



LE CONSEIL D'ETAT DU CANTON DE VAUD

CHÂTEAU CANTONAL, 1014 LAUSANNE - Tél. 021 / 316 41 59 - Fax 021 / 316 40 33

Madame la Conseillère fédérale
Ruth Metzler
Département fédéral de justice et police
Palais fédéral
3003 Berne

Réf. : 2002002559

Lausanne, le 22 avril 2002

Avant-projets de code de procédure pénale et de procédure pénale des mineurs

Madame la Conseillère fédérale,

Le Conseil d'Etat du canton de Vaud vous remercie de l'avoir consulté sur les rapports explicatifs et les projets de code de procédure pénale cités en exerque.

Après avoir procédé à une consultation interne au canton, il est en mesure de vous faire part des remarques suivantes. Cependant, à titre liminaire, il tient à remarquer que dite consultation s'est singularisée par une opposition massive aux projets présentés tant sur la forme que sur le fond.

CODE DE PROCEDURE PENALE SUISSE

A. Remarques générales et préliminaires

Le rapport explicatif de l'avant-projet soumis à consultation souligne que : *"Il s'agissait en tout premier lieu d'améliorer l'efficacité de la poursuite pénale tout en tenant compte dans la mesure adéquate de l'intérêt légitime des justiciables impliqués dans la procédure"* (ch. 142.2, p. 19 *in fine*). Il convient donc de s'interroger en préambule sur le but affiché d'amélioration de l'efficacité de la poursuite pénale. En effet, le projet paraît enfermer inutilement et excessivement les magistrats dans un carcan d'exigences formelles multiples qui feront la part belle aux criminels et aux procéduriers. On ne peut s'empêcher d'y voir l'expression d'une grande méfiance à l'égard des magistrats.

Le projet tente de codifier avec exhaustivité tout ce qui peut l'être, notamment en reprenant l'état actuel de la jurisprudence rendue en matière de garanties des justiciables découlant de la Constitution et de la Convention européenne des droits de l'homme. Si ce souci de codification peut paraître louable, il perd toute souplesse quant à une évolution de cette jurisprudence et devient même plus formaliste que ne l'est justement cette jurisprudence qui laisse souvent une certaine marge de manœuvre aux magistrats.

L'extrême rigidité de la procédure prévue va totalement à l'encontre du but affiché d'efficacité de la poursuite pénale. Si les exigences formelles posées n'empêcheront pas de condamner de petits délinquants, même si cela alourdira la procédure, elles risquent en revanche de faire obstacle de façon insurmontable à la poursuite de la grande criminalité, qu'elle soit notamment économique ou organisée, en offrant toutes sortes des moyens, dilatoires voire paralysants, aux justiciables qui pourront s'offrir l'assistance d'une défense de choix efficace. Les magistrats instructeurs passeront plus de temps à vérifier la conformité formelle des actes de procédure ou à se livrer à une activité administrative qu'à poursuivre efficacement la criminalité. Sans parler du coût induit par la quantité de magistrats qui sera nécessaire pour pouvoir appliquer la procédure prévue, ces magistrats ne pourront qu'être découragés par le carcan qui leur sera imposé. Le principe de célérité de la procédure risque d'être lui aussi fortement battu en brèche par le projet de code de procédure pénale qui nous est soumis.

Il faut enfin souligner la piètre qualité de la rédaction de la version française de l'avant-projet qui présente de nombreuses lourdeurs, imprécisions voire incohérences liées sans doute à la traduction et à la terminologie utilisée. On ne peut que déplorer que les régions non germanophones de la Suisse en soient réduites à se déterminer sur un projet qui paraît avoir été traduit de façon précipitée.

B. Réponses au questionnaire proposé

1.1. Considérez-vous comme justifié que l'AP soit construit sur un modèle ministère public ?

La majeure partie des organismes consultés au sein du canton s'oppose à l'adoption d'un code de procédure pénale suisse basé sur le modèle "ministère public II", en vertu duquel le ministère public dirigerait les opérations d'instruction et prononcerait la mise en accusation avant d'intervenir, en tant que partie, pour soutenir l'accusation devant les tribunaux.

Outre le fait qu'un bon investigateur n'est pas nécessairement un bon plaideur, ce système présente de graves inconvénients du point de vue de l'objectivité de l'instruction, de la garantie des droits du prévenu, de l'égalité des parties et aussi de la célérité du procès, malgré les affirmations contenues dans le rapport explicatif.

Le modèle "ministère public II" choisi n'est actuellement pratiqué que par une très petite minorité de cantons alors que la plupart des cantons suisses ont un modèle qui connaît l'existence du juge d'instruction.

Il est difficilement concevable qu'un procureur instruisse une affaire à charge et à décharge avec le même zèle alors qu'il sera appelé par la suite à soutenir l'accusation en tant que partie. Si le juge d'instruction, magistrat instructeur indépendant ayant pour mission la recherche de la vérité, offre toutes les garanties d'impartialité, le ministère public sera tout naturellement enclin à instruire plutôt à charge, de sorte que la constitution des dossiers d'enquête risque d'être partielle. Comment imaginer que le ministère public passe du statut de magistrat indépendant à celui de partie, surtout lorsque l'on constate que certaines dispositions prévoient que dans la procédure des débats ou dans la procédure de recours, il est possible de confier certaines mesures d'instruction au ministère public qui redeviendrait alors comme par miracle un magistrat indépendant.

Même si l'article 6, alinéa 2 AP, prévoit que les autorités pénales instruisent avec un soin égal les circonstances qui peuvent être à la charge et à la décharge du prévenu, d'autres dispositions de l'avant-projet montrent toutefois qu'une véritable impartialité du ministère public n'est pas envisageable. Ainsi, l'article 488, alinéa 2 AP, prévoit que, si le ministère public "*l'emporte*", ni lui-même, ni la Confédération, ni le canton qu'il représente n'ont droit à des indemnités. A l'évidence, cette terminologie suggère une compétition. De même, le fait de confier la décision relative au placement d'un prévenu en détention préventive à un tribunal des mesures de contrainte plutôt qu'au ministère public (art. 233 AP) montre bien que ce dernier ne présente pas de garanties d'impartialité suffisantes. Enfin, il est relevé dans le rapport explicatif (p. 266) que le recours contre "*les décisions et le déroulement du ministère public*" (art. 462, lit b AP) fait office de contrepoids à la "*concentration de pouvoirs dont le ministère public bénéficie au cours de la procédure préliminaire et de la procédure intermédiaire*".

La tendance qui se dégage de la jurisprudence rendue en application de la Convention européenne des droits de l'homme va plutôt dans le sens d'une séparation aussi complète que possible entre le rôle du magistrat indépendant et celui de l'accusateur public. Pour un projet qui se propose d'affirmer les garanties fondamentales des justiciables, il semble contradictoire de faire une telle entorse à la parfaite séparation entre instruction et accusation.

Sous réserve de l'intervention facultative d'un procureur général, le travail du ministère public en tant que magistrat instructeur ne sera absolument pas contrôlé par quelqu'un qui représente la société, mais uniquement par les parties qui représentent des intérêts privés. Dans ce sens, les intérêts de la société et le droit de l'Etat de veiller à la juste poursuite de la criminalité ne sont pas suffisamment garantis alors que l'existence du juge d'instruction, dont les décisions peuvent être contestées par le ministère public, présente précisément cette garantie.

L'avant-projet, basé sur le système "ministère public II", doit compenser l'absence d'une phase d'enquête judiciaire indépendante par des garanties étendues en faveur du justiciable, garanties qui sont propres à ralentir la procédure et à rendre illusoire le gain d'efficacité que l'on doit attendre de ce modèle. Afin de contrebalancer le pouvoir exorbitant dont jouit le ministère public, l'avant-projet prévoit ainsi un renforcement considérable des droits des prévenus à tous niveaux de la procédure notamment en matière de surveillance de la procédure préliminaire. L'étendue des voies de recours offrira aux prévenus de très vastes possibilités de retarder le déroulement de la procédure. Cette caractéristique risque en particulier d'être exploitée par les prévenus aisés qui pourront s'offrir une défense incisive ou par les prévenus excessivement combattifs, qui, même non assistés, s'emploieront à multiplier les recours, reportant ainsi le moment du jugement final. Les difficultés pour faire avancer la procédure seront d'ailleurs d'autant plus grandes que les affaires seront complexes. En dehors des flagrants délits, des infractions prouvées par preuves matérielles et des actes spontanément avoués par le prévenu, il sera plus difficile d'établir des faits contestés. Les opérations d'enquête et de jugement seront entravées dans les cas où l'établissement des faits requiert une complète

administration des preuves. Les conséquences d'un tel système risquent, en particulier, d'être catastrophiques en ce qui concerne la lutte contre la criminalité économique.

L'un des principaux arguments avancés en faveur du système "ministère public II" et qu'il engendrerait un gain de temps et d'argent dans les affaires complexes et particulièrement volumineuses, financières notamment, en permettant au ministère public de suivre la même affaire de bout en bout, lui évitant ainsi d'avoir à étudier un dossier entièrement nouveau pour lui au moment de l'accusation. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que les dossiers de grande ampleur ne sont en définitive guère nombreux et que sacrifier les avantages du modèle qui privilégie le rôle du juge pour l'ensemble des affaires ne se justifie pas pour ce seul motif, d'autant plus que, dans un avenir sans doute proche, certaines affaires à caractère économique seront traitées par les juges fédéraux de première instance. L'avantage présenté par le modèle "ministère public II" en ce qui concerne les affaires complexes doit ainsi être relativisé. Pour la masse des affaires de petite et moyenne criminalité, ce système n'engendrera aucun gain de temps et d'argent mais, au contraire, une perte d'efficacité. En définitive, il serait à nos yeux regrettable de renoncer au double regard du juge d'instruction et du ministère public, garantie d'équité. Il est d'ailleurs souvent adéquat qu'un dossier soit vu par le magistrat qui considère l'enquête et ses résultats avec un regard nouveau et plus de recul que celui qui y est plongé depuis des mois ou des années.

Le Conseil d'Etat considère ainsi que, sous prétexte d'atteindre un objectif d'efficacité qui ne se réalisera éventuellement que dans un nombre minoritaire d'affaires traitées sur le plan cantonal, le système "ministère public II" introduit une inégalité entre les parties qu'il tente de corriger par l'instauration de droits procéduraux nouveaux dont l'usage auprès de tribunaux déjà surchargés aura bien souvent pour effet ralentir sans raison suffisante les procédures pénales. Enfin, ce système sacrifie l'indépendance des juges d'instruction au profit de "fonctionnaires pénaux" (rapport explicatif, p. 20) soumis aux instructions du procureur général et, partant, au pouvoir exécutif, ce qui n'est pas sans susciter des interrogations d'ordre constitutionnel.

En conclusion, il convient encore de souligner que l'alourdissement de la procédure prévue à toutes les étapes du procès pénal entraînera nécessairement des coûts supplémentaires, tant au niveau du renforcement de la magistrature que sous l'angle de l'assistance judiciaire. Le Tribunal cantonal du canton de Vaud n'a connaissance d'aucune donnée statistique permettant d'affirmer que l'instauration de procureur en lieu et place des juges d'instruction serait plus économique. En effet, le canton du Tessin, qui connaît ce modèle, est notoirement sous-doté en personnel, de sorte qu'il n'est pas possible de calculer les économies qui ont pu être réalisées grâce à l'adoption de ce système. Quant à Appenzell Rhodes-Extérieures, il s'agit d'un canton de petite taille dont l'expérience n'est pas forcément pertinente pour des cantons plus grands. En tout état de cause, c'est donc un grand nombre de cantons qui devront s'adapter à un système d'inspiration anglo-saxonne qui les contraindra à changer leur conception en matière de déroulement du procès pénal. Qui plus est, ce modèle se situe aux antipodes du modèle "juge d'instruction I", préconisé par la commission d'experts.

1.2. Ou préférez-vous l'alternative d'un modèle "juge d'instruction" et, dans l'affirmative, lequel ?

Le Conseil d'Etat du canton de Vaud est favorable à l'adoption du modèle "juge d'instruction I", en vertu duquel la responsabilité de diriger l'enquête est confiée à un magistrat judiciaire indépendant et considère que ce système est le plus apte à préserver les droits individuels du justiciable tout en tenant compte des objectifs d'efficacité et de coûts modérés de la poursuite pénale.

Ainsi que l'a relevé la commission d'experts "Unification de la procédure pénale", dans son rapport "de 29 à l'unité", le modèle "juge d'instruction I" présente l'avantage de réaliser une séparation de fonction en ce sens que la responsabilité de l'accusation est confiée à une autorité distincte de celle qui dirige l'enquête. Dans la phase préliminaire de la procédure, le procureur et le prévenu sont ainsi placés, en tant que parties, sur un pied d'égalité. Ce modèle permet également d'éviter l'institution d'un juge de la détention.

Une large majorité de cantons connaît aujourd'hui des juges d'instruction indépendants, sous une forme ou sous une autre et la commission d'experts est parvenue à la conclusion que le modèle précité était celui qui pourrait être le mieux accepté, qui contraindrait le moins de cantons à l'abandon de structures familiales et qui pourraient être réalisés avec un minimum de modifications organisationnelles et personnelles.

Contrairement à ce que semblent penser les auteurs de l'avant-projet, le système "juge d'instruction I" est parfaitement compatible avec la création de sections spécialisées s'occupant de certaines catégories d'infractions déterminées et permet également une large collaboration entre les cantons (cf. art. 191b Cst). Il est ainsi adéquat pour affronter tant la petite délinquance que la criminalité lourde et complexe.

1.3. Considérez-vous qu'il est judicieux de prévoir une trame, telle qu'elle est proposée aux articles 13 à 27 pour les autorités pénales à créer par la Confédération et les cantons ?

Sur le principe, il peut paraître judicieux de prévoir une trame pour les autorités pénales agréées par la Confédération et les cantons. Cependant, les attributions de ces autorités ne paraissent pas particulièrement

claires et elles anticipent sur les dispositions spéciales subséquentes, avec le risque de confusion et de contradiction que cela implique. D'une manière générale, le parti pris, à priori louable, de construire chaque titre du code avec des dispositions générales suivies des dispositions particulières spécifiques est générateur de redondances, lorsque cela ne conduit pas à des contradictions, voire à des sources d'incompréhension. Il nous paraît dès lors judicieux de limiter le plus possible les dispositions générales pour réserver aux dispositions complètes d'application toutes les règles ayant une portée pratique immédiate. S'agissant des autorités à créer, nous considérons que le tribunal des mesures de contrainte ne devrait pas pouvoir être confondu avec les tribunaux de première instance ou les présidents de ceux-ci, comme le permettrait l'article 22, alinéa 2 AP. Il y a là en effet un risque de confusion des rôles qui ne garantirait dès lors pas suffisamment l'apparence d'impartialité requise du tribunal des mesures de contrainte.

1.4. Que pensez-vous du tribunal des mesures de contrainte proposé?

Si, sur le principe, le tribunal des mesures de contrainte est rendu nécessaire par le choix du "ministère public II", il faut souligner que cette juridiction telle qu'elle est conçue alourdit considérablement la procédure et exige une surcharge administrative paralysante du magistrat qui mène l'enquête. Il conviendrait donc de limiter au maximum les prérogatives du tribunal des mesures de contrainte, en particulier à tout ce qui a trait à la détention provisoire et au contrôle téléphonique. Il a, en outre, été relevé plus haut, que les nombreuses voies de recours prévues en matière de surveillance de la procédure préliminaire, qui font office de contrepoids à la concentration de pouvoirs dont le ministère public jouit à ce stade, risqueraient de retarder gravement le déroulement de la procédure. La procédure prévue aux articles 237 et suivants AP est également d'une lourdeur excessive, ce qui créera, à n'en pas douter, des difficultés pratiques lorsque le tribunal des mesures de contrainte devra rendre des décisions urgentes. Ce tribunal devra probablement assurer une permanence, ce qui constituera une source de dépenses conséquentes.

1.5. La réglementation du juge unique est-elle justifiable, notamment la compétence de condamnation proposée de trois ans de peine privative de liberté ?

Le Conseil d'Etat du canton de Vaud est favorable à l'introduction d'une procédure probatoire simplifiée devant un juge unique, compétent pour infliger une peine privative de liberté de trois ans au plus. Il considère toutefois que le prononcé d'une telle peine par un juge unique suppose à la fois l'élévation de la limite des peines compatibles avec le sursis et la création de l'appel. Si l'appel devait ne pas être introduit dans l'avant-projet, il faudrait prévoir un collège de juges à partir d'un an de privation de liberté. Au demeurant, il convient de relever que l'avant-projet autorise un juge unique à prononcer une peine privative de liberté d'une durée de trois ans, mais marque de défiance à l'égard du même juge qui ne peut ordonner la détention préventive pour plus de trois ans, ou exceptionnellement, six mois (art. 240, al. 2 et 6 AP), ce qui n'est guère cohérent. Au surplus, on relèvera que dans sa version française, l'article 24, alinéa 2 lit. b AP, manque de clarté.

1.6 Comment vous déterminez-vous à l'égard de l'autorité de recours proposée ?

Sous réserve de la formulation peu satisfaisante de la première phrase de l'article 26, alinéa premier (soit "recours contre la procédure"), la définition de l'autorité de recours nous paraît cohérente.

1.7. Comment vous déterminez-vous sur les propositions alternatives de la commission d'experts "loi sur l'aide aux victimes d'infractions" à l'égard des dispositions de l'AP relatives aux victimes (rapport intermédiaire séparé de cette commission) ?

Il paraît adéquat, au regard de la cohérence de l'avant-projet et de sa lisibilité, de rassembler dans une même section les dispositions relatives aux droits de la victime. De manière générale, les propositions alternatives de la commission d'experts précitée sont pertinentes, sous réserve des observations suivantes :

- ad. article 124e PP-AP : afin de prévenir une interprétation extensive de cette disposition, il convient de préciser que les autorités évitent tout contact entre le prévenu et la victime "*lors des actes de procédure*";
- ad. article 223, alinéa 4 PP-AP : la victime devrait également être informée de ce que la mise en détention du prévenu ou l'éventuelle mesure de substitution ont été ordonnées;
- ad. article 334, alinéa premier PP-AP : la commission d'experts "loi sur l'aide aux victimes d'infractions" préconise la remise à la victime des adresses de centres de consultation appropriés à son cas; cette exigence ne peut toutefois être déduite clairement de l'article 334 PP-AP cité dans sa formulation actuelle. Elle suppose en outre une présélection par la police ou le ministère public des centres "appropriés", ce qui pourrait aller à l'encontre de la possibilité offerte à la victime par l'article 3, alinéa 5 LAVI de s'adresser au centre de consultation de son choix. En outre, il y a lieu de relever qu'il pourra s'avérer difficile d'informer de manière claire une victime non assistée de ses droits et devoirs dans la procédure pénale.

2.1. Est-il juste d'utiliser le terme "prévenu" pour désigner à tous les stades de la procédure la personne contre laquelle il est procédé ?

Le Conseil d'Etat du canton de Vaud n'est pas opposé à l'usage qui est fait du terme "prévenu" dans l'avant-projet.

2.2. Etes-vous d'accord pour n'admettre les lésés comme partie à la procédure que s'ils se sont expressément constitués partie plaignante ?

Le Conseil d'Etat du canton de Vaud est favorable à ce que le lésé ne puisse être partie à la procédure que s'il en manifeste la volonté. Il faudrait peut-être prévoir une disposition claire qui tranche le problème de l'éventuel devoir d'informer les lésés, de leur droit de se constituer partie à la procédure. Il paraît surtout important qu'une distinction claire soit faite entre le plaignant au sens propre, la partie civile et la victime LAVI. Réunir ces trois catégories de lésés sous le terme générique de "partie plaignante" crée une confusion avec le plaignant au sens étroit, soit celui qui a déposé une plainte pénale.

2.3 Est-il judicieux d'ordonner une défense obligatoire pour les motifs mentionnés à l'article 136 ?

Le motif de l'article 136, alinéa premier, lettre a AP, serait trop restrictif si une défense est déjà obligatoire pour une détention préventive de 5 jours. Le Conseil d'Etat du canton de Vaud se prononce en faveur d'un délai minimum de 10 jours, voire plutôt 15 jours, faute de quoi la défense obligatoire deviendrait systématique pour tout cas de détention préventive.

Pour ce qui est de l'article 136, alinéa premier, lettre b AP, il paraît extrêmement dangereux de fixer une limite stricte, au niveau de la peine, rendant obligatoire la désignation d'un défenseur. Cela aurait pour conséquence de rendre une défense obligatoire et systématique pour tous les cas pouvant justifier une peine proche de la limite, ou alors de contraindre le juge à restreindre son pouvoir d'appréciation à la peine limite d'une année en l'absence de défenseur, alors même qu'il envisagerait de prononcer une peine légèrement plus lourde.

Pour ce qui est de l'article 136, alinéa premier, lettre c AP, cette condition n'est pas admissible, s'il faut comprendre que tout délinquant mineur devrait obligatoirement être pourvu d'un défenseur.

La détermination du moment de la mise en œuvre de la défense obligatoire, au sens de l'article 137, alinéa 2 AP, laisse perplexe. Le moment de l'ouverture de l'instruction proprement dite ne paraît pas toujours facile à déterminer si l'on se réfère aux dispositions sur la procédure préliminaire. En indiquant que la défense doit être mise en œuvre après le premier interrogatoire par le ministère public, mais en tous les cas avant l'ouverture de l'instruction, on laisse entendre que le premier interrogatoire par le ministère public précède l'ouverture de l'instruction proprement dite, ce qui ne résulte pas, à notre connaissance, des dispositions sur la procédure préliminaire.

Compte tenu du caractère relativement incertain de la défense obligatoire au sens de l'article 136, alinéa premier, lettres b et c AP, il nous paraît inacceptable d'invalider les preuves administrées avant la mise en œuvre de la défense obligatoire, la notion de défense obligatoire reconnaissable pour les autorités chargées de la cause étant elle aussi par trop aléatoire et indéterminée. En effet, un tel système risque d'avoir pour conséquences de paralyser l'enquête pendant plusieurs jours afin de permettre au prévenu de prendre contact avec son défenseur, ce qui est d'autant plus grave que des éléments de preuves décisifs sont souvent recueillis au début de la procédure. Au surplus, et contrairement à ce qui est sous-entendu à l'article 137, alinéa 3 AP, il n'est pas toujours possible de répéter une preuve entachée de nullité. Dans ces circonstances, le ministère public sera tenté, pour éviter la sanction prévue à l'article 137, alinéa 3 AP, de préconiser en toutes circonstances la désignation d'un défenseur au prévenu.

Enfin, s'agissant de l'article 138 AP, il semble que le terme "spontanément" de l'alinéa 2 devrait être supprimé, tant il est vrai qu'il faut éviter de créer une sorte de défense facultativement obligatoire qui pourrait créer une confusion avec les conditions de l'article 136 AP. Lorsque la défense est obligatoire, la direction de la procédure doit au besoin en prendre d'office l'initiative, alors que dans le cadre de l'article 138, alinéa 2 AP, il appartient au prévenu de requérir lui-même la désignation d'un défenseur.

De l'avis du Conseil d'Etat, l'article 138, alinéa 3, lettre a AP, élargit de façon excessive les cas dans lesquels une défense d'office doit être ordonnée au sens de l'alinéa 2. Au vu des critères proposés, presque tous les prévenus qui en feront la demande devront être pourvus d'un défenseur d'office. Il faudrait donc là aussi renoncer en particulier à un critère défini par rapport à une peine déterminée.

2.4. Le défenseur doit-il en principe intervenir dès le début de la procédure, être présent déjà durant la première audition et pouvoir communiquer librement avec le prévenu ?

L'intervention du défenseur dès le début de la procédure, telle qu'elle est réglementée dans l'avant-projet, constitue l'une des garanties jugées nécessaires par l'avant-législateur pour tenter de remédier aux

inconvénients du modèle "ministère public II" et ne serait pas indispensable si l'instruction avait été menée par un juge indépendant, impartial et instruisant à charge et à décharge.

Le Conseil d'Etat du canton de Vaud est opposé à l'intervention du défenseur dès le début de la procédure préliminaire en tant que celle-ci comprend également la phase des investigations policières. Nous sommes donc pour la suppression des alinéas 2 et 4 de l'article 168 AP, ainsi que du terme "autre" devant "interrogatoire de police".

En effet, les investigations policières, particulièrement en cas d'arrestation provisoire, nécessitent d'être menées extrêmement rapidement sans être entravées par la nécessité de permettre à un défenseur de participer à une audition.

Le canton de Vaud est donc en faveur de l'intervention du défenseur seulement depuis l'ouverture de l'instruction préliminaire proprement dite, au sens de l'article 339 AP, ce qui serait au surplus cohérent avec la teneur de l'article 137, alinéa 2 AP. On relèvera néanmoins que l'intervention du défenseur dès l'ouverture de l'instruction par le ministère public implique, contrairement à ce que laisser supposer ce même article 137, alinéa 2 AP, une participation possible du défenseur dès la première audition par le ministère public.

Enfin, en ce qui concerne les articles 133, 139 et 143 AP, il convient encore de relever qu'il n'est pas souhaitable d'ouvrir la représentation des parties à d'autres mandataires qu'à des avocats inscrits à un tableau cantonal. En cette matière, le professionnalisme est en effet de mise, une surveillance disciplinaire doit pouvoir être exercée et la garantie d'un monopole en faveur des avocats constitue une contrepartie aux mandats d'office qui leur sont confiés.

3.1. Trouvez-vous correct la réglementation pour les preuves obtenues illicitement ?

Le Conseil d'Etat du canton de Vaud considère que la sanction prévue en cas d'obtention de preuves de manière illicite est trop sévère et risque de nuire à l'efficacité de la poursuite pénale. On peut en particulier craindre que les prévenus ne se prévalent abusivement de l'article 149, alinéa 2 AP, afin de revenir sur leurs aveux ou de priver l'accusation d'autres moyens de preuve. Il conviendrait en conséquence de prévoir non pas la nullité mais l'annulabilité des preuves récoltées illégalement.

3.2. Les différentes mesures de protection susceptibles d'être mises en œuvre à l'occasion d'actes de procédure (essentiellement des auditions) telles que prévues aux articles 150 à 155 sont-elles adéquates ?

Les mesures en tant que telles sont adéquates; ce qui l'est moins, c'est la volonté de tout prévoir, dans un souci d'exhaustivité, ce qui complique passablement les choses. En outre, la garantie de l'anonymat ne devrait pas être soumise à l'approbation du tribunal des mesures de contrainte, mais tout au plus susceptible de recours par le prévenu, les moyens de preuves obtenus devant être, quoiqu'il en soit, soumis à la libre appréciation du tribunal. Enfin, la possibilité pour la personne à protéger de se faire accompagner d'un conseil paraît extrêmement discutable.

3.3. Approuvez-vous l'extension du droit de refuser de témoigner sur la base d'un secret professionnel aux psychothérapeutes et aux psychologues tel que prévu à l'article 178, alinéa 1 ?

Oui, dès lors que les psychothérapeutes non-médecins et les psychologues peuvent aujourd'hui être autorisés, sous certaines conditions, à pratiquer de manière indépendante, donc sans être les auxiliaires d'un médecin. Il conviendrait toutefois de modifier la liste exhaustive de l'article 321 CP. Il ne peut en effet y avoir de droit sans obligation ou d'obligation sans sanction.

3.4. Estimez-vous correcte la réglementation du droit de refuser de témoigner pour d'autres personnes astreintes à un secret tel que prévu à l'article 180 ?

Cette réglementation nous paraît en soit acceptable mais entraînera cependant des complications supplémentaires.

3.5. Estimez-vous judicieux le catalogue des personnes à entendre à titre de renseignements de l'article 186 et la réglementation de la divulgation de déposer de l'article 188, alinéas 1 et 2 ?

Oui, mais sous réserve des remarques suivantes :

- Dans l'hypothèse envisagée à l'article 186, alinéa 2 AP, ces personnes devraient pouvoir être entendues sans autre, comme témoin, sans que cela dépende d'une décision de la direction de la procédure;
- Enfin, l'obligation de déposer au sens de l'article 188, alinéa premier AP, combinée à la nécessité d'attirer l'attention des personnes aux fins de renseignement au sens de l'article 189, alinéa 2 AP, crée une confusion ou, à tout le moins, une absence de différenciation entre témoins et personnes entendues aux fins de renseignement.

4.1. Etes-vous d'accord avec les motifs d'arrestation énoncés à l'article 234, alinéa 1, plus particulièrement avec les risques de récidive et de passage à l'acte mentionnés aux lettres c et d ?

Le Conseil d'Etat du canton de Vaud est opposé à la suppression de l'ordre public en tant que motif d'arrestation, dès lors que la jurisprudence du Tribunal fédéral n'en permet qu'un usage très restrictif. D'une manière générale, on considère qu'il n'y a pas lieu de se montrer plus restrictif que le Tribunal fédéral qui prévoit comme motif d'ordonner la détention préventive le danger pour la sécurité publique (risque de réitération) ou l'ordre public, le risque de fuite et les inconvénients sérieux pour l'instruction, dont le risque de collusion. En particulier, il ne paraît pas adéquat de définir le risque de récidive de manière plus restrictive que dans la jurisprudence actuelle et de conditionner la détention préventive à un risque que le prévenu ne mette sérieusement en danger par des crimes ou des délits la sécurité d'autrui "*alors qu'il a déjà commis auparavant de telles infractions à réitérées reprises*". On peut cependant difficilement accepter le risque de récidive tel que défini à l'article 234, let. c et d AP. Il est en effet fréquent qu'un auteur supposé d'infractions contre l'intégrité sexuelle, par exemple, présente un fort risque de récidive, attesté notamment par les médecins, alors même qu'il n'a jamais été condamné auparavant et se défend de vouloir commettre de nouveaux actes de ce type. Un risque de récidive libellé de façon générale devrait suffire, dans la loi, à justifier une détention préventive, l'autorité ordonnant cette détention devant pouvoir apprécier librement de cas en cas.

4.2. La procédure d'arrestation devant le tribunal des mesures de contrainte réglée aux articles 237 et 238 plus particulièrement l'exclusion de tout droit de recours est-elle judiciaire ?

La procédure devant le tribunal des mesures de contrainte est excessivement lourde, dès lors qu'elle prévoit, en principe, une audience et la faculté d'ordonner, quoique de manière limitée, des mesures d'instruction. Compte tenu du délai de 48 heures imparti au tribunal des mesures de contrainte pour rendre sa décision, les cantons se verraient forcés de prévoir un tribunal extrêmement disponible, voire de mettre sur pied un système de permanence, ce qui engendrerait des frais supplémentaires importants par rapport au système "juge d'instruction I" en vertu duquel les magistrats instructeurs gèrent la procédure d'arrestation dans le cadre de leur fonction ordinaire et statuent sous réserve de recours de la personne arrêtée ou maintenue en détention à une autorité cantonale.

Il faut relever en effet que le ministère public ne doit pas être à la disposition du tribunal pour participer à des débats oraux, auxquels il estime ne pas devoir se présenter. Il faudrait donc supprimer la possibilité de débats oraux ou, à tout le moins, donner au ministère public la même possibilité qu'aux autres parties, à savoir remplacer sa comparution personnelle par des observations écrites.

Il faut encore noter que la complexité du système prévu par l'avant-projet risque de prolonger les détentions préventives de courte durée, fréquentes en matière de petite et moyenne criminalité ou d'inciter le ministère public à y renoncer, ceci au préjudice de l'investigation. Force est ainsi de constater que l'avant-projet est à nouveau adapté aux grosses affaires financières et économiques dévolues au ministère public de la Confédération et méconnaît la réalité de l'instruction pénale au niveau des cantons.

En ce qui concerne la procédure de requête de mise en liberté (art. 349 AP), il est prévu que le ministère public s'exprime en dernier, ce qui paraît contraire à la CEDH et à la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral.

4.3. Estimez-vous que la réglementation relative aux fouilles et aux examens auprès de personnes non prévenues, ainsi que de personnes admises à refuser de témoigner est correcte ?

Non; formulé ainsi, l'article 256, alinéa premier AP, pourrait faire obstacle à une perquisition chez un prévenu, sous prétexte que, par exemple, son épouse qui n'a pas l'obligation de témoigner estime ne pas pouvoir être soumise à une fouille ou à une perquisition. Au surplus, la portée de la fin de l'alinéa est incompréhensible.

La réglementation de l'article 264, alinéa 3 AP, paraît en revanche adéquate.

4.4. Considérez-vous qu'il est nécessaire de faire figurer dans le code de procédure pénale des dispositions sur l'observation policière et la surveillance des relations bancaires ?

Il paraît utile que figurent dans le code de procédure pénale des dispositions sur l'observation policière et la surveillance des relations bancaires. En revanche, il n'est pas souhaitable que de telles mesures soient soumises à une autorisation du tribunal des mesures de contrainte.

5.1. Comment voyez-vous la procédure préliminaire en matière de délit poursuivi sur plainte et de délit poursuivi sur autorisation, notamment la tentative de conciliation à laquelle procède le ministère public ?

Cette procédure telle qu'elle est prévue dans l'avant-projet est satisfaisante. Il y aura toutefois lieu de définir le concept de personne privée employé l'article 348, alinéa premier AP. En outre, il conviendrait d'ajouter à l'alinéa 3 de cet article "sans excuse". Cet article serait donc ainsi libellé "Si le prévenu fait défaut sans excuse ou si la tentative ...".

5.2 Une sorte de médiation doit-elle pouvoir avoir lieu dans les cas pour lesquels, en raison de la répartition du dommage, il peut être renoncé à toute poursuite ?

Le Conseil d'Etat du canton de Vaud est favorable à l'instauration d'une procédure de médiation propre à décharger les tribunaux, à condition qu'elle repose sur une base légale cantonale. Il faut tout de même relever qu'une telle institution engendrera nécessairement des frais et qu'il convient dès lors de prévoir par qui ils seront supportés.

6.1. Doit-on pouvoir renoncer à un droit de recours contre l'acte d'accusation, dès l'instant où le juge de première instance doit examiner l'accusation ?

En prévoyant que l'acte d'accusation ne puisse pas être attaqué devant une autorité de recours mais fasse l'objet d'un examen préalable par l'autorité de jugement (art. 350, al. 3 et 362 AP), l'avant-projet confère un pouvoir démesuré au tribunal de première instance. En effet, on ne saurait priver le prévenu du droit de contester préalablement tout ou partie de l'acte d'accusation alors que cet acte va l'amener à comparaître en audience publique, ce qui est de nature à lui créer un préjudice important en cas d'accusation infondée. L'examen de l'acte d'accusation doit toutefois être impérativement effectué par une autorité indépendante et ne saurait être confié à l'autorité de jugement. Au surplus, si un recours devait être ouvert, il serait souhaitable qu'il le soit également pour le procureur général.

7. Les débats de première instance

A titre préliminaire, le Conseil d'Etat du canton de Vaud souligne que la généralisation de la verbalisation de toutes les déclarations en audience prévue à l'article 85 AP représente un alourdissement colossal de la procédure de jugement qui aura pour conséquence une augmentation du nombre des magistrats et greffiers.

L'article 93 AP qui prévoit une renonciation à l'exposé des motifs du jugement n'est pas satisfaisant, dès lors qu'il est de nature à provoquer d'immenses difficultés d'organisation dans la planification des audiences et des rédactions.

Quant à l'article 96 AP qui régit le prononcé des jugements, la manière dont il est rédigé ne permet pas de déterminer s'il convient de donner lecture du seul dispositif ou de l'entier du jugement, auquel cas on ne voit pas pourquoi il faudrait encore "*motiver brièvement ce jugement*".

7.1. Considérez-vous que la procédure probatoire simplifiée prévue à l'article 374 pour les cas relevant du juge unique se justifient ?

Nous sommes favorables à l'introduction d'une procédure probatoire simplifiée devant un juge unique compétent pour prononcer une peine privative de liberté d'une durée maximale de trois ans, à condition que la limite des peines compatibles avec le sursis soit portée à 36 mois lors de la révision de la partie générale du Code pénal suisse.

7.2 Comment jugez-vous la procédure probatoire qualifiée prévue aux articles 376 à 378 pour les autres affaires pénales et la division des débats prévue dans ces cas ?

Le Conseil d'Etat du canton de Vaud considère que la division des débats en deux parties n'est admissible qu'à la condition qu'il n'y ait pas de renvoi des débats entre la première et la seconde phase, que les parties soient contraintes d'annoncer à l'avance les mesures d'instruction qu'elles entendent requérir et ne puissent pas en solliciter de nouvelles, que la seconde phase se limite à des plaidoiries sur la peine et que la déclaration de culpabilité qui intervient au terme de la première phase ne doive pas faire l'objet d'une motivation, ceci afin d'éviter une double rédaction et une suspension de plus ou moins longue durée entre les deux phases. Il s'agit en effet d'éviter les problèmes insolubles d'agendas avec des renvois d'audiences à plusieurs mois.

En outre, le ministère public n'annonce pas forcément avant les débats la peine qu'il entend requérir à l'issue de ceux-ci. L'article 359, lettre f AP, laisse d'ailleurs le choix au ministère public de proposer des sanctions ou d'annoncer que celles-ci seront présentées aux débats. Il se pourrait ainsi fort bien que le ministère public entende initialement requérir une peine de plus de trois ans de détention, mais abaisse finalement ses réquisitions à l'issue des débats. Ainsi donc, le libellé de l'article 376, alinéa 1 AP est impraticable.

7.3 L'élément bipolaire doit-il être renforcé dans ces cas de procédure probatoire qualifiée et ainsi l'interrogatoire croisé (cross examination) doit-il être davantage appliqué ?

Il paraît pour le moins curieux d'introduire la maxime des débats en procédure pénale au moment même où l'on en restreint l'application en droit civil. Il conviendrait donc non pas de réduire le juge à un rôle d'observateur mais au contraire de lui conférer de larges pouvoirs d'investigations qui lui permettront de mieux cerner la vérité. En résumé, le Conseil d'Etat est opposé à toute application plus étendue de l'interrogatoire croisé (cross examination), les concessions faites à l'article 378, alinéas 3 à 5 AP, étant largement suffisantes et la maîtrise de l'instruction aux débats devant demeurer en mains de la direction de la procédure.

8.1 Approuvez-vous l'introduction d'une procédure simplifiée qui permet, dans certaines limites, de mettre un terme à des affaires pénales sur la base d'accord entre dans une procédure simplifiée ?

En introduction, il faut relever que les différentes parties consultées dans le canton sont assez divisées sur la nécessité d'introduire une procédure de plea bargaining dans la procédure pénale. Les partisans de ce système considèrent qu'il permet de liquider à moindres frais certaines affaires, contribuant ainsi à la célérité des procédures et à la décharge des tribunaux. Les critiques principales formulées à l'encontre du plea bargaining s'appuient sur le fait qu'un tel système, étranger à notre culture, va à l'encontre du principe de l'égalité devant la loi en permettant notamment aux prévenus qui ont quelque chose à offrir de négocier des rabais de peines ; on craint également que le ministère public, qui dirige la phase d'instruction puisse présenter des dossiers incomplets qui puissent rendre illusoire un réel contrôle de la transaction par l'autorité de jugement.

En outre, l'article 385 AP prévoit que le prévenu peut proposer au ministère public une procédure simplifiée jusqu'au dépôt de l'acte d'accusation. L'article 389, alinéa 4 AP, semble ainsi contradictoire, puisqu'il prévoit l'ouverture de la procédure préliminaire par le ministère public si les conditions pour un jugement en procédure simplifiée ne sont pas remplies. Il conviendrait dès lors que l'article 389, alinéa 4 AP, soit libellé de la manière suivante : *"si les conditions pour un jugement en procédure simplifiée ne sont pas remplies, le dossier est transmis au ministère public pour qu'il reprenne la procédure préliminaire au stade où elle se trouvait à l'ouverture de la procédure simplifiée"*.

8.2 Est-il juste dans la procédure par défaut de ne pas admettre une demande de relief si le prévenu a fait défaut par sa faute à la première instance de débats ?

Oui. En revanche, la nécessité de citer une deuxième fois le prévenu à de nouveaux débats après un premier défaut, pour pouvoir enfin passer au jugement par défaut, ne paraît pas justifiée. La portée de l'article 398, alinéa 1 AP, s'en trouve du reste affaiblie. De surcroît, cela peut permettre aux prévenus d'obtenir indûment la prescription de l'action pénale, sans compter la difficulté de gérer l'agenda du tribunal et l'atteinte au principe de célérité de la procédure.

8.3 Etes-vous d'accord avec la réglementation prévue de la procédure pour les prévenus incapables de discernement ?

Oui. En particulier, il est adéquat de prévoir que le tribunal puisse siéger à huis clos s'il le souhaite.

8.4 Pouvez-vous vous déclarer d'accord avec les conditions auxquelles une ordonnance pénale peut être décernée, notamment avec le maximum prévu d'une peine privative de liberté de six mois ?

A titre préliminaire, il convient de relever que l'ordonnance pénale n'est pas mentionnée dans plusieurs des dispositions de la partie générale du code qui font pourtant expressément référence soit à la clôture de l'instruction par classement ou non-lieu, soit au renvoi de la cause au tribunal. Il faudrait ainsi clarifier ces dispositions.

En outre, il faut relever qu'une telle décision devrait émaner d'un juge et non de la partie qui soutiendra l'accusation si la décision n'est pas acceptée.

8.5 Etes-vous d'accord avec la procédure prévue aux articles 415 à 417 suite à une opposition contre une ordonnance pénale ?

La concession éventuelle d'un droit d'opposition au procureur général prévue à l'article 415, alinéa 2 AP, constitue une démonstration supplémentaire de l'ambiguïté du système "ministère public II". Cette faculté de faire opposition à une décision d'un subalterne n'est pas compatible avec l'indépendance du procureur et avec le rapport hiérarchique qui existe entre le procureur général et ses substituts. Quant au droit d'opposition du plaignant et des "autres personnes concernées", il est défini de manière trop large,

L'article 416 AP suppose une instruction bâclée. Or, à ce stade, le dossier devrait être en état d'être transmis directement au tribunal de première instance.

Enfin, il y aura lieu de prévoir une réglementation relative aux effets de l'opposition du recours à l'encontre des ordonnances pénales comportant une condamnation et non-lieu pour un ou plusieurs prévenus.

8.6. Approuvez-vous la réglementation de la procédure en matière de contraventions, particulièrement son alignement sur la procédure de l'ordonnance pénale ?

Le Conseil d'Etat est favorable à la création d'une procédure administrative en matière de contraventions. Il relève toutefois que cette procédure doit rester simple et expéditive, dès lors qu'elle devient caduque en cas d'opposition, la réglementation prévue aux articles 419 et suivants AP est dès lors excessivement lourde et

complexe. L'opposition à l'amende devrait entraîner le transfert du dossier directement devant le tribunal de première instance, une autorité pénale d'instruction en matière de contraventions étant superflue. En outre, il conviendrait d'introduire une disposition qui réserverait expressément la possibilité pour le ministère public de saisir ou d'être saisi d'une contravention pour appliquer, le cas échéant, la procédure normale, que ce soit lorsqu'une peine privative de liberté est envisageable ou lorsque des circonstances particulières le justifient.

9. Moyens de recours

Le canton de Vaud considère que l'avant-projet confère aux parties un cumul excessif de garanties contre l'arbitraire des tribunaux en matière d'établissement des faits. Dans la mesure où l'article 87 AP prévoit la verbalisation obligatoire de toutes les déclarations faites à l'audience, il paraît inutile d'instaurer un appel avec complet pouvoir de cognition (art. 467 et ss AP), seul le recours en réforme ou en nullité devrait exister, puisque la deuxième instance disposerait de tous les éléments nécessaires pour statuer. En d'autres termes, cumuler la ténorisation des déclarations et l'appel reviendrait à alourdir doublement - et inutilement - la procédure. On pourrait envisager d'instaurer un appel sans débats oraux ou mini-appel, tel qu'il est pratiqué dans le canton de Vaud, c'est-à-dire la faculté, pour l'autorité de recours, de revoir librement l'état de fait du jugement lorsqu'il existe des doutes sur l'existence de faits importants pour le jugement de la cause ou que l'état de fait présente des lacunes ou des contradictions. Une autre solution consisterait à introduire l'appel avec plein pouvoir de cognition et de renoncer à verbaliser d'office l'intégralité des témoignages.

En tout état de cause, il y a lieu de souligner que le cumul de garanties prévues dans l'avant-projet contribuera à l'allongement des procédures et, par conséquent, à l'augmentation des coûts de la justice pénale.

9.1. Etes-vous en principe d'accord avec le système prévu des moyens de recours ?

Sous réserve des remarques précédentes, nous pouvons adopter le système proposé avec les remarques suivantes.

- Les applications du renvoi par l'article 450, alinéa 1 AP, aux dispositions générales sont difficiles à apprécier et pourraient avoir des effets pervers. Ce renvoi semble donc inutile et dangereux.
- Les dispositions communes aux moyens de recours (art. 450 et ss AP, en particulier 454ss AP) rendent peu claire l'articulation des différents moyens de recours et, en particulier, la distinction entre les recours ou appels contre les jugements au fond et les recours contre les décisions rendues en cours de procédure. Il serait préférable de faire deux parties distinctes réglant clairement pour chacun des types de recours la procédure à suivre.
- Les articles 456, alinéa 3, lettre a et 457, alinéa 4 AP, soulignent encore une fois la confusion entre le ministère public accusateur et le ministère public magistrat instructeur. Il sera difficile, pour une partie, de comprendre et d'admettre que celui qui est intervenu comme partie accusatrice à l'audience de jugement peut soudain, à nouveau, se transformer en magistrat enquêteur supposé impartial. Pour le surplus, il sera délicat pour le ministère public de gérer son agenda, s'il doit sans cesse se tenir à disposition d'autres autorités, qui ne manqueront pas de se décharger sur lui chaque fois qu'elles le pourront.

9.2. Etes-vous d'accord avec le délai de 10 jours pour le dépôt des moyens de recours, tel que prévu à l'article 454, alinéa 1 ?

Le délai de 10 jours prévu nous paraît tout à fait adéquat.

En revanche, le point de départ des délais au sens de l'article 454, alinéa 2 AP manque de clarté. Il paraît surtout difficile, pour autant que la traduction soit juste, de déposer des moyens de recours en ne disposant que du dispositif du jugement. Il faut encore relever que le caractère général de l'article 454 AP est source d'une confusion qui serait évitée si l'on distinguait les recours contre les jugements au fond et les recours contre les décisions en cours de procédure.

9.3. Considérez-vous comme judicieux le catalogue des actes de procédure attaquables par la voie du recours, ainsi que des autorités de recours appelées à trancher ?

Les mesures de contrainte de la police ne devraient pas être, en tant que telles, susceptibles de recours, tant il est vrai que, même dans la procédure d'investigation indépendante, la police reste soumise formellement au ministère public dont les parties devraient pouvoir exiger, au besoin, une décision sur les investigations de la police, décision qui serait alors susceptible de recours. En outre, il faudrait définir de manière plus restrictive ce qui relève des mesures de contrainte et en exclure, notamment, l'observation policière.

En ce qui concerne l'article 463, lettres b et c, la notion de déroulement de la procédure est une notion beaucoup trop vague pour admettre ainsi un recours contre ce déroulement. C'est la porte ouverte à la multiplication paralysante des recours par les parties procédurières.

En guise de conclusion sur l'avant-projet de code de procédure pénale, le Conseil d'Etat du canton de Vaud peut encore relever ce qui suit :

- a) Il faut relever que les dispositions de l'avant-projet relatives au principe d'opportunité ne sont pas suffisamment précises. En particulier, il est difficile de déterminer dans quels cas les conséquences d'une infraction peuvent être qualifiées de mineures (art. 8, al. 1^{er} AP) et quels sont les intérêts essentiels de la partie plaignante qui interdisent de renoncer à la poursuite pénale (art. 8, al. 2 AP). L'article 8 AP confère un trop large pouvoir au ministère public et aux tribunaux compétents pour rendre une décision de classement ou de non-lieu et l'on peut craindre des pratiques très différentes d'une région à l'autre, étant donné le caractère extrêmement flou des critères énoncés. L'article 8 AP risque ainsi de devenir une source d'inégalité de traitement et d'arbitraire. En outre, il est probable que certaines affaires considérées comme peu graves par ces autorités puissent revêtir une énorme importance pour les personnes qui y sont mêlées et pour lesquelles l'abandon des poursuites pénales susciterait un grave mécontentement. Afin de pallier ces inconvénients, il convient de prévoir une réglementation détaillée comprenant l'aménagement de voies de recours à l'usage des parties.
- b) Il serait adéquat d'étendre la faculté accordée aux cantons à l'article 7, alinéa 2, lettre b AP, de subordonner à l'autorisation d'une autorité non judiciaire l'ouverture d'une poursuite pénale contre des membres de leur autorité supérieure exécutive ou judiciaire pour des crimes ou délits commis dans l'exercice de leur fonction à toutes les autorités judiciaires. En effet, il devient banal de déposer des plaintes pénales contre les autorités de poursuite à tous les niveaux, notamment dans le but de faire obstacle à la procédure. Une immunité permettrait d'éviter un engorgement des autorités appelées à instruire ce genre d'affaires.
- c) Il convient également de mentionner que l'avant-projet, dans sa version française, constitue, à l'évidence, une mauvaise traduction d'un texte rédigé en allemand et comporte une quantité de termes juridiquement inusités ou inadéquats, d'incohérences terminologiques et de dispositions incompréhensibles. A titre d'exemple, on peut mentionner que l'article 22, alinéa premier, lettre b AP, parle de "plainte" et l'article 462, alinéa premier AP, de "recours", alors que ces deux termes semblent en réalité revêtir la même signification et que les articles 74, alinéa 3 et 351, lettre c AP, sont difficilement compréhensibles.
- d) L'article 85, alinéa 2 AP, nous paraît inacceptable et difficilement praticable. En effet, devoir en principe protocoler des déclarations dans la langue originale créerait en outre une inégalité de traitement entre les personnes qui parlent une langue usuelle et les autres dont la langue présente des difficultés de transcription. Nous sommes opposés également à l'article 154, alinéa 4 AP, qui interdit de poser des questions qui ne se fondent pas sur des faits établis. Il y aurait là une source de conflits et la loi présuppose déjà une possible mauvaise foi de la personne qui procède à l'audition. Comment comprendre d'ailleurs, avant le jugement, la notion de "faits établis" ?
- e) L'article 259 AP relatif à la mise sous scellés est inapproprié. Il devrait appartenir à la personne qui invoque un droit de refuser de témoigner de justifier que les documents et les objets dont il demande la mise sous scellés sont précisément couverts par son droit de refuser de témoigner. Sans cela, comment l'autorité pénale pourrait-elle justifier une demande de levée de scellés sur des documents dont elle est supposée ne pas avoir pu prendre connaissance ?
- f) Enfin, le Conseil d'Etat du canton de Vaud ne saurait mettre un terme à ses déterminations sur l'avant-projet de code de procédure pénale sans rappeler que celui-ci consacre un système propre à engendrer une augmentation radicale du coût de la justice pénale. Il conviendra en effet de prévoir un nombre de procureurs largement supérieur au nombre actuel des magistrats instructeurs, les effectifs des tribunaux devront être revus à la hausse pour tenir compte du fait que les audiences de jugement, organisée de manière très détaillée, dureront nécessairement plus longtemps et que les grands cantons ne pourront éviter la création d'un tribunal des mesures de contrainte, lequel devra assurer une permanence 24 heures sur 24. Au surplus, l'avant-projet contient de nombreuses dispositions excessivement généreuses telles que l'article 494 AP qui prévoit notamment la gratuité de la détention, l'article 499, alinéa 4 AP, inadéquat pour limiter le nombre de plaintes abusives ou déposées à la légère, et les articles 499 et suivants AP en vertu desquels la simple ouverture d'une procédure, dont le défaut de fondement est constaté d'emblée par le ministère public, peut donner lieu à une prétention contre l'Etat.

CODE DE PROCEDURE PENALE DES MINEURS

L'avant-projet part du principe - déjà reconnu actuellement tant par la jurisprudence que la doctrine - qu'il faut respecter la spécificité de la juridiction des mineurs. Cette optique ne prête pas flanc à la critique

lorsqu'elle conduit à opter pour une loi distincte (Rapport explicatif, pp. 31 ss) ou pour des tribunaux spécialisés (Rapport explicatifs, pp 33 ss).

Le Conseil d'Etat du canton de Vaud est toutefois d'avis que cette spécificité n'est pas un motif suffisant pour isoler complètement la juridiction des mineurs en excluant totalement le tribunal supérieur du canton. S'il s'agit bien de respecter la différence des objectifs et des méthodes des instances des mineurs, celles-ci appliquent le même droit de fond que celles des adultes. Cela rend nécessaire une harmonisation de la jurisprudence que seule peut apporter une seconde instance commune, et non pas le ministère public, dont ce n'est pas le rôle. Cette harmonisation est d'autant plus importante que le nombre de juges des mineurs est restreint et que l'ensemble du système risquerait autrement de fonctionner en vase clos. Au demeurant, la juridiction des mineurs doit être placée sous la surveillance du tribunal supérieur du canton, et non sous celle du ministère public (cf. ci-dessous, chiffre 2.1.).

1.2. Le rôle attribué au juge

Tout en adoptant les systèmes du juge d'instruction et de l'union personnelle, l'avant-projet semble redouter une "emprise trop importante de la personne du Juge des mineurs" sur l'enfant (Rapport explicatif, p. 43, n° 52), comme si le juge pouvait représenter une menace pour les droits du prévenu. La même crainte est invoquée à l'appui de l'institution d'un pouvoir de surveillance et d'instruction du ministère public (art. 20 AP) et dans les motifs relatifs à l'introduction d'un droit de récusation péremptoire du mineur (art. 17, al. 1^{er} AP).

Le Conseil d'Etat considère le juge comme le garant des droits de toutes les parties, y compris du prévenu. Il apparaît dès lors pour le moins paradoxal de le soumettre à la surveillance de la partie adverse de ce dernier - le ministère public - qui peut donner des directives au juge relatives à l'application du droit pénal (art.20 AP), dont au fond des jugements.

Même si cela n'a pas la même conséquence dans les deux textes en consultation, on constate que cet avant-projet est affecté du même défaut que celui relatif à la procédure ordinaire : la méfiance envers le juge, considéré comme un adversaire des droits de la défense.

1.3. La position du mineur prévenu

L'un des grands principes sous-tendant la procédure pénale des mineurs est celui de la "parole de l'enfant" : il faut permettre au mineur d'exprimer son opinion et la prendre en considération (Rapport explicatif, pp. 27 ss, n° 30). Il est en revanche faux d'assimiler à ce principe le concept de "justice négociée" avec le mineur (cf. Rapport explicatif, p. 91) : l'écoute et la prise en compte de sa parole ne signifie pas qu'il faut renoncer à lui imposer une mesure.

Cette tendance à vouloir obtenir à tout prix l'adhésion de l'enfant se retrouve dans les règles sur les voies de droit (à cet égard le terme de "plainte" contre des décisions du juge est spécialement mal choisi; cf. ci-dessous chiffre 2.2.2), dans le rejet de la procédure par défaut et d'un jugement "in abstentia" (cf. Rapport explicatif, p. 90 ad art. 42), dans le droit donné à l'enfant d'exiger la levée du huis-clos (art. 25 AP et ci-dessous 2.5.) ou encore dans la possibilité de récusation sans motif (puisque sans "adhésion" à la mesure de contrainte, le juge pourra être dessaisi par la suite; cf. art. 17, al. 1^{er} AP et ci-dessous 2.6.).

La conception selon laquelle il s'agirait d'obtenir le consentement de l'enfant à une décision procède d'une approche démodée du rôle éducatif attribué à la justice pénale des mineurs. Les jeunes qui arrivent devant le juge sont souvent en manque de limites claires, que celui-ci est le dernier à pouvoir leur donner. Dans ces cas, il faut pouvoir imposer des décisions contre le gré du mineur, voire de ses représentants légaux sans que le juge risque par la suite de se retrouver en position de faiblesse. Si le mineur entend contester une décision, il lui appartient de recourir.

2. Commentaire de l'avant-projet

2.1. Rôle du ministère public

Si le ministère public est considéré comme une partie (art. 19, al. 2 et 29, lit. b AP), il est toutefois privé de son droit de recours (art. 45 AP a contrario); ainsi une fausse application de la loi favorable au mineur ne pourra faire l'objet d'aucun recours, ce qui n'est pas admissible.

En revanche, il est attribué au Parquet une fonction "d'harmonisation" et de contrôle de l'application du droit pénal de fond par l'article 20 AP, qui prévoit que le Procureur général exerce une surveillance sur l'application des lois pénales par les juridictions des mineurs et peut émettre des directives à cet effet. Il ne s'agit à l'évidence pas d'une haute surveillance veillant au respect du principe de célérité, à la bonne utilisation du budget et à la discipline des membres des tribunaux. Il s'agit clairement d'une surveillance sur "l'application des lois pénales par les juridictions" et c'est sur ce point (à cet effet) que le ministère public émettra des "directives" destinées aux juges (cf. Rapport explicatif, p. 68, ad art. 20).

Cela revient à dire que le mineur comparaitra devant une autorité de jugement placée sous la surveillance de sa partie adverse, étant précisé que son adversaire pourra donner des directives à ces juges au sujet de l'application de la loi pénale.

Ce système n'est pas compatible avec la garantie constitutionnelle de l'indépendance des jugements et se situe très loin des conceptions selon lesquelles le ministère public veille à l'application de la loi par son intervention devant l'autorité de jugement et, surtout, par l'exercice de son droit de recours, en prenant des conclusions, comme il sied à une partie, et non en donnant des directives. Et même pour ce qui ne concerne pas les jugements, les juges ne peuvent être soumis à la surveillance d'une partie.

2.2. Voies de recours

2.2.1 Appel

L'avant-projet prévoit que les décisions de chaque instance sont contrôlées par l'instance supérieure : celles de l'autorité compétente en matière de contraventions par le Juge des mineurs, les "ordonnances" de celui-ci par le Tribunal des mineurs, et finalement les jugements de ce dernier par une "Chambre d'appel" non permanente (art. 8 et 18, al. 3 à 5 AP; Rapport explicatif, p. 67).

Ce système revient à exclure tout contrôle de l'application du droit de fond par le tribunal supérieur du canton. Il en résulte un isolement total de la juridiction et un risque de jurisprudences divergentes.

Afin d'éviter ces inconvénients, il faut conserver une voie de droit auprès du Tribunal cantonal, contre les jugements au fond rendu par le Tribunal des mineurs.

En fait, c'est en raison de l'introduction de l'appel, qui implique l'audition du mineur, que le tribunal supérieur a été exclu, puisque le jeune ne doit pas comparaître devant des instances non spécialisées.

Toutefois, l'avant-législateur indique qu'au vu du peu de cas soumis, il ne sera pas nécessaire, même pour les grands cantons, d'instaurer des cours permanentes (Rapport explicatif, p. 67, ad art. 17 in fine). Les statistiques dans le canton de Vaud confirment cette affirmation : en 1999, il y a eu 6 recours à la Cour de cassation pénale, pour 1'091 jugements rendus par le Tribunal des mineurs ou son Président, et 8 recours sur 995 jugements en l'an 2000. Un recours a été admis en 1999 et un en 2000.

Dès lors, se pose la question de savoir si l'instauration d'un appel est vraiment nécessaire, ou si des voies de recours en nullité, respectivement en réforme ne serait pas suffisantes. A cet égard, il y lieu de préciser qu'actuellement, en raison de l'interdiction de la comparution du mineur devant une instance non spécialisée - alors qu'une audition est normalement nécessaire lorsque le ministère public vaudois dépose un recours tendant à la réforme dans le sens d'une aggravation de la peine - la Cour de cassation pénale se contente, en cas d'admission des moyens de réforme du parquet, d'annuler la décision et de la renvoyer au Tribunal des mineurs, ce qui se produit moins d'une fois par an.

Si la voie de l'appel devait malgré tout s'imposer, il serait envisageable de confier l'instruction du cas (et l'audition du prévenu) à un juge délégué spécialisé du tribunal supérieur du canton, le jugement incombant à la Cour, sans nouvelle audition.

2.2.2 Plainte

Le terme de "plainte", tel qu'il est utilisé est inapproprié. On ne se plaint pas d'une décision de justice, on recourt contre elle.

2.2.3 Délais

Article 44 AP : ni les délais de recours, ni le point de départ du délai (dès la notification orale ou dès le jugement écrit ? quelle incidence a l'application de l'art. 44, al. 2 AP ?) ne sont précisés; cela est d'autant plus malheureux que l'avant-projet vise un but de lisibilité dans l'optique de rendre la loi compréhensible ou accessible pour les enfants (cf. Rapport explicatif, pp. 32 ss, n° 37).

2.2.4 Autorités administratives

Le Juge des mineurs est l'autorité de recours sous forme d'appel de toutes les décisions rendues par l'"autorité pénale compétente en matière de contraventions" (art. 48, al. 1^{er} AP; cf. également art. 6, let. b et 12 AP; dans le canton de Vaud : le préfet). L'instauration d'une voie de recours contre les quelques mesures d'instruction qui seront prises (art. 47, al. 1^{er} AP, spéc. let. b) entraînerait un alourdissement considérable de la procédure; une plainte contre ces mesures d'instruction ne doit être possible que dans le cadre de l'appel au fond.

2.2.5 Actes du Tribunal des mineurs

Contrairement à ce que prévoit l'avant-projet (art. 47, al. 3 AP), les actes de procédure du Tribunal des mineurs ne devraient pouvoir faire l'objet d'un recours avec le fond.

Les jugements du Tribunal des mineurs doivent pouvoir faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal supérieur du canton et non d'une Cour spécialisée "non permanente".

2.3. Position de la partie civile

Le rôle éducatif de la confrontation entre la victime et le mineur est maintenant communément admis (cf. Rapport explicatif, p. 79 in fine).

A cet égard, la rédaction de l'article 32, alinéas 2 et 3 AP pourrait prêter à confusion, dans la mesure où il semble ériger cette confrontation en une exception. La comparution de la partie civile à l'audience d'instruction et de jugement ne viole pas le principe du huis clos, dans la mesure où celui-ci concerne le tiers et non les parties au procès; il serait en revanche souhaitable que le Juge ou le Tribunal des mineurs décide qui est autorisé à participer à l'audience, et il devrait avoir la faculté de renvoyer la partie civile au terme de l'instruction sur les faits qui la concernent directement.

2.4. Procédure par défaut

Il existe une certaine contradiction entre les articles 42 et 43 AP, que le Rapport explicatif ne lève pas. L'institution du jugement "in absentia" tel que prévu à l'article 42 AP vise à protéger le mineur des conséquences d'un jugement auquel il n'aurait pas "adhéré" (cf. Rapport explicatif, p. 90, ad art. 42 AP). Cette institution ne semble finalement pas très éloignée de celle du défaut, avec le désavantage de n'offrir aucune possibilité de relief.

Dès lors, de deux choses l'une : soit le juge est suffisamment renseigné pour statuer, auquel cas un jugement par défaut se justifie, avec possibilité de relief, soit le juge est insuffisamment renseigné, hypothèse dans laquelle il s'agit de mettre la procédure "en veilleuse" (cf. Rapport explicatif, p. 90, ad art. 43 AP, premier paragraphe in fine).

2.5. Huis-clos

L'article 25, alinéa 2 AP octroie un droit inconditionnel du mineur ou de ses représentants légaux à la levée du huis-clos. Or le principe de la non-publicité des débats dans la procédure pénale des mineurs vise un but particulier de protection de l'avenir du jeune (cf. Rapport explicatif, p. 72 ad art. 25 AP). Il s'agit d'un droit fondamental de l'enfant (cf. les Règles de Beijing, art. 8.1 et 8.2, cités dans ledit rapport, p. 73 in fine). La levée du huis-clos ne devrait donc intervenir qu'après une soigneuse pesée des intérêts en présence.

On peut douter qu'un enfant soit à même d'effectuer une telle pesée des intérêts en toute connaissance de cause; il risque d'adopter une position qui le dessert. On court également le danger de voir les parents instrumentaliser le procès pénal de leur enfant. La levée du huis-clos doit rester exclusivement de la compétence du juge, le mineur et ses représentants légaux pouvant la requérir mais non l'exiger.

2.6. Récusation

L'avant-projet introduit une possibilité de "récusation facilitée", sans motifs, dès que le juge a pris contre le mineur une mesure (détention provisoire, placement, etc.) au cours de l'instruction (art. 17, al. 1^{er} AP). Cette possibilité doit offrir une "soupape de sécurité" au système de l'union personnelle (Rapport explicatif, p. 66 ad art. 17).

Le Conseil d'Etat est d'avis que cette possibilité de récusation péremptoire est contre-productive au niveau éducatif, car elle donne comme signal au mineur qu'il peut exclure sans autre un juge qui, par hypothèse, l'aurait contrarié au cours de l'instruction; il peut, en quelque sorte, "choisir son juge", ce qui est inadmissible.

Si l'avant-législateur estime que le système de l'union personnelle cause un réel problème, il s'agit d'y renoncer au profit de la séparation de l'instruction et du jugement; la requête de récusation d'un juge ne peut être fondée que sur les motifs usuels, qui valent également pour un expert ou un interprète, soit si ses relations avec une partie, son mandataire ou son avocat sont de nature à compromettre son impartialité, ou si, d'une manière générale, il est suspect de partialité.

2.7. Disjonction de cause

Contrairement à l'opinion de l'avant-législateur (Rapport explicatif, pp. 69 s, ad art. 23 AP), le Conseil d'Etat est d'avis que la disjonction des causes dirigées contre des coauteurs majeurs et mineurs ne devrait souffrir d'aucune exception (cf. art. 23, al. 2 AP). Il ne semble pas envisageable qu'une seule instance (des mineurs ou ordinaire) soit admise à appliquer parallèlement des règles de procédure spécifiques aux mineurs et des règles ordinaires lors d'un seul procès. Ce système apparaît complexe, lourd, et de nature à entraver le bon déroulement de la procédure.

2.8. Conciliation

La tentative de conciliation, lorsque l'infraction est poursuivie sur plainte, ne devrait pas être facultative (art. 27, al. 1^{er} AP), mais impérative. De l'avis du Conseil d'Etat, la confrontation avec la victime permet le plus souvent une réelle prise de conscience de l'acte commis et de ses conséquences, même dans les cas exceptionnels mentionnés par l'avant-législateur (cf. Rapport explicatif, p. 76 ad art. 27). Cette solution s'impose d'autant plus que le droit pénal des mineurs revêt un caractère éducatif.

2.9. Comparution du mineur

L'article 30 AP octroie au mineur le droit de se faire accompagner par "une personne de confiance", ce qui paraît inadéquat, car un adolescent et, à plus forte raison un enfant, ne peut pas avoir la capacité de faire ce choix. Ce devrait être finalement au juge de décider qui peut accompagner le mineur à l'audience.

2.10. Défense du mineur

L'article 35 AP reprend dans les grandes lignes l'article 39 LFCPM, qui prévoit la désignation d'un défenseur d'office, si le mineur ou son représentant légal n'ont pas choisi de défenseur, dès qu'une détention préventive ou un placement provisoire ont été ordonnés.

Un défenseur obligatoire ne se justifie pas en cas de placement provisoire, puisqu'il s'agit d'une mesure éducative anticipée et non d'une peine anticipée ou d'une véritable mesure de contrainte. Le placement provisoire peut au demeurant être ordonné dans une maison éducative ouverte.

Il semble par ailleurs excessif d'imposer un défenseur du seul fait de l'arrestation; sous réserve de l'approbation de l'article 39 LFCPM, il conviendrait de prévoir une défense obligatoire uniquement si la détention préventive dure cinq, voire dix jours.

Quant à l'article 36, alinéa 1^{er} AP, il s'agit sans doute de lire "Dans les cas de défense obligatoire,..." et non "d'office", ce que semble confirmer le Rapport explicatif, p. 84, ad art. 36, sans quoi cette disposition serait incompréhensible.

2.11 Détention préventive

l'avant-projet prévoit l'audition du mineur "au plus tard quarante-huit heures après son interpellation" (art. 39, al. 4 AP). Le canton de Vaud connaît l'audition obligatoire dans les vingt-quatre heures dans tous les cas (art. 4, al. 2 Cst VD), donc a fortiori pour les mineurs.

En dernière conclusion, il faut constater que les principaux défauts constatés des deux avant-projets visent à pallier les inconvénients de la disparition du juge d'instruction, soit à tenter de réparer, sans d'ailleurs y parvenir, les conséquences du choix du système ministère public II.

Nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre considération distinguée.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LE VICE-PRESIDENT

LE CHANCELIER

Charles-Louis Rochat

Vincent Grandjean

Copies

- Députation vaudoise
- Affaires extérieures
- dpd