

PETIT TOUR DU MONDE DU CONTRADICTOIRE

Ann JACOBS

Professeur à l'Université de Liège

INTRODUCTION

1. La caractéristique du droit est assurément son organisation en système : loin d'être un amoncellement de règles, modifiables à souhait, tout système juridique est composé de règles ayant une cohérence intrinsèque ; toutes les règles sont interdépendantes de manière à atteindre le but que s'est fixé le législateur en fonction de sa conception de l'ordre social¹.

Ainsi, en procédure pénale, l'équilibre du procès s'opérera dans l'articulation entre la phase de l'enquête préliminaire et la phase du jugement, ainsi que dans le rôle conféré par la loi à chacun des intervenants. Selon ces articulations, qui peuvent être très différentes d'un pays à l'autre, l'on aura un système plus ou moins respectueux des droits de la défense, plus ou moins contradictoire.

I – LES GRANDS SYSTÈMES DE PROCÉDURE PÉNALE

2. Si les droits des pays peuvent varier presque à l'infini, il n'en reste pas moins que des grandes caractéristiques traversent les différents systèmes. Ainsi, du point de vue de la procédure pénale, en restant attaché au thème du contradictoire et pour faire bref, l'on distinguera deux grands systèmes : le système accusatoire et le système inquisitoire, sans ignorer que ces concepts sont aujourd'hui largement remis en question². Il n'en reste pas moins utile en procédure pénale comparée pour se frayer un chemin à travers les droits des différents pays et dégager des caractéristiques communes ou des différences.

Le système accusatoire est caractérisé par l'oralité, la contradiction et la publicité, tandis que le système inquisitoire est, quant à lui, écrit, non-contradictoire et secret. Entre ces deux systèmes types, se dessinent des systèmes mixtes, à savoir de type inquisitoire dans la phase de l'enquête préliminaire et de type accusatoire dans la phase de jugement. La

¹ R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes juridiques contemporains*, 11^e éd., 2002, Dalloz, p. 14 et s.

² V. not. C. AMBROISE-CASTÉROT, *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire*, thèse, Bordeaux IV, 2000 ; J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 3^e éd., Dalloz, 2008, p. 717-796. Observons qu'aux catégories d'accusatoire et d'inquisitoire, cet auteur préfère celles de système autoritaire et de système libéral, sans pour autant qu'elles s'identifient.

procédure pénale de chaque pays se différenciera selon la dose d'inquisitoire ou d'accusatoire qui le caractérise, mais il faut observer, dès l'abord, qu'à l'heure actuelle, aucun système n'est purement accusatoire ou inquisitoire et que les systèmes mixtes peuvent varier du tout au tout ; ainsi, tant le droit français que le droit belge sont un système mixte, mais alors que le premier a introduit un maximum de contradictoire au cours de la phase d'enquête, le second y est resté presque totalement hermétique.

II – LE SYSTÈME ACCUSATOIRE

3. Attardons-nous un moment sur le système accusatoire, qui nous est peut-être un peu moins familier.

Dans un système accusatoire type, les preuves sont constituées par les parties – accusation (via la police, mais sans l'intervention d'un juge) et défense (par les avocats qui apportent des éléments de preuve) – devant le juge qui a un rôle passif (il est arbitre). Les preuves ne deviennent telles qu'à l'audience après qu'elles aient été acceptées par le juge et débattues par les parties : on ne peut faire usage des procès-verbaux d'auditions antérieures, alors que les éléments recueillis au cours d'une instruction inquisitoire constituent déjà des preuves quand elles sont déposées sous forme de dossier à l'audience au fond. Dans un système accusatoire, le juge ne dispose normalement que d'un dossier embryonnaire.

La procédure accusatoire se caractérise par « *le rôle prééminent accordé à la personne poursuivie afin qu'elle se trouve placée au même niveau ou, plus justement, presque au même niveau que le poursuivant*³. Il en résulte que l'accusé a le droit à la communication des preuves⁴ ». La contradiction y est en principe très poussée. Concrètement, les droits de l'accusé se déclinent en droit au silence, droit ne pas s'incriminer, droit pour le suspect de se faire assister par son avocat pour tout interrogatoire, droit d'accès à tout ce qui sera allégué comme preuve, droit au contre-interrogatoire (*cross examination*). On observera que cette procédure reste très marquée par le fait qu'elle est née à une époque où la principale – ou l'unique – preuve était le témoignage, alors qu'aujourd'hui, l'on dispose d'une palette beaucoup plus étendue de preuves, parmi lesquelles les preuves dites scientifiques (par exemple l'analyse ADN) jouent un rôle majeur.

Le système accusatoire se caractérise aussi par le fait qu'il est à la recherche d'une vérité formelle, celle que présentent les parties. Le juge doit trancher entre les vérités de chaque partie sans disposer d'une troisième voie, alors que dans le système inquisitoire, le juge est à la recherche de la vérité matérielle, c'est-à-dire celle qu'il découvre lui-même, sans être enfermé dans les thèses des parties⁵.

L'avantage du système accusatoire est de conférer un rôle beaucoup plus actif à la défense. Les inconvénients de cette procédure résident dans les risques d'erreurs judiciaires, l'enquête étant entièrement confiée à la police, et éventuellement aux parties,

³ Il faut garder à l'esprit que, là où il existe, le « ministère public » d'un système de *Common Law* ne peut être identifié au Ministère public des pays de tradition romano-germanique.

⁴ J. PRADEL, *op. cit.*, p. 751.

⁵ J. PRADEL, *op. cit.*, p. 731.

sans contrôle permanent d'un magistrat ; on relèvera en outre la lourdeur et longueur de la procédure au fond, largement compensées par des mécanismes de négociation d'une solution extrajudiciaire, tel le *plea bargaining*, et enfin, la grande inégalité entre les accusés selon les moyens financiers dont ils disposent pour rassembler leurs preuves.

Telles sont les grandes caractéristiques théoriques du système accusatoire ; nous verrons toutefois que les différents pays ayant opté pour ce système ne manquent pas d'atténuer, parfois de manière substantielle, ces lignes directrices, soit pour introduire une dimension plus inquisitoire, en particulier dans la récolte des preuves, soit pour réduire le caractère contradictoire, dans cette même phase ou dans la phase de jugement.

Le système accusatoire est évidemment la référence dans les pays de *Common Law*, c'est-à-dire en Angleterre ainsi que dans les pays du Commonwealth et en Amérique du Nord. Pour ce qui est du système américain, il est évidemment accusatoire ; cela n'empêche pas que la matière de terrorisme est marquée par un caractère beaucoup plus inquisitoire⁶, ce qui accrédite l'idée que la procédure inquisitoire va souvent de pair avec une conception plutôt autoritaire de la société.

Bien d'autres droits se sont ralliés au système accusatoire même si c'est avec des variantes majeures ; tel est le cas de certains pays d'Europe, de plus en plus nombreux, même lorsqu'ils conservent le juge d'instruction, comme le Portugal⁷. Il en est aussi ainsi du Japon.

Le Japon, qui traditionnellement ne faisait pas vraiment de place au droit, après s'être doté d'un Code de procédure pénale ressemblant étrangement au Code d'instruction criminelle français, a complètement changé de système après la seconde guerre mondiale. Suite à sa défaite, les États-Unis lui ont imposé une Constitution truffée d'articles directement inspirés des Amendements et de la jurisprudence américaine : étaient ainsi tracées les grandes lignes du procès accusatoire organisé par le Code de procédure pénale de 1949. Les investigations relèvent de la police et du Ministère public, un juge restant compétent pour délivrer les mandats d'arrêt et de perquisition ; sont consacrés, outre les droits au silence et de ne pas s'incriminer, le droit à l'assistance d'un avocat, le droit au contre-interrogatoire ou *cross examination* des témoins. La Cour suprême du Japon s'est à plusieurs reprises alignée sur la Cour suprême des États-Unis sur des questions fondamentales⁸.

Les pays qui réforment leur procédure pénale en profondeur optent généralement pour une procédure accusatoire : tel est le cas du Chili en 2000, de la Russie en 2002, de l'Autriche en 2008, de la Suisse en 2011⁹, etc.

⁶ *Patriot Act* de 2001. V. D. M. AMANN, « Le dispositif américain de lutte contre le terrorisme », *RSC* 2002, p. 745-764 ; J. PRADEL, *op. cit.*, p. 729-730 ; J.-C. PAYE, « Le 'Patriot Act reauthorization' », *RIDH* 2006, p. 973-987 ; R. JESPERS, « La nécessité d'une vision critique sur la lutte contre le terrorisme », *Journ. proc.* 2004, n° 493, p. 12-16.

⁷ Art. 32, § 5 de la constitution ; J. PRADEL, *op. cit.*, p. 752.

⁸ K. FUJIKURA, « Introduction. Legal Culture in a Non-Legalistic Tradition », *Japanese Law and Legal Theory*, Dartmouth, 1996, p. XIII-Xiv ; H. ODA, *Japanese Law*, 3^e éd., Oxford University Press, 2009, p. 20-25 ; J. PRADEL, *op. cit.*, p. 828.

⁹ M. JENDLY, A. KUHN, « Procédures d'exception et instruction : un éclairage helvétique », in *Procédures pénales d'exception et Droits de l'homme*, L'Harmattan, 2011, p. 121-130.

Un mot de l'Italie qui est passée au régime entièrement accusatoire en 1989. Ainsi, la Constitution italienne consacre le principe du contradictoire : « *Le procès pénal est régi par le principe du contradictoire dans la formation de la preuve. La culpabilité du prévenu ne saurait être retenue sur la base de déclarations rendues par une personne qui a choisi de se soustraire volontairement à l'interrogatoire mené par le prévenu ou par son avocat* ¹⁰ ». Pourtant, dès 1992, sous l'influence de la Cour constitutionnelle, a été réintroduite une bonne dose d'inquisitoire : ainsi, dans les affaires de criminalité maffieuse, l'on peut utiliser les procès-verbaux d'une autre procédure sans garantir aux parties le droit d'interroger les personnes entendues¹¹. Ceci met à jour une des limites du système accusatoire : lorsque la police italienne obtenait des déclarations de personnes impliquées dans ce type de criminalité (auteurs, victimes ou témoins) au cours de l'enquête préliminaire, celles-ci se présentaient rarement à l'audience pour réitérer leurs déclarations (soit en raison des pressions subies entretemps, soit en raison de... leur décès). L'Italie, partie d'un système très accusatoire en 1989, a dès lors aujourd'hui mis en place un système à mi-chemin entre la procédure accusatoire et inquisitoire¹², en particulier en matière de criminalité organisée : les témoins ne sont plus tous entendus à l'audience, leurs dépositions récoltées au cours de l'enquête préliminaire valant preuve comme telles¹³.

III – LE SYSTÈME INQUISITOIRE

4. Même s'il nous est beaucoup plus familier, il n'est peut être pas inutile de rappeler les grands traits du système inquisitoire initialement adopté par les systèmes de tradition romano-germanique : les preuves sont rassemblées avant l'audience, par un magistrat spécialisé, impartial et indépendant – le juge d'instruction – sans intervention des parties et de leurs avocats ; d'importants pouvoirs sont concentrés entre les mains de ce magistrat, tel celui de décerner un mandat d'arrêt. La phase préliminaire de récolte des preuves est dominée par le secret, absolu comme en Tunisie ou en Algérie¹⁴ ou relatif comme en France, aux Pays-Bas¹⁵ ou en Allemagne. En effet, en Allemagne, l'avocat du suspect peut, en principe, être présent lors de l'interrogatoire de son client par le Ministère public ou par l'*Ermittlungsrichter*, ainsi que, sous certaines conditions, consulter le dossier répressif dès la phase de l'enquête¹⁶.

¹⁰ Art. 111 de la constitution italienne. Cette disposition reprend en outre toutes les règles de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹¹ Art. 190bis et 238 du code de procédure pénale italien [1989]. V. à ce propos, I. MANSUY, « Les procédures d'exception et l'enquête : le patchwork italien », in *Procédures pénales d'exception et droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 103 et s.

¹² J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 752 ; v. E. ZAPPALA, « Le procès pénal italien entre système inquisitoire et système accusatoire », in *Inquisitoire et accusatoire : un écroulement des dogmes en procédure pénale ?*, *RID pén.* 1997, p. 120-123.

¹³ E. ZAPPALA, *op. cit.*, p. 121.

¹⁴ A. CHAFAI, « Le cas des pays du Maghreb : la situation en Algérie et en Tunisie », in *Inquisitoire-accusatoire : un écroulement des dogmes en procédure pénale ?*, *RID pén.* 1997, p. 125 et s., spéc. p. 128.

¹⁵ D. VAN DAELE, B. VANGEEBERGEN, *Criminalité et répression pénale dans l'Euregio Meuse-Rhin*, Anthemis, 2009, p. 137-138.

¹⁶ D. VAN DAELE, B. VANGEEBERGEN, *op. cit.*, p. 120 et 178-179.

A l'audience, le juge joue un rôle actif : il n'est pas un simple arbitre entre les parties qui débattent des preuves qu'elles apportent ; au contraire, c'est lui qui dirige les débats sur les preuves déjà constituées et rassemblées dans le dossier qui lui est soumis ; il interroge lui-même parties et témoins, il va à la recherche des preuves si le dossier n'est pas complet (il ordonne d'office, s'il y a lieu, l'audition de tel témoin, une expertise, etc.), au risque que, dans certains pays, l'accusé se trouve en fait devant deux accusateurs, le procureur et le juge ; tel semblait bien être le cas en Algérie¹⁷.

La procédure devant le juge du fond, dans nos pays, est sans doute contradictoire, mais dans une mesure limitée dès lors que le juge se base sur le dossier répressif déjà constitué et dont il n'est débattu que très partiellement. Ce n'est que la procédure d'assises qui revêt un caractère contradictoire plus effectif dans la mesure où toutes les preuves sont présentées devant elle (rapport du juge d'instruction, audition des témoins, rapport des experts, présentation des pièces à conviction, etc.).

Le système inquisitoire adopté par le Code français d'instruction criminelle de 1808 a été exporté dans toute l'Europe continentale, mais il est en recul : le juge d'instruction est de moins en moins souvent saisi ; ses pouvoirs ont tendance à se déplacer vers le Ministère public ; le rôle des parties s'est accru durant la phase préliminaire avec davantage de contradiction pour certains actes et la possibilité de demander des actes d'instruction ; certains pays ont supprimé purement et simplement le juge d'instruction (l'Allemagne en 1975, l'Italie en 1989, l'Autriche en 2008, la Suisse en 2011¹⁸, etc.). Le rôle des parties s'est accru devant le juge du fond, à tel point que, en Espagne, par exemple, celui-ci a un rôle pratiquement neutre.

IV – LES SYSTÈMES EN MOUVEMENT

5. Aucun système n'est figé : ainsi, le système américain, prototype du système accusatoire a tendance à laisser plus de place à de l'inquisitoire¹⁹, en particulier en matière de terrorisme²⁰ ; à l'opposé, les systèmes traditionnellement inquisitoires, tels les nôtres, introduisent davantage de dimensions accusatoires, tant au stade de l'enquête préliminaire que du jugement et ce, notamment sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme. L'on observera d'ailleurs que le modèle accusatoire s'impose de plus en plus à elle. Ce sont ces évolutions qui poussent à relativiser la distinction entre accusatoire et inquisitoire ; il n'en reste pas moins qu'elle a le mérite de mettre en évidence la différence fondamentale entre un système dans lequel la récolte des preuves est l'apanage des parties et celui où cette tâche incombe à l'autorité publique, avec pour obligation d'instruire à charge et à décharge.

¹⁷ A. CHAFAI, *op. cit.*, p. 136.

¹⁸ M. JENDLY, A. KUHN, *op. cit.*, p. 121-130.

¹⁹ J. PRADEL, *op. cit.*, p. 802 et s.

²⁰ D. M. AMANN, *op. cit.*, p. 745-764 ; J.-C. PAYE, *op. cit.*, p. 973-987 ; R. JESPERS, *op. cit.*, p. 12-16.

V – LES DIFFÉRENTES PHASES DE LA PROCÉDURE

6. Après avoir mis en exergue les grandes caractéristiques *théoriques* des différents systèmes, un rapide parcours des différentes phases de la procédure s'impose pour voir, dans les grandes lignes, comment elles sont concrètement organisées dans divers droits. L'on commencera par la phase préliminaire de récolte des preuves, pour s'attarder ensuite un instant sur la phase intermédiaire et terminer par la phase de jugement.

A – LA PHASE PRÉLIMINAIRE DE RÉCOLTE DES PREUVES

7. Nous aborderons la phase préliminaire de récolte des preuves par un prisme, celui du rôle des parties dans cette récolte.

Rappelons que si, dans nos pays, l'enquête préliminaire est confiée à un magistrat indépendant et impartial – le juge d'instruction – à tout le moins pour les affaires graves, celui-ci se fait rare dans les autres pays ; c'est généralement la police, éventuellement sous la direction ou le contrôle du Ministère public, qui rassemble les preuves. Tel est le cas dans les pays de *Common Law* mais aussi dans de très nombreux autres pays qui ne connaissent pas le juge d'instruction ; il en est ainsi au Japon²¹, pour ne prendre qu'un exemple. Mentionnons aussi le cas particulier de l'Iran qui confie la récolte des preuves au juge du fond lui-même, avec la possibilité pour celui-ci de charger un « juge d'instruction » – qui n'est toutefois pas un juge indépendant – ou des officiers de police de poser des actes d'investigation²².

Au cours de la phase d'enquête préparatoire, le rôle de la défense, avec ce que l'on appelle en droit italien « le droit à la preuve » est généralement peu organisé : dans les systèmes de *Common Law*, le suspect peut, certes, demander officieusement aux policiers de procéder à tel devoir, mais sans qu'aucun droit ni aucune règle de procédure ne l'organise ; le juge appréciera simplement le refus, pouvant l'interpréter comme une absence de preuve entraînant l'acquittement.

Dans les systèmes de tradition romano-germanique, dès lors que la phase d'enquête préliminaire est largement inquisitoire, le droit d'intervention du suspect n'est pas nécessairement bien assuré, que ce soit sous l'angle de l'accès au dossier ou sous l'angle de la possibilité d'obtenir des actes d'instruction²³. Ainsi, en Belgique, ce n'est que depuis 1998 que l'inculpé ainsi que la partie civile ont le droit de solliciter du juge d'instruction des actes d'enquête ; celui-ci peut accepter ou refuser sous le contrôle de la chambre des mises en accusation qui a la haute surveillance de l'instruction²⁴. En revanche, ils n'ont aucune possibilité de peser un tant soit peu sur l'information diligentée par le Parquet. La seule petite touche contradictoire de la phase d'enquête est donc réduite au plus haut point en Belgique.

²¹ H. ODA, *op. cit.*, p. 436.

²² H. REZAEI, « The Iranian Criminal Justice under the Islamization Project », *Eur. Journ. Crime, Cr. L. Cr. J.*, 2002, p. 61.

²³ J. PRADEL, *op. cit.*, p. 259-260.

²⁴ Art. 61^{ter} et 61^{quinquies} du code d'instruction criminelle belge.

B – LA PHASE INTERMÉDIAIRE

8. Qu'en est-il de la phase intermédiaire, c'est-à-dire de la décision sur la suite à réserver à l'enquête, sachant que cette phase n'existe que pour les affaires d'une certaine gravité ? Elle se retrouve pratiquement dans tous les droits sous la forme d'une première évaluation des éléments qui serviront de preuves quant à savoir s'ils sont suffisants pour justifier la mise en jugement, même si elle ne prend pas partout la forme d'une audience avec un débat contradictoire.

En *Common Law*, la décision sur la suite à réserver à l'enquête est prise, à l'issue d'un débat public et contradictoire, en présence du prévenu et de son avocat et du Ministère public, par un juge, qui n'est pas intervenu dans le rassemblement des preuves et qui n'interviendra pas dans le jugement (*committal proceedings*). Il s'agit d'une véritable audience au cours de laquelle le Ministère public interroge ses témoins qui sont ensuite contre-interrogés par la défense ; il en est ensuite de même des témoins de la défense²⁵. Ce n'est que si les charges apparaissent suffisantes que le juge ordonnera le renvoi en vue de jugement.

L'avantage de cette procédure est de permettre à la partie publique d'évaluer ses preuves et pour la défense d'en prendre connaissance (du moins des principales) et de préparer sa stratégie en conséquence²⁶. De part et d'autre, c'est aussi le moment d'envisager l'opportunité d'une négociation (*plea bargaining*).

Ce modèle se retrouve en droit canadien, tout en sachant que le prévenu peut renoncer à cette phase de la procédure²⁷. En Angleterre, on a, en revanche, tendance à simplifier (les témoins ne sont plus entendus à ce stade), voire à omettre cette phase de la procédure²⁸. Une procédure semblable existe en droit américain (*preliminary hearing*) : à l'issue du débat, le juge décide le renvoi (*bind over order*) ou rend une décision que nous appellerions une décision de non-lieu (*dismissal*) lorsqu'il estime qu'il n'existe pas d'éléments suffisants pour poursuivre, décision contre laquelle la partie poursuivante ne dispose pas d'appel (mais elle peut la faire annuler par le grand jury ou présenter une nouvelle *complaint*). Ici aussi, l'accusé peut renoncer à cette phase intermédiaire du procès après consultation d'un avocat. La particularité de la procédure américaine à ce stade réside dans le fait que le juge procédera à un premier examen de l'affaire en l'absence du prévenu. En outre, après l'audience préliminaire ou à sa place, l'on peut avoir une audience devant le grand jury lorsqu'il existe : celui-ci délibère en secret, n'entend que les preuves du procureur en l'absence de la partie poursuivie et de son

²⁵ A.J. BULLIER, *La Common Law*, 2^e éd., Dalloz, 2007, p. 106-108 ; J. PRADEL, *op. cit.*, p. 411.

²⁶ J. PRADEL, *op. cit.*, p. 411.

²⁷ D. VANDERMEERSCH, « Droit continental vs droit anglo-américain : quels enseignements pour le droit belge de la procédure pénale ? », *Reu. dr. pén.*, 2001, p. 486-488 ; A. N. YOUNG, « Canada », in L. DUPONT et C. FIJNAUT (dir.), *International Encyclopaedia of Laws*, vol. 1, *Criminal Law*, Kluwer, 1999, p. 205-221.

²⁸ J. R. SPENCER, « The English system », in M. DELMAS-MARTY et J.-R. SPENCER (dir.), *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, 2002, p. 172-173.

défenseur, de telle sorte que les témoins de la partie poursuivante ne sont pas contre-interrogés. Les États-Unis sont les seuls à avoir conservé – du moins en partie – le grand jury²⁹.

En revanche, Israël, qui a hérité d'un système accusatoire à l'anglaise – devenu mixte par la suite³⁰ – ne connaît pas d'audience préliminaire (*pretrial hearing*) pour déterminer si les charges sont suffisantes ; cette question relève du procureur³¹.

En Italie, la phase intermédiaire, qui prend la forme d'une audience préliminaire, a lieu devant le juge de l'enquête préliminaire. Ce juge est saisi par le procureur qui estime l'enquête achevée et qui lui communique son dossier. Le prévenu a, à ce moment, accès au dossier du procureur et il peut solliciter de nouvelles mesures d'enquête. Lors de l'audience, le Ministère public expose le contenu de son dossier ; le prévenu peut demander à être soumis à un interrogatoire, auquel le juge procède – survivance du système inquisitoire – avant de déclarer la discussion close ou d'indiquer aux parties les éléments sur lesquels il aimerait avoir des éclaircissements. Les parties peuvent alors produire des documents et solliciter l'audition de témoins ; le juge interroge ces témoins – autre marque du modèle inquisitoire toujours présent dans le système italien – et peut ordonner au Ministère public d'accomplir de nouveaux devoirs d'enquête. À l'issue des débats, toutes les parties présentent leurs conclusions et le juge de l'enquête préliminaire statue sur la mise en accusation : il prononce soit le non-lieu, soit le renvoi³². À ce stade de la procédure, le juge de l'enquête préliminaire pourra décider, notamment en matière de criminalité maffieuse, que certaines preuves pourront valoir en tant que telles lors de l'audience au fond sans que doivent être entendus les témoins qui en sont à l'origine, ce qui constitue une dérogation majeure au principe du contradictoire présidant à la procédure italienne.

Si la plupart des systèmes connaissent une phase intermédiaire à l'issue de l'enquête, tous ne l'organisent pas sous la forme d'une audience avec un débat contradictoire. Ainsi, en Allemagne et en Espagne, par exemple, si cette phase de la procédure est bien contradictoire – la défense prend connaissance des preuves rassemblées par l'accusation et peut solliciter de nouveaux devoirs d'enquête ou contester divers éléments – elle est entièrement écrite.

En Allemagne, la procédure de renvoi ou de non-lieu intervient en deux étapes : une procédure intermédiaire et une procédure principale, avec pour caractéristique qu'elles ont lieu devant le tribunal qui aura à connaître du fond de l'affaire ; en dépit de l'absence d'audience, le prévenu est invité à réagir à l'acte d'accusation communiqué par le Ministère public par exemple en demandant de nouveaux devoirs d'enquête³³.

²⁹ J. CÉDRAS, *La justice pénale aux États-Unis*, 2^e éd., Economica, 2005, p. 216-220, 225-229 et 231-245.

³⁰ K. MANN, « Criminal procedure », in *Introduction to the Law of Israel*, Kluwer Law International, 1995, p. 267.

³¹ K. MANN, *op. cit.*, p. 277-279.

³² Dr. M. CHIAVARIO, « Le mouvement de réforme du procès pénal et la protection des droits de l'homme en Italie », *RID pén.* 1993, p. 1197-1198.

³³ N. FOSTER et S. SULE, *German legal system and laws*, 4^e éd., Oxford University Press, 2010, p. 395-398.

En Espagne, à l'issue de son enquête, le juge d'instruction rend une décision de clôture qui saisit le tribunal qui connaîtra d'abord de la *fase intermedia* et ensuite du *juicio oral*. Les parties accusatrices – le procureur et l'avocat du plaignant – reçoivent copie du dossier en vue de donner leur avis sur la suite de la procédure, avis auquel l'accusé peut répondre. Chaque partie doit indiquer les preuves qu'elle compte utiliser à l'audience sous forme de liste de témoins et d'experts. Le tribunal prend alors sa décision : renvoi au juge du fond, renvoi au juge d'instruction en vue de nouvelles investigations ou non-lieu.

C – LA PHASE DE JUGEMENT

10. Tant dans le système accusatoire qu'inquisitoire, l'audience est en principe orale, publique et contradictoire ; l'accusé et son défenseur ont la parole en derniers, sauf exception.

En principe, la *Common Law* ne conçoit pas le défaut puisque tout repose sur la contradiction, alors que le jugement *in absentia* est parfaitement possible dans le système romano-germanique (sauf en Allemagne³⁴ et en Espagne)³⁵.

De manière générale, la phase décisive se distingue par son caractère accusatoire, même dans les pays où la phase d'enquête est largement inquisitoire. Le cœur de la procédure de jugement est le débat contradictoire, mais il peut prendre des formes différentes d'un système et d'un pays à l'autre. Dans tous les systèmes juridiques, l'égalité des armes est, à ce stade, acquise : la défense peut produire des preuves au même titre que l'accusation. Ainsi, la défense comme l'accusation peut citer des témoins qui seront entendus contradictoirement (même si la forme de cette audition contradictoire sera très différente d'un système et d'un pays à l'autre). En *Common Law*, la faculté pour la défense de citer des témoins est encore plus marquée car tel est précisément son rôle : personne n'a recherché ces témoins à sa place en amont. L'Italie est aussi caractéristique à cet égard au vu de l'article 190 du Code de procédure pénale qui prévoit que les témoins sont entendus à la demande des parties ; les témoins de la défense ont donc été identifiés par elle.

Le rôle du juge est assez différent d'un système à l'autre : dans le système romano-germanique, le juge a un rôle actif : il dirige les débats, il va au devant des preuves, il interroge lui-même le prévenu, la victime et les témoins, il relaie, s'il l'estime utile et opportun, les questions des parties aux témoins, il ordonne une expertise ou d'autres devoirs d'enquête telle une descente sur les lieux. A cet effet, il dispose du dossier de l'enquête préliminaire qu'il a déjà pu examiner avant l'audience. En Allemagne, le Code de procédure pénale prescrit lui-même au juge de rechercher d'office tous les éléments de preuve, indépendamment des demandes des parties. Quant aux preuves déterminantes, le tribunal est tenu d'entendre le témoin lui-même ; il ne peut se contenter d'un procès-verbal d'audition³⁶, contrairement à ce qui se passe en Belgique, par exemple.

³⁴ R. JUY-BIRMAN, « The German system », in M. DELMAS-MARTY et J.-R. SPENCER, *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, 2002, p. 304-305 ; v. les palliatifs dans J. PRADEL, *op. cit.*, p. 420.

³⁵ J. PRADEL, *op. cit.*, p. 419.

³⁶ N. FOSTER et S. SULE, *op. cit.*, p. 397-398.

Dans le système de *Common Law*, la preuve à proprement parler étant recueillie à l'audience et à l'initiative des parties et non du juge, cette matière est fortement réglementée. Certes, un juge a pu intervenir au cours de l'enquête préliminaire pour autoriser des actes d'enquête particulièrement attentatoires aux droits et libertés individuels, tel une écoute téléphonique ou une perquisition, mais le principe – qui s'explique par les traits les plus caractéristiques du système – est la passivité, relative, du juge du fond. Il sert d'arbitre entre les parties qui présentent chacune leurs preuves ; il ne peut à aucun moment rechercher celles-ci lui-même ou ordonner des actes d'investigation ; il n'interroge pas lui-même les témoins : selon Lord Green, dans un arrêt de 1945, « *Le juge qui interroge lui-même les témoins est considéré comme descendant dans l'arène et est conduit à avoir une vision obscurcie par la poussière du conflit. Inconsciemment, il se prive lui-même de l'apaisement et d'une observation dépassionnée* ³⁷ ». Dès lors, le juge anglais ne dispose pas du dossier de l'enquête préparatoire, mais seulement de l'acte d'accusation et des données d'identité de l'accusé.

En *Common Law*, le rôle du juge n'est pourtant pas négligeable. En tant qu'arbitre, il peut refuser que certaines questions soient posées aux témoins en raison de leur manque de pertinence pour l'affaire ou du fait qu'elles mettraient au jour des éléments qui ne peuvent être pris en considération, tels des éléments du casier judiciaire. Il y a même une tendance à admettre que le juge de *Common Law* ait un rôle plus actif ; ainsi, il peut interroger un témoin pour qu'il complète sa réponse, voire en convoquer un³⁸. En outre, le rôle du juge de *Common Law* est de première importance lorsque c'est le jury qui statue ; en effet, à l'issue des débats sur les preuves et avant les ultimes déclarations des parties, le juge résume les faits et les charges à l'intention des jurés, éclaire ceux-ci sur les règles à appliquer, notamment quant à savoir à qui incombe la charge de la preuve de tels faits, voire relève les preuves qui font défaut, tout en précisant que le jury n'est pas tenu par ses commentaires³⁹.

VI – L'ACCÈS AU DOSSIER ET LA COMMUNICATION DES PREUVES

11. Il est peut-être opportun à ce stade de s'arrêter un moment sur la communication du dossier.

De manière générale et de plus en plus marquée, l'accusé et/ou son avocat ont le droit d'avoir connaissance des preuves qui lui seront opposées par l'accusation à l'audience ; les preuves lui sont donc communiquées.

Dans le système romano-germanique, le dossier dans lequel sont consignées les preuves est mis à la disposition de la défense avant l'audience au fond⁴⁰, mais selon des modalités très différentes.

Certaines législations consacrent un droit de communication du dossier presque total : il en est ainsi de la France, des Pays-Bas et de l'Espagne. Aux Pays-Bas, avant la clôture de l'instruction, et avant la citation en jugement en l'absence d'instruction, l'inculpé et

³⁷ Cité par J. PRADEL, *op. cit.*, p. 263.

³⁸ J. PRADEL, *op. cit.*, p. 264.

³⁹ J. PRADEL, *op. cit.*, p. 263 et 422.

⁴⁰ CEDH, 30 mars 1989, *Lamy c/ Belgique*, série A n° 151.

son avocat ont accès au dossier, et cela dès le début de l'enquête, sauf si le policier – ou le juge d'instruction en cas d'instruction – décide de soustraire certaines pièces dans l'intérêt de l'enquête ; la défense a cependant un droit de recours contre cette décision. Toutefois, en matière de terrorisme, si l'inculpé est détenu, le droit de consulter le dossier peut être supprimé pendant un délai de deux ans⁴¹. En toute hypothèse, la défense a accès à l'ensemble du dossier après la clôture de l'instruction ou avant la citation devant le juge du fond.

L'Espagne connaît un système fort semblable au système français : l'avocat est présent au cours de l'enquête, mais il n'a pas accès au dossier. Au cours de l'instruction, les parties peuvent prendre connaissance de l'ensemble des pièces, sauf décision contraire motivée du juge d'instruction, pour une durée limitée à un mois. Dix jours au moins avant la conclusion de l'instruction, elles peuvent prendre connaissance de l'ensemble du dossier, sans plus aucune réserve possible⁴².

En Allemagne, l'inculpé et son avocat peuvent prendre connaissance sans restriction des procès-verbaux d'interrogatoire de l'inculpé, des procès-verbaux des actes auxquels ils peuvent assister ainsi que des rapports d'expertise ; dans les autres cas, le magistrat du Ministère public peut restreindre cet accès s'il considère qu'il mettrait en danger le déroulement de l'enquête, et ce sans recours possible des parties⁴³.

La Belgique connaît, elle, un système beaucoup plus strict puisque le principe reste la non communication du dossier. Pendant l'information, les parties n'ont aucun droit à faire valoir pour prendre connaissance de l'enquête. Elles peuvent solliciter le procureur du Roi à cette fin, mais sans obligation de sa part de faire droit à leur demande. Elles ne se voient accorder un véritable droit d'accès au dossier que dix jours avant l'audience au fond. La situation est un peu différente dans le cadre de l'instruction : l'inculpé détenu a un droit d'accès absolu au dossier avant chaque comparution devant la chambre du conseil appelée à statuer sur le maintien de la détention préventive⁴⁴ ; en revanche, l'inculpé non détenu et les parties civiles peuvent simplement demander cet accès par requête au juge d'instruction, celui-ci pouvant y faire droit totalement ou partiellement ou refuser en raison des nécessités de l'instruction, du respect de la vie privée ou d'un danger pour les personnes ; un recours est ouvert contre cette décision devant la chambre des mises en accusation⁴⁵. En toute hypothèse, les parties ont accès à la totalité du dossier dix jours avant le règlement de la procédure⁴⁶. De manière générale, le droit belge ne fait pas de différence entre l'avocat et son client.

La situation est bien différente en *Common Law*. Au départ, les parties n'ont pas de droit à la divulgation puisqu'elles n'ont pas d'obligation de communiquer leurs éléments de preuve aux autres parties. L'exemple le plus marquant est celui du Japon qui ne connaît aucune obligation de communiquer le dossier – pourtant fort détaillé – à aucun moment

⁴¹ Art. 30-2 du code penal néerlandais ; D. VAN DAELE, B. VANGEEBERGEN, *op. cit.*, p. 138-139.

⁴² Art. 302 LECRIM.

⁴³ Art. 147 St PO ; D. VAN DAELE, B. VANGEEBERGEN, *op. cit.*, p. 120.

⁴⁴ Art. 21 et 22 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive.

⁴⁵ Art. 61^{ter} du code d'instruction criminelle belge.

⁴⁶ Art. 127 du code d'instruction criminelle belge. Ce délai peut être réduit à trois jours s'il y a un détenu.

du procès. Le droit à la communication ne se vérifie qu'après l'interrogatoire du procureur c'est-à-dire au moment où la défense procède au contre-interrogatoire⁴⁷.

En Angleterre, au Canada⁴⁸ et en Italie, la communication des preuves est élaborée, mais seulement au profit de la défense.

Ainsi, en Angleterre, l'on peut résumer la situation en disant que la défense a aujourd'hui le droit de se voir communiquer toutes les preuves rassemblées par la police, que la partie poursuivante ait ou non l'intention de les utiliser⁴⁹. La jurisprudence canadienne va également dans le sens d'une divulgation des preuves à la défense, mais avec de possibles réserves.

En Italie, la défense n'a aucun droit à la communication des preuves pendant la phase préliminaire, sous la réserve importante de l'incident probatoire, procédure tendant à constituer des preuves dès l'enquête préliminaire lorsque ces preuves ne pourront plus être produites à l'audience⁵⁰. Dans ce cadre, l'inculpé a accès au dossier de manière à pouvoir faire valoir ses objections à la constitution de ces preuves⁵¹. L'inculpé a également accès au dossier lorsqu'il y a atteinte à la liberté individuelle⁵². Dès la fin de l'enquête préliminaire, l'avocat de l'inculpé a accès au dossier⁵³.

Aux États-Unis, en ce qui concerne la communication des preuves, c'est un principe d'égalité qui prévaut en ce que les preuves doivent non seulement être communiquées par la partie poursuivante à la défense mais aussi l'inverse. Des sanctions sont prévues en cas de non communication telle l'injonction faite par le juge à la partie poursuivante de communiquer la preuve à l'accusé et la suspension du procès pour permettre à l'avocat de la défense de l'examiner ou l'exclusion de la preuve. De même, l'accusé doit communiquer ses preuves et ses moyens de défense à la partie poursuivante, mais avec la réserve qu'il ne doit pas témoigner contre lui-même⁵⁴.

⁴⁷ J. PRADEL, *op. cit.*, p. 290.

⁴⁸ « La communication de la preuve avant le procès », in *Guide du service fédéral des poursuites*, disponible sur le site : <http://www.justice.gc.ca>.

⁴⁹ S'il s'agit d'affaires graves traitées par la *Crown Court (indictment trial)*, une sorte d'audience préliminaire d'examen des preuves que la partie poursuivante entend utiliser devant le juge de paix est prévue de manière à vérifier si l'affaire peut aller en jugement ; la partie poursuivante est à ce moment obligée de communiquer ses preuves à la défense et au juge de paix. Pour les affaires d'importance moyenne (*either way offences*), la défense a le droit d'exiger la communication des preuves dans un délai raisonnable. Enfin, pour les affaires de faible importance (*summary offences*), la défense n'a aucun droit à la communication. En ce qui concerne les preuves que la partie poursuivante ne compte pas utiliser, la jurisprudence exige également qu'elles soient communiquées à la défense (J. PRADEL, *op. cit.*, p. 291).

⁵⁰ V. A. PERRODET, « The Italian System », in *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, 2002, p. 394-395.

⁵¹ Art. 396 du code pénal italien.

⁵² Art. 291 du code pénal italien.

⁵³ Art. 431 du code pénal italien.

⁵⁴ J. PRADEL, *op. cit.*, p. 93.

Le droit italien est intéressant du point de vue de l'usage du dossier : il prévoit un système de double dossier⁵⁵, un « dossier des débats » remis au juge du fond et un dossier du Parquet qui, lui, est soumis aux parties mais pas au juge⁵⁶ ; c'est dans ce dernier dossier que se trouvent les procès-verbaux d'audition et d'autres actes d'investigation réalisés pendant la phase d'enquête ainsi que les procès-verbaux des actes d'enquête réalisés par le juge de l'enquête préliminaire à l'occasion d'un incident probatoire ; il en est ainsi des procès-verbaux d'audition urgente des témoins qui ne pourront pas ou plus être entendus à l'audience. Le législateur étant parti de l'idée que la preuve se constitue devant le juge du fond, il a voulu éviter que celui-ci soit influencé par ce qui s'était passé durant la phase d'enquête. Le juge ne pourra donc se référer dans sa décision aux pièces du dossier des débats que pour autant qu'elles aient été discutées contradictoirement à l'audience. Les procès-verbaux du dossier du Parquet ne peuvent servir qu'à détruire la crédibilité de ce que le juge apprend à l'audience, mais non à prouver positivement un fait. Le système a toutefois tendance à s'assouplir et la distinction entre les deux dossiers à s'atténuer⁵⁷.

Si l'on compare la logique de ce système avec ce que nous connaissons en France ou en Belgique, l'on aperçoit tout de suite la relativité de la notion de contradictoire ; en effet, dans ces pays, l'on considère que le seul fait de mettre le dossier à la disposition des parties est censé garantir le caractère contradictoire des débats, à telle enseigne que le juge peut fonder sa décision, même de manière déterminante, sur n'importe quelle pièce du dossier, fût-elle passée complètement inaperçue lors des débats et même si on ignore totalement dans quelles conditions cette preuve a été recueillie.

VII – LA CONTRADICTION LORS DE L'ARRESTATION ET DE LA DÉTENTION PROVISOIRE

12. La question se pose également de savoir s'il y a une place pour le débat contradictoire lors de différentes étapes de la procédure, telle l'arrestation et la détention provisoire. L'arrestation a lieu ou non sous le contrôle d'un juge, mais évidemment sans débat contradictoire. En revanche, celui-ci est souvent prévu préalablement à la détention provisoire auquel sont présents l'auteur suspecté, son conseil et le Ministère public. Le juge dispose souvent d'un dossier complet, comme en France, en Italie et en Espagne, mais il existe des systèmes, comme en droit américain, où le juge ne dispose comme seuls éléments que les interrogatoires et contre-interrogatoires du suspect et des témoins auxquels se sont livrées les parties devant lui. L'intervention de l'avocat est généralement prévue, même s'il n'a pas nécessairement accès au dossier du juge. En Belgique, en revanche, le décernement d'un mandat d'arrêt a lieu sans débat contradictoire ; le juge d'instruction informe l'inculpé, qui pourra, à partir du 1^{er} janvier 2012, être assisté de son avocat, et l'entend dans ses objections à la délivrance d'un mandat d'arrêt ; le débat contradictoire n'aura lieu que cinq jours plus tard devant la chambre du conseil (juridiction d'instruction) appelée à le confirmer, le cas échéant. Ceci

⁵⁵ A. PERRODET, *op. cit.*, p. 387.

⁵⁶ E. ZAPPALA, *op. cit.*, p. 121 ; A. PERRODET, *op. cit.*, p. 387.

⁵⁷ J. PRADEL, *op. cit.*, p. 263.

s'explique par le délai de garde à vue, jusqu'à présent très court, puisqu'il est de vingt-quatre heures. Aux Pays-Bas, la décision prise par le juge doit être confirmée dans les quatorze jours par la chambre du conseil du tribunal⁵⁸. En Italie, le juge peut également décerner un mandat sans débat contradictoire, mais il doit alors organiser celui-ci dans les cinq jours⁵⁹.

CONCLUSION

13. En conclusion de ce petit tour du monde – si l'on peut dire – de la contradiction, l'on retiendra qu'il s'agit d'une notion centrale dans tous les systèmes juridiques, mais que la place qui lui est faite et que les modalités retenues varient au plus haut point d'un pays à l'autre. Le contradictoire peut être garanti dès la phase préliminaire, que ce soit dans un système de type accusatoire ou inquisitoire, ou être reporté jusqu'à la phase intermédiaire, voire la phase de jugement.

C'est notamment au travers du caractère plus ou moins contradictoire d'une procédure pénale qu'un législateur dit sa volonté d'autorité ou de liberté.

⁵⁸ D. VAN DAELE, B. VANGEEBERGEN, *op. cit.*, p. 275-280.

⁵⁹ M. DELMAS-MARTY, *Procédures pénales d'Europe (Allemagne, Angleterre et Pays de Galles, Belgique, France, Italie)*, PUF, coll. « Themis », 1995, p. 339-340 ; J. PRADEL, *op. cit.*, p. 388-399.