Le principe de l'opportunité de la poursuite

Autor(en): **Roth, Robert**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **108 (1989)**

PDF erstellt am: **27.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896329

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Le principe de l'opportunité de la poursuite

Rapport présenté par ROBERT ROTH
Professeur à l'Université de Genève

Table des matières

Bibliographie 173

Abréviations 180

Remerciements 181

Introduction 183

Première partie: Questions de principe 191

Chapitre I:
Essais de définition 193

Chapitre II:
Fondements historiques et philosophiques de la controverse entre opportunité et légalité de la poursuite 198

Chapitre III:
Statut juridique du principe de l'opportunité et incidences sur le débat fédéraliste en Suisse 206

Chapitre IV:
Opportunité et principe d'égalité 218

Chapitre V:
La présomption d'innocence 227
A. La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence suisse 227
B. Le champ d'application des garanties offertes par la CEDH 228
C. Les droits immatériels garantis par la présomption d'innocence . . . 232
a. Le «droit à être jugé» 232
b. La condamnation des anticipations de verdict de culpabilité . . 234

Chapitre VI:
Le cadre juridique du renoncement à la poursuite 236
A. Cadre théorique: le pouvoir d'appréciation 236
B. Cadre concret: les critères 240

Chapitre VII:
Les moyens de contrôle 246
A. Une large palette 248
B. Recours judiciaire 249

Deuxième partie: Opportunité et développements contemporains de législation pénale et de politique criminelle 253

Chapitre I:
Droit pénal administratif et accessoire 255
A. Un recours accru au principe de l'opportunité? 255
B. Les multiples pouvoirs de l'administration répressive 258
C. Les sanctions disciplinaires et les poursuites dirigées contre les magistrats et fonctionnaires 264

Chapitre II:
Délinquance et criminalisation économiques 268

Chapitre III:
Une redistribution des cartes: la place de la personne privée dans le procès pénal 275

Chapitre IV:
Droit pénal international et affaires politiques 287

Chapitre V:
L'économie du procès pénal 295
A. Légitimité du propos 295
B. Rien que des bagatelles? 301
C. Alternatives au classement 303
a. L'ordonnance de condamnation et la transaction 304
b. Décriminalisation, dépénalisation, déclassement 309

Conclusion 312

A. Recherche criminologique et évolution du principe de l'opportunité . 312
B. Une politique sanctionnelle? 313
C. Trois arguments: Et un avenir? 319

Bibliographie

N. B. Ne sont répertoriés ici que les travaux présentant un intérêt général. D'autres références sont fournies dans les notes, dans lesquelles nous utilisons des abréviations correspondant aux mots signalés en italiques dans la présente bibliographie.

AEPPLI GION FELIX, Formelles Übertretungsstrafrecht im Kanton Zürich, thèse, Zürich, 1971.

ASHWORTH ALAN, The «Public Interest» element in law prosecution, Crim. law rev. 1987, pp. 595 ss.

AUER ANDREAS, L'égalité dans l'illégalité, ZBl 1978, pp. 281 ss.

AYERS KENNETH A./FRANK JAMES, Deciding to prosecute white-collar crime: a national survey of state attorneys general, Justice Quarterly 1987, pp. 425 ss.

BÄNZIGER FELIX, Das gemäßigte Opportunitätsprinzip in der Praxis des Kantons Appenzell A.-Rh., RPS 1982, pp. 287 ss.

BÄNZIGER FELIX/STOLZ AUGUST W., Strafprozeßordnung des Kantons Appenzell A.Rh. vom 30. April 1978, mit Erläuterungen, Speicher, Lutz, 1980.

BANDEMER DAGMAR, Einstellung hinter der Einstellung, NStZ 1988, pp. 297 ss.

BECKMANN WOLFGANG, Das Bagatelldelikt und seine Behandlung im Strafgesetzbuch der Schweiz, Baden-Baden, Nomos, 1982.

BEER MARIE-THÉRÈSE, Le classement dans la procédure pénale en Suisse, mémoire de licence, Genève, 1979.

BERNASCONI PAOLO, Lehren aus den Strafverfahren in den Fällen Texon etc. RPS 1981, pp. 379 ss.

BINDSCHEDLER GEORGES, Zur Rechtsnatur des Strafantrages, RPS 1975, pp. 289 ss.

BLANKENBURG ERHARD, *et al.*, Der Staatsanwalt im Prozeß strafrechtlicher Sozialkontrolle, Berlin, Duncker & Humblot, 1978.

BLÄTTLER STEFAN, Rôles et fonctions des services de la Confédération chargés de tâches de police judiciaire, Bern, Stämpfli, 1988.

BOLLE PIERRE-HENRI, Les *lenteurs* de la procédure pénale, RCS 1982, pp. 291 ss.

– Quelques considérations sur l'*opportunité* et la légalité des poursuites, in Helsinki Institute, Non-prosecution, op. cit., pp. 84 ss.

BRÜHLMEIER BEAT, Aargauische Strafprozeßordnung. Kommentar, 2eme éd., Aarau, Keller, 1980.

BRUNNER PETER, Die Stellung des Geschädigten im zürcherischen Offizial- und subsidiären Privatklageverfahren, thèse, Zürich, 1976.

BULLIER ANTOINE J., Le Crown Prosecution Service: émergence d'un parquet en Angleterre?, RCS 1988, pp. 272 ss.

CAVIN PIERRE, Droit pénal et procédure cantonale, RDS 1946, pp. 1a ss.

CHIAVARIO MARIO, La riforma del processo penale, Torino, UTET, 1988.

CLERC FRANÇOIS, A propos des *controverses* en Suisse sur les principes de l'opportunité et de la légalité des poursuites, RPS 1948, pp. 161 ss.

– *Rapport général*, in: Actes du Ve Congrès international de droit pénal, Paris, Sirey, 1952, pp. 217 ss.

– Le *procès pénal* en Suisse romande, Paris, Ed. de l'Epargne, 1955.

– *Trente ans* de procédure en Suisse, RPS 1973, pp. 337 ss.
– *Initiation* à la justice pénale en Suisse, vol. I, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1975.
– Remarques sur l'*ordonnance pénale*, in: Festgabe Hans Schultz, RPS 1977, XLIV, pp. 414 ss.
– *Opportunité* ou légalité des poursuites?, RPS 1982, pp. 276 ss.
– Le problème des *procédures accélérées* en Suisse, Arch. de pol. crim. 1982, pp. 179 ss.

CLOSE FRÉDÉRIC, La transaction en matière pénale, Rev. dr. pén. crim. 1986, pp. 47 ss.

COLLIARD CLAUDE-ALBERT/TIMSIT GERARD, Les autorités administratives indépendantes, Paris, PUF, 1988.

COMTESSE FRÉDÉRIC HENRI, Das Verhältnis des Bundesstrafrechts zum kantonalen Strafprozeßrecht, RDS 1946, pp. 61a ss.

Connaissance et fonctionnement de la justice pénale: perspectives sociologiques et criminologiques, Paris, éd. du C. N. R. S., 1979.

CORBOZ BERNARD, L'accusateur privé, Rev. int. crim. police techn. 1977, pp. 7 ss.

DAVIDOVITCH ANDRÉ, Le fonctionnement des parquets en France; recherche sur un mécanisme de régulation du système de justice pénale, in: Connaissance et fonctionnement de la justice pénale, op. cit., pp. 65 ss.

DAVIDOVITCH ANDRÉ/BOUDON RAYMOND, Les mécanismes sociaux des abandons des poursuites, L'Année sociologique 1964, pp. 111 ss.

DAVIS KENNETH C., Discretionary justice. A preliminary inquiry, Univ. of Chicago Press, 1971.

DINICHERT PIERRE *et al.*, Procédure pénale genevoise (exposé de la jurisprudence récente), SJ 1986, pp. 465 ss.

DRIENDL JOHANNES, Empfiehlt es sich, die Bestimmung «mangelnde Strafwürdigkeit der Tat» (ö StrGB §42) in das schweizerische Strafgesetzbuch zu übernehmen? RPS 1980, pp. 1 ss.

DRIENDL JOHANNES/MARTY DICK, Staatsanwaltschaft und Strafverfolgung in der Schweiz, in: JESCHECK/LEIBINGER, Funktion und Tätigkeit, op. cit., pp. 329 ss.

DU JARDIN JEAN, La politique criminelle du ministère public, in: Liber amicorum Frédéric Dumon, Antwerpen, Kluwer, 1983, t. I, pp. 437 ss.

DUPRÉ JEAN-FRANÇOIS, La transaction en matière pénale, Paris, Litec, 1977.

FROWEIN JOCHEN ABRAHAM, Zur Bedeutung der Unschuldvermutung in Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Festschrift Hans Huber, Bern, Stämpfli, 1981, pp. 553 ss.

GERMANN OSKAR ADOLF, *Kommentar* zum schweizerischen Strafgesetzbuch, vol. I, Zürich, Schulthess, 1953
– Zum strafprozessrechtlichen *Legalitätsprinzip*, RPS 1961, pp. 1 ss.

GILLIERON PIERRE-ROBERT, Procédure pénale vaudoise. Code annoté, Lausanne, 1969.

GRAVEN PHILIPPE, L'économie du droit pénal et le droit pénal économique, RPS 1976, pp. 337 ss.

GRISEL ANDRÉ, Traité de droit administratif suisse, 2e éd., 2 vol., Neuchâtel, Ides et Calendes, 1984.

GROSMAN BRIAN A., The prosecutor. An inquiry into exercise of discretion, Univ. of Toronto Press, 1978.

GUARNIERI CARLO, Pubblico ministerio e sistema politico, Padova, Cedam, 1984.

HAEFLIGER ARTHUR, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, Bern, Stämpfli, 1985.
HAUSER ROBERT, Die Behandlung der *Bagatellkriminalität* in der Schweiz, ZStW 1980, pp. 295 ss.
– *Kurzlehrbuch* des schweizerischen Strafprozeßrechts, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1984
– Das schweizerische *Strafprozeßrecht* in der ZStR, RPS 1988, pp. 87 ss.
HEDIGER BERNHARD, Quantitative Betrachtungsweise im Strafrecht und ihre Anwendung im Rahmen des aargauischen Opportunitätsprinzips, thèse, Zürich, 1974.
HEIM WILLY, Le Ministère public dans le procès pénal en Suisse, JdT 1963 IV, pp. 2 ss.
Helsinki Institute for crime prevention and control, non-prosecution in Europe, Proceedings of the European Seminar, Helsinki, 1986.
HENRY MAX, Transaction économique et action civile: à la recherche d'une conciliation, RSC 1981, pp. 281 ss.
HERTWIG VOLKER, Die Einstellung des Strafverfahrens wegen Geringfügigkeit, Göttingen, Schwartz, 1982.
HEYDEN FRANZ, Begriff, Grundlagen und Verwirklichung des Legalitätsprinzips und des Opportunitätsprinzips, thèse, Zürich, 1961.
HIRSCH HANS-JOACHIM, Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland, ZStW 1980, pp. 218 ss.
HOHENDORF ANDREAS, § 153 a I StPO als Radikalmittel zur Bewältigung der «Massen-Bagatellkriminalität»?, NJW 1987, pp. 1177 ss.
HOTTELIER MICHEL, La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, Lausanne, Payot, 1985.
IMBODEN MAX/RHINOW RENÉ, Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, 5e éd., 2 vol., Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1976.
Interactions au sein de la justice pénale, Comité européen pour les problèmes criminels, Strasbourg, 1987.
Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, éd. par HERIBERT GOLSONG *et al.*, 1re livr., Köln, Heymann, 1986 (cité: *IntKomm EMRK*).
JACOT-GUILLARMOD OLIVIER, Le droit de procédure pénale neuchâtelois sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme, RJN 1980–1981, pp. 11 ss.
JENNY GUIDO, Einstellung und Freispruch mit Kosten, BJM 1985, pp. 1 ss.
JESCHECK HANS-HEINRICH/LEIBINGER RUDOLF (éds.), Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörden im ausländischen Recht, Baden-Baden, Nomos, 1979.
KLEINKNECHT THEODOR/MEYER KARLHEINZ, Strafprozeßordnung, 38e éd., München, Beck, 1987.
KNAPP BLAISE, Précis de droit administratif, 3e éd., Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1988.
KÜHL KRISTIAN, Unschuldvermutung, Freispruch und Einstellung, Köln, Heymann, 1983.
KÜNG-HOFER ROLF, Die Beschleunigung des Strafverfahrens unter Wahrung der Rechtsstaatlichkeit, Bern, Stämpfli, 1984.
KUNZ KARL-LUDWIG, Die *Einstellung* wegen Geringfügigkeit durch den Staatsanwalt, Königstein, Athenäum, 1980.
– Das strafrechtliche *Bagatellprinzip*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984.
– Die *Verdrängung* des Richters durch den Staatsanwalt, Krim. Jnal 1984, pp. 39 ss.

– *Leitlinien* der Strafrechtsreform im Sanktionsbereich, recht 1988, pp. 61 ss.
LÄMMLI KLAUS BEAT, Die Strafverfügung nach solothurnischem Prozeßrecht, thèse, Bern, 1983.
LEIGH LEONARD H., The relations between the organisation of the judiciary and criminal procedure, RIDP 1989, fasc. 1–2 (à paraître).
LIGGENSTORFER CHRISTINE, Gleichbehandlung im Unrecht, thèse, Bern, 1983.
MARTIN JEAN-DANIEL, Le juge instructeur vaudois et sa compétence spéciale, thèse, Lausanne, 1985.
MARTIN PIERRE, Probleme des Rechtsschutzes, RDS 1988 II, pp. 1 ss.
MERLE ROGER/VITU ANDRÉ, Traité de droit criminel, t. II, Procédure pénale, 3e éd., Paris Cujas, 1979.
MEYER PIUS, Ermessensprobleme, in: Mélanges Zwahlen, Lausanne, éd. de la RDAF, 1977, pp. 401 ss.
MÖSCHEL WERHARD, Zur Kriminalisierung von Kartellverstößen, in: Festgabe Max Kummer, Bern, Stämpfli, 1980, pp. 431 ss.
MOODY SUSAN R./TOMBS JACQUELINE, Prosecution in public interest, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1982.
MOOR PIERRE, Droit administratif, vol. I, Bern, Stämpfli, 1988.
NOLL PETER, Strafprozeßrecht, Zürich, Schulthess, 1977.
L'organisation des Parquets et ses incidences en matière de gestion et de politique criminelle, éd. par le Centre de recherches en politique criminelle, Paris, 1987.
PALIERO CARLO ENRICO, «Minima non curat praetor», Padova, Cedam, 1985.
PASCHMANNS NORBERT, Die staatsanwaltschaftliche Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit nach § 153, 153a StPO – Entscheidungsgrenzen und Entscheidungskriterien, Frankfurt/M., Lang, 1988.
Le pénal en première ligne ou en dernier ressort, Paris CESDIP, 1984.
PERELMAN CHAIM, Justice et raison, 2e éd., Bruxelles, Ed. univ., 1963.
PERRIN JEAN-FRANÇOIS, Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable?, in: PERELMAN CHAIM/VANDER ELST RAYMOND, Les notions à contenu variable en droit, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 201 ss.
PETER MARKUS, *Bundesstrafgerichtsbarkeit* und kantonale Gerichtsbarkeit, RPS 1971, pp. 166 ss.
– Die *Bundesanwaltschaft* als Staatsanwaltschaft des Bundes, thèse, Bern, 1972.
– Das neue Bundesgesetz über das *Verwaltungsstrafrecht*, RPS 1974, pp. 337 ss.
PFENNINGER HANS FELIX, Die *Popularstrafanklage*, RPS 1916, pp. 259 ss.
– *Legalität* oder Opportunität im schweizerischen Strafrecht, RPS 1951, pp. 125 ss.
PIQUEREZ GÉRARD, *Traité* de procédure civile bernoise et jurassienne, 2 vol., Neuchâtel, Ides et Calendes, 1983 et 1984.
– *Précis* de procédure pénale suisse, Lausanne, Payot, 1987.
PONCET DOMINIQUE, Le nouveau Code de procédure pénale genevoise annoté, Genève, Chancellerie d'Etat, 1978.
La position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale, Comité européen pour les problèmes criminels, Strasbourg, 1985.
PRADEL JEAN, Procédure pénale, 4e éd., Paris, Cujas, 1987.
– La *phase préparatoire* du procès pénal en droit comparé, RSC 1983, pp. 623 ss.

RASSAT MICHELE-LAURE, Le Ministère public entre son présent et son avenir, Paris, LGDJ, 1967.
RHINOW RENÉ, Ermessen im Verwaltungsrecht, recht 1983, pp. 41 ss. et 83 ss.
RIESS PETER, Die Zukunft des Legalitätsprinzips, ZRP 1981, pp. 2 ss.
RIKLIN FRANZ, *et al.*, Der Zusammenhang zwischen Gerichtsverfassung und Strafverfahren, RIDP 1989, fasc. 1–2 (à paraître).
RIKLIN FRANZ, Zur Aufgabenverteilung zwischen Staatsanwaltschaft und Untersuchungsrichtern nach schweizerischem Strafprozeßrecht, in: Gedächtnisschrift Peter Noll, Zürich, Schulthess, 1983, pp. 369 ss.
ROBERT CHRISTIAN-NILS, Délinquance d'affaires: l'illusion d'une politique criminelle, RDS 1985 II, pp. 1 ss.
ROHNER CHRISTOPH, Probleme des Rechtsschutzes, RDS 1988 II, pp. 215 ss.
ROOS GERHARD, Entkriminalisierungstendenzen im besonderen Teil des Strafrechts, Frankfurt/M., Lang, 1981.
ROTHENFLUH WALTER, Die *Dauer* des Strafprozesses, RPS 1983, pp. 366 ss.
– Die *Vereinigung* polizeilicher, untersuchungsrichterlicher und staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen bei einer Behörde oder das Basler Modell bei der Verfolgung der Wirtschaftskriminalität, in: Politische Kriminalität und Wirtschaftskriminalität, Dießenhofen, Rüegger, 1984, pp. 363 ss.
ROUILLER CLAUDE, La *condamnation aux frais* de justice du prévenu libéré de toute peine, en relation notamment avec la présomption d'innocence, RSJ 1984, pp. 205 ss.
– La protection de l'individu contre l'*arbitraire* de l'Etat, RDS 1987 II, pp. 225 ss.
RUTZ MAGDALENA, Einige Überlegungen zum Verhältnis zwischen Strafrecht und Politik, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Basel, Helbing & Lichtenhahn 1983, pp. 189 ss.
SANDERS ANDREW, Prosecution decisions and the Attorney-General's Guidelines, Crim. law rev. 1985, pp. 4 ss.
SCHMID NIKLAUS, *Banken* zwischen Legalität und Kriminalität, Heidelberg, Müller, 1980.
– *Wirtschaftskriminalität* in der Schweiz, RDS 1985 II, pp. 135 ss.
SCHMID PIERRE *et al.*, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, RDS 1981 II, pp. 253 ss.
SCHNEIDER FRANÇOISE, Les principes de légalité et d'opportunité dans la mise en mouvement des poursuites. Etude de droit comparé, thèse, Nancy, 1971.
SCHRÖDER FRIEDRICH-CHRISTIAN, Legalitäts- und Opportunitätsprinzip heute, in: Festschrift Karl Peters, Tübingen, Mohr, 1974, pp. 411 ss.
SCHUBARTH MARTIN, Sind die sogenannten Wirtschaftsdelikte wirklich ein Problem? RPS 1974, pp. 384 ss.
SCHULTZ HANS, *Einführung* in den allgemeinen Teil des Strafrechts, 4e éd., 2 vol., Bern, Stämpfli, 1982.
– *Bericht* und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches (...) des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern, Stämpfli, 1987.
SCREVENS RAYMOND, Influence que les objets des deux autres rapports peuvent avoir sur le déroulement d'une affaire pénale..., in: Interactions, op. cit., pp. 91 ss.
SERVERIN EVELYNE *et al.*, Transactions et pratiques transactionnelles, Paris, Economica, 1987.
Simplification de la justice pénale, Affaires juridiques du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1988.
SMALL JOSEPH T./BURGOYNE ROBERT A., Criminal prosecutions initiated by

administrative agencies: the FDA, the *Acciardi* doctrine and the requirement of consistent agency treatment, Jnal of crim. law and criminol. 1987, pp. 87 ss.

SPECKERT XAVER, Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip, thèse, Zürich, 1954.

STÄMPFLI FRANZ, Das Bundesgesetz über die Strafrechtspflege vom 15. Juni 1934, Bern, Stämpfli, 1935.

STEFANI GASTON *et al.*, Procédure pénale, 13e éd., Paris, Dalloz, 1987.

STEULLET ALAIN, La victime de l'atteinte à l'honneur, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1983.

STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I. Die Straftat, Bern, Stämpfli, 1982.

– Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, 3e éd., 2 vol., Bern, Stämpfli, 1983–1984.

'T HART A. C., Criminal law policy in the Netherlands, in: VAN DIJK JAN *et al.*, (éds.), Criminal law in action, Arnhem, Gouda Quint, 1986, pp. 73 ss.

TAK PETER J. P., The legal scope of non-prosecution in Europe, Helsinki Institute for crime prevention and control, 1986.

THOUROUDE JEAN-JACQUES, Vers un déclin du principe de l'opportunité des poursuites?, Gaz. du Palais 1981, pp. 495 ss.

TRECHSEL STEFAN, Struktur und Funktion der *Vermutung* der Schuldlosigkeit, RSJ 1981, pp. 317 ss.

– Der *Einfluß* der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Schweiz, ZStW 1988, pp. 667 ss.

TREYVAUD DOMINIQUE, Légalité ou opportunité de la poursuite pénale, thèse, Lausanne, 1961.

ULRICH HANS-JOACHIM, Die Durchsetzung des Legalitätsprinzips und des Grundrechts der Gleichheit aller vor dem Gesetz in der Praxis der Staatsanwaltschaften, ZRP 1982, pp. 169 ss.

VAN DE KERCHOVE MICHEL, Fondements et limites du *pouvoir discrétionnaire* du Ministère public: aux confins de la légalité, Sociologie et sociétés 1986, pp. 77 ss.

– *Le droit sans peines*, Bruxelles, Publ. Fac. univ. St-Louis, 1987.

VEST HANS, Landfriedensbruch–Zufalljustiz gegen Oppositionnelle, RSJ 1988, pp. 247 ss.

VOLK KLAUS, Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus, ZstW 1985, pp. 871 ss.

VON HIRSCH ANDREW, «Expediency» policy and explicit norms in criminal justice, in: VAN DIJK JAN *et al.* (éds.), Criminal law in action. An overview of current issues in Western societies, Arnhem, Gouda Quint, 1986, pp. 111 ss.

WAIBLINGER MAX, Zur Frage der Vereinheitlichung des schweizerischen Strafprozeßrechtes, RPS 1952, pp. 228 ss.

WEBER BENNO, Das Privatstrafverfahren nach aargauischem Recht, thèse, Zürich, 1987.

WEIGEND THOMAS, *Anklagepflicht* und Ermessen, Baden-Baden, Nomos, 1978.

– *Strafzumessung* durch den Staatsanwalt?, Krim. Jnal 1984, pp. 8 ss.

WERMELINGER SAVERIO, L'autorité des décisions de clôture d'enquête en procédure pénale vaudoise, thèse, Lausanne, 1988.

WERNER KARIN, Die *Rechtsstellung* des Verletzten im Strafverfahren bei staatsanwaltischen Verfahrenseinstellungen aus Opportunitätsgründen, NStZ 1984, pp. 401 ss.

– Der *Einfluß* des Verletzten auf Verfahrenseinstellungen der Staatsanwaltschaft, Göttingen, Fink, 1986.

WILDHABER LUZIUS, Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, RDS 1979 II, pp. 231 ss.

WITSCHI NIKLAUS, Die Übernahme der Strafverfolgung nach künftigem schweizerischem Recht, thèse, Bern, 1977.

WOLFFERS ARTUR, Zum Legalitätsprinzip im schweizerischen Strafrecht, RJB 1986, pp. 569 ss.

ZIPF HEINZ, Kriminalpolitische Überlegungen zum Legalitätsprinzip, in: Festschrift Karl Peters, Tübingen, Mohr, 1974, pp. 487 ss.

Principales sources dactylographiées

The Royal Commission in Criminal Procedure. The investigation and prosecution of criminal offences in England and Wales: the law and procedure. London, Her Majesty's Stationery Office, 1981.

Traduction officieuse de l'avant-projet de Code pénal suisse du Prof. Hans Schultz de mars 1985, Dép. féd. de justice et police.

Avant-projet de loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions contre la vie et l'intégrité corporelle du 12 août 1986 et rapport final de la commission d'experts.

Projet de Code de procédure pénale de la République et canton du Jura du 30 mai 1986 et rapport final du groupe de travail.

Abréviations

On lira dans ce rapport les abréviations françaises utilisées par le Tribunal fédéral (cf. la liste par exemple dans ATF 113 Ib, 5e livraison, pp. XII–XVII). Voici, en outre, les principales abréviations ne figurant pas sur cette liste.

AP	Avant-projet
AP Schultz	Avant-projet de Code pénal suisse du prof. Hans Schultz, mars 1985
ASDI	Annuaire suisse de droit international
BG	Bundesgericht (RFA)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (RFA)
Cass.	Cour de cassation
CDEH	Convention européenne des droits de l'homme
CDPC	Comité européen pour les problèmes criminels
ch.	chiffre
Ch. d'acc.	Chambre d'accusation
CNA	Caisse nationale suisse d'assurances en cas d'accidents
CPP	Code de procédure pénale[1]
CPPF	Code de procédure pénale français du 31 décembre 1957
DFJP	Département fédéral de justice et police
DT	Dispositions transitoires
Extraits	Extraits des principaux arrêts rendus par (le) Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg
JCP	La Semaine juridique (Paris)
LAVI	Loi fédérale sur l'indemnisation des victimes d'infractions contre la vie et l'intégrité corporelle
n.	note
n. p.	non publié
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OCA	Ordonnance de la Chambre d'accusation du canton de Genève
OFJ	Office fédéral de la justice
Pra.	Die Praxis des Bundesgerichts
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RSDIC	Revue suisse du droit international de la concurrence
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
StPO	Strafprozeßordnung[1]
vol.	volume
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

[1] *Sauf indication contraire,* les articles de loi que nous citons sont toujours extraits des codes de procédure pénale.

Remerciements

Réunir la documentation pertinente et en tirer le meilleur profit ne représentaient pas, dans les délais impartis et pour un non-spécialiste de la procédure pénale, une sinécure. L'entreprise n'aurait pas été menée à son terme dans de bonnes conditions sans le concours de Me DOMINIQUE PONCET, professeur associé à la Faculté de droit, et de ses collaborateurs à qui vont en premier lieu mes chaleureux remerciements. Je veux marquer aussi ma reconnaissance envers Mme BEATRIX DE SURY – VON POLLERN et MM. GIORGIO BOMIO, BERNHARD STRÄULI, FRANÇOIS STRASSER et PETER-JOHN VICKERS pour leur aide efficace, ainsi qu'à M. ANTOINE LATHION, Greffier au Tribunal cantonal du canton de Vaud. Enfin, le professeur PAUL MARCUS de l'Université de Tucson (Arizona), en séjour sabbatique à Genève, m'a apporté l'éclairage d'un spécialiste expérimenté des droits des Etats-Unis sur les questions qui étaient hier soumises à ma réflexion, comme elles le sont aujourd'hui à mes lecteurs.

Introduction

1. L'exécution satisfaisante par le mandataire de la tâche qui lui a été confiée suppose de sa part une connaissance correcte des intentions de son mandant. Comme nos prédécesseurs, nous avons dû, au moment d'aborder la rédaction du présent rapport, nous interroger sur la volonté des organes de la Société suisse des juristes, lorsqu'ils ont choisi le thème de l'opportunité de la poursuite et le nom du rapporteur de langue française. La justification de l'intérêt et de l'actualité du thème relève déjà du contenu de ce rapport. Quant à son auteur, il est romand et spécialiste de droit pénal matériel, plutôt que de procédure. Aussi, nous avons supposé que l'on attendait de nous davantage une réflexion de politique criminelle qu'un exposé technique des subtilités que les législations cantonales ou étrangères ont prévues pour instaurer ou au contraire proscrire le système de l'opportunité de la poursuite. Sans doute les lecteurs du rapport seraient-ils déçus de ne pas être (re)plongés dans la tradition juridique française, dont est issu le principe de l'opportunité, du moins tel que nous le concevons sur le continent européen. Une telle pensée nous flatte, d'autant plus qu'elle valorise notre travail: la controverse entre systèmes légaliste et opportuniste de la poursuite n'est-elle pas considérée traditionnellement comme attachée au modèle français d'organisation des autorités pénales et de répartition des compétences entre ces autorités [1]? Toutefois, il faut bien reconnaître que le débat juridique est infiniment plus vivant dans les pays de langue allemande (et dans les pays anglo-saxons) qu'en France. L'activité législative récente plus riche explique sans doute le phénomène.

[1] Cf. CLERC, Rapport général, p. 219; le Rapport final CPP JU, p. 12, rappelle que la controverse est sans objet dans un système dans lequel le Ministère public ne détient pas, parmi les autorités publiques, le monopole de l'initiative de l'action pénale.

2. Le thème de l'opportunité n'est pas entièrement nouveau dans l'agenda de la Société suisse des juristes. Certes, il n'a pas, jusqu'ici, été traité en tant que tel. Mais, lors du Congrès de 1946 consacré aux relations entre droit pénal fédéral et procédure cantonale, une bonne partie des rapports de CAVIN et COMTESSE, et surtout des débats, furent consacrés à l'admissibilité du système d'opportunité au regard de la Constitution fédérale et des principales législations pénales de la Confédération [2]. Dans son exposé oral, le rapporteur de langue française distinguait deux approches d'un tel sujet: la première, de nature inductive, reconstruit à partir de l'analyse attentive des législations cantonales, l'édifice helvétique dans toute sa complexité; la seconde, déductive, cherche à énoncer de manière systématique des principes théoriques et pratiques, illustrés à l'aide d'exemples et d'expériences cantonales législatives ou jurisprudentielles [3]. C'est cette seconde approche que nous avons choisie. Elle nous permet de nous évader plus librement hors des frontières helvétiques.

L'entreprise présente les dangers inhérents à tout exercice de droit comparé: difficultés d'apprécier les mérites et défauts d'institutions juridiques particulières en négligeant, par souci de concision, de situer complètement l'institution en question dans le système dans son ensemble; risque de se contenter, faute d'informations suffisantes, d'une comparaison de textes législatifs, qui sont souvent de piètres révélateurs de la réalite de la vie juridique et judiciaire [4]. Nous espérons avoir su éviter ces écueils grâce, en particulier, à l'apport des recherches importantes effectuées à l'étranger, ces dernières années, sur les pratiques de poursuite. Le droit comparé est particulièrement à sa place dans une discipline, l'organisation judiciaire et la procédure pénale, dans laquelle s'exercent de fortes influences réciproques, même entre les deux systèmes traditionnellement très éloignés l'un de l'autre que sont le système anglo-saxon et le système européen continental. Ne parle-t-on pas d'introduire aux Etats-Unis et au Royaume-Uni un juge d'instruction «à la française», précisément pour lutter contre l'usage prétendument abusif de la

[2] CAVIN, pp. et 367 a; COMTESSE, pp. et 370 a; Procès-verbal des discussions, in: Actes de la Société suisse des juristes 1946, pp. 377 a et ss.

[3] CAVIN, p. 367 a.

[4] Cf. les considérations de PFENNINGER, Legalität, p. 131, sur le fossé qui sépare principes et pratiques en la matière.

prosecutorial discretion[5]? Et notre voisin du Sud ne va-t-il pas prochainement donner à sa procédure pénale un caractère accusatoire prononcé, «à l'américaine»[6]?

3. Nous ne débarquons pas sur une *terra incognita,* comme le prouveront les constants rappels des débats de 1946. Récemment, le thème de l'opportunité a fait l'objet de nombreux travaux suisses et internationaux, que l'on peut regrouper comme suit.

a) Grandes recherches comparatives menées à l'échelon international. Elles restent généralement cantonnées à la description de législations et ne livrent que des indications trop fragmentaires ou trop globales sur les pratiques. L'ensemble des monographies publiées par le Max-Planck Institut de Freiburg im Breisgau en 1979[7] et les travaux menés sous la houlette de l'Institut pour la prévention et le contrôle de la délinquance au début des années quatre-vingt[8] se détachent de cet ensemble. Des chercheurs individuels ont, à un échelon nécessairement plus modeste, également proposé de fort intéressantes études comparatives[9].

b) Recherches portant sur un seul pays, mais livrant des informations détaillées sur la pratique des autorités de poursuite. La France connaît plutôt des travaux collectifs[10], alors qu'en République fédérale d'Allemagne, quelques chercheurs n'ont pas craint de se lancer dans une entreprise individuelle[11]. La Suisse est malheureusement pauvre en ce domaine: la rareté du matériau empirique à disposition, ici comme dans d'autres

[5] Cf. GUARNIERI, p. 84; LEIGH, pp. 16 ss.

[6] CPP italien, dit *Codice* VASSALI, qui entre en principe en vigueur le 1er octobre 1989. Voir CHIAVARIO, pp. 30–32; et aussi Exposé des motifs de la Recomm. R (87) 18, Simplification de la justice pénale, Strasbourg, 1988, p. 32.

[7] JESCHESCK/LEIBINGER (éds.), qui proposent, sous la plume de DRIENDL/MARTY la meilleure synthèse disponible pour la Suisse à l'heure actuelle.

[8] L'ensemble des rapports sont regroupés dans le volume de l'Helsinki Institute, Non-prosecution in Europe; lire plutôt la synthése de TAK.

[9] On mettra en exergue la monographie de GUARNIERI et, pour la Suisse, celle de TREYVAUD.

[10] Cf. l'ensemble des travaux regroupés dans deux ouvrages: Le fonctionnement de la justice pénale, et Le pénal en première ligne ou en dernier ressort, ainsi qu'une recherche plus modeste, L'organisation des Parquets.

[11] La liste des travaux de recherche est impressionnante; à notre sens se déachent les monographies de HERTWIG et de KUNZ, Einstellung et Bagatellprinzip. Mais le travail le plus complet est collectif: BLANKENBURG *et al.*

grands secteurs de politique publique, est souvent déplorée, jusque dans les rapports de la Société suisse des juristes [12].

c) Actes de colloques internationaux. Les politiques de poursuite n'ont jamais quitté l'actualité. L'Association internationale de droit pénal leur a, entre autres occasions, consacré une partie de ses travaux en 1947 [13], à l'initiative d'une section suisse désireuse de prolonger le débat interne de la Société suisse des juristes de 1946, ainsi qu'en 1988 [14].

4. L'abondance de la documentation ne prouve pas encore l'intérêt du thème. Il n'est, ici, pas indiscuté. L'attitude de la doctrine suisse est à cet égard paradoxale, et ce paradoxe va nous guider dans la fin de l'introduction. D'une part, en effet, la Suisse est considérée par les spécialistes internationaux comme une sorte de réserve, à l'intérieur de laquelle on débattrait encore ardemment d'une question qui est réglée dans la plupart des autres pays [15]. La diversité des droits de procédure cantonaux expliquerait une telle survivance d'un débat ancien. Dans le même temps, on lit couramment dans la doctrine suisse que l'opposition légalité-opportunité de la poursuite serait soit dépassée, soit un objet, voire un jouet, de controverses académiques sans grande incidence pratique [16]. Dans les cantons qui ignorent ou rejettent le principe de l'opportunité, les autorités pénales feraient jouer d'autres institutions, telles le non-lieu [17], pour atteindre les trois objectifs que les partisans du système de

[12] Cf. ROHNER, p. 259. Pour notre domaine particulier, entre autres DRIENDL/MARTY, pp. 336 et 396. Quelques monographies plus ou moins modestes proposent malgré tout des éléments d'information dont nous tenterons de tirer le meilleur usage: avant tout HEDIGER, BEER et BÄNZIGER.

[13] IIe question du Vème Congrès tenu à Genève; voir le résumé de J. GRAVEN, RIDP 1947, pp. 40 ss. Le rapport national suisse et le rapport général dus tous deux à la plume de FR. CLERC ont été publiés dans les Actes du Congrès, Paris, 1952, pp. 198–204 et 217–227.

[14] IIIe thème proposé au XIVe Congrès, Vienne, septembre 1989. Les rapports nationaux, á paraître dans la RIDP 1989, no 1–2, sont largement utilisés et cités dans le présent texte.

[15] Par exemple, TAK, p. 30, qui associe à notre pays l'Italie.

[16] Ainsi, HEIM, p. 10; CLERC, Opportunité, p. 286; BOLLE, Considérations, pp. 87–88.

[17] Cf. DRIENDL/MARTY, pp. 401–402. Nous n'ignorons pas que, dans un contexte officiel de légalité, certaines autorités cantonales sont parfois amenées à décider en opportunité et «qu'on peut se demander si des décisions de non-lieu ne dissimulent pas souvent des classements en opportunité» (CLERC, Opportunité, p. 280; cf. sur le plan international, TAK, p. 50). Il fallait bien, toutefois, circonscrire notre sujet; la chasse aux *Etikettenschwin-*

l'opportunité pretendent viser: éviter la surcharge des magistrats, une disposition d'énergie pour des affaires sans importance et le renvoi en jugement contraire à l'intérêt public.

Cette affirmation, qui repose sur l'expérience ou sur l'intuition, ne peut être vérifiée, en raison de la pauvreté du matériau empirique. De toute manière, la disparité des contextes socioculturels exposerait toute tentative d'explication par la variable «opportunité ou légalité» à un risque de réfutation. Les rares auteurs qui se sont essayés à l'évaluation statistique ont généralement pu conclure, avec infiniment de prudence, à une relative homogénéité des pratiques de poursuite, considérées globalement[18]. L'explication des différences inter-cantonales est à chercher dans les traditions juridiques et morales diverses, qui exercent une influence sur le choix du système de poursuite, mais aussi sur l'attitude envers les incriminations et sur l'importance des ressources mises à la disposition de la justice pénale.

5. Comment expliquer dès lors à la fois la survivance du débat et la relative indifférence des protagonistes? La «sagesse technicienne» des spécialistes n'a pas réussi à effacer le contexte politique de la discussion, qui la rendait si âpre dans l'immédiat après-guerre. Si fédéralistes et centralisateurs ne s'affrontent plus de manière aussi vive, en tout cas sur ce terrain-là, la question d'une limite du pouvoir des Etats confédérés continue à peser sur ce secteur de la politique criminelle comme sur tant

del nous éloignerait de son cœur. Une rapide recherche dans la jurisprudence du Tribunal d'accusation du canton de Vaud nous a d'autre part convaincu que, dans ce canton en tout cas, les décisions de non-lieu ne se fondaient pour ainsi dire jamais, explicitement ou implicitement, sur des considerations d'opportunité.

[18] Cf. DRIENDL/MARTY, pp. 401–402. Le seul indicateur d'une fiabilité relative des différences dans les pratiques judicaires est le taux de condamnations pour 100 000 habitants. Nous l'avons calculé pour 1984 et 1986 (source: Les Condamnations pénales en Suisse pour 1984; l'Annuaire statistique suisse 1989 pour 1986). La moyenne suisse est de 809,4, puis 1088,1. Certains cantons se trouvent nettement en-dessous de la barre (BL: 476 et 540,9; SZ: 573,4 et 726,3). On peut imaginer toutes sortes d'explications à ce phénomène (criminalité réelle inférieure; pratique libérale des tribunaux); manifestement, l'application du principe de l'opportunité ne joue, directement ou indirectement (par son inscription dans le CPP) aucun rôle perceptible. NE est tout juste au-dessus de la moyenne (887 et 1102,6); GE, une fois au-dessous (741), une fois nettement au-dessus (1378,6). Tout au plus peut-on avancer, au vu en particulier du chiffre pour 1986, que, dans ce dernier canton, l'application du principe de l'opportunité forme une sorte de soupape qui permet à la machine judiciaire de ne pas se gripper.

d'autres. En cette matière, le débat de principe et l'approche pragmatique, s'ils doivent être dissociés, ont l'un et l'autre droit de cité. Les enseignements éventuellement apaisants de celle-ci ne rendent pas (entièrement) caducs les termes de celui-là.

6. Outre cette inscription dans l'histoire politique, trois éléments plus récents apportent du piment à notre thème.

a) La ratification de la Convention européenne des droits de l'homme par la Suisse en 1974 et l'enrichissement constant de la jurisprudence des organes chargés de son application ont conduit à une «constitutionnalisation» croissante du droit et surtout de la procédure pénale [19]. Les principes de rang constitutionnel, qu'ils soient d'origine conventionnelle ou nationale, co-existent parfois difficilement avec des pratiques d'opportunité. La jurisprudence de Strasbourg joue ici un rôle de balise, plus que de garde-fou, qui est sans doute appelé à se renforcer.

b) Les préoccupations quant à la surcharge du système de justice pénale, partagées par l'ensemble des pays européens, ont encouragé la réflexion sur les moyens de «simplifier» le fonctionnement de ce système. Un recours accru au principe de l'opportunité de la poursuite figure logiquement parmi les recommandations issues de ces travaux [20]. Il n'est pas abusif d'affirmer que, sur le plan international, le courant dominant de politique criminelle souffle en faveur d'une reconnaissance et d'un développement de ce principe [21]. L'option s'assortit de réserves et de nuances que notre rapport s'efforcera de passer en revue.

[19] Cf. le no spécial de la RSC 1987, fasc. 1, pp. 37 ss.; sur le plan suisse, RUTZ, pp. 204 ss., à propos de l'influence des «valeurs constitutionnelles» sur le but et l'application du droit pénal.

[20] Les travaux du Conseil de l'Europe sur la «simplification de la justice pénale», dont est issue la Recommandation R (87) 18 et son Exposé des motifs, illustrent parfaitement le phénomène. Le Comité des Ministres prend clairement parti pour une extension du «recours au principe de l'opportunité des poursuites». Nous aurons l'occasion de revenir en détail sur ces textes.

[21] Cf. le bilan dressé par TAK, p. 33. Parmi nos principaux voisins, directs et indirects, l'Autriche et la RFA connaissant un régime légaliste en principe, assorti de nombreuses exceptions au bénéfice de l'opportunité. L'Italie est pour l'instant strictement légaliste. La France, la Belgique et le Royaume-Uni (avec les régimes différents de l'Angleterre et du pays de Galles d'un côté, et de l'Ecosse de l'autre) appliquent tous le principe de l'opportunité. Pour plus de développements, cf. les rapports publiés dans le volume Non-prosecution in Europe de l'Helsinki Institut et le fasc. 1–2 de la RIDP 1989, à paraître.

c) La jurisprudence fédérale, si elle demeure fidèle à sa réserve traditionnelle et se refuse à condamner, au nom de l'inconstitutionnalité, les systèmes admettant l'opportunité de la poursuite, semble fléchir légèrement et être tentée de fixer des limites assez strictes à l'exercice du principe. Dès lors, les partisans de ce principe sont sur leurs gardes, et ses adversaires de toujours retrouvent de la vigueur.

7. Nous avons divisé notre rapport en deux parties principales. La première tente de passer en revue l'ensemble des problèmes de principe qui nourrissent les objections formulées à l'encontre de l'opportunité de la poursuite. La seconde partie est plus descriptive. Elle s'efforce de percevoir ce qui, dans les mouvements souvent contradictoires qui font la vie de la politique criminelle et du droit pénal contemporains, peut influer sur les pratiques et aussi les manières de présenter le principe de l'opportunité, et conduire à sa transformation.

Première partie:

Questions de Principe

Chapitre 1

Essais de définition

1. Voici bien l'exercice le plus difficile, mais incontournable. La définition classique de la doctrine française est simple: le principe d'opportunité désigne «le pouvoir des autorités de poursuite de renoncer à la mise en œuvre de la répression, bien que celle-ci juridiquement possible» [1]. Une telle décision se traduit dans le classement sans suite. Cette définition comprend deux pôles: le pouvoir de l'autorité – s'agit-il d'un pouvoir discrétionnaire? – et l'inexistence de tout obstacle juridique à l'ouverture de l'action publique [2].

2. La doctrine classique suisse développera un peu la définition. Ainsi, HEYDEN:

«Le principe de l'opportunité signifie que les autorités de poursuite ont à décider librement *(nach freiem Ermessen)* de l'ouverture et de la continuation de la poursuite, en présence du soupçon d'un acte punissable et lorsque les conditions de la poursuite sont réalisées» [3].

Si le cadre juridique est décrit avec plus de précision – indices d'infraction en plus de l'absence d'un obstacle à la poursuite –, le concept clé reste le pouvoir d'appréciation [4]. Aucune évolution notable de la définition ne ressort de la doctrine récente.

3. Sur le plan international, une synthèse a été proposée par TAK. La «non-poursuite» serait:

[1] SCHNEIDER, p. 99.

[2] Nous ne reprenons pas ici la présentation générale des systèmes de poursuite suisses. Le travail a été accompli de manière exhaustive, il y a une décennie, par DRIENDL/MARTY; voir également le travail fort complet et plus récent de RIKLIN, pp. 380–382.

[3] Traduction libre de HEYDEN, p. 7, reprenant O. A. GERMANN, Legalitätsprinzip, p. 9.

[4] Cf. PIQUEREZ, Traité, vol. I, p. 91.

«Toute décision prise par le magistrat responsable de la poursuite ou un agent exerçant une fonction similaire dans le système de justice pénale[5], selon laquelle une affaire en apparence pénale n'est pas portée devant un tribunal, malgré la réalisation des conditions légales et l'absence d'obstacles à la poursuite et nonobstant la présence d'indices quant à la culpabilité d'une personne déterminée»[6].

Les conditions dans lesquelles se prend la décision sont encore plus développées, mais aucun critère n'entre dans la définition. L'étendue et les limites du pouvoir d'appréciation resteront au centre des développements issus de ces définitions. Dans les pays anglo-saxons, le phénomène que nous qualifions «opportunité» sera analysé en termes de *discretion*.

4. Le présent rapport s'efforcera de décrire le contenu matériel de l'opportunité. Il faut dire ici ce que cette dernière *n'est pas*. A cette fin, la jurisprudence neuchâteloise opère une distinction utile, lorsqu'elle oppose l'opportunité pure ou opportunité au sens étroit et l'opportunité au sens large[7]. Cette dernière se définit comme une sorte d'anticipation sur une décision favorable au prévenu, qui serait prise à un stade ultérieur du procès pénal: le Ministère public classerait pour ce motif «lorsqu'on peut admettre avec une quasi-certitude que l'action pénale conduirait à un non-lieu pour insuffisance de charges ou un acquittement faute de preuves»[8]. Sans employer les mêmes termes, la jurisprudence genevoise opérait une distinction analogue, quand elle affirmait exclure le classement en opportunité avant information[9]. De fait, les magistrats du Parquet se

[5] Cette dernière nuance est utile. Les particularités des organisations judiciaires et des systèmes de procédure pénale des cantons suisses nous conduisent en effet à prendre en considération des classements prononcés par une autorité d'instruction (exemple: art. 20 AR et 226 SH, qui supposent d'ailleurs dans les deux cas l'approbation du Ministère public), ainsi que les clauses d'opportunité, au demeurant modestes, dont sont assorties les obligations des dénonciateurs publics *(Verzeiger)* dans quelques systèmes particuliers (BS, BL).

[6] TAK, p. 54.

[7] Cf. RJN VI, II, pp. 53 ss. (Ch. d'acc., 18 février 1974), avec références à la jurisprudence antérieure.

[8] Arrêt cité, p. 56. Exactement dans le même sens, art. 58, al. 1, lettre b SH.

[9] Par exemple, OCA no 103 du 17 décembre 1980 et références citées par DINICHERT et al., p. 470. L'affirmation était d'ailleurs discutable, cf. PONCET, p. 572.

contentaient à ce stade d'examiner si les *conditions* de l'infraction étaient réalisées, ce qui correspond bien à l'examen de l'opportunité au sens large; le classement en opportunité au sens étroit qui, lui, prend appui sur les *circonstances* de l'infraction, ne pouvait intervenir qu'à l'issue de l'information.

Cette jurisprudence a été modifiée, et le champ de l'opportunité «pure», étendu aux classements avant information. Parmi les raisons qui ont motivé cette évolution[10], on retrouve un phénomène d'anticipation. Mais c'est l'appréciation de l'opportunité pure qui peut s'opérer à un stade antérieur du procès: «Un classement avant ouverture d'information est possible si, compte tenu (des) circonstances et (des) intérêts (en jeu), ce classement se justifierait de toute manière au regard de l'art. 198 CPP»[11]. Au demeurant, cet ajustement de la jurisprudence a effacé une des singularités les plus marquées de la pratique genevoise, qui était la seule à privilégier le classement *après* information.

5. En effet, le droit français ne connaît, à l'image de la législation neuchâteloise[12], que le classement en opportunité *avant* information. Une fois l'action publique mise en mouvement, le principe de la légalité s'applique[13]. Parmi les autres cantons suisses, le Jura présente une originalité. Alors que le CPP semble n'envisager que le classement avant information[14], la pratique a étendu le champ d'application de l'institution *praeter,* voir *contra legem*[15]. Le code de procédure pénale allemand prévoit

[10] Voir surtout ci-dessous, II, III, 11.

[11] OCA no 92, du 25 septembre 1985. C'est l'article 198 CPP qui autorise le classement après information.

[12] RJN VII, II, p. 200 (Ch. d'acc., 10 décembre 1979). En revanche, le classement est possible, dans le canton de Vaud, jusqu'à l'ouverture de débats, art. 53, ch. 1. Approbation de ce dernier système par CLERC, Trente ans, p. 345.

[13] MERLE/VITU, p. 342.

[14] Art. 81. ch. 3: «Si le Procureur adhère (à la proposition de classement qui lui est soumise par le juge d'instruction), il en est ainsi décidé. S'il n'y adhère pas, l'action publique doit être ouverte».

[15] PIQUEREZ, Traité, vol. I, p. 94, n. 1: «Le Ministère public et les juges d'instruction ont précisément décidé d'admettre l'application du principe de l'opportunité au-delà du stade de l'ouverture de l'action publique». Cette solution serait entérinée par l'art. 218 du nouveau CPP, d'après le projet de mai 1986.

également les deux types de classements [16]. La jurisprudence et la doctrine ont établi un rapport de subsidiarité au bénéfice du classement après information, à la fois plus solidement étayé par les données recueillies lors de cette dernière et plus avantageux pour le prévenu, libéré des charges et règles de conduite dont certains classement préalables peuvent être assortis [17].

6. La législation et la littérature récentes invitent à ouvrir le champ de la discussion et à intégrer le phénomène de l'opportunité de la poursuite dans une problématique plus large. Plusieurs réformes législatives ont introduit ou développé conjointement le principe d'opportunité au stade de la poursuite et à celui du jugement. Les § 153 et 153a du code de procédure pénale allemand révisé en 1975, sur le plan international, et l'art. 20 du Code d'Appenzell Rhodes-extérieures de 1978 [18], sur le plan national, n'ont pas voulu séparer les deux instances de décision. Aussi, la distinction entre opportunité de la poursuite et opportunité de la répression [19], qui a de tous temps été d'un maniement délicat, est toujours plus vulnérable. Une telle évolution invite à se demander si le principe de l'opportunité doit faire l'objet d'une réglementation de droit matériel ou de droit procédural; en des termes modifiés, elle jette également un éclairage neuf sur la controverse helvétique relative à la liberté que laissent aux cantons les art. 64 et 64bis Cst. féd. Enfin, elle autorise une comparaison entre les pratiques des deux autorités, importante pour l'évaluation de l'admissibilité de l'opportunité «classique», en mains de l'autorité de poursuite [20].

[16] § 153–153a StPO, avant; § 170, après.

[17] KLEINKNECHT/MEYER, p. 581, no 3 A; IntKomm EMRK (Vogler), p. 165; HOHENDORF, p. 1178 et références citées.

[18] Cf. BÄNZIGER, qui relève toutefois, p. 294, qu'aucun tribunal de son canton n'avait (en 1982) fait usage de la possibilité, offerte par l'art. 20, de renoncer à une condamnation pour des raisons d'opportunité. Pour la RFA, à propos du rapprochement poursuite-jugement, SCHRÖDER, p. 421.

[19] Une partie de la doctrine française préfère depuis longtemps parler, à l'image de RASSAT, p. 218, d'opportunité de la répression. L'«opportunité de la poursuite» est à ses yeux une expression trop vague pour une chose évidente (cette dernière assertion est correcte pour la France, mais seulement pour la France). Sur la terminologie, voir aussi BOLLE, Considérations, pp. 84–85.

[20] Cf. la recherche résumée par K. WERNER, Rechtstellung, p. 402: la politique de classement du Ministère public n'apparaît pas plus «injuste» que celle du juge (dans le cadre de l'application des § 153–153a StPO RFA).

7. Il est un domaine dans lequel les barrières entre les différentes étapes du procès sont tombées: le droit des mineurs. Ce dernier est pour ainsi dire universellement régi par le principe de l'opportunité. C'est là un des seuls enseignements généraux qu'offre la recherche comparative sur le plan international[21]. En outre, la même autorité a souvent la charge de la phase préparatoire et du jugement[22]; la compatibilité de ce système avec l'art. 6, ch. 1 CEDH est certes fort discutable et discutée[23]. La Suisse ne se distingue pas de ses voisins sur le plan de l'organisation de la poursuite des infractions commises par des enfants ou des adolescents, comme le prouvent les art. 88 et 98 CPS qui permettent à l'autorité de renoncer à toute sanction.

8. Au principe d'opportunité s'oppose le principe de légalité. Une distinction essentielle s'impose ici: la confusion entre le principe de légalité du droit matériel et le principe procédural du même nom doit être évitée. Le premier a vocation de circonscrire le champ d'application de la loi pénale, dans le but de protéger le citoyen: il offre à ce dernier la *garantie* de la loi. Le second s'adresse à l'autorité responsable de la poursuite pénale, la chargeant d'un devoir de conduire l'accusation. Pour reprendre l'image proposée par GERMANN, celui-là est négatif alors que celui-ci est positif[24]. La terminologie italienne qui parle là de *legalità* et ici d'*obbligatorietà,* renseigne plus qu'un long discours sur les deux notions. Pour différentes qu'elles soient, ces dernières ont toutefois une origine commune.

[21] TAK, pp. 33–34.

[22] Cf. BOEHLEN, Kommentar zum Schweizerischen Jugendstrafrecht, Bern, 1975, pp. 269 ss.; HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 256.

[23] Cf. SJ 1988, p. 465 (Cass., 29 avril 1988), arrêt qui condamne l'union personnelle du magistrat chargé de l'instruction et du jugement, à l'unisson d'une jurisprudence fédérale toujours plus sévère en la matière, cf. ATF 114 Ia 50 et références citées.

[24] O. A. GERMANN, Legalitätsprinzip, p. 5. Voir aussi IDEM, Kommentar, p. 33; SCHULTZ, Einführung, vol. I, p. 55, NOLL, p. 17; HEDIGER, p. 185.

Chapitre II

Fondements historiques et philosophiques de la controverse entre opportunité et légalité de la poursuite

1. Chacun des deux systèmes[1] revendique, à bon droit, une origine noble, renvoyant à une période déterminée de l'histoire de la pensée juridique occidentale. Le principe de la légalité pénale est indéniablement une conquête du Siècle des Lumières, comme ne manquent pas de le rappeler ses plus farouches partisans[2]. La *legalità* et *l'obbligatorietà* étaient également chéries par le législateur révolutionnaire français[3]. L'analyse de la doctrine de la seconde moitié du XVIIIe siècle démontre même que l'arbitraire dans la fixation des peines et dans la conduite de la poursuite choquait davantage les juristes illuministes que la certitude quant au contenu des incriminations: le droit coutumier pouvait, dans ce domaine-ci, assurer une certaine sécurité juridique, certes limitée; il en était incapable dans ce domaine-là.

2. Le principe de l'opportunité est également né d'une réaction. Il n'était certes pas dit que le Code que les illuministes appelaient de leurs vœux, serait aussi sévère que la loi de 1810, dite Code Napoléon. Les circonstances historiques ayant voulu que l'œuvre du premier empereur français rappelât le *Black Act* de sinistre mémoire du siècle précédent, il appartiendrait aux législateurs des divers pays soumis à ce Code ou l'ayant adopté, d'atténuer les rigueurs découlant de sa stricte application[4]. L'instauration de pratiques de classement reconnues par la Cour de cassation française dès 1826[5], n'est qu'un moyen de

[1] Pour leur histoire, surtout institutionnelle, le travail de référence reste celui de SPECKERT.
[2] Par exemple PFENNINGER, Legalität, p. 153.
[3] Cf. PRADEL, Procédure pénale, p. 409.
[4] Cf. CLERC, Initiation, p. 99.
[5] Arrêt du 8 décembre 1826, cf. SCHNEIDER, pp. 103–104; O. A. GERMANN, Legalitätsprinzip, p. 4. Le Code d'instruction criminelle de 1808 paraît

tempérer par la sagesse des autorités judiciaires l'ardeur répressive des jurisconsultes de l'époque impériale. L'instauration des circonstances atténuantes, dans une partie des états soumis au Code Napoléon, est le plus important parmi les autres instruments juridiques de modération des effets du Code.

3. Si la chose – le classement dicté par une appréciation globale de l'ensemble des circonstances du cas – a plus de cent cinquante ans, les mots pour le dire sont plus récents. La locution «principe d'opportunité» a, pour la première fois, été construite, semble-t-il, en 1860, par l'auteur autrichien GLASER[6] à partir d'un substantif utilisé par la doctrine française pour décrire l'un des critères guidant le Ministère public dans sa prise de décision. Ce choix terminologique est-il malheureux, comme le pense FR. CLERC[7]? L'homonymie avec un des concepts clés de la législation et de la doctrine de droit administratif peut certes prêter à confusion. De toute manière, la question de savoir si le Ministère public jouit d'un pouvoir de libre appréciation ou si cette dernière est liée fait l'objet de débats de principe sur lesquels nous reviendrons; il s'agit peut-être aujourd'hui de la question la plus importante, en tous cas d'un point de vue théorique.

4. Dans le pays qui a vu naître le classement, la consécration législative s'est fait attendre. L'art. 40 du CPP français de 1958 énonce pour la première fois que «le Procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner». En revanche, l'élève suisse romand a plus rapidement joué cartes législatives sur table que le maître français. Certes, il a fallu attendre 1978 pour voir le législateur genevois consacrer le principe, en vigueur pourtant depuis le dernier quart du siècle précédent; mais son homologue neuchâtelois l'avait précédé en 1945. Le canton de Vaud avait été le premier à inscrire le principe dans son CPP. La loi actuelle, qui date de 1969, reprend le texte voté en 1940. La pratique vaudoise est toutefois statistiquement dérisoire, au regard de ses voisins neuchâteloises et

pourtant imposer un régime légaliste; cf. art. 47: «Hors le cas de flagrant délit, le Ministère public sera tenu de requérir le juge d'instruction qu'il en soit informé», et art. 64.

[6] GLASER, Das Prinzip der Strafverfolgung, 1860, no 87 ss., cité, entre autres sources, par SCHRÖDER, p. 412 et CLERC, Opportunité, p. 284.

[7] Ibidem.

surtout genevois. Enfin, le Jura a fait, dès la formation du canton, le même choix, qui sera confirmé, d'une manière parfaitement convaincue, par la prochaine révision du CPP[8].

5. On considérait traditionnellement que le principe d'opportunité n'avait acquis un véritable droit de cité que dans les trois premiers cantons cités. Or, de nombreux autres états confédérés ont tempéré le régime légaliste de la poursuite[9]. Aussi, une opposition camp contre camp de cantons légalistes et opportunistes n'a plus beaucoup de sens, s'il en a jamais eu. Le même phénomène se constate d'ailleurs sur un plan international, à la suite, en particulier, de la réforme de la procédure pénale allemande de 1975, élargissant considérablement les brèches déjà percées dans l'édifice légaliste de notre voisin du Nord. Il reste que, au-delà de l'incidence concrète des différences entre les systèmes – légalisme pur, opportunité tempérée, opportunité pure – la tradition donne une teinte un peu particulière à l'organisation de la poursuite dans les cantons autrefois détenteurs du monopole du principe d'opportunité. C'est pourquoi la référence à la législation et surtout à la jurisprudence genevoises[10] et neuchâteloises sera dominante dans les développements de ce rapport.

6. La généralisation de l'esprit et de la pratique du compromis entre les deux systèmes de poursuite peut également s'expliquer par un facteur historique. L'expérience a en effet prouvé que le

[8] Le Rapport final du groupe de travail chargé de préparer cette révision est sévère à l'endroit du système mis en place, sous la pression de l'urgence, en 1978; il souligne les incohérences d'un système qui introduit le principe de l'opportunité, alors même que la phase préparatoire du procès reste de type inquisitoire et que le Ministère public n'exerce pas un contrôle absolu sur la mise en mouvement de l'action pénale, ce qui conduit à ce que «le juge d'instruction reste saisi d'affaires qui n'ont aucun caractère pénal ou de dénonciations fantaisistes» (p. 13). Le projet de nouveau CPP assure la cohérence en passant au système accusatoire et en confiant au Ministère public la maîtrise absolue de l'action publique.

[9] Les régimes les plus intéressants ont été adoptés en AG et à AR et surtout, depuis le 1er septembre 1988, à SH. Pratiquent également l'opportunité, bien à fortement tempérée, BL, BS, et UR. A notre avis, SZ, qui est généralement classé dans la même catégorie par la doctrine, a prévu une étroite exception à la légalité qui n'a rien à voir avec l'application du principe d'opportunité.

[10] La doctrine française continue à citer Genève comme un des ordres juridiques dans lesquels le développement du principe de l'opportunité a été poussé le plus loin, cf. PRADEL, Phase préparatoire, p. 638.

légalisme est souvent lié à la volonté d'affermir et d'affirmer la solidité des institutions de l'Etat fondé sur le droit: le système légaliste serait, pour reprendre une belle formule, *«un sogno del Rechtsstaat»*[11]. Certes, de nombreux contre-exemples pourraient infirmer ou affaiblir la thèse d'une corrélation entre ces deux phénomènes. Mais il est indéniable que l'admission, totale ou partielle, du principe d'opportunité suppose une confiance dans les autorités chargées de l'administration de la justice pénale, qui peut difficilement régner dans des états en reconstruction ou en formation.

7. L'autre leçon de l'histoire est que le principe d'opportunité et surtout ses modalités d'application, sont très souvent imposés par la pratique. Il s'est donc généralement répandu de la base vers le sommet de la pyramide politique[12]. Cette constatation peut conduire à une réflexion positive et à une réflexion plus négative.

8. L'origine quasi expérimentale des systèmes d'opportunité est une garantie d'adéquation aux besoins de l'administration de la justice pénale. L'opportunité n'est pas une création académique ou idéologique; elle l'est sans doute moins que la légalité. Elle naît d'une attente ou d'une frustration et cherche à les satisfaire. Elle prend souvent les traits d'une «coutume savante» qui partage avec la coutume «populaire» une qualité: le pragmatisme.

9. Cette médaille à un revers: l'adoption du principe d'opportunité signifie souvent l'abdication du juriste soucieux de rigueur dogmatique devant le pragmatisme, voire les complaisances, de la pratique; le droit s'incline devant la force normative de faits[13]. L'exemple vient de haut: l'inscription du

[11] GUARNIERI, p. 142, qui développe pp. 136 ss. la thèse des liens entre conjoncture politique incertaine ou expériences malheureuses dans ce domaine de repli sur le système légaliste; voir aussi SPECKERT, p. 60.

[12] Cf. KUNZ, Bagatellprinzip, p. 56.

[13] Cette formule est souvent utilisée par STOOSS. Elle décrit une cible privilégiée des pénalistes rigoureux, cf. SCHULTZ, Einführung, vol. I, p. 174; dans le domaine de la poursuite, HEDIGER, p. 158; WEIGEND, Anklagepflicht, p. 60; KUNZ, Bagatelldelikt, pp. 120–1221, et récemment VEST, pp. 247–248, très critique envers un jugement du tribunal de district d'Olten-Gösgen, publié RSJ 1980, pp. 350 ss. Nous reviendrons sur cette décision ci-dessous, I, IV, 12.

principe d'opportunité dans le CPP français de 1958 ne représente-t-il pas «la consécration donnée par le Code à un principe de droit coutumier» [14]?

La jurisprudence suisse récente assigne des limites au phénomène. Dans un arrêt de 1983, le TF condamne une pratique d'opportunité vis-à-vis des infractions «bagatelles», mise en œuvre par la police et codifiée par des directives de service [15]. C'était là, toutefois, au fond plus qu'à la forme qu'il s'en prenait. Dans un arrêt de 1986, le TF se place davantage sur le plan des sources du droit. Il rappelle qu'en vertu d'un principe général codifié par le Code civil à l'art. 1, ch. 2, la validité d'une «règle de droit coutumier (selon laquelle) les excès de vitesse constatés par les autorités à l'occasion d'un contrôle du temps de travail et de repos (...) ne seraient pas poursuivis pénalement» est subordonnée à la constatation de l'existence d'une lacune; «or, la légitimité de la poursuite et du jugement des excès de vitesse ainsi constatés découle du principe de la légalité et a donc une base légale» [16]. Dans cet arrêt particulièrement intéressant, le principe de la réserve de la loi est appelé au service de la mise en œuvre de la légalité des poursuites. Deux acceptions du principe général de la légalité sont subtilement associés. Voilà un tempérament apporté par le TF à l'admissibilité du principe d'opportunité.

10. Si le caractère historiquement déterminé du choix entre opportunité et légalité de la poursuite, sous une forme stricte ou modérée, n'est contesté par personne, la question de savoir si l'opposition entre les deux principes cache ou révèle une opposition entre des conceptions de philosophie (pénale) a fait l'objet d'un vif débat en Suisse, dans l'immédiat après-guerre. Ceux qui, à l'image de CAVIN, répondaient par l'affirmative [17] voyaient dans le principe de la légalité l'expression des conceptions dites absolues de la finalité de la sanction pénale, appelée à rétribuer et à fonctionner selon un modèle stimulus-réponse.

[14] RASSAT, pp. 231–232, citant les travaux préparatoires du CPP de 1958 et la doctrine immédiatement postérieure à son adoption. Analyse des conséquences de cette origine coutumière sous l'angle de la théorie générale du droit et du droit positif belge, VAN DE KERCHOVE, Pouvoir discrétionnaire, pp. 82 ss.

[15] ATF 109 IV 49.

[16] JdT 1986 I 464 = ATF 112 IV 43. Voir aussi Pra. 1970, no 100.

[17] CAVIN, pp. 9a–10a.

C'est exclusivement cette conception qu'ont reprise aujourd'hui les tenants anglo-saxons des *just deserts,* qui prônent l'application automatique de la sanction en cas de violation de la règle de conduite implicitement contenue dans la norme pénale. Le légalisme assure la cohérence, au stade de la poursuite, avec leur projet global de politique criminelle: réaffirmation de la rétribution pure; condamnation des ambitions de réhabilitation de la sanction pénale [18]; en fait, retour à KANT. L'opportunité serait en revanche l'expression d'une vision relativiste de la finalité de la peine, amenée à métisser de considérations utiltaristes la nécessaire rétribution. Le rapporteur de 1946 a eu à subir bien des critiques, voire des sarcasmes, pour avoir tenté de donner au débat entre partisans des deux systèmes cette dimension philisophique [19].

11. Le débat n'est pas du tout académique. Si l'on admet la pertinence de la recherche des fondements philosophiques, la légitimité de l'un on l'autre système ne devra pas être cherchée uniquement sur le terrain de la constitutionnalité ou la cohérence du système pénal. La vivacité de la discussion dans la doctrine helvétique s'explique également par le fait que les partisans des deux systèmes revendiquent le parrainage de C. STOOSS. Le père du CPS s'est-il finalement rallié, comme le prétend CAVIN, à une conception plutôt utilitariste de la peine, ou est-il demeuré classique et fidèle au *Vergeltungsprinzip* [20]? La recherche récente propose un bilan tout en nuances: STOOSS est incontestablement resté attaché au *principe* rétributif [21], mais il a admis que le *but* de la peine – ou du moins de son exécution – était de nature utilitariste [22]. Une idée force de son œuvre est d'autre part l'affirmation du principe de la subsidiarité [23]. Le tableau est donc contrasté.

[18] Cf. VON HIRSCH, p. 114, qui admet toutefois qu'une alternative acceptable au légalisme est l'encadrement strict de l'application du principe de l'opportunité par l'édiction de *guidelines,* cf. ci-dessous, I, IV, nos 14 ss.

[19] Cf. SPECKERT, pp. 61 ss. et les auteurs qu'il cite.

[20] Voir la démonstration tentée par HEYDEN, p. 51.

[21] KÄNEL, Die kriminalpolitischen Konzeptionen von Carl Stooss, Bern, 1981, pp. 98 ss.; RUSCA, La destinée de la politique criminelle de Carl Stooss, Fribourg, 1981, pp. 75–76.

[22] RUSCA, op. cit., p. 77.

[23] KÄNEL, op. cit., pp. 89 ss.

12. STOOSS n'est toutefois pas le seul talisman que peuvent invoquer les partisans de l'un ou de l'autre système. Ainsi, toujours après la guerre, a-t-on lu sous des plumes autorisées que le principe d'opportunité correspondait le mieux à l'esprit de la «défense sociale nouvelle», qui connaissait alors sa période la plus faste[24].

13. Aujourd'hui, le débat sur les fondements philosophiques conduit moins à revendiquer des parrainages illustres qu'à aborder une question de fond: que signifie la dévolution du droit de punir à l'Etat? Quelles sont ses conséquences sur la politique de poursuite? Fait-elle naître des obligations à la charge de l'Etat?

14. Il est indiscutable que l'Etat détient le monopole du *droit de punir*. En revanche, certains systèmes ne lui reconnaissent pas l'exclusivité de la *poursuite*. Il convient de distinguer les corollaires de ces deux principes. Du second, il y a peu à tirer quant à l'organisation de la poursuite. La logique voudrait certes que le monopole du déclenchement de l'action publique entraînât l'adoption d'un système légaliste, alors que, dans un régime dans lequel les privés partagent avec les représentants de l'Etat la maîtrise de la poursuite, le principe de l'opportunité devrait s'imposer, qui permet au ministère public de sélectionner parmi les sollicitations d'ouvrir l'action publique, celles qui répondent à un intérêt public prépondérant[25]. Ces combinaisons ne se rencontrent guère dans la réalité; du moins, ce n'est pas cette logique là qui a façonné les systèmes de poursuite.

15. Plus sérieuse est la thèse selon laquelle l'Etat ne pourrait pas se refuser à l'exécution d'une *obligation* de poursuivre qui serait le corollaire de son droit de punir. Cet axiome doit être nuancé, à plusieurs égards. D'abord, le glissement du droit de punir vers l'obligation de poursuivre présente tous les traits d'une pétition de principe. La démonstration n'est jamais apportée; peut-être est-elle impossible à faire. Secondement, cette responsabilité comprend aussi ce que les Allemands appellent le *Justizgewährungspflicht*[26]. Il est plus correct de parler d'une obligation d'être juste que d'une obligation de punir et de poursuivre.

[24] CLERC, Rapport général, p. 223; Idem, Procès pénal, p. 110.
[25] Cf. TAK, p. 33
[26] WEIGEND, Anklagepflicht, pp. 65–67.

Affirmer cela signifie ouvrir le débat sur la légitimité du pouvoir d'appréciation des juges et des magistrats du Parquet dans le cadre de la hiérarchisation des pouvoirs et de la délimitation de leurs compétences respectives. Qu'il nous suffise d'avoir démontré ici que l'affirmation du monopole de poursuivre et de punir de l'Etat n'apporte qu'un argument d'une valeur relative en faveur des systèmes légalistes.

Chapitre III

Statut juridique du principe de l'opportunité et incidences sur le débat fédéraliste en Suisse

1. La doctrine et la jurisprudence qualifient le classement sans suite du droit français et ses équivalents dans les ordres juridiques continentaux en tant que «mesure d'administration et non (comme) acte juridictionnel» [1]. Les rares jurisprudences qui ont traité cette question ont retenu la même solution [2]. De ce fait, une décision de classement n'est pas revêtue de l'autorité de chose jugée. La conséquence pratique de ce statut tient à la facilité, pour l'autorité de poursuite, de rouvrir le dossier en cas de faits nouveaux. Cela explique, d'une part, le goût de cette autorité pour le classement dans les cantons qui connaissent l'institution [3], et d'autre part, la relative fréquence des recours contre les décisions de classement, de la part de «bénéficiaires» de la décision, désireux d'obtenir un non-lieu motivé en droit ou un acquittement. Le second phénomène s'explique toutefois par bien d'autres raisons, liées au contenu même de la décision (défaut de constatation de l'absence de culpablilité dans le classement, par exemple).

2. Le statut quasiment indiscuté des décisions appliquant le principe d'opportunité ne signifie pas encore un rattachement clair au droit formel ou au droit matériel: la doctrine majoritaire a certes, de tout temps, marqué une nette préférence pour l'appartenance au droit de forme [4]. Ce point de vue est difficile à

[1] MERLE/VITU, p. 344. Cf. aussi TREYVAUD p. 116; SCHNEIDER, p. 110; HEDIGER, p. 245; PIQUEREZ, Précis, pp. 326, 420; STEFANI et al., p. 587, *Contra*, avec des nuances, WERMELINGER, pp. 259 ss. Dans la législation cantonale, le § 76, ch. 2 SZ assimile explicitement le classement à un jugement; il faut rappeler qu'il ne s'agit pas dans ce cas de classements en opportunité. Le prof. J. GRAVEN établissait, dans son cours de procédure pénale consacré au Code de 1940, un lien entre le caractère non juridictionnel du classement et le silence de la loi à son sujet.

[2] Cf. ATF V. et B, du 14 avril 1986.

[3] Cf. OCA no 132 du 30 mai 1986.

[4] Cf. HEYDEN, p. 15; CLERC, Initiation, p. 100; PIQUEREZ, Précis, p. 157.

contester au regard de droit suisse actuel. Ce sont en majorité les législations cantonales de procédures qui mettent en application le principe de l'opportunité. Toutefois, trois nuances importantes s'imposent.

a) La séparation entre les sphères respectives du droit de forme et du droit de fond est fragile[5]. L'examen du droit matériel ne se limite en effet pas à l'analyse abstraite de dispositions légales; l'étude de leur application en relève tout autant. Or, la mise en œuvre de politiques de poursuite menées en opportunité exerce sur cette dernière une influence évidente[6]. Cette constatation n'indique pas encore si, en droit suisse actuel, cette influence reste dans les limites du tolérable.

b) Le droit pénal matériel n'ignore pas le principe de l'opportunité. C'est bien ce dernier, entendu dans une acception large, que le législateur a retenu dans les dispositions qui autorisent le juge à exempter l'accusé de toute peine. L'art. 100, ch. 1, al. 2 LCR est l'exemple le plus souvent cité[7], mais le catalogue des articles du CPS ou du droit accessoire d'inspiration comme de formulation analogues est fort long[8]. Le droit futur connaîtra sans doute un développement de ce phénomène[9].

c) Il n'est plus discutable que le principe de l'opportunité réside au cœur de dispositions de teneur presque identique se situant des deux côtés de la frontière artificielle qui sépare droit de forme et droit de fond[10]. La doctrine de langue allemande est

[5] Cf. VOLK, p. 906.

[6] Démonstration par PFENNINGER, Legalität, p. 151. Voir aussi TREYVAUD, pp. 116ss.; KÜNG-HOFER, pp. 110–111.

[7] Cf. CLERC, Opportunité, p. 286; BÄNZIGER, p. 302.

[8] Voir déjà PFENNINGER, Legalität, p. 143. On peut citer dans le CPS les art. 20 et 21, ch. 2 (clauses d'exemption générales) ou 177, ch. 2 et 308, ch. 1 (clauses spéciales). Le Conseil d'Etat genevois a tenu à rappeler cette liste au moment de proposer une modification du CPP réaffirmant l'existence et l'importance de l'opportunité de la poursuite, MGC 1986, pp. 3694–3695.

[9] Ainsi l'important art. 66 bis du projet de révision du CPS concernant les infractions contre la vie et l'intégrité corporelle et contre la famille. Le Message justifie la mise sur le même pied de l'exemption de poursuite et de peine, FF 1985 II 1032.

[10] Le phénomène est illustré par l'utilisation de critères proches et parfois identiques dans le CP autrichien (application «matérielle») et dans diverses législations et jurisprudences de procédure pénale helvétiques (application «formelle» du principe de l'opportunité), cf. DRIENDL, pp. 27ss.

allée un peu plus loin, en le rapprochant d'une notion clé de l'interprétation des incriminations, l'adéquation sociale[11]. Si l'on franchit ce pas avec elle, l'empire du principe de l'opportunité s'étend à toutes les composantes de la théorie générale de l'infraction. Même si nous serions tentés de nous engager dans cette direction, la sagesse nous recommande de revenir à une acception plus classique et plus modeste du principe, qui nous permettra d'aborder la question si brûlante autrefois en Suisse des limites constitutionnelles à la liberté des cantons de légiférer et d'arrêter leur politique en la matière.

3. Les adversaires les plus résolus du principe d'opportunité au congrès de Neuchâtel de 1946 et dans les années qui suivirent s'appuyèrent, en premier lieu, sur la LF sur la procédure pénale fédérale et, en second lieu sur la Constitution fédérale. Ils trouvèrent dans cette dernière deux dispositions propres à alimenter leurs assauts: l'art. 64bis, ch. 1 et l'art. 2 des Dispositions transitoires[12].

4. Aux yeux des procureurs du système de l'opportunité, ces deux normes imposent aux cantons une obligation d'appliquer le droit pénal fédéral, autant que l'a voulu le législateur. Les autorités cantonales ne peuvent aller *au-delà,* en raison de l'art. 1 CPS; les pratiques de classement en opportunité les autorisent à rester *en deçà,* ce qui est tout aussi critiquable que l'option inverse. L'art. 64bis, ch. 1 instaurerait une obligation d'exécution *(Anwendungszwang)*[13].

5. Le procès contre le principe de l'opportunité s'instruit, en complément, grâce à des arguments tirés du principe de la force dérogatoire du droit fédéral. Les pratiques d'opportunité feraient obstacle à une application concrète du droit fédéral; de ce fait, les normes cantonales sur lesquelles elles se fondent violeraient l'art. 2 DT. Le Tribunal Fédéral s'est montré sensible à cette argumentation dans des décisions récentes non

[11] Cf. HEDIGER, p. 158; WEIGEND, Anklagepflicht, pp. 62–63.

[12] Cf. COMTESSE, p. 62a; LÜTHI, RDS 1946 p. 400a. Avant cela déjà PFENNINGER, Popularstrafanklage, pp. 61ss.; plus tard, PFENNINGER, Légalität, p. 157; WAIBLINGER, pp. 228ss.; résumé de ces assauts et de leur échec relatif chez HAUSER, Strafprozeßrecht, p. 97. Echo, pourtant, de cette argumentation dans la jurisprudence, ATF 109 IV 50.

[13] COMTESSE, p. 62a.

publiées. Ainsi, dans un arrêt de 1987, il rappelle les principaux cas d'application de l'art. 2 DT dans le domaine pénal[14] et souligne «qu'en matière pénale la répression des infractions de droit fédéral, lorsqu'elles sont réalisées du point de vue objectif ne peuvent être entravées que par l'application du droit fédéral lui-même»[15]. Une telle affirmation condamne «les motifs d'opportunité prévus dans la procédure pénale cantonale»[16]. On ajoutera que, dans ce cas particulier, l'ordonnance de la Chambre d'accusation confirmant le classement a été annulée pour un autre motif, qui n'est pas tiré de l'art. 2 DT. La décision en question se fondait certes sur «des normes tirées du droit fédéral», mais sur de mauvaises raisons ou sur une disposition mal interprétée. Le TF estime que l'autorité de poursuite a voulu appliquer, en quelque sorte, par anticipation l'art. 173 ch. 4 CPS et semble admettre ce raisonnement quant à son principe. Toutefois, les conditions matérielles énoncées par cette disposition n'étaient pas réalisées en l'espèce.

6. De cette jurisprudence, il ressort que les décisions cantonales de classement en opportunité doivent subir l'examen de la conformité au droit fédéral sur deux points:

a) Seuls des motifs de droit fédéral sont admissibles.
b) Le droit fédéral doit être correctement appliqué.

La cognition du TF quant à ces deux questions découle de l'art. 269 PPF. L'application d'une norme cantonale contraire au droit fédéral est assimilée à une violation de ce dernier[17]; de ce fait, la voie du pourvoi en nullité est ouverte. Peu importe que la décision de classement ou l'ordonnance qui la confirme relève du droit de forme et ne soit pas revêtue de l'autorité de chose jugée. Les deux questions sont manifestement indépendantes dans l'esprit du TF[18].

7. La portée de cette jurisprudence, non encore confirmée dans une décision publiée, est considérable. Elle est à même de res-

[14] Cf. ATF 104 IV 109; 104 IV 290.
[15] Arrêt A. et S. du 18 juin 1987, c. 3. Voir aussi arrêt M. du 14 juillet 1987, c. 2.
[16] Arrêt A. et S., c. 4.
[17] ATF 101 IV 377; 104 IV 290; ATF M. du 14 juillet 1987 précité.
[18] *Contra* PIQUEREZ, Précis, p. 426, qui écrit, en 1987 également, que la voie du pourvoi en nullité est fermée à la contestation d'une décision de classement précisément pour les raisons – absence de chose jugée – indifférent au regard du TF.

treindre sérieusement la liberté de manœuvre du législateur et des autorités cantonales [19] et ouvre un nouveau chapitre brûlant dans l'histoire de la controverse sur la légitimité de l'application du principe d'opportunité: quels motifs de classement relèvent-ils du droit fédéral? Le TF semble prêt à donner à la notion une interprétation extensive. Cela correspond d'ailleurs à la logique de l'évolution déjà décrite, qui tend à regrouper l'ensemble des décisions des autorités judiciaires s'appuyant sur les mêmes critères et visant les mêmes fins. Plus perméable apparaîtra la frontière entre droit de fond (essentiellement fédéral) et droit de forme (avant tout cantonal), plus large demeurera la marge de manœuvre des autorités de poursuite.

8. Après le réquisitoire, parole à la défense. Son discours sera décalé par rapport aux derniers développements des argumentations fondées sur l'art. 2 DT, puisqu'à notre connaissance, la jurisprudence non publiée du TF n'a pas suscité de réponse. Dans les plaidoyers pour le principe de l'opportunité, il faut distinguer deux registres d'argumentation: une déclaration absolue d'indépendance vis-à-vis des exigences du droit fédéral; et une position modérée, majoritaire, qui fonde la défense sur une distinction entre juridiction attribuée et juridicition déléguée.

9. Durant les années chaudes de la controverse entre partisans des deux systèmes de poursuite, certains auteurs se sont avancés fort loin, en affirmant que les cantons avaient conservé, aux termes de la Constitution de 1874, le droit à la répression [20]. Pour argumenter de la sorte, il faut distinguer entre droit de punir, qui appartient incontestablement à la Confédération, et droit à la répression, qui serait demeuré dans la sphère cantonale. Le raisonnement a bien entendu un fondement théorique, qui mélange habilement une distinction classique en philosophie pénale et une règle de partage constitutionnel propre à la Suisse et difficile à interpréter. C'est ainsi que CAVIN pouvait proclamer que les compétences cantonales en la matière décou-

[19] Cette liberté dépend bien entendu aussi, et en premier lieu, des possibilités concrètes offertes aux parties de porter les décisions incriminées devant les instances judiciaires supérieures (cf. ci-dessous, I, VII, 11 et II, III, 13).

[20] CAVIN, pp. 15 a ss.; cf. CLERC, RDS 1946, p. 378 a; HEIM, p. 9. Développement et critique de cette thèse par TREYVAUD, pp. 117 ss.

laient tout autant de l'art. 64bis, ch. 2 Cst. féd. que de l'art. 64bis, ch. 1 [21].

10. Une telle position était toutefois difficile à tenir. Plus convaincants apparaissent les plaidoyers pour le principe d'opportunité, qui prennent appui sur l'opposition entre juridiction attribuée et juridiction déléguée aux cantons [22]. Le principe de la légalité ne s'imposerait que dans le second cas; dans le premier, les cantons seraient libres de recourir au principe d'opportunité pour accomplir leur tâche. Les notions utilisées ici sont empruntées à la loi sur la procédure pénale fédérale (qui parle d'affaires *déférées,* plutôt que déléguées). Ainsi, l'argumentation qui la met en œuvre est inséparable de l'analyse de cette législation. Les controverses sur sa portée prolongent les débats de nature constitutionnelle.

11. La PPF distingue trois types de procédures comportant l'application du droit pénal fédéral: les infractions *attribuées* aux cantons sans condition (art. 247 ss.), les infractions *déléguées* à un canton (art. 254 ss.) et les infractions attribuées aux cantons, qui ont fait l'objet d'une réquisition de poursuite de l'autorité fédérale et à propos desquels la Confédération excerce un droit de haute surveillance (art. 258 ss.). Ces trois types de causes sont soumis à trois régimes différents. Seule une comparaison entre les régimes permet de saisir les particularités de chacun d'eux.

12. Le juriste est toujours tenté, lorsqu'il se trouve face à deux normes contradictoires, d'établir un rapport de règle à exception. Pour CAVIN et ceux qui soutenaient sa position au Congrès de 1946, les articles 254 et 258 PPF ne peuvent se comprendre que comme des exceptions légalistes dans une loi admettant l'application du principe de l'opportunité dans des cantons exerçant pleinement leur souveraineté [23]. Puisque l'art. 254 prescrit à l'autorité cantonale à laquelle est déférée une affaire de la clore par une ordonnance de non-lieu ou un jugement, le

[21] Ibidem.

[22] Cf. CLERC, RDS 1946, p. 379a; IDEM, Initiation, pp. 46ss.; TREYVAUD, pp. 120ss.; PIQUEREZ, Précis, pp. 65, 158. Critique de la thèse chez PFENNINGER, Legalität, pp. 151–152.

[23] CAVIN, p. 16a; LEUCH, RDS 1946, p. 395a. Dans le même sens, TREYVAUD, p. 124 et, semble-t-il, PIQUEREZ, Précis, p. 158.

canton serait, *e contrario,* libre de ne pas même ouvrir ou mener à son terme une action publique, si la cause lui est attribuée et non pas déléguée.

Nul ne saurait contester ce premier volet du raisonnement. Le pas suivant, franchi par CAVIN, est d'intégrer les classements en opportunité parmi les décisions de non-poursuite conformes au droit fédéral au regard de l'art. 247 PPF [24]. A notre sens, ni cette interprétation, ni l'interprétation contraire défendue avec beaucoup de vigueur par les «légalistes» [25] ne s'impose. On ne peut déduire du texte que le législateur n'aurait entendu réserver à l'art. 247 PPF que les classements motivés par une raison strictement «juridique» (prescription, non-réalisation manifeste d'un élement constitutif de l'infraction), en excluant les classements pour motifs d'opportunité. Certes, il serait possible de défendre cette option en se fondant sur l'organisation du pourvoi en nullité au TF. La cognition de ce dernier est limitée aux questions de droit fédéral; il ne porte ni sur l'appréciation des faits, ni sur l'application du droit cantonal (art. 269, ch. 1 et 273, ch. 1, lettre b PPF). Aussi, la loi elle-même imposerait de distinguer décisions de non-lieu ou de classement fondées sur des arguments juridiques d'une part, et motivées en fait ou par l'application du droit cantonal d'autre part [26]. L'argument ne convainc pas. Tout d'abord, l'interprétation que donne G. PIQUEREZ des art. 268 ss. est trop restrictive au regard de la jurisprudence la plus récente du Tribunal Fédéral [27]. D'autre part, même si elle était admise dans l'analyse des limites du pourvoi en nullité, il serait abusif de considérer que l'impossibilité d'être attaquée par cette voie de recours rendrait une modalité de décision cantonale illégale au regard de la législation fédérale.

13. La thèse alternative, qui distingue les classements autorisés implicitement par l'art. 247 PPF, quels que soient les motifs sur lesquels ils reposent, et les jugements et ordonnances de non-lieu, seuls envisagés par l'art. 254, paraît se heurter à une jurisprudence ancienne selon laquelle «le refus d'inculper est, comme le classement d'une affaire, assimilable à un non-lieu (au

[24] Ibidem.

[25] Cf. STÄMPFLI, p. 90; WAIBLINGER, p. 292; HEYDEN, p. 53.

[26] Démonstration à propos de l'art. 268, ch. 2 PPF, sans établissement d'un rapport avec la question qui nous occupe, PIQUEREZ, Précis, p. 426.

[27] Cf. ci-dessus nos 5–7.

sens de l'art. 268, ch. 2 PPF)»[28]. Sans avoir perdu toute sa pertinence[29], l'affirmation jurisprudentielle n'a pas ou plus valeur absolue. Le statut juridique distinct des décisions de classement et de non-lieu – acte non juridictionnel dans un cas, juridictionnel dans l'autre[30] – interdit l'assimilation complète[31].

14. Finalement, c'est le texte même de l'art. 247 PPF qui doit être déterminant. Son chiffre 3 dispose que «la procédure s'instruit (...) selon les règles de la législation cantonale». Ni le but et la logique de la loi, ni l'intention du législateur ne permettent de considérer l'article lui-même, et singulièrement son chiffre 1 comme une «disposition contraire du droit fédéral» réservée par le chiffre 3. Les travaux préparatoires publiés ne comprennent aucune réserve explicite à l'encontre de l'application du principe de l'opportunité, pourtant connu à Genève depuis presque un demi-siècle[32]. Nonobstant l'attitude restrictive du TF[33], nous pensons donc que la position des partisans historiques du système de l'opportunité demeure soutenable. Mais il faut bien reconnaître, en fin de compte, que l'interprétation de l'art. 247 PPF est affaire de conviction.

15. La portée exacte de cette disposition prête donc encore à discussion. En revanche, une quasi-unanimité se fait autour de l'application stricte du principe de la légalité des poursuites, à

[28] ATF n. p. V., du 5 mai 1947; V. du 28 janvier 1949; T., du 16 février 1952; et encore, M. du 14 juillet 1987, c. 3. Voir aussi OCA no 72, du 8 avril 1968.

[29] Dans certaines circonstances, l'assimilation est nécessaire aux fins de préserver les droits de recours du plaignant. Par exemple, dans la situation prévue à l'art. 87 CPP GE: suspension provisoire de l'action publique, jusqu'à droit connu sur une autre procédure. Etant donné que la poursuite pénale n'est pas reprise d'office à l'issue de ce second procès, le plaignant ne pourrait pas recourir en cas d'inactivité du Ministère public, cf. ATF M. du 14 juillet 1987, c. 3.

[30] Pour les décisions de non-lieu motivées en droit. Exemple de conséquence de cette différence de statut: application de *ne bis in idem* en cas de non-lieu (et d'acquittement, bien entendu), non en cas de classement (ATF 110 I b 387, *ad* art. 5, ch. 1, lettre a, al. 2 EIMP).

[31] Cf. l'ATF N., du 21 octobre 1985, partiellement publié ASDI 1987, pp. 220–221, qui se livre à une comparaison des caractéristiques de l'une et l'autre décisions (c. 1).

[32] Cf. BO CN 1931, 784–785; BO CE 1933, 56. Le Message parle certes d'une «obligation de poursuivre et de juger les causes du droit pénal fédéral qui restent de la compétence (des cantons)», FF 1929 II, 666, mais ne développe pas le sens qu'il donne au mot «obligation».

[33] Cf. ATF 100 IV 127; 112 IV 46.

une infraction soumise au régime des art. 254 ss. PPF. Dans le cadre de la juridiction déléguée au canton, les autorités de ce dernier ne peuvent faire valoir des motifs d'opportunité [34]. De ce fait, la poursuite ne peut être interrompue, avant décision de non-lieu ou renvoi en jugement, que par le Ministère public de la Confédération.

16. Une autre formule tendant à exclure la mise en œuvre du principe de l'opportunité a été choisie par le législateur à l'art. 258 PPF. L'autorité cantonale est alors «tenue sans autre d'ouvrir la procédure et de procéder à l'instruction». Deux questions sont à discuter: le champ d'application de la disposition et l'étendue de l'obligation incombant aux autorités cantonales, lorsque celle-ci vient à s'appliquer.

17. L'art. 258 énonce deux conditions cumulatives [35]: la «haute surveillance» exercée par la Confédération aux termes de la loi violée et la réquisition de l'«autorité fédérale compétente», c'est-à-dire désignée par la législation spéciale. Il convient de ne pas interpréter les mots «haute surveillance» et «Confédération» de manière stricte; en effet, la terminologie est fluctuante. Le législateur a indifféremment parlé de haute surveillance et de surveillance [36], et a attribué ce pouvoir à la Confédération, au Conseil fédéral, voire à d'autres autorités [37]. C'est l'importance de l'octroi de ce pouvoir de haute surveillance dans la législation pénale accessoire qu'il faut retenir.

18. La réunion des deux conditions énoncées par l'art. 258 PPF contraint les autorités cantonales à mener la procédure jusqu'au jugement ou à l'ordonnance de non-lieu. La doctrine unanime considère comme applicable par analogie la prescription de l'art. 254 PPF, que le législateur a omis de formuler explicitement à l'art. 258 [38].

[34] Cf. avant tout PFENNINGER, Legalität, p. 149; PETER, Bundesanwaltschaft, p. 48, auxquels se rallient, entre autres auteurs, TREYVAUD, pp. 124–125, et PIQUEREZ, Précis, pp. 65, 158.

[35] Cf. la démonstration de TREYVAUD, pp. 125–126, qui réfute certaines opinions énoncées lors des débats parlementaires, qui tendaient à élargir le champ d'application de l'art. 258 PPF.

[36] Exemples de «droit de surveillance»: art. 3, ch. 1 LPEP; LF sur l'énergie atomique, RS 732.0, art. 8, ch. 1; ou encore LSA: l'art. 50, ch. 4 renvoie expressément à l'art. 285 PPF.

[37] Exemple: art. 32 et 35 LF sur la protection des animaux, RS 455: Dép. féd. éco. publ. et Office vétérinaire fédéral.

[38] Ainsi, TREYVAUD, p. 127; BLÄTTLER, p. 136

19. En conclusion, la liberté laissée à l'interprète des dispositions de procédure pénale fédérale est étroite. Elle se limite à la compréhension du verbe «poursuivre» à l'art. 247, ch. 1 PPF. Sur ce sujet, le débat entre centralisateurs et fédéralistes reste ouvert. Il faut admettre que le droit constitutionnel ne prescrit aucune règle. Une expertise récente sur la question s'est prononcée pour la compatibilité d'une clause d'opportunité, certes modeste, avec le droit fédéral[39].

En fin de compte, la question doit être posée en termes de politique criminelle, voire de politique tout court: elle n'est pas de savoir si le principe de l'opportunité entrave l'application de droit fédéral, mais si une application (absolument) uniforme du droit fédéral est souhaitable. La réponse affirmative des adversaires du principe d'opportunité apparaît clairement dans un argument développé par PFENNINGER, en 1951: il est inadmissible pour la réputation de la Suisse qu'à Genève l'avortement par un tiers ne soit poursuivi que lorsqu'il a eu pour conséquence le décès de la mère ou qu'il s'est déroulé devant témoin[40]. La cible immédiate de l'attaque est le Ministère public genevois; au-delà, c'est l'institution du jury qui est visée, puisque c'est par crainte d'un acquittement que l'autorité de poursuite a arrêté la pratique incriminée. Quelques années plus tard, un sentiment analogue d'injustice, provoqué par une application fort inégale de l'art. 237 CPS s'exprime au Parlament lors de l'élaboration de la LCR[41].

20. Le débat sur les disparités de l'application du droit est toujours d'actualité. Il concerne aujourd'hui essentiellement les conditions de l'imposition de la sanction. L'enjeu est toujours le même: l'uniformité dans l'application du droit fédéral. Celle-ci,

[39] Consultation du prof. HAUSER à propos de l'art. 20 AR, citée par BÄNZIGER, p. 288.

[40] PFENNINGER, Legalität, pp. 155–156.

[41] L'objet du débat était l'art. 90, ch. 2 LCR, dans sa version de 1958, légèrement amendée par la suite, en 1975. Le Conseil national introduisit cette disposition sur proposition de sa commission, elle-même poussée par le député KISTLER (BO CN 1956, 300 et 1957, 269); elle fut d'abord soutenue par une minorité du Conseil des Etats, avant le ralliement de la majorité (BO CE 1958, 214). La minorité sénatoriale expose de manière particulièrement transparente son souci d'uniformiser les pratiques de répression: à lire les statistiques, constatait le Conseiller aux Etats MÜLLER, «in Genf fahren lauter Engel», alors que «die Gesellschaft ist gemischter», à Berne, Lucerne ou Bâle (BO CE 1958, 131). Un délit de mise en danger abstrait fut donc introduit dans la LCR nouvelle.

particulièrement quand il s'agit de l'art. 63 CPS, passe par l'obligation de motiver. Les exigences traditionnellement modestes du Tribunal fédéral en la matière semblent se renforcer. Ainsi, dans un arrêt non encore publié, la Cour suprême prend appui sur l'art. 4 Cst. féd. pour juger insuffisante la motivation d'une décision judiciaire[42]. C'est l'institution du jury qui se trouve une nouvelle fois en point de mire. La décision en question émanait en effet de la Cour d'assises du canton de Genève. Il est reconnu que l'élévation des exigences quant à la motivation emporte implicitement, et peut-être bientôt explicitement dans la jurisprudence, la condamnation du jury[43].

21. Le thème des limites de la liberté des autorités judiciaires cantonales dans l'application du droit fédéral donnera sans doute prétexte à l'un des débats de fond de la prochaine révision du Code pénal. Les options assez tranchées du professeur H. SCHULTZ en la matière méritent d'ores et déjà d'être mentionnées: son avant-projet prévoit un renforcement des exigences quant à la motivation du jugement[44]. L'auteur ne cache pas que, outre quelques raisons dogmatiques, sa proposition s'explique par le caractère choquant de disparités intercantonales dans la politique sanctionnelle en général et dans l'application de l'art. 63 CPS actuel, en particulier. Ainsi, la proportion de courtes peines, bête noire de l'avant-projet comme de la doctrine du nord de l'Europe en matière de politique criminelle depuis plusieurs décennies, était, en 1984, de 45,96% dans le canton de Vaud alors que la moyenne nationale se situait à 37,76%[45].

22. Un souci de motivation bien différent est également une des caractéristiques qui séparent les traditions germanique et fran-

[42] ATF n. p. van M., du 27 janvier 1988, qui reprend, en la rendant plus stricte, la jurisprudence Schürch datant de 1952 (ATF 78 IV 134); cette dernière s'appuyait essentiellement sur l'art. 277 PPF. La jurisprudence récente élève le débat au niveau constitutionnel. La Cour de cassation genevoise se met au diapason de la jurisprudence fédérale, cv. arrêt nos 50 du 25 mai 1988 et 94 du 20 octobre 1988.

[43] Cf. RIKLIN et al., p. 10, qui font le bilan du recul de l'institution du jury au cours des trente dernières années; HAUSER, Strafprozeßrecht, pp. 94–95, qui parle à ce sujet de l'épée de Damoclès que la juridiction suprême suspend au-dessus des instances de jugement cantonales.

[44] «Le juge mentionnera dans son jugement les éléments déterminants qui lui ont permis d'établir le degré de culpabilité retenu», AP CPS, art. 46, ch. 4.

[45] SCHULTZ, Bericht, p. 123, avec renvoi à des études antérieures sur le même objet.

çaise du classement. Celle-ci formule des exigences minimales en la matière, alors que celle-là connaît depuis toujours une obligation stricte de motiver[46]. Le respect de la tradition française dans les cantons romands, n'a, à ce jour, pas soulevé de problèmes. Le renforcement de la rigueur dans la jurisprudence fédérale pourrait en susciter quelques uns. On se contente implicitement, jusqu'ici, de la motivation apportée par l'autorité saisie sur recours, la Chambre d'accusation, tout comme l'on considérait que la motivation de la sanction, et singulièrement de la fixation de la peine, par la Cour de cassation «guérissait» les défauts de motivation de la décision du jury. Le mécanisme n'est admis, comme l'a précisé le TF dans sa jurisprudence la plus récente, qu'à condition que l'autorité de recours excerce une pleine cognition sur les questions tranchées sans motivation suffisante par l'autorité inférieure. Un parallèle peut parfaitement être établi; le sort du défaut de motivation est attaché à celui du pouvoir d'examen de l'autorité de recours cantonale[47].

[46] Cf. SCHNEIDER, p. 465. A Genève, la motivation des classements avant information est tout à fait succincte; des explications complémentaires sont fournis à l'intéressé à sa demande. La motivation des classements après information est plus substantielle.

[47] Voir ci-dessous, I, VII, 10.

Chapitre IV

Opportunité et principe d'égalité

1. «L'art. 4 de la Constitution fédérale exige que les lois soient appliquées d'une manière identique pour tous les justiciables. Tel n'a manifestement pas été le cas, puisque, pour le même contexte de faits, le Ministère public a prononcé un classement et renvoyé un accusé devant le Tribunal. C'est au nom de cette inégalité de traitement infondée que le Tribunal de Police a prononcé l'acquittement de l'accusé»[1]. Cette chronique du Palais décrit très simplement les pièges dans lesquels les pratiques de classement risquent d'entraîner les autorités judiciaires. Le principe de l'égalité devant la loi a, de tout temps, alimenté les critiques adressées à ces pratiques[2]. Traditionellement, il s'agissait d'une opposition de principe à principe. Aujourd'hui, le grief s'est affiné, et le thème de l'égalité dans l'illégalité a acquis droit de cité, aussi bien dans la doctrine que dans les décisions judiciaires.

2. La transposition de ce thème fort en vogue dans le domaine de l'opportunité de la poursuite, peut étonner. Il suppose l'assimilation d'un classement pour motif d'opportunité à une pratique illégale. Nous devons admettre, sans rouvrir le débat au sujet de la contradiction entre légalité pénale et opportunité de

[1] Le Courrier, du 12 avril 1988. La crise du logement, toile de fond de cette affaire, pose souvent aux autorités judiciaires de tous pays quelques soucis au regard de l'égalité de traitement; cf., à propos de la situation à Berlin, ULRICH, pp. 169 ss.

[2] Cf., parmi d'autres, PFENNINGER, Legalität, pp. 141–142; HEYDEN, p. 50, qui se réclame abondamment de l'autorité de GIACOMETTI; HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 128. La jurisprudence neuchâteloise exprime le souci d'une certaine réserve: «Face au principe de l'égalité de traitement, le classement par opportunité doit être l'exception» (RJN IV, II, p. 171, Ch. d'acc., 21 avril 1969). Les mêmes objections ont été formulées à l'encontre du projet de nouvel art. 66bis CPS, actuellement en discussion aux Chambres, cf. FF 1985 II, 1030 (l'article a été adopté sans modification, mais non sans discussion par le Conseil des Etats, cf. BO CE 1987, 368).

la poursuite, l'opération qui revient à rapprocher, aux fins de la discussion, illégalité et extralégalité. Deux raisons justifient l'opération. D'une part, comme nous l'avons déjà indiqué, toute césure dans le déroulement du traitement d'une affaire par l'administration de la justice pénale est artificielle. Or, un acquittement pour une infraction manifestement réalisée relève de l'«illégalité», au sens où la définissent les théoriciens de l'égalité dans l'illégalité. D'autre part, d'un point de vue socio-psychologique, le raisonnement et les sentiments des sujets de droit affectés par une modification de la politique de classement ne diffèrent en rien de ceux qui animent les victimes d'une modification d'une pratique judiciaire ou administrative. La lecture attentive de quelques jurisprudences traitant de griefs relatifs à une pratique fluctuante des autorités de poursuites nous conduit sur un terrain familier aux théoriciens et praticiens de l'égalité dans l'illégalité [3].

3. Les autorités judiciaires actives à tous les stades du procès pénal sont confrontées à ce thème. A la revendication de l'égalité dans la (non-)poursuite répond celle de l'égalité dans la (non-)répression. Dans les deux cas, réflexion s'élabore dans le cadre théorique de la pesée d'intérêts. A l'intérêt au respect le plus strict du principe de la légalité s'oppose l'intérêt à l'application le plus large possible de l'article 4 Cst. féd. et à la protection de la bonne foi. Cette opposition de principe(s) ne peut être discutée ici. Nous devons nous contenter d'en décrire les implications dans la jurisprudence pénale. Pour ce faire, il est nécessaire de distinguer l'(in)égalité abstraite de l'(in)égalité concrète.

4. Nous parlons d'inégalité abstraite lorsque celui qui invoque le grief se prévaut de cas ne relevant pas de l'affaire pénale dans laquelle lui-même est impliqué. Il s'agit en quelque sorte d'une inégalité *externe*. Les tribunaux se montrent extrêmement réticents à l'endroit de l'argument. Le TF a plusieurs fois rejeté ce moyen, en refusant de suivre des prévenus ou des condamnés qui invoquaient des pratiques différentes suivies par les mêmes autorités dans des cas juridiquement semblables [4].

[3] Cf. des deux travaux fondamentaux sur le thème AUER et LIGGENSTORFER, qui ne traitent toutefois pas directement notre sujet. Voir aussi HAEFLIGER, pp. 73–74.

[4] Cf. par exemple ATF 100 IV 191; Pra. 1972, no. 100, p. 307 (n. p. ATF); SJ 1986, p. 23 (TF).

5. Le refus d'entrer en matière sur le plan objectif de la comparaison des pratiques s'accompagne d'une indifférence à l'égard d'arguments subjectifs. Nous ne connaissons pas d'arrêt suisse discutant, dans ce contexte, d'une éventuelle erreur de droit commise par un auteur informé d'une pratique généralisée de non-poursuite ou de non-répression [5]. En Belgique, la question a au contraire été sérieusement discutée, à propos de la répression accidentelle de l'avortement [6]. La législation de ce pays n'autorise que l'avortement dit «thérapeutique», défini à peu près dans les mêmes termes qu'à l'article 120 CPS. On constata dans les années soixante-dix, surtout dans l'arrondissement de Bruxelles, une diminution du nombre des poursuites et des condamnations pour avortements illicites. Lorsque le Procureur général près la Cour d'appel de Bruxelles décida de «reprendre les poursuites», les tribunaux réagirent de manière diverse. Le jugement le plus intéressant rendu par une Chambre francophone de la Cour d'appel le 30 juin 1983, acquitta les prévenus, au motif qu'ils «ont pu croire qu'ils violaient pas la loi, qu'ils imaginaient voir prochainement déclarée caduque». D'autres juridictions, confrontées à des cas semblables, n'admirent pas ce que le droit belge appelle «erreur invincible» (erreur de droit parfaite au sens de l'article 20 CPS) [7].

6. La porte qui reste fermée, en tout cas en Suisse et à l'échelon supérieur de la pyramide judiciaire, au grief d'inégalité n'est pas (encore) grand'ouverte à celui d'inégalité concrète ou interne. Le verrou apparaît cependant moins solide. Le TF n'a certes encore jamais admis, dans sa jurisprudence pénale, que l'ensemble des participants à une infraction ou à un groupe d'infractions donnés puisse prétendre être traité de manière identique. Il nous paraît toutefois avoir reconnu qu'une démonstration solidement étayée pourrait le faire fléchir. Il faudra pour cela prouver que

[5] Cf. LIGGENSTORFER, p. 34

[6] Cf. VAN DE KERCHOVE, Droit sans peines, pp. 188–193, qui fournit toutes les données que nous résumons ici.

[7] Une autre chambre de la Cour d'appel de Bruxelles, condamnant les prévenus, rejeta une argumentation tirée de la violation de l'art. 6, ch. 1 CEDH, en décidant «qu'il ne peut être considéré que les inculpés n'ont pas droit à un procès équitable en raison du seul fait que des poursuites sont intentées dans l'arrondissement de Bruxelles, alors qu'elles ne le sont pas dans les autres arrondissements du pays» (arrêt de la 9e Chambre, 14 mars 1984, cité par VAN DE KERCHOVE, Droit pénal, p. 190).

«des cas se présentant sous un jour parfaitement identique ont été jugés de manière différente» [8].

Cette preuve n'a, à ce jour, jamais pu lui être apportée.

7. Comme le grief d'inégalité abstraite, celui d'inégalité concrète peut s'appuyer sur quelques dispositions du Code. L'appui fourni ici par les art. 30 et surtout 31, ch. 3 CPS, relatifs à l'exercice de la plainte, est le plus solide. L'institution de l'indivisibilité de la plainte paraît interdire une inégalité de traitement. Le TF a été amené à définir de manière limitative sa portée: «Le principe de l'indivisibilité, au sens de l'art. 30 CPS, est une disposition spéciale qui vise à exclure l'arbitraire du plaignant» [9]. Outre le fait, essentiel dans l'arrêt cité, qu'il n'est pas applicable aux infractions poursuivies d'office, il n'a pas, aux termes de cette jurisprudence, de valeur d'énoncé d'un principe s'appliquant à tous les acteurs de la poursuite pénale, et donc au Ministère Public. Il en va de même de sa seconde concrétisation, à l'art. 31, ch. 3 CPS, qui assure l'indivisibilité des conséquences du retrait de plainte [10].

8. La victime d'une pratique de classement fluctuante ne saurait donc attendre un grand secours de l'art. 4 Cst. féd. Il reste à compléter et à nuancer le diagnostic du mal (ch. 9–10) et à en examiner les remèdes (ch. 11–17).

9. Tout comme le principe de la légalité, celui d'égalité, ne doit pas être formulé d'une manière trop absolue. Il n'est pas inutile de rappeler que c'est le traitement égal de situations identiques qui est prescrit [11]. Or, la réalité (judiciaire) est faite de nuances infimes, qui relativisent la portée de la prescription et qu'une application rigoureuse du principe de l'opportunité est sans doute mieux à même de saisir qu'un strict légalisme de la répression [12].

Ce constat réaliste mérite un appui particulier dans les pays dont la richesse tient à la diversité. Il n'est pas nécessaire d'être un fédéraliste forcené pour admettre qu'avec l'unification du

[8] ZR 1970, no 64, p. 181 (traduit par l'auteur). Cf. aussi SJ 1986, p. 24.
[9] JdT 1980 IV 69 = ATF 105 IV 11.
[10] ZR 1970, no 64, p. 182 (TF).
[11] Cf. HAEFLIGER, pp. 56, 70–71.
[12] Cf. cet argument développé avec brio par WEIGEND, Anklagepflicht, p. 77.

droit pénal matériel, le seuil du tolérable au regard de l'impératif de faire correspondre droit et réalité a été atteint. Les limites et les inconvénients de cette codification se manifestent régulièrement lorsque le législateur est confronté à ce que l'on appelle pudiquement des «problèmes de société» (avortement, procréation assistée). La diversité des pratiques de poursuite peut, de ce fait, être considérée comme une soupape, empêchant l'inadéquation du droit aux réalités de s'accentuer.

10. Plus fondamentalement encore, les deux principes d'égalité et de légalité ne peuvent être que des *moyens* d'atteindre une fin, qui est celle d'une justice aussi équilibrée que possible et souhaitable dans une société donnée. Qui dit justice ne peut éviter d'(entr)ouvrir de grandes discussions de philosophie sociale et pénale. Conceptions de la justice absolue et d'une justice relative, voire de la justice formelle et de la justice matérielle seront en opposition. Le débat peut à nouveau se résumer en termes de pesée d'intérêts: sur un plateau de la balance, l'affirmation des principes dans leur gangue originaire et de la nécessité d'un respect sans faille de la loi, sans distinction ni nuance liées à la place et à la fonction de cette loi dans l'édifice juridique; sur l'autre plateau, une volonté de faire de la loi et de son respect les servants d'une cause qui a pour nom cohésion sociale ou recherche de la solution la plus tolérable socialement. Dans cette seconde hypothèse, l'équité, qui se présente, pour reprendre une formule célèbre, comme «la béquille de la justice»[13], permet «l'adaptation de la justice légale au cas d'espèce»[14]. A l'opposé, la «justice statique consiste à observer une règle établie, quelle que soit cette règle (...). Est juste ou intègre celui qui obéit à ce devoir. Tel un juge qui applique scrupuleusement la loi»[15].

11. Le débat mené en termes de conceptions de la justice permet aux partisans du principe de l'opportunité de défendre leur cause sans complexe vis-à-vis de légalistes plus à l'aise sur le terrain de la dogmatique pénale pure. Mais l'argumentation et le principe qu'ils défendent ne sont crédibles qu'à condition

[13] PERELMAN, pp. 45–46.

[14] PETZOLD PENIA, Justice, in: Dictionnaire encyclopédique de théorie du droit, Paris, 1988, p. 214.

[15] PERELMAN, pp. 60–61, citant en partie DUPREEL, Traité de morale, vol. II, pp. 485–486.

d'être assortis de cautèles. Dans l'expression justice relative ou matérielle, il reste en effet le substantif «justice». Il convient, pour justifier son emploi, d'être très attentif aux conditions matérielles dans lesquelles le pouvoir d'appréciation s'exerce. Deux prescriptions toutes générales se profilent.

12. En cas de délits ou de pluralité de délits commis par plusieurs individus, il est admissible de poursuivre une partie des participants. L'autorité doit toutefois s'assurer que ce choix n'est pas arbitraire[16] et n'est porteur d'aucune discrimination. Cette exigence trouve particulièrement à s'exprimer dans le cadre des infractions de violence collective. Ainsi la poursuite dirigée contre six seulement des manifestants descendus dans la rue, ou plutôt dans les champs, pour protester contre une installation nucléaire échappe-t-elle à la censure si et seulement si l'autorité avait choisi ces individus «non pas arbitrairement (...), mais après avoir tenté, avec tous les moyens qu'elle avait à disposition, de déférer devant la justice les personnes qui avaient manifesté une activité particulière et, de ce fait, portaient une responsabilité accrue (pour les incidents)»[17].

13. L'impératif de non-discrimination, rempart contre l'inégalité de traitement interne ou concrète, s'applique également *mutatis mutandis* aux menaces d'inégalité externe ou abstraite. La jurisprudence des cours suprêmes américaines, fort réservée dans le contrôle de l'exercice de la poursuite pénale par les diverses autorités qui en ont la charge, se fonde ainsi sur le principe de l'*equal protection of the laws*[18] pour combattre ce que nous appelons l'inégalité dans l'illégalité[19]. Le cadre général de l'exercice de la *discretion* est très souple: «Dans notre système, pour autant que le procureur ait de bonnes raisons de croire qu'un accusé a commis un acte pénalement réprimé, il lui est généralement reconnu une liberté totale dans la décision de poursuivre ou de ne pas poursuivre cet individu, et aussi dans le choix des chefs d'accusation»[20]. Toutefois, en vertu de l'*equal protection of the laws,* «l'exercice de la liberté d'appréciation de l'opportunité de la poursuite ne peut pas résister à l'examen

[16] NOLL, p. 17, insiste sur ce point.
[17] RSJ 1980, no 42 p. 352 (traduit librement et souligné par l'auteur).
[18] Tiré du Quatorzième Amendement de la Constitution des Etats-Unis.
[19] Cf. le classique DAVIS, p. 162. Voir aussi GUARNIERI, pp. 81–82.
[20] Justice STEWART au nom de la Cour suprême dans Bodenkircher v. Hayes, 434 US 357.

constitutionnel lorsque la race, la religion ou toute autre classification arbitraire est utilisée pour fonder la décision finale du procureur»[21].

14. Les principes abstraits, si respectables et respectés soient-ils, ne suffisent pas à rendre les autorités sages. Aussi, dans de nombreux pays, on élabore, ou du moins on discute, des directives *(guidelines)* régissant l'activité des autorités de poursuite. Des recommandations internationales vont dans la même sens[22]. Le débat est particulièrement nourri dans les pays anglo-saxons et du Nord de l'Europe. Aux Etats-Unis, de multiples initiatives et recommandations ont été formulées, afin de canaliser l'usage de la *discretion,* définie comme *«twilight zone between law and morals»*[23]. Ces interventions[24] concluaient toutes à la nécessité de l'édiction de *prosecutorial guidelines,* analogues, *mutatis mutandis,* aux *sentencing guidelines,* finalement votées par le Congrès en 1987. Ces dernières ont pour ambition d'assurer un certain degré d'uniformité à l'activité des autorités de jugement sur l'ensemble du territoire des Etats Unis[25]. Leur constitutionnalité est actuellement soumise à l'examen de la Cour suprême. Les pratiques de *discretion* n'ont à ce jour et à notre connaissance pas fait l'objet d'une même tentative de réglementation[26].

15. En revanche, les partisans de l'édiction de directives régissant l'activité de poursuite ont été entendus en Angleterre.

[21] Oyler v. Boles, 368 US 448.

[22] Cf. 7e Recommandation du VIIe Congrès des Nations-Unies pour la prévention du crime, Milan, 1985; ch. I, a, 5 de la Recommandation R (87) 18 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Le sujet n'est certes pas neuf: cf. DUMON, Discussion de la question principale: Faut-il approuver le principe de la légalité ou celui de l'opportunité?, en: Actes du Ve Congrès international de droit pénal, Paris, 1952, pp. 178–180.

[23] R. POUND, cité par GROSMAN, p. 31. Autre formule frappante souvent citée: «Where law ends, discretion begins», DAVIS, p. 3.

[24] Entre autres Recommandations of the National Advisory Commission on criminal justice. Standards and goals, Washington, 1973; American Bar Association, Standards relating to the administration of criminal justice, Chicago, 1974.

[25] Cf. BRODEUR, Réforme pénale et sentences: expériences nord-américaines, Déviance et Société 1985, pp. 165 ss.

[26] Exception: l'Etat de Washington, dont le cas est analysé par VON HIRSCH, p. 111. Cet auteur explique la progression du scepticisme aux Etats-Unis vis-à-vis d'une *discretion* traditionnellement incontrôlée et plaide, après d'autres, pour l'adoption de *guidelines,* pp. 114 ss.

L'idee avait été défendue dès 1965; elle fut réanimée au début des années quatre-vingt, en particulier dans le rapport d'une commission royale[27] dont les *Criteria for Prosecution* furent repris deux ans plus tard dans un document signé de l'*Attorney general*[28]. Il est intéressant de souligner que, simultanément à la publication de ces textes, un véritable Parquet a été mis en place, dont l'émergence «représente une véritable révolution dans le système pénal anglais»[29]. La description de la vocation et du fonctionnement du *Crown Prosecution Service* serait toutefois hors de propos ici.

16. L'édiction de directives représente l'instrument le plus courant d'une volonté politique d'uniformiser les pratiques de poursuite[30]. Les autorités des Pays Bas qui, dès le début des années soixante-dix avaient fait appel à ce moyen, en ont, par la suite, imaginé un autre, plus original. Il s'agit d'un «système à points», dans lequel cinq variables servant à dessiner le profil de l'auteur et à situer son cas sur une échelle de gravité: récidivisme, toxicomanie, âge, nombre d'infractions commises, valeur pécuniaire des biens lésés. La décision de poursuivre ou de renoncer à la poursuite dépend de la place occupée par le sujet sur cette échelle[31]. Ce systéme pousse très loin le souci d'objectivité. Privilégiant l'esprit de géométrie sur l'esprit de finesse, il ne satisfait pas l'idéal de justice tel que nous avons tenté de l'exprimer plus haut. Il représente sans doute le point *omega* du contrôle *a priori* des pratiques d'opportunité.

17. Nous sommes, en Suisse, encore très éloignés d'un tel système. Ce n'est pas que les avantages de l'édiction et de la publication des directives, ainsi que les liens entre une telle opération et le respect du principe d'égalitè soient ignorés. Il

[27] Royal Commission on Criminal Procedure, The investigation and prosecution of criminal offences in England and Wales. The law and procedure, London, 1981, en particulier, annexe 25: «Criteria for prosecution», pp. 210–215.

[28] Attorney General's Guidelines on criteria for prosecution, du 14 février 1983. Ces directives ont fait l'objet d'abondants commentaires, parmi lesquels se détache SANDERS. Voir aussi LEIGH, pp. 17ss.

[29] BULLIER, p. 272.

[30] Autre exemple: la Suède, qui a adopté en 1985 des Guidelines for the waiving of prosecution, commentées dans le vol. Helsinki Insititute, Non-prosecution, pp. 114ss. A l'échelon régional, en RFA, cf. PASCHMANNS, pp. 31–36.

[31] Cf. Helsinki Institute, Non-prosecution, pp. 255–256; TAK, pp. 81–83.

sont même connus depuis fort longtemps[32]. Mais le débat n'a pas, et de loin, pris l'ampleur qui est la sienne dans les pays du Nord de l'Europe. Lorsque la doctrine traite des limites nécessaires à l'exercice du principe de l'opportunité, elle néglige la forme – faut-il ou non regrouper les critères utilisés pour trier les affaires dans un document et publier ce dernier? Autrement dit, faut-il codifier? – pour n'envisager que le fond. Quand elles existent, les directives législatives s'en tiennent à des formulations générales. On peut pour le moins regretter le peu de souci manifesté à l'égard du problème de l'information. Mais il est vrai que l'énoncé et la légitimation des critères utilisés par les autorités de poursuite sont plus importants que l'enveloppe dans laquelle ils sont présentés. Nous consacrerons un chapitre distinct à ces critères, après avoir examiné l'autre grand enjeu, de nature constitutionnelle, du débat sur le principe d'opportunité.

[32] Cf. BJP 1951 p. 93: publication de jurisprudences vaudoises, accompagnées d'une directive du Procureur général, destinée à répondre aux critiques venues de Suisse alémanique; sur l'ensemble du thème, O. A. GERMANN, Legalitätsprinzip, pp. 26 ss.

Chapitre V

La présomption d'innocence

A. La Convention européenne des droits de l'Homme dans la jurisprudence suisse

1. La portée de la CEDH sur la jurisprudence et les pratiques des autorités judiciaires cantonales a fait l'objet d'une imposante littérature [1]. Rappelons les principes essentiels.

a) La Convention est d'application directe en Suisse, chaque fois qu'elle impose une abstention ou une interdiction.
b) Le juge doit d'office examiner la conformité de la décision qui lui est soumise à la Convention.
c) La Convention est subsidiaire à la Constitution fédérale et aux Constitutions cantonales lorsqu'elle n'offre pas une garantie supérieure.
d) Le droit interne peut s'interpréter à la lumière de la jurisprudence des organes juridictionnels institués par la Convention.

2. L'art. 6, ch. 2 CEDH énonce le principe de la présomption d'innocence. La question de la subsidiarité ou de l'effet limité de cette garantie se pose ici en des termes qui diffèrent de ceux des cas dans lesquels la Convention n'offre pas de garantie supérieure à la Constitution fédérale (droit d'être entendu, par exemple [2]). Bien qu'elle figure depuis un bon siècle dans quelques Constitutions cantonales [3], la présomption d'innocence n'était pas reconnue, jusqu'à la ratification de la Convention

[1] Retenons, en rapport plus ou moins étroit avec notre sujet, WILDHABER, pp. 328–361; JACOT-GUILLARMOD, pp. 13–15; HOTTELIER, pp. 171 ss.; TRECHSEL, Einfluß, pp. 672–674. Sur la portée de la CEDH, et singulièrement de son art. 6, ch. 2, un arrêt essentiel du BVerfG, du 26 mars 1987, doit être signalé: NstZ 1987, p. 421.

[2] Cf. ATF 103 Ia 178; 105 Ia 297; 102 Ia 90; 106 IV 85.

[3] Cf. ROUILLER, Condamnation aux frais, p. 206; TRECHSEL, Einfluß, pp. 697–698.

par la Suisse, en 1974, comme un principe de rang constitutionnel fédéral[4]. Une bonne partie des verrous posés par le Tribunal Fédéral à une application large et complète de la disposition ont sauté peu à peu. L'arrêt MINELLI de la Cour européenne des droits de l'Homme, condamnant la Suisse pour violation de l'art. 6, ch. 2, le 25 mars 1983[5], a accéléré le processus[6]. Une question essentielle reste toutefois ouverte: la présomption d'innocence régit-elle l'ensemble du procès pénal; peut-elle être invoquée à des stades de procédure antérieurs au jugement?

B. Le champ d'application des garanties offertes par la CEDH

3. La jurisprudence du TF sur cette question est restrictive. Dans deux décisions rendues en 1980, notre Cour suprême affirmait que le principe de l'égalité des chances découlant de l'art. 6, ch. 1 CEDH (garantie d'un procès équitable) et la règle de présomption d'innocence ne s'appliquaient qu'au stade du jugement; dans les phases antérieures du procès, seules les garanties issues des droits de procédure cantonaux pouvaient être invoquées[7]. Cette jurisprudence s'expliquait par le fait que, jusqu'au prononcé du jugement, les vices de procédure pouvaient encore être «guéris».

La position du Tribunal Fédéral s'est par la suite légèrement infléchie, dans un sens qui nous paraît être celui que proposait S. TRECHSEL en 1981. Cet auteur suggérait de distinguer, sur le modèle des motifs de nullité absolus et relatifs, une garantie absolue et une garantie relative. La seconde, qu'il voyait couvrir les phases antérieures au jugement, pouvait être invoquée à l'encontre d'un événement de procédure – audition, décision, déclaration – violant la présomption d'innocence, à condition

[4] Les rapports entre les art. 4 Cst. féd. et 6, ch. 2 CEDH sont complexes. Le TF semble admettre un droit à l'acquittement en cas de doutes sur les faits propres à motiver une condamnation, mais il faut que le fait d'écarter ces doutes soit arbitraire... ATF 105 IV 85; cf. aussi ROUILLER, Arbitraire, pp. 310–313.

[5] Cour eur. D. H., Série A, no 62.

[6] Cf. entre autres ROUILLER, Condamnation aux frais, pp. 208–209; JENNY, pp. 5 ss.; PONCET, Condamnation aux frais et violation de la présomption d'innoncence: l'affaire Minelli devant la Cour européenne des droits de l'homme, Bull. Féd. suisse av. 1983, pp. 85 ss.

[7] ATF 105 I a 207 et ATF n. p. St., du 10 juin 1980; ATF 106 IV 85 et J. D. MARTIN, p. 45. Critique de cette jurisprudence chez TRECHSEL, Vermutung, p. 340 et déjà PONCET, La protection de l'accusé par la Convention européenne des droits de l'homme, Genève, 1977, p. 35.

qu'elle détermine ou soit susceptible de déterminer le contenu du jugement [8]. Le TF écrit quant à lui que «le droit inconditionnel, découlant de la nature formelle du droit d'être entendu, d'obtenir l'annulation d'un jugement dès qu'il y a violation d'une règle de procédure touchant ce droit, n'existe que lorsque la violation alléguée se rapporte à un point essentiel pour le jugement» [9].

4. Dans la défense de sa jurisprudence restrictive, le Tribunal Fédéral se réclame de l'autorité des organes de la CEDH et singulièrement de la Commission européenne des droits de l'Homme. On trouve à vrai dire dans les décisions de cette dernière les arguments en faveur comme en défaveur de la thèse de notre Haute Cour. L'étude approfondie de l'évolution de cette jurisprudence est d'autant plus intéressante qu'elle nous conduit au cœur de notre sujet: le carrefour entre présomption d'innocence et procédures interrompues [10].

5. Dans son rapport consacré à l'affaire DEWEER, la Commission

> «tient à souligner que le droit de tout accusé à ce que sa cause soit entendue par un Tribunal n'est pas absolu, dans la mesure où la Convention n'empêche pas le Ministère public de renoncer aux poursuites (classement) ou le juge de mettre fin à la procédure sans jugement» [11].

La Cour européenne des droits de l'Homme ne dit pas autre chose quand, toujours dans l'affaire DEWEER, elle admet que le «droit à un tribunal», élément du droit à un procès équitable, «se prête à des limitations implicites» [12]. Ces limitations correspondent aux institutions permettant l'interruption de la poursuite ou la liquidation d'une affaire pénale au terme d'une procédure simplifiée, sans jugement public avec audience contradictoire.

[8] C'est ainsi que nous avons compris la proposition subtile, mais formulée de manière excessivement succincte, de TRECHSEL, Vermutung, p. 340.

[9] ATF 109 Ia 179.

[10] Voici comment la Cour décrit, en termes généraux, l'intersection: «La présomption d'innocence que consacre le paragraphe 2 de l'article 6 figure parmi les éléments du procès pénal équitable exigé par le paragraphe 1» (Arrêt Minelli A 62, ch. 27, p. 15).

[11] Série B, no 33, ch. 58, p. 28. Voir aussi Rec. déc. Comm. 38, p. 127.

[12] Cour eur. D. H., arrêt DEWEER du 27 février 1980, Série A, no 35, ch. 49, p. 25; cf. le rapport de la Commission précité, ch. 58.

6. L'admissibilité des procédures interrompues n'est pas absolue. Elle suppose un consentement du prévenu libre de toute contrainte. Telle est la limite que, toujours dans l'affaire DEWEER, lui assignent les organes de la Convention. La proposition faite au requérant par les autorités belges était, il faut le reconnaître, fort choquante: soit paiement d'une «amende transactionnelle» accompagné d'un renoncement à la poursuite, soit «fermeture de son magasin dans les 48 heures pour une durée indéterminée s'il n'acceptait pas cette solution». Il est difficile de tirer une leçon générale d'un tel cas. En particulier, on ne peut déduire de cette affaire une condamnation de la pratique de l'amende transactionnelle.

7. Une partie de la doctrine a tenté de dégager un statut général des procédures interrompues, à partir de la jurisprudence des instances de Strasbourg. Toute décision d'une autorité judiciaire entraînant un *«désavantage»* pour l'auteur présumé de l'infraction ou la menace d'un tel désavantage doit s'appuyer sur une déclaration de culpabilité respectant la présomption d'innocence [13]. Il reste à déterminer si, dans l'affaire DEWEER, le désavantage en question consistait en l'amende que le prévenu était astreint à verser en échange du renoncement à la poursuite ou en la menace de fermeture de son entreprise. Celle-là était le corollaire direct du renoncement, alors que celle-ci n'était que la solution alternative, applicable en cas de refus de paiement, et ne faisait donc pas partie du noyau de la décision. La première hypothèse semble être la bonne. Il sera dès lors nécessaire de distinguer entre des décisions d'interruption de poursuite assorties de désavantages, se présentant sous la forme soit de sanction légère, soit d'une charge ou condition [14], et classements «simples». Les conditions de prononcé des classements «composés» seront plus strictes.

8. Dans un rapport plus récent, la Commission écrit que

«L'application de l'article 6 ch. 2 ne se limite pas aux procé-

[13] FROWEIN, p. 559; IntKomm EMRK (VOGLER), p. 164. La Commission européenne des droits de l'homme parle quant à elle, pour désigner le même objet, d'«effets juridiques préjudiciables», DR vol. 17, p. 179.

[14] Exemple: § 153a StPO RFA, dont les charges et conditions, ou règles de conduite, sont critiquées, sous l'angle de l'art. 6, ch. 2 CEDH, par KÜHL, p. 110 et IntKomm EMRK (VOGLER), p. 166. Nous revenons sur le statut juridique de ces appendices au classement dans la conclusion, § B.

dures dans lesquelles les poursuites se terminent par une condamnation ou un acquittement du prévenu» [15].

En l'occurrence, la poursuite engagée contre le requérant pour infraction au Code de la route avait été interrompue en raison de l'existence d'un obstacle de procédure (prescription). On peut penser qu'une renonciation pour motif d'opportunité aurait amené la Commission au même résultat [16].

Cette affaire concernait une condamnation aux «débours». Il s'agit là d'une autre hypothèse dans laquelle la convention couvre évidemment de ses garanties les phases antérieures au jugement. Dans une abondante jurisprudence, le TF a énoncé les conditions d'admissibilité de la condamnation aux frais du prévenu libéré [17]. En substance, une telle décision est acceptable, pour autant qu'elle ne se fonde pas sur une constatation de culpabilité, puisque cette dernière ne résulte pas, par hypothèse, d'un «procès» [18]. Là aussi, les chiffres 1 et 2 de l'art. 6 CEDH se complètent.

9. Le débat sur la condamnation aux frais est d'une très grande importance pratique. Il détermine l'étendue des protections matérielles assurées par l'art. 6, ch. 2 CEDH. Il présente en revanche pour la réflexion de principe moins d'intérêt que deux

[15] Rapport dans l'affaire Lutz, du 18 octobre 1985, ch. 44, Série A, no 123 p. 34. Point de vue implicitement confirmé par la Cour, arrêt du 25 août 1987, Série A no 123, ch. 54, pp. 22–23.

[16] Le § 467 StPO, invoqué par les autorités judiciaires allemandes pour justifier la décision de ne pas rembourser ses débours au requérant, prévoit un régime identique lorsque le prévenu «n'a pas été condamné uniquement à cause d'un obstacle de procédure» (ch. III, dernière phase, al. 2) et dans les cas où «le tribunal abandonne la poursuite conformément à une disposition laissant cette décision à sa discrétion» (ch. IV, qui renvoie aux § 153–153 a StPO): le tribunal *peut* décider de ne pas mettre les débours au débit du Trésor public.

[17] Cf. ATF 109 I a 160; 109 I a 166; 109 I a 235; 112 I b 445; 113 I a 76 et les arrêts publiés dans ASDI 1987, pp. 216 ss.; voir enfin les synthèses de ROUILLER, Condamnation aux frais, et JENNY.

[18] «Il n'est pas contraire au principe de la présomption d'innocence (...) de mettre ses frais à la charge du prévenu libéré qui, par un comportement fautif, a donné lieu à l'ouverture de l'action pénale ou en a compliqué l'instruction (...). Pour cela, deux conditions cumulatives doivent cependant être remplies: (...) l'existence d'actions répréhensibles au regard des règles de l'éthique et du droit civil (et le fait) que le comportement fautif ait effectivement été à l'orgine des frais mis à la charge du prévenu libéré» (ATF 112 I b 455).

questions, touchant au cœur de la décision d'interruption de la poursuite, qui ont fait l'objet d'un nombre bien inférieur de décisions.

C. Les droits immatériels garantis par la présomption d'innocence

a) Le «droit à être jugé»

10. Dans une de ces dimensions essentielles, la présomption d'innocence se confond avec une des garanties les plus traditionnelles d'un ordre juridique libéral: celui d'être confronté à son juge. Le «véritable droit (du prévenu) à faire statuer sur le mérite d'une action introduite contre lui» [19] demeure un fondement de nos procédures pénales [20]. Concrètement, elle revient le plus souvent, pour l'individu, à exiger de voir établie et constatée sa non-culpabilité. La reconnaissance de cette prétention est susceptible d'entraver une politique étendue de renoncement à la poursuite.

11. La Commission européenne des droits de l'Homme ne tire pas volontiers l'art. 6, ch. 2 CEDH dans cette direction. De jurisprudence constante, en effet, cette disposition «ne saurait être interprétée comme un droit absolu à la continuation des poursuites tant que n'a pas été apportée la preuve de l'exactitude ou de la fausseté de l'accusation». Il n'existe donc pas de «droit absolu à être condamné ou acquitté» [21].

12. Rares sont, en Suisse, les mentions normatives du droit à une décision judiciaire. C'est l'art. 8, al. 4 de la Constitution schaffhousoise qui se rapproche le plus de l'énoncé d'un tel droit: tout prévenu doit être déclaré coupable ou innocent, s'il ne «se contente pas» d'un non-lieu. Généralisé, le propos reviendrait à faire du consentement de l'intéressé une condition du classement et du non-lieu. La disposition constitutionnelle, qui date de 1890, est donc très loin d'énoncer une trivialité. Le législateur schaffhousois des années quatre-vingt s'est montré aussi sensible à la question que le constituant du siècle dernier, dont il a

[19] CLERC, Procès pénal, p. 113.
[20] Cf. CLERC, Initiation, p. 101.
[21] Rapport Comm. affaire Adolf, Série B no 43, ch. 56 et 59, pp. 26–28; voir aussi rapport dans l'affaire Lutz, ch. 48, Série A, no 123, p. 35; et déjà CD 38, pp. 126 ss.

prolongé l'œuvre. L'art. 230, al. 2 du nouveau CPP institue une obligation, à la charge du Procureur général, de constater, à la demande de l'intéressé, son absence de culpabilité dans l'ordonnance de classement. Il précise d'autre part qu'une telle constatation a la même portée qu'un jugement d'acquittement.

Parmi les autres cantons, il faut citer Zurich, dont le Code de procédure pénale comprend une norme analogue dans son esprit à la disposition constitutionnelle de son canton voisin [22]. Mais sa lettre lui donne une portée moindre [23].

13. En revanche, les tribunaux ont été saisis récemment de plusieurs demandes tendant soit alternativement à un acquittement ou à un non-lieu, soit exclusivement au prononcé de cette dernière décision. Le CPP GE ouvre la voie à de telles revendications. Son art. 204, ch. 1 prévoit en effet que «la Chambre d'accusation doit (...) prononcer un non lieu si elle ne trouve pas d'indices suffisants de culpabilité (...)». Selon l'esprit de cette disposition et de celles qui régissent le classement pour motifs d'opportunité (art. 116 et 198), le non-lieu s'impose lorsque l'absence de culpabilité doit être considérée comme établie [24]. Le Tribunal Fédéral et la Chambre d'accusation du Canton de Genève semblent ainsi admettre un droit au prononcé d'une ordonnance de non-lieu dans ces circonstances, en se fondant à la fois sur la volonté du législateur cantonal et, même si c'est avec prudence, sur la présomption d'innocence [25].

14. En conclusion, le «droit à être jugé» existe. Cependant, le terme «droit» doit être compris dans des limites assez étroites, alors que le verbe «être jugé» doit être interprété largement.

[22] § 182, ch. 1, dont le libellé est repris dans l'article fouillé que lui a consacré BAUHOFER, Wer vor Gericht gestellt wird, muß freigesprochen oder verurteilt werden, in: Festschrift Pfenninger, Zürich, 1956, pp. 15–28.

[23] Surtout qu'elle comporte, depuis 1941, un ch. 3, réservant le renvoi de l'acte d'accusation au Ministère public pour rectification, au cas où le tribunal serait convaincu de l'existence d'une infraction punissable, qu'il ne peut sanctionner en raison des défauts de cet acte.

[24] Cf. PONCET, p. 50, à propos de l'art. 190, ch. 2 qui complète le dispositif en accordant au «bénéficiaire» du classement un droit de recours que lui refusait l'ancien Code; cf. ATF N., du 21 octobre 1985, partiellement publié ASDI 1987, pp. 220–221, c. 1–2.

[25] Cf. ATF N. précité, dans lequel le TF admet le principe, mais le juge non applicable en l'espèce (il existait des indices suffisants de culpabilité; de ce fait, le classement s'imposait); cf. aussi OCA no 62, du 19 mars 1984.

b) La condamnation des anticipations de verdict de culpabilité

15. Dans l'affaire ADOLF, les juridictions européennes ont été amenées à tracer les limites de la liberté d'expression des autorités judiciaires, lorsqu'elles mettent fin à une procédure. Il est nécessaire, pour bien comprendre cette jurisprudence, d'en connaître le contexte.

Le Tribunal d'Innsbruck, dont la décision a été contestée jusqu'à Strasbourg, a appliqué à M. ADOLF le § 42 du CP autrichien de 1975, qui autorise le juge à renoncer à punir «dans le cas où la culpabilité de l'auteur est insignifiante, l'acte n'a eu aucune conséquence ou des conséquences mineures seulement et si, en outre, la sanction ne s'impose pas en vue de dissuader l'auteur de l'acte ou d'autres personnes de commettre des infractions»[26]. Dans les motifs accompagnant la décision de mettre fin à la procédure, le Tribunal écrit que «la culpabilité de l'accusé peut être qualifiée d'insignifiante». C'est, entre autres griefs, la compatibilité de cette affirmation avec l'art. 6, ch. 2 CEDH que le requérant contesta, en posant deux questions, portées devant la Cour:

a) une violation résultant des motifs d'une décision est-elle pertinente?
b) quelles sont les limites à la liberté d'expression de l'autorité judiciaire?

16. La Cour répond à la première question sans ambiguïté: «Les motifs de la décision (...) font corps avec le dispositif, et l'on ne peut les en dissocier»[27].

17. La Cour n'a pas traité de manière approfondie la seconde question dans l'arrêt ADOLF, puisque les vices éventuels de la décision de première instance furent guéris par la suite, par la décision de la Cour Suprême autrichienne. Mais elle a tracé les frontières qui séparent, au regard de l'art. 6, ch. 2, le tolérable de l'intolérable. Cette limite a été peaufinée dans un rapport ultérieur de la Commission et développée par la doctrine, essentiellement allemande[28].

[26] Nous reproduisons la traduction de la Commission, DR vol. 17, p. 176.
[27] Cour eur. D. H., arrêt Adolf du 26 mars 1982, Série A, no 49, ch. 39, p. 18. Voir aussi arrêt Minelli, A 62, ch. 38, p. 18 et arrêt Lutz, A 123, ch. 60, p. 25.
[28] Cf. KÜHL, pp. 107 ss.; l'arrêt du BVerfG du 26 mars 1987, NStZ 1987, p. 421, traite de manière approfondie la question.

18. L'autorité qui interrompt une poursuite peut faire état de ses soupçons quant à la culpabilité de l'auteur de l'infraction. Il lui est en revanche interdit de spéculer sur un verdict défavorable à l'accusé. «Le pronostic sur le résultat ‹le plus probable› ou le plus certain des poursuites pénales abandonnées est, selon la commission, compatible avec l'art. 6, ch. 2, seulement dans des circonstances exceptionnelles, par exemple lorsque le prévenu est en définitive condamné dans une autre affaire (...)» [29]. Il faut toutefois, précise la Cour, que les considérations incriminées soient «étoffées et circonstanciées» [30]. La *constatation hypothétique* de la faute, formulée par une autorité qui décide d'abandonner la poursuite, est donc condamnée. Cette condamnation ne remet nullement en cause le système de l'opportunité des poursuites. Elle trace seulement à son exercice une de ses limites les plus claires.

[29] Rapport dans l'affaire Lutz, ch. 51, Série A, no 123, pp. 35–36. La décision attaquée prenait la liberté d'affirmer que «la condamnation était très probable».

[30] Tel n'était pas le cas dans l'affaire Lutz. Sans contester le principe énoncé par la Commission, la Cour en a donc toutefois trouvé l'application trop stricte en l'espèce et n'a donc pas retenu, contrairement à son organe d'instruction, de violation de l'art. 6, ch. 2 CEDH. Cette décision s'explique aussi par le fait que le requérant n'avait été condamné qu'au non-remboursement de ses débours et non, comme Minelli par exemple, au paiement de l'ensemble des frais de procédure; cf. A 123, ch. 62–63, pp. 25–26.

Chapitre VI

Le cadre juridique du renoncement à la poursuite

A. Cadre théorique: le pouvoir d'appréciation

1. La formulation de critères guidant l'activité des autorités de poursuite est nécessaire pour éviter la dérive qui transforme l'exercice de l'opportunité des poursuites en «opportunisme» [1]. Elle est donc un impératif de politique criminelle. Mais elle s'impose également sur le plan strictement juridique. Elle canalise la mise en œuvre du principe de l'opportunité de la poursuite, qualifié en tant qu'exercice d'un pouvoir d'appréciation.

2. Cette combinaison de termes pourra surprendre. Elle manifeste une volonté de syncrétisme. La doctrine spécialisée nous a appris à distinguer pouvoir discrétionnaire *(freies Ermessen)* et latitude d'appréciation *(Beurteilungsspielraum)* [2]. La mise en œuvre de l'opportunité des poursuites relève manifestement de l'une de ces deux catégories d'exercice de l'activité administrative et juridictionnelle. On rencontre dans la doctrine allemande, qui a mené le débat de manière approfondie, des tenants de l'une et de l'autre classification [3]. Le compromis s'impose, d'autant plus que, comme le souligne une doctrine suisse plus pragmatique que son homologue d'outre-Rhin, la différence est *unklar* [4]. Aussi, nous parlerons de «pouvoir d'appréciation», en reprenant la définition proposée par M. VAN DE KERCHOVE, qui fait la synthèse de la littérature internationale: «Un tel pouvoir suppose l'existence, dans certaines limites, d'une liberté de choix entre des modes d'action différents» [5].

[1] Selon l'heureuse formule de VOLK, p. 905.
[2] Nous empruntons à KNAPP, pp. 616–617, ses traductions.
[3] Par exemple, pour la thèse du «pouvoir discrétionnaire», WEIGEND, Anklagepflicht, p. 21; pour celle de la liberté d'appréciation, HERTWIG, p. 261, chaque fois à l'appui de nombreuses références.
[4] IMBODEN/RHINOW, p. 406. Cf. PERRIN, p. 224. *Contra:* GRISEL, pp. 334–335.
[5] VAN DE KERCHOVE, Pouvoir discrétionnaire, p. 77.

3. Cette définition décrit bien le contenu et la manière d'exercer le pouvoir. Elle laisse dans l'ombre une question qui revêt quelque importance pour l'autorité chargée du contrôle de l'exercice du pouvoir d'appréciation: la notion d'opportunité, voire les divers critères qui cherchent à baliser le parcours des autorités de poursuite, sont-ils des notions juridiquement indéterminées? A nouveau, la doctrine se divise sur cette question [6]. Une partie des auteurs récents contestent l'idée selon laquelle il existerait des notions déterminées [7]. Pour d'autres, majoritaires en Suisse, l'autorité qui exerce un pouvoir discrétionnaire et/ou jouit d'une latitude d'appréciation prend *nécessairement* appui sur une ou plusieurs notions juridiques indéterminées [8]. Aussi, il paraît raisonnable d'admettre avec eux «qu'il n'y a (...) plus place que pour une seule notion, couvrant tout le champ des indéterminations volontaires» [9].

4. Le même souci de simplification et de réalisme conduit enfin la doctrine à laquelle nous nous rallions à mettre en cause l'affirmation traditionnelle, d'origine essentiellement jurisprudentielle, selon laquelle il n'y aurait, lorsque l'autorité applique une notion juridique indéterminée, qu'une seule solution correcte [10]. Il faut reconnaître à l'autorité le droit de choisir entre plusieurs solutions également justes ou plusieurs interprétations également admissibles de la règle [11]; son pouvoir est limité par la prohibition de l'excès ou de l'abus du pouvoir d'appréciation. La liberté reconnue ainsi s'exerce dans les frontières déterminées, d'une part, par le droit positif et, d'autre part, par les principes généraux du droit [12]. L'activité des autorités n'est

[6] Bonne synthèse chez MEYER, p. 414.

[7] Surtout en RFA, cf. SCHROEDER, p. 412 et références citées.

[8] IMBODEN/RHINOW, pp. 405–406; GRISEL, p. 376; PERRIN, pp. 223 ss. IMBODEN/RHINOW retracent, p. 404, l'évolution de la pensée d'IMBODEN, symptomatique de la recherche de simplification et de pragmatisme.

[9] PERRIN, p. 226.

[10] Cf. IMBODEN/RHINOW, p. 405; PERRIN, pp. 226 ss.

[11] Faut-il distinguer, comme on le faisait classiquement, *Tatbestandsermessen* et *Rechtfolgeermessen* (cf. ENGISCH, cité par WEIGEND, Anklagepflicht, p. 21; HEDIGER, p. 237; IMBODEN/RHINOW, p. 405; MEYER, pp. 404–405; MOOR, p.328); RHINOW critique, pp. 89–91, la distinction; il n'y aurait pour lui que du *Tatbestandsermessen*.

[12] Cf. GRISEL, p. 333; ROUILLER, Arbitraire, pp. 265 ss. Plus spécifiquement à propos de l'opportunité de la poursuite, HEYDEN, p. 7; HEDIGER, p. 239. On peut subdiviser entre principes tout à fait généraux (égalité, protection de la bonne foi) et principes essentiels de la procédure pénale.

jamais *extrarechtsstaatlich;* tout au plus reconnaîtra-t-on que l'on se trouve ici devant une activité dont les caractéristiques mêmes imposent une liberté d'appréciation aussi large que possible: l'appel fréquent à des connaissances techniques[13] et l'inscription des décisions individuelles dans une véritable politique publique[14].

5. L'autorité de poursuite est donc bien ce «législateur du cas particulier» dont le juge fédéral PANCHAUD parlait, avec une sagesse d'homme de terrain, en 1946[15]. Il reste à dessiner plus soigneusement son profil. L'examen du statut des membres du Ministère public nous y aidera.

6. Le débat sur ce sujet a cours dans l'ensemble des pays, avec une intensité variable[16]. Il est particulièrement développé en RFA. Le phénomène est lié à la modification des attributions du Ministère public, intervenue lors de la révision du Code de procédure pénale de 1975. En effet les § 153 et 153 a de la novelle confient aux parquets un rôle «quasi juridictionnel». C'est là un des points les plus contestés de la réforme[17]. Le Procureur Général peut mettre fin à l'action publique. Cette décision peut être assortie de charges et de conditions (§ 153 a). Une telle attribution n'est pas conforme au rôle traditionnel de l'autorité de poursuite en RFA. Il a pourtant bien fallu s'adapter. Aussi, selon la conception actuellement dominante en RFA, le Ministère public se voit reconnaître un statut quasi judiciaire.

7. Dans les cantons suisses, le rôle dévolu aux autorités de poursuite est déterminé par la tradition, tout comme l'est le choix du système de poursuite. Les deux questions vont de pair. Ce n'est pas un hasard si les deux cantons les plus attachés au principe d'opportunité sont ceux qui attribuent au Ministère public les compétences les plus étendues[18]. Une certaine uniformité

[13] Cf. HEDIGER, p. 238.
[14] Cf. MOOR, pp. 390–391. C'est bien entendu ici de politique criminelle qu'il s'agit.
[15] RDS 1946 p. 399 a.
[16] Cf. l'ensemble des rapports à paraître dans la RIDP 1989, fasc. 1–2, qui comprendra, entre autres, une excellente synthèse pour la Suisse, rédigée par RIKLIN *et al.*, pp. 29 ss.
[17] Cf. le résumé de la controverse chez KUNZ, Einstellung, p. 23 et Verdrängung.
[18] Cf. CLERC, Procès pénal, p. 69.

apparaît pourtant dans la définition du statut du Ministère public. Elle est liée à la volonté, affirmée dans la jurisprudence [19] et approuvée par la doctrine [20], de se dégager du statut *formel* établi par les législations cantonales, pour considérer son rôle *matériel* dans le procès pénal. Peu importe donc que l'autorité de poursuite soit qualifiée par la plupart des législations d'organisation judiciaire, surtout alémaniques, comme une «autorité administrative», alors que, dans les cantons romands, la qualité de magistrat ne lui est guère discutée. «C'est moins le statut du magistrat que la nature de son activité qui importe» [21]. Lorsqu'il prononce un classement, le représentant du Ministère public est, aux termes de la jurisprudence la plus récente du TF, manifestement investi d'une autorité de type judiciaire [22].

8. La légitimité du pouvoir d'appréciation du Ministère public est mise en relief par une comparaison avec les conditions restrictives dans lesquelles une autorité manifestement exclusivement administrative, la police, exerce ses fonctions dans la phase préparatoire du procès pénal. Le rôle de ce service, dans la sélection et le filtrage des affaires portées à la connaissance des autorités chargée de la poursuite pénale est bien connu: il a été étudié de manière approfondie. Plus délicate à analyser, bien que constatée et souvent critiquée, est la manière dont la police *anticipe* sur les pratiques du Parquet et applique ou tente d'appliquer les mêmes critères que lui [23]. Le phénomène ne peut être éradiqué. La jurisprudence récente s'est toutefois efforcée de le

[19] D'abord par un grand arrêt de principe de l'*Obergericht* ZH, ZR 1958, no 115, pp. 276–277; puis par le TF: ATF 102 I a 179; 107 I a 253.

[20] AEPPLI, p. 22; HEDIGER, p. 213; DRIENDL/MARTY, pp. 348, 466; HAUSER, Kurzlehrbuch, pp. 58–59.

[21] JdT 1977 IV 95 = ATF 102 I a 180, jurisprudence Schiesser, confirmée par la Cour eur. D. H., Série A, vol. 34. Il est intéressant de noter la similitude avec l'analyse du statut des *Prosecutors* anglo-saxons; voir à propos, en particulier, du Canada, Grosman, p. 84.

[22] ATF 112 I a 146–147, ainsi que des jurisprudences non publiées, citées dans le même arrêt, pp. 143–144. En revanche, le débat sur le statut des Ministères publics au regard de l'art. 5, ch. 3 CEDH, est encore très cuvert: cf. CLERC, Chronique trimestrielle, RPS 1984, p. 416; FF 1985 II, 872 s. Voir aussi, à propos de l'art. 58 CPS, ATF 108 IV 154.

[23] DRIENDL/MARTY insistent sur ce point, pp. 360 ss., 397, 460. Voir aussi WEIGEND, Anklagepflicht, p. 17; sur le plan international, TAK, p. 14; en Angleterre, après la création du *Crown prosecution Service*, LEIGH, pp. 19–20.

maîtriser. Le TF[24] et la Chambre d'accusation du canton de Berne[25] ont tous deux affirmé que la police avait le devoir de transmettre toute plainte ou dénonciation qui lui étaient adressées, «si l'état de fait décrit peut être punissable et n'est pas de la pure invention»[26]. Les deux arrêts cités touchaient des cantons régis par le système de la légalité; la solution aurait été la même dans les cantons connaissant le principe de l'opportunité tant il est vrai que, si ce dernier principe n'est pas l'apanage du Ministère public au sein du Palais de justice, il ne peut être invoqué en dehors de cet établissement[27].

9. En conclusion, il n'est pas incompatible avec son statut réel, indifférent à l'étiquette qu'il porte, de reconnaître à l'autorité judiciaire ou quasi judiciaire qui compose le Ministère public un large pouvoir d'appréciation. Ce pouvoir s'exerce néanmoins dans des limites qu'il convient maintenant de s'efforcer de décrire.

B. Cadre concret: les critères

10. Il existe plusieurs moyens de regrouper les critères qui président à l'exercice du classement pour raisons d'opportunité. La première distinction est formelle: soit les critères sont énoncés dans la loi, soit celle-ci se tait, laissant à la jurisprudence le soin de les formuler. La tradition joue ici encore un rôle essentiel: elle sépare les cantons alémaniques, généralement adeptes de la première solution, des cantons romands, fidèles à la seconde[28].

11. Sur le plan matériel, une *summa divisio* sépare motifs de droit positif et «principes généraux du droit»[29]. Dans son prologe-

[24] ATF 109 IV 46.

[25] RJB 1987, p. 586. Cf. HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 131, sur l'hostilité de la jurisprudence envers les «classements de police».

[26] RJB 1987, p. 586.

[27] Il s'agit d'une préoccupation unanimement partagée, semble-t-il, dans le cadre de l'élaboration de l'art. 66bis CPS: on ne reconnaîtra en aucun cas à la police le droit de suspendre l'enquête préliminaire en raison du fait que l'auteur de l'infraction a été durement atteint par les conséquences de son acte (condition matérielle prévue à l'art. 66bis; cf. FF 1985 II, 1031).

[28] Cette ligne de partage, qu'il faudrait nuancer en rappelant que FR et VS sont fermés au principe de l'opportunité, reproduit celle qui sépare la tradition française, en vertu de laquelle l'application de l'opportunité relève de la boîte noire dont nous reparlerons, et germanique, qui impose un encadrement strict de l'exercice de l'opportunité; cf. dans une perspective de longue durée, SCHNEIDER, pp. 179 ss.

[29] Cf. ci-dessus, no. 4.

ment, on distingue volontiers critères pénaux et extra-pénaux [30]: il s'agit toujours d'opposer l'«interne» à l'«externe» [31]. A notre sens la distinction la plus utile s'opère en terme d'objectivité et de subjectivité des critères. En effet, elle cristallise les positions les plus contrastées: une fois admis le principe d'opportunité, ceux qui le font avec réserve souhaitent en effet confiner son exercice dans les limites de ce qui est objectivement démontrable; en revanche, les véritables partisans du système, législateurs comme auteurs, sont généreusement ouverts aux critères subjectifs.

12. Il faut d'abord s'entendre sur les mots. Nous avons pris le parti de postuler que le principe d'opportunité n'était pas assimilable à l'exercice d'un pouvoir d'intuition et qu'il tirait sa légitimité du fait qu'il pouvait tout aussi bien faire l'objet d'une présentation raisonnée que le principe de la légalité. Aussi, au-délà de l'effet de provocation, mais aussi de la part de vérité que recèle une telle formule, nous ne pouvons admettre qu'«aucune méthode purement logique ne saurait rendre compte de l'intuition que le droit pénal nouveau attend du magistrat» [32]. L'adjectif «subjectif» quand nous l'employons ici, ne renvoie pas au for intérieur du magistrat, qui reste insondable. Il signifie que la décision de classement se fonde sur les *éléments subjectifs* de l'infraction, au sens de la doctrine pénale classique.

13. A l'inverse, l'opportunité ne peut se résumer aux conditions subjectives autorisant l'interruption de la poursuite. Des critères strictement objectifs, tels l'importance du dommage ou les conséquences personnelles subies par l'auteur de l'infraction, peuvent parfaitement motiver une décision en opportunité, sans parler du domaine politique, dans lequel l'adjectif «subjectif» est mal à sa place.

14. La préférence accordée aux critères «objectifs et transparents» [33] ne dénote pas seulement une méfiance à l'égard d'une

[30] RIESS, p. 7.

[31] Cf. MEYER, p. 407.

[32] TAPIE, Pouvoir discrétionnaire et opportunité des décisions administratives, Administration publique 1977, p. 25, cité par VAN DE KERCHOVE, Pouvoir discrétionnaire, p. 80. Une telle affirmation serait condamnée par la doctrine suisse, cf. DRIENDL/MARTY, p. 378 et références citées.

[33] Cf. ZIPF, p. 500, très caractéristique de cette position, et, pour l'école des *just deserts*, VON HIRSCH, pp. 114 ss.

opportunité assumée sans arrière-pensée. Elle s'inscrit également en porte-à-faux par rapport à un code et à un droit pénaux dont le principe de la punissabilité fondée sur la culpabilité est un axiome essentiel. Si les principes généraux du droit doivent marquer les limites de l'application du principe de l'opportunité, ils doivent également en inspirer l'exercice. Or, quel principe joue un rôle plus essentiel dans notre théorie générale de l'infraction que celui de la faute? L'élaboration des critères de renoncement à la poursuite n'est pas un exercice en soi; en tant que mesure de politique criminelle, elle doit s'intégrer dans un ensemble cohérent. La légèreté de la faute devrait être, sinon le critère déterminant, du moins être mis sur le même pied que les critères objectifs [34].

15. Légalistes jusque dans leur manière d'admettre le principe de l'opportunité, les législateurs alémaniques qui ont admis une brèche dans le mur de la légalité ont tenu à canaliser l'exercice du pouvoir de classer. C'est en cela que le régime de l'opportunité qu'ils ont mis en place est dit modéré ou tempéré (*gemässigte Opportunität*) [35]. Le premier critère adopté est objectif et formel: la plupart des cantons n'envisagent le classement que pour les contraventions [36]. Deux autres circonstances sont généralement prises en considération: la faible importance du dommage et la légèreté de la faute. Soit elles sont subsidiaires par rapport à la première condition, soit elles font figure d'alternative. En revanche, elles sont toujours, entre elles, placées sur un pied d'égalité.

A ces critères classiques, il est beaucoup question d'adjoindre

[34] Cf. l'inspirateur du subjectivisme en Suisse, O. A. GERMANN, Legalitätsprinzip, p. 28; voir aussi BÄNZIGER, pp. 300–301, 304. Dans ce sens, l'art. 58 al. 1 SH: la légèreté de la faute est citée en premier parmi les conditions du classement (al. 1, lettre a).

[35] On notera toutefois dans la loi la plus récente, le CPP SH du 15 décembre 1986 – AI, dont le Code est également tout neuf, reste entièrement légaliste –, une clause d'opportunité plus souple que celle des autres cantons alémaniques. L'énumération des conditions, classiques dans leur contenu sinon dans leur formulation, est précédée d'un préambule général qui autorise le classement «pour autant qu'un jugement ou une condamnation de l'auteur n'apparaisse pas dans l'intérêt public au vu des circonstances, en particulier lorsqu'une telle décision n'est pas indispensable aux fins de dissuader l'accusé ou d'autres personnes de commettre des infractions» (art. 58, al. 1, traduction de l'auteur). Le fossé entre les traditions romande et alémanique est encore un peu plus étroit depuis le 1er septembre 1988, date d'entrée en vigueur de ce Code.

[36] Par exemple, art. 20 AR; § 201 BL; art. 9 UR. *contra:* art. 58 SH.

une nouvelle circonstance: que l'auteur ait été profondément affecté par les conséquences de son acte [37]. Un tel critère anticipe sur une possible règle d'exemption de peine *de lege ferenda,* puisque l'avant-projet SCHULTZ prévoit un mécanisme analogue à son article 53 [38]. Il se posera alors le même problème que pour les critères subjectifs *de lege lata:* cette nouvelle clause sera-t-elle autonome ou subsidiaire vis-à-vis des critères objectifs traditionnels?

16. Le phénomène d'anticipation et de transfert des conditions d'une institution à une autre est bien connu en politique criminelle [39]. La jurisprudence aime également ignorer les frontières: ainsi, lorsqu'elle tient compte du temps qui s'est écoulé depuis la commission de l'infraction pour approuver un classement [40] ou qu'elle applique la règle *in dubio pro reo* pour classer en raison du caractère insuffisamment établi de la culpabilité [41].

17. Pour le surplus, la jurisprudence, qu'elle soit source principale d'énoncé des critères ou source auxiliaire, offre une palette plus large de motifs d'abandon de la poursuite. De son étude se détache une notion qui échappe à la dichotomie objectif *versus* subjectif: l'intérêt public. Souvent invoqué positivement (il

[37] Cf. déjà la pratique vaudoise et neuchâteloise analysée par BEER, pp. 16 et 19, qui parle de la «majeure partie des cas de classement à Neuchâtel».

[38] «L'autorité compétente renoncera à poursuivre l'auteur, à le renvoyer devant un tribunal ou à lui infliger une peine, s'il a été atteint directement par les conséquences de son acte, au point qu'une peine serait inappropriée» (traduction officieuse DFJP). Voir aussi l'art. 66bis, projet de révision du CPS, FF 1985 II, 1122.

[39] Cf., à propos des conditions d'octroi de la grâce, LANGUIN *et al.,* La grâce, institution entre tradition et changements, Lausanne 1988, pp. 127ss. On peut d'ailleurs noter l'identité des motifs tirés des difficultés d'application de l'art. 191 CPS dans les cas du classement et de la grâce; cf. BJP 1951, no 267 (VD), pratique confirmée par BEER, pp. 16–17, qui cite les cas d'infractions commises simultanément par deux mineurs l'un envers l'autre, des cas dans lesquels la «victime» se trouvait tout près de l'âge- limite sans que l'art. 191 ch. 3 CPS soit applicable, etc. Sur les rapports entre grâce et exemption de la poursuite (ou de la peine) et leur relative interchangeabilité, FF 1985 II, 1025.

[40] OCA no 197, du 12 septembre 1984; cf. TAK, p. 61: on peut voir là une sorte d'effet préventif de la menace formulée par les art. 5, ch. 3 et 6, ch. 1 CEDH.

[41] Cf. OCA no 10, du 31 janvier 1979 (recours du Ministère public de la Confédération contre un classement dans une affaire de violation supposée de l'art. 237 CPS, en application de l'art. 267 PPF). Cette pratique semble établie, cf. ATF N., du 21 octobre 1985. Autre exemple, proche: anticipation sur la constatation d'une erreur de droit (BJP 1951, no 257 VD).

commande de renoncer à la poursuite) ou négativement (il n'est pas suffisamment affecté par l'infraction)[42] ce motif pourrait susciter une réflexion approfondie; celle-ci est encore inexistante en Suisse, faute, peut-être, de matériaux d'investigation suffisants[43]. La notion d'intérêt public forme pourtant le pivot des justifications les plus pertinentes de l'application du système de l'opportunité. Sur lui se fondent en effet, d'une part, le principe de proportionnalité, si essentiel bien que rarement invoqué en la matière, et, d'autre part, la recherche d'une gestion rationnelle de l'administration de la justice pénale, qui se traduit dans un discours de type économiste sur le fonctionnement de cette dernière. Le traitement approfondi du second thème dans la littérature justifie que nous lui consacrions un chapitre distinct[44]. Le premier, traité plus allusivement, mérite un court développement.

18. Le principe de la proportionnalité a, en Suisse comme en RFA, rang constitutionnel[45]. Parmi les nombreuses conséquences de l'affirmation de ce principe général du droit, il en est une qui touche plus particulièrement l'activité législative et judiciaire dans le domaine pénal. Il s'agit de ce que la doctrine allemande appelle *Übermassverbot*[46]. Dans cette dimension de son application, le principe de la proportionnalité interdit la sur-criminalisation. Certes, la prescription touche avant tout la législation et la pratique dans le domaine sanctionnel; elle n'est toutefois pas indifférente dans l'organisation de la poursuite. On peut légitimement parler de «limitation au principe de la légalité de la poursuite»[47]. En effet, le renoncement à cette dernière s'impose, lorsque la protection de l'intérêt juridique atteint ou menacé par l'infraction peut se réaliser par un moyen

[42] Cf. le résumé de la pratique neuchâteloise dans RJN VI, II, pp. 56–57 (Ch. d'acc., 18 février 1974).

[43] En Angleterre, voir l'étude d'ASHWORTH; en RFA, PASCHMANNS, pp. 22 et 173 ss.

[44] Ci-dessous, II, V, C, b.

[45] Cf., en RFA, dont la doctrine inspire les développements qui suivent, ULRICH, p. 170; BANDEMER, p. 300, citant les jurisprudences pertinentes du BVerfG et du BG. Pour la Suisse, GRISEL, pp. 350–351, mentionnant, entre autres l'art. 5, ch. 1 du projet de nouvelle Cst. féd. Il nous paraît inutile de nous attarder ici sur les rapports entre principes de proportionnalité et de subsidiarité, le second nommé étant, à supposer qu'il se détache du premier, bien entendu également présent dans ce chapitre.

[46] Cf. le résumé très complet de ROOS, pp. 220–227.

[47] ULRICH, p. 172. voir aussi BANDEMER et RIESS, pp. 5–6.

moins lourd que la conduite d'une accusation en matière pénale[48]. La thèse ainsi énoncée présente les qualités et les défauts liés à l'indétermination de sa formulation: perspectives de souplesse dans l'application, mais risques d'incertitude juridique et d'inégalité de traitement.

19. Le propos a parfois été radicalisé, toujours en RFA, où la politique d'abstention de la répression formulée par POPITZ en 1968 a connu un grand succès[49]. Une des thèses défendues par cet auteur s'inscrit dans le prolongement de l'*Übermassverbot:* le poids d'un système pénal porteur de l'ambition de faire face à l'ensemble de la criminalité réelle serait insupportable, politiquement et économiquement; l'abstention de la répression, dans des cas où celle-ci n'est pas indispensable, n'est pas seulement une mesure de rationalisation dictée par les impératifs de la gestion des ressources; elle est également une nécessité de politique criminelle[50]. La thèse reste à ce jour un peu académique. Elle est loin d'avoir reçu une véritable consécration jurisprudentielle, et moins encore législative[51]. L'esprit qui l'inspire est en revanche présent dans les politiques de poursuites, sous la forme d'une tentative de reformulation des contours de l'intérêt public, qui se détache toujours plus comme *Sammelpunkt*[52] des divers courants de limitation de la répression.

[48] Aux Etats-Unis, le principe de la subsidiarité se traduit dans le «positive expidiency principle», cf. 'T HART, p. 98.

[49] POPITZ, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, Tübingen, 1968.

[50] Résumé des thèses de POPITZ, en relation avec la politique de poursuite, ZIPF, pp. 496–497.

[51] C'est sans doute la politique criminelle néerlandaise qui manifeste, dans les faits, le plus de sympathie pour la thèse du caractère socialement intolérable de la répression menée en application d'une politique légaliste pure, cf. 'T HART.

[52] BANDEMER, p. 300. Dans le même sens, RIESS, p. 8 et, dans une perspective comparatiste, PALIERO, p. 537.

Chapitre VII

Les moyens de contrôle

A. Une large palette

1. L'élaboration et le respect de critères régissant la politique de classement représentent sans doute la meilleure garantie contre l'arbitraire, l'inégalité de traitement ou toute autre forme d'injustice. Ils ne sont toutefois pas suffisants. Aussi, d'autres instruments sont prévus par les législateurs, qui visent soit à assurer la cohérence des décisions du Parquet, soit à permettre aux particuliers de contester ces dernières. Ils peuvent être regroupés en quatre rubriques [1]:

- moyens de contrainte à poursuivre; actions parallèles à l'action publique;
- collégialité des décisions;
- contrôle et recours hiérarchiques
- voies de recours.

2. Le premier moyen de contrainte relève en fait de l'exécution par substitution. L'action privée subsidiaire [2] autorise le lésé à reprendre une poursuite interrompue par le ministère public. Elle jouait autrefois un rôle important [3], rôle qui s'est effacé graduellement [4].

[1] DRIENDL/MARTY, pp. 375 ss. sont particulièrement complets sur ce chapitre. Une nomenclature en trois volets était proposée au IXe Congrès de l'AIDP (RSC 1965, p. 199): les possibilités de donner des ordres de poursuivre; les droits du lésé de mettre en œuvre l'action publique; le contrôle par un organe spécial.

[2] Procédure pénale privée subsidiaire, selon la terminologie proposée par G. PIQUEREZ, Précis, pp. 361–362.

[3] Cf. par exemple, PFENNINGER, Legalität, p. 140. Sur le plan international, TAK, pp. 18 et 21. Le rôle de la poursuite privée est très particulier en Angleterre; cf. l'analyse, d'un point de vue «continental», de GUARNIERI, p. 62.

[4] La poursuite pénale privée subsidiaire a failli perdre un de ses tout derniers bastions quand l'avant-projet de CPP ZH de 1983 proposa sa suppression. Le projet de décembre 1988 ne modifie en revanche pas le § 46, qui lui est consacré. ZH demeurera donc provisoirement, avec LU et TI, dans le triangle des irréductibles de cette institution.

3. Un deuxième moyen de contrainte traditionnel est l'action populaire. Elle consiste à permettre à un individu non touché dans ses intérêts personnels par l'infraction, de mettre en mouvement l'action publique. Cette institution a eu son heure de gloire au début du siècle. A cette époque, PFENNINGER, qui en resta d'ailleurs par la suite un fervent partisan, voyait dans l'action populaire le meilleur moyen d'assurer une administration de la justice saine, parce que conforme aux aspirations des citoyens [5]. Lors du Congrès pénitentiaire de Londres de 1925, le pénaliste français GARRAUD proposa même d'introduire une sorte de *class action* avant la lettre, sous la forme d'un pouvoir accordé aux «organisations humanitaires» de déclencher la poursuite pénale.

4. La Suisse romande s'est traditionellement montrée réticente à l'égard de l'institution [6]. C'est pourtant ici qu'a été rendu l'arrêt le plus intéressant en la matière. L'art. 16 CPP FR accorde au dénonciateur un droit de recours contre un «refus de suivre» du juge d'instruction, soit une décision de ne pas ouvrir d'enquête pénale.

La chambre d'accusation fit en 1949 l'exégèse de cette disposition: «Le législateur a considéré (...) que chaque citoyen était autorisé, en cas d'infraction, à exiger la protection de l'ordre pénal; (...) au surplus, il était indispensable, si l'on voulait assurer, au départ, le bon fonctionnement de la justice, d'assurer à ce particulier les moyens efficaces d'engrener *(sic)* les rouages de l'appareil judiciaire» [7]. L'action populaire *stricto sensu* a toutefois régulièrement perdu du terrain, du moins en procédure pénale. En effet, la tendance est notoirement inverse en procédure civile [8] et administrative [9].

5. L'affirmation selon laquelle l'action populaire n'existe pas en procédure pénale suisse doit être nuancée. On peut en effet lui

[5] Cf. PFENNINGER, Popularstrafanklage; encore le même auteur, Legalität, p. 141. Voir aussi HEYDEN, pp. 106–107, qui reconnaît toutefois que la garantie étouffe le principe qu'elle est censée garantir.

[6] CLERC, Procès pénal, p. 111.

[7] Extraits 1949, p. 168 (Ch. d'acc., 21 octobre 1949).

[8] Cf. P. MARTIN, pp. 73 ss.

[9] Cf. une analyse des «extensions possibles» de la protection juridique et donc de la qualité pour recourir des associations chez TANQUEREL, La participation de la population à l'aménagement du territoire, Lausanne, Payot, 1988, pp. 64–65, et références citées.

assimiler l'institution de la dénonciation, du moins dans la mesure où, d'une part, le dénonciateur se voit accorder un droit de recours et que, d'autre part, il n'est formulé aucune exigence quant au lien entre le dénonciateur et l'infraction. Les deux cantons les plus attachés au principe d'opportunité règlent cette seconde question d'une manière différente. A Genève, le dénonciateur peut, au même titre que le plaignant et sans réserve aucune, recourir devant la chambre d'accusation contre une ordonnance de classement [10]. En revanche, à Neuchâtel, le dénonciateur a certes qualité pour recourir, mais seulement s'il «pouvait avoir un intérêt (à la poursuite)». La jurisprudence traduit cette exigence en celle d'un «préjudice personnel» [11].

6. La reconnaissance formelle d'un statut au dénonciateur ne dit encore rien de l'attitude de la jurisprudence à l'égard des droits qu'il invoque. De ce point de vue, le dénonciateur est généralement soumis au même sort que les autres privés, parties à la procédure, plaignants et lésés [12].

7. La collégialité de la décision est une garantie contre l'arbitraire des pratiques de classement. Elle est une caractéristique importante du système mis en place par la révision allemande de 1975 [13]. Elle doit être distinguée soigneusement du contrôle exercé par une autorité relevant de la magistrature assise, saisie, le cas échéant, par voie de recours [14]. Nous entendons par décision collégiale une décision qui doit être contresignée par une seconde autorité, appelée, dans tous les cas, à approuver la proposition du Ministère public. Plusieurs cantons suisses ont instauré la collégialité pour les décisions de clôture d'instruction [15]. La même politique se généralise au sujet des ordonnances de classement *stricto sensu*. Le canton de Zurich prévoyait déjà que la proposition du Procureur de district doit être approuvée par le Procureur Genéral du canton (§ 39). Les législations récentes vont toutes dans le même sens: ainsi, dans le

[10] Art. 191. Ce droit est toutefois réservé au «dénonciateur originaire», Cf. DINICHERT *et al.* p. 469.

[11] Art. 8; voir RJN IV, II, p. 147; VI, II, p. 146. Ainsi, le chauffeur salarié impliqué dans un accident de la route n'a pas un «intérêt personnel» à voir annulée l'ordonnance de classement dont a bénéficié l'autre conducteur.

[12] Voir par conséquent ci-dessous II, III, nos 12 ss.

[13] Cf. SCHROEDER, p. 424.

[14] DRIENDL/MARTY p. 379 font ainsi une confusion à propos des droits français, fribourgeois et genevois (institution de la Chambre d'accusation).

[15] Par exemple art. 177 NE (non-lieu); art. 184–185 BE (non-lieu).

canton du Jura, l'initiative revient au juge d'instruction, qui, «(...) lorsqu'une poursuite pénale serait manifestement inopportune, soumet l'affaire au Procureur en lui proposant de ne pas donner suite (...)» (art. 81, ch. 1); à Appenzell Rhodes-Extérieures, l'ordonnance du juge informateur est soumise pour approbation au Ministère public; l'examen de ce dernier est «sommaire» [16]. Le législateur schaffhousois a prévu la même solution [17]. L'extension du principe de la collégialité des décisions accompagne celle du classement en opportunité.

8. Le recours hiérarchique est peu fréquent en Suisse. Le canton de Zurich a la réglementation la plus développée. Les décisions de classement peuvent être attaquées devant la Direction de la justice, autorité hiérarchique des représentants du Ministère public. Dans les autres cantons, la préférence est logiquement accordée aux recours de nature judiciaire. Toutefois, seule une décision formelle fait naître le droit de recours. Aussi, la plainte à l'autorité de surveillance est le seul moyen de faire pression sur un magistrat inactif [18]

B. Recours judiciaire

9. Si la collégialité de la décision offre la meilleure garantie *a priori* contre l'arbitraire, les *Klageerzwingungsverfahren* en forment le pendant *a posteriori*. Leur existence peut sembler naturelle au regard des principes de l'Etat fondé sur le droit. Pourtant elles font parfois défaut [19]. Certes, seul parmi les cantons connaissant l'ordonnance de classement, Vaud n'a pas instauré de voie de recours; sans doute doit-on voir là une conséquence, plutôt qu'une cause, de la faible application de l'institution [20]. Toujours est-il que la grande majorité des cantons prévoit la possibilité d'un recours judiciaire [21]. Nous traiterons rapidement des deux problèmes qui nous paraissent essentiels:

[16] Art. 155; cf. BÄNZIGER/STOLZ, p. 153.
[17] Art. 226, al. 2 CPP.
[18] Cf. AGVE 1969, no 39, p. 106.
[19] Admissibilité de l'absence de voie de recours cantonale établie par ATF 84 IV 129. Critique de cette position dans la note de BONNARD, commentant l'arrêt en question, JdT 1958 IV 127.
[20] Cf. les travaux préparatoires cités par GILLIERON, p. 33.
[21] M. KILLIAS a dressé, dans son avis de droit rédigé sur mandat de l'OFJ, Die Stellung des Opfers von Straftaten in den Strafprozeßordnungen des Bundes und der Kantone, un tableau détaillé des droits cantonaux, pp. 29 ss.

la *cognition* des autorités de recours cantonal et la *largeur* de la voie qui mène au Tribunal fédéral.

10. Dans les limites, bien entendu, du système d'opportunité, la pleine cognition de l'autorité de recours est la règle. Le législateur neuchâtelois a pris soin de le préciser: le recours à la Chambre d'accusation est possible «même pour erreur d'appréciation du Ministère Public» (art. 8, ch. 4). Devant le silence de la loi, il a appartenu, en Argovie et à Genéve, à la jurisprudence de dessiner les limites du pouvoir d'examen de l'autorité de recours. Une solution large a été retenue, non sans hésitations ici[22] et non sans quelques réserves là. Le Tribunal cantonal argovien a mis, de manière exemplaire, le doigt sur la contradiction qui pouvait exister entre la reconnaissance du classement en opportunité et un large pouvoir d'examen de l'autorité de recours. Sa solution nous paraît la sagesse même: l'autorité de recours revoit librement si des conditions d'*existence* du pouvoir d'opportunité étaient réalisées (faute légère; conséquences mineures de l'infraction); elle n'intervient pas seulement en cas d'abus manifeste du pouvoir d'appréciation. En revanche, elle s'astreint à la réserve dans le contrôle de l'*exercice* du pouvoir de classement[23]. La distinction ainsi opérée entre existence et exercice nous paraît d'un intérêt tout à fait général.

11. Sur le plan fédéral, on pouvait penser que le pourvoi en nullité (art. 268 ss. PPF) était exclu en principe contre les décisions de classement. De ce fait, seule la voie du recours de droit public serait ouverte, chemin singulièrement étroit. Toutefois, la jurisprudence tout à fait récente déjà citée[24] modifie considérablement la donnée: si le grief invoqué est le fait que l'application du droit de procédure cantonale fait obstacle à une application correcte du droit fédéral, c'est la violation de ce dernier qui est en cause; la voie du pourvoi en nullité serait, de ce fait, plus largement ouverte. Il faut sans doute attendre la publication et/ou la confirmation de cette jurisprudence pour en tirer une leçon définitive.

[22] Voir encore Cass. no 61 du 8 octobre 1981; OCA no 133, du 6 octobre 1980; no 158, du 7 septembre 1981. La pleine cognition est cependant maintenant reconnue, cf. OCA no 42, du 28 février 1983; no 186, du 21 septembre 1983.

[23] AGVF 1966, no 25, p. 88. Voir, dans le prolongement de cette jurisprudence, les développements d'HEDIGER, pp. 241 ss.

[24] ATF n. p. A. et S., du 18 juin 1987, c. 3; ATF n. p. M., du 14 juillet 1987, c. 2–3.

Deuxième partie:

Opportunité et développements contemporains de législation pénale et de politique criminelle

1. Le phénomène de l'«inflation pénale»[1] ne peut rester sans conséquences sur les politiques de poursuite. Il dessine la toile de fond de toute la seconde partie de notre rapport. On peut légitimement parler d'une crise de la répression pénale de l'Etat-providence. Cette crise présente de multiples facettes[2]. L'élargissement des compétences répressives de l'administration, la diversification, voire l'éclatement du droit pénal dans les multiples chapitres du droit pénal accessoire traduisent qualitativement et quantitativement l'inflation pénale. La répression de la délinquance économique est le domaine où, qualitativement, la répression s'affine et se développe. L'émergence du problème des bagatelles, tout comme l'intensité de la réflexion autour des procédures simplifiées, témoignent d'une volonté d'alléger le travail de la machine judiciaire pénale. L'ensemble des phénomènes rappelés ou brièvement décrits ci-dessous manifeste, d'une manière ou d'une autre, l'expansion du droit pénal. Leur influence sur les opinions et les pratiques relatives au principe d'opportunité présentent suffisamment de diversité pour que nous les envisagions l'un après l'autre.

[1] Réflexion sur le phénomène chez DELMAS-MARTY, L'inflation pénale, in: VIe Congrès de l'Ass. française de droit pénal, Montpellier, 198, pp. Sur le plan suisse, avec un essai de quantification, KILLIAS, Dévalorisation de la peine par l'inflation des lois pénales?, in: Le rôle sanctionnateur du droit pénal, Fribourg, 1985, pp. 193 ss.

[2] Cf. le tableau très riche par 'T HART, pp. 80 ss.

Chapitre I

Droit pénal administratif et accessoire

2. Le droit pénal accessoire, soit l'ensemble des dispositions pénales n'appartenant pas au droit pénal commun, et le droit pénal administratif, qui sera défini ici comme l'ensemble des textes octroyant des compétences répressives à une autorité administrative, forment deux domaines législatifs distincts, mais complémentaires, et qui relèvent, si on veut bien considérer l'évolution historique récente sous des traits quelque peu grossiers, de la même vague normative. Il faut d'abord observer les traces de cette vague, avant de réfléchir sur les conséquences concrètes du phénomène.

A. Un recours accru au principe de l'opportunité?

3. En matière d'évaluation législative, les analyses quantitatives sont peu instructives. Le décompte des législations introduisant le principe d'opportunité devrait être nuancé par la fréquence d'application de cette législation. Nous ne nous sommes pas livré à ce double exercice, dont le deuxième volet soulèverait d'ailleurs bien des difficultés au regard de la pauvreté de l'information statistique en Suisse. La simple observation non systématique des sources fédérales récentes indique en revanche une ouverture au principe d'opportunité, qui contraste avec le silence de la législation commune et l'hostilité de la doctrine majoritaire. L'exemple le plus célèbre est celui de l'art. 19 a, ch. 2 de la LF sur les stupéfiants, qui, empiétant apparemment sur le domaine réservé aux cantons par l'article 64bis, ch. 2 Cst. féd., autorise l'«autorité compétente» à «suspendre la procédure ou renoncer à infliger une peine». Cette ouverture en direction du principe de l'opportunité s'accompagne de la possibilité de soumettre le prévenu à diverses «mesures de protection». La France connaît d'ailleurs également un régime particulier propre à la législation sur les drogues, régime qui, à la fois, affirme expressément le principe de l'opportunité et en restreint

la portée, en lui donnant le statut d'instrument de politique sociale: une liste des cas dans lesquels «l'action publique ne sera pas exercée» est établie [3].

Au surplus, nombreuses sont les lois qui autorisent l'autorité à «s'abstenir de poursuivre» ou à «renoncer à la poursuite pénale» [4] ou lui recommandent de se contenter d'une réprimande, dans des cas qualifiés mineurs ou de peu ou de très peu de gravité [5].

4. Dans tous les cas cités, l'autorisation de renoncer à la poursuite s'adresse à l'autorité cantonale. L'œuvre législative majeure dans le domaine du droit pénal accessoire au cours de ce dernier quart de siècle réglemente, pour sa part, le déroulement des procédures menées par les autorités administratives de la Confédération. Le champ d'application de la LF sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (DPA) se définit en effet par le fait qu'«une autorité administrative fédérale est chargée de poursuivre et de juger (les) infractions» (art. 1er). L'«accusation» est confiée à un «fonctionnaire enquêteur» (art. 19 DPA). Ce dernier établit, à la fin de l'instruction, un «procès-verbal final» (art. 61 DPA). Ce document, contre lequel aucun recours ne peut être interjeté, (art. 61, ch. 4) fait office d'acte d'accusation, sur la base duquel l'administration va prendre une première décision sur le fond: mandat de répression ou «non-lieu» (art. 62).

5. Les conditions de prononcé d'un non-lieu ne sont pas précisées. La doctrine qui s'est exprimée à ce sujet estime qu'à ce stade, le principe de la légalité s'applique, tout comme c'est manifestement le cas lors de la phase préparatoire livrée à la maîtrise du fonctionnaire enquêteur [6]. A notre avis, un tel postulat n'est vrai qu'à condition d'admettre le raisonnement et les conclusions des auteurs qui condamnent le système d'opportunité mis en place par certaines procédures pénales cantonales ordinaires, au nom du silence que les dispositions spéciales du CPS observent sur la possibilité de renoncer à prononcer une peine [7].

[3] Voir ci-dessous, conclusion, ch. 7.
[4] Exemple: art. 75, ch. 2 LPP.
[5] Exemple: art. 16, ch. 1 LF sur les abris, RS 520.2.
[6] DRIENDL/MARTY, p. 418; BLÄTTLER, p. 140.
[7] En vertu de l'art. 333 CPS, repris par l'art. 2 DPA, les dispositions générales du CPS sont applicables à l'ensemble du droit pénal accessoire.

Concrètement, la position légaliste est toutefois irréaliste[8]. Outre les objections classiques formulées à son encontre, parfaitement transposables du droit commun au droit accessoire, elle est affaiblie par la conjoncture particulière du droit pénal administratif. Celui-ci connaît quelques phénomènes spécifiques, qui transforment le contexte de l'activité répressive. Nous ne retiendrons deux: le monopole de la dénonciation au bénéfice des administrations, et les pratiques de transaction. L'un et l'autre phénomènes touchent la répression administrative, aussi bien fédérale que cantonale. Le tableau des compétences en matière de poursuite d'infractions administratives ne serait en effet pas complet sans une mention des compétences octroyées à une administration cantonale pour appliquer une disposition pénale cantonale, voire une disposition pénale fédérale[9]. La pérennité de ce dernier type d'organisation judiciaire et administrative est toutefois compromise, suite à la condamnation de la Suisse par la Cour européenne des droits de l'homme, le 29 avril 1988[10].

6. Les institutions dont nous allons parler forment des obstacles à l'action publique. Alors que l'absence de dénonciation de l'administration est à classer parmi les obstacles provisoires ou relatifs, la transaction dresse, quant à elle, un obstacle définitif ou absolu[11]. Sur le plan du droit matériel, il faut se tourner vers

[8] Cf. l'avis du praticien PETER, Verwaltungsstrafrecht, p. 352.

[9] Tels les art. 44, ch. 2 LF sur la taxe d'exemption du service militaire (RS 661) ou 132 AIFD. Nous avons tenté de démêler l'échevau des compétences répressives dans ROTH, Tribunaux pénaux, autorités administratives et droit pénal administratif, RDAF 1981, pp. 290 ss.

[10] Cour eur. D. H., arrêt Belilos, Série A, no 132. Au sujet de cette affaire, voir déjà ATF 108 Ia 313 et rapport de la commission publié partiellement JAAC 50 IV, nos 100, 128 et 129. La juridiction de Strasbourg a tout d'abord considéré comme dépourvue de validité la déclaration interprétative formulée par la Suisse quant à la portée de l'article 6, ch. 1 CEDH (RO 1974, 2149, modifiée et précisée après le prononcé de l'arrêt, RO 1988, 1264); au-delà de cette toilette rédactionnelle, la garantie d'un procès équitable et, en l'occurrence, d'un «tribunal impartial» semble emporter l'obligation d'assurer un contrôle judiciaire des décisions pénales administratives, avec pleine cognition en fait et en droit. A moyen terme, il faudra sans doute franchir un pas de plus: le TF mentionne en passant, dans l'arrêt qu'il a lui-même rendu dans cette affaire, qu'«il serait souhaitable que l'on donne à un juge pénal la compétence de connaître des contraventions du genre de celle dont il s'agit ici» (ATF 108 Ia 316).

[11] Sur la distinction et ses effets, HAUSER, Kurzlehrbuch, pp. 101–103; PIQUEREZ, Précis, pp. 271–273. Figure parmi les autres obstacles relatifs les plus

la doctrine française, familiarisée avec ces conditions de l'action publique, qu'elle qualifie «restrictions à l'opportunité de la poursuite» ou encore «interdictions de poursuivre» [12]. Nous les envisagerons plutôt comme des *aggiornamenti* des modalités de mise en œuvre du principe d'opportunité, accompagnées peut-être d'un transfert de la responsabilité, des autorités judiciaires vers d'autres autorités. On verra que le phénomène n'est pas irréversible.

B. Les multiples pouvoirs de l'administration répressive

7. La France offre traditionnellement le meilleur terrain d'observation d'octroi d'un pouvoir de blocage et de déblocage de la poursuite. Ce sont des «considérations propres au droit fiscal, économique ou social», autrement dit «l'intérêt fiscal et monétaire de l'Etat» qui expliquent de telles institutions [13]. Aussi, il appartient à l'administration d'apprécier si une poursuite doit être engagée, par exemple en cas de fraude en matière de contributions directes ou d'infractions à la réglementation des changes.

8. La tradition est toutefois ébranlée. L'appréciation par l'administration de l'opportunité des poursuites subit ce que la doctrine française appelle un déclin intrinsèque et un déclin extrinsèque [14]. Le déclin intrinsèque résulte de jurisprudences renforçant le pouvoir de contrôle des juridictions administratives sur la politique de l'administration: «Tout refus de l'administration de déposer plainte sera censuré par le juge administratif s'il relève de la part de l'autorité compétente une erreur manifeste d'appréciation» [15]. Un pouvoir de cognition étendu du juge administratif se substitue à la cognition restreinte, qui renforçait, jusqu'à ce changement de jurisprudence, la position de l'administration. Le déclin extrinsèque se lit au travers de textes législatifs, limitant la liberté de manœuvre de l'administration, et cela aussi bien dans des secteurs d'activité administrative relativement nouveaux, comme l'urbanisme ou l'envi-

importants la nécessité d'une autorisation préalable d'une autorité exécutive ou législative, dont nous reparlerons à la fin du présent chapitre.

[12] MERLE/VITU, pp. 345 ss.; PRADEL, Procédure pénale, pp. 411 ss.

[13] Cf. MERLE/VITU, p. 346; PRADEL, Procédure pénale, p. 413.

[14] Cf., complet sur ce point, THOUROUDE.

[15] Arrêt Gaillard du Conseil d'Etat, du 5 novembre 1980; cf. THOUROUDE, p. 496.

ronnement, qu'en des matières plus anciennes, telle la législation fiscale. Dans ces domaines, «il est clair désormais que le choix de l'opportunité de la poursuite n'appartient plus à l'autorité administrative, mais au Ministère public» [16].

9. Pour être moins connue et surtout moins fréquente en France, l'institution du monopole de dénonciation au profit de l'administration n'est pas étrangère à la Suisse. Les circonstances l'imposent tout d'abord en droit pénal fiscal [17]. Il faut ensuite rappeler que, dans les domaines régis par le DPA, les autorités judiciaires cantonales n'exercent leurs compétences répressives que sur réquisition de l'administration (une peine privative de liberté est envisagée, art. 21) ou sur demande d'une personne touchée par un prononcé pénal ou un prononcé de confiscation (art. 72). Cela découle nécessairement de la règle générale d'attribution de compétences qui définit le champ d'application du DPA. Les anciennes dispositions de la LAMA [18] octroyaient également à la CNA le monopole de la dénonciation aux autorités judiciaires cantonales des violations des prescriptions relatives à la sécurité du travail. La CNA fit usage de son pouvoir avec infiniment de retenue [19]. La modification du régime de l'assurance-accidents en 1981 brisa son monopole [20].

En revanche, une obligation de dénoncer sans pouvoir d'appréciation est instaurée par l'art. 19, ch. 2 DPA. Cette disposition est interprétée largement, puisqu'elle touche également des «autorités administratives indépendantes», telle la Commission fédérale des banques [21].

[16] THOUROUDE, p. 496. Exemples: réforme du Code de l'urbanisme, loi du 31 décembre 1976; réforme du Code général des impôts, loi du 29 décembre 1977, dont nous reparlerons.

[17] Cf. art. 133 bis AIFD: la dénonciation par l'administration cantonale de l'impôt fédéral direct est une «condition essentielle de la poursuite»: cf. PFUND, Das Gestrüpp unseres Steuerstrafrechts, Archives 48, pp. 12–14; MOSSU, Mesures contre la fraude fiscale, Zürich, 1982, pp. 153–155, qui parle de «bizzarerie».

[18] Article 66, abrogé par l'article 116, ch. 1, lettre a LAA.

[19] R. GERMANN, Die strafrechtliche Verantwortung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Zürich, 1984, pp. 20 et 22–24; 129 dénonciations de la CNA en plus de 60 ans; aucune entre 1977 et 1981.

[20] En revanche, le système est maintenu, par exemple, par l'art. 25 de la LF sur la durée du travail, RS 822.21.

[21] Cf. JAAC 43 II, no 38 (Office de la Justice)

10. Sur le plan cantonal, le monopole de dénonciation de l'administration se rencontre avant tout[22] en matière fiscale. Ainsi, aux termes de l'art. 131, ch. 2, de la loi sur l'impôt du canton de Vaud[23], le fisc peut seul dénoncer à l'autorité supérieure l'infraction présumée de droit fiscal cantonal et, ainsi, déclencher une action publique. Le jurisprudence parle ici d'une «condition objective de la poursuite»[24].

11. Plus encore que le monopole de dénonciation, le pouvoir de transaction de l'administration, qui en est le complément, est discuté et remis en question. Précisons que nous n'envisageons ici pour l'instant que la transaction «administrative», ou transaction au sens strict. Celle-ci se caractérise par le fait que la négociation entreprise par l'administration s'inscrit dans le cadre général de ses compétences de régulation et de répression d'une activité déterminée. La transaction n'est alors qu'un instrument d'action parmi d'autres, la dénonciation et donc la requête de déclenchement de l'action publique par exemple.

La transaction au sens large[25], ou transaction ordinaire relève quant à elle des procédures simplifiées, conduites par une autorité administrative ou par un juge. Dans le premier cas, l'agent administratif agit non pas dans le cadre de son pouvoir général de régulation de l'activité considérée, mais à la suite d'une attribution de compétence spéciale limitée à la répression, telle celle qu'autorise, dans le cadre de l'application du droit fédéral, l'art. 345, ch. 1, al. 2 CPS. Cela dit, la frontière entre les deux types de transactions est perméable, en particulier dans les pays qui ont instauré une véritable procédure de transaction dans le cadre de la simplification de la procédure pénale. L'étude du cas belge nous le montrera[26].

[22] Le mécanisme fonctionne également dans d'autres domaines de la législation économique. Voir par exemple, à Genève, l'art. 5 du règlement concernant le contrôle des marchandises à prix protégés (RS I.5.22) ou l'art. 21 de la loi d'application de la LAVS (RS J.9.1).

[23] RS 9,4 LI.

[24] Cass. pénale, 17 mars 1980, no 48/1980. De ce fait, l'administration se voit reconnaître la qualité de partie, nonobstant son absence dans l'énumération de l'article 42 CPP. Cf. également JdT 1987 III, p. 123.

[25] Se rattachent également à la transaction l'institution américaine du *plea bargaining* ou italienne du *pattagiamento*. La seconde, connue depuis 1981, est appelée à un épanouissement sous le régime du nouveau CPP. Quant à la première, son importance n'est plus à démontrer. Elle est toutefois tellement spécifique à l'univers juridique américain qu'elle ne peut être englobée dans notre analyse.

[26] Cf. ci-dessous, II, V, C, a.

12. Ce sont à nouveau, nos voisins français qui ont eu à étudier le plus et donc à définir le mieux la transaction administrative. Si l'on admet que la transaction au sens large est «le règlement entre les personnes intéressées des conséquences dommageables d'un délit déjà consommé»[27], la transaction administrative pourra être définie comme une «sanction administrative librement acceptée et qui tient lieu de peine»[28]. Cette formule paraît claire; toutefois le terme «tient lieu de peine» prête à confusion. Aussi, il conviendra, en application de ce que la doctrine française appelle une théorie intermédiaire, de parler de «moyen administratif en marge du droit pénal, mais à l'abri et avec l'aide de ce dernier»[29]. La formule est plus floue, ce qui rend bien compte d'une réalité incertaine.

13. La transaction est particulièrement développée en droit fiscal. Elle permet le règlement de contentieux par une «répression douce», qui connaît de chauds partisans, mais se heurte à de fortes critiques[30]. Les premiers insistent sur les vertus pragmatiques du procédé, dont l'«efficacité procédurale» et la «rentabilité financière» ne sont plus à démontrer. Les secondes «raisonnent d'un point de vue essentiellement légaliste» et s'en prennent à deux travers qui nous sont bien connus, puisqu'ils sont également imputés au principe de l'opportunité de la poursuite: «l'absence de transparence des critères de décision (...) et l'inégalité qui se trouve ainsi créée entre les administrés»[31]. Sensible à ces critiques, le législateur français a assorti de cautèles la pratique de la transaction, sous la forme de garanties procédurales plus étendues[32].

14. L'évolution française, particulièrement riche en raison de l'importance même de l'institution de la transaction, a valeur

[27] HENRY, p. 281.

[28] DUPRE, p. 167, citant BOITARD. Cf. aussi HENRY, p. 293. C'est la définition «pénale», par opposition à la définition «civile», plus traditionnelle.

[29] DUPRE, p. 195; cf. aussi MERLE/VITU, p. 75.

[30] Cf. un résumé du débat français, à nouveau le plus intéressant en raison du fort ancrage institutionnel de la transaction, chez SERVERIN *et al.*, pp. 141 ss. Cf. également LASCOUMES *et al.*, Le droit pénal administratif, instrument d'action étatique, Paris, 1986.

[31] SERVERIN *et al.*, p. 142.

[32] Voir avant tout la loi du 12 décembre 1977, modifiant le Code général des impôts. Sur l'ensemble du débat en France, L'application du droit pénal en matière fiscale, 3e colloque de la Soc. fr. de droit fiscal, Aix-en-Provence, s. d.

d'exemple. Il suffit, pour s'en convaincre, de considérer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, au confluent de deux «causes célèbres», OZTÜRK et DEWEER.

Dans la première affaire, la juridiction de Strasbourg a conclu à l'application de l'article 6 CEDH aux procédures instituées par la loi allemande de 1968 sur les contraventions administratives. Il faut retenir ici le rejet d'un critère formel de définition de l'«accusation en matière pénale» (art. 6, ch. 1 CEDH). Par conséquent, une telle accusation peut parfaitement être conduite par une autorité administrative. Les garanties de la CEDH, et singulièrement de son article 6, s'appliquent donc également à une procédure transactionnelle administrative [33]. Or, le fait que ce type de procédure est susceptible de violer cette disposition est prouvé par l'affaire DEWEER. L'inégalité des armes est en effet telle que «la renonciation (...) à un procès équitable» risque de «se trouver entachée de contrainte» [34]. Par conséquent, une décision de non-poursuite, qui découle d'un accord transactionnel passé entre l'administration et le contrevenant s'expose, outre aux griefs énoncés dans le chapitre V de la première partie, à une contestation au regard du principe de l'égalité des armes.

15. En Suisse, la transaction administrative est une pratique et non, comme en France, une institution. Aussi, la doctrine qui lui est consacrée est fort mince, alors même que nul n'en ignore l'existence, surtout dans le domaine fiscal. Les traces jurisprudentielles sont rares. Tout au plus peut-on reconstituer la part de la négociation préalable dans l'histoire de certains prononcés pénaux de l'Administration fédérale des contributions [35]. Outre ce cas particulier, la transaction s'impose d'elle-même, lorsque l'administration se trouve face à des interlocuteurs dotés de moyens de négociations importants. L'objection de l'inégalité des armes tombe alors. Les procédures répressives engagées par ou sur la demande des organismes qualifiés «autorités adminis-

[33] Cour eur. D. H., arrêt du 21 février 1984, Série A, no 73, ch. 50 ss., surtout 53, pp. 20–21; précisions de sa jurisprudence sous la plume de la Cour dans l'arrêt Lutz, Série A, no 123, ch. 55, p. 23.

[34] Cour eur. D. H., Série A no 35, ch. 54, p. 29.

[35] Sur les caractéristiques de la peine en matière fiscale Archives 49, p. 256 = RDAF 1981, p. 80 (Adm. fédérale des contr.). Le caractère hybride du droit de fond et de la procédure est bien souligné par BÖCKLI, Harmonisierung des Steuerstrafrechts, Archives 50, pp. 102 ss.

tratives indépendantes»[36] en France et *agencies* aux Etats-Unis, sont actuellement soumises à un examen critique. L'activité de poursuite de ces dernières a donné lieu à une véritable doctrine et, en particulier, au «requirement of consistent agency treatment»[37].

On est loin de tels raffinements en Suisse, où, pourtant, les autorités de ce type existent et jouent un rôle régulateur important[38]. La Commission des cartels[39] en est un modèle, et quelques années de mise en œuvre de la nouvelle loi du 20 décembre 1985 fourniront sans doute des enseignements intéressants. Les travaux préparatoires et l'importante littérature consacrée à la nouvelle loi avant son entrée en vigueur ont toutefois été remarquablement discrets sur le rôle des dispositions pénales, inconnues de la loi de 1962 et introduites par la révision.

16. De fait, le modèle suisse de la transaction administrative se rencontre au stade du jugement et non pas à celui de la poursuite. En cas de dénonciation spontanée assortie d'une collaboration sans réserves de l'auteur de l'infraction à l'élucidation des faits et à l'exécution de son obligation, l'article 13 DPA prévoit l'exemption de peine obligatoire. Les projets d'harmonisation fiscale actuellement en discussion devant les Chambres reprennent cette institution en l'assouplissant, puisque la pratique, dont le Message nous apprend l'existence actuelle *praeter*

[36] Cf. COLLIARD/TIMSIT, spécialement l'étude comparée, pp. 186–250. La Commission des opérations de bourse, étudiée aux pp. 158–175 du même ouvrage est un exemple d'autorité administrative indépendante. Si elle n'a pas de pouvoir de transaction à proprement parler, elle joue en revanche un rôle clef dans le déclenchement des poursuites en matière de délinquance boursière.

[37] L'axiome de base est simple: «An agency of the Government must scrupulously observe the rules, regulations and procedures which it has established». Ses nombreux corollaires sont exposés par SMALL/BURGOYNE, pp. 105 ss.

[38] Ainsi, la Commission fédérale des banques, qui, certes, «fait matériellement partie de l'administration», JAAC 43 II, no 38, p. 174 = BJP 1980 no 1017 (Office fédéral de la justice, qui en tire la conséquence qu'elle est soumise à l'obligation de dénoncer au sens de l'art. 19, ch. 2 DPA). L'étude approfondie d'A. GRISEL, La CFB sous le regard du juriste, in: 50 ans de surveillance fédérale des banques, Zürich, 1985, pp. 151–165, distingue son rattachement administratif au Département fédéral des finances et sa «qualité d'organisme décentralisé», qui rapproche la Commission d'une autorité administrative indépendante à la française.

[39] Cf., sur le plan international, MÖSCHEL, p. 436.

legem[40], sera laissée après codification à la discrétion des autorités. En revanche, la dénonciation spontanée ne conduira pas à l'exemption de peine, mais seulement à sa réduction[41].

17. La transaction administrative «pure» se rencontre parfois dans la législation cantonale. La loi genevoise sur la vente du sel[42] en offre un exemple parfait, quoique académique. Aux termes de l'art. 5, ch. 1 «le Département de l'économie publique peut (...) transiger avec le contrevenant moyennant le paiement d'une amende», alors que l'art. 6 permet au même département de «transiger, dans le cas d'une première contravention, avec le délinquant sur la confiscation et l'amende»[43]. Dans la première hypothèse, la dénonciation au Procureur Général n'intervient qu'en cas de non-paiement de l'amende, la loi réservant implicitement le pouvoir de classer de l'autorité de poursuite (art. 5, ch. 2). A notre connaissance, la disposition est d'une application rarissime.

C. *Les sanctions disciplinaires et les poursuites dirigées contre les magistrats et fonctionnaires*

18. La répression des infractions commises par les agents publics est soumise à un régime particulier. Sur le plan interne, le droit disciplinaire est régi par l'opportunité de la poursuite; sur le plan externe, la poursuite dirigée contre les magistrats et fonctionnaires est soumise à autorisation aussi bien sur le plan fédéral que dans de nombreux cantons (art. 366, ch. 1 et 2, lettre b CPS).

[40] FF 1983 III 235.

[41] Art. 60, ch. 1 projet de loi d'harmonisation des impôts directs et 182, ch. 3 projet de loi sur l'impôt fédéral direct, cf. FF 1983 III, 147 et 235. Les dispositions, analysées et critiquées entre autres dans ZUPPINGER *et al.*, Steuerharmonisierung, Bern, 1984, pp. 252–253, ont été acceptées sans modifications par les Chambres fédérales, BO CE 1986, 157 et 209; BO CN 1988, 73. Sur l'institution en général, dont la constitutionnalité même a été contestée en R. F. A. (cf. NStZ 1983, p. 176) et son «utilité pratique», voir DERKSEN, Die Selbstanzeige im Schweizerischen Steuerstrafrecht, L'expert-comptable suisse 1986, pp. 347–351 et 486–491.

[42] RS I.3.7.

[43] La distinction entre la transaction avant et après un «jugement» (une décision quant au montant de l'amende) est conforme au modèle français: c'est d'elle que sont issues les théories intermédiaires sur la nature de la transaction pénale, citées plus haut; cf. DUPRE, pp. 55 et 168.

19. Le droit disciplinaire est considéré par la doctrine administrative comme un terrain privilégié d'exercice d'un pouvoir de libre appréciation[44]. Comme dans le cas de la transaction, la sanction, qu'elle soit qualifiée peine ou mesure[45], n'est qu'un moyen parmi d'autres d'assurer le bon fonctionnement des institutions (droit disciplinaire des professions libérales et soumises à autorisation) ou de l'administration[46]. Ce statut particulier justifie, aux yeux de la doctrine dominante[47] et de la jurisprudence, aussi bien européenne[48] que nationale[49], le rattachement de principe du droit disciplinaire au droit administratif, plutôt qu'au droit pénal. Mais l'option n'est pas incontestée, et le principe doit être assorti de réserves. Les organes de Strasbourg ont assoupli leur position[50], ce qui a incité le TF à faire de même[51]: la rigueur d'une sanction disciplinaire peut permettre son assimilation à une sanction pénale.

Au-delà des déclarations générales, les principes propres au droit pénal prennent une importance sans cesse croissante dans la rédaction d'une sorte de «code du droit disciplinaire», qui se dégage implicitement de l'importante jurisprudence consacrée à ce dernier[52].

[44] Cf. MEYER, p. 405; KNAPP, p. 303.

[45] Dans le but d'affirmer le caractère non pénal des sanctions disciplinaires, les législateurs cantonaux et communaux se sont efforcés d'éviter le substantif «peine»; cf., à propos de la ville de Zurich, KELLER, Das neue Disziplinarrecht der Stadt Zürich. Vom Disziplinarstrafrecht zum Disziplinarmassnahmenrecht, ZBI 1978, pp. 185 ss.

[46] Cf. parmi tant d'autres, Henggeler, Das Disziplinarrecht der freiberuflichen Rechtsanwälte und Medizinpersonen, Zürich, 1976, p. 7; HINTERBERGER, Disziplinarfehler und Disziplinarmassnahmen im Recht des öffentlichen Dienstes, St. Gallen, 1986, pp. 59, 62. Voir aussi BJM 1971, p. 197 (TF). Sur la définition des deux catégories du droit disciplinaire, MATTES, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Berlin, 1977, vol. 1, pp. 280–281.

[47] Cf. entre autres DUBACH, Das Disziplinarrecht der freien Berufe, RDS 1951, p. 16a; IMBODEN/RHINOW, p. 316; SCHULTZ, Einführung, vol. I, p. 31; BELLWALD, Die disziplinarische Verantwortlichkeit der Beamten, 1985, pp. 19 ss.

[48] Cf. l'arrêt Engel du 22 juin 1976, Cour eur. D. H., Série A, no 22 et rapports de la commission résumés in : JAAC 47 IV nos 125, 157 et 158.

[49] Cf. les deux décisions de principe ATF 97 I 831 et ATF 109 Ia 217.

[50] Cf. Cour eur. D. H., affaire Albert et Le Compté, décision du 28 mai 1982, Série A no 58, ch. 28–30, pp. 15–16 et ch. 39, p. 20: une suspension professionnelle de longue durée dans un cas et une radiation de l'ordre des médecins dans l'autre cas font naître des «droits et obligations de caractère civil»; la question de la présence d'une accusation en matière pénale est laissée ouverte. Voir déjà Série A, no 43, ch. 51–52, pp. 23–24.

[51] Cf. ATF du 18 février 1985, ASDI 1986, p. 149; déjà ATF 109 Ia 216.

[52] Ainsi, les exigences quant à la base légale dans la dimension *nulla poena sine*

20. Le régime d'autorisation pour la poursuite d'infractions commises par des magistrats et fonctionnaires, dont la LF sur la responsabilité offre un exemple, est justifié, dans la jurisprudence, par deux types de considérations complémentaires: d'une part, des motifs d'ordre politique, qui peuvent aller jusqu'à la «raison d'Etat» [53]; d'autre part, l'intérêt de l'administration [54]. Il va de soi que celle-là ne se confond pas avec celui-ci: sans remonter à l'opposition entre *Beamtenstaat* et *Volksstaat* [55], le réalisme commande de reconnaître l'autonomie de l'activité administrative et donc l'existence d'intérêts propres, non politiques dans la mesure où ils sont sans lien avec l'organisation de la vie collective et les conditions de la coexistence sociale. Le meilleur exemple de tels intérêts est celui de l'administration à punir exclusivement sur le plan disciplinaire les fonctionnaires indélicats, à condition que leurs infractions soient de peu de gravité (art. 15, ch. 3 LRCF).

Dans la pratique de l'art. 15 LRCF et des dispositions analogues [56], les obstacles à la poursuite alimentés par l'intérêt «administratif» l'emportent nettement sur les objections de nature politique. La politique restrictive du DFJP ne va pas sans éveiller des critiques [57], d'autant plus que la palette des intérêts en présence tend à s'élargir, puisque même «l'intérêt personnel (des fonctionnaires) mérite (...) aussi d'être pris en considéra-

lege sont renforcées: ATF 108 I b 166 et références citées; surtout, le principe de la faute est affirmé: cf. récemment ATF 110 I a 95. Commentaire de l'évolution de la jurisprudence sur ces points chez FAVRE, Les principes pénaux en droit disciplinaire, in: Mélanges Patry, Lausanne 1988, pp. 329–350.

[53] ATF 106 IV 43.

[54] Dans la jurisprudence récente, ATF 106 I b 273; ATF 110 IV 46.

[55] FLEINER, Beamtenstaat und Volksstaat (1916), repris dans Ausgewählte Schriften und Reden, Zürich, 1941, pp. 138–162.

[56] Cf., sur le plan fédéral, art. 14 bis LRCF. Sur le plan cantonal quelques solutions originales sont à signaler: SG soumet la poursuite des fonctionnaires à autorisation d'une autorité judiciaire, la chambre d'accusation (Gesetz über die Strafrechtspflege, art. 10, al. 2); SO réserve la possibilité pour l'autorité disciplinaire de ne pas dénoncer le fonctionnaire à l'autorité pénale en cas de délits mineurs (Verantwortlichkeitsgesetz, § 19; solution analogue, semble-t-il à BL). La plupart des cantons ne prévoient l'immunité que pour les membres du Parlement cantonal (GR) ou les parlementaires et les membres de l'exécutif (ZG, JU). En l'absence de dispositions légales particulières, la procédure ordinaire d'applique bien entendu, et le principe de la légalité ne souffre, dans les cantons qui l'adoptent, que les exceptions ordinaires elles aussi (BJP 1980 no 1102 [OW]).

[57] Cf. SCHULTZ, Einführung, vol. I, p. 113.

tion»[58]. Le tableau se complique encore, si l'on reconnaît l'intérêt non seulement du lésé, qui peut recourir contre le refus d'autorisation, mais également du dénonciateur, dont les droits ont été récemment étendus par la jurisprudence[59].

L'importance exacte de la «pré-instruction» pénale dans la prise de décision est difficile à cerner. Il n'appartient certes pas à l'administration d'accomplir le travail du juge à qui elle est précisément appelée à donner le feu vert; mais comment apprécier, par exemple, le «peu de gravité» des comportements incriminés, sans chercher à les qualifier grossièrement sur le plan pénal[60]? Le partage des rôles entre autorités donne encore prétexte, ici comme dans tout le domaine étudié dans ce chapitre, à bien des débats.

[58] JdT 1982 IV 60 = ATF 106 I b 277. Cette ouverture sur les intérêts de l'individu explique que la protection de l'article 15 LRCF soit étendue aux fonctionnaires dont les rapports de service ont pris fin. Jurisprudence confirmée, ATF 111 IV 372.

[59] Le dénonciateur reste certes exclu de la légitimation active dans les procédures disciplinaires soumises au TF en application de l'article 88 OJF (SJ 1981, p. 575 [TF]; ATF 106 I b 237; SJ 1988, p. 254 [TF]). En revanche, la qualité pour recourir contre un refus d'octroi d'autorisation de poursuivre du DFJP lui est reconnue par une nouvelle jurisprudence (ATF 106 I b 350): l'article 103 lettre a OJ règle exhaustivement la qualité pour déposer un recours de droit administratif, et la disposition antérieure et apparemment plus restrictive de l'article 15, ch. 5 LRCF ne peut s'appliquer.

[60] Aux termes de l'article 15, ch. 3 LRCF, interprété *a contrario*, l'autorisation doit être refusée si «l'infraction et les conditions légales de la poursuite» ne paraissent pas réalisées (ATF 100 I b 13: *in casu* justification par l'article 32 CPS, établie par le DFJP). Description de la pratique par PETER, Bundesstrafgerichtsbarkeit, pp. 186–187.

Chapitre II

Délinquance et criminalisation économiques

1. Aucun thème de politique criminelle n'a davantage marqué les deux dernières décennies que le débat sur la délinquance économique et de son corollaire, ou de sa cause, la criminalisation croissante d'activités économiques considérées jusqu'alors comme restant au seuil de la légalité. Ces débats ne pouvaient rester sans effet sur l'évolution et l'évaluation des systèmes de poursuite[1]. La problématique que nous allons tenter de résumer ici rappelle à bien des égards la réflexion sur les incidences du développement du droit pénal administratif, tant il est vrai que les acteurs et les mécanismes sont les mêmes sur l'un et l'autre terrains, qu'il est d'ailleurs difficile et parfois vain de distinguer[2]. Ainsi, il ne sera pas nécessaire de reprendre ici nos développements consacrés aux pratiques de transactions, qui caractérisent la répression économique comme la répression administrative[3]. Les problèmes spécifiques à la poursuite des délits économiques se discutent tout autant à l'échelon fédéral que dans les cantons; alors que la législation fédérale a atteint une sorte de point d'équilibre avec le DPA de 1974 et les révisions législatives qu'il a inspirées, les réformes entreprises à l'échelle des cantons offrent naturellement un tableau plus contrasté. L'adoption ou l'extension du principe d'opportunité[4] y jouent un rôle de premier plan[5].

[1] Analyse globale du phénomène, WEIGEND, Anklagepflicht, p. 13.

[2] Sur l'intimité droit pénal économique-droit pénal administratif, du point de vue du premier, SCHMID, Wirtschaftskriminalität, p. 190, et du point de vue du second, FF 1971 I, 1017; PFUND, Verwaltungsrecht-Strafrecht, RDS 1971 II, pp. 138–139.

[3] Cf. ROBERT, pp. 65 ss., 130 ss.

[4] Les phénomènes que nous allons décrire ne sont bien entendu pas spécifiques à la Suisse. La délinquance économique est notoirement le terrain privilégié d'exercice de la *prosecutorial discretion* et du *plea bargaining*. Voir, pour les Etats-Unis, l'étude approfondie de AYERS/FRANK, et pour le Royaume-Uni, les notes de MOODY/TOMBS, spécialement p. 109.

[5] L'exemple le plus marquant aurait dû être la réforme du CPP ZH (avant-projet de la commission d'experts du 20 juillet 1980; projet de la Direction de

2. Un tableau grossier des tendances récentes dans le contrôle de la délinquance économique dessine un double paradoxe. Le premier décrit l'affirmation du principe de l'auto-limitation du droit pénal, dans un domaine soumis à une criminalisation croissante. Le second met en lumière une volonté répressive toujours plus marquée, accompagnée de moyens limités, devenant même dérisoires au regard des besoins suscités, précisément, par une législation toujours plus étoffée. Tentons de dépasser ces paradoxes apparents.

3. De quel meilleur terrain d'application peut rêver le pénaliste soucieux de voir le principe d'auto-limitation de sa discipline, si présent dans l'œuvre de STOOSS et pourtant si souvent bafoué depuis cent ans, enfin respecté? La réparation civile est ici minfestement mieux adaptée aux besoins, et le débat de politique criminelle se déroule généralement à l'abri des projecteurs des médias[6]. Pourtant, les appels à la modération et à la réflexion dans la criminalisation primaire[7] ne connaissent guère de succès. Une analyse sous cet angle de la révision des infractions contre le patrimoine et du faux dans les titres conduit au scepticisme[8].

4. L'économie du droit pénal n'est donc pas le souci premier du législateur. La voie est dès lors ouverte à un exercice toujours plus répandu de la sélection des affaires, par les autorités de poursuites ou de jugement[9]. Autrement dit, le principe de

la Justice du 23 février 1983), commentée par CLERC, Chronique trimestrielle, RPS 1981, pp. 89–91, REHBERG. Der Zürcher Strafprozess in Revision , RSJ 1987, pp. 230–234, et, plus particulièrement sur ce point, par SCHMID, Wirtschaftskriminalität, pp. 287–288. Le projet prévoyait l'application du principe de la proportionnalité dans la mise en œuvre des poursuites, celle-ci s'effectuant toujours dans un cadre légaliste. Le projet de révision totale est abandonné suite aux résultats mitigés de la procédure de consultation; seule une réforme partielle reste à l'ordre du jour (projet du Conseil d'Etat du 7 mars 1988).

[6] L'affirmation, encore tout à fait vraie pour l'incrimination des opérations d'initiés (art. 161 CPS, FF 1988, 3), ne l'est plus pour la répression du blanchiment de l'argent sale (AP d'art. 305 bis CPS), sujet politique majeur de l'hiver 1988–1989.

[7] Les plus marquants dans la doctrine suisse: PH. GRAVEN, pp. 356 ss.; SCHMID, Wirtschaftskriminalität, pp. 239 ss.

[8] Avant-projet mis en consultation le 14 août 1985; résultats de la consultation rendus publics en décembre 1987. Une analyse critique détaillée a déjà été proposée à la SSJ: SCHMID, Wirtschaftskriminalität, pp. 241 ss.

[9] Cf. avant tout SCHMID, Banken, pp. 215–216; également, BERNASCONI, p. 413; SCHUBARTH, p. 403.

l'opportunité, déjà reconnu comme dominant la scène de la poursuite des infractions économiques, ne peut que s'étendre à mesure que croît le volume des affaires. Aussi, la clause d'*ultima ratio*[10] de la sanction pénale, négligée lors des processus d'élaboration législative, est mieux respectée sur le terrain de l'application du droit pénal.

5. La Suisse n'est pas le seul pays dans lequel la criminalisation s'opère, avant tout en matière économique, sans souci du suivi[11]. Le phénomène est international[12]. Il suscite un besoin croissant de *rationalisation* du travail des autorités de poursuites et de jugement. Les flux produits par l'activité législative doivent tout simplement être maîtrisés. La rationalisation s'opère sur un double registre: qualitatif et quantitatif. Bien que le principe de l'opportunité n'entre véritablement en ligne de compte qu'à ce second échelon, il est nécessaire de se pencher d'abord sur le premier.

6. Le thème de la spécialisation des autorités judiciaires dans le domaine de la délinquance économique a fait l'objet, juste avant et durant les années soixante-dix d'une intense activité législative et doctrinale. La réforme allemande de 1968[13] et la révision du Code de procédure pénale français de 1976[14] ont été étudiés dans une abondante littérature[15]. La Suisse n'a pas échappé au phénomène, et les trois plus grands cantons alémaniques se sont dotés d'autorités de poursuite ou d'instruction et de jugement spécialisées: Bâle[16] et Zurich[17]; (autorités de poursuite et de jugement) ont précédé Berne[18] (autorités d'instruction et de jugement) de quelques années.

[10] Cf. l'analyse en droit des cartels, MÖSCHEL, pp. 433–434.

[11] Cf., à propos de l'article 161 CPS, GAUTHIER, L'article 161 CPS: analyse et commentaire, in: La répression des opérations d'initiés, Lausanne, CEDIDAC, 1989 (à paraître).

[12] Cf. GUARNIERI, p. 147.

[13] Gerichtsverfassungsgesetz, § 74 c, ch. III-IV et 143 ch. IV.

[14] Loi du 6 août 1976, modifiant les art. 704–706 CPPF.

[15] Cf. avant tout en R. F. A., les travaux de BERCKHAUSER et spécialement sa thèse, Wirtschaftskriminalität und Staatsanwaltschaft, Freiburg im Br., 1977.

[16] Voir ROTHENFLUH, Vereinigung, pp. 363 ss.; HEUSS, Das Ermittlungsverfahren nach der Basler Strafprozessordnung..., Bâle, 1980, spécialement pp. 185 ss.

[17] Cf. l'analyse et les références de SCHMID, Wirtschaftskriminalität, pp. 155 ss.

[18] Derniers épisodes: les novelles du 7 mai 1980 et du 10 septembre 1985 instaurant des autorités de jugement spécialisées; cf. LITSCHITZ, Zur Rerevision des Bernischen Strafverfahrens, RSJ 1986, p. 373.

7. Si elle donne satisfaction aux cantons qui l'ont introduite, la spécialisation des Parquets et des magistrats du siège n'est pas parvenue à convaincre les responsables politiques ou judiciaires d'autres cantons susceptibles d'être touchés par des affaires importantes de délinquance économique [19]. Aux Etats-Unis, les autorités fédérales de poursuites sont compétentes aussitôt que l'affaire pénale ne reste pas cantonnée à l'intérieur des frontières d'un Etat; il suffit pour cela d'un coup de téléphone donné à l'extérieur de ces frontières. Tel n'est pas le cas en Suisse, puisque la juridiction fédérale se limite aux affaires politiques et à celles qui mettent en cause la sécurité nationale et l'intérêt du pays (art. 340–342 CPS) et que les cantons ne font pas usage de la possibilité qui leur est offerte à l'art. 8 PPF de soumettre à la législation fédérale d'autres infractions. Cet ensemble de données ne peut en principe qu'accentuer l'importance du choix du système de poursuite opéré par le législateur cantonal, et les griefs formulés à l'endroit des disparités intercantonales ne peuvent qu'être attisés. Le rattachement d'importantes affaires de délinquance économique est quasiment fortuit. La centralisation de la répression de la délinquance économique, thème évoqué depuis de nombreux lustres, sous bien des modalités [20], n'est pourtant guère en vogue ces dernières années.

8. Le fossé intercantonal est toutefois, en fin de compte, davantage creusé par les différences dans l'organisation des autorités, que par les disparités dans les systèmes de poursuite. Nous avons en effet déjà souligné que le principe de la légalité de la poursuite était, dans les cantons qui l'ont adopté, battu en brèche dans ce domaine particulier. Outre la loi de la nécessité, qui oblige ici plus que partout ailleurs à trier, en raison du nombre et de la complexité croissante des affaires, deux facteurs plus spécifiques expliquent ce choix: la crainte d'une durée excessive de la procédure et l'attitude particulière des victimes d'infractions.

9. La longueur de la phase préparatoire des procès consacrés aux infractions économiques, et singulièrement de l'instruc-

[19] Cf. le refus très ferme des autorités genevoises et des hauts magistrats de l'ordre judiciaire. Le débat parlementaire de 1979, MGC 1979, pp. 3784 ss. a clos la discussion pour une décennie au moins.

[20] Cf. SCHUBARTH, p. 398; GRAVEN, p. 353; SCHULTZ, in: ZStW 1977, p. 1101; ROTHENFLUH, Vereinigung, p. 377. Parmi les diverses solutions envisagées, un corps de «police économique» fédéral, une équipe d'«agents volants» au service des cantons, etc.

tion, est un fait attesté aussi bien par l'expérience que par les recherches empiriques [21]. Elle expose l'autorité à deux menaces: la prescription et un grief de «durée déraisonnable du procès».

10. La lutte contre la montre et contre la prescription est le pain quotidien des autorités de poursuite et d'instruction. L'avant-projet de révision du CPS consacré aux infractions économiques s'est montré particulièrement sensible à la question. Il prévoit un rallongement de la prescription de l'action pénale à dix ans, pour les infractions passibles d'une peine d'emprisonnement dépassant le maximum ordinaire de trois ans; ce délai sera applicable aux infractions d'abus de confiance. Dans le même esprit, l'alourdissement des clauses punitives de la gestion déloyale «ont pour effet de prolonger la prescription pénale» (dix ans également pour l'infraction commise avec un dessein d'enrichissement illégitime) [22].

11. Le principe de la célérité du procès pénal [23] a trouvé son expression aux art. 5 ch. 3 CEDH, pour l'auteur détenu préventivement, et 6 ch. 1 CEDH, pour tous les autres «accusés». Même si le TF a considéré que, là encore, les garanties européennes n'allaient pas plus loin que la Constitution [24], il est utile de rappeler les exigences des organes de Strasbourg. Dans une affaire concernant précisément la durée d'une procédure pénale économique, la Cour, après avoir rappelé qu'elle appréciait le «caractère raisonnable de la durée eu égard, notamment, à la complexité de l'affaire, au comportement du requérant et à celui des autorités judiciaires», souligne que le principe de la légalité des poursuites ne donne pas d'argument décisif au gouvernement, qui «ne saurait se retrancher derrière les lacunes éventuelles de la loi interne (ici: impossibilité d'arrêter une partie des poursuites engagées), quand il s'agit de s'acquitter des engage-

[21] Cf. SCHUBARTH, p. 404; BERNASCONI, p. 225; SCHMID, Banken, p. 225.

[22] Avant-projet cité note 8, articles 70, ch. 3 (prescription), 138 (abus de confiance) et 159 (gestion déloyale) et rapport explicatif dactyl, pp. 10–11 et 44. On notera que l'aggravation de la clause punitive de l'art. 158 ch. 1, al. 2 (gestion déloyale avec dessein d'enrichissement illégitime) vient en surabondance de moyens du point de vue de la prescription, puisque la modification proposée de l'art. 70 aurait suffi à rendre applicable la prescription décennale.

[23] Cf. KÜNG-HOFER, pp. 79–97; PIQUEREZ, Précis, pp. 166 ss.

[24] Essentiellement les articles 4 et 58, complétés par les «principes non écrits» (ATF 103 V 192). La CEDH et la jurisprudence de Strasbourg n'en exerce pas moins, de ce point de vue, une influence sur l'activité législative cantonale, décrite par Trechsel, Einfluss, p. 696.

ments assumés par lui en vertu de l'article 6 CEDH». De même, si «la Cour conçoit qu'au début, les formes spécifiques de la criminalité économique aient posé aux autorités judiciaires un certain nombre de problèmes, notamment quant à la conduite diligente et sûre des procédures pénales», elle ne montre de la compréhension que devant des «situations exceptionnelles» [25].

Le TF a repris les mêmes principes, en précisant qu'une durée excessive était constitutive d'un déni de justice formel [26]. L'application du principe de l'opportunité des poursuites, parce qu'il autorise la sélection des affaires, voire des personnes faisant l'objet d'une instruction [27], est un des remèdes les plus directs au mal de la durée excessive [28].

12. La répartition des rôles traditionnels entre les acteurs du proces pénal – accusé, lésé, le cas échéant dénonciateur – n'est souvent pas respecté dans les affaires de délinquance économique [29]. Parfois même, les statuts d'auteur de l'infraction et de lésé paraissent, sinon interchangeables, du moins résulter d'un concours de circonstances. L'intérêt du lésé ne se dirige en outre pas en premier lieu vers la punition de l'auteur. Celle-ci n'apparaît que comme une satisfaction accessoire ou, le plus souvent, comme une étape dans l'obtention d'une réparation civile qui est l'objectif ultime. Ce constat, que l'expérience conforte jusqu'à le rendre trivial, ne peut rester sans influence sur la manière dont les législateurs (cantonaux) envisagent les rapports entre procédure pénale et civile, ou entre répression et réparation. Ainsi, certains des cantons alémaniques encore attachés à la procédure pénale privée, placent les infractions économiques de gravité inférieure dans la liste des délits pouvant être poursuivis par cette voie [30]. Les autres cantons se contentent d'aménager les rapports entre procédure pénale et

[25] Cour eur. D. H., arrêt Eckle du 15 juillet 1982, Série A no 51, respectivement ch. 80, p. 35, 84, p. 37 et 85, p. 38, reprenant les principes de l'arrêt Koenig, Série A no 27.

[26] ATF 103 V 194; 107 I b 164.

[27] Ce qui suppose, d'une part, la possibilité de classer jusqu'à la fin de l'information et, d'autre part, l'admission de la disjonction des accusations et le classement au bénéfice d'une partie des personnes prévenues. Cette pratique peut soulever des problèmes du point de vue de l'inégalité «interne» (cf. ci-dessus I, IV, 6–7); la jurisprudence genevoise discute la question: cf. OCA no 37 du 30 avril 1981 vs. OCA no 8 du 16 janvier 1980.

[28] Cf. Bolle, Lenteurs, pp. 306–307.

[29] Cf. Schmid, Banken, p. 215.

[30] Ainsi, AG, § 181; UR, § 1 ZPO; BL, § 12; SG, art. 265; GR, § 162.

procédure civile: la règle «le pénal tient le civil en l'état» [31], si elle n'affecte pas l'autonomie du juge civil vis-à-vis du verdict du procès pénal, accroît l'importance des décisions des autorités chargées de ce dernier et, par là-même, entrave quelque peu leur liberté de manœuvre. L'appréciation de l'opportunité de la poursuite peut moins s'effectuer ici que dans tout autre domaine avec pour seule toile de fond et seul critère d'appréciation l'intérêt public: les incidences d'un classement sont plus fortes que partout ailleurs. Voilà une des illustrations de l'importance croissante de considérations liées au sort de la victime dans la politique législative en matière criminelle et la conduite du procès pénal.

[31] Cf. PIQUEREZ, Précis, pp. 477–478.

Chapitre III

Une redistribution des cartes: la place de la personne privée dans le procès pénal

1. Le souci d'améliorer le sort des victimes dans le procès pénal est devenu, au cours de la dernière décennie, l'un des thèmes privilégiés, sinon le thème majeur de la politique criminelle. L'impulsion vient des organismes internationaux; ainsi, le Conseil de l'Europe a consacré de nombreux travaux à «la position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale». Ils ont abouti en 1985 à une *Recommandation* [1] qui figure sans doute parmi les plus écoutées par les législateurs nationaux. Ces derniers ont pris le relais avec zèle, et la doctrine a maintenant pour tâche principale de réunir et de systématiser les données de ce nouveau plan de la politique criminelle [2].

2. La volonté de renforcer le rôle et la protection de la victime est appelée à se réaliser dans tous les secteurs de la législation pénale, de fond et de forme. La réglementation de l'activité de poursuite n'est pas épargnée. Elle figure même parmi les terrains privilégiés de revendications. Ainsi, à partir du constat, à l'échelon national, de l'insuffisance des moyens offerts à la victime pour contester les classements [3], on exigera le renforcement de ces moyens. La Recommandation du Conseil de l'Europe est toutefois fort modérée: plutôt que d'insister sur le renforcement des pouvoirs d'intervention de la victime [4], elle oriente le débat vers la nécessité d'accroître considérablement

[1] R (85) 11, et rapport du CDPC, comprenant le rapport explicatif, publiés par le Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1985.

[2] Cf., pour la France, BOULAN, Les droits de la victime: un choix de politique criminelle, in: Problèmes actuels de science criminelle, Aix-en-Provence, 1985, pp. 7–20. Sur le plan international, JOUTSEN, The role of the victim of crime in European criminal justice systems, Helsinki, 1987.

[3] Cf., pour la R.F.A., K. WERNER, Rechtstellung. Cet auteur est à notre connaissance la seule à avoir consacré une monographie à la tension entre pratiques de classement et droits de la victime: K. WERNER, Einfluss.

[4] Néanmoins, le ch. I, B, 7 se lit ainsi: «La victime devrait disposer d'un droit de demander la révision par l'autorité compétente d'une décision de classement ou du droit de procéder par citation directe».

l'importance de la réparation du dommage subi[5]. Le mouvement n'est pas cantonné au Vieux Continent. En Amérique du Nord également, la sensibilité aux demandes et prétentions des victimes vis-à-vis de la *prosecutorial discretion* commence, depuis peu, à être pris en compte[6].

3. Peu de mouvements de politique criminelle ont connu, en Suisse, un succès aussi immédiat. Dès la fin des années soixante-dix, des interventions parlementaires firent le lit de l'initiative constitutionnelle déposée par le périodique *Schweizerischer Beobachter*, le 18 septembre 1980, exigeant une «indemnisation équitable» des victimes d'actes de violence.

Les Chambres fédérales préparèrent un contre-projet d'art. 64ter Cst. féd. qui présentait la caractéristique rare d'aller plus loin que l'initiative à laquelle il était opposé[7]. Il ne restait plus au Comité d'initiative qu'à retirer son texte initial, et au souverain d'adopter le contre-projet le 22 juin 1984.

4. Le nouvel article 64ter ne renferme qu'une déclaration de principe. La responsabilité, qui reste celle de l'«indemnisation équitable» est partagée entre la Confédération et les Cantons, alors que l'initiative la faisait reposer sur le seul Etat central. Une grande latitude est laissée au législateur, chargé d'abord de dessiner le champ d'application de la loi. L'avant-projet de loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, du 12 août 1986, conçoit très largement le mandat constitutionnel. Les experts peuvent, il est vrai, s'appuyer sur un assez large consensus dans la doctrine suisse[8], seulement troublée par quelques voix discordantes[9].

[5] *Ibidem*, ch. I, B, 5: «Une décision discrétionnaire relative aux poursuites ne devrait pas être prise sans considération adéquate de la question de la réparation du dommage subi par la victime, y compris tout effort sérieux déployé à cette fin par le délinquant». Voir aussi, rapport CDPC, p. 18.

[6] Cf. le titre très explicite d'un ouvrage collectif consacré principalement aux pays d'Amérique du Nord: From crime policy to victim policy. Reorienting the justice system, ed. par FATTAH, London, 1986.

[7] cf. Rapport final de la commission d'étude chargée d'élaborer un avant-projet de loi fédérale sur l'aide aux victimes d'actes de violence criminels du 23 décembre 1986, ci-après: Rapport final, p. 11.

[8] Cf. par exemple l'insistance de KUNZ, Leitlinien, pp. 62–63, et les références qu'il cite.

[9] Telle celle de WOLFFERS, p. 391, qui refuse de donner, dans la détermination des limites de l'interprétation extensive des incriminations, priorité à l'intérêt constitutionnellement reconnu des victimes, sur le principe, également de rang constitutionnel, de la garantie de la loi pénale (au bénéfice de l'auteur de l'infraction).

5. L'avant-projet a même pour ambition, si l'on en croit son exposé des motifs, une «réorientation de la poursuite pénale» [10]. La discussion de la compatibilité d'une telle définition du mandat avec le texte des articles 64ter, mais aussi 64bis de la Constitution nous entraînerait hors de notre sujet. Disons qu'elle est pour le moins contestable!

6. La «réorientation» prévue par l'avant-projet de LAVI, tend à fournir «quelques garanties minimales (à) la victime dans la procédure pénale» [11]. Du point de vue de l'organisation de la poursuite, la principale de ces garanties serait l'obligation, pour les cantons, de prévoir un recours judiciaire contre les «décisions de non-lieu et les décisions portant refus d'ouvrir l'action publique» [12]. En soi, une telle obligation n'affecterait que marginalement les législations cantonales, puisque, comme le remarque le rapport, cette garantie est déjà accordée dans la plupart des cantons [13]. Sans vouloir mener un procès d'intention, nous devons toutefois situer cet extrait dans son contexte: l'avant-projet de LAVI a pour ambition – peut-être n'est-ce qu'une conséquence non voulue, mais acceptée? – de réduire la liberté d'appréciation des autorités judiciaires et administratives dans divers domaines.

7. C'est dans la volonté d'*imposer* une règle de conduite exigeant la réparation du dommage dans le cadre de l'octroi du sursis et de la décision de libération conditionnelle, que cet effet du projet apparaît le plus clairement [14]. Or, la liberté d'appréciation du juge et de l'autorité administrative est, dans ces deux domaines, au moins aussi importante que le pouvoir d'apprécier l'opportunité de la poursuite dans les cantons qui connaissent un tel système. Les directives strictes ici projetées, quant au choix des règles de conduite, entrent en contradiction avec la vocation de ces règles, telle que la définit la jurisprudence [15].

[10] Rapport final, p. 57.
[11] *Ibidem*, p. 58.
[12] *Ibidem*, p. 118; article 11 al. 1, lettre c de la variante 1 et 11, al. 1, lettre b de la variante 2 AP LAVI.
[13] Cf. ci-dessus, I, VII, 9.
[14] Cf. Rapport final, pp. IV, 53.
[15] Cf. JdT 1981 IV 71 = ATF 105 IV 289: «Le choix et le contenu des règles de conduite devront être adaptés au but du sursis, qui est l'amendement du condamné (...). Une règle de conduite doit être conçue en premier lieu dans l'intérêt du condamné».

Parallèlement, la légitimité de décisions de non-poursuite prises dans un intérêt exclusivement public, est mise en cause, sinon par la lettre de l'avant projet, du moins par l'esprit du rapport qui l'accompagne.

8. Il serait toutefois inéquitable de ne pas préciser d'ores et déjà que l'avant-projet propose d'élargir les possibilités de renoncer à la poursuite, fondées sur le CPS lui-même. Un article 66ter prévoit le renoncement à la poursuite ou au renvoi en jugement ou l'exemption de peine, lorsque l'auteur «aura accompli tous les efforts que l'on pouvait attendre de lui pour indemniser le lésé» ou «aura accompli un effort particulier pour réparer le tort qu'il a causé». Cette importante disposition complète les articles analogues prévus par un autre projet de révision législative en cours [16].

9. Quittant le terrain des principes et du droit désirable, nous devons en revenir au droit positif et à la place qu'il accorde à la victime de l'infraction et, plus généralement, à la partie privée au procès. En effet, comme l'a indiqué le bref examen du contexte général et de l'avant-projet de LAVI, c'est l'idée de réparation qui, plus que tout autre notion, anime le mouvement de politique criminelle analysé dans ce chapitre [17].
Le tableau de l'état actuel et même de l'évolution récente est contrasté. La «privatisation» du procès pénal n'est pas, c'est le moins que l'on puisse dire, une cause en progrès constant.

10. Le juge fédéral CAVIN, constatait, en 1946, que le droit suisse en général, et le droit fédéral en particulier, se montrent peu généreux envers la victime [18]. D'un congrès de la Société Suisse des Juristes à l'autre, le constat demeure. On peut même parler d'un alourdissement des exigences formulées à l'égard des victimes par les procédures pénales, alors que les principes qui justifiaient l'affirmation de CAVIN ont été confirmés.

[16] AP SCHULTZ, art. 53–55. L'article 55 reprend, sous une forme plus restrictive, le propos de l'article 66ter. Le renoncement à la poursuite supposerait «des efforts particuliers d'ordre économique» ou des «efforts particuliers qui ont modifié notablement la manière de vivre (de l'auteur de l'infraction)».

[17] Cf. la très remarquable étude critique de NAUCKE, Philosophie pénale contemporaine et réparation civile, Arch. de philo. du droit vol. 28, 1983, pp. 1–15.

[18] CAVIN, p. 17a.

11. «Le droit de punir est dévolu à l'Etat». La jurisprudence fédérale[19] et cantonale répète à l'envi ce principe, aussi bien dans les cantons qui connaissent la poursuite pénale privée, n'accordant pas de ce fait un monopole absolu de l'accusation à l'Etat[20], que dans les cantons qui, rejetant l'accusateur privé[21], reconnaissent le monopole absolu de l'action publique[22]. De plus, elle en a tiré toutes sortes de conséquences. Ainsi, en procédure pénale fédérale, «la partie civile n'a pas voix au chapitre»[23], alors que le plaignant ne se voit reconnaître qu'un «intérêt de fait à la poursuite et à la condamnation de l'auteur, intérêt qui n'est pas directement protégé au sens de la jurisprudence relative à l'art. 88 OJ»[24]. Sur le plan cantonal, une réforme telle celle de l'art. 115 CPP GE[25]. s'explique par le fait que «le dénonciateur et le plaignant ne disposent pas d'un droit à l'exercice de l'action publique et que les organes de la poursuite, à commencer par le Procureur Général, sont autorisés à prendre en considération des intérêts et des circonstances qui excèdent le domaine limité de la protection de la victime»[26]. Cette citation montre bien les relations entre la définition et l'extension du champ d'application en opportunité, d'une part, et l'importance du rôle de la victime et de la partie privée dans le procès pénal[27], d'autre part.

12. La terminologie juridique française étant fluctuante[28], il convient de préciser les divers statuts que peut revendiquer la victime et ce qu'ils recouvrent.

[19] Entre autres arrêts ZR 1970 no 64, p. 176; ATF 104 I a 156; 108 I a 99.

[20] AGVE 1986, no 23, p. 92; ZR 1987, no 99, p. 249.

[21] Cf. le vif réquisitoire contre l'institution rédigé par l'actuel Procureur général du canton de Genève, CORBOZ, pp. 7 ss. La procédure de la citation directe a été supprimée par le CPP de 1978, cf. PONCET, p. 50. Analyse de la réparation des rôles en procédure pénale genevoise, ATF 108 IV 79.

[22] Jurisprudence genevoise récente: OCA no 60 du 19 mars 1986 et no 192 du 25 septembre 1986.

[23] OCA no 72 du 8 avril 1986, p. 9.

[24] JdT 1983 IV 125 = ATF 109 I a 99, et jurisprudences citées. Cf. la critique de TREYVAUD, p. 130.

[25] Qui ouvre indirectement la voie au classement *avant* information.

[26] DINICHERT *et al.*, p. 470.

[27] Voir également MGC GE 1984, 495: «L'aide à la victime (ou à la prétendue victime) est ici en conflit avec l'objectif de rationalisation de la justice rendue à temps. (...) Devant cette pesée des intérêts, la majorité de la commission a considéré que l'intérêt public à l'amélioration de la justice pénale était prépondérant» (objet principal du débat: introduction de l'ordonnance de condamnation).

[28] Cf. PIQUEREZ, Précis, p. 266.

a) Pour nous, le plaignant est le lésé[29] qui, en application de l'art. 28 CPS, a le pouvoir de faire ouvrir l'action publique en déposant une plainte (*Strafantrag*). Peu importe ici que celle-ci soit une condition d'ouverture de la poursuite, option défendue par le TF[30] et la doctrine majoritaire[31], ou une condition de la punissabilité, comme le prétend la doctrine minoritaire[32].
b) Nous qualifions dénonciateur toute personne qui signale la commission d'une infraction poursuivie d'office aux autorités de poursuite, par une déclaration dite *Strafanzeige*[33] dans la terminologie allemande. Le dénonciateur peut être aussi bien le lésé qu'une personne étrangère à l'infraction, mais désireuse de voir se déclencher l'action pénale. C'est souvent dans la reconnaissance du statut de partie au procès, en particulier de la légitimation active devant les instances de recours, que les deux catégories de dénonciateurs se distinguent[34].
c) Peut se constituer partie civile la victime d'une infraction qui a subi un dommage matériel ou moral. Dans le système français, la partie civile jouit d'un pouvoir considérable dans la procédure, qui lui permet d'exercer une influence déterminante sur la politique de poursuite. Nous nous y attarderons donc.
d) Enfin, nous réserverons[35] l'appellation d'accusateur privé au lésé qui mène une poursuite pénale privée dans les cantons connaissant ce système[36]. Nous n'envisagerons ici que les procédures pénales privées à titre exclusif ou principal, qui voient le lésé conduire seul la poursuite. Il agit alors non pas en tant que substitut à l'autorité, comme c'est le cas pour l'action privée

[29] Sur la notion de lésé, HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 83; PIQUEREZ, Précis, p. 265, et une étude approfondie en procédure pénale zurichoise, BRUNNER, pp. 23 ss.

[30] ZR 1970, no 64, p. 178; ATF 88 IV 131; 98 IV 143. Même solution en procédure pénale neuchâteloise, RJN 1980–1981, p. 119.

[31] Cf. STRATENWERTH, Allgemeiner Teil, p. 125; HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 103; PIQUEREZ, Précis, p. 134.

[32] Cf. SCHULTZ, Einführung, vol. I, p. 237. On peut aussi rappeler le compromis proposé, entre autres auteurs, par BINDSCHEDLER, pp. 289–290: condition de la punissabilité pour les délits sur plainte dits absolus et de la poursuite pour les délits sur plainte dits relatifs (exemple: art. 137 ch. 3 CPS).

[33] Cf. HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 84.

[34] Cf. ci-dessus, I, VII, 5.

[35] Nous ne suivons pas PIQUEREZ, Précis, p. 266, qui désigne de ces mots le lésé qui manifeste par ces mots sa volonté de voir ouvrir l'action publique, en tant que plaignant ou même que dénonciateur. A notre avis, l'appellation conçue de manière aussi large est trompeuse. Elle est contredite par le libellé de l'art. 270, ch. 3 PPF.

[36] AG, BL, BS, GL, GR, OW, NW, SG, SH, TG, UR, ZG, ZH.

subsidiaire, mais en tant qu'acteur indépendant, agissant pour son propre compte.

13. Alors que le droit cantonal est libre de ne faire absolument aucune place au plaignant, le droit fédéral lui assure un statut minimal. Aux termes de l'art. 270 ch. 1, al. 1 PPF, «dans les cas qui ne sont poursuivis que sur plainte du lésé, le droit de recours (c'est-à-dire de déposer un pourvoi en nullité) appartient aussi au plaignant». Cette règle s'applique, même si le droit cantonal ne reconnaît pas à ce dernier la qualité de partie et, singulièrement, le droit de recourir [37]. Dans l'hypothèse inverse (le droit cantonal accorde la qualité de partie), la voie du recours de droit public est au surplus ouverte au lésé, voire, le cas échéant, au dénonciateur, pour «violation des droits qui leur sont reconnus par la législation cantonale» [38]. Seuls sont toutefois recevables des griels relatifs aux vices de procédure; il est impossible d'attaquer la décision quant au fond [39].

14. Les exigences concrètes formulées à l'endroit du plaignant sont de deux ordres: matériel et personnel. Sur le plan pécuniaire, bien des législations prévoient, à l'instar de l'art. 270, ch. 4 PPF, ou de l'art. 88 CPPF, la possibilité de réclamer une avance sur les frais judiciaires. Le législateur d'Appenzell Rhodes-extérieures a mis en place un système qui associe participation de la victime et pratiques d'opportunité [40]. L'autorité d'instruction (*Verhöramt*) peut exiger du lésé une «caution» pour frais d'instruction et de jugement (art. 145). Le non-paiement entraîne le classement de l'affaire. Or, c'est dans les cas de peu de gravité, qui pourraient donner lieu à un renoncement à la poursuite à l'initiative de l'autorité, que cette procédure est appliquée. Elle dissimule donc des classements en opportunité et en réduit le nombre apparent.

15. L'obligation de collaboration à l'instruction pénale qui pèse sur la victime est bien illustrée par un arrêt récent du Tribunal d'accusation du canton de Vaud [41]: un non-lieu est justifié par le fait que la plaignante, qui devait «reconstituer sa comptabilité,

[37] ATF 84 IV 131–132. Conséquence essentielle: la politique de classement ne peut faire l'objet d'un véritable contrôle que dans le cadre des délits poursuivis sur plainte.

[38] SJ 1981, p. 439 (TF).

[39] ATF 99 Ia 109.

[40] BÄNZIGER, p. 297.

[41] No 156/1988 du 2 mai 1988.

au cas où elle entendait justifier ses soupçons» ne l'a pas fait. L'attitude de la juridiction vaudoise est partagée par ses homologues d'autres cantons[42].

16. La contre-partie de ces obligations est le droit, pour le plaignant, de se constituer partie civile. Les conditions matérielles de la légitimation à intenter l'action civile dans le procès pénal varient d'un canton à l'autre[43]. Parfois la doctrine cantonale est divisée, au point que le TF considère comme «difficile de qualifier les dispositions cantonales de normes claires et indiscutées»[44]. Selon la jurisprudence genevoise, «la constitution de partie civile implique (...) que le dommage invoqué soit actuel, direct et personnel, en rapport de causalité adéquate avec l'infraction dénoncée»[45].

17. Toute l'importance de la constitution de partie civile tient à ses effets sur la liberté de manœuvre de l'autorité d'accusation. La France, dont la jurisprudence tend, après une longue période de libéralisme, à limiter les conditions d'existence de l'action civile[46], connaît un système contraignant: la constitution de partie civile *oblige* le Ministère public à agir[47]. L'actualité récente a mis en lumière les conséquences fâcheuses de cet enchaînement[48].

18. A la disparité des conditions matérielles de légitimation répond, sur le plan suisse, la diversité dans les conséquences de

[42] Le refus de collaboration du plaignant à l'enquête est un motif de classement à Genève: OCA no 124 du 30 juin 1984.

[43] Cf. le tableau de CLERC, Initiation, p. 127.

[44] ATF L. du 9 décembre 1986, p. 5. Voir, à propos de la jurisprudence genevoise, PONCET, p. 104; G. AUBERT, Partie civile et responsabilité civile, SJ 1978, p. 619.

[45] OCA no 74 du 7 avril 1986. Voir aussi DINICHERT *et al.*, p. 467; Cass. no 79 du 16 septembre 1988.

[46] Cf. J. ROBERT, Juris-Classeur Procédure pénale, vol. I, fasc. II, *ad* art. 1–5 CPPF, pp. 2–4.

[47] PRADEL, Procédure pénale, pp. 417 et 451. Résumé très clair, destiné au juriste étranger parfois perdu dans les subtilités de la procédure pénale française, chez K. WERNER, Einfluss, pp. 110–116.

[48] Nous pensons à l'inculpation pour violation du secret de l'instruction du juge Boullouque (novembre 1988), suite à la constitution de partie civile d'un terroriste insatisfait du traitement subi de la part de ce magistrat, spécialisé dans ce type d'affaires. Un scandale politique s'est alors déclenché sur fond de méconnaissance, consciente ou inconsciente, du contexte juridique.

la constitution de partie civile. Parmi les cantons qui connaissent le principe de l'opportunité, le Jura reprend, *mutatis mutandis* la solution française: la «constitution de partie plaignante» suspend l'application de ce principe[49]. La jurisprudence genevoise a, elle, marqué une évolution. Jusqu'en 1983, en effet, un recours de la partie civile empêchait la Chambre d'accusation de maintenir un classement en opportunité; depuis cette date, la Chambre, rappelant que «le texte de l'art. 198 CPP GE (...) ne contient pas une telle restriction», s'est affranchie de cette contrainte[50].

19. Les mouvements récents de politique criminelle ont souvent pour effet de réanimer les institutions anciennes. Le phénomène pourrait se produire à propos de la procédure pénale privée. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en recommande l'aménagement, alternativement au «droit de demander la révision par l'autorité compétente d'une décision de classement»[51]. La suggestion venue de Strasbourg suffira-t-elle à inverser un mouvement qui conduit, depuis plusieurs décennies, la poursuite pénale privée à un effacement progressif? Il est permis d'en douter, pour deux raisons au moins.

20. Tout d'abord, il faut rappeler les objections traditionnellement formulées à l'encontre de l'institution. Ces critiques sont alimentées par l'expérience: problèmes liés à l'administration des preuves et des moyens de contrainte nécessaires à cette administration, d'une part[52]; mais aussi, problèmes de principe, qui nous renvoient au débat sur la pertinence même de la réorientation de la politique criminelle, dont l'incitation à recourir à la poursuite pénale privée n'est que l'expression. PFENNINGER en dénoncait, en 1916 déjà, l'aspect archaïque et contradictoire[53]. Peut-être la coïncidence du regain de faveur de

[49] STEULLET, p. 103, citant une circulaire de la Chambre d'accusation du 5 juillet 1979; PIQUEREZ, Traité, vol. I, p. 339. Cela atténue considérablement le caractère «unique» du système français, encore souligné par HEYDEN, p. 34.

[50] OCA no 42 du 28 février 1983, confirmé et précisé par OCA no 116 du 24 juin 1983; no 180 du 21 septembre 1983; no 52 du 27 février 1985, etc.

[51] R (85) 11, ch. I, B, 7, qui parle de citation directe, alors que le Rapport explicatif in: La position de la victime, p. 19 utilise l'expression plus générique de «poursuite privée».

[52] Cf. CLERC, Initiation, p. 103.

[53] PFENNINGER, Popularstrafanklage, p. 259. Plus récemment, BRUNNER, pp. 144 ss., dont les critiques annoncent la disparition de la *Privatstrafklage*

la citation directe et de la résurgence de l'intérêt, débordant le cercle des anthropologues du droit, pour l'étude des mécanismes de la vengeance[54] n'en est-elle pas une.

21. En second lieu, les procédures pénales privées s'appliquent essentiellement à des infractions dont le maintien au sein de l'ordre pénal prêtent à discussion. Si intéressant que soit le phénomène, son extension à des infractions économiques n'est pas de règle. Le vaste champ d'application prévu par la législation bâloise est, lui, tout à fait exceptionnel: la poursuite pénale privée peut même s'engager pour des infractions contre l'intégrité corporelle de gravité moyenne[55]. Toutefois, dans la majorité des cas, seules des affaires mineures peuvent être prises en charge entièrement par le lésé. Cette possibilité n'entre-t-elle dès lors pas en contradiction avec une volonté de mettre en œuvre le principe de l'économie du droit pénal, principe sur lequel se fondent, implicitement ou explicitement, la plupart des décisions de renoncer à la poursuite prises en opportunité?

22. Il existe deux manières de répondre à la question. Soit, en considérant que pratiques d'opportunité et abandon aux privés de la poursuite sont deux facettes du même phénomène ou deux manières d'alléger les tâches des juridictions[56]; soit, en estimant que l'appréciation de l'intérêt public, et singulièrement de l'intérêt à la répression, ne peut être délégué à des particuliers, surtout quand ils ont lésés, donc directement concernés. Cette affirmation nous semble seule soutenable d'un point de vue de politique juridique; la privatisation de l'exercice de l'opportunité de la poursuite ne se recommande donc pas.

23. Les infractions contre l'honneur, terrain d'exercice privilégié de la poursuite pénale privée[57], illustrent parfaitement

dans le projet de révision totale zurichois de 1983. Le sujet n'est plus abordé dans le projet de réforme partielle de décembre 1988.

[54] Cf. les études passionnantes de l'ouvrage collectif, La Vengeance, 4 vol., Paris, 1981–1986.

[55] §6, lettre b et 196 ss. StPO BS: lésions corporelles simples intentionnelles ou par négligence ayant entraîné jusqu'à trois jours de maladie ou d'immobilisation.

[56] Cf. implicitement CLERC, Controverses, pp. 164–165; explicitement DRIENDL/MARTY, pp. 369 et 456. Les mêmes auteurs contestent de manière nous paraît-il contradictoire leur propre thèse, p. 395.

[57] Cf. STEULLET, pp. 96–97, 103 ss. Le projet de CPP ZH de 1983 limitait par exemple le champ d'application de la procédure pénale privée aux infractions contre l'honneur.

les limites et les ambiguïtés de cette dernière. Il s'agit en effet d'un domaine dans lequel la frontière entre protection pénale et protection civile est difficile à tracer; le principe de la subsidiarité du droit pénal joue, ou devrait jouer, par conséquent un rôle à la fois de démarcation et de régulation[58]. Le TF l'a admis implicitement dans sa jurisprudence[59]. Il peut paraître logique d'autoriser, voire d'imposer, comme c'était le cas à Genève sous l'empire de l'ancien Code de procédure pénale, la poursuite pénale privée. Celle-ci s'effectue d'ailleurs dans quelques cantons en suivant les règles de la procédure civile[60], alors que les procédures particulières instituées dans d'autres cantons sont d'un type pénal, métissé d'emprunts à la procédure civile. Prenant appui sur le flou qui règne aussi bien autour de la dénomination que du contenu matériel des procédures, le gouvernement suisse a tenté d'éviter l'application de la CEDH, et singulièrement de son art. 6 ch. 2 (présomption d'innocence) aux poursuites pénales privées. Ainsi affirmait-il que «la procédure d'accusation pénale privée (...), quoique destinée à établir le bien fondé d'une plainte pénale, est de nature civile et n'est pas régie par l'article 6, ch. 2 CEDH»[61].

Après que la commission eut «marqué son désaccord avec les conclusions» du Gouvernement, il ne restait plus à la Cour qu'à déclarer qu'elle «n'éprouvait pas de doute sur la nature pénale de la procédure»[62]. Celle-ci ne peut en tous cas pas être qualifiée de moyen de décriminalisation *de jure*.

24. Finalement, un des rares postulats indiscutables et indiscutés du mouvement des «droits de la victime» exige l'améliora-

[58] Cf. SCHUBARTH, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, vol. 3, Zürich, 1984, p. 17.

[59] L'honneur est un des rares domaines dans lesquels la doctrine, ou du moins une partie d'entre elle, trouve le TF trop restrictif dans l'interprétation des éléments constitutifs d'une disposition pénale: SCHULTZ, Marksteine in der Weiterbildung des Rechts ..., in: Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, Basel, 1975, p. 245, STEULLET, pp. 44 ss. et STRATENWERTH, Besonderer Teil, vol. I, p. 119 critiquent en particulier l'exclusion de la *soziale Geltung* du champ de l'honneur pénalement protégé.

[60] GL, NW, OW, TG, UR. Sur les questions de procédure, cf. STEULLET, pp. 97 ss.; WEBER, pp. 23 ss.

[61] Cour eur. D. H., Série B, no 52, affaire Minelli, rapport de la commission, ch. 23, p. 20; voir aussi ch. 11, p. 14, à propos du «caractère privé dominant des intérêts qui sont à l'origine de l'action».

[62] Arrêt Minelli du 25 mars 1983, Série A, no 62, ch. 26 et 28, pp. 14–15.

tion de son information. Selon le point 2/B/6 de la Recommandation R (85) 16, «la victime devrait être informée de la décision définitive concernant la poursuite, sauf si elle indique qu'elle ne souhaite pas cette information»[63]. Le législateur français a exaucé ce voeu l'année même[64], rompant par là avec une attitude traditionnellement peu ouverte à l'égard de la victime[65]. Sans révision législative, le même infléchissement de pratique semble avoir eu lieu dans les cantons suisses qui connaissent le classement en opportunité: la notification au plaignant, qui n'était pas automatique, le devient[66]. L'avant-projet de LAVI complète logiquement par un article 11 ch. 3, consacré à l'obligation d'informer, l'éventail des droits nouveaux qu'elle entend octroyer à la victime dans les procédures pénales dirigées contre des adultes.

[63] Cf. aussi R (87) 18, ch. I, 10: «Dans la mesure du possible, le classement devrait être porté à la connaissance du plaignant».

[64] La loi du 30 décembre 1985, modifiant l'article 40 CPPF instaure une obligation pour le Procureur général d'aviser du classement le plaignant, ainsi que la victime, si celle-ci est identifiée.

[65] Cf. RASSAT, p. 221 à propos de l'influence de la victime dans la conduite de l'action publique. Sur le plan de la philosophie pénale et de la «séparation absolue du droit civil et du droit pénal», CLERC, De la réparation du préjudice causé à la victime, RPS 1942, p. 5.

[66] Ou, du moins, devient plus fréquente. Les législateurs récents sont très sensibles à la question: voir art. 227 SH, et le souci exprimé par le groupe de travail chargé de la réforme de la procédure pénale jurassienne, cf. son Rapport final, p. 14 et art. 99, ch. 2 projet (dans les deux cas, la notification est obligatoire, sauf d'étroites exceptions).

Chapitre IV

Droit pénal international et affaires politiques

1. Si le choix entre opportunité et légalité de la poursuite est largement ouvert sur le plan interne et pour les délits ordinaires, il n'en va pas de même lorsque la disposition appliquée ou le cas à traiter présentent une dimension internationale ou politique. Nécessité fait alors loi. Dans l'application du droit international, des principes généraux ou des règles particulières imposent l'un ou l'autre système. La poursuite judiciaire des délits politiques est, quant à elle, soumise à un régime d'opportunité dicté par des considérations de bon sens, développés par la doctrine et énoncés par l'autorité responsable et par la jurisprudence.

2. Qui dit délit politique pense «intérêts supérieurs de la Confédération». De ce fait, il est normal que la maîtrise de l'action publique soit retirée à l'autorité ordinaire de poursuite, au bénéfice du pouvoir exécutif. Ce dernier est, dans notre conception traditionnelle de la répartition des compétences, le mieux à même de procéder à la pesée des intérêts entre le dommage causé par l'infraction et les risques que la poursuite peut faire courir à la Suisse, essentiellement sur le plan des relations internationales [1]. Etant donné le caractère généralement peu déterminé des notions mises en œuvre dans le cadre des délits politiques [2], les décisions relatives à l'autorité de la poursuite mettent en œuvre une liberté d'appréciation. De ce fait, elles s'exercent en opportunité.

3. La pesée des intérêts est parfaitement décrite par le Conseil fédéral dans sa décision relative à l'affaire *Marc Rich*. L'autorité exécutive a le pouvoir discrétionnaire de décider

«si l'importance de l'infraction commise impose l'octroi de l'autorisation (de poursuivre) ou si l'intérêt à l'engagement

[1] Cf. HEYDEN, pp. 97–98; PETER, Bundesanwaltschaft, p. 55.
[2] PETER, ibidem.

d'une poursuite pénale a à s'effacer au regard de l'ensemble des circonstances politiques» [3].

4. La décision citée portait sur la (non)-poursuite d'une infraction à l'art. 273 CPS. La fréquence d'invocation de cette disposition illustre bien le déplacement de l'intérêt de la notion d'incrimination et d'affaire politiques. Le noyau originaire de la délinquance politique était composé des infractions dirigées contre l'Etat [4]. Il demeure au centre de la politique d'extradition. En revanche, dans la détermination de la politique de poursuite sur le plan interne, ce type d'infractions ne soulève plus guère ni débat, ni passion, si l'on fait abstraction d'actions terroristes spectaculaires et frappant les esprits, mais finalement d'intérêt mineur pour l'analyse de la pratique. En revanche, les activités d'espionnage économique et les décisions quant à leur répression peuvent être d'une importance essentielle pour les intérêts fondamentaux de la Suisse, et surtout la conduite de sa diplomatie [5]. Le contrôle du traitement pénal de ces affaires que le Code pénal autorise le Conseil fédéral à s'assurer, en prend un certain relief.

5. Le législateur fédéral a tenu à ce que l'autorité politique exerce, sur la répression de la délinquance du même nom, une maîtrise étendue. Les art. 340 et 341 CPS dressent, en effet, une liste imposante de dispositions soumises à la juridiction fédérale (Assises fédérales, art. 341 et Cour pénale fédérale, art. 340) [6].

[3] JAAC 51 I, no 5, p. 44 (traduction de l'auteur).

[4] Sur l'évolution de la législation visant la délinquance politique, STRATENWERTH, Besonderer Teil, vol. II, pp. 223 ss. Sur l'évolution du concept, FELCHLIN, Das politische Delikt, Zürich, 1979, pp. 137 ss.

[5] Cf. par exemple O. A. GERMANN, Wirtschaftlicher Nachrichtendienst nach Art. 273 des schweizerischen Strafgesetzbuches, Wirtschaft und Recht 1957, p. 21, prémonitoire dans son analyse de l'utilité de l'art. 273 CPS; SPINNER, 12 Jahre Erfahrung mit den Wettbewerbgrundsätzen des Freihandelsabkommens Schweiz/EWG vom 22. Juli 1972, RSDIC 1985, p. 59. Outre l'affaire MARC RICH, l'affaire ADAMS a offert un excellent terrain d'observation des enjeux d'une répression au titre de l'art. 273 CPS. Voir J. WERNER, L'application extraterritoriale des lois antitrust américaines et l'article 273 du Code pénal suisse, RSDIC no 1 (1977), pp. 60 ss. et le no spécial de la RSDIC no 11 (1981), pp. 3 ss. Sur le plan parlementaire, BO CN 1981, 641 et 1398: «Le Conseil fédéral dispose d'une marge d'appréciation (...) lorsqu'il a à décider de la poursuite d'une éventuelle infraction à l'article 273 du Code pénal (...). Il sera bien entendu dûment tenu compte, entre autres éléments d'appréciation, des relations étroites (...) qui existent entre la Suisse et la Communauté».

[6] Enumération de l'ensemble des dispositions ainsi visées, certes plus à jour, chez PETER, Bundesstrafgerichtsbarkeit, pp. 168–170. Liste moins détaillée,

Cette liste est laissée ouverte par le chiffre 2 de l'art. 340. La jurisprudence et la pratique gouvernementale ont interprété extensivement cette norme d'attribution de compétence. L'art. 273 CPS offre à nouveau le meilleur exemple de la démarche: alors que l'art. 340, ch. 1, al. 7 soumet à la juridiction de la Cour pénale fédérale «les infractions prévues au Titre treizième (du CPS) en tant qu'elles ont été commises contre la Confédération (...)» le Tribunal fédéral et Conseil fédéral admettent que *toute* violation de l'art. 273 présente un caractère politique suffisant pour justifier une telle attribution de compétence. En effet, «toutes les causes relatives à un service de renseignements politique ou économique relèvent de la juridiction fédérale (...), même lorsque le service de renseignements est dirigé directement contre les personnes physiques» [7]. Autrement dit, «toute entreprise helvétique est un élément de l'économie nationale» [8]. Il va de soi que la délégation aux cantons reste possible, en application des articles 344 CPS et 18 PPF.

6. La poursuite des infractions à ces dispositions est surbordonnée, aux termes de l'art. 105 PPF, à une «décision», soit à une autorisation de poursuivre du Conseil fédéral. C'est cette autorisation qui fut refusée dans l'affaire MARC RICH. Elle est accordée en opportunité, alors que le classement prévu par l'art. 106 PPF est en principe œuvre de légalité. Celle-là est subsidiaire à celui-ci [9]. C'est toutefois la première qui joue, dans la pratique, le rôle essentiel, d'autant plus que, pour en rester à cet exemple, le Ministère public de la Confédération semble observer, dans la mise en œuvre de l'art. 273 CPS [10], une politique plus prudente que le Tribunal fédéral [11].

mais plus récente chez PIQUEREZ, Précis, pp. 60–61. Il ne s'agit toutefois pas d'une liste *exhaustive* des comportements susceptibles de mettre en péril l'«Etat de droit démocratique». Certaines infractions dont la poursuite est attribuée aux cantons peuvent entrer dans la même catégorie, cf. ATF 109 I a 286.

[7] Rapport de gestion du CF pour 1955, p. 283 et JAAC 25 no 89. Voir aussi PETER, Bundesstrafgerichtsbarkeit, p. 163 et GERBER, Einige Probleme des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes, RPS 1977, pp. 302–303.

[8] JdT 1973 IV 126 = ATF 98 IV 210. Voir aussi ATF 101 IV 187.

[9] Sur ce point et sur l'art. 105 PPF, PETER, Bundesstrafgerichtsbarkeit, pp. 175–176 et 182.

[10] Dans le cadre de ses compétences: formulation d'une proposition de décision au sens de l'art. 105 PPF à l'intention du Conseil fédéral et possibilité, «au cours ou à l'issue de l'instruction préparatoire, (de) renoncer à la poursuite» (art. 120 PPF).

[11] Cf. J. WERNER, in: RSDIC no 11 (1981), p. 5, qui condamne l'insécurité juridique résultant de cette disparité de pratiques.

7. L'opportunité politique de la poursuite se distingue-t-elle de l'opportunité «ordinaire»? Le même terme recouvre-t-il des problématiques essentiellement différentes? Si les réponses à ces questions sont négatives, la défense et l'illustration de la politique des autorités de la Confédération, rédigée à l'occasion de récents très gros dossiers comportant une possibilité d'application de l'art. 273 CPS exposeraient au grand jour les tenants et aboutissements d'une décision qui paraît souvent, dans l'exercice de l'opportunité ordinaire, sortir d'une boîte noire [12]. De fait, l'opportunité politique nous paraît former un chapitre à part dans le grand livre de l'opportunité. Sans pouvoir par conséquent généraliser le propos, il est pourtant tentant de résumer ce qui fait, pour nos autorités, l'opportunité de poursuivre les infractions à l'art. 273 CPS ou de renoncer à le faire, d'autant plus que le type de pesée des intérêts effectué par l'autorité politique dans les affaires soumises à la juridiction fédérale n'est pas inconnu des autorités judiciaires ordinaires. Cela est particulièrement vrai pour les atteintes à des intérêts collectifs, mais peut également l'être pour des comportements «mixtes», dans la mesure où des infractions contre des intérêts individuels peuvent comporter une importante dimension de désordre public, même pénalement atypique. L'occupation illégale de logements est un bon exemple d'une telle conjonction [13].

8. Aux termes d'une directive du Ministère public de la Confédération, la poursuite n'est pas engagée lorsque «le divulgateur seul a un intérêt au maintien du secret»; en revanche, la divulgation est dénoncée non seulement «si la Suisse, en tant qu'entité politique ou économique a un intérêt (direct) à préserver le secret», mais également «si des tiers qui ont un intérêt digne de protection au maintien du secret n'ont pas donné leur consentement préalable à sa divulgation» [14].

9. La recherche d'un équilibre entre intérêts privés et intérêts publics, qui se trouve au cœur de la directive, est commune à

[12] Cf. TAK, p. 55, qui utilise l'expression à propos de la politique des Parquets français.

[13] Cf., au sujet de la politique des autorités de poursuite ordinaires menées dans ce domaine en RFA, et singulièrement à Berlin et les critiques qu'elle a suscitées, ULRICH, pp. 169–170.

[14] Directive publiée, entre autres occasions, dans ASDI 1984, p. 162 et JAAC 49 IV, no 56, pp. 357 ss.

toutes les politiques de poursuites. Celle du Ministère public de la Confédération apparaît libérale, par l'importance qu'elle reconnaît à la manifestation de volonté du lésé individuel. Ce libéralisme n'est pas à l'abri de critiques [15] et risque d'être remis en cause pour le motif invoqué plus haut: la répression ou la non-répression des activités d'espionnage économique est un argument diplomatique de poids. Aussi, il n'est pas inimaginable qu'à l'avenir, l'on considère que seuls des intérêts privés *prépondérants* puissent justifier que soit interdite la transmission à l'étranger d'une information dont la rétention irait à l'encontre de l'intérêt politique du pays et de son gouvernement. Ce jour-là, l'application du principe de l'opportunité à la répression des délits contre les intérêts collectifs, d'une part, et aux atteintes à des intérêts individuels, d'autre part, formeront des ensembles entièrement distincts. A l'heure actuelle, tel n'est pas encore le cas.

10. Les décisions prises par les autorités politiques et administratives de la Confédération en application des art. 105 et 120 PPF présentent encore une caractéristique exorbitante du droit commun de la poursuite pénale: elles ne sont susceptibles d'aucun recours [16].

11. Tout autant que la poursuite ou l'abstention de poursuivre les infractions politiques, l'octroi ou le refus de l'entraide judiciaire en matière pénale peut répondre à l'intérêt supérieur de la Suisse. C'est ce que montre la jurisprudence rendue dans une seconde «cause célèbre»: l'affaire SANTA FE. On lit en effet sous la plume du Conseil fédéral que «la découverte d'opérations d'initiés, pour autant que les conditions de l'entraide judiciaire soient remplies, répond à un intérêt suisse prépondérant, de même qu'à l'intérêt bien compris de l'économie bancaire» [17].

Les obligations et les relations internationales de la Suisse influencent manifestement la politique des autorités de poursuites fédérales ou cantonales. Dans quelle direction cette

[15] Cf. STRATENWERTH, Besonderer Teil, vol. II, p. 247.

[16] Cf. la démonstration, à propos de l'ordonnance de délégation de l'art. 18 PPF, de PETER, Bundesstrafgerichtsbarkeit, pp. 182–183.

[17] JAAC 49 II, no 35, p. 198 (nous citons le chapeau de la décision, qui en donne un résumé particulièrement explicite). Il s'agissait d'appliquer l'article 3, ch. 1 lettre a TEJUS, qui reconnaît la possibilité de refuser l'entraide en cas d'atteinte à la souveraineté, à la sécurité ou à d''«importants intérêts de nature similaire» de la Suisse.

influence s'exerce-t-elle? Il faudrait en fait parler d'un *faisceau* d'influences. Ce faisceau comprend un principe, dont découle une obligation de poursuite (ch. 12 ci-dessous) et des mécanismes de renvoi qui orientent la politique de poursuite vers un exercice en opportunité (ch. 13–15).

12. Le principe *aut dedire aut punire* est une des maximes directrices du droit de l'extradition. L'ancienne loi de 1892[18] l'énonçait sans nuances: «Le Conseil fédéral garantira à l'Etat (...) auquel il refusera l'extradition que l'individu poursuivi sera jugé et, s'il y a lieu, puni en Suisse conformément à la loi du tribunal compétent suisse» (art. 2, ch. 2). La loi sur l'entraide internationale en matière pénale de 1981 atténue la formulation: «L'extradition peut être refusée si la Suisse est en mesure d'assurer la poursuite de l'infraction (...) et que le reclassement de la personne poursuivie le justifie» (art. 37, ch. 1)[19]. Le principe reste toutefois applicable et exclut, à notre sens, le classement en opportunité.

13. En revanche, la poursuite par délégation est largement régie par le principe de l'opportunité. Les mécanismes de la délégation à la Suisse sont mis en place par les art. 85 et ss. de la EIMP. L'Office fédérale de la police est compétent pour admettre la demande formulée par un Etat étranger et remplissant les conditions énumérées par l'art. 85 EIMP[20]. Un double examen en opportunité est effectué: par l'Office lui-même qui «peut», mais ne doit pas accepter les demandes étrangères[21], puis par l'«autorité de poursuite pénale» (art. 91, ch. 2 EIMP). Cette dernière est, en application des principes généraux régissant l'entraide[22], l'autorité cantonale, laquelle appliquera son droit de procédure particulier[23]. Par conséquent, les cantons

[18] RO 1890–1892, 741.

[19] Dans le même sens, art. 8 CEExtr: «Une partie requise pourra refuser d'extrader un individu réclamé si cet individu fait l'objet de poursuites pour le fait ou les faits à raison desquels l'extradition est réclamée».

[20] L'extradition est exclue; la personne poursuivie doit répondre en Suisse d'autres infractions plus graves et l'Etat requérant donne la garantie de respecter *ne bis in idem*.

[21] Art. 85, ch. 1 et 91, ch. 1 et 4 EIMP. Le ch. 4 réserve le refus «en raison de l'importance de l'infraction», ce qui invalide l'affirmation de FF 1976 II 456, qui paraît limiter les pouvoirs de l'Office au rejet de demandes manifestement infondées. Voir aussi WITSCHI, p. 121.

[22] SCHMID *et al.*, pp. 274 ss.

[23] Cf. ATF 98 Ia 232–233.

qui connaissent l'opportunité de la poursuite pourraient classer, en application de ce seul principe[24]. Le législateur a voulu aller plus loin, puisque l'art. 91, ch. 3 EIMP dispose que «la décision (de l'Office fédéral de la police) n'oblige pas à ouvrir une action pénale».

Une restriction à la souveraineté cantonale, symétrique à celle du droit interne, veut que les affaires «ayant un caractère politique ou qui sont importantes pour assurer une application uniforme de la loi sont du ressort des autorités fédérales»[25]. Ces affaires sont régies, comme on l'a vu, par le principe de l'opportunité (art. 105, 120 PPF).

14. L'effet de miroir, et même parfois d'amplification des normes de droit international pénal, vaut également pour la poursuite des infractions commises par des enfants et des adolescents. L'art. 372 CPS renvoie en effet implicitement aux articles 88 et 98 CPS, en soulignant la possibilité de renoncer à la poursuite[26].

15. La délégation de la poursuite *par* la Suisse à un Etat étranger (art. 88–89 EIMP) peut également contribuer à étendre le champ d'application du principe d'opportunité. La législation du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures illustre le mécanisme. L'art. 20 consacré aux possibilités de classement, prévoit, à la suite des conditions et circonstances traditionnelles

[24] Partiellement répété à l'art. 86, ch. 1 EIMP. Cf. FF 1976 II 472, qui assure que «les prescriptions (de l'EIMP) n'empiètent pas sur la législation en matière de procédure pénale, qui est l'affaire des cantons (art. 64bis Cst.)». *Contra* WITSCHI, pp. 125 et 127, mais cet auteur néglige d'approfondir la question sur le plan interne suisse, alors qu'il réserve le principe d'opportunité sur le plan international, p. 68. Voir encore à ce sujet art. 9 et 11 Conv. internat. sur la transmission des procédures répressives, du 15 mai 1972 (entrée en vigueur le 30 mars 1978, non encore signée par la Suisse) et Rapport explicatif, p. 41: «La référence à la législation nationale de l'Etat requis s'explique (...) par le souci de ne pas porter atteinte au principe de l'opportunité de la poursuite». Lors du débat parlementaire sur l'article 35 de la loi d'application genevoise du CPS consacré à la délégation, aussi bien le Conseil d'Etat que le rapporteur de la commission du Grand Conseil se sont contentés de rappeler le rôle du procureur général «maître de l'action pénale», sans envisager que ce rôle doive être reformulé dans le cadre de la poursuite déléguée, MGC GE 1982, pp. 1893, 4749 et 4752.

[25] FF 1976 II 466. Voir SCHMID et al., p. 281.

[26] L'autorité suisse «pourra renoncer aux poursuites» (ch. 2 al. 1) et «pourra poursuivre» (ch. 2, al. 2), cf. HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 130. Sur les rapports entre les art. 372 CPS et 85 ss. EIMP, WITSCHI, pp. 101–102.

(faiblesse du dommage et de la faute, etc.) le cas où l'auteur «est poursuivi par une autorité étrangère ou qu'une autorité étrangère se déclare prête à le poursuivre» (al. 4). Comme le démontre F. BÄNZIGER, à l'aide d'un dossier tout à fait caractéristique, cette disposition, qui paraît seulement mettre en œuvre la prohibition de la double punissabilité [27], est appliquée en opportunité, dans les cas où le principe précité est hors de cause, en raison de la concordance imparfaite des qualifications du droit suisse et du droit étranger [28].

[27] Sous la forme de l'*Erledigungsprinzip*, cf. SCHULTZ, Einführung, vol. I, p. 106.

[28] BÄNZIGER, p. 290. Même disposition à UR, art. 9, ch. 4 et SH, art. 38, al. 1, lettre f.

Chapitre V

L'économie du procès pénal

A. Légitimité du propos

1. Réduire le débat sur le choix du principe régissant l'acitivité des autorités de poursuite, à un affrontement entre des conceptions opposées de politique criminelle serait faire preuve d'un idéalisme naïf. Il est en réalité plus souvent question de rationalisation de l'administration de la justice pénale et de maîtrise de ses coûts, que des avantages et inconvénients des différents systèmes, du point de vue du respect des principes directeurs du droit, écrits ou non écrits. Le présent rapport s'est attardé sur le second volet du dossier, car c'est lui qui suscite le débat et les réflexions intellectuelles. Mais ce serait faire preuve d'idiotie, au sens étymologique du terme, que d'«oublier» le cœur du problème. La nécessité fait ici autant, sinon davantage, loi que la raison.

2. La Recommandation du Conseil de l'Europe, si favorable au principe de l'opportunité, établit une hiérarchie entre les moyens de remédier aux «lenteurs de la justice pénale»: *non seulement* l'utilisation optimale des ressources, *mais aussi* une meilleure définition des priorités dans la conduite de la politique criminelle [1]. D'abord celle-là, ensuite celle-ci. La hiérarchie n'est pas indiscutée. La réplique la plus célèbre et la plus virulente (la plus célèbre parce que la plus virulente) est due à la plume de H.J. Hirsch, qui s'en prit en 1980 à l'absence de «dignité juridique» de l'argument économiste, impuissant à fonder une «politique criminelle moderne» [2].

[1] R (87) 18, préambule.
[2] Hirsch, pp. 225–226.

3. Il n'est pas étonnant que la critique, et la polémique qui devait nécessairement s'ensuivre, nous viennent de RFA[3]. La recherche de la *Verfahrensökonomie* a été poussée particulièrement loin dans ce pays au cours des années soixante-dix, et la réforme de 1975, dont sont issus le § 153 et 153a StPO repose largement sur une légitimation de cet ordre[4]. Le débat n'est toutefois pas inconnu en France. Le travail pionnier de DAVIDOVITCH et BOUDON s'efforçait, en 1964 déjà, de «ramener le fonctionnement du système tout entier à quelques principes simples (...)». La première «idée simple» est que «sous la pression croissante de la masse criminelle, tout le système répressif doit tendre vers une grande économie de moyens (...); or, dans l'ordre des modes de règlements non répressifs négatifs, un classement est nécessairement moins coûteux qu'un non-lieu (...), qu'un acquittement ou (...) qu'une décision de relaxe en justice correctionnelle». Idée plus calcul font que «la nécessité (...) semble avoir créé la licéité»[5].

Du fait de sa qualité et du prestige des auteurs, ce travail a marqué l'apogée d'un modèle d'analyse «économiste», certes critique, de la fonction du classement. Les thèses de DAVIDOVITCH et BOUDON sont dès lors entrées dans le sens et le langage communs[6]: aussi, «la statistique annuelle des activités de Parquets apparaît comme le baromètre indispensable d'une organisation naturelle de leur travail»; pour donner à cette statistique une allure convenable, le classement sans suite est «le moyen autorégulateur indispensable, parce que les possibilités d'absorption des juridictions n'ont pas l'élasticité suffisante»[7].

4. Le réflexion sur la rationalisation du travail judiciaire est nettement moins poussée en Suisse que dans les grands pays voisins. L'«économie du procès» est pourtant un thème qui

[3] Analyse complète et pondérée chez HERTWIG, pp. 17 ss., dont l'ouvrage tend à démontrer que la réforme de 1975 peut être considérée comme une réussite globale; voir les résultats de la recherche pp. 140 ss. et les conclusions, pp. 252 ss.

[4] La réforme se prolonge dans une extension permanente du champ d'application du § 153a; cf. HOHENDORF, pp. 77 ss., avec une critique approfondie.

[5] DAVIDOVITCH/BOUDON, successivement pp. 205, 206 et 204.

[6] Cf. un résumé des prolongements du travail de 1964 et les résultats d'une nouvelle recherche de grande envergure chez DAVIDOVITCH, pp. 65 ss. On retrouve la thèse de DAVIDOVITCH dans L'organisation des parquets, p. 83: «Le classement sans suite apparaît ainsi comme un moyen obligatoire de rationalisation de la gestion des affaires, de régulation de l'activité pénale, répondant à l'encombrement mais également en période normale».

[7] DU JARDIN, p. 450.

commence à percer dans la doctrine[8] et la jurisprudence[9]. Il n'est même pas nouveau dans les travaux de la Société suisse des juristes[10]. Il est clair que le débat sur les limitations à l'accès aux juridictions suprêmes est alimenté, voire conditionné, par des soucis de rationalisation et de gestion optimale des ressources[11]. Le débat est en cours; aussi, il n'est pas inutile d'en décrire brièvement les termes théoriques, avant de considérer la place du principe de l'opportunité dans l'éventail des solutions pratiquement mises en œuvre ou envisagées.

5. A l'encontre d'une approche économiste des politiques de poursuites pénales, ou plutôt des prescriptions fondées sur une analyse en termes de coûts et de nécessité de réduire ces coûts, sont formulées des critiques que nous pouvons regrouper en quatres rubriques principales:

- renversement dans la hiérachie des intérêts;
- incohérence du propos;
- risques de violation ou de bradage de principes essentiels de procédure pénale;
- difficultés de mesurer l'efficacité des solutions proposées.

6. Relèvent de la première catégorie les attaques contre l'absence de dignité des raisonnements économistes. L'objection vise la légitimité même de la démarche. C'est la plus profonde, et sans doute celle qui oriente le débat sur le terrain le plus difficile, puisque c'est de philosophie politique qu'il est question. L'Etat a-t-il ou non le droit de faire de nécessité vertu? Ou bien la recherche de la vertu, c'est-à-dire de la solution la plus *juste,* doit-elle toujours précéder la prise en considération des ressources[12]? On devine que le débat ne sera pas tranché ici. Il

[8] Cf. VOGEL, Prozeßökonomie?, BJM 1988, pp. 1 ss.

[9] Cf. par exemple ATF 111 IV 321; 114 IV 53; SJ 1987, p. 343 (Cour de jusitce).

[10] Cf. essentiellement P. MARTIN, et son analyse approfondie, pp. 126 ss., des raisons «économiques» de développer les alternatives à la mobilisation de la justice (civile).

[11] Cf. ROHNER, pp. 257 ss. et réferences.

[12] On pourrait répondre que la solution juste est précisément celle qui tient compte des circonstances, puis'qu «il n'y a pas de droit (et pas de justice) de Robinson dans son île» (VILLEY, Philosophie du droit, vol. I, Paris, 1975, pp. 74–76). La question doit être placée dans le contexte traditionnel de l'affrontement entre conceptions dites «déontologiques» de la justice (priorité du juste sur le bien) et théories téléologiques «qui, tel l'utilitarisme, déterminent le bien indépendamment du juste et conçoivent celui-ci comme maximisation de celui-là», OST, Théorie de la justice et droit à l'aide sociale, in: Individu et justice sociale, autour de John Rawls, Paris, 1988, p. 247.

permet de poser une question préalable, sans laquelle le tableau serait incomplet.

7. Le raisonnement économiste renferme une aporie. Ce sont les délits les plus fréquents qui entraînent la charge la plus lourde pour le système de justice pénale. Certes, par bonheur, ces infractions sont généralement mineures. Toutefois, leur fréquence même justifie une répression minimale, ne serait-ce que pour des raisons de prévention générale. Aussi, c'est face à ces comportements répétés que les autorités judiciaires sont le plus mal à l'aise pour appliquer les instruments d'atténuation de la répression ou de renoncement à celle-ci [13]. L'objet idéal de mise en œuvre de ces instruments est l'infraction mineure *et* rare. Par définition, toutefois, sa répression peut poser des problèmes de choix de politique judiciaire; elle n'en pose pas sur le plan de la gestion des ressources.

8. La troisième série d'objections oriente la discussion vers les solutions plutôt que vers la démarche qui y conduit. Ceux qui les formulent attirent l'attention sur la nécessité de bien peser les intérêts en jeux. La légalité pénale, l'égalité de traitement, la répartition des compétences judiciaires et la limitation des pouvoirs de la police sont-ils affectés par les mesures de rationalisation et, si oui, où se situe la limite des atteintes admissibles? Le Comité des Ministres a été particulièrement attentif à ce point: il insiste sur les garanties qui doivent être assurées à l'accusé dans le cadre de la mise en œuvre du principe d'opportunité [14], aussi bien que des diverses procédures simplifiées [15].

9. Il ne manque pas d'études empiriques sur les effets des mesures de rationalisation et de simplification de l'administra-

[13] Cf. BÄNZIGER, p. 302, qui développe ce raisonnement, pertinent à partir du moment où on admet la légitimité de la finalité de prévention générale ou, du moins, que l'on croit à la réalisation d'un tel effet du prononcé de la peine.

[14] Exigence d'un «consentement donné en connaissance de cause, librement et sans contrainte» (ch. I, a, 7, al. 3). Arrêt de la procédure définitif «dès la constatation de l'exécution des obligations», au cas où le classement a été assorti de «conditions, telles les règles de conduite, le versement d'une somme d'argent, le dédommagement de la victime, ou la mise sous probation» (ch. I, a, 9, al. 1 *cum* ch. I, a, 6).

[15] En procédure sommaire, «sauvegarde sans ambiguïté de tous les droits du destinataire», en cas d'acceptation tacite de la sanction (ch. II, a, 6); publication de «lignes directrices et des barêmes régissant la transaction (il s'agit de la transaction ordinaire, cf. ci-dessus, II, I, 11 et ci-dessous nos 16 ss.): ch. II, b, 4.

tion de la justice pénale. La réforme allemande de 1975 a donné lieu, en particulier, à une littérature riche et abondante [16]. La manière même de poser la question de la nécessité ou de l'échec, du strict point de vue «économiste», soulève des difficultés quasiment insurmontables. Ce sont les effets de la réforme sur l'ensemble du système pénal qui doivent être appréhendés. La recherche la plus approfondie, celle de V. HERTWIG retient trois variables: la durée de la procédure, la quantité d'actes produits dans l'enquête préliminaire et un «index de l'instruction préparatoire» *(Ermittlungsindex)*, qui cherche à évaluer l'importance de cette phase [17]. Même une analyse aussi scrupuleuse bute, d'une part sur les objections ordinaires fondées sur la non-mesurabilité des effets de renforcement ou d'affaiblissement de la prévention générale [18] et, d'autre part, sur les propres limites, induites par le caractère fragmentaire de la réforme elle-même. La chaîne des effets et des conséquences n'est parfaitement maîtrisée, ni par le législateur, ni par le chercheur [19]. Ce n'est pas une raison de renoncer à réformer, ou à étudier. Mais une invitation à la modestie de l'ambition de «scientificiser» le processus législatif ou l'évaluation de ses conséquences.

10. On sait que la Suisse possède, à l'étranger, une image faite de clichés réduisant à quelques données grossières, sans être inexactes, une réalité plus complexe. Celui qui voyage hors de frontières du pays est souvent étonné de voir ces clichés forger la représentation que se font de la Suisse même des personnes généralement considérées comme bien informées ou faisant partie de l'«élite». L'image de la délinquance en Suisse et de sa répression est, elle aussi, faite d'images fortes. Parmi les pénalistes et les criminologues américains, la Suisse n'est connue que

[16] Cf., outre la monographie de HERTWIG déjà citée et l'ouvrage maintenant classique de BLANKENBURG *et al.*, les travaux de AHRENS, Die Einstellung in der Hauptverhandlung, Göttingen, 1978; KUNZ, Einstellung; KOTZ, Die Wahl der Verfahrensart durch den Staatsanwalt, Frankfurt/M., 1983. Récapitulation des recherches par PASCHMANNS, pp. 10–22.

[17] HERTWIG, pp. 140 ss.

[18] Cf., sur un plan général, HASSEMER *et al.*, Hauptprobleme der Generalprävention, Frankfurt/M., 1979, spécialement p. 70. Plus particulièrement dans notre contexte, HOHENDORF, p. 1178

[19] L'étude des «interactions au sein du système de justice pénale» est fort en vogue: cf. la 17e Conférence de recherches criminologiques consacrée à ce thème, Strasbourg, 1986: les travaux préparés pour l'occasion sont publiés dans le volume Interactions. Le rôle du Ministère public et du principe de l'opportunité dans les «processus de sélection» est analysé dans le rapport de SCREVENS, pp. 100–103.

comme le pays des *cities with little crime*[20]. Conséquence ou non de ce premier trait caractéristique, la faible acuité du problème de la surcharge des juridictions pénales et des autorités de poursuites frappent le chercheur étranger[21]. Le phénomène explique-t-il à son tour la relative minceur des données disponibles et surtout la quasi-absence de débat sur la manière même d'analyser les effets des mesures de rationalisation? Toujours est-il que seules des informations fragmentaires peuvent être assemblées. La modestie des moyens de traitement statistique à disposition, y compris dans les grands cantons, n'arrange rien à l'affaire[22].

11. Dans leur étude de 1979, J. DRIENDL et D. MARTY ont tenté de dresser un tableau complet de l'importance du classement. Leurs conclusions confirment ce que l'expérience enseigne depuis que le système, ou plutôt les divers systèmes suisses, sont en place: le classement en opportunité est appliqué exceptionnellement dans le canton de Vaud[23]; il reste rare dans les cantons de Neuchâtel[24], d'Argovie[25] ou d'Appenzell Rhodes-Extérieures[26]. Il est en revanche relativement fréquent à

[20] Cf. le titre de l'ouvrage de CLINARD, Cities with little crime: the case of Switzerland, Cambridge (Ms.), 1978.

[21] Cf. BECKMANN, p. 55.

[22] Cf. MGC GE 1982, 2840.

[23] De deux à cinq cas suivant les années: 3, 1, 2, 1 et 1 durant les cinq dernières années (1983–1987) pour respectivement 3686, 3752 et 4266 ordonnances de condamnation lors des trois dernières années (renseignements obtenus directement par l'auteur).

[24] La statistique de ce canton ne se distingue malheureusement pas entre classements et non-lieux. Les chiffres cumulés de ces deux types de décisions étaient, durant ces quatre dernières années (1985–1988) de 832, 685, 603 et 625, pour successivement 10855, 13320, 13752 et 14058 mandats de répression.

[25] La pratique du classement en opportunité paraît en régression dans ce canton: HEDIGER, p. 257 donne le chiffre de 50 classements par an en moyenne pour le début des années soixante-dix. Ces quatre dernières années (1985–1988), il a été rendu 10, 15, 7 et 3 ordonnances de classement en opportunité, alors que 19641, 21955 et 24338 ordonnances pénales ont été prononcées en 1985, 1986 et 1987 (renseignements obtenus directement). BRÜHLMEIER donne, p. 143, l'explication de la faible application du 24, ch. 2 StPO: dans le doute, le représentant du Ministère public doit conduire l'accusation (cf. AGVE 1969, p. 102 et 1978, p. 70); autrement dit, la maxime *in dubio pro duriore* doit régir sa conduite, ce que BRÜHLMEIER critique.

[26] BÄNZIGER parlait, p. 294 de nombre à un plutôt qu'à deux chiffres, à comparer avec 1500 à 2000 liquidations de cas (ordonnances pénales ou de renvoi).

Genève[27]. Au surplus restent posées des questions insolubles à l'aide de statistiques globales. Ainsi, l'éternel débat sur la dissimulation de classement en opportunité derrière des décisions d'interruption de la procédure pénale[28] ou, plus subtilement, les effets des sûretés demandées au plaignant sur l'interruption ultérieure des procédures[29].

12. Un avantage incontestable des légitimations du principe de l'opportunité de la poursuite fondées sur la volonté ou la nécessité de gérer rationnellement les ressources de la justice pénale, est de retirer à ce principe sa singularité et, par là-même, à dépassionner un débat que nous avons connu si intense il y a un quart de siècle en Suisse. Opportunité de la poursuite, procédures simplifiées, voire mouvement de décriminalisation apportent des réponses complémentaires aux mêmes besoins. Il reste que ces réponses présentent des traits juridiques distincts et qu'il n'est pas interdit de préférer l'une à l'autre. Avant de procéder à quelques comparaisons terme à terme, il est utile de se demander si un autre facteur réunit les institutions énumérées plus haut: ne s'appliquent-elles qu'aux délits que l'on a pris coutume, dans les pays de langue allemande, de qualifier infractions-bagatelles?

B. Rien que des bagatelles?

13. La définition de ce qu'est une «bagatelle» pourrait occuper un chapitre au moins de ce rapport. Les divers critères proposés par la littérature, surtout allemande, depuis 1966 et le travail

[27] Lors des trois dernières années (1985, 1986, 1987), 1208, 1232 et 1246 procédures pénales classées après information, pour 718, 639 et 580 ordonnances de condamnation (émanant du Procureur général ou d'un juge d'instruction); source: Rapport de gestion du Conseil d'Etat, informations complétées par l'auteur. Certes les décisions en opportunité ne représentent pas la majorité de ces classements. Il est impossible de donner un chiffre des classements avant information, qui n'englobe pas des décisions de ne pas donner suite à une plainte ou dénonciation sans substance. En France, d'après PRADEL, Procédure pénale, p. 456, un tiers environ des plaintes sont classées sans suite.

[28] Cf. DRIENDL/MARTY, p. 456, à propos de la pratique bâloise, particulièrement libérale en matière de consommation de stupéfiants. Cf. également ci-dessus, I, II, *ad*, n. 17

[29] Cf. DRIENDL/MARTY, p. 457 et ci-dessus, II, III, 14.

fondateur de KRÜMPELMANN [30] pourraient être passées en revue; qualité et quotité de la peine-menace, importance du dommage et/ou de la faute [31]. Le sociologue sera plus attentif à la fréquence de l'infraction; le fin dogmaticien, à l'illicéité matérielle. De manière outrancièrement simplificatrice, on peut également associer bagatelles et contraventions au sens de l'art. 101 CPS. Une attitude purement *nominaliste* nous paraît préférable, du point de vue de l'économie des ressources de l'auteur et du lecteur. Elle consiste à inverser la démarche et à qualifier bagatelles ce que le législateur, les autorités de poursuite ou de jugement, dans leur domaine de compétence spécifique, considèrent comme susceptibles de mériter un traitement différent de la délinquance soumise au régime ordinaire de procédure et de droit de fond [32]. De ce fait, les questions à discuter se formulent en termes simples, même si les réponses qu'elles appellent méritent une ample réflexion:

- se justifie-t-il de détacher les bagatelles des infractions «ordinaires» et d'instaurer pour elles un droit spécial?
- dans l'affirmative, quelle solution est préférable?

14. Le rapporteur de langue allemande apportait, l'année passée, une réponse clairement négative à la première question, sous l'angle de l'administration de la justice civile [33]: on ne remédierait pas à la surcharge de cette dernière par l'instauration d'une procédure particulière réservée aux bagatelles. Contrairement à ce que l'on pourrait imaginer, cette attitude n'est pas étrangère au débat pénal. La Direction de la justice zurichoise l'a bel et bien adoptée lorsque, dans son projet de Code de procédure pénale, elle a retiré des circonstances permettant à l'autorité de poursuite ou de jugement de renoncer à la poursuite ou à la peine, les infractions de peu de gravité, que la commission d'experts avait fait figurer sur sa liste [34]. Le refus de critères objectifs, chez les auteurs qui admettent dans son principe la pratique du classement, procède d'une volonté similaire de ne pas créér de *catégorie* de bagatelle: comme l'écrit à juste

[30] KRÜMPELMANN, Das Bagatelldelikt, Berlin, 1966. La définition de cet auteur est encore reprise, par exemple, par HEDIGER, avant d'être peu à peu considérée comme périmée, surtout après la réforme du StPO allemand de 1975; cf. BECKMANN, p. 27.

[31] HAUSER, Bagatellkriminalität, p. 297 ne retient que ces deux catégories.

[32] Dans ce sens, KUNZ, Einstellung, pp. 28–29; HOHENDORF, p. 1178.

[33] P. MARTIN, p. 136.

[34] Cf. SCHMID, Wirtschaftskriminalität, p. 388

titre BÄNZIGER, le principe de l'opportunité peut également servir à ne pas mobiliser la justice pénale pour les affaires d'une certaine gravité[35]. Par sa nature même, le choix d'un critère d'appréciation subjectif la sélection des affaires emporte refus d'un «droit des bagatelles». Notre ralliement à cette option implique que le débat que nous avons la responsabilité d'introduire ne se résume pas pour nous à la recherche des caractéristiques idéales d'un tel droit. Cela n'empêche pas de comparer les solutions offertes par le principe de l'opportunité de la poursuite avec celles d'autres institutions de procédure pénale ou de droit de fond.

C. Alternatives au classement

15. Une fois admise, fût-ce sous d'importantes réserves, la nécessité de rationaliser le travail et le rendement de la justice pénale, la question du choix des moyens reste ouverte. La Recommandation R (87) 18 ne propose pas de hiérarchie entre les divers types de mesures envisagées, qu'elles relèvent du droit de forme, comme le recours au principe de l'opportunité des poursuites, les procédures sommaires, les procédures simplifiées, la transaction ou la simplification de la procédure juridictionnelle ordinaire ou du droit de fond, comme la décriminalisation, qui n'est pas traitée dans ce document de manière approfondie, pour l'avoir été sept ans auparavant sous le même toit[36]. La doctrine, et singulièrement la doctrine suisse, n'hésite en revanche pas à énoncer des priorités. Par réticence envers les disparités intercantonales résultant de solutions procédurales ou par conviction profonde que les problèmes peuvent et doivent être résolus de la manière la plus transparente possible, les auteurs suisses se prononcent, dans leur majorité, pour des solutions *matérielles*[37]. Ce choix s'inscrit dans la tradition de

[35] BÄNZIGER, pp. 300–301, qui donne l'exemple d'une procédure concernant un accident ayant coûté la vie à 22 personnes; malgré cela le dossier a été classé en opportunité en 1976, par le Tribunal du Land de Schleswig-Holstein.

[36] Cf. le célèbre Rapport sur la décriminalisation. Strasbourg, 1980. Voir quand même ch. II, a, 1 et le préambule de R (87) 18, qui recommande «une meilleure définition des priorités dans la conduite de la politique criminelle, tant en ce qui concerne la forme que le fond».

[37] Cf. déjà PFENNINGER, Legalität, p. 137; puis, HAUSER, Bagatellkriminalität, p. 308; BECKMANN, 1982, p. 175 et, tout récemment, KUNZ, Leitlinien, p. 64 et RIKLIN *et al.*, p. 38. Les derniers auteurs cités soutiennent de ce point de vue l'AP SCHULTZ, qui choisit le même ordre de priorité, cf. art. 53–55 AP et

l'hostilité ou des fortes réserves marquées à l'endroit du principe de l'opportunité. L'alternative la plus proche à ce dernier consiste néanmoins en une institution, elle aussi procédurale, qui a connu un essor remarquable durant les dernières décennies: l'ordonnance pénale.

a) L'ordonnance de condamnation et la transaction

16. On regroupe sous la première appellation toutes sortes de procédures qui présentent la caractéristique commune de permettre à un magistrat ou à un agent de l'administration de proposer à l'auteur présumé d'une infraction de clore la procédure en se soumettant à une peine privative de liberté ou à une amende. En cas d'opposition du prévenu, la procédure ordinaire suivra son cours ou sera engagée. Il n'est pas facile de décrire de manière plus précise l'institution et d'en circonscrire le champ d'appellation exact. Une extrême confusion terminologique[38] existe en effet, aggravée par les contextes cantonaux différents[39]. Une clarification est toutefois nécessaire. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe traite en effet parallèlement, tout en s'efforçant de les distinguer, les «procédures simplifiées dans les affaires mineures en raison des circonstances»[40] et les «transactions»[41]. La distinction peut

Bericht, pp. 111, 135, dans lequel il se montre très sévère envers une solution procédurale à la manière du § 153a StPO allemand, «rechtsstaatlich höchst bedenklich».

[38] Cf. CLERC, Ordonnance pénale, p. 415. Nous emploierons indifféremment les expressions «ordonnance pénale» et «ordonnance de condamnation». Elles englobent ici également les «mandats de répression» prévus par certaines législations cantonales. Les tentatives de distinctions à l'intérieur de cet ensemble demeurent en effet insatisfaisantes. Le meilleur exemple est celle qui est établie entre *Strafbefehl et Strafverfügung* (par exemple, HAUSER, Kurzlehrbuch, pp. 245–249) qui s'explique par les particularités du droit zurichois (cf. AEPPLI, pp. 21–22), mais dont la généralisation n'est guère convaincante.

[39] Nous disposerons bientôt d'une monographie par canton. Parmi les plus récentes, signalons J. D. MARTIN; LÄMMLI, et OBERHÄUSLI, Die Gestaltung des Strafverfügungsverfahrens nach der StPO des Kantons Thurgau, thèse Zürich, 1985.

[40] Par opposition à la troisième catégorie de procédures sommaires ou simplifiées, visant les «infractions mineures par nature», soit celles «pour lesquelles l'élément matériel prime l'élément moral (intention coupable) (R (87) 18, ch. II, a, 1–2). Cette alternative à l'opportunité de la poursuite nous paraît mélanger le fond et la forme, puisqu'il y a à la fois «décriminalisation» (cf. ci-dessous, D) et simplification de la procédure.

[41] Dans notre terminologie: transaction ordinaire, ou transaction au sens large; cf. R (87) 18, ch. II, b et c.

paraître artificielle aux juristes suisses qui utilisent le terme transaction pour désigner les procédures simplifiées qui présentent les mêmes caractéristiques que les ordonnances pénales; la LF sur les amendes d'ordre du 24 juin 1970 en offre le meilleur exemple sur le plan fédéral[42], et certains cantons choisissent la même présentation[43]. Or, c'est *autre chose* que l'organisme faîtier européen avait en vue: les «procédures sans jugement», qui voient «le Parquet renoncer à requérir une condamnation pénale véritable et se contenter d'imposer le paiement d'une somme relativement modique»[44]. Les pays du Benelux proposent les meilleurs exemples de telles procédures[45]. Celles-ci répondent certes à un même impératif que les procédures simplifiées – et d'ailleurs que les pratiques d'opportunité de la poursuite: «la résorption de l'arriéré judiciaire tant décrié d'une part et l'instauration (...) d'une politique criminelle réaliste»[46]. Une différence essentielle tient au fait que la transaction, qui éteint l'action publique, ne peut être revêtue de l'autorité de la chose jugée[47], puisqu'elle n'est pas un jugement. En revanche, l'ordonnance de condamnation est assimilée, par une jurisprudence constante, à un jugement[48]. De ce fait, elle a l'autorité de la chose jugée, même si cette dernière est relative[49].

17. La transaction et l'ordonnance pénale sont des mesures concurrentes, plutôt que complémentaires, de résoudre les

[42] Cf. le rapprochement de l'amende d'ordre et de la transaction, en raison du caractère «civiliste» de la procédure chez PIQUEREZ, p. 278. Mais, une nouvelle fois, la terminologie fluctue; ainsi, HEIM assimile, p. 8, l'ordonnance pénale (art. 11 CCP NE) à une transaction!

[43] Ainsi, l'art. 16 CPP NE parle de transaction lorsque «les agents de la police judiciaire (perçoivent) immédiatement l'amende (...) pour une infraction à des dispositions administratives ou de police, qui ne cause pas de dommages corporels, ni de dommages matériels importants». Voir aussi l'amende forfaitaire du droit français (art. 529 à 530-2 CPPF).

[44] Cf. CLOSE, p. 49.

[45] Loi belge du 28 juin 1984; loi néerlandaise du 1er mai 1983. Voir, outre CLOSE, SCREVENS, pp. 102–103, et Exposé des motifs de R (87) 18, p. 30.

[46] CLOSE, p. 69.

[47] Références aux travaux préparatoires et à la jurisprudence belge, chez CLOSE, p. 61.

[48] ATF 100 IV 248; et, dans les cantons, ZR 1958, no 145; BJP 1981, no 47 (FR); BJP 1987, no 313 (NE).

[49] Cf. LÄMMLI, pp. 244 ss.; HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 246; PIQUEREZ, Précis, p. 475. Scepticisme chez CLERC, Ordonnance pénale, pp. 422 ss. La notion d'«autorité relative» est discutée, cf. HAUSER, Kurzlehrbuch, pp. 240 et 279 ss.

problèmes de rationalisation du fonctionnement de la justice pénale, ainsi que le montre l'exemple belge. Dans ce pays, la faveur que connaît la transaction semble condamner l'ordonnance; celle-ci n'offre pas davantage de garanties, tout en posant des problèmes plus délicats de compatibilité avec les principes généraux de procédure[50]. La loi de 1984 a également pour vocation de réduire l'importance du classement; mieux, «elle permettra de renoncer à une politique de ‹sans suite› qui, dans la situation actuelle d'inflation législative et d'encombrement à tous les niveaux de l'action répressive, pourrait devenir injuste et désordonnée»[51]. La généralisation de l'ordonnance pénale ne peut avoir en Suisse une telle ambition; classement en opportunité et ordonnance de condamnation coexistent dans les cantons qui connaissent la première institution. Cette complémentarité s'explique par des champs d'application en partie distincts.

18. Il faut tout d'abord préciser que l'importance quantitative des deux institutions est sans commune mesure. Si l'on fait exception de Genève, le classement en opportunité apparaît presque comme une activité accidentelle des autorités de répression. Il en va tout autrement des procédures d'ordonnances pénales; certes, leur fréquence d'application varie considérablement[52], mais il est indiscutable qu'à l'exception de Genève, et, dans une moindre mesure de Neuchâtel, les deux institutions ne peuvent être placées sur le même plan concret.

Cette disparité s'explique par le fait que l'ordonnance pénale couvre un champ plus large que le principe de l'opportunité de la poursuite, sous deux angles au moins: elle n'est pas le monopole de l'autorité de poursuite et elle offre une palette de réactions plus étendue.

[50] CLOSE, p. 50 parle d'un «enthousiasme limité».

[51] Avis rendu par le Commissaire royal à la demande du Ministre de la justice, cité par CLOSE, p. 69. Sur un plan international, à propos des rapports entre transaction et nonpoursuite motivée en opportunité, TAK, pp. 4–5.

[52] Comparer par exemple AG (plus de 20000 ordonnances en moyenne par année) et VD (4000 environ), pour une population résidente et pénale assez semblables (1986: 4440 condamnations enregistrées au casier judiciaire dans le canton de VD, et 5234 en AG; la différence provient essentiellement des infractions routières: 1841, respectivement 2136 condamnations, source: Annuaire statistique de la Suisse, 1989). DRIENDL/MARTY ont dressé un tableau général des pratiques cantonales en matière d'ordonnance pénale, pp. 420 ss.

19. La compétence de prononcer les ordonnances de condamnations est partagée, dans les législations cantonales, entre l'autorité de poursuite et celle de l'instruction [53]. Cette dernière est même majoritairement compétente, en particulier dans les cantons alémaniques [54]. Les quatre cantons romands qui connaissent le classement en opportunité proposent un tableau contrasté: c'est le Ministère public qui est compétent à Neuchâtel (art. 11) alors que le juge d'instruction peut seul prononcer l'ordonnance de condamnation dans le canton de Vaud (art. 265); dans le canton de Genève, les deux autorités peuvent concurremment infliger une ordonnance pénale (art. 218). Il est logique, étant donné que le propos consiste à alléger le travail de l'autorité de poursuite, de ne pas reporter la charge compensatoire sur cette seule autorité et de répartir cette charge, ou même de la transférer à un autre magistrat.

20. La Recommandation R (87) 18, souple à bien des égards, est stricte sur un point: «Les sanctions infligeables par voie d'ordonnance de condamnation devraient être limitées aux sanctions pécuniaires et à la déchéance de droit, à l'exclusion de toute peine privative de liberté» [55]. Cette prescription n'est appliquée en Suisse que par une petite moitié des cantons. Si l'on est en effet, fondamentalement «hostile à l'idée d'élever le gendarme à la dignité du juge» [56], hostilité qui explique l'importance réduite des procédures accélérées dans notre pays [57], les législateurs cantonaux n'ont pas craint de confier aux autorités de poursuite ou d'instruction la compétence d'infliger une peine privative de liberté, et cela sans égard au statut administratif de cette autorité.

21. Les législations récentes sont mêmes, en règle générale, plus audacieuses que les textes plus anciens. Ainsi, c'est le StPO nidwaldien, datant de 1976 qui va le plus loin, avec une peine

[53] Sans parler des cas, comme celui du JU, dans lesquels le mandat de répression est confié au juge unique (art. 257).

[54] Cf. DRIENDL/MARTY, p. 464. Entre autres cantons, SG, art. 128; SH, art. 179 a; SO, § 134.

[55] Ch. II, c, 3.

[56] CLERC, Ordonnance pénale, p. 418.

[57] Sur ce point et à propos de la différence entre procédures accélérées et procédures conduisant à une ordonnance de condamnation, CLERC, Procédures accélérées.

maximale d'un an d'emprisonnement[58]. Les révisions argovienne de 1977[59] et genevoise de 1984[60] autorisent, plus modestement, une condamnation à une sanction privative de liberté.

La non-prohibition de la privation de liberté contribue à renforcer le rôle de l'ordonnance pénale. Celle-ci est une véritable sanction, ce qu'une décision de classement n'est en principe pas. Peut-être un certain mimétisme et la volonté de rapprocher les deux termes de l'alternative offerte au législateur, puis au juge, expliquent-ils l'affirmation de décisions couplées, associant renoncement à la poursuite et charges ou conditions. Ce développement peut soulever quelques objections au regard des garanties procédurales, et singulièrement de la compatibilité avec la CEDH; il pose surtout un problème aigu d'un point de vue de politique criminelle. Nous y reviendrons donc[61].

22. L'ordonnance de condamnation et le classement en opportunité diffèrent par les conséquences qu'ils entraînent et par les acteurs qu'ils mettent en scène. Considérées avec recul, les deux institutions sont toutefois proches, comme le prouve l'interchangeabilité de certaines de leurs modalités. L'art. 11 CPP NE offre un exemple frappant du phénomène: il interdit au Ministère public de décerner un mandat de répression «s'il a été saisi par une plainte contenant des réclamations civiles que le lésé se propose de faire valoir devant le juge pénal et dont celui-ci peut connaître» (ch. 3)[62]. On reconnaîtra ici, dans son esprit, le principe du droit français, qui permet à la partie civile d'obliger le Ministère public à ouvrir l'action publique.

[58] 94, *cum* art. 20 Gerichtsgesetz. Il faut cependant noter que l'approbation du Tribunal de police est nécessaire.

[59] § 5: le préfet de district est compétent pour ordonner une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à trente jours.

[60] Art. 218: peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à trois mois d'emprisonnement, Idem, Art. 171 bis TI, en vigueur depuis le 1er septembre 1988.

[61] Conclusion, ch. B.

[62] Le CPP JU va encore plus loin, à son art. 222, ch. 4: la procédure simplifiée est exclue, non seulement «lorsque la plainte renferme une réclamation civile ou en laisse entrevoir une», mais également «lorsqu'une réclamation civile doit être envisagée d'après la nature du cas». L'art. 257 ch. 2 du projet de mai 1986 retient une solution plus modérée, très proche de la neuchâteloise. A l'inverse, aux termes de l'art. 218, ch. 3 CPP GE, le Procureur général ou le juge d'instruction «statue (dans le cadre de la décision sur ordonnance de condamnation) sur les demandes de la partie civile, sauf à réserver les droits de celle-ci».

b) Décriminalisation, dépénalisation, déclassement

23. Peu de notions de politique juridique ont fait l'objet d'un débat terminologique aussi intense et, par moment, aussi absurde que celles qui servent à désigner des processus tendant à réduire ce que J. CARBONNIER appelle la «pression juridique»[63] sur un comportement donné. M. VAN DE KERCHOVE a heureusement déblayé le terrain, en tout cas pour le vocabulaire français. Nous retiendrons ici ses définitions: la décriminalisation est le «processus tendant non seulement à la suppression de l'application de toute sanction pénale à l'égard d'un comportement déterminé, mais encore à la suppression de sont statut (...) d'infraction pénale»; la dépénalisation est «le processus générique tendant à réduire l'application de sanctions pénales à l'égard d'un comportement déterminé»[64]. On distinguera encore entre dépénalisation «objective», c'est-à-dire générale et abstraite, et «subjective», donc individualisée[65]. Enfin, on s'efforcera de ne pas mélanger processus de droit et de fait, les seconds présentant la caractéristique d'intervenir sans «aucune modification dans la compétence juridique du système (pénal)»[66]. Le fait de s'attarder sur le sens des mots ne signifie pas encore que l'on s'entende sur leur application aux phénomènes étudiés. Ainsi, alors que le rapport du Conseil de l'Europe de 1980 qualifie «le résultat du pouvoir d'appréciation exercé par le Ministère public, dans les systèmes fondés sur l'opportunité de la poursuite» de décriminalisation de fait[67], M. VAN DE KERCHOVE préfère parler de dépénalisation de droit, puisque c'est le législateur qui fixe les limites de l'application de la loi et, donc, de la «compétence du système pénal pour sanctionner un comportement déterminé»[68].

24. La panoplie des notions serait incomplète si nous n'y ajoutions pas le phénomène généralement qualifié correctionnalisation et qui nous préférons appeler, sans vouloir créer un jeu de mots, déclassement[69]. Il s'agit de la possibilité, pour l'autorité

[63] CARBONNIER, Flexible droit 3e éd., Paris, 1976, p. 21.
[64] VAN DE KERCHOVE, Droit sans peines, p. 311.
[65] *Ibidem*, p. 321.
[66] *Ibidem*, pp. 323–324.
[67] Raport sur la décriminalisation, p. 14.
[68] VAN DE KERCHOVE, Droit sans peines, p. 326.
[69] Terminologie proposée et défendue de manière convaincante par RASSAT, p. 235.

chargée de clore la phase préliminaire par le renvoi du prévenu en audience de jugement, de sous-qualifier le comportement de ce dernier, de manière à lui éviter le passage devant la juridiction compétente pour les infractions les plus graves, au bénéfice d'une juridiction chargée des délits de gravité inférieure. Ces pratiques de déclassement correspondent à une ancienne tradition française, explicable avant tout par la rigidité du Code pénal de 1810, qui connaissait des peines-menaces strictement déterminées et ne reconnaissait pas les circonstances atténuantes. La Cour de cassation genevoise a clairement pris position sur les rapports entre cette pratique et le principe d'opportunité [70]. Etant donné que «le principe de l'opportunité ne trouve pas sa seule application dans le classement, mais aussi dans la renonciation à poursuivre une partie des infractions qui pourraient être retenues ou encore dans l'abandon d'aggravantes qui pourraient être reprochées» [71], le principe de l'opportunité doit, aux yeux de la Cour, «primer le droit à la disqualification, puisqu'ils permettent au Procureur géneral (...) de mettre certains faits ou certaines circonstances à la condition que ce qu'il retient soit qualifié conformément au droit fédéral» [72].

25. Au-delà des étiquettes, certes essentielles pour assurer un échange rationnel d'arguments, il reste que les phénomènes de décriminalisation et de dépénalisation engagent le débat dans une direction opposée à la précédente. L'instauration ou la généralisation de l'ordonnance pénale ne diminuaient pas nécessairement la pression juridique sur un comportement donné. Elles répartissaient mieux la responsabilité de cette pression et la diversifiaient. En revanche, il s'agit bien d'aller, par la décriminalisation ou la dépénalisation, en tous cas aussi loin, et souvent plus loin, qu'il n'est possible de le faire par la pratique du classement en opportunité. Celui-ci comme celles-là ont pour vocation commune la concrétisation du principe de la proportionnalité [73].

Comme le constante en effet J. DRIENDL la majorité des infractions classées en opportunité dans les cantons suisses considérés, auraient, en RFA, été traités en application de la loi de

[70] Arrêts Rouag du 30 avril 1981 et Baudraz du 20 décembre 1983, ce dernier publié dans SJ 1984, p. 479.
[71] Arrêt Rouag, pp. 18–19, passage reproduit SJ 1984, p. 481.
[72] Arrêt Baudraz, SJ 1984, p. 482.
[73] Cf. ci-dessus, I, VI, 18–19.

1968 sur les «infractions réglementaires»[74]. Cette législation était supposée faire œuvre de décriminalisation. A en croire la jurisprudence européenne, c'est plutôt de dépénalisation qu'il faudrait parler[75]. Le Code pénal autrichien de 1975 instaure également une dépénalisation, en autorisant l'exemption de peine en présence d'un «intérêt insuffisant à la punissabilité»[76]. Le champ d'application de la disposition est plus large que celui de la majorité des dispositions procédurales suisses instaurant la possibilité de classer[77].

26. Il vaut la peine de s'arrêter un peu sur le cas de la RFA, pour observer les relations plus complexes qu'on ne pourrait l'imaginer entre dépénalisation et évolution du principe et des pratiques d'opportunité. Le droit allemand des infractions réglementaires, c'est une de ses caractéristiques fondamentales, est régi largement par ce dernier principe[78]. On pourrait imaginer qu'une conséquence de la dépénalisation par transformation d'infractions pénales en infractions réglementaires serait la réduction du champ d'application, *de jure* comme *de facto,* du principe de l'opportunité en droit pénal ordinaire. Or, c'est le contraire qui s'est produit. Les deux mouvements – dépénalisation et application plus soutenue du principe d'opportunité – se sont développés en parallèle[79]. L'image des vases communicants ne rend donc pas compte de l'évolution.

27. L'exemple allemand pourrait bien indiquer que l'alternative dépénalisation/opportunité, sous les trait de laquelle on résume si souvent en Suisse les choix de politique législative, n'en est pas une. Il montre que les deux courants sont complémentaires et ne peuvent apporter une satisfaction qu'à la double condition d'être bien maîtrisés, d'où l'importance des critères de mise en œuvre, et de répondre à une volonté politique clairement énoncée. C'est donc à la dimension de politique criminelle du débat que nous consacrerons nos derniers développements.

[74] Terminologie empruntée à MATTES, La réforme du droit des infractions réglementaires de la RFA, RIDP 1967, pp. 438 ss., pour désigner l'*Ordnungswidrigkeitsgesetz* du 24 mai 1968.

[75] Cf. Cour eur. D. H. arrêt Oeztürk du 21 février 1984, Série A, no 73, ch. 49 et 53, pp. 18 et 20–21; Comm. eur. D. H., rapport dans l'affaire Lutz du 18 octobre 1985, ch. 35–42, Série A, no 123, pp. 32, 34.

[76] § 42 StGB, traduction libre de la «mangelnde Strafwürdigkeit der Tat».

[77] Cf. DRIENDL, pp. 27 ss.

[78] GOEHLER, Ordnungswidrigkeitengesetz, 4e éd., München, Beck, 1984, p. 258; HERTWIG, pp. 260–261.

[79] Cf. la démonstration de RIESS, p. 2.

Conclusion

A. Recherche criminologique et évolution du principe de l'opportunité

1. Dans les chapitres précédents, nous avons cherché à analyser l'influence exercée sur les politiques de poursuite par divers mouvements, qui, à l'origine, leur semblaient étrangers: revendications en faveur des victimes, approche économiste du fonctionnement de la justice pénale. Il est un pan de la recherche consacré au système pénal qui a sans doute affecté plus directement encore les conceptions dominantes en la matière: il s'agit de la chasse à la *criminalité réelle*. Cette chasse a été ouverte lorsqu'ont été remises en cause les tranquilles assurances sur lesquelles (se) reposait la criminologie. Dès les années cinquante, une évidence s'est peu à peu imposée: on ne peut se contenter de traiter comme des objets en soi la délinquance légale, soit les condamnations prononcées par les tribunaux, et la délinquance apparente, soit les infractions portées à la connaissance des autorités pénales. Ces deux agrégats ne revêtent une véritable signification qu'à condition d'être rapportés à la délinquance effective. D'où la recherche puis la mise au point d'instruments de mesure toujours plus sophistiqués pour obtenir une image de cette dernière [1].

2. La révélation de ces vérités oubliées depuis un demi-siècle [2] ne pouvait rester sans effets sur l'appréciation de la pertinence

[1] Etudes de victimisation, recherche sur la délinquance auto-reportée, etc.

[2] A la fin du XIXe siècle, époque de naissance de la criminologie classique, le débat sur le but et les moyens de cette discipline a été fort riche. Le mémoire de MANOUVRIER présenté en 1892 au IIème Congrès d'anthropologie criminelle, posait quelques «Questions préalables dans l'étude comparative des criminels et des honnêtes gens»; il décrivait avec une rigueur exemplaire les problèmes d'observation et d'élaboration statistique, qui affectent la crédibilité d'une politique criminelle insensible à ces problèmes; cf. le mémoire republié, in: Déviance et Société 1986, pp. 209 ss.

des thèses légalistes et opportunistes. La découverte de l'importance, abstraite et concrète, du chiffre noir font peser sur le légalisme de la poursuite un soupçon d'idéalisme naïf. Comment, en effet, postuler une répression sans faille, quand il peut être prouvé, ou du moins fortement présumé, que les tribunaux ne touchent que le cinq ou le dix pour cent de la criminalité réelle, pour certaines infractions? Pour le moins, le propos devrait être reformulé et l'argumentation, se déplacer sur le terrain de l'aspect proclamatoire de la répression. Il ne s'agirait plus d'affirmer que toutes les infractions sont poursuivies, mais que toutes peuvent l'être, quelles que soient les circonstances. Le respect de l'égalité de traitement devient le souci central. Toutefois, l'illusion de la répression parfaite tombe complètement, et le travail du légaliste consiste à fixer «un seuil minimum» de répression, en-deçà duquel ses thèses perdent leur crédibilité [3]. Pour le surplus, le scepticisme instillé par les recherches criminologiques mettant en relief le fossé statistique entre délinquance légale et délinquance réelle doit atténuer les contrastes entre les deux types d'attitudes des autorités de poursuite. L'effet déstabilisateur des coutumes dérogatoires se dédouble: l'impuissance statistiquement établie des autorités de poursuite affecte tout autant la loi pénale que leur inertie volontaire.

3. Le principe de l'opportunité est donc manifestement renforcé par les enseignements de la recherche empirique. Son succès même, toutefois, le met en péril. Il menace de le transformer en une institution qui, tout en restant formellement confinée à la phase préliminaire du procès, forme un élément important du droit des sanctions. Il est sans doute légitime de parler d'une «politique criminelle du Ministère public» [4]. Il reste à en fixer les limites.

B. Une politique sanctionelle?

4. De tout temps s'est posée la question des rapports entre le classement et les instruments de politique criminelle qui relèvent de la sanction. Ainsi, dès la naissance de la probation aux Etats Unis et du sursis en Europe continentale, la délimination des champs respectifs de la *prosecutorial discretion* ou de la

[3] Cf. ZIPF, p. 496; ROTHENFLUH, Dauer, p. 379.
[4] Titre de l'article de DU JARDIN.

non-poursuite, d'une part, et de ses dernières institutions, d'autre part, a été l'objet de controverses. Appartenait-il à l'autorité de poursuite d'établir le pronostic favorable qui permettra la suspension de la condamnation (probation) ou de l'exécution de la peine (sursis)[5]? C'est en tout cas très tôt que s'est profilée la menace d'un empiétement du ministère public dans le domaine réservé au juge, qui est au cœur des débats contemporains.

5. La «concurrence» ne touche pas que le juge. Ainsi, dans deux systèmes d'une dimension aussi différente que la France ou le canton de Vaud, le classement a-t-il été considéré comme une sorte d'anticipation de la grâce, en tant que «correctif d'une situation juridique exceptionnelle»[6]. «Au pardon qui, sous forme de grâce, intervient après la condamnation, ne faut-il pas ajouter un autre pardon qui, se plaçant avant la poursuite, paralyserait celle-ci sous la condition d'une bonne conduite du délinquant?»[7], se demande un spécialiste. Les phénomènes d'osmose entre les diverses phases de la répression n'ont rien d'étonnant[8]. Ils sont même rassurants: la politique criminelle ne forme-t-elle pas un tout, et n'est-elle pas censée répondre à des objectifs partagés par l'ensemble des agents du système (ch. 6)? Toutefois, ils recèlent des dangers qui accompagnent tous les mélanges de genre (ch. 7–13).

6. On sait que la peine a essentiellement pour vocation la rétribution de la faute, alors que son exécution vise la resocialisation du condamné. La Suisse a peu été touchée par la remise en cause, «*fast modisch*»[9], de ces axiomes, dont la rigueur est toutefois tempérée par la prise en compte toujours plus active des impératifs de prévention spéciale au stade de la fixation de la peine déjà[10]; il s'agit là d'une extension du modèle de raisonne-

[5] Cf. SCHNEIDER, pp. 118 ss., très complète; plus allusif, O. A. GERMANN, Legalitätsprinzip, p. 12.

[6] Cf. directive du Procureur général du canton de VD, publiée in: BJP 1951, p. 93; voir aussi TREYVAUD, pp. 16 et 105.

[7] ROLAND, Le ministère public, agent non seulement de répression, mais de prévention, JCP 1957 I, 1342, cité par PRADEL, Procédure pénale, p. 407.

[8] Cf. ci-dessus, I, VI, n. 39.

[9] SCHULTZ, Bericht, p. 3.

[10] Art. 46, ch. 3 AP SCHULTZ: «La peine (...) sera inférieure (à la culpabilité), lorsque l'on peut prévoir qu'une peine moins sévère détournera la condamné de commettre toute nouvelle infraction.»

ment qui fonde l'institution du sursis, complément inspiré par la prévention spéciale à une décision de nature rétributive.

7. L'exemple du sursis montre que la répartition des vocations n'est pas stricte et que le souci de resocialisation, ou de non-désocialisation, peut habiter légitimement l'ensemble des étapes du processus pénal. Il est implicitement présent dans l'énoncé du principe et la mise en œuvre concrète de l'opportunité de la poursuite. Il devient parfois explicite dans les législations récentes. Ainsi, lorsque l'art. 36, ch. 1 EIMP réserve le renoncement à la poursuite en Suisse au bénéfice d'une extradition entraînant une poursuite à l'étranger, dans l'intérêt du reclassement[11]. Un exemple particulièrement clair est fourni par les mécanismes mis en place en France à partir de 1970: le Code de la santé publique assortit la suspension de la poursuite de l'injonction de subir une désintoxication ou de se placer sous surveillance médicale[12]. Le même type de réglementation a été adopté en Suisse, à une échelle beaucoup plus modeste, par la révision de 1975 de la LStup; toutefois, seul le public restreint des «purs consommateurs» est visé[13]. Au couple classique sanction-soins[14] se substitue, ici comme là, une association absence (provisoire) de sanction-thérapie. De manière plus générale, l'existence d'alternatives à la réaction pénale ordinaire est un encouragement á la reconnaissance de la nécessité du principe d'opportunité. Que signifie le choix prétendument offert à l'autorité, si elle est tenue par une obligation de poursuivre ou de sanctionner? Le droit des mineurs illustre le phénomène, et les options du législateur suisse de 1971 manifestent, de ce point de vue, un souci de cohérence.

8. La jurisprudence elle-même n'est pas insensible à l'application optimale du *nil nocere* par le classement. Ainsi, lorsque la décision est motivée par le «risque qu'une condamnation publique peut faire courir à la nouvelle situation profession-

[11] Disposition faisant pendant à l'art. 37, ch. 1 EIMP, analysé ci-dessus, II, IV, 12. Dans le même esprit, la clause générale de l'art. 38 CPP SH prévoit la possibilité de classer lorsque le jugement ou la condamnation ne sont pas requis sous l'angle de la prévention spéciale.

[12] Art. 628 L-1. voir STEFANI *et al.*, p. 584.

[13] BO CN 1974, 1454; ATF 108 IV 196.

[14] Cf. le régime du dualisme représentatif, qui prévoit la suspension de l'exécution de la peine aux fins de permettre l'application de la mesure (art. 43, ch. 2 et 44 ch. 1 CPS).

nelle (du prévenu)» alors même «qu'il risque (...) tout au plus la condamnation à une peine privative de liberté assortie du sursis» [15]. Les tenants les plus convaincus de l'idée de non-désocialisation peuvent toutefois critiquer, sous cet angle même, le classement intervenu après l'ouverture de la poursuite: la réhabilitation qu'il énonce est incomplète, en raison des conditions de son prononcé et de ses effets juridiques (absence d'autorité de chose jugée) [16]. Le débat renvoie à la question du droit à être jugé et acquitté [17], dont l'enjeu n'est ni théorique, ni strictement procédural.

9. Une conséquence logique de la reconnaissance de la qualité d'instrument de politique criminelle au classement est d'admettre que ce dernier soit assorti de compléments qui fassent sentir au prévenu la réprobation suscitée par son acte ou lui indiquent la voie à suivre pour la resocialisation. La première vocation implique que de véritables sanctions accompagnent la décision; la seconde devrait en principe se limiter à des processus plus légers ou plus souples. L'une et l'autre prêtent à discussion.

10. La première voie a été suivie à Genève et, dans une moindre mesure, dans les deux Bâle. Le classement assorti d'une amende a été longtemps pratiqué à Genève, sans base légale. Outre ce vice formel, il présentait deux défauts: l'obligation pécuniaire en elle-même ne pouvait pas être attaquée, seule la décision dans son ensemble pouvant l'être; et, surtout, le paiement de l'amende pouvait objectivement être considéré comme une reconnaissance de culpabilité [18]. L'adoption de l'ordonnance de condamnation en 1984 a conduit à l'abandon de cette pratique. En revanche, le classement avec réprimande ou avertissement existe toujours; il est également appliqué dans les deux demi-cantons bâlois.

Si l'on fait abstraction du débat sur la base légale [19], ce couple est beaucoup moins contestable que le précédent: la sanction est moins lourde; partant, d'un point de vue de politique criminelle,

[15] OCA no 116, du 24 juin 1983, p. 7.
[16] KUEHL, pp. 80 ss.
[17] Ci-dessus, I, V, B, a.
[18] OCA no 116, du 24 juin 1983, p. 5: «L'inculpé a d'ailleurs versé au Ministère public Frs. 4000.– d'amende, ce qui démontre qu'il admet sa culpabilité.»
[19] Elle existe dans la législation des deux Bâle: § 216, ch. 2 BS; § 201, ch. 4 BL.

les risques de confusion avec l'ordonnance pénale sont moindres. Le principe même d'une décision mixte en mains de l'autorité de poursuite n'en présente pas moins des ambiguïtés, que nous retrouvons, à l'origine d'un débat fort intense, en RFA.

11. Une des innovations essentielles de la réforme de 1975 a en effet consisté à autoriser le ministère public à assortir son renoncement à la poursuite de règles de conduite et de charges *(Weisungen* et *Auflagen)* énumérées exhaustivement au ch. 1 du § 153 a [20]. La distinction entre règles de conduite et charges et les types de prestation relevant des deux catégories, est empruntée à la réglementation du sursis (§ 56 StGB). Cet aspect de la réforme est sans doute celui qui a suscité les critiques les plus vives, sur deux plans: compatibilité avec les principes de l'ordre constitutionnel; cohérence d'un point de vue de politique criminelle.

12. C'est à la lumière de l'art. 92 de la loi fondamentale allemande que la constitutionnalité du § 153 a est mise en doute. Le pouvoir de juridiction *(rechtsprechende Gewalt)* est dévolu au juge. L'imposition de sanctions pénales relève de la juridiction. La question est de savoir si les charges qui peuvent être assignées au prévenu sont des sanctions. La Cour constitutionnelle de Karlsruhe a répondu par anticipation en 1967, en définissant la sanction par deux critères: constatation de la culpabilité et l'intraduisible *«autoritatives Unwerturteil»* [21]. Ces caractéristiques sont absentes de la décision prise en application du §153 a: la disposition est donc constitutionnelle [22].

13. Etablir sa cohérence d'un point de vue de politique criminelle est plus difficile [23]. Convaincre un pénaliste suisse serait même impossible, si l'on en croit la critique au scalpel rédigée

[20] Trois charges: prestation compensatrice du dommage causé par l'infraction; versement d'une somme à l'Etat ou à une institution de bienfaisance; un autre type de prestation communautaire; une règle de conduite, formulée en termes généraux: assurer une «obligation d'entretien jusqu'à un montant déterminé» (traduit par l'auteur).

[21] BVerfG 22, 49 ss.

[22] Nous résumons la discussion à l'extrême. Sont également en cause l'art. 103 GG *(Bestimmtheitsgebot;* cf. KUNZ, Bagatellprinzip, p. 95) et, bien entendu, l'art. 6, ch. 2 CEDH (cf. ci-dessus, I, V, 7).

[23] Cf., pour ce débat fort passionné, parmi d'autres WEIGEND, Anklagepflicht, pp. 80–81; IDEM, Strafzumessung, pp. 12–22; HIRSCH, p. 226; BANDEMER; PASCHMANNS, pp. 186 ss.

par H. SCHULTZ à l'endroit de l'institution de la charge elle-même. Pour l'auteur de l'avant-projet de CPS, la charge est incontestablement une sanction, qui ne trouve pas sa place en amont du jugement [24]. En assortir le sursis serait dénaturer cette dernière institution, en affaiblissant considérablement sa vocation de prévention spéciale [25]. En revanche, les règles de conduite n'encourent pas la même objection, pour ce qui touche au sursis tout au moins [26]. Peut-on ou doit-on, dès lors, envisager son extension aux classements?

14. Aucune raison de principe ne s'opposerait à une telle évolution. Même s'il rend plus dense l'enchevêtrement des compétences, le partage d'un objet de décision entre deux autorités distinctes n'est pas blâmable, aussi longtemps que la cohérence du système est maintenue et que tous les agents tirent à la même corde. Toutefois, c'est un souci d'efficacité qui justifie une telle mesure. Or, celle-ci est précisément critiquable du point de vue de l'économie procédurale. Veut-on une liquidation plus rapide des affaires de peu d'importance? La complexité d'une décision en deux volets ne contribuera pas à raccourcir le temps de traitement des dossiers. Rechigne-t-on à affecter de nouveaux moyens à l'administration de la justice pénale? La mise à l'épreuve implique une mobilisation accrue des autorités de surveillance et d'assistance existant (patronage) ou l'engagement de nouveaux auxiliaires (agents de probation). Le législateur français n'a instauré le couple classement-traitement que dans un domaine déterminé, celui de la toxicomanie. La généralisation du système ne se justifierait vraiment, à nouveau, que dans une optique d'enrichissement des possibilités de donner satisfaction à la victime. L'on s'étonne que les auteurs de l'avant-projet de LAVI, sans doute freinés par leur hostilité de principe à l'opportunité de la poursuite, n'y aient pas songé. Le parallèle avec les transactions auxquelles donne lieu, dans le cadre du sursis, la règle de conduite de réparation du dommage (art. 41, ch. 1, al. 1 *in fine* CPS) [27] l'imposerait pourtant.

Cette motivation nous paraît insuffisante, et l'objection de non-rationalité d'une mesure de non-rationalisation, déterminante. C'est donc sur un rappel en trois brefs arguments des avantages d'un classement simple et classique, expression d'une

[24] Sur ce point, cf. la démonstration complète de BANDEMER.
[25] SCHULTZ, Bericht, p. 150.
[26] *Ibidem*. *Contra* GISEL-BUGNION, Punir sans prison, Genève, 1984, p. 178.
[27] Cf. SCHULTZ, Fiche juridique suisse no 1196, p. 19.

politique de l'opportunité de la poursuite, que nous conclurons ce rapport.

C. Trois arguments: Et un avenir?

15. La politique d'opportunité de la poursuite est *réaliste,* parce qu'elle tient compte à la fois de la limitation des ressources et des moyens du système de justice pénale et du risque de voir la police effectuer le travail de filtrage que les autorités judiciaires se refusent ou sont dans l'impossibilité d'assurer.

16. La politique d'opportunité est *décentralisée,* comme l'est la procédure pénale en Suisse: la diversité de pratiques qu'elle autorise, dans un cadre qui doit être strictement fixé par des critères d'application, répond à celle des mentalités.

17. La politique d'opportunité participe à la mise en œuvre du principe de l'*économie du droit pénal.* Peu importe que ce dernier ait ou non un fondement constitutionnel, sous la forme du principe de subsidiarité ou de proportionnalité.

18. Peut-on prédire l'avenir du principe de l'opportunité? Il n'est pas demandé aux rapporteurs de savoir lire dans le marc de café. Notre survol des mouvements législatifs et jurisprudentiels qui détermineront cet avenir dessine une tendance paradoxale. En schématisant, on peut dire que le principe de l'opportunité connaît la faveur des législateurs, alors qu'il suscite la méfiance des juridictions supérieures. A Strasbourg, le Comité des ministres en recommande l'extension, dans le même temps où les organes de la CEDH, sans le condamner, en dénoncent volontiers les dangers ou en énoncent les limites. Il est, malgré quelques réserves, bien en cour à Berne et dans les principales capitales cantonales, si l'on en juge par les révisions législatives en préparation, alors que la jurisprudence de Lausanne réaffirme et renforce ses réticences, voire son hostilité.

L'exemple suisse permet finalement de poser une question; une réponse positive expliquerait que le débat ne soit jamais véritablement épuisé chez nous, alors qu'il l'est dans la majorité des pays voisins: la discussion serait-elle finalement de nature constitutionnelle (il faut veiller à ne pas modifier la répartition de compétences voulue par le législateur) et de technique législative (le droit matériel doit-il avoir la priorité sur le droit de forme?), plutôt que de politique criminelle?