rang de règle coutumière *erga omnes* à laquelle la majorité de la communauté internationale se sent liée.

Il existe sans aucune doute une forte volonté internationale de supprimer la peine de mort ; ainsi peut-on lire dans chacune des conventions internationales répertoriées ou dans leur préambule que l'abolition est " souhaitable ", qu'elle contribue à promouvoir la dignité humaine et le développement progressif des droits de l'homme, sans parler des nombreuses résolutions adoptées par des organismes internationaux, comme le Conseil de l'Europe<sup>21</sup>. Mais le simple fait que ces textes soient par essence facultatifs, que de très nombreux Etats n'y adhèrent pas ou émettent des réserves, manifestant ainsi qu'ils ne reconnaissent pas l'illicéité de la peine de

mort, suffit à nier l'existence d'une coutume en la matière.

C'est à cette conclusion que parvient la doctrine qui, reconnaissant le paradoxe qu'il y a de conférer au droit à la vie une valeur universelle *erga omnes* et d'admettre simultanément que ce droit peut être restreint par l'Etat, n'en constate pas moins qu'en dépit d'une tendance internationale tendant vers l'abolitionnisme, il n'existe pas d'interdiction générale de la peine de mort dans le droit international des droits de l'homme actuel et on ne peut espérer qu'une juxtaposition de protocoles régionaux puisse conduire à une abolition mondiale par le biais d'une règle coutumière, parce que d'une part, l'ensemble du globe n'est pas couvert par des accords régionaux relatifs aux droits de l'homme et d'autre part, la peine de mort est encore très ancrée dans certaines régions.<sup>22</sup>

En revanche, il est peut-être possible d'envisager des illicéités partielles, sous l'angle matériel respectivement géographique.

Matériellement, on a vu que toutes les conventions internationales prévoyaient l'interdiction d'exécuter des auteurs d'infractions commises avant l'âge de 18 ans ou des femmes enceintes.

S'agissant de la première interdiction, la Commission interaméricaine des droits de l'homme, s'occupant d'une affaire d'exécution de mineurs aux Etats-Unis, a refusé de constater

---

<sup>19</sup> Stirling Zanda, page 89

<sup>20</sup> Amnesty international, page 16 ; Csonka, page 106

<sup>21</sup> notamment la résolution 1097 (1996) qui exhorte tous les Etats du monde à promouvoir l'abolition de la peine capitale, " dans l'intérêt d'un monde reposant sur le respect de la vie, des droits de l'homme et de l'Etat de droit "

<sup>22</sup> Breillat, page 268 ; Csonka, page 106



l'existence d'une norme internationale coutumière interdisant l'exécution de ceux qui ont commis des crimes alors qu'ils étaient âgés de moins de 18 ans<sup>23</sup>; on notera que les Etats-Unis ont d'ailleurs émis une réserve en ce sens lors de la ratification du Pacte ONU II, rappelant que cet Etat a toujours manifesté sa désapprobation par une pratique interne constante et par le refus de ratifier la Convention américaine des droits de l'homme.

En revanche, on pourrait envisager l'existence d'une illicéité coutumière de la peine de mort appliquée à une femme enceinte ; en effet, on a vu que tous les textes internationaux interdisent l'exécution d'une femme enceinte, étant de surcroît précisé que même les Etats-Unis n'ont pas articulé de réserve à cet égard dans le Pacte ONU II.

Par ailleurs, on a vu que cette interdiction reposait aussi sur le droit à la vie de l'enfant en devenir dont l'exécution " par ricochet " serait dénuée de tout fondement et correspondrait à une privation arbitraire du droit à la vie, puisque, par définition, ce dernier n'aurait fait l'objet d'aucune condamnation en bonne et due forme pour un crime des plus graves. Nous proposons donc de retenir ici une règle coutumière universellement applicable fondant l'illicéité, certes temporaire, de l'exécution de la peine de mort prononcée contre une femme enceinte.

Sur le plan géographique, plusieurs auteurs considèrent qu'à l'heure actuelle, en raison de la disparition de la peine de mort sur le vieux continent et des divers Traités à portée européenne conclus en relation avec l'abolition de la peine de mort, il existe en Europe occidentale une norme coutumière impérative relevant du jus cogens prohibant la peine capitale et faisant partie de l'ordre public européen<sup>24</sup>.

Naturellement, déterminer l'existence d'une coutume dans une région où le droit conventionnel consacre expressément la règle recherchée relève presque de l'exercice de style puisque l'abrogation conventionnelle de la peine de mort ne laisse plus de place pour une abrogation coutumière ; la question ne pourrait revêtir un certain intérêt que si un Etat d'Europe occidentale dénonçait la CEDH et le Protocole N°6 pour réintroduire la peine capitale.

Enfin, il est utile de rappeler que ces règles abrogatoires limitées à l'Europe sont susceptibles d'avoir des effets extra-territoriaux ou effets réflexes<sup>25</sup>, référence étant faite notamment à la jurisprudence Soering inaugurée par la Cour européenne des droits de l'homme en juillet 1989<sup>26</sup>. Dans cet arrêt relatif à l'Angleterre qui n'était pas partie au Protocole N°6, La Cour avait considéré que l'extradition vers les Etats-Unis d'une personne risquant la peine de mort violait dans le cas d'espèce l'art. 3 CEDH interdisant la torture et les traitements inhumains en raison de la très longue période d'attente (6 à 8 ans) dans les " couloirs de la mort " avant une hypothétique exécution et non en raison de l'exécution elle-même.<sup>27</sup>

Actuellement, dans la suite logique de ce raisonnement intégrant désormais le Protocole N°6, il faut manifestement admettre que l'extradition vers un pays où l'extradé risque la peine de mort

<sup>23</sup> Csonka, page 114

<sup>24</sup> Arrêt Soering Série A n°161 ; EuGRZ 1989, Page 314 et l'opinion concordante du Juge De Meyer ; Csonka, page 119 ; Hottelier n°58 ; Haefliger et Schürmann, page 353

<sup>25</sup> Csonka, page 118 ; Hottelier, n°27 et ss. ; ATF 122 II 439

<sup>26</sup> Arrêt Soering Série A n°161

<sup>27</sup> Vogler, pages 478 et 479

viole un principe de droit public européen en tant que tel, indépendamment des modalités d'exécution de la peine de mort; la Cour européenne, sans l'affirmer expressément, ne l'exclut pas, tandis que plusieurs juridictions nationales, notamment en France, aux Pays-Bas et en Italie, l'ont clairement consacré<sup>28</sup>, à l'instar de la résolution du 11 mars 1993 émanant du parlement européen<sup>29</sup>. Il est intéressant de relever dans ce contexte que l'exception d'extradition tirée de la peine de mort remonte aux temps les plus anciens<sup>30</sup> et figure dans bon nombre de traités d'entraide.

#### IV. Conclusion

Depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, l'abolition de la peine de mort a subi une évolution considérable. On a pu constater que toutes les organisations internationales universelles ou régionales ont toutes clairement pris position pour une suppression d'une peine considérée comme incompatible avec la dignité humaine.

Malheureusement, la peine capitale reste très ancrée dans les mentalités de certaines régions du monde et la pratique encore très répandue de cette sanction barre la route à un consensus international.

Les progrès constatés n'ont été que le fruit du droit conventionnel qui a posé les jalons de l'abolition à laquelle la majorité des Etats n'a, loin s'en faut, pas encore adhéré.

Nous avons déterminé une possible illécitité coutumière de la peine capitale dans l'hypothèse de l'exécution d'une femme enceinte à titre universel et dans tous les cas en Europe occidentale, avec le paradoxe découlant du fait que ces illécitités découlent du droit conventionnel qui ne devrait alors pas laisser de place au droit coutumier.

Cette conclusion nous amène à devoir constater que c'est sans aucun doute encore au prix de nombreux efforts et sur le plan du droit conventionnel que la thèse d'une illécitité universelle de la peine de mort fera son chemin, chemin qui, assurément, demeure encore long.

#### Avocats sans Frontières

par M<sup>e</sup> Catherine Chirazi et M<sup>e</sup> Isabelle Poncet Carnicé,  
membres du comité de direction

Au printemps 1992, à l'initiative de bâtonniers de plusieurs barreaux, une association sans but lucratif a été créée en Belgique : "Avocats sans Frontières (AsF)".

L'objectif poursuivi par AsF est d'intervenir "sur le terrain", en tous pays, lorsque le droit à un procès équitable ou le respect des droits de la défense ne sont plus garantis.

AsF intervient de deux manières, soit en apportant son aide au défenseur local, soit en assurant directement la défense lorsque le justiciable ne peut être assisté par un avocat indépendant.

Vu le nombre croissant de membres et de missions à travers le monde, l'association originelle s'est transformée en AsF WORLD, avec pour principale tâche de coordonner les interventions des représentations nationales (11 pays). AsF (Suisse), dont le siège est à Genève, a été constituée le 3 décembre 1999, sous la présidence de Monsieur le Bâtonnier Albert-Louis Dupont-Willemin. L'Ordre des Avocats de Genève est membre de AsF (Suisse) et Monsieur le Bâtonnier Pierre de Preux siège au Comité de direction en qualité de vice-président.

---

<sup>28</sup> Hottelier, N° 33 à 37 et les références citées

<sup>29</sup> EuGRZ 1993 page 316

<sup>30</sup> Csonka, page 105 nbp 2

AsF (Suisse) a pour but (art. 3 des statuts) :

a) de réunir sans discrimination et sans exclusion, tous les avocats désirant apporter leur assistance juridique dans les situations où le droit à un procès équitable est violé, risque de l'être ou doit être affirmé,

b) d'œuvrer partout où cela s'avère utile et nécessaire à l'instauration ou à la restauration de l'état de droit, de l'institution judiciaire et spécialement du droit à bénéficier d'un procès équitable et d'une défense effective,

c) de mobiliser tous les moyens humains et matériels, nationaux ou internationaux, propres à permettre à ses membres de remplir sa mission dans toutes les parties du monde où ils peuvent être appelés à servir,

d) d'accomplir, en Suisse comme à l'étranger, tous les actes et opérations nécessaires ou utiles à la réalisation des trois objectifs précédemment énoncés.

Pour atteindre ces objectifs, l'association peut agir par tous moyens utiles, notamment judiciaires, administratifs et politiques.

La présence d'AsF à Genève permettra une collaboration étroite avec les organisations internationales. AsF entend en particulier obtenir un statut d'observateur auprès des Nations Unies.

#### Devenez membre de AsF (Suisse)

Il vous est possible de soutenir les actions de AsF (Suisse), en qualité de membre actif ou passif. La cotisation annuelle s'élève à CHF. 100.-.

Pour de plus amples informations, nous vous invitons à consulter le site d'AsF ([avocatssansfrontieres.ch](http://avocatssansfrontieres.ch)) ou à prendre contact avec Me Shahram Dini, secrétaire général d'AsF (Suisse).

Sur simple demande à l'adresse : [info@avocatssansfrontieres.ch](mailto:info@avocatssansfrontieres.ch), un formulaire d'adhésion vous sera adressé.

## **Le saviez-vous ?**

### **Juris Conseil Junior une permanence juridique à l'écoute des enfants**

par Me Catherine Ming

Placée sous l'égide de l'Ordre des Avocats de Genève et du Bureau Central d'Aide Sociale (BCAS), Juris Conseil Junior (JCJ) est une association qui a été fondée en octobre 1995.

Son comité est actuellement formé de Me Pierre de PREUX, Bâtonnier de l'Ordre et Président, de Me Catherine MING Vice-Présidente, Me Emanuelle de MONTAUZON Secrétaire, Mme Nicole FATIO (BCAS) Trésorière, et de Me Tatiana TENCE, Mme Catherine AGTHE DISERENS (SSJ), et M. Yves CORBAT (DIP).

Son but est de permettre aux mineurs d'accéder aux droits et à la justice dans l'esprit de la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux Droits des Enfants.

Sa particularité, au regard des autres permanences juridiques, est d'être interdisciplinaire, dans un esprit de collaboration avec les intervenants médico-sociaux actifs auprès de la jeunesse. Son activité principale est actuellement la permanence téléphonique : du lundi au vendredi, de 9h à 17h, un avocat breveté répond gratuitement depuis son étude aux appels des mineurs ou des jeunes adultes ; un suivi des éventuels dossiers est assuré par ledit avocat.

Dès le mois de septembre 2001, un nouveau cycle de conférences destinées aux membres de JCJ et sur les thèmes relatifs aux divers aspects des droits de l'enfant ou exposant les activités des intervenants sera organisé entre 12h15 et 13h45 une fois par mois.

Une campagne d'information auprès des jeunes est actuellement en cours, notamment par la projection dans les cinémas "métro-ciné" de la diapositive présentant la plaquette de JCJ.

**JCJ est à la recherche d'avocats répondant au téléphone.** Le Comité serait heureux de pouvoir compter parmi les membres de l'association de nouveaux avocats intéressés à cette activité. Pour cela, il vous suffit de vous adresser à Me Emanuelle de MONTAUZON, Secrétaire, (n° téléphone 022 / 704 05 05) qui se fera un plaisir de vous donner tous les renseignements utiles et de vous convaincre qu'il s'agit là d'une juste et noble cause à laquelle les membres de notre Ordre ne sauraient rester insensibles. Le comité profite de quelques lignes qui lui sont offertes dans la présente lettre pour remercier le Bâtonnier Me Pierre de PREUX de son soutien et de son accueil ouvert et généreux de JCJ.

#### **Association des Barreaux lémaniques**

A l'initiative de Me Jean-Pierre Benoist, Bâtonnier de Thonon-les-Bains, s'est tenue en juillet 2000 une réunion des Bâtonniers des barreaux de Thonon, Bourg-en-Bresse, Valais, Vaud et Genève. Cette rencontre avait pour objet les accords bilatéraux et leurs conséquences pour l'exercice de la profession d'avocat au niveau régional. Une commission permanente fut créée en vue d'organiser une conférence sur le sujet ouverte aux avocats comme aux chefs d'entreprise. Ces travaux ont abouti à l'organisation d'un colloque organisé conjointement par la Chambre France-Suisse pour le commerce et l'industrie et l'Association des barreaux lémaniques (Genève, Valais, Vaud, Thonon-les-Bains et Bourg-en-Bresse) qui aura lieu le vendredi 15 juin 2001 de 8h45 à 15h00 à Divonne-les-Bains. Les membres de l'Ordre recevront dans le courant du mois de mai le programme détaillé du colloque et l'invitation à y participer.

Ce colloque sera un lieu d'échange et de rencontres avec des chefs d'entreprise et des avocats de la région et les membres de l'OdA de Genève sont invités à y participer nombreux.

#### **Indépendance de l'avocat** par Me Alec Reymond

Le Tribunal fédéral a récemment été amené à statuer sur la constitutionnalité de l'article 21 de la loi cantonale saint-galloise sur la profession d'avocat traitant de l'indépendance de l'avocat et dont la teneur est la suivante :

“ L'avocat exerce sa profession de manière indépendante, en son propre nom, sous sa propre responsabilité et à son propre compte. Est réservée la possibilité d'être employé d'un autre avocat.

Il refuse un mandat, lorsqu'il existe un rapport juridique avec un tiers qui nuit à son indépendance ”.

L'avocat recourant, autrefois employé d'une fiduciaire, avait été sanctionné par les instances cantonales pour avoir, dans le cadre d'une procédure judiciaire, fait usage d'un papier à lettres dont l'entête mentionnait tout à la fois son nom et la raison sociale de la fiduciaire.

Le Tribunal fédéral commence par rappeler que l'indépendance de l'avocat est un principe fondamental et universellement reconnu.

Il est ensuite souligné que le législateur fédéral a expressément souhaité, dans l'élaboration de la nouvelle LLCA, que les avocats salariés soient exclus des registres cantonaux, à l'exception de ceux qui travaillent pour des organisations à but non lucratif ou qui sont employés par un avocat dûment inscrit.

Pour notre Cour suprême, l'indépendance de l'avocat doit garantir la plus grande liberté et la plus absolue

impartialité à l'égard du client comme du juge ; elle est une condition nécessaire à la confiance dont doivent pouvoir jouir l'avocat et la justice ; celui qui s'adresse à un avocat doit pouvoir être sûr que son Conseil n'est en aucun cas lié à un tiers dont les intérêts pourraient être, d'une manière ou d'une autre, en contradiction avec les siens propres.

Ainsi, le Tribunal fédéral reconnaît-il, par souci de transparence, qu'il est légitime et proportionnel d'exclure de manière générale les avocats salariés de fiduciaires ou d'autres entreprises pour garantir l'indépendance de l'avocat.

Le Tribunal fédéral rappelle en outre que l'indépendance de l'avocat a pour but d'assurer que les règles déontologiques, en particulier celles qui concernent le secret professionnel, soient scrupuleusement respectées.

Or, dans l'organisation d'une entreprise, la préservation du secret peut se révéler problématique, non seulement à l'intérieur, mais également à l'extérieur, lorsque l'entreprise est obligée de fournir des renseignements en application d'autres dispositions légales.

Le Conseil se réjouit de cette décision qui vient conforter l'Ordre des Avocats du Canton de Genève dans la lecture très stricte qu'il a toujours faite de l'article 1 des Us et Coutumes.

L'interprétation du Tribunal fédéral couvre d'ores et déjà l'article 12 litt. b de la LLCA, ce qui est de nature à rassurer considérablement les Ordres cantonaux hostiles à la multidisciplinarité.

### **TVA : exportation de services et secret professionnel**

par Me Raphaël Biaggi

En date du 20 avril 2001, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt en matière de preuves à l'exportation de prestations de

services qui doivent être fournies en cas de contrôle de l'Administration fédérale des contributions (AFC) dans le cadre particulier de la profession d'avocat.

La Commission fédérale de recours en matière de contributions (CRC) a, en substance, jugé que pour prouver l'exportation de prestations de services qu'un avocat fournit à des clients domiciliés à l'étranger, ce dernier doit mentionner le domicile, ou le siège social, du destinataire de la prestation, mais qu'il peut se contenter – pour respecter son secret professionnel – d'indiquer uniquement les initiales du nom du bénéficiaire de la prestation ainsi que le nom exact de la rue. L'AFC, qui avait interjeté recours contre cette décision, a été déboutée par le TF. Cette jurisprudence concerne l'application de l'OTVA. Pour plus de détails, il faudra attendre la publication des considérants de l'arrêt.

En ce qui concerne les dispositions applicables en matière de LTVA depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001, le secret professionnel protégé par la loi est expressément réservé. L'art. 57 al. 2 LTVA permet au détenteur du secret professionnel de “ cacher les noms des clients ou de les remplacer par des codes ”. Ainsi, en cas de contrôle par l'AFC des livres de l'assujetti, l'administration ne peut pas prendre connaissance des noms des clients. En cas de litige avec l'AFC sur cette question, il est prévu que le Président de la CRC désigne des experts neutres qui agiront en tant qu'organe de contrôle pour s'assurer que les codes n'ont pas été utilisés abusivement.

### **Reddition de comptes et convention d'arbitrage**

par Me Louis Gaillard

#### 1. La question :

Les tribunaux genevois sont-ils com-

pétents pour ordonner la reddition des comptes selon l'art. 324 al. 2 litt. b LPC alors que les parties à l'instance sont liées par une convention d'arbitrage ?

## 2. L'alternative :

On peut poser schématiquement le problème ainsi :

- si la reddition de comptes selon la voie procédurale simplifiée de l'art. 324 LPC est une mesure provisionnelle, le juge étatique a la compétence exclusive (s'il s'agit d'un arbitrage interne, art. 26 CIA) ou concurrente (s'il s'agit d'un arbitrage international, art. 183 LDIP) pour l'ordonner;
- si, au contraire, la reddition de comptes selon cette forme simplifiée n'est pas une mesure provisionnelle, les arbitres ont seuls la compétence pour l'ordonner, qu'il s'agisse d'un arbitrage interne ou international.

## 3. La jurisprudence de la Cour de Justice :

Les faits de la cause soumise à la Cour de justice étaient ceux-ci. Les parties, toutes deux domiciliées en Suisse, avaient passé une convention de fiducie par laquelle le défendeur apparaissait propriétaire exclusif d'un fonds destiné à une promotion immobilière. Le demandeur avait offert sa garantie sous la forme d'un cautionnement. Une clé de répartition du profit net de la promotion avait été fixée. La convention comportait une clause compromissoire prévoyant que " *tout litige découlant de l'interprétation et/ou de l'exécution de la présente convention sera tranché par un Tribunal arbitral à Genève, à l'exclusion de tout recours aux tribunaux ordinaires* ". Le demandeur avait écrit au défendeur, le priant de lui communiquer les informations nécessaires à la détermination du solde net de la promotion immobilière. N'obtenant pas de réponse satisfaisante, il requit

du Tribunal de première instance, par la voie de la procédure simplifiée de l'art. 324 LPC, qu'il condamne la partie adverse à la reddition des comptes. Le défendeur fit valoir que la requête ne relevait pas des mesures provisionnelles au sens de l'art. 24 al. 1 CIA et qu'ainsi, le juge étatique devait renvoyer le demandeur à constituer un tribunal arbitral pour soumettre à ce dernier les conclusions en reddition de comptes. Le premier juge considéra que la reddition des comptes prévue à l'art. 324 LPC ne relevait pas des mesures provisionnelles. Il suivit ainsi les conclusions en déclinatoire du défendeur, prononçant l'irrecevabilité de la requête. Le demandeur forma recours contre cette décision auprès de la Cour de justice.

Dans son arrêt rendu le 30 mars 2000 (cause A., c/ A., ACJC/371/2000), la Cour de justice s'est interrogée sur la nature de la procédure prévue par l'art. 324 al. 2 litt. b LPC. Elle examina notamment la question de savoir si la reddition de comptes constituait un mode de preuve à futur et si cette considération l'autorisait à conclure que cette démarche procédurale relevait du régime des mesures provisionnelles. Après avoir cité divers avis de doctrine, la Cour poursuivait : " *Quoi qu'il en soit, il apparaît qu'en faisant figurer la procédure en reddition de comptes sous le chapitre I du titre XVI de la LPC, le législateur genevois a expressément montré sa volonté d'assimiler la procédure en reddition de comptes aux mesures provisionnelles prévues par le droit cantonal. On ne voit dès lors pas pour quelles raisons une telle procédure devrait être exclue du champ d'application de l'art. 26 al. 1 CIA, ceci d'autant moins lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le Tribunal arbitral n'est pas encore constitué. Obliger une partie à une*

convention munie d'une clause compromissoire à saisir le tribunal arbitral uniquement pour obtenir des renseignements qui lui ont été refusés, apparaîtrait pour le moins disproportionné et même aller à fin contraire de l'article 26 al. 1 CIA. " Aussi, annulant la décision du premier juge, la Cour retint la compétence du juge étatique d'ordonner la reddition des comptes, en dépit de la convention d'arbitrage qui les liait.

#### 4. La jurisprudence du Tribunal fédéral :

A notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a jamais eu à se prononcer sur le problème spécifique de la compétence du juge étatique d'ordonner la reddition de comptes en présence d'une clause arbitrale. Toutefois, il s'est prononcé de manière indirecte sur cette question en posant, dans un arrêt de principe du 6 juillet 2000 publié in SJ 2000 I 590, que la voie du recours en réforme est ouverte contre une ordonnance prescrivant la reddition de comptes. Il a considéré qu'une ordonnance rendue en application de l'art. 324 al. 2 litt. b LPC et ordonnant la reddition de comptes fondée sur un droit qui n'est pas seulement vraisemblable est une décision finale relative à une contestation de droit civil matériel. Si cette décision a été rendue par une autorité de dernière instance cantonale, la voie du recours en réforme au Tribunal fédéral est ainsi ouverte.

#### 5. La discussion :

L'arrêt de la Cour de justice du 30 mars 2000 et l'arrêt du Tribunal fédéral du 6 juillet 2000 sont évidemment inconciliables : si la voie du recours en réforme est ouverte contre une ordonnance prescrivant la reddition des comptes, c'est que cette décision tranche définitivement une contestation au fond (cf. Poudret/Sandoz-Monod, *Commentaire de l'OJ*, ad art. 48 n°

1.1.6.1, page 279) ; elle ne peut donc relever des mesures provisionnelles à l'encontre desquelles seule la voie du recours de droit public est ouverte.

Que faut-il préférer ? la conception du Tribunal fédéral, ou celle de la Cour de justice ? Il faut faire la part du droit et celle de l'opportunité.

#### 6. Le droit :

On conviendra évidemment que, dans l'hypothèse d'une ordonnance fondée sur un droit qui n'est pas seulement vraisemblable, la décision ordonnant la reddition des comptes n'a pas de caractère provisionnel. Elle n'est pas une mesure de protection (" *Sicherungsmassnahme* ") visant à prévenir à prévenir un dommage ; elle n'est pas une mesure d'accompagnement (" *Regelungsmassnahme* ") visant à régler les rapports entre parties durant l'instance ; elle n'est non plus pas une preuve à futur prononcée dans l'idée que, selon le cours ordinaire de la procédure, les éléments de preuve dont la sauvegarde est sollicitée ne pourraient plus être utilement produits. Il faut donc distinguer l'apparence de la réalité : la reddition des comptes ordonnée au regard d'une obligation " *évident(e) ou reconnu(e)* " a l'apparence d'une mesure provisionnelle, mais elle relève en réalité du fond : " *La décision ordonnant la reddition des comptes (art. 324 al. 2 litt. b LPC), si elle peut être rendue dans le cadre de la procédure sur mesures provisionnelles, a les caractéristiques d'une décision sur le fond de la contestation* "

(Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, *Commentaire de la LPC*, art. 320 n° 3 in fine). " *Comme la prétention du requérant (selon l'art. 324 al. 2 litt. b LPC) se limite à l'obtention de renseignements, la voie des mesures provisionnelles ne sera ni l'accessoire ni la préfiguration de la décision sur le*

*fond mais s'identifiera complètement à elle, rendant celle-ci sans objet. De fait, il faut voir dans la litt. b de l'al. 2 une voie de procédure atypique.* ” (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, *op. cit.*, art. 324 n° 5). Le Tribunal fédéral a pu, à bon droit, assimiler la décision ordonnant la reddition des comptes rendue sur la base de l'art. 324 al. 2 litt. b LPC à la décision rendue selon la procédure sommaire de sommation (“*summarisches Befehlsverfahren*”) de la *Zivilprozessordnung* du canton de Zurich qui ouvre aussi la voie du recours en réforme (SJ 2000 I 593).

On peut ainsi conclure avec sécurité que, si le Tribunal fédéral avait eu à connaître de la difficulté procédurale tranchée par la Cour de justice dans son arrêt du 30 mars 2000, il aurait annulé la décision cantonale, renvoyant le requérant à solliciter la reddition de compte devant un tribunal arbitral que le requérant aurait dû constituer à cette fin.

#### 7. L'opportunité :

Se guidant par des motifs d'opportunité, la Cour de justice a considéré qu'il n'était guère raisonnable de forcer le requérant à constituer un tribunal arbitral pour obtenir la reddition des comptes. Certes, on peut concevoir le coût et les difficultés de mettre en place un tribunal arbitral alors que, si le devoir de rendre de rendre compte est “*évident ou reconnu*” (art. 324 al. 2 litt. b LPC), la voie des mesures provisionnelles y pourvoirait suffisamment. Toutefois, notre appréciation en opportunité est inverse : l'expérience montre que la protection qu'offre la juridiction arbitrale est souvent plus ample et plus efficace que celle offerte par la juridiction étatique.

Certes, les arbitres n'ont pas les attributs de la force publique ; ils ne peuvent non plus pas assortir leur sentence de la menace des peines prévues par

l'art. 292 CP. Mais leur décision ordonnant la reddition des comptes avec suite de frais et dépens n'est susceptible d'être attaquée que par la voie des recours extraordinaires que sont le recours en nullité (art. 36 CIA) et/ou le recours de droit public (art. 84 al. 1 litt. b OJ et art. 191 LDIP). Elle peut d'ailleurs être accompagnée, selon la doctrine récente, de la condamnation à l'astreinte, du moins en matière internationale (Lévy, *Les astreintes et l'arbitrage international en Suisse*, Bull. ASA, 2001 I, p. 21ss). Par contraste, l'ordonnance du Tribunal de première instance prescrivant la reddition des comptes peut être attaquée par deux voies de recours ordinaires successives (art. 331 LPC et 48 OJ) avec les effets suspensifs qui leur sont assortis (ACJ/1258/2000 et 54 OJ). Enfin et surtout, par la voie arbitrale entreprise dès l'origine, le demandeur, constatant par hypothèse le refus du défendeur de rendre compte, pourra aussitôt prendre devant le même tribunal arbitral des conclusions pécuniaires, se réservant au besoin la possibilité de prendre des conclusions additionnelles (SJ 1990 p. 526). Cette perspective est plus sûre que toute sanction pénale (art. 292 CP) ou procédurale (art. 40 LPC et SJ 1999 I 186).

#### 8. En conclusion :

L'appréciation en opportunité rejoint ainsi la réflexion juridique : dans le cadre d'un contentieux pour lequel une convention d'arbitrage a été convenue, le demandeur est tenu - mais aussi bien inspiré - de faire constituer dès l'origine un tribunal arbitral. Le paradoxe est là : l'autorité arbitrale, apparemment mal armée, est celle qui est en définitive la plus propre à contribuer à l'exécution de l'obligation de rendre compte, quand bien même si celle-ci serait-elle “*évident(e) ou reconnu(e)*” (art. 324 al. 2 litt. b LPC).



## De la non application des fêtes en matière prud'homale

par Me Nicolas Jeandin

La question avait refait surface depuis l'adoption de la nouvelle Loi sur la juridiction des prud'hommes (LJP) entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2000: les plaideurs peuvent-ils se prévaloir des suspensions de délais induites par les fêtes judiciaires prévues à l'article 30 I LPC ?

Il est vrai que le texte légal ne se prononce pas explicitement sur ce point, puisque la nouvelle LJP – à l'instar de son ancêtre sous l'égide de laquelle la jurisprudence se refusait à appliquer les fêtes judiciaires par analogie (voir notamment CAPH du 14 décembre 1989 dans la cause VII/64/89 et CAPH du 9 juillet 1998 dans la cause C/33925/97-6) - ne contient pas de disposition au sujet des fêtes judiciaires. Seul l'article 11 LJP entre désormais en ligne de compte, qui pose le principe selon lequel les dispositions générales de la LPC *“sont applicables à titre supplétif, dans la mesure compatible avec les exigences de simplicité et de rapidité propres à la procédure applicable devant la juridiction des prud'hommes”*. Cette disposition est à mettre – pour partie du moins - en relation avec les exigences du droit fédéral en la matière, imposant aux cantons de *“soumettre à une procédure simple et rapide tous les litiges résultant du contrat de travail dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 20'000 francs”* (art. 343 II CO).

En l'occurrence, la question a été récemment tranchée par un arrêt du président de la Cour d'appel des Prud'hommes du 2 août 2000 qui – statuant seul à titre préalable en application de l'article 57 I LJP – rejeta comme irrecevable pour cause de tardiveté un appel déposé le 30 mai 2000

contre un jugement reçu le 17 avril, l'appelant ayant tenu compte des fêtes pascales prévues à l'article 30 I lit a LPC. La Cour retint qu'en l'espèce le délai d'appel était arrivé à échéance le 17 mai 2000 dès lors que les fêtes judiciaires ne devaient pas s'appliquer devant les prud'hommes, ce qui s'inscrit dans le contexte des exigences de rapidité et de simplicité prévues aux articles 343 II CO et 11 LJP, et correspond au surplus à la jurisprudence rendue sous l'ancien droit. Cette décision fut confirmée par arrêt du TF du 8 février 2001 statuant sur recours de droit public (grief de l'arbitraire).

On peut certes déplorer que le législateur en charge de la nouvelle LJP ait usé d'une norme aussi peu claire que l'article 11 LJP (qui porte atteinte aux impératifs de sécurité et de prévisibilité du droit), tout comme on regrettera que la Cour d'appel n'ait pas saisi l'occasion pour procéder à une analyse plus approfondie de la question, ce d'autant que l'ACPH du 2 août 2000 donne à penser qu'en l'occurrence l'élément déterminant serait une valeur litigieuse inférieure à 20'000 francs, situant ainsi le litige dans les limites de montants fixées par l'article 343 II CO.

Il convient toutefois de tirer les leçons de cet arrêt et de retenir une fois pour toutes qu'à défaut d'une précision contraire à intervenir cas échéant *de lege ferenda*, les fêtes judiciaires ne trouvent pas application devant les prud'hommes, ce qui prévaut non seulement pour le délai d'appel prévu par l'article 59 I LJP (quelle que soit la valeur litigieuse [l'art. 11 LJP ne reprend nullement la limite de 20'000 francs proposée par le droit fédéral]), mais aussi pour tous les autres délais (notamment celui de 30 jours dès l'audience de conciliation octroyé par l'article 30 LJP à la partie défenderesse pour déposer sa réponse).

**Recevabilité du recours de droit public de la partie civile contre une ordonnance de classement confirmée par la Chambre d'Accusation**  
par Me Alec Reymond

Dans un arrêt du 20 avril 2001 concernant une affaire genevoise, le Tribunal fédéral s'est penché sur la recevabilité du recours de droit public formé par la partie civile contre une ordonnance de la Chambre d'Accusation confirmant le classement d'une procédure.

Etaient en l'occurrence constitués partie civile les parents d'une jeune fille prétendument victime d'une infraction mais décédée depuis lors.

Le Tribunal fédéral rappelle tout d'abord que, de jurisprudence constante, celui qui se prétend lésé par un acte délictueux n'a pas qualité pour recourir sur le fond contre une décision pénale de classement, de non lieu ou d'acquiescement (ATF 69 I 17 ; ATF 121 IV 317 consid. 3b page 324 et les références citées).

La loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions renforce cependant, poursuit le Tribunal fédéral, les droits de procédure des personnes victimes d'une infraction en leur ouvrant, sous certaines conditions, la faculté de recourir contre un classement ou un non lieu.

La qualité pour recourir de la victime par la voie du recours de droit public se fonde alors directement sur la règle spéciale de l'article 8 al. 1 litt. c LAVI. Elle suppose une atteinte directe à l'intégrité corporelle sexuelle ou psychique, du fait de l'infraction dénoncée (art. 2 al. 1 LAVI). Selon l'art. 2 al. 2 litt. b LAVI, les père et mère de la victime sont assimilés à celle-ci pour ce qui est des droits de la procédure pénale et des prétentions civiles, dans la mesure où ces personnes peuvent faire valoir des prétentions civiles contre l'auteur de l'infraction (ATF 126 IV 42 consid. 3 c page 46).

Pour pouvoir recourir, la victime – ou les personnes assimilées – doit avoir eu la qualité de partie dans le cours de la procédure pénale et elle doit avoir élevé des prétentions civiles sur lesquelles la sentence pénale doit en outre avoir des effets.

Notre Haute Cour admet que lorsque le recours est dirigé contre une décision de classement ou de non lieu, c'est-à-dire avant tout jugement, on ne saurait reprocher à la partie civile de ne pas avoir pris formellement de conclusions civiles puisqu'elle n'en a pas eu formellement l'occasion.

En revanche, même si la loi ne l'exige pas expressément, la victime doit, à défaut de conclusions civiles, indiquer quelles prétentions civiles elle entend faire valoir. Cette condition, particulièrement évidente pour le pourvoi en nullité, s'applique également pour juger de la recevabilité du recours de droit public (ATF 120 I a 101 consid. 2 page 104), même si certains arrêts du Tribunal fédéral n'examinent pas explicitement cette question.

A défaut de conclusions formelles au plan civil, les recourants doivent au moins indiquer quelle sorte de prétentions ils entendraient élever à l'égard de l'auteur de l'infraction, sauf lorsqu'on peut directement et sans ambiguïté déduire, compte tenu notamment de la nature de l'infraction, quelles prétentions civiles pourraient être élevées par la victime.

En l'espèce, les recourants s'étaient contentés d'alléguer qu'ils entendaient " faire valoir des prétentions civiles en procédure ", sans spécifier le fondement de ces prétentions. Rejetant le recours pour d'autres motifs, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si cette mention toute générale à des prétentions civiles était suffisante sous l'angle de la recevabilité.

A la lecture de l'arrêt on peut toutefois en douter, ce qui doit amener les parties civiles recourantes au Tribunal fédéral contre un acquittement, un non lieu ou un classement à se montrer particulièrement précises dans l'énoncé des prétentions civiles qu'elles entendent élever.

### **Organisation judiciaire des assurances sociales** par Me Matteo Pedrazzini

Le Conseil d'Etat a élaboré deux projets de loi, actuellement en consultation, en vue de créer un Office cantonal, ainsi qu'un Tribunal cantonal des assurances sociales.

Ces projets de loi s'insèrent dans une tendance d'organisation et de rationalisation des assurances sociales qui s'est dégagée dernièrement au niveau fédéral, ainsi qu'au niveau cantonal.

A l'instar d'autres cantons ayant déjà légiféré en la matière, les projets genevois visent à donner une plénitude de juridiction à un Tribunal cantonal des assurances sociales et à regrouper certains services sous un Office cantonal des assurances sociales.

A l'heure actuelle, à Genève le contentieux relatif aux assurances sociales est traité par plusieurs instances de recours et par le Tribunal administratif qui connaît des contentieux relatif à l'assurance maladie obligatoire, aux assurances maladie complémentaires, à l'assurance accidents, à l'assurance militaire, ainsi qu'à la prévoyance professionnelle.

Quant aux contentieux en matière notamment d'AVS-AI, d'allocations familiales, d'assurance chômage, etc., ils sont soumis à la juridiction de différentes commissions cantonales de recours.

Le projet de loi vise à rendre le système plus clair et plus cohérent en confiant au Tribunal administratif la compétence

pour traiter de tous les contentieux relatifs aux assurances sociales. La technique législative choisie est de créer une Chambre des assurances sociales au sein du Tribunal administratif.

Ceci correspond aux choix opérés par d'autres cantons, avant Genève, étant précisé que certains cantons comme Zurich ont plutôt opté pour une instance judiciaire indépendante en créant de toutes pièces un Tribunal des assurances sociales.

La nouvelle Chambre des assurances sociales du Tribunal Administratif, prévue par le projet de loi, prévoit la présence de juges assesseurs, issus des groupements représentatifs des employeurs et des salariés en matière d'allocations familiales et d'assurance chômage.

Afin d'assumer les tâches visées par le projet de loi il est prévu d'accroître le nombre de juges et de suppléants en le portant de cinq à sept. Au surplus, le projet de loi prévoit la désignation de huit juges assesseurs. L'organisation du Tribunal administratif ainsi composé s'inspirera des règles aujourd'hui applicables à la Cour de justice civile qui connaît également l'institution de plusieurs Chambres et la présence de juges assesseurs.

Le projet de loi ne change pas la situation des tribunaux arbitraux instaurés par les lois sur les assurances sociales. Il est en effet apparu que le système actuellement en place donnait satisfaction puisque ces tribunaux arbitraux sont présidés par un juge du Tribunal administratif et que ce même tribunal assume les fonctions de greffe.

En ce qui concerne l'Office cantonal des assurances sociales, ce projet s'inspire du même souci de rationalisation et vise à regrouper dans un même Office, comme cela a d'ailleurs été fait dans plusieurs autres cantons, la Caisse cantonale de compensation

AVS, ainsi que l'Office cantonal AI. Le projet de loi prévoit que l'Office cantonal des assurances sociales soit organisé comme un établissement public autonome de droit public jouissant de la personnalité juridique. C'est ainsi que cet Office sera administré par un Conseil d'administration, composé, comme pour d'autres établissements de droit public autonomes, de membres désignés par le Conseil d'Etat, par les partis politiques, ainsi que par le personnel.

Il est à relever que cet Office sera soumis à une double surveillance, celle de la Confédération d'abord, celle du canton ensuite. La réforme prévue par le projet de loi n'entraînera pas de modifications significatives dans le fonctionnement de la Caisse cantonale de compensation ou de l'Office cantonal AI. En effet, ces deux institutions maintiendront leurs attributions respectives et leurs règles propres.

L'Office cantonal des assurances sociales qui chapeautera ces deux institutions en assurera cependant l'administration et la surveillance directe. La Commission de droit civil et administratif de l'Ordre des Avocats a participé à la procédure de consultation de ces avant-projets. Elle a en particulier salué l'effort de rationalisation qui ne peut que bénéficier aux justiciables.

### **Message du Conseil supérieur de la Magistrature aux avocats juges suppléants**

par Mme Antoinette Stalder,  
Présidente du Conseil supérieur de la Magistrature

Le Conseil supérieur de la magistrature n'entend pas se substituer aux autorités compétentes en matière de récusation. Il considère néanmoins qu'il est bon que certains principes soient

parfois rappelés. Ainsi, la présente note ne constitue pas une directive, mais un simple rappel desdits principes, fondés sur des jurisprudences récentes et une réflexion générale.

#### 1. Problèmes relatifs aux récusations

Hormis les cas de récusation prévus par les art. 85 et suivants de la loi sur l'organisation judiciaire, la situation des juges suppléants et/ou assesseurs est susceptible de poser des problèmes plus délicats.

Aussi bien l'art. 58 al. 1er Cst. que l'art. 6 par. 1 CEDH confère à toute personne le droit de voir sa cause jugée par un tribunal indépendant et impartial. Ces dispositions visent à garantir que des circonstances étrangères au procès ne puissent avoir sur le jugement un effet inadmissible en faveur ou en défaveur d'une partie; en d'autres termes, on veut éviter qu'une personne se trouvant sous l'influence de telles circonstances ne fonctionne comme juge et qu'ainsi, elle ne soit plus le "juste médiateur".

Selon la jurisprudence, il y a prévention lorsque certaines circonstances sont de nature à faire naître le doute sur l'impartialité du juge. Ces circonstances peuvent consister en un comportement subjectif déterminé du juge ou en certains faits objectifs de fonctionnement ou d'organisation. Mais dans les deux cas, il n'est pas exigé que le juge soit effectivement prévenu pour de tels motifs. Il suffit que les circonstances puissent justifier l'apparence de prévention et le risque de partialité. Pour juger de l'apparence de prévention et pour apprécier ces circonstances, on ne peut pas se fonder sur l'impression subjective d'une partie; il faut au contraire que le doute de l'impartialité du juge apparaisse objectivement fondé (ATF 116 Ia 485, consid. 2b et réf. citées, JdT 1992 I 118).

L'indépendance et l'absence de prévention du juge garantissent qu'aucune cir-

constance étrangère au procès n'exerce une influence injustifiée ou en faveur d'une partie sur le jugement; il faut empêcher qu'une personne fonctionne comme juge alors qu'elle est sujette à de telles influences et ne peut dès lors plus être un "véritable médiateur". Il suffit que l'on soit en présence de circonstances qui, considérées objectivement, sont propres à fonder l'apparence d'une prévention. De pareilles circonstances peuvent résulter d'une attitude déterminée du juge en cause ou de données externes de nature fonctionnelle ou organisationnelle (ATF 114 Ia 50, JdT 1989 IV 78; ATF 120 Ia 184 consid. 2b, JdT 1996 II 67; ATF 124 I 121, JdT 1999 I 161).

Pour juger objectivement du grief de prévention, il faut attribuer de l'importance aux circonstances extérieures telles que les questions de fonctionnement et d'organisation interne de la procédure. Sous cet angle, même la simple apparence de prévention peut avoir un certain poids (ATF 114 Ia 50 consid. 3b et réf. citées; JdT 1992 I 120).

Il faut prendre en considération le fait qu'un avocat peut être tenté, même en dehors de son mandat, d'agir de façon propre à maintenir son client dans des dispositions favorables à son égard (ATF 116 Ia 135 consid. 3c). Un avocat qui exerce les fonctions de juge suscite une apparence de prévention s'il exerce encore un mandat en cours confié par une partie ou s'il a exercé plusieurs fois des mandats pour une partie de telle manière qu'il existe entre eux une sorte de relation permanente. En tout cas un unique mandat terminé ne suffit normalement pas à créer une apparence de prévention. Mais un tel rapport entre un avocat siégeant comme juge et son client ne peut pas être exclu. Le fait que les mandats exercés jusqu'ici n'ont aucun rapport avec l'objet du litige, et n'ont pas d'importance préjudicielle

pour la solution du litige, n'est pas déterminant. Au contraire, on ne peut pas non plus, dans un tel cas, se défendre de l'impression que la perspective d'un futur mandat que confierait la collectivité en cause ne puisse pas exercer une influence inadmissible sur le jugement à rendre dans le présent cas (ATF 116 Ia 135).

La jurisprudence s'est occupée à plusieurs reprises du point de savoir si une relation concrète, notamment de nature professionnelle, entre un juge et les parties ou leur mandataire pouvait constituer un motif de récusation:

Le Tribunal fédéral a admis la prévention d'un juge pénal extraordinaire exerçant à titre principal la profession d'avocat qui comptait parmi ses clients un établissement bancaire ayant un gros intérêt financier dans une affaire connexe à la procédure pénale en cours (ATF 116 Ia 135 consid. 3c, rés. JdT 1992 IV 96).

De même, un juge à temps partiel apparaît comme prévenu lorsqu'il est lié à une partie dans un rapport de mandat ou s'il a agi à plusieurs reprises comme avocat pour une partie (ATF 116 Ia 485 consid. 3, JdT 1992 I 119).

Selon un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, il n'est pas compatible avec l'exigence d'un juge non prévenu que des juges laïcs aient une relation avec des associations privées qui ont un intérêt (opposé à celui du recourant) à l'issue du procès (arrêt du 22 juin 1989 en la cause Langborger c. Suède, série A, vol. 155, 30 et ss).

Le Tribunal fédéral a également admis qu'il y a apparence de prévention lorsqu'un juge à temps partiel siège au tribunal cantonal appelé à statuer sur un litige qui pose la même question de droit qu'une autre cause pendante où il défend les intérêts d'une partie comme avocat (ATF 124 I 121 consid. 1-3, JdT 1999 I 161). Dans cette cause, la

prévention invoquée résultait dans le fait que le juge avait reçu un mandat concret de conduire un procès encore pendant et portant sur la même question litigieuse. Le TF a cependant relevé: "Il ne faut pas perdre de vue qu'en présence de juges à temps partiel qui exercent la profession d'avocat, des situations de ce genre sont jusqu'à un certain point inhérentes au système. Lorsqu'un tribunal est organisé de telle manière qu'il compte parmi ses membres, outre les juges de carrière, et, le cas échéant, des juges laïcs, des juges à temps partiel qui exercent la profession d'avocat, on prend le risque que ces juges aient aussi en vue, sinon au sujet de mandats concrets en cours, du moins dans un sens général, leurs intérêts professionnels et par conséquent -au moins indirectement- ceux de leurs clients. Il serait éloigné de la réalité d'admettre qu'un avocat puisse, dès qu'il fonctionne comme juge, faire abstraction des conséquences que pourrait avoir, par exemple, l'interprétation d'une règle de procédure pour son travail comme mandataire en justice professionnel et pour la position de ses clients dans le procès".

En revanche le Tribunal fédéral a considéré comme non critiquable le concours d'un juge au Tribunal des baux et loyers, bien qu'il ait agi auparavant comme l'avocat de l'association de locataires qui représente maintenant l'une des parties au procès (arrêt non publié du Tribunal fédéral du 24 novembre 1997 en la cause S.I.F. c. Tribunal des baux et loyers de Genève). Dans une décision très récente (Affaire *Wettstein c/Suisse* du 21 décembre 2000), la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'il y avait apparence de partialité dans le cas d'un juge suppléant qui avait agi simultanément contre le recourant,

ceci bien qu'il n'y ait aucun lien matériel entre l'affaire du recourant et les autres causes défendues par le juge suppléant. La CEDH relève que "dans la présente affaire, il n'y a aucune raison de douter que la législation et la pratique de la magistrature à temps partiel en général puissent être interprétées comme compatibles avec l'art. 6 CEDH. Ce qui importe, c'est la manière selon laquelle les procédures ont été menées en l'espèce". La Cour européenne ajoute que "même les apparences peuvent être d'une certaine importance. C'est la confiance du peuple pour les tribunaux dans une société démocratique qui est en jeu. Ceci implique que pour décider si, dans un cas donné, il y a une raison légitime de craindre qu'un juge en particulier manque d'impartialité, l'impression de la personne concernée est importante mais pas décisive. Ce qui est décisif, c'est si cette crainte peut être réputée justifiée objectivement."

Il résulte de ces diverses jurisprudences, que l'emploi de juges suppléants exerçant par ailleurs la profession d'avocat est compatible avec l'art. 6 CEDH, mais qu'il convient dans tous les cas de ne pas donner même une apparence de défaut d'impartialité. Ainsi les juges suppléants appelés à siéger et/ou à rédiger des jugements ou des arrêts doivent faire preuve de la plus grande prudence et aviser le président de juridiction de tout élément concret susceptible d'induire une apparence de partialité, comme notamment le fait d'avoir été précédemment l'avocat d'une partie ou l'avocat de sa partie adverse.

Se pose encore le problème de la durée pendant laquelle l'avocat qui, à une occasion ou l'autre, a défendu une partie ou a plaidé contre elle ne peut plus se charger en qualité de juge suppléant et/ou assesseur d'un dossier où cette partie apparaît. Il va de soi que le

suppléant doit refuser toute procédure, même totalement indépendante, impliquant une partie qu'il défend encore ou contre laquelle il plaide, ou dont les collaborateurs et associés de son étude s'occupent. Il doit agir de la même manière pour une affaire récemment terminée.

En revanche, on peut se demander si l'on ne devrait pas admettre une sorte de "prescription" et considérer qu'après un certain nombre d'années, le jugement d'une procédure n'est pas admissible, même si en qualité d'avocat, le suppléant a défendu l'une des parties ou plaidé contre elle. Il conviendrait que le suppléant renonce à apparaître en qualité de juge pendant une période plus longue en ce qui concerne les personnes physiques que lorsqu'il s'agit d'administrations privées importantes, telles que banques ou assurances. Ce laps de temps devrait également être modulé selon que le juge suppléant instruit une cause, la juge au fond ou en matière sommaire.

Dans les cas douteux, le juge suppléant et/ou assesseur peut prendre contact et conseil auprès du président de la juridiction concernée.

## 2. Problème du secret tant professionnel que de fonction

S'il est vraisemblablement inutile de rappeler aux avocats qu'ils sont soumis au secret professionnel, il convient peut-être de rappeler que les juges assesseurs et/ou suppléants sont soumis au secret de fonction.

Le terme fonctionnaire s'applique au fonctionnaire et à l'employé d'une administration publique ou de la justice. Sont aussi considérées comme fonctionnaires les personnes qui occupent une fonction ou un emploi à titre provisoire, ou qui exercent une fonction publique temporaire (art. 110 ch. 4 CP). Une personne peut avoir la qualité de fonctionnaire de manière temporaire, ainsi lors-

qu'elle remplace un fonctionnaire ou un juge (ATF 71 IV 139, JdT 1946 IV 53, ATF 70 IV 213, JdT 1945 IV 80).

Selon la définition de l'art. 110 ch. 4 CP sont aussi considérés comme fonctionnaires les personnes qui occupent une fonction ou un emploi à titre provisoire, ou qui exercent une fonction publique provisoire. Ainsi le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'est pas douteux qu'un juge d'instruction fédéral extraordinaire soit un fonctionnaire au sens de la disposition précitée. Aussi est-il tenu au secret de fonction conformément à l'art. 320 CP alors même que sa charge a pris fin (ATF 123 IV 75, consid. 1b et réf. citée, JdT 1998 IV 176). L'obligation pour un fonctionnaire ou un membre d'une autorité de ne pas révéler les secrets appris en cette qualité subsiste jusqu'à sa mort (ATF 123 IV 75 consid. 2a et réf. citée).

Dans le cas du secret professionnel comme dans celui du secret de fonction, pour un membre d'une autorité, le secret consiste dans la possession exclusive de la connaissance de certains faits, jointe à la volonté du maître du secret d'en rester seul possesseur. On peut également définir le secret comme une chose qui n'est pas de notoriété publique et qu'il y a intérêt à ne pas divulguer. Le secret est donc en principe la possession exclusive (ou avec un nombre limité d'autres personnes) de connaissances acquises dans l'exercice de la fonction ou de la profession. Il est bon de rappeler que ces secrets, professionnels ou de fonction, sont absolus et qu'ils survivent lorsqu'une affaire est terminée, également si l'on est dessaisi d'un dossier, qu'il s'agisse d'une affaire où l'on a agi comme défenseur ou en qualité de juge.

Il convient également de rappeler que le fait qu'une audience tenue par un

tribunal soit publique ne change pas le caractère relativement inconnu des faits qui sont l'objet du procès et ne leur enlève pas la qualité de secret (BJP 1988 N° 503).

S'il est admissible que l'avocat "profite" en quelque sorte de la connaissance d'éléments juridiques, jurisprudentiels, de technique juridique qu'il peut connaître dans l'exercice de sa fonction de juge suppléant et/ou assesseur, il n'en va pas de même des éléments de faits dont il peut connaître au cours du suivi d'une affaire.

Au même titre que l'avocat ne peut, sans violer son secret professionnel, mentionner dans une procédure des faits qu'il aurait appris dans le cadre d'un autre mandat étranger à cette procédure, il ne saurait tirer parti, dans l'exercice de sa profession, de faits qu'il aurait pu connaître dans le cadre de son activité de juge suppléant.

Il faut considérer comme des éléments de faits couverts par le secret notamment toutes les données personnelles des personnes physiques, qu'elles soient parties à la procédure ou non, mais également, par exemple, des normes ou des règlements internes d'une entreprise ou d'une administration privée, telles que banques, assurances ou autres. Ces éléments, parvenus à la connaissance d'un juge suppléant, ne sauraient être utilisés par la suite dans l'exercice de sa profession d'avocat.

### **Visite des clients détenus**

par Me Olivier Cramer

Le 26 avril 2001, M. Denis Schmidt, directeur du Service de probation et d'insertion de l'Office pénitentiaire genevois et Mme Anne Blanchot, cheffe de groupe du service socio-éducatif à la prison de Champ-Dollon ont présenté dans le cadre du Conférence du Jeune Barreau les nouvelles structures du domaines pénitentiaire genevois, restructuration dont les lignes directrices vous ont par ailleurs été annoncées dans la dernière Lettre du Conseil.

A l'occasion de cet exposé, Mme Blanchot a insisté sur l'importance pour les personnes détenues d'être visitées régulièrement par leurs avocats et s'est montrée particulièrement préoccupée par la situation - vécue dramatiquement par les intéressés - de certains détenus qui n'ont pas vu leurs conseils durant plusieurs mois !

Il s'agit là d'une règle des plus élémentaires - et pourtant - qui doit s'imposer dans toute défense pénale.

Il appartient à l'avocat, qu'il soit nommé d'office ou défenseur de choix, et indépendamment des besoins de la procédure dont il a la charge, de visiter de manière régulière son client durant sa détention, ce d'autant plus que l'avocat est bien souvent le seul et unique véritable interlocuteur de celui privé de sa liberté.

## **Dates à retenir**

- 28 juin 2001 à 18 h. 30 :** Quels enseignements peut-on tirer une année après l'entrée en vigueur complète de la LBA: état des lieux (Me Didier de Montmollin)
- 3 septembre 2001 :** Réunion des avocats-stagiaires des Ordres vaudois et genevois
- 5 octobre 2001 :** Rentrée judiciaire et soirée de l'Ordre