

Vincent Spira* et Caroline Mange**

Mandats de comparution décernés aux avocats genevois

Mots clés: code de procédure pénale fédéral, mandat de comparution, mesure de contrainte, Genève

I. Introduction

Jusqu'à fin 2010, la procédure pénale en Suisse était caractérisée par la coexistence de 26 codes cantonaux. Chacun d'entre eux comportait ses caractéristiques propres.

Une révolution procédurale éclate le 1^{er} janvier 2011. Désormais, avec l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP; RS 312.0) et la Loi fédérale régissant la procédure pénale applicable aux mineurs du 20 mars 2009 (PPMin; RS 312.1), la procédure pénale est régie uniformément dans tous les cantons suisses. Du moins devrait-elle l'être.

Indépendamment du fait que l'organisation judiciaire demeure de manière générale de la compétence des cantons, force est de constater que l'unification de la procédure n'impliquait pas nécessairement une unification de l'interprétation des textes légaux. A Genève, la mise en œuvre de certaines dispositions du CPP par les autorités judiciaires s'est avérée surprenante, fort heureusement pour un temps limité.

II. Problématique

Sous l'empire du droit procédural en vigueur jusqu'en décembre dernier, les avocats genevois étaient convoqués aux audiences devant le juge d'instruction et l'autorité de jugement au moyen d'un simple avis d'audience. Cette convocation avait pour objectif d'informer les avocats de la tenue d'une audience et de les inviter à venir assister leur client. Le mandat de comparution annexé, et les conséquences relatives à un tel acte de procédure (amende et possibilité d'être amené par la police), concernaient le seul prévenu.

A l'occasion d'un séminaire organisé en novembre dernier sur le nouveau code de procédure pénale fédéral à l'Université de Genève, des conférenciers issus de la magistrature ont informé l'auditoire que le Pouvoir judiciaire avait la ferme intention, *de lege ferenda*, de convoquer les avocats aux audiences d'instruction et de jugement par le biais d'un mandat de comparution au sens de l'article 201 CPP, soit au moyen d'une mesure de contrainte. Cette information a été confirmée lors de la table ronde qui a suivi les conférences.

Le Pouvoir judiciaire semblait ainsi établir un lien entre d'une part les articles 201 (*mandat de comparution*) et 205 (*conséquences en cas de défaut après citation par mandat de comparution*) CPP et, d'autre part, l'article 336 chiffres 2 (*obligation du défendeur de participer personnellement aux débats*) et 5 (*ajour-*

nement des débats en cas de défaut du défendeur) CPP, avec pour conséquence la possibilité pour l'avocat d'être amené, menottes aux poignets, à une audience pour y défendre son client et d'être sanctionné par une amende d'ordre.

La surprise a été désagréable. Les réactions suscitées auprès des avocats de notre Ordre ont été vives.

III. Démarches du Conseil de l'Ordre des Avocats de Genève

A ce stade, le Conseil de l'Ordre des Avocats de Genève souhaitait encore croire que la décision du Pouvoir judiciaire de décerner des mandats de comparution à l'encontre des avocats reposait sur une interprétation hâtive et qu'il y serait renoncé avant même l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions procédurales.

Ainsi, à la fin 2010 déjà, le Conseil de l'Ordre a interpellé à plusieurs reprises le Procureur général, afin que les magistrats abandonnent ce mode de convocation contraire au droit, dès lors aussi injustifié qu'inutilement vexatoire. Ces interventions sont demeurées sans écho.

Pas plus tard que le 4 janvier 2011, le Bâtonnier a reçu de la part du Ministère public son premier mandat de comparution, auquel l'alinéa 4 de l'art. 205 CPP était annexé, qui dispose que

«[c]elui qui, sans être excusé, ne donne pas suite ou donne suite trop tard à un mandat de comparution décerné par le ministère public, une autorité pénale compétente en matière de contraventions ou un tribunal peut être puni d'une amende d'ordre; en outre, il peut être amené par la police devant l'autorité compétente».

Le Bâtonnier a immédiatement recouru devant la Chambre pénale des recours. Il a procédé de la même manière à réception des premiers mandats de comparution qui lui ont été adressés par le Tribunal pénal.

Le Conseil de l'Ordre a informé l'ensemble des membres de l'association de ses démarches, insistant sur le fait que la notification de mandats de comparution aux avocats était absolument inadmissible et ne saurait être tolérée. Afin d'encourager les avocats à réagir, l'Ordre a aussitôt mis en ligne, sur son site internet, deux exemple-types de recours, l'un dirigé contre un mandat de comparution décerné par le Ministère public et l'autre contre un mandat de comparution décerné par le Tribunal pénal. De nombreux recours ont été initiés (plus de trente, sauf erreur).

En parallèle et par l'entremise de la FSA, l'Ordre a interpellé les Bâtonniers confédérés afin de connaître l'interprétation faite à ce sujet par les autorités des autres cantons. Ceux qui ont répondu ont confirmé que la pratique genevoise leur était étrangère. Bon nombre d'entre eux se sont dits choqués.

* Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Genève.

** Secrétaire générale de l'Ordre des Avocats de Genève.

IV. Arguments allégués par les avocats

Ce que le bon sens laissait présager est confirmé par la lecture de la loi, du Message du Conseil fédéral relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005 (FF 2006 1057; ci-après «Message») et de la doctrine: un tel mode de comparution est incongru et ne peut sérieusement être envisagé.

On rappelle qu'en vertu de l'art. 201 CPP, le mandat de comparution constitue une mesure de contrainte destinée à assurer la présence d'une personne durant la procédure (art. 196 lit. b CPP).

Une telle mesure ne peut être prise que si (a) elle est prévue par la loi, (b) des soupçons suffisants laissent présumer une infraction, (c) les buts poursuivis ne peuvent pas être atteints par des mesures moins sévères et (d) elle apparaît justifiée au regard de la gravité de l'infraction (art. 197 al. 1 CPP). Dès lors qu'elle concerne les personnes n'ayant pas le statut de prévenu, une mesure de contrainte ne peut être prise qu'avec une retenue particulière (art. 197 al. 2 CPP). L'art. 205 al. 4 CPP énonce les conséquences juridiques encourues par celui qui ne donne pas suite sans motif légitime, à un mandat de comparution, à savoir l'amende d'ordre voire le mandat d'amener par la police devant l'autorité compétente.

Le défenseur (de choix ou d'office) n'est obligé que par les intérêts du prévenu, dans les limites de la loi et des règles de la profession (art. 128 CPP); il n'est pas partie à la procédure (art. 104 CPP *a contrario*). Il a le droit de participer à l'administration des preuves (art. 147 CPP), avec la précision que s'il n'y prend part, il ne pourra demander la répétition de l'administration des preuves qu'en cas d'absence justifiée par «des motifs impérieux» (art. 147 al. 3 CPP). En cas de défense d'office ou de défense obligatoire, la preuve administrée en l'absence de défenseur est inexploitable à moins que le prévenu renonce à répéter ladite administration (art. 131 al. 3 CPP).

Quant aux débats devant le tribunal de première instance, ils sont ajournés dans l'hypothèse de l'absence du défenseur dans les cas de défense obligatoire ou d'office (art. 336 al. 5 CPP).

Par conséquent, la présence d'un défenseur à la procédure ne résulte pas d'un droit de nature procédurale dont l'autorité de poursuite pénale elle-même pourrait se prévaloir à l'encontre du défenseur en l'obligeant à comparaître. La loi ne prévoit en aucun cas une sanction directe à l'encontre du défenseur défaillant (PIERRE-HENRI WINZAP, Commentaire Romand du Code de procédure pénale suisse, Bâle 2010, N 6 ad art. 336).

Cette analyse ressort clairement du Message, lequel souligne que le mandat de comparution ne concerne «[...] que les personnes dont la présence lors d'un certain acte de procédure paraît nécessaire et qui sont donc obligées d'y prendre part» (p. 1198). Par ailleurs, le Message précise de manière explicite que

«[L]es personnes qui sont simplement autorisées à assister à un acte de procédure dans l'exercice de leurs droits procéduraux (par exemple, présence de la défense lors de l'audition de témoins), ne sont pas averties de l'exécution de l'acte de procédure en question au moyen d'un mandat de comparution, mais d'une autre façon, par exemple par l'envoi d'une copie

du mandat de comparution avec rappel du droit de participation ou encore par téléphone» (p. 1198).

La doctrine qui s'est penchée sur la question des mandats de comparution rejoint l'opinion des auteurs du Message (GREGOR CHATTON, Commentaire Romand du Code de procédure pénale suisse, Bâle 2010, N 2 ad art. 201; ANDREAS DONATSCH/THOMAS HANSJAKOB/VIKTOR LIEBER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zurich, Bâle, Genève 2010, N 3 ad art. 201; NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zurich 2009, N 981; NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Zurich 2009, N 2 ad art. 201).

Les mandats de comparution en cause décernés par le Ministère public et le Tribunal pénal (Tribunal de police, Tribunal correctionnel et Tribunal criminel) sont manifestement contraires au Code de procédure, en particulier aux art. 128 et 197 CPP, aussi bien sous l'angle de la légalité que celui du principe de proportionnalité. Elles violent également la liberté personnelle du défenseur (art. 10 al. 2 et 31 al. 1 Cst. féd.).

Premièrement, le mandat de comparution, en tant que mesure de contrainte, ne doit pas être utilisé lorsqu'il ne s'avère pas nécessaire (art. 197 al. 1 lit. c CPP). Or, la présence d'un avocat, fût-elle indispensable, peut être assurée par un simple avis, oral ou écrit, étant donné que le défenseur est, en tout état de cause, tenu de déférer à une convocation dans le respect de ses obligations contractuelles à l'égard de son mandant et de celles découlant de ses devoirs professionnels (sanctions disciplinaires en cas de manquement).

Deuxièmement et surtout, le mandat de comparution ne vise par essence que les personnes dont la participation à la procédure est imposée par la loi, telles que les prévenus et les témoins. En revanche, les participants dont la présence est simplement autorisée ne peuvent pas faire l'objet d'un mandat de comparution ou de toutes autres mesures de contrainte. Cela vaut tout particulièrement pour le défenseur, lequel, à teneur du CPP, n'est obligé, dans les limites de la loi et des règles de sa profession, que par les intérêts du prévenu (art. 128 CPP). Or, sa présence durant la procédure est autorisée par la loi mais n'est jamais imposée.

V. Observations du Ministère public et du Tribunal pénal

Le Ministère public a été invité à se prononcer sur les recours déposés par les avocats contre les mandats de comparution.

S'agissant d'une cause relevant de la défense obligatoire au sens de l'art. 130 lit. b CPP, le Ministère public a considéré que, si le défenseur était simplement avisé de la tenue d'un acte d'instruction, sans mention du caractère obligatoire pour lui, il pourrait objecter n'avoir pas été valablement averti dudit acte et en exiger la répétition, en vertu de l'art. 147 al. 3 CPP. Il a encore affirmé que, dans l'esprit du CPP, le mandat de comparution était le mode usuel de convoquer.

Le Tribunal pénal, quant à lui, n'a pas été invité à fournir ses observations.

VI. Arrêts de la Chambre pénale des recours

Il a fallu attendre le 8 mars 2011 pour connaître la décision de la Chambre pénale des recours.

Tout d'abord, quant aux mandats de comparution du Ministère public, les juges ont admis le recours et retenu qu'aucune base légale ne justifiait qu'un avocat, convoqué à une audience par le Ministère public, le soit par le biais d'un mandat de comparution.

Rappelant en partie l'argumentation exposée plus haut, ils ont confirmé que le mandat de comparution n'était pas le mode ordinaire de convocation prévu par le CPP pour les personnes qui – tel un avocat – ne sont ni prévenues, ni témoins, ni personnes appelées à renseigner, ni experts. Ils ont souligné qu'au contraire, il avait été envisagé d'emblée, dans le Message, que le défenseur du prévenu n'avait pas à être convoqué par ce moyen.

Ensuite, s'agissant des mandats de comparution décernés par le Tribunal pénal, les juges ont considéré que ces convocations procédaient avant tout de la conduite et du bon déroulement de la procédure, soit des tâches expressément assignées à la Direction de la procédure aux termes de l'art. 62 CPP. Il s'agirait de «*formell-verfahrensleitende Entscheide*» relatives à l'organisation de l'audience et dès lors non susceptibles de recours devant la Chambre pénale de recours, admis uniquement avec le fond.

Il est certainement contestable que la notification d'un mandat de comparution à un avocat, aux fins de le convoquer à une audience de jugement, puisse être considérée comme un acte

d'organisation pure de l'audience. Afin d'éviter d'éventuels recours au Tribunal fédéral contre les décisions ainsi rendues sur ce dernier point, le Bâtonnier s'est adressé au juge du fond, à savoir le Président du Tribunal pénal. Il lui a communiqué la position de la Chambre pénale des recours concernant les mandats de comparution décernés par le Ministère public, le sollicitant de bien vouloir indiquer si, par identité de pratique, l'autorité de jugement était prête à renoncer à notifier des mandats de comparution aux avocats.

VII. Communication du Tribunal pénal

Le 28 mars 2011, le Tribunal pénal a donné suite au courrier du Bâtonnier et s'est finalement prononcé sur le mode de convocation des avocats, se disant soucieux d'une cohérence au sein du Pouvoir judiciaire. Il a rappelé, à juste titre, que l'usage portait plutôt sur un avis d'audience (voire d'une copie du mandat de comparution envoyé au client).

Dans ce contexte, il a décidé de s'aligner sur cette pratique. Les avocats seront désormais convoqués par un avis d'audience.

Le Tribunal pénal n'a cependant pas pu s'interdire d'ajouter que cette confiance faite aux avocats serait rompue en cas d'abus, notamment dilatoires, avec la précision que ledit comportement serait alors dénoncé. Le CPP prévoyant le mandat de comparution dans des circonstances exceptionnelles, la Direction de la procédure se réserve le droit d'en faire usage. A suivre ... ■

Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter

Statutum non ligat nisi subditos. Ein lokales Gesetz bindet nur die (dem lokalen Gesetzgeber) Unterworfenen. Nicht Unterworfenen sind, auch wenn sie vor einem Gericht des fraglichen Gebiets stehen, grundsätzlich nicht nach diesen Gesetzen zu richten. Ursatz des Kollisionsrechts. Egon Lorenz, Das Dotalstatut der italienischen Zivilrechtslehre des 13. bis 16. Jhs. (Köln 1965) 9–11.

Medico imputari eventus mortalitatis non debet. Dem Arzt darf nicht zugerechnet werden, wenn sich die Sterblichkeit (des Menschen) bestätigt. Endet eine Heilbehandlung tödlich, so indiziert das keine Schuld des behandelnden Arztes. Dig. 1, 18, 6 § 7 a.A. (Pseudo-Ulpian).

Executio est finis et fructus legis. Die Vollstreckung ist Ziel und Frucht des Gesetzes.

Minima circumstantia variat jus. Ein winziger Umstand ändert die Rechtslage. Auch unscheinbare neue Tatumstände können die Rechtslage grundlegend ändern.

Heres facta defuncti praestare debet. Der Erbe muss für die Taten des Verstorbenen einstehen. Hat der Verstorbene etwas getan, weshalb er etwas abführen oder einen Verlust ausgleichen muss, so wendet man sich nach seinem Tod an seinen Erben.

Silentium in senatu est vitium. Schweigen im Parlament ist ein Fehler.

Dicat testator et erit lex. Der Testator spreche und es wird ein Gesetz sein. Was jemand von Todes wegen verfügt, ist wie ein Gesetz. Prinzip der Testierfreiheit.

Ubi te invenio, ibi te judico. Wo ich dich finde, dort richte ich dich.

Das Gericht des Orts, an dem der Schuldner sich niedergelassen hat, ist für Urteile gegen ihn örtlich zuständig.

Ab initio nullum semper nullum. Anfangs nichtig immer nichtig.

Praesumptio cedit veritati. Die Vermutung weicht der Wahrheit.

Eine Vermutung gilt nur so lange, als nicht feststeht, wie es sich wirklich verhält.

Confessio non est probatio. Ein Geständnis ist kein Beweis. Abraham Saur, Peinlicher Prozess (Frankfurt am Main 1580) 38: potius relevatio probationis – eher eine Erleichterung des Beweises.

Thesaurus donum fortunae creditur. Ein Schatz gilt als Geschenk des Himmels. Eigentumserwerb durch Schatzfund unterliegt den besonderen Regeln des unentgeltlichen Erwerbs. Dig. 41, 1, 63 § 1 g. E. (Tryphonin).

Domus sua cuique est tutissimum refugium. Das Haus ist für jeden die sicherste Zufluchtsstätte. Der Wohnungsinhaber braucht niemand einzulassen. S. Dig. 2, 4, 18 (Gajus).

Et non facere facere est. Auch Unterlassen ist Tun. S. Dig. 50, 17, 121 (Paulus).

Aus: Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 7., vollständig überarbeitete und verbesserte Auflage 2007. 303 S., gebunden, C.H. Beck, ISBN 978-3-406-56294-5. Zusammengestellt, übersetzt und erläutert von Detlef Liebs, unter Mitarbeit von Hannes Lehmann, Praxedis Möring und Gallus Strobel. www.chbeck.de