

<b>Zeitschrift:</b>	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
<b>Herausgeber:</b>	Schweizerischer Juristenverein
<b>Band:</b>	65 (1946)
<b>Artikel:</b>	Droit pénal fédéral et Procédure cantonale
<b>Autor:</b>	Cavin, Pierre
<b>DOI:</b>	<a href="https://doi.org/10.5169/seals-896050">https://doi.org/10.5169/seals-896050</a>

### Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 18.02.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# **Droit pénal fédéral et Procédure cantonale.**

Rapport présenté à l'Assemblée générale  
de la Société suisse des Juristes

par

Pierre Cavin,

Avocat, professeur à la Faculté de Droit,  
Lausanne.

---

SOMMAIRE.	Page
Introduction . . . . .	1a
Chapitre I: L'action pénale . . . . .	9a
1 <sup>o</sup> De l'ouverture de l'instruction . . . . .	9a
I. Les infractions poursuivies d'office . . . . .	9a
II. Les infractions poursuivies sur plainte . . . . .	18a
2 <sup>o</sup> Les organes de l'action. L'organisation judiciaire . . . . .	23a
3 <sup>o</sup> Le for . . . . .	26a
4 <sup>o</sup> Les formalités de la procédure . . . . .	29a
Chapitre II: Les preuves . . . . .	35a
Chapitre III: Le jugement . . . . .	46a
Chapitre IV: La grâce et la révision . . . . .	56a
Conclusion . . . . .	59a

---

## **Introduction.**

### **I.**

Tout en conférant sans restrictions à la Confédération le droit de légiférer en matière de droit pénal, l'article 64 bis de la Constitution fédérale laisse intactes les prérogatives des cantons en ce qui concerne l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice. Les cantons sont ainsi en principe souverains pour organiser les autorités pénales et pour réglementer leur fonctionnement. Le législateur a confirmé encore ce principe par les dispositions des articles 343, 345, 365 et 367 du Code pénal.

Il pourrait donc sembler à première vue que le Code pénal dût limiter son empire au droit matériel et qu'aucune entrave ne dût être apportée à l'autonomie des cantons en matière d'organisation judiciaire, de procédure et d'administration de la justice pénale.

Tel ne saurait cependant être le cas.

En premier lieu, il existe toujours un lien nécessaire entre le droit matériel et la procédure. Ce lien est peut-être particulièrement étroit en droit pénal. Comme le remarque avec pertinence Garraud<sup>1)</sup>, «le droit civil a une vie et une force indépendantes du procès destiné à le faire reconnaître et à le faire respecter lorsqu'il est violé». Le procès civil est un accident extrêmement rare eu égard aux innombrables relations juridiques que le droit privé organise et sanctionne. Dans le domaine de la pénalité au contraire, toute mise en œuvre de la loi pénale implique un procès et un jugement préalables. La règle de droit pénal, dans sa partie normative tout au moins, se borne à qualifier juridiquement certains faits. Elle détermine une série de conditions de fait qui doivent être réunies pour qu'une peine puisse être infligée. Elle décrit l'infraction; en énumère les éléments constitutifs. La procédure pénale, elle, déterminera qui doit constater l'existence de ces éléments et comment cette constatation aura lieu. Etablir l'existence de l'infraction, en rechercher l'auteur, appliquer s'il y a lieu la sanction prévue par la loi, tel est son objet<sup>2)</sup>.

Devant ainsi permettre la constatation de chacun des faits, matériels ou psychiques, que le Code pénal érige en condition du délit, la règle de procédure doit nécessairement être adaptée au système général de la loi de fond, dont elle n'est que le prolongement. Pour reprendre une antithèse à la mode, nous pouvons dire que la loi pénale est le droit de punir à l'état statique, tandis que la loi de procédure est le

---

<sup>1)</sup> Traité d'instruction criminelle, t. I p. 3.

<sup>2)</sup> Telle est la définition qu'en donne le Code de procédure pénal vaudois.

droit de punir à l'état dynamique<sup>3)</sup>). Un droit tel que celui du Code pénal suisse, où l'élément subjectif occupe une place si large, implique une procédure bien différente de celle applicable à une loi pénale fondée sur le principe de l'école positiviste, tel le projet de Ferri de 1921, ou même au Code pénal français de 1810. Cette nécessité d'une adaptation de la procédure au droit du fond a d'ailleurs été comprise par de nombreux cantons, qui ont revisé — ou même complètement refondé — leur loi de procédure pour l'adapter au Code unifié. Pour nous borner aux cantons romands, citons le nouveau Code de procédure pénale vaudois du 3 septembre 1940, le Code de procédure pénale genevois du 7 décembre 1940, le Code de procédure pénale neuchâtelois du 19 avril 1945. Le canton du Valais s'apprête également à procéder à une refonte complète de son vieux Code de 1848, modifié en 1910, 1932 et 1938; l'avant-projet de la loi nouvelle a paru il y a quelques mois.

L'obligation qu'impose aux cantons l'unification du droit pénal d'adapter leur loi de procédure au Code pénal suisse apporte ainsi une première restriction à la souveraineté dont ils jouissent en principe en matière d'organisation judiciaire et de procédure pénale.

Une seconde catégorie de restrictions à cette souveraineté a sa source dans la pluralité et la diversité même des lois de procédure cantonales. C'est ainsi, pour ne citer qu'un seul exemple, qu'il est indispensable de prévenir les conflits de compétence, tant positifs que négatifs, que peut créer la multiplicité de lois de procédure différentes. Le législateur fédéral en a tiré la conséquence en édictant des dispositions sur la compétence *ratione loci*.

Une troisième source d'entraves au pouvoir souverain des cantons en matière de procédure pénale réside, non pas directement dans le Code pénal, mais dans l'institution d'un pourvoir en nullité à une juridiction fédérale. L'unification du droit pénal a pour corollaire le contrôle par le Tribunal

---

<sup>3)</sup> Garraud, loc. cit.

fédéral de l'application du droit. C'est à notre sens un facteur nécessaire d'une saine application de la loi nouvelle. Le principe de l'unification étant admis, celui d'une juridiction unique appelée à dire le droit en dernier ressort s'ensuit inéluctablement<sup>4)</sup>. Or l'institution du pourvoi en nullité, même conçu comme une pure *revisio in jure*, implique certaines obligations pour la juridiction cantonale. C'est ainsi par exemple qu'elle devra donner les motifs de sa décision, de façon à permettre à l'autorité de dernière instance d'apprécier si le droit a été sainement appliqué.

Ainsi l'unification du droit pénal implique certaines restrictions à la souveraineté des cantons en matière d'administration de la justice pénale : les unes ont leur fondement dans la nécessité d'adapter la procédure au droit matériel en soi; d'autres dérivent de la pluralité des procédures cantonales; d'autres enfin sont une conséquence indirecte de l'unification, elles ont leur cause directe dans l'institution d'un pourvoi en nullité au Tribunal fédéral.

Quelle est l'étendue de ces restrictions ?

Certaines sont expressément prévues par la législation fédérale : le Code pénal, à ses articles 346 à 358 et 397, notamment, contient des dispositions de procédure, régissant le for de l'action pénale, l'entr'aide judiciaire et la revision des jugements. D'autres règles du Code restreignent également la souveraineté du législateur cantonal, soit en matière d'organisation judiciaire (art. 345 ch. 1), soit en ce qui concerne l'administration des preuves (art. 13). En outre, la loi fédérale sur la procédure pénale contient, à ses articles 247 à 267, des dispositions de procédure qui s'imposent au juge cantonal.

Mais ces règles écrites n'épuisent pas la liste des entraves que l'unification du droit pénal apporte à l'autonomie des cantons. Il est d'autres restrictions, qui, sans être consacrées

---

<sup>4)</sup> Il n'a d'ailleurs pas été combattu à notre connaissance. Cf. cependant l'intervention de M. Panchaud, juge au Tribunal cantonal vaudois, à l'Assemblée de la Société suisse des Juristes de 1941, Z. S.R. 1941 p. 467 a.

expressément par un texte légal, dérivent implicitement de l'adoption du Code. Or si les dispositions précitées du Code pénal et de la loi fédérale sur la procédure pénale ont été déjà l'objet de plusieurs études<sup>5)</sup>, le problème n'a pas été traité dans son ensemble à notre connaissance depuis l'entrée en vigueur du Code pénal suisse. Aussi la Société suisse des Juristes nous paraît-elle heureusement inspirée en mettant cette question à l'étude.

L'objet du présent rapport sera donc d'étudier systématiquement la nature et l'étendue des restrictions que l'unification du droit pénal a apportées à la souveraineté des cantons en matière d'organisation judiciaire et de procédure pénales.

En d'autres termes, nous tenterons de dégager quelles sont les incidences nécessaires que l'adoption du Code pénal a sur la procédure cantonale. Sans avoir la prétention de dresser une liste complète et définitive de ces restrictions, nous passerons en revue les principales institutions de la procédure pénale et chercherons à discerner si, à propos de chacune d'elles, l'application efficace du nouveau Code implique certaines règles de procédure qui s'imposent au législateur cantonal.

Précisons d'emblée que, nous conformant aux définitions traditionnelles, nous limiterons le domaine de la procédure pénale aux «formalités à suivre pour constater une infraction, en rechercher l'auteur et appliquer s'il y a lieu les sanctions prévues par la loi». Nous laisserons ainsi de côté tout ce qui a trait à l'exécution des peines, ces ques-

---

<sup>5)</sup> Ph. Thormann, Schw. Strafgesetz und kantonale Strafprozeßordnungen, dans la Festgabe Philipp Lothmar, Berne 1920; Thormann et von Overbeck, Commentaire, ad art. 345 et ss.; Jean Bourgknecht, Les règles de procédure contenues au nouveau Code pénal suisse, dans Le nouveau droit pénal suisse, Fribourg 1942; Harald Huber, Das Verfahren in Bundesstrafsachen, die von kantonalen Behörden zu beurteilen sind, thèse Zurich 1939; F. Stämpfli, Das B. G. über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934, Berne 1935.

tions ressortissant à la science pénitentiaire plutôt qu'à la procédure pénale proprement dite. Nous ne traiterons pas non plus de la matière spéciale de la procédure contre les délinquants mineurs.

Notre propos n'est pas de procéder à une étude critique du droit positif. Nous n'avons nullement l'intention d'examiner dans quelle mesure le droit cantonal actuel satisfait aux exigences du droit matériel fédéral. Nous n'entendons donc pas, à propos de chaque institution, passer en revue les règles édictées par chaque canton, règles que le lecteur, en ce qui concerne la législation de son canton tout au moins, connaîtra souvent mieux que l'auteur du présent rapport. Il nous arrivera certes de nous référer à des dispositions en vigueur, afin d'illustrer notre démonstration, mais nous entendons nous en tenir à une étude générale plutôt que de nous livrer à une étude critique ou de législation comparée<sup>6)</sup> <sup>7)</sup>.

## II.

On nous objectera peut-être que l'énumération que nous avons faite des sources de restrictions à l'autonomie des cantons en matière d'administration de la justice pénale n'est pas complète: une loi cantonale de procédure qui tiendrait compte des trois éléments que nous avons relevés ci-dessus, ne serait pas nécessairement conforme au droit fédéral. Bien avant l'entrée en vigueur du Code pénal suisse et parfois dans des cas où l'application d'aucune loi fédérale n'était en jeu, le Tribunal fédéral a jugé à de nombreuses reprises contraires au droit fédéral certaines dispositions

---

<sup>6)</sup> Nous ne nous référerons d'ailleurs qu'aux codes des cantons romands, laissant au rapporteur de langue allemande le soin d'étudier les législations des cantons de langue allemande.

<sup>7)</sup> Le problème est, il est vrai, antérieur au Code pénal, puisque avant son adoption déjà, la juridiction cantonale appliquait plusieurs lois pénales fédérales. Mais c'est depuis l'entrée en vigueur du Code pénal suisse que la question présente une réelle importance pratique.

cantonales de procédure pour d'autres motifs que ceux que nous avons énoncés.

Nous n'avons en effet abordé que l'un des aspects, nous n'avons examiné que l'une des fonctions de la procédure pénale: assurer une application efficace du droit matériel, en permettre la mise en œuvre. Il reste à considérer sa seconde fonction, non moins importante, qui est de sauvegarder les droits de l'individu impliqué dans le procès pénal, de garantir sa liberté individuelle dans toute la mesure compatible avec une saine administration de la justice. La procédure pénale, plus peut-être que toute autre branche du droit, est une conciliation entre l'intérêt individuel et l'intérêt social. L'intérêt social implique une répression juste et rapide de toute infraction; l'intérêt individuel exige que soient garantis la liberté, le patrimoine et l'honneur de la personne impliquée dans le procès pénal, tant que sa condamnation n'est pas prononcée. On connaît à ce sujet la boutade de Montesquieu: «Dans un pays qui aurait là-dessus les meilleures lois possibles, un homme à qui on ferait son procès, et qui devrait être pendu le lendemain, serait plus libre qu'un pacha ne l'est en Turquie.»

Dans la mesure où elles sont destinées à garantir les droits individuels du prévenu ou des tiers impliqués dans le procès, les formalités de l'instruction procèdent directement des principes constitutionnels qui garantissent la liberté individuelle, l'inviolabilité du domicile ou de la propriété<sup>8)</sup>. Elles sont des règles d'application de ces principes. Et cela est si vrai que certaines constitutions cantonales ont érigé en principe constitutionnel certaines règles de procédure<sup>9)</sup>.

---

<sup>8)</sup> Ortolan, Cours de législation pénale comparée, t. I p. 82.

<sup>9)</sup> Ainsi l'art. 4 de la Constitution cantonale vaudoise de 1885: «La liberté individuelle est garantie. Nul ne peut être arrêté ou poursuivi que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle prescrit. Tout individu arrêté doit être entendu par le magistrat compétent dans les vingt-quatre heures qui suivent son arrestation.»

Aussi bien, dans la mesure où ces droits individuels sont garantis par la Constitution fédérale, les cantons voient-ils leur souveraineté limitée. C'est ainsi que le Tribunal fédéral, en vertu de l'article 4 de la Constitution fédérale, a posé plusieurs principes en matière de procédure pénale. Il a notamment reconnu au prévenu :

- a) le droit absolu d'être entendu, et cela aussi bien devant la Cour de cassation que par le juge du fait<sup>10)</sup>;
- b) le droit d'être jugé par son juge naturel, désigné par la loi<sup>11)</sup>;
- c) le droit de récusation<sup>12)</sup>;
- d) le droit de choisir librement son défenseur<sup>13)</sup>;
- e) le droit de prendre connaissance du dossier avant les débats<sup>14)</sup>;
- f) le droit au recours prévu par la loi<sup>15)</sup>.

Mais ces règles jurisprudentielles n'ont pas leur fondement dans le droit pénal. Ayant leur source dans le principe constitutionnel de l'égalité devant la loi et dans la garantie de la liberté individuelle, elles s'imposent au législateur et au juge cantonal tout à fait indépendamment du contenu de la loi pénale. On ne peut donc les considérer comme une conséquence de l'introduction du droit pénal fédéral. Elles valent tout aussi bien pour l'application d'une loi pénale cantonale. Il n'est dès lors pas dans notre propos de traiter dans le présent rapport de cet aspect de la procédure pénale. Nous entendons au contraire limiter notre étude aux seules incidences que l'adoption du droit pénal unifié a sur le droit de procédure des cantons. Tout ce qui a trait à la garantie des droits individuels sort ainsi du cadre de notre étude.

---

<sup>10)</sup> R.O. 21 p. 328; 22 p. 918; 23 p. 1331; 24 I 563, 570; 27 I 414; 43 I 165; 46 I 326.

<sup>11)</sup> R.O. 47 I 454; 48 I 254.

<sup>12)</sup> R.O. 29 I 408.

<sup>13)</sup> R.O. 29 I 409.

<sup>14)</sup> R.O. 30 I 631; 53 I 22 et 111.

<sup>15)</sup> RO 47 I 230; 49 I 226.

## Chapitre premier.

### L'action pénale.

#### § 1. — De l'ouverture de l'instruction.

##### I. — Les infractions poursuivies d'office.

Selon la conception actuelle, l'infraction confère à la société et à elle seule le droit et le devoir d'en poursuivre l'auteur devant la juridiction pénale. L'action pénale est une action publique<sup>16)</sup>. Cela est également vrai lorsque l'ouverture de cette action est subordonnée au dépôt d'une plainte ou lorsque la procédure, par l'institution de l'accusation privée, confère au lésé le droit de soutenir à lui seul l'accusation sans l'intervention de l'accusateur public. Que le lésé agisse seul ou aux côtés du Ministère public, c'est une action publique qu'il intente, ce sont les intérêts de la communauté troublée par l'infraction, qu'il sauvegarde. En principe l'action compétente est l'Etat et, dans les cas qui nous occupent, où la poursuite des infractions est réservée aux cantons, c'est l'Etat cantonal qui l'exercera.

La première question que soulève l'exercice de l'action publique est la suivante: les cantons sont-ils tenus d'agir dès qu'il apparaît qu'une infraction a été commise, ou bien au contraire peuvent-ils s'abstenir d'exercer une action pénale qui, selon l'appréciation du magistrat compétent, paraît inopportune, bien que légitime? Devront-ils obéir au principe de la légalité des poursuites ou pourront-ils s'en tenir au système de l'opportunité des poursuites?

---

<sup>16)</sup> La jurisprudence de la Section de droit public du Tribunal fédéral est significative à cet égard: elle dénie au lésé, qu'il soit plaignant ou même accusateur privé, la qualité pour recourir pour arbitraire contre un jugement cantonal acquittant le prévenu. Cela est le cas même lorsqu'en matière de faux témoignage le lésé ne peut obtenir la révision d'un jugement pénal ou civil rendu à son préjudice qu'à la condition que l'individu prévenu de faux-témoignage soit condamné pénalement pour ce délit. R.O. 70 I 78, J.T. 1945 IV 24.

On sait que le premier de ces principes a son fondement<sup>17)</sup> dans la doctrine de l'expiation ou de la justice absolue, telle que l'a formulée Kant et après lui Joseph de Maistre: la peine n'a d'autre objet que le rétablissement de l'ordre moral troublé par le crime. Elle constitue la compensation nécessaire et inéluctable du mal, compensation que l'Etat, en vertu d'un «impératif catégorique» a le devoir d'assurer. L'Etat ne peut ainsi se soustraire, pour des motifs d'opportunité, à ce devoir supérieur. Le second de ces principes, celui de l'opportunité des poursuites, est fondé sur la doctrine utilitaire, représentée principalement par Bentham et Feuerbach, puis par l'Ecole positiviste: le droit pénal, nettement distinct de la règle morale, n'a d'autre fin ni d'autre fondement que la protection de la société. Seule son utilité sociale justifie la peine. Selon cette théorie, l'Etat n'exercera son droit de punir que pour autant que l'action pénale lui apparaîtra utile. Il sera libre d'apprécier dans chaque cas l'opportunité d'une répression selon les nécessités de la protection sociale.

C'est ce dernier principe qu'a consacré le droit français, tandis que le droit allemand applique le système de la légalité des poursuites, avec quelques atténuations depuis l'entrée en vigueur de la Strafprozessordnung de 1924<sup>18)</sup>.

Quant au droit suisse, les deux systèmes sont représentés dans nos Codes de procédure cantonaux. C'est ainsi que le Code neuchâtelois a adopté le système de l'opportunité des poursuites, avec quelques cautèles<sup>19)</sup>, tandis que le Code fribourgeois, en revanche, s'en tient au principe de la légalité des poursuites. Le Code vaudois a adopté un système mixte: le juge instructeur ouvre l'instruction d'office, sans

<sup>17)</sup> Garraud, op. cit. t.I p. 191 et ss.; Donnedieu de Vabres, Traité élémentaire de droit criminel, Paris 1943, p. 549; Huber, op. cit. p. 20, 33; Rapport à l'appui d'un projet de code de procédure pénale neuchâtelois, du 11 janvier 1945.

<sup>18)</sup> Donnedieu de Vabres, op. cit. p. 549.

<sup>19)</sup> C.P.P. neuchâtelois, art. 1 et 8; Rapport neuchâtelois précédent, p. 13 et ss.

en être nécessairement requis par le Procureur général. Cependant, jusqu'à l'ouverture des débats devant la juridiction de jugement, le Ministère public peut toujours mettre fin à l'action pénale par une «ordonnance de classement», qui n'est pas susceptible de recours<sup>20)</sup>. Le Code genevois paraît à première vue se rattacher au système de la légalité, son article 21, qui rappelle l'article 47 du Code français d'instruction criminelle, prescrivant qu'avisé de la commission d'une infraction, «le Procureur général doit requérir le juge d'instruction d'informer régulièrement». Cependant nous croyons savoir que selon l'interprétation généralement admise, conforme à la jurisprudence française, ce texte signifie seulement que le Procureur général ne peut instruire lui-même, ce qui laisse intacte la question qui nous occupe. Il est admis que le Procureur général a la faculté de classer une affaire pour des motifs d'opportunité.

L'application du principe de l'opportunité des poursuites, l'institution de l'ordonnance de classement, telle que la connaît le Code vaudois, sont-elles compatibles avec le Code pénal?

Nous ne pensons pas que le Code pénal en soi implique le système de la légalité des poursuites. En ce qui concerne le fondement du droit de punir, il consacre une solution éclectique, qui concilie les doctrines absolue et utilitaire: si le fondement de la répression est d'ordre éthique et réside dans le caractère immoral de l'acte délictueux, les nécessités de la protection de l'ordre social assignent à l'Etat les limites dans lesquelles il peut légitimement exercer ce droit<sup>21)</sup>. L'action pénale ne peut dès lors être intentée que dans la mesure où l'intérêt public l'exige. Certes c'est au premier chef la loi pénale qui assigne au droit de punir ses limites. Mais aucune disposition du Code ne s'oppose à ce que l'autorité chargée d'exercer l'action publique apprécie, dans le cadre légal, l'opportunité de la poursuite. Et c'est ainsi que, pour la juridiction fédérale, le principe de l'op-

<sup>20)</sup> Art. 76 C.P.P.

<sup>21)</sup> Stooss, dans R.P.S. 1894 p. 269 et ss.

portunité des poursuites est expressément consacré, à tout le moins pour les délits politiques (art. 105 P.P.F., 302 C.P.). Il nous paraît d'ailleurs en être de même pour les autres infractions soumises à la juridiction fédérale, la loi n'instituant aucun recours contre un refus du Procureur général de la Confédération d'ouvrir une instruction, ni contre la renonciation à la poursuite prévue à l'art. 120 P.P.F.<sup>22)</sup>, décisions dont la loi n'exclut pas qu'elles puissent être fondées sur des considérations d'opportunité.

On doit en revanche se demander si, en conférant à la Confédération le droit de légiférer en matière pénale, la Constitution n'a pas attribué exclusivement au pouvoir fédéral le droit à la répression pénale (*Strafanspruch*) dans les affaires soumises au droit fédéral. Si tel est le cas, les autorités cantonales ne sont-elles pas de simples organes d'exécution, auxquelles la loi impose l'obligation d'exercer une action qui appartient au pouvoir fédéral, dont elles ne sont en quelque sorte que les mandataires ? Ne devront-elles pas, dès lors, introduire l'action pénale dans tous les cas où, selon la loi pénale fédérale, les conditions de la répression sont réunies ? Leurs décisions quant à l'ouverture ou à la continuation de l'instruction ne devront-elles pas se baser exclusivement sur le mérite de l'action, sans qu'elles aient à en apprécier l'opportunité, question résolue une fois pour toutes, d'une manière générale, par le législateur fédéral ?

Cette solution doit être admise pour les causes ressortissant à la juridiction de la Cour pénale fédérale et dont le Conseil fédéral délègue l'instruction et le jugement aux autorités cantonales en application de l'art. 18 P.P.F. Le droit de poursuivre ces infractions appartient sans conteste à la Confédération et non aux cantons. L'autorité cantonale, à laquelle l'exercice de ce droit est délégué, a l'obligation d'introduire l'action et la procédure ne peut être close que par un jugement ou une ordonnance de non-lieu. L'article 254 P.P.F. est formel.

---

<sup>22)</sup> Stämpfli, op. cit. ad art. 120.

Il en est de même pour les causes poursuivies par les cantons sur réquisition de l'autorité fédérale, lorsque la loi fédérale en vertu de laquelle la poursuite intervient attribue à la Confédération un droit de haute surveillance (art. 258 P.P.F.)<sup>23)</sup>.

Le problème est en revanche beaucoup plus délicat lorsqu'il s'agit de causes dont la connaissance est attribuée par la loi aux autorités judiciaires cantonales et qu'aucune réquisition n'est présentée par l'autorité fédérale en vertu de l'art. 258 P.P.F.

A notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a pas eu à se prononcer récemment sur cette question. Dans un arrêt ancien (R.O. 19 p. 87), relatif à une cause attribuée à la juridiction cantonale en vertu de l'article 74 du Code pénal fédéral, il a jugé que cette attribution ne conférait pas aux cantons le droit à la répression, qui appartient exclusivement à la Confédération. La solution de l'arrêt reposait sur la considération suivante: d'une part, le droit de grâce est du ressort de l'autorité fédérale (art. 74 in fine C.P.F.), d'autre part, le produit des amendes est dévolu à la caisse fédérale. Or ces deux motifs ont disparu aujourd'hui: dans les causes jugées par les autorités cantonales, le droit de grâce est exercé par les cantons (art. 394 litt. b C.P.) et le produit des amendes leur revient (art. 381 C.P.). Peut-on retourner l'argumentation de l'arrêt et déduire des art. 394 et 381 C.P. que le droit à la répression appartient aux cantons?

Nous nous garderons de cette solution hâtive. La dévolution aux cantons du produit des amendes s'explique aisément pour des motifs d'opportunité et d'équité. Il est normal que les cantons, qui assument les frais de la procédure<sup>24)</sup>, perçoivent le produit des amendes. Quant au droit de grâce,

<sup>23)</sup> C'est le cas pour le Code pénal, dont l'art. 392 dispose ce qui suit: «Le Conseil fédéral veille à l'observation des dispositions du présent Code, ainsi que des lois et règlements destinés à en assurer l'application.»

<sup>24)</sup> Art. 253 P.P.F.

s'il est exercé par les cantons, c'est en vertu d'une délégation du pouvoir fédéral et, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>25)</sup>, cette délégation ne porte que sur l'exercice de ce droit.

La doctrine dominante admet au contraire que c'est la Confédération qui est titulaire du droit à la répression<sup>26)</sup>. En attribuant à la Confédération le droit de légiférer en matière pénale, la Constitution lui a conféré par là même le droit de punir, dans son acception la plus étendue. Le droit de légiférer, c'est-à-dire de déterminer quels sont les actes punissables notamment, est inséparable du droit à la répression. Il serait inconcevable qu'un autre pouvoir pût, en disposant à sa guise du droit à la répression, laisser tomber en désuétude certaines règles de la loi pénale. Les cantons sont de simples organes d'exécution du pouvoir fédéral. Il s'ensuit, selon les auteurs dont nous reproduisons ci-dessus les idées essentielles, que les autorités cantonales ont l'obligation stricte de poursuivre les infractions réprimées par la législation fédérale.

Cette opinion trouve un appui dans l'art. 247 P.P.F., qui dispose que «les autorités cantonales poursuivent et jugent les infractions de droit fédéral qui leur sont attribuées par la législation fédérale ou par le Conseil fédéral». Il ressort des travaux préparatoires que cette règle comporte pour les cantons l'obligation de procéder<sup>27)</sup>. D'autre part, le Projet du Code pénal, de 1918, contenait un article 385 ainsi conçu: «La poursuite a lieu d'office par décision de l'autorité compétente.» Cette règle a été biffée par les Chambres comme superflue<sup>28)</sup>.

<sup>25)</sup> Arrêt du Tribunal fédéral rendu dans la cause Flury c. Conseil d'Etat du Canton de Vaud, du 30 octobre 1944 (non publié); cf. ci-dessous p. 56a.

<sup>26)</sup> Stämpfli, op. cit. note 1 ad art. 247; Huber, op. cit. p. 18; Fleiner, Bundesstaatsrecht, p. 54; Th. Weiss, dans R.P.S. 1900 p. 116 et ss.

<sup>27)</sup> Bull. stén. 1931 Cons. nat. p. 785, 1932 Cons. Et. 1932 p. 2.

<sup>28)</sup> Bull. stén. 1930 Cons. nat. p. 80, 1931 Cons. Et. p. 735.

Ces considérations ne nous paraissent toutefois pas décisives. On peut à notre sens laisser réservée la question de savoir si, en accordant à la Confédération le droit de légiférer en matière pénale, la Constitution lui confère par là-même le droit à la répression (Strafanspruch) ou si au contraire ce droit n'est pas inhérent à «l'administration de la justice» que l'art. 64bis al. 2 C.F. garantit aux cantons<sup>29)</sup>. Quand bien même le droit à la répression appartiendrait à la Confédération et que seul l'exercice en serait délégué aux cantons, il ne s'ensuivrait pas que cette délégation impliquât l'obligation rigide de poursuivre tout acte délictueux, quand bien même dans tel cas particulier l'intérêt général ne le commanderait pas ou même commanderait de s'abstenir. Nous avons vu que, selon les conceptions de l'auteur du Code, le droit de punir cesse là où l'intérêt de la société à la répression s'arrête. Certes c'est à la loi qu'il incombe au premier chef de déterminer cet intérêt. Mais l'application rigide de ses règles générales, énoncées abstraitemment, peut se révéler inopportune dans tel cas exceptionnel. L'autorité cantonale, responsable de l'ordre sur le territoire du canton, intéressée au premier chef au maintien de cet ordre, n'est-elle pas meilleur juge de l'intérêt général que n'importe quel autre pouvoir? Le principe de l'opportunité des poursuites, sainement appliqué, éventuellement amendé par des cautèles destinées à en prévenir les abus, apporte un correctif nécessaire à la rigidité de la loi pénale dans des cas, qui certes doivent rester exceptionnels, notamment pour des délits de minime importance. Le Tribunal fédéral lui-même admet le principe «de minimis non curat prætor». Il relève très justement que la conscience juridique répugne à introduire la notion de crime dans certains domaines qui relèvent plutôt de la morale et qui posent un problème d'ordre préventif plus que répressif. C'est ainsi qu'il a re-

<sup>29)</sup> Il convient de relever, en faveur de la thèse selon laquelle le droit à la répression appartient à la Confédération, les art. 265 et 266 P.P.F., dont l'application, en matière de droit pénal commun, sera toutefois l'exception.

noncé à réprimer au titre de l'escroquerie la mendicité, même frauduleuse, qui cependant selon une interprétation stricte de l'art. 148 C.P. réunit souvent les éléments constitutifs de cette infraction<sup>30)</sup>.

Aussi bien ne nous paraît-il pas contraire au principe de la délégation légale de l'exercice de l'action pénale d'admettre que l'autorité délégataire conserve une certaine latitude pour apprécier l'opportunité d'une poursuite. Cette solution est renforcée d'ailleurs par le fait que, dans les causes soumises à la juridiction fédérale, aucune règle n'exclut le principe de l'opportunité. Il n'y a pas de raison de refuser aux parquets cantonaux un droit que possède, pour les causes fédérales, le Procureur général de la Confédération.

La disposition de l'art. 247 P.P.F. ne nous paraît pas contredire cette opinion, expressément consacrée d'ailleurs par les législateurs neuchâtelois et vaudois<sup>31)</sup>. Si elle oblige sans aucun doute les cantons à poursuivre d'office les causes de droit fédéral qui rentrent dans leur compétence<sup>32)</sup>, on ne saurait y voir cependant la consécration du principe de la légalité des poursuites. Sinon on comprendrait mal la nécessité d'insérer à l'art. 254 de la même loi la règle selon laquelle, pour les causes relevant de la juridiction fédérale mais déléguées à une autorité cantonale par le Conseil fédéral, la procédure ne peut être clôturée que par un jugement ou une ordonnance de non-lieu<sup>33)</sup>. On ne comprendrait pas davantage que l'art. 258 de cette loi impose aux cantons l'obligation d'ouvrir la procédure sans autre, sur réquisition de l'autorité fédérale, en cas d'infractions à des lois fédérales qui attribuent à la Confédération un droit de haute surveillance. Ces dispositions, la première surtout, seraient

<sup>30)</sup> R.O. 70 IV 193.

<sup>31)</sup> Rapport neuchâtelois précité, p. 15; Bulletin du Grand Conseil du Canton de Vaud, session de printemps 1940, p. 436.

<sup>32)</sup> Message du Conseil fédéral (F.F. 1929 II p. 607); Bull. stén. 1931 Cons. nat. p. 785, 1931 Cons. Et. 1932 p. 2.

<sup>33)</sup> Cette contradiction a été expressément relevée par le rapporteur au Conseil des Etats, M. Rais, Bull. stén. 1932 Cons. Et. p. 2.

inutiles si l'art. 247 P.P.F. consacrait le principe de la légalité des poursuites.

D'autre part une obligation juridique n'existe que lorsqu'elle est munie d'une sanction. Or le droit fédéral n'ouvre aucune voie de recours contre la décision du Ministère public d'un canton qui, pour des motifs d'opportunité, refuserait d'introduire des poursuites, ni contre l'ordonnance de classement telle que la connaît la procédure vaudoise. S'agissant de causes attribuées aux autorités cantonales par la législation fédérale et poursuivies d'office, ni le lésé ni le procureur de la Confédération n'ont qualité pour interjeter contre une telle décision un pourvoi en nullité au Tribunal fédéral<sup>34)</sup>, exception faite des cas où, en vertu de la disposition de l'art. 265 P.P.F., dont la portée est des plus restreintes en pratique, le prononcé doit être transmis au Conseil fédéral<sup>35)</sup>.

Dès lors, ne résultant d'aucun texte formel de droit fédéral, d'une application par trop rigide, dépourvu de toute sanction, le principe de la légalité des poursuites ne nous paraît pas s'imposer au droit cantonal de procédure. Le législateur cantonal peut librement adopter ce système ou celui de l'opportunité des poursuites, sous réserve des tempéraments qu'y apportent les art. 254 et 258 P.P.F.<sup>36)</sup>.

<sup>34)</sup> Art. 270 P.P.F.; cf. R.O. 71 IV 149, J.T. 1945 IV 218.

<sup>35)</sup> Ce sont là des cas relativement rares. Le Conseil fédéral n'a en effet prescrit la communication des décisions cantonales que pour certains délits commis par des fonctionnaires fédéraux dans l'exercice de leurs fonctions ou pour des motifs de police administrative (infractions relatives à la sécurité des chemins de fer, aux installations électriques, etc.). Cf. arrêté du Conseil fédéral du 12 décembre 1941.

<sup>36)</sup> Cette solution nous paraît d'autant plus devoir être admise que, dans les cas où le pouvoir fédéral estime avoir un intérêt à la poursuite, il lui est possible de requérir l'ouverture d'une instruction par l'autorité cantonale, en vertu du pouvoir de haute surveillance que l'art. 392 C.P. lui confère. Dans ce cas, requise d'agir, l'autorité cantonale est tenue de procéder sans autre à l'instruction en application de l'art. 258 P.P.F.

## II. — Les infractions poursuivies sur plainte.

### *1<sup>o</sup> La mise en mouvement de l'action pénale.*

Selon la définition qu'en a donnée le Tribunal fédéral<sup>37)</sup>, contrairement d'ailleurs à l'opinion qui prévalait dans la doctrine<sup>38)</sup>, la plainte n'est pas, en droit suisse, une condition de la punissabilité de l'acte, c'est-à-dire une condition de fond. C'est une condition de l'exercice de l'action pénale. L'institution de la plainte appartient ainsi au domaine de la procédure, puisqu'elle détermine les conditions auxquelles est soumise l'ouverture ou la continuation du procès pénal.

Elle est néanmoins réglementée par le Code pénal, solution qui est à l'abri de toute critique: d'une part si l'on reconnaît avec la doctrine dominante que, depuis l'unification du droit pénal, le droit à la répression (Strafanspruch) appartient à la Confédération, il est normal que ce soit le pouvoir fédéral qui détermine les conditions de l'exercice de ce droit; d'autre part, le principe de l'unification du droit pénal étant admis, la nécessité d'une réglementation uniforme de cette matière s'impose.

Il s'ensuit que le droit de procédure cantonal est lié par les dispositions des art. 28 et ss. C.P. relatives à l'exercice de l'action publique en matière de délits poursuivis sur plainte.

Nous estimons qu'en cette matière, l'autorité judiciaire est tenue d'introduire la poursuite dès que le lésé le requiert par le dépôt d'une plainte. Le Ministère public ou le juge instructeur, saisi d'une plainte, ne peut apprécier l'opportunité de la poursuite. Il a l'obligation de l'introduire et son examen ne peut porter que sur le mérite de l'action et la qualité de «lésé», au sens de l'art. 28, de l'auteur de la plainte. Dans le cas où l'infraction est poursuivie sur plainte

<sup>37)</sup> R.O. 69 IV 69, J.T. 1943 IV 38.

<sup>38)</sup> Logoz, Commentaire, p. 120; Hafter, Allg. Teil § 28 III; cf. Pfenninger, Zum Strafantrag im schw. StrGB., S. J.Z. 1944 p. 245.

en effet, l'Etat s'en remet à l'appréciation du lésé, qui seul décide de l'opportunité de l'ouverture d'une action pénale. La loi confère ainsi au lésé un droit subjectif à la répression par l'Etat. Ce droit est sanctionné par l'art. 270 P.P.F., qui confère au plaignant le droit de se pourvoir en nullité à la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral. Le refus du parquet ou du juge instructeur de donner suite à la plainte, l'ordonnance de classement du Ministère public vaudois pourront être déférés au Tribunal fédéral par le plaignant.

Il en est de même en ce qui concerne la suspension de la poursuite: le plaignant est seul juge de l'opportunité de cette mesure jusqu'à la clôture de l'instruction principale. Seul l'inculpé peut s'y opposer (art. 31 C.P.).

#### *2<sup>e</sup> Forme et conditions de la plainte.*

En revanche si la notion de plainte est définie par le droit fédéral, il appartient aux cantons d'en déterminer la forme<sup>39)</sup>. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il faut entendre par plainte, au sens du Code pénal, une déclaration de volonté du lésé requérant l'ouverture d'une instruction pénale; cette déclaration de volonté doit déclencher l'action pénale de telle façon que la procédure suive son cours sans autre intervention du lésé; elle doit être inconditionnelle.

Les cantons pourront donc subordonner la validité de la plainte et du retrait de plainte à certaines conditions de forme, qui devront être observées à peine de nullité. Une telle exigence paraît nécessaire pour éviter toute discussion relative à l'existence, à la portée et à la date de la plainte. C'est la solution adoptée, tout au moins pour le dépôt de la plainte, par tous les Codes romands<sup>40)</sup>.

<sup>39)</sup> R.O. 68 IV 97; R.O. 69 IV 195; J.T. 1944 IV 56; R.O. 70 IV 145, J.T. 1944 IV 98; R.O. 71 IV 65 et 227.

<sup>40)</sup> Genève, art. 19; Neuchâtel, art. 5; Vaud, art. 124; Fribourg, art. 14 (la «plainte orale» visée par cette disposition est rédigée par le magistrat et signée par le plaignant, elle répond donc aux exigences de la forme écrite); Valais, art. 50; avant-projet valaisan, art. 37; Tessin, art. 63.

Mais à notre sens, la validité de la plainte ne peut pas être subordonnée à des conditions plus sévères, telles que par exemple la fourniture de sûretés destinées à garantir les frais de procédure. L'action pénale est une action publique, que l'autorité cantonale a l'obligation d'exercer, ainsi que nous venons de le voir, dès que le lésé l'estime opportun. Il s'agit là d'une fonction publique, à laquelle l'autorité cantonale est tenue de par le droit fédéral et dont elle doit en principe assumer les frais, sous réserve de condamner au remboursement de ces frais l'accusé reconnu coupable ou l'auteur d'une plainte que l'instruction ferait apparaître abusive. Le droit subjectif que le Code pénal et la loi fédérale sur la procédure pénale reconnaissent au lésé de provoquer l'ouverture de l'action pénale s'opposent à une telle condition, sans parler des cas d'indigence du lésé. Les principes admis en matière de procédure civile relatifs à la garantie du paiement des frais de justice, ne peuvent être appliqués en matière pénale, s'agissant d'une action publique.

Aussi bien avons-nous quelque peine à admettre que soient compatibles avec le droit fédéral les art. 51 C.P.P. valaisan et 37 de l'avant-projet valaisan, qui permettent au juge d'instruction de «subordonner l'ouverture de l'instruction à la fourniture (par le plaignant) de sûretés pour les dépens dont il (le juge) fixe le montant», le juge ne donnant pas suite à la plainte si ces sûretés ne sont pas fournies dans les dix jours.

Il en est de même de l'art. 128 C.P.P. vaudois, qui a la teneur suivante: «Le retrait de plainte n'entraîne cessation des poursuites pénales qu'après paiement des frais de justice par les parties ou par l'une d'elles, sauf si la personne qui devrait payer fournit la preuve de son indigence<sup>41)</sup>.» La Cour de cassation pénale vaudoise a d'ailleurs déclaré cette disposition contraire au droit fédéral<sup>42)</sup>. Rien ne s'oppose à ce que le juge, constatant que le retrait de plainte est

---

<sup>41)</sup> Cette même exigence se retrouve dans le cas de la conciliation à l'art. 151 du même code.

<sup>42)</sup> Arrêt Dürrenmatt, du 9 février 1945, B.j.p. 1945 n° 217 p. 95.

opérant, mette fin à l'action pénale et condamne une partie aux dépens. Mais il ne peut, sans violer le droit fédéral, subordonner la validité du retrait de plainte à d'autres conditions que les conditions de forme, seules réservées au droit cantonal.

Dans le même ordre d'idées, l'art. 161 C.P.P. vaudois, qui, en matière d'infractions poursuivies sur plainte, autorise le juge à exiger du plaignant le paiement préalable des frais d'une expertise, n'est pas non plus à l'abri de toute critique. Cette règle ne saurait recevoir application à notre sens dans les cas où l'expertise est nécessaire à l'enquête.

D'autre part, le dépôt de la plainte ne doit pas être obligatoirement subordonné à des formalités préalables n'ayant pas pour effet de déclencher l'action pénale sans nouvelle intervention du lésé. Le délai de trois mois prescrit par l'art. 29 C.P. est court. Le lésé doit pouvoir en disposer librement pendant toute sa durée. Le droit de procédure cantonal ne peut dès lors pas abréger ce délai en exigeant par exemple du lésé qu'il introduise au préalable une procédure de conciliation dont la durée sera vraisemblablement d'une dizaine de jours au moins. Une telle procédure n'est admissible que si, en cas d'échec de la tentative de conciliation, le juge pénal est saisi d'office. Dans ce cas, la requête de conciliation aura le caractère d'une plainte selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, puisqu'aucune intervention nouvelle du lésé ne sera nécessaire pour déclencher l'action pénale<sup>43)</sup>.

Si en revanche, après l'échec de la tentative de conciliation, une nouvelle requête du lésé est nécessaire pour que l'instruction soit ouverte, seule cette seconde requête aura pour effet de déclencher, sans autre intervention du lésé, le procès pénal et constituera une plainte. Or, en l'absence d'une règle formelle de droit fédéral, la tentative de conciliation ne peut suspendre, ni interrompre le cours du délai de l'art. 29 C.P., dont la durée, le point de départ et le mode de computation sont impérativement fixés par le droit fédé-

---

<sup>43)</sup> R.O. 69 IV 195, J.T. 1944 IV 156.

ral et ne peuvent être modifiés par la loi de procédure cantonale<sup>44)</sup>. Ainsi, selon ce système, la requête de conciliation préalable n'ayant pas le caractère d'une plainte et la procédure de conciliation ne suspendant pas le cours du délai de l'art. 29 C. P., ce délai, que le Code accorde au lésé pour se déterminer sur l'opportunité du dépôt d'une plainte pénale, serait abrégé de la durée de la procédure de conciliation, ce qui est inadmissible.

Aussi bien, à notre sens, la procédure de conciliation ne peut être imposée obligatoirement au lésé que pour autant qu'en cas d'échec de la conciliation, il soit procédé d'office à l'instruction sans nouvelle requête du lésé.

A ce point de vue l'art. 38 de l'avant-projet valaisan ne nous paraît pas à l'abri de toute critique. En voici la teneur : «En cas de délit contre l'honneur, le plaignant doit tenter la conciliation. La procédure est réglée par le Code de procédure civile. L'acte de non-conciliation est valable trente jours. Il doit être joint à la plainte.» D'une part la requête de conciliation visée par cette disposition n'est pas une plainte; d'autre part, une plainte déposée dans les trente jours dès l'acte de non-conciliation, mais hors du délai de l'art. 29 C. P., serait tardive, quand bien même la requête de conciliation aurait été déposée dans ce délai. Cette règle a ainsi pour conséquence d'abréger le délai que le droit fédéral accorde au plaignant.

### *3º La plainte contre inconnu.*

Enfin la question de savoir si la notion de la plainte contre inconnu s'impose au droit cantonal nous paraît devoir être résolue affirmativement. Le texte de l'art. 29 C. P. ne s'oppose pas à la validité d'une telle plainte, ainsi que l'a reconnu le Tribunal fédéral. Bien plus, la notion même de plainte implique que le lésé puisse obtenir l'ouverture d'une instruction dès qu'il en a connaissance, quand bien même il en ignore l'auteur. Le droit de plainte prend en effet naissance dès la lésion par le délit des intérêts de la victime.

---

<sup>44)</sup> Cf. arrêt précité.

## § 2. — Les organes de l'action. L'organisation judiciaire.

Conformément à l'art. 64 bis al. 2 C.F., dont l'art. 365 C.P. est en quelque sorte la paraphrase, l'organisation judiciaire est de la compétence des cantons. La seule obligation qui leur incombe est de désigner, pour les infractions au droit pénal fédéral soumises à leur juridiction, les autorités chargées de l'instruction et du jugement et de délimiter leurs compétences respectives. Mais, ainsi que le soulignaient Gauthier à la seconde commission d'experts et les rapporteurs des commissions des Chambres lors des délibérations parlementaires<sup>45)</sup>, les cantons sont absolument libres d'organiser ces autorités à leur guise et de répartir à leur convenance les infractions dont elles doivent connaître. Aucune indication n'est donnée par le Code pénal ni quant au nombre de ces autorités, ni quant à leur composition. En principe, la souveraineté des cantons demeure entière, sous les réserves suivantes:

1<sup>o</sup> L'art. 345 al. 2 C.P. prévoit que le jugement des contraventions peut être attribué à une autorité administrative. Il en résulte a contrario que le jugement des infractions qualifiées crimes ou délits selon l'art. 9 C.P. doit être confié à une autorité judiciaire.

Si en soi cette solution est recommandable, on peut avoir quelque doute quant à la constitutionnalité de cette règle. Il s'agit là d'une question d'organisation judiciaire réservée en principe au droit cantonal et que le droit fédéral ne peut régir que pour autant seulement qu'une réglementation uniforme soit indispensable pour assurer une saine application de la loi pénale. Nous ne pensons pas que tel soit le cas. Et cette règle est d'autant moins opportune qu'en fait nos lois cantonales confient, sauf dans de bien rares exceptions, à des autorités judiciaires la répression des crimes et des délits<sup>46)</sup>.

---

<sup>45)</sup> Procès-verbaux de la seconde commission d'experts, t. VIII p. 55; Bull. stén. 1930 Cons nat. p. 69, 1931 Cons. Et. p. 682.

<sup>46)</sup> Dans le même sens: Bourgknecht, op. cit. p. 143.

2º De nombreuses dispositions du Code désignent expressément «le juge» comme l'autorité chargée de prendre certaines décisions<sup>47)</sup>. Il s'agit exclusivement de règles relatives à l'application de la peine ou aux mesures de sûretés et aux «autres mesures» des art. 57 et ss. C.P. Le principe posé par l'art. 345 C.P. étant admis, selon lequel seule l'autorité judiciaire peut connaître des crimes et délits, ces dispositions n'apportent pas une nouvelle restriction au droit de procédure cantonal. Relevons d'ailleurs qu'en matière de contraventions, pour autant qu'elles s'y appliquent<sup>48)</sup>, ces règles ne font pas échec à celles des art. 345 al. 2 et 367 C.P.: si les cantons confient à une autorité administrative la répression des contraventions, cette autorité aura les compétences que le Code donne au «juge».

Contrairement à l'opinion soutenue par M. le Professeur Thormann<sup>49)</sup>, nous ne pensons pas qu'il faille admettre que les décisions visées par ces dispositions ne puissent être prises que par la juridiction de jugement. Certes, de par leur nature, la plupart d'entre elles ne sont pas du ressort de la juridiction de mise en accusation, ni du juge d'instruction. Cependant, bien qu'une telle procédure ne soit pas recommandable, on pourrait concevoir que, dans des cas où les faits sont clairement établis, le juge d'instruction ou tout au moins la juridiction de mise en accusation ait la faculté, par exemple, de rendre une ordonnance de non-lieu à suivre dans un procès en diffamation, lorsqu'à l'enquête le prévenu aura reconnu la fausseté de ses allégations et les aura rétractées, acte de cette rétractation étant donné au plaignant (art. 173 ch. 3 C.P.). On pourrait concevoir également que le prévenu qui établit s'être désisté au sens de l'art. 22 C.P., qui a excédé les bornes de la légitime défense en raison d'un état d'excitation ou de saisissement causé

<sup>47)</sup> Art. 11, 13 à 17, 22, 23, 33, 34, 41 à 45, 48, 50, 51, 53 à 61, 63 à 69, 76 à 80, 173.

<sup>48)</sup> Ce sera notamment le cas pour les art. 63 à 69 relatifs à la fixation de la peine.

<sup>49)</sup> Festgabe Philipp Lothmar, p. 11.

par l'attaque (art. 33 in fine C.P.), puisse dans certains cas bénéficier d'un non-lieu, cette décision étant d'ailleurs susceptible d'être revue par le Tribunal fédéral.

Une telle procédure, nous le confirmons, n'aurait guère notre approbation. De telles décisions relèvent normalement de la juridiction de jugement. Mais il peut y avoir un intérêt à éviter un renvoi devant le tribunal quand l'issue du procès est manifeste et, du point de vue du droit fédéral, rien ne nous paraît s'opposer à cette solution. En effet, les cantons sont libres d'organiser à leur guise le procès pénal, de délimiter à leur convenance les compétences respectives du juge instructeur, de l'autorité de mise en accusation et de la juridiction de jugement. Rien ne s'opposerait à ce qu'ils chargent le même magistrat de l'enquête et du jugement. A plus forte raison peuvent-ils à notre sens conférer à telle de ces autorités judiciaires, dans certains cas déterminés, le droit de prendre une décision qui serait ordinairement de la compétence de la juridiction de jugement.

Cette procédure est d'ailleurs consacrée par la loi vaudoise, à ses articles 248 al. 2 et 261, dans le cas où une expertise médico-légale établit que l'inculpé «se trouve dans un cas d'irresponsabilité prévu par le Code pénal». Bien que les art. 14 et 15 C.P. mettent dans la compétence du «juge» la décision relative, en pareils cas, aux mesures de sûretés, le législateur vaudois a confié au Tribunal d'accusation, juridiction supérieure de mise en accusation et non de jugement, le soin d'ordonner ces mesures<sup>50)</sup>.

3º En revanche, en désignant le juge comme l'autorité compétente pour prendre les décisions relatives aux mesures de sûretés à l'égard des irresponsables, le Code pénal entend exclure la compétence de l'autorité administrative. C'est

---

<sup>50)</sup> M. le Professeur Thormann admet d'ailleurs dans ce cas la régularité de cette procédure; de même, *LogoZ*, note 1 ad art. 14. Le Projet de 1918 prévoyait expressément cette faculté à son article 388. Enfin, dans un arrêt récent, le T.F. confirme ce point de vue: R.O. 72 IV 1.

l'autorité judiciaire qui doit décider, sans pouvoir renvoyer la cause à l'autorité administrative, dont le rôle se borne à l'exécution de la mesure ordonnée par le juge. Les cantons ont toutefois la faculté de conférer à une autorité administrative ou judiciaire la compétence de faire cesser une mesure de sûreté, le Code ne précisant pas quelle est «l'autorité compétente» (art. 17 ch. 2, 42 ch. 5, 43 ch. 5, 44 ch. 4 C.P.).

4º Enfin, en précisant que les mesures de réhabilitation sont prises par le juge, le Code adopte, à ses articles 76 à 80, le principe de la réhabilitation judiciaire. Il exclut complètement le système de la réhabilitation légale, connue notamment du droit français, qui intervient automatiquement, sans examen judiciaire par l'expiration d'un certain délai<sup>51)</sup>.

### § 3. — Le for.

Le for de la poursuite et du jugement est déterminé par les articles 346 à 350 du Code pénal. Ces dispositions ne s'appliquent pas seulement aux cas de conflits intercantonaux. Elles déterminent d'une façon toute générale le for du procès pénal et ont également une portée intracantonale. Leur observation s'impose ainsi d'une façon absolue au juge cantonal même en l'absence de tout conflit intercantonal. Les règles de nos Codes de procédure cantonaux sur le for<sup>52)</sup> ne sont dès lors pas applicables aux infractions réprimées par le droit fédéral. Elles ne pourront régir que la poursuite des infractions de droit cantonal<sup>53)</sup>. On ne saurait même les appliquer à titre subsidiaire dans les cas non expressément prévus par le Code pénal, le législateur fédéral ayant entendu réglementer cette matière d'une façon exhaustive.

<sup>51)</sup> Cf. cependant l'art. 14 ch. 2 et 3 de l'ordonnance du Conseil fédéral sur le casier judiciaire, qui institue en marge du Code une réhabilitation légale. La légalité de ces dispositions est douteuse.

<sup>52)</sup> C.P.P. Fribourg, art. 7; Vaud, art. 6 à 10; Tessin, art. 12 à 14; Valais, art. 14 à 18.

<sup>53)</sup> R.O. 71 IV 221.

La constitutionnalité et l'opportunité d'une réglementation uniforme de la compétence locale par le droit fédéral, en l'absence de tout conflit intercantonal, est douteuse. La solution du Code, contenue déjà dans l'Avant-projet, avait été combattue, par M. le Professeur Thormann notamment, devant la seconde commission d'experts<sup>54)</sup>. Nous ne reprendrons pas l'examen de ce problème, qui a perdu toute importance pratique.

Mais, par une inconséquence curieuse, le législateur fédéral, tout en imposant aux cantons l'application des articles 346 et suivants du Code pénal pour la solution des conflits de compétence intracantonaux, n'a prévu aucune sanction quelconque de l'inobservation de ces règles. Aucune voie de recours à une juridiction fédérale n'est ouverte aux parties en cas de violation de ces dispositions par l'autorité cantonale. La Chambre d'accusation du Tribunal fédéral ne connaît en effet que des contestations entre les autorités de différents cantons ou des cas où l'inculpé décline la compétence des autorités d'un canton (art. 351 C.P., 264 P.P.F.). D'autre part, selon une jurisprudence bien établie<sup>55)</sup>, le pourvoi en nullité à la Cour de cassation du Tribunal fédéral n'est pas recevable pour violation des dispositions sur le for.

Ainsi, pratiquement, sur le plan intracantonal, les dispositions du Code pénal sur le for, dépourvues de toute sanction, ne lient les autorités cantonales que pour autant qu'elles le veulent bien. Leur jurisprudence pourra impunément déroger aux principes posés par le droit fédéral.

Nous n'avons pas l'intention de nous livrer ici à une exégèse des règles du Code pénal sur le for. Elles ont déjà donné lieu à une jurisprudence de la Chambre d'accusation qui, si abondante soit-elle, est loin d'avoir épuisé sous

---

<sup>54)</sup> Procès-verbaux, t. VIII p. 57. La décision de la Commission d'experts a été adoptée sans aucune discussion par les Chambres. Bull. stén. 1930 Cons. nat. p. 69, 1931 Cons. Et. p. 682.

<sup>55)</sup> R.O. 68 IV 1, J.T. 1942 I 282; R.O. 68 IV 49, J.T. 1942 I 437; R.O. 69 IV 189; R.O. 70 IV 94.

tous leurs aspects, les nombreuses et délicates questions que soulèvent les conflits de compétence. L'autorité cantonale a l'obligation — toute théorique, nous venons de le voir — de s'inspirer pour la solution des conflits intracantonaux des principes dégagés par cette jurisprudence sur le plan intercantonal.

Deux questions, non résolues par le droit fédéral, se posent à ce propos :

*a)* Selon l'art. 264 P.P.F., l'inculpé a qualité pour saisir la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral lorsqu'il conteste la compétence de la juridiction d'un canton, quand bien même il n'y a pas de conflit entre les autorités cantonales<sup>56)</sup>. Le droit fédéral reconnaît ainsi à l'inculpé, en matière intercantionale, un droit à être déféré à l'autorité compétente. Nous ne voyons pas de motifs de nous écarter de cette règle en matière intracantonale. Puisque les principes généraux de compétence locale posés par le Code pénal s'imposent aux cantons à l'intérieur de leur territoire, on doit mettre l'inculpé au bénéfice du droit qui lui est reconnu de saisir l'autorité supérieure — ce sera alors l'autorité cantonale — du conflit qui le diviserait du juge de l'enquête quant au for de la poursuite à l'intérieur du canton.

*b)* En vertu des articles 262 et 263 P.P.F., la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral peut déroger aux règles des articles 349 et 350 C.P relatives au for en cas d'infractions commises par des co-auteurs ou de concours d'infractions. Le Tribunal fédéral a conféré une portée générale à ces dispositions et a admis que la Chambre d'accusation pouvait dans tous les cas, pour des motifs pertinents, déroger aux dispositions du Code relatives au for<sup>57)</sup>. Le même pouvoir doit être accordé à l'autorité cantonale à qui il appartient de statuer en dernier ressort sur les conflits de compétence à l'intérieur du canton. Les motifs qui ont

---

<sup>56)</sup> Cette règle, introduite par l'O.J.F. de 1943, avait déjà été dégagée par la jurisprudence du Tribunal fédéral, sous l'empire du droit antérieur. R.O. 68 IV 1 et 49; J.T. 1942 282 et 437.

<sup>57)</sup> R.O. 71 IV 156, J.T. 1946 IV 21.

conduit le législateur à autoriser des dérogations à la réglementation légale en cas de conflits intercantonaux valent également lorsqu'il s'agit de déterminer le for de la poursuite à l'intérieur du canton.

#### § 4. — Les formalités de la procédure.

##### I.

Le législateur s'est montré particulièrement soucieux de respecter le principe posé par l'art. 64 bis al. 2 C.F. et confirmé à l'art. 365 al. 1 C.P., selon lequel la procédure devant les autorités cantonales est fixée par les cantons. Ce souci s'est manifesté par la suppression, lors des délibérations parlementaires, de certaines exceptions que le Projet du Conseil fédéral apportait à ce principe. C'est ainsi que les articles 385 al. 2 du Projet prohibant sous quelques réserves la procédure d'accusation privée, 392 relatif à la procédure à suivre à l'égard des délinquants mineurs, ont été biffés par les Chambres.

On peut dire avec Gauthier que l'intrusion de la Confédération dans le domaine de la procédure pénale est moins accentuée qu'elle ne l'a été dans le domaine de la procédure civile.

Si l'on fait abstraction de quelques dispositions de détail, relatives principalement à la communication des décisions (art. 251, 265 P.P.F.), ainsi que de l'art. 366 C.P. qui traite de l'immunité parlementaire et des poursuites contre les autorités supérieures, règle exceptionnelle et que nous pouvons laisser de côté, le droit fédéral ne contient qu'une seule disposition générale concernant la procédure stricto sensu. C'est l'article 367 du Code pénal qui prescrit aux cantons de poursuivre et juger les contraventions prévues par le Code pénal selon la procédure instituée par le canton pour les contraventions de droit cantonal. Si l'on comprend l'intention du législateur de voir juger les contraventions «promptement, sans solennités inutiles et à peu de frais»<sup>58)</sup>,

<sup>58)</sup> Procès-verbaux de la seconde commission d'experts, t. VIII p. 161.

la nécessité de cette intrusion dans le domaine réservé aux cantons ne paraît cependant pas évidente. Cette disposition nous semble d'autant moins opportune que les contraventions du Code pénal ne se distinguent pas essentiellement des délits, tandis que dans plusieurs cantons la notion de contravention comprend principalement des infractions à des prescriptions d'administration ou de procédure, d'une importance moindre et d'un caractère différent, l'élément subjectif pouvant ne jouer aucun rôle. L'application de la même procédure à ces diverses sortes d'infractions peut présenter des inconvénients plus sérieux que ne sont appréciables les avantages que l'on peut attendre de cette disposition.

## II.

Mais si, sous cette réserve, le législateur fédéral respecte la souveraineté des cantons dans toute la mesure compatible avec l'unification du droit, il ne faut néanmoins pas perdre de vue que la procédure n'est pas un but en soi. Destinées avant tout à mettre en œuvre le Code pénal, nos lois de procédure doivent permettre au juge d'instruire sur chacun des éléments, sur tout fait, matériel ou psychique, que la règle de droit pénal prend en considération. Les seules limites qui puissent être tracées à ce pouvoir nécessaire du magistrat sont celles que commande la protection des droits individuels des parties au procès ou des tiers impliqués dans l'instruction.

Quelles sont les conséquences d'un tel principe ?

Notre intention n'est pas d'épuiser la liste des règles d'application qu'il implique, règles dont le contenu variera d'ailleurs selon les divers systèmes de procédure. Il suffira que nous posions quelques règles générales.

1<sup>o</sup> Le système de la procédure accusatoire, selon lequel le juge se borne à apprécier les preuves qui lui sont administrées par les parties, sans pouvoir ordonner d'office une enquête sur d'autres faits qui lui paraissent relevants, est incompatible avec le principe que nous venons de poser

et ne peut être appliqué dans toute sa rigueur. Des tempéraments doivent nécessairement lui être apportés. Si encore un tel système peut être admis pour ce qui concerne la preuve de la commission de l'infraction et des circonstances qui l'ont accompagnées, il ne saurait être appliqué relativement aux faits déterminants pour le choix ou la mesure de la sanction. L'article 63 C.P. impose au juge l'obligation de fixer la quotité de la peine en prenant en considération plusieurs éléments, tous subjectifs. Il appartiendra dès lors au juge d'instruire d'office sur ces éléments. Le Code pénal lui impose d'apprécier la culpabilité du délinquant, de tenir compte des mobiles de son acte, de ses antécédents, de sa situation personnelle. Or, ce serait fausser l'application de cette règle si importante de notre Code que d'obliger le juge à se décider selon les seules preuves administrées à la diligence des parties. La fixation de la peine ne saurait dépendre de l'habileté ni de la diligence avec laquelle l'inculpé — ou son défenseur --- a rapporté ses preuves. Aussi bien estimons-nous que, dans le cadre des faits retenus par l'ordonnance de renvoi, pour la détermination de la sanction tout au moins, le juge a toujours la faculté et le devoir, en vertu du droit fédéral, de s'entourer d'office de tous les renseignements qui lui paraissent utiles et cela nonobstant les règles de procédure cantonales qui restreindraient son rôle à celui d'un simple arbitre des arguments et des preuves présentés à sa barre par les parties. Cette règle nous paraît devoir d'autant plus s'imposer que, dans la procédure accusatoire, lorsque l'inculpé plaide non coupable, les parties — et la défense surtout — feront principalement porter l'instruction sur les éléments de l'infraction.

Cette règle vaut également dans les cas où la législation cantonale soumet aux règles de la procédure civile la poursuite de certaines infractions, comme cela est le cas dans certains cantons de la Suisse allemande pour les délits d'atteinte à l'honneur.

2º Pour les mêmes motifs, il nous paraît nécessaire que le juge du fond ne soit pas tenu de limiter ses investigations

aux seuls éléments recueillis à l'enquête. Le juge d'instruction est avant tout préoccupé par la nécessité de réunir les indices de la commission du délit. La question principale qu'il se pose est celle du renvoi à la juridiction de jugement. Il s'ensuivra tout naturellement que la question de la détermination de la peine passera pour lui au second plan<sup>59).</sup> Il importe dès lors que la juridiction de jugement puisse toujours, dans le cadre de l'inculpation, combler les lacunes de l'enquête en ordonnant un complément d'instruction. Il est sans importance qu'elle y procède directement ou qu'elle renvoie la cause au juge d'instruction. L'essentiel est qu'elle ne soit pas obligée, par la procédure, de prononcer une sanction sans posséder tous les éléments sur lesquels le Code pénal lui ordonne de fonder sa décision.

3º Ce très large pouvoir d'investigation doit surtout être reconnu au juge lorsque l'application d'une mesure de sûreté peut être envisagée. Nous ne pensons pas qu'une procédure spéciale doive être instituée en cette matière. Cela pourrait d'autant moins être le cas qu'ordinairement la question ne se posera que devant la juridiction de jugement. Mais au moins le juge du fond doit-il pouvoir instruire sans être limité par des règles de procédure trop étroites.

Il est en effet fréquemment difficile de déterminer si les conditions posées par le Code pour l'application de certaines de ces mesures sont réalisées dans une espèce donnée. Il suffit de rappeler quelques termes de la loi: «...lorsqu'il (l'accusé) manifeste un penchant au crime ou au délit, à l'inconduite ou à la fainéantise...» (art. 42), «...si le condamné paraît pouvoir être formé au travail...» (art. 43), «...un buveur d'habitude... si l'infraction est en rapport avec le penchant à la boisson...» (art. 44). Voilà autant de notions portant sur un complexe de faits, exigeant parfois une analyse du caractère, des penchants du prévenu. Or ce sont là des faits sur lesquels l'enquête porte rarement. Tout au plus trouvera-t-on au dossier un rapport de police rassemblant

---

<sup>59)</sup> Cf. les remarques judicieuses de M. le Professeur Germann, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, p. 146.

quelques renseignements de seconde main recueillis par un fonctionnaire subalterne de la police judiciaire. Il est dès lors indispensable que le juge, qui a la tâche d'examiner si ces conditions sont réunies, puisse librement faire porter son enquête sur tous les éléments qui lui paraissent utiles pour former sa conviction et cela sans être limité par d'autres règles de forme que celles qui garantissent à l'inculpé le droit de discuter les preuves recueillies.

Là plus qu'ailleurs le pouvoir d'investigation du juge du fond doit être absolu. Nous tenons pour incompatible avec le droit fédéral toute règle limitant ce pouvoir, qui ne soit pas dictée par le souci de sauvegarder les droits individuels du prévenu, notamment toute règle de procédure restreignant la connaissance du juge du fond aux faits et moyens de preuve retenus à l'enquête ou aux seuls éléments qui, selon les règles de la procédure accusatoire, lui sont apportés par les parties.

C'est ainsi notamment que même en l'absence de toute disposition de droit cantonal, tant le juge du fond que le juge d'instruction devront recourir à un expert s'ils ont des doutes quant à la responsabilité de l'inculpé (art. 13 C.P.). La même solution doit être admise s'il y a lieu de prononcer le renvoi dans une maison d'éducation au travail<sup>60)</sup>. Même dans les cas où l'expertise n'est pas obligatoire en vertu du droit fédéral, le juge doit pouvoir l'ordonner en tout état de cause, s'il estime ne pas être en mesure de résoudre sans le concours de l'homme de l'art les questions délicates que soulève l'application des art. 42 et ss. C.P. Cette faculté doit être reconnue également au juge à défaut d'expertise lors de l'enquête, et cela nonobstant les règles de droit cantonal qui restreindraient sur ce point les pouvoirs de la juridiction de jugement, avec cette réserve que les droits ordinairement accordés à la partie en matière d'expertise (récusation de l'expert, réquisition d'un complément d'expertise ou d'une seconde expertise, discussion contradictoire du rapport, etc.) soient garantis.

<sup>60)</sup> R.O. 70 IV 4, J.T. 1944 IV 34.

Nous ne méconnaissions pas qu'une telle exigence alourdit la procédure. Elle comporte des frais, prolonge sensiblement le procès, provoque des complications considérables si le tribunal siège avec l'assistance du jury. Mais la gravité de ces mesures justifie que le juge doive être mis en état de les ordonner à bon escient et que l'inévitable marge d'erreur soit réduite dans toute la mesure de nos possibilités. A ce défaut, le juge consciencieux hésitera à y recourir. Or on ne saurait admettre qu'une procédure déficiente restreigne par un formalisme désuet ou pour des motifs de pure convenance, l'application de ces mesures, qui constituent dans l'idée du législateur le moyen le plus efficace pour l'amendement ou la guérison de certaines catégories de délinquants.

4º Si l'on tient compte du fait que le Code pénal met l'accent sur les éléments subjectifs du délit, tant en ce qui concerne la définition de l'infraction que pour la détermination de la peine, il est indispensable que le juge du fond ait l'obligation stricte de faire comparaître personnellement l'inculpé et de lui donner amplement l'occasion de s'exprimer non seulement sur les conditions de l'infraction, mais également sur ses antécédents. L'interrogatoire est une formalité indispensable, et cela même quand le prévenu a fait des aveux complets à l'enquête. Une procédure dans laquelle le tribunal fonderait sa conviction uniquement sur les procès-verbaux des opérations de l'enquête nous paraît incompatible avec le Code pénal, et cela quand bien même l'instruction aurait été faite par une délégation du tribunal<sup>61).</sup>.

5º Pour les mêmes motifs, l'institution du relief nous paraît s'imposer en matière de jugements par défaut. Un jugement rendu par défaut est un jugement rendu au hasard. Seul le contact direct que le juge prend avec l'accusé, si bref soit-il, lui permet de se faire une opinion à tout le moins approximative sur la personnalité de l'auteur de l'infraction, élément déterminant pour l'application de la peine.

---

<sup>61)</sup> Cf. C.P.P. Valais, art. 280 et ss.

Tels sont les principes généraux qui, à notre avis, doivent être déduits du Code pénal, principes qui sont consacrés d'ailleurs par nos lois de procédure modernes et auxquels nos codes cantonaux modernes ne dérogent pas. On pourrait certes formuler d'autres règles de lege ferenda. Mais nous sortirions du cadre que nous nous sommes fixé et nous entendons nous limiter aux seules règles que l'application du droit fédéral impose au droit de procédure cantonal. Or à ce point de vue, nous ne pensons pas que d'autres principes importants puissent être déduits du Code pénal, qui restreindraient la liberté des cantons d'organiser le procès pénal à leur guise et selon leurs conceptions propres. Nous ne prétendons pas que sur tel point de détail, telle disposition de l'un ou l'autre de nos codes de procédure ne puisse entrer en conflit avec le droit fédéral. Il nous paraît cependant superflu d'entrer dans le détail de la réglementation.

## Chapitre II.

### **Les preuves.**

#### I.

Le droit des preuves est en relation étroite avec le droit matériel. L'objet du procès pénal est avant tout d'établir l'existence des éléments constitutifs de l'infraction. Le droit de procédure est ainsi dominé par la préoccupation de rassembler les preuves du délit et de les apprécier. Inversément, la théorie du droit pénal ne peut être indifférente aux questions de preuves. Le droit matériel doit au contraire tenir compte de la nécessité de la preuve qu'implique son application. La définition qu'il donne de l'infraction doit être composée d'éléments tous susceptibles d'être prouvés, c'est-à-dire constatés, directement ou indirectement, par un tiers, le juge, chargé de vérifier l'existence de ces éléments. Le droit matériel doit donc se limiter en principe, dans la définition du délit, à des faits apparents ou tout au moins

susceptibles d'être déduits avec certitude d'un comportement non équivoque<sup>62)</sup>.

Un des plus graves reproches qu'on puisse faire à notre Code pénal est, à notre sens, qu'il ne tient pas suffisamment compte de cette nécessité. Des éléments subjectifs spéciaux entrent fréquemment dans la définition du délit. Certains d'entre eux — tels que l'astuce, la bassesse de caractère, la malveillance, pour ne citer que quelques exemples — sont souvent difficiles à constater, car ils se manifestent rarement par des comportements non équivoques, dont le juge puisse déduire avec sûreté, non pas seulement l'intention de l'agent, mais ses sentiments.

Bien plus, dans certains cas, notre Code, influencé par les doctrines positivistes, ne fait pas seulement du délit l'objet de la preuve. L'infraction, une fois constatée dans tous ses éléments, devient elle-même un moyen de preuve selon lequel le juge appréciera le degré plus ou moins grand de nocivité de l'agent. C'est ainsi que les articles 137 et 139 prévoient une peine aggravée lorsque le vol ou le brigandage ont été commis «dans des circonstances qui dénotent que leur auteur est particulièrement dangereux». Le crime d'assassinat, passible selon l'article 112 de la réclusion à vie, n'est pas autre chose qu'un meurtre qualifié, dont les circonstances qui l'accompagnent révèlent le caractère particulièrement dangereux de l'auteur.

Le rôle de juge n'est ainsi pas seulement de constater des faits, mais de les interpréter. Il devra tenter de reconstituer le processus psychologique qui explique tel comportement. Sa conviction devra se former non seulement sur des actes matériels et l'intention que révèlent ces actes, mais sur les sentiments du délinquant, sur les mobiles profonds auxquels il a obéi. Et lorsque la loi ordonne au juge de fixer la peine selon la culpabilité de l'agent au sens de l'article 63 C.P., quand elle lui prescrit d'examiner si les circonstances de l'infraction font apparaître son auteur

---

<sup>62)</sup> Cf. von Overbeck, *Beweisrecht und materielles Strafrecht*, R. P. S. 1920 p. 234.

comme «particulièrement dangereux» (art. 112, 137, 139 C.P.), elle invite le magistrat à apprécier non plus seulement un complexe de faits bien limité, mais toute la personnalité de l'auteur du délit.

Le domaine de la preuve se trouve dès lors singulièrement élargi. Il n'est plus restreint à la démonstration directe de faits déterminés, dans le but de créer chez le juge la certitude. Il s'étend à la démonstration de phénomènes matériels et psychiques les plus divers, à travers lesquels le juge, faisant appel à son expérience de la vie, à ses connaissances psychologiques notamment, appréciera un caractère ou plus exactement tentera de le définir, de s'en faire une représentation aussi exacte que possible.

Nous pouvons d'emblée déduire deux conséquences de cette constatation:

- le système des preuves légales est incompatible avec un tel élargissement du domaine de la preuve;
- la preuve indirecte ou preuve par indices va prendre une importance accrue.

## II.

En matière d'infractions à des dispositions pénales de droit fédéral, l'article 249 P.P.F. pose la règle suivante:

«L'autorité appelée à juger apprécie librement les preuves. Elle n'est pas liée par des règles concernant les preuves légales.»

Cette disposition consacre — et impose aux cantons — le système de l'appréciation des preuves selon l'intime conviction du juge, dont on ne saurait donner de meilleure définition qu'en reproduisant l'article 342 du Code d'instruction criminelle français contenant les instructions au jury:

«La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels il se sont convaincus; elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le re-

cueillement, et de chercher dans la sincérité de leur conscience quelle impression ont faite sur leur raison les preuves apportées contre l'accusé et les moyens de défense. La loi ne leur dit point: «Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté »par tel ou tel nombre de témoins»; elle ne leur dit pas non plus: «Vous ne regarderez pas comme suffisamment établie »toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, »de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices»; elle leur fait cette seule question qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: «Avez-vous une intime conviction?»

Le système des preuves légales, qui a d'ailleurs complètement disparu de nos législations cantonales depuis que le Canton du Valais l'a abandonné en 1932, est ainsi proscrit.

La règle de l'appréciation des preuves selon l'intime conviction du juge est un des aspects du principe plus général, dit de la «vérité matérielle» (Prinzip der materiellen Wahrheit), qui veut que la constatation des faits par le juge serre d'aussi près que possible la réalité. L'application de ce principe, que la doctrine<sup>63)</sup> déduit de la conception moderne du droit de punir, considéré comme droit compétant à l'Etat seul, se justifie en outre, dans notre législation, par la nécessité de faire reposer l'application du droit fédéral sur les mêmes bases dans les différents cantons<sup>64)</sup>). Il est enfin, comme nous venons de le souligner, le corollaire d'un droit pénal qui fait une place si large à l'élément subjectif.

Nous allons examiner les conséquences que cette règle a pour les droits de procédure cantonaux, en examinant successivement le fardeau de la preuve, l'administration des preuves et leur appréciation.

### III.

#### **Le fardeau de la preuve.**

A la différence du Code civil, notre Code pénal ne contient aucune disposition quelconque relative au fardeau de

<sup>63)</sup> Cf. Pfenninger, Das Materialprinzip des modernen Strafprozeßrechts, R. P. S. 1918 p. 61, voir notamment p. 139.

<sup>64)</sup> Cf. Staempfli, Z. S. R. 1931 p. 72 a.

la preuve. On doit néanmoins admettre que le principe «onus probandi incumbit eo qui agit» s'impose au droit de procédure cantonal d'une façon générale et que c'est à l'accusation qu'incombe le fardeau de la preuve.

Il s'ensuit que l'innocence du prévenu est toujours présumée et qu'il appartient à l'accusation de rapporter la preuve de chacun des éléments du délit, tant subjectifs qu'objectifs. C'est là un principe fondamental et le droit de procédure cantonal ne peut y faire échec par l'institution de présomptions qui renverseraient le fardeau de la preuve. Sur un seul point, la preuve est facilitée à l'accusation : c'est en ce qui concerne la responsabilité du prévenu, qui est toujours présumée. Mais encore est-il excessif de parler ici de présomption au sens où l'entend le langage juridique. Il ne s'agit pas là d'une règle ayant pour effet de renverser le fardeau de la preuve. Selon l'article 13 C.P., le simple doute sur la responsabilité de l'accusé détruit cette présomption, et le juge doit alors commettre un expert. Si le rapport d'expertise laisse subsister ce doute, il profitera à l'accusé. C'est donc là une simple présomption de fait : l'accusation est dispensée d'établir dans chaque cas la responsabilité de l'accusé dans la mesure seulement où cette responsabilité est évidente et nullement contestée<sup>65)</sup>.

Une exception importante doit cependant être apportée à cette règle.

Fréquemment le juge répressif est appelé à résoudre une question préjudicielle de droit civil. Or le régime de la preuve dépend non pas de la juridiction saisie, mais de la nature de la question soumise au juge. Le juge pénal sera dès lors tenu pour résoudre la question de droit civil qu'il tranche incidemment, de se conformer aux présomptions posées par la loi civile, qui dans certains cas renversent le fardeau de la preuve.

---

<sup>65)</sup> Cf. Logoz, Commentaire, note 3 ad art. 10.

## IV.

**L'administration des preuves.**

Par administration des preuves dans son sens large, nous entendons aussi bien la recherche des preuves et la conservation des moyens de preuves à l'enquête que l'administration des preuves stricto sensu lors des débats.

1<sup>o</sup> L'application du principe de la «vérité matérielle» implique à notre sens que tous les moyens d'investigation soient mis à la disposition de la justice. Le juge doit pouvoir recourir librement à tout mode de preuve quelconque.

2<sup>o</sup> Quant aux pouvoirs du juge pour ordonner ou refuser l'administration de telle preuve dans tel cas particulier, c'est là une question qui est tranchée par le juge du fait, dont la décision sur ce point ne saurait être attaquée pour violation du droit fédéral par un pourvoi en nullité à la Cour de cassation fédérale. Le juge cantonal est libre, selon le droit fédéral, d'apprécier, en se fondant sur sa seule conviction, la pertinence de tel moyen de preuve invoqué<sup>66)</sup>.

Est réservé le cas où le Code pénal oblige le juge à procéder à une expertise. Cette obligation, expressément consacrée par l'article 13 C.P., a été étendue par la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>67)</sup> au cas du renvoi dans une maison d'éducation au travail.

3<sup>o</sup> Certains auteurs considèrent également que la conception actuelle du droit pénal implique le principe de «l'immédiateté des preuves» (*Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme*): la juridiction de jugement doit entendre directement les témoins, notamment, et ne peut se contenter de prendre connaissance des procès-verbaux des auditions auxquelles il a été procédé à l'enquête. Bien que cette dernière procédure nous paraisse peu recommandable, elle ne nous semble guère devoir être proscrite par le droit fédéral. Le Code valaisan actuel (art. 280 et ss.) ignore le principe de l'immédiateté des preuves et le Tribunal fédéral n'a jamais,

---

<sup>66)</sup> R.O. 57 I 60; R.O. 70 IV 151, J.T. 1945 IV 98.

<sup>67)</sup> R.O. 70 IV, J.T. 1944 IV 34.

à notre connaissance, considéré cette procédure incompatible avec le droit fédéral.

4<sup>o</sup> En ce qui concerne enfin les formalités relatives à l'administration des preuves, aucune restriction n'est apportée, de par le droit fédéral, au pouvoir souverain des cantons dans ce domaine. L'obligation de respecter l'égalité des droits des parties, de donner au prévenu l'occasion de discuter les preuves, dérive non pas du Code pénal, mais des dispositions relatives à la garantie de la liberté individuelle. Ce n'est pas une conséquence de l'application du droit fédéral.

5<sup>o</sup> Enfin, si une question préjudiciale de droit civil se pose, la loi de procédure cantonale peut librement soit conférer au juge pénal le droit de statuer sur cette question, soit prévoir la suspension du procès pénal jusqu'à ce que la juridiction civile ait tranché la question préjudiciale de droit civil, soit enfin autoriser le juge pénal à décider dans chaque cas s'il tranchera lui-même le litige de droit civil ou s'il surseoirà à sa décision jusqu'au prononcé du juge civil<sup>68)</sup>. C'est cette dernière solution qu'adoptent les Codes vaudois et neuchâtelois.

## V.

### L'appréciation des preuves.

Devant apprécier les preuves selon son intime conviction, le juge pénal n'est lié en ce domaine par aucune disposition contraire que pourrait contenir le droit cantonal.

Cette règle vise l'aveu comme tous les autres modes de preuve. En vertu du principe de l'appréciation des preuves selon l'intime conviction, l'aveu ne peut jamais être considéré par nos droits de procédure comme un acte formel, qui dispense l'accusation de rapporter la preuve qui lui incombe, et surtout qui dispense le juge d'apprécier librement, en s'aidant des autres constatations faites à l'enquête, de la véracité de cet aveu.

---

<sup>68)</sup> R.O. 71 IV 196, J.T. 1946 IV 95.

C'est ainsi que l'ancien Code de procédure pénale vaudois disposait que dans les causes criminelles, l'accusé pouvait, avec le consentement exprès de son défenseur, se reconnaître coupable des faits mis à sa charge par l'arrêt d'accusation. Par cet aveu, qui était irrévocable, l'accusé renonçait au bénéfice du jury. Les faits avoués étaient réputés constants et la Cour ne statuait que sur l'application de la peine (art. 85 et 397).

Une telle procédure, qui n'était alors pas unique en Suisse<sup>69)</sup>, n'est pas compatible avec la règle selon laquelle le juge apprécie librement les preuves. Elle oblige en effet le juge à tenir pour constant un fait avoué, quand bien même sa conviction serait différente. Même restreinte aux seuls éléments de fait, par opposition à certaines qualifications juridiques, telles que, par exemple, «faire métier d'une infraction», elle nous paraît inadmissible. Le juge ne doit pas être obligé par la loi de procédure à admettre contre sa conviction un fait comme constant, quand bien même une telle présomption résulterait d'un aveu. La pratique ne révèle que de trop nombreux cas où l'aveu ne correspond pas à la réalité.

Il est certes loisible au législateur cantonal d'autoriser le prévenu à renoncer au jury, comme le fait l'article 385 du Code genevois pour les causes correctionnelles, mais cette renonciation ne doit pas comporter une présomption irréfragable de la véracité de l'aveu.

Quant aux autres moyens de preuves, aucune disposition cantonale ne saurait, sans entrer en conflit avec l'art. 249 P.P.F., accorder à tels d'entre eux, à certaines catégories de titres notamment, une valeur probante déterminée, qui s'impose au juge. C'est ainsi que les règles qu'on trouve encore dans certaines lois vaudoises antérieures au Code pénal, par exemple, selon lesquelles les procès-verbaux officiels font foi de leur contenu, ne lient plus le juge cantonal. Un jugement qui, en vertu de ces dispositions, retiendrait

---

<sup>69)</sup> Cf. Pfenninger, S.J.Z. 9 p. 44, ainsi qu'un récent arrêt thurgovien, S.J.Z. 1946 p. 142 n° 48.

comme constant le contenu d'un tel procès-verbal, sans que le juge ait librement formé sa conviction, serait attaquable par la voie du pourvoi en nullité pour violation de l'art. 249 P.P.F.

Dans certains cas, la règle de l'art. 249 P.P.F. entrera en conflit avec certaines dispositions du Code civil qui confèrent à des titres déterminés une présomption d'authenticité. C'est ainsi que selon l'art. 9 C.C., les registres publics et les titres authentiques font foi des faits qu'ils constatent et dont l'inexactitude n'est pas prouvée. C'est le cas notamment pour les actes de l'état civil (art. 33 C.C.) pour les actes passés en la forme authentique (art. 181, 198, 248 et ss., 267, 337, 498, 512, 657, 763, 799 C.C.), pour le registre foncier, pour le registre du commerce.

Il en est de même d'autres présomptions posées par la loi civile, telles par exemple la présomption de propriété du possesseur (art. 930 C.C.) ou celle de paternité légitime de l'art. 252 C.C., présomption qui devient irréfragable si l'action en désaveu n'est pas introduite dans le délai de trois mois.

Ces présomptions de droit civil l'emportent-elles sur le principe de l'appréciation des preuves selon l'intime conviction du juge que l'art. 249 P.P.F. impose au juge pénal ?

Dans la très grande majorité des cas, le juge pénal n'aura à appliquer ces règles de droit civil que dans la mesure où il devra résoudre une question préjudicelle de droit civil. Or tant que la loi pénale se réfère à la loi civile, qu'elle en adopte les notions, le juge pénal respectera les présomptions du droit civil. Le principe que nous avons posé plus haut en ce qui concerne le fardeau de la preuve, selon lequel le régime de la preuve ne dépend pas de la juridiction saisie, mais de la question à juger, s'applique ici également.

C'est ainsi que la notion de «chose mobilière appartenant à autrui» contenue dans les définitions du vol, de l'abus de confiance, du détournement et de l'appropriation d'objets trouvés (art. 137, 140, 141 C.P.), est empruntée au droit civil. Le droit pénal renforce la protection de la propriété telle que l'institue le droit privé.

Il en est de même de la violation d'une obligation d'entretien (art. 217 C. P.): la notion de proche, définie à l'art. 110 C. P., celle d'enfant naturel ne sont pas propres au droit pénal et ne peuvent pas être interprétées selon d'autres règles que celle posées par le Code civil. Ce sont, au contraire, les définitions de notre droit de famille qui sont reprises par le Code pénal, avec toutes les présomptions posées par le droit privé. L'art. 217 C. P. protège la famille telle que l'institue le droit civil. Il renforce les sanctions instituées par le droit privé en cas de violation d'une obligation d'entretien. C'est donc aux règles de ce droit que le juge pénal devra se référer pour apprécier si les conditions de la répression sont réunies, les termes employés par la règle de droit pénal devant être pris dans le sens que leur donne la loi civile. Aussi bien est-ce avec raison que la jurisprudence a considéré que le délit de l'art. 217 C. P. était constitué, quand bien même le juge doutait que le créancier de la dette alimentaire fût bien le fils véritable de l'accusé, du moment que l'enfant, né pendant le mariage, n'avait pas été désavoué. Le juge pénal est lié par la présomption absolue de l'art. 252 C. C. et ne peut autoriser l'accusé à rapporter des preuves tendant à détruire cette présomption<sup>70)</sup>. Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation du Tribunal fédéral, se fondant sur la jurisprudence des Chambres civiles, a déclaré que celui qui assume des obligations pécuniaires envers un enfant naturel, alors qu'il est ou pourrait être en butte à une action en paternité, est réputé être le père de l'enfant sans être admis à rapporter la preuve contraire devant le juge pénal. La Cour a admis ici une présomption irréfragable de paternité, liant le juge répressif également<sup>71)</sup> <sup>72)</sup>.

<sup>70)</sup> S. J. Z. 40 (1945) p. 174 n° 110.

<sup>71)</sup> R. O. 71 IV 196, J. T. 1946 IV 44, où cet arrêt est suivi d'une note excellente de M. H. Deschenaux, greffier du Tribunal fédéral.

<sup>72)</sup> Pour des motifs analogues, on doit admettre que si la question préjudiciale de droit civil a été préalablement tranchée par la juridiction civile, le juge pénal est lié par le jugement civil, si ce dernier a autorité de chose jugée.

Le problème est beaucoup plus délicat en revanche si la règle de droit pénal ne se réfère pas au droit civil, mais donne à certains termes un sens particulier, propre au droit pénal, différent de l'acception dans laquelle ces termes sont pris dans la loi civile. Le juge pénal doit alors interpréter pour eux-mêmes les termes auxquels la loi pénale recourt, il doit en dégager le sens en tenant compte exclusivement du but poursuivi par le Code pénal.

Pour ne prendre qu'un exemple, la répression de l'inceste (art. 213 C.P.), bien que cette incrimination figure au titre relatif aux infractions contre la famille<sup>73)</sup>, ne nous paraît pas constituer un renforcement des règles du Code civil relatives au droit de la famille. Les commentateurs du Code pénal s'accordent pour estimer que le fondement de la répression de ce crime réside dans la réprobation que soulève le comportement visé par cette disposition et dans des motifs d'hygiène sociale, et cela indépendamment des règles du Code civil relatives aux empêchements de mariage<sup>74)</sup>. On peut soutenir que les termes «ascendant, descendant, frère, sœur» sont pris, à l'art. 213 C.P., dans un sens différent de celui qu'ils ont au Code civil et que la loi pénale vise un rapport de parenté naturelle par opposition à la notion juridique de droit privé. On peut alors se demander si la présomption irréfragable de paternité de l'art. 252 s'impose dans ce cas au juge pénal. Et nous serions enclin à admettre que l'accusé, en matière d'inceste, soit autorisé à rapporter la preuve que la personne avec laquelle il a entretenu des relations intimes n'est pas véritablement issue de lui, bien qu'inscrite comme son enfant dans les registres de l'état-civil et née de son épouse pendant le mariage, cela malgré la présomption de l'art. 252. Nous ne

---

<sup>73)</sup> Jusqu'à l'avant-projet de 1903, l'inceste figurait au nombre des délits contre les mœurs.

<sup>74)</sup> Thormann et von Overbeck, note 1 ad art. 213; Hafter, t. II/2 p. 426. Ce dernier auteur paraît justifier l'incrimination de l'art. 213 par l'intérêt de la morale familiale (*Delikt gegen die Reinhaltung der Familie*).

donnons pas cette solution pour certaine. Elle dépendra de la signification que le juge pénal donnera aux termes de la définition de l'art. 213 C.P. Mais si l'on admet que ces termes doivent être pris dans une acceptation distincte de celle qu'ils ont dans la loi civile, les présomptions du droit privé ne lient pas le juge pénal.

Enfin, les prescriptions imposant au juge pénal de recourir dans certains cas à l'avis d'un expert<sup>75)</sup> ne restreignent en rien le principe de l'appréciation des preuves selon l'intime conviction du juge. Ces règles n'imposent au magistrat que l'obligation de confier à un homme de l'art le soin de procéder à certaines investigations qui requièrent des connaissances spéciales ou de l'éclairer sur une question scientifique ou technique. Elles visent à donner au juge des bases plus larges sur lesquelles il pourra fonder sa conviction, mais nullement à restreindre son pouvoir d'appréciation. Elles l'obligent à s'informer. Mais en revanche elles n'impliquent en aucune façon que l'expert se substitue au juge, lequel n'est jamais lié par les conclusions de l'homme de l'art.

### Chapitre III.

#### **Le jugement.**

##### I.

L'institution du recours en nullité au Tribunal fédéral a une influence directe sur la forme des jugements rendus par la juridiction cantonale. La connaissance de la Cour de cassation fédérale est limitée à l'application du droit. Elle ne revoit pas les faits, mais contrôle uniquement le rapport établi par les juges inférieurs entre les faits qu'ils ont définitivement constatés et le droit, dont l'interprétation souveraine lui appartient.

---

<sup>75)</sup> Art. 13 C.P., en cas de doute sur la responsabilité de l'accusé; art. 43 C.P., en cas de renvoi dans une maison d'éducation au travail (R.O. 70 IV 4, J.T. 1944 IV 34).

Il est donc indispensable que le jugement cantonal déferé à la Cour fédérale contienne des éléments qui permettent à cette juridiction de constater dans tous les cas si ce rapport entre le fait et le droit a été correctement établi par le juge cantonal.

Cette règle n'est pas posée expressément. Mais elle est implicitement contenue à l'art. 277 P.P.F., aux termes duquel la Cour de cassation annule la décision attaquée lorsqu'elle est entachée de vices tels qu'il est impossible de constater de quelle façon la loi a été appliquée. La cause est alors renvoyée à la juridiction cantonale pour nouvelle décision.

L'institution du recours au Tribunal fédéral impose ainsi à la juridiction cantonale l'obligation de motiver sa décision, dans la mesure tout au moins où le juge de première instance ne jouit pas d'un pouvoir souverain d'appréciation, mais est lié par les règles légales<sup>76)</sup>. Si l'on fait abstraction de l'institution du jury, dont nous traiterons ci-dessous, cette obligation n'implique pas des règles spéciales de la loi de procédure cantonale. Elle s'adresse directement au juge et lui impose un minimum de formalités dans la rédaction du jugement. Au surplus, ce problème n'est pas particulier aux relations entre le droit pénal fédéral et la procédure cantonale : il se présente dans tous les droits de procédure qui connaissent l'institution du pourvoi en cassation pour fausse application de la loi pénale. Il a été abondamment débattu en France<sup>77)</sup>. Nous estimons inutile de refaire ici l'exposé d'un problème qui n'est ni nouveau ni spécial à notre droit. Tout au plus nous paraît-il

<sup>76)</sup> Dans la mesure où le juge de première instance jouit d'un pouvoir d'appréciation souverain, il n'a pas l'obligation en vertu du droit fédéral de motiver sa décision. Ainsi lorsque le Code prévoit alternativement deux peines, le juge n'est pas tenu d'indiquer les motifs pour lesquels il inflige l'une de ces peines plutôt que l'autre. Il en est de même en ce qui concerne la quotité de la peine, dans le cadre du minimum et du maximum spéciaux.

<sup>77)</sup> Cf. Garraud, Traité d'instruction criminelle, t. IV n° 1313 et ss., t. V n° 1795 et ss.

nécessaire de nous livrer à quelques observations sur le problème du jury, qui a d'ailleurs été l'objet de plusieurs études récentes, auxquelles j'emprunterai l'essentiel de ce qui va suivre.

## II.

On a fréquemment affirmé que les législations des cantons qui ont conservé le jury ne sont pas conciliaires avec l'institution du pourvoi en nullité au Tribunal fédéral. Ce grief ne peut être formulé à l'égard des lois de procédure qui consacrent le système de l'échevinage, selon lequel les juges et les jurés statuent en commun sur l'ensemble du procès par un seul jugement motivé, qui constate les faits, les qualifie et applique la peine<sup>78)</sup>.

La question est controversée en revanche<sup>79)</sup> pour les législations qui ont conservé l'institution classique du jury, telles que celles des cantons de Genève, Argovie et Thurgovie: les jurés se prononcent sur les faits, en répondant par oui ou non à une série de questions qui leur sont posées, sans indiquer les motifs de leur décision; sur la base de ce verdict, la Cour — ou comme à Genève, la Cour et le jury réunis — applique la loi et rend une décision motivée en droit.

Ce dernier système répartit entre le jury et la Cour — ou entre le jury d'une part et la Cour et le jury réunis d'autre part — les opérations auxquelles doit procéder tout tribunal pénal qui statue au fond: 1<sup>o</sup> constater les faits, 2<sup>o</sup> les qualifier, 3<sup>o</sup> tirer de cette qualification la conséquence quant à l'application de la peine. La première de ces opérations est confiée au jury, tandis que les deux autres sont du ressort de la Cour — ou à Genève de la Cour et du jury réunis.

---

<sup>78)</sup> Tel est le système des cantons de Neuchâtel, Vaud et Tessin.

<sup>79)</sup> Cf. notamment Pfenninger, Zur Einführung des schweiz. Str.G.B., S.J.Z. 37 p. 56 et ss.; Bourgknecht, Le recours au Tribunal fédéral en matière pénale, Z.S.R. 1941 p. 34a; Cornu, Le pourvoi en nullité et l'institution du jury, R.P.S. 1945 p. 397; Graven et Pfenninger, Z.S.R. 1938 p. 1a et 697a.

Si théoriquement cette procédure paraît rationnelle, elle présente néanmoins en pratique deux graves défauts qui peuvent faire obstacle au contrôle par la Cour de cassation de l'application de la loi: d'une part la difficulté de distinguer rigoureusement le fait du droit dans la rédaction du questionnaire, d'autre part la difficulté de spécifier suffisamment tous les faits pertinents dans le questionnaire.

Si la distinction entre les questions de fait et de droit est déjà parfois délicate en soi, la difficulté réelle est d'ordre pratique; elle consiste à exclure du questionnaire au jury toute question de droit.

Certes dans bien des cas notre Code pénal recourt, pour définir l'infraction à des termes simples et clairs, qu'il prend dans l'acception qu'ils ont dans le langage courant. Nous sommes sur ce point en parfait accord avec M. le procureur général Cornu<sup>80)</sup> pour admettre que dans de tels cas une spécification des éléments légaux du délit n'est pas nécessaire. C'est ainsi que des notions telles que «tuer une personne» (art. 111 C.P.), «tuer son enfant» (art. 116 C.P.), «blesser une personne» (art. 122 C.P.) n'auront pas besoin d'être spécifiées dans le questionnaire au jury. Le sens dans lequel la loi prend ces termes est accessible à chacun; c'est le sens même qu'ils ont dans le langage courant.

En revanche pour de nombreuses infractions, la loi recourt, pour définir le délit, à des termes techniques, dont le sens n'est pas connu du profane, ou bien elle prend certains termes usuels dans une acception distincte de celle qu'ils ont dans le langage commun. Les exemples abondent: on sait combien de théories juridiques ont été édifiées pour définir exactement les mots «commencer l'exécution» d'une infraction, que nous trouvons dans la définition de la tentative (art. 21 C.P.). «Soustraire une chose mobilière» implique que le légitime détenteur soit privé de la possession de la chose. Or le Tribunal fédéral, tout en s'efforçant de ne pas s'écartier du sens que les termes employés par la loi ont dans

---

<sup>80)</sup> Op. cit. p. 410.

le langage courant, a dégagé dans deux arrêts des plus intéressants mais difficiles une «conception pénale de la possession»<sup>81).</sup>

Comment dès lors poser les questions au jury de façon à éviter qu'en se prononçant sur l'existence de tels éléments il ne tranche une question de qualification ? Comment s'assurer, en présence de son verdict non motivé, qu'en répondant à la question posée il a exactement compris le sens que la loi attache à de tels termes et qu'il a bien voulu s'en tenir à cette acception ? Les auteurs nous répondent : «il suffit de substituer, dans le questionnaire au jury, au terme défini utilisé par la loi les expressions qui le définissent<sup>82).</sup>» En d'autres termes le rédacteur du questionnaire devra analyser la notion employée par la loi, déterminer quels sont les éléments constitutifs de la soustraction ou du commencement d'exécution, par exemple, et remplacer dans le questionnaire le terme légal par l'énonciation de ces éléments de fait.

Nous doutons fort qu'une telle spécification soit toujours possible. Il suffit de se remémorer quelques arrêts dans lesquels le Tribunal fédéral définit certaines notions, bien simples en apparence, telles que la «soustraction», la «causalité»<sup>83)</sup>, le fait de «faire métier d'une infraction»<sup>84)</sup>, pour se rendre compte de l'énorme difficulté, pour ne pas dire de l'impossibilité, qu'il y a à décomposer de telles notions en leurs éléments constitutifs. Ces éléments sont nombreux, complexes, ils se décomposent parfois eux-mêmes en plusieurs éléments (ainsi la notion de soustraction). Comment

<sup>81)</sup> R.O. 70 IV 87; R.O. 71 IV 183, J.T. 1946 IV 40.

<sup>82)</sup> Garraud, op. cit. t. IV n° 1313; Cornu, op. cit. p. 410.

<sup>83)</sup> R.O. 68 IV 16, J.T. 1942 I 373; S.J.Z. 41 (1945) p. 337; cette question sera plus difficile encore dans les cas de commission par omission, cf. l'arrêt fortement motivé de la Cour d'appel bernoise S.J.Z. 41 (1945) p. 42.

<sup>84)</sup> R.O. 68 IV 40, J.T. 1942 I 578; R.O. 69 IV 107, J.T. 1943 IV 110; R.O. 70 IV 12, J.T. 1944 IV 30; R.O. 70 IV 125 J.T. 1944 IV 104; R.O. 70 IV 134, J.T. 1945 IV 14; R.O. 71 IV 13, J.T. 1945 IV 110.

peut-on pratiquement dans le cadre d'un questionnaire nécessairement bref, spécifier chacun de ces éléments ?

La difficulté ne sera pas moindre en ce qui concerne les éléments moraux de l'infraction. Poser au jury la question rituelle: «L'accusé est-il coupable de ce fait?» est l'inviter à résoudre une question de droit<sup>85)</sup>, qui peut être des plus délicates. Et quand bien même on décomposerait cette notion, en cas de délits intentionnels, en ses éléments tels que les énumère l'art. 18 C.P., c'est-à-dire quand bien même on demanderait au jury si l'accusé a agi avec «conscience et volonté», on ne ferait que reculer la difficulté. Qu'on songe seulement à la distinction si délicate entre le dol éventuel et la négligence.

Enfin certaines dispositions de la loi pénale obligent à résoudre au préalable une question de droit civil ou administratif. La loi pénale fait d'une situation juridique déterminée l'une des conditions de telle infraction. Les délits réprimés par les art. 137, 138, 140, 141, 146 C.P. impliquent que l'infraction ait pour objet une chose «appartenant à autrui», l'art. 147 suppose la constitution régulière, selon le droit civil, d'un gage. En vertu de l'art. 186, il n'y a violation de domicile que si l'accusé a pénétré «d'une manière illicite» dans la maison d'autrui. La qualité de «fonctionnaire», élément constitutif de la plupart des infractions du titre XVIII du Code, est certes définie à l'art. 110 ch. 4, mais les termes de cette définition soulèvent parfois une question de droit administratif.

Or, dans tous ces cas, si le jury doit être appelé à se prononcer sur tous les éléments du délit, il devra nécessairement résoudre des questions de droit, la séparation rigoureuse du fait et du droit ne pouvant être réalisée complètement dans le cadre du questionnaire. Il y répondra par oui ou non, sans donner aucun motif de sa décision et la Cour de cassation sera dans l'impossibilité de contrôler si ces questions de droit ont été bien résolues, si les termes de la loi pénale ont été sainement interprétés.

---

<sup>85)</sup> R.O. 37 I 108, 50 I 327.

Telle est d'ailleurs également l'opinion du premier intéressé, le Tribunal fédéral, qui s'est exprimé en ce sens dans plusieurs arrêts<sup>86)</sup>. «Le fait que la Cour de cassation, lit-on dans l'un d'eux<sup>87)</sup>, se trouve en présence d'un prononcé basé sur le verdict d'un jury, est de nature à rendre illusoire, dans le plus grand nombre des cas, le recours au Tribunal fédéral, la décision cantonale n'étant pas motivée et la procédure devant le jury étant orale.» Et un arrêt ultérieur conclut en ces termes<sup>88)</sup>: «Das eidgenössische Rechtsmittel der Kassation bricht sich an diesem Institut.»

Le Tribunal fédéral a cependant estimé qu'il ne pouvait se dispenser d'examiner si les réponses données par le jury renfermaient une violation du droit fédéral. Il ne pouvait se fonder sur les faits résultant du dossier pour apprécier la légalité du verdict, car la procédure devant les assises est orale et il ne saurait être fait abstraction des faits qui ressortent des débats, notamment des dépositions des témoins, dont il ne reste pas de trace au dossier. Le Tribunal fédéral a donc décidé qu'en pareil cas il envisagerait successivement tous les états de fait que le jury pouvait admettre comme constants et qu'il examinerait si le jury avait sainement appliqué la loi, en se plaçant tour à tour dans chacune de ces hypothèses. On voit par là que la Cour de cassation fédérale ne peut que dans des cas tout à fait exceptionnels remplir sa mission de juridiction de recours, et cela surtout en présence d'un verdict négatif.

Doit-on pour autant proscrire de nos Codes cantonaux l'institution du jury, tout au moins dans sa forme classique, et imposer aux cantons qui ont conservé le jury l'introduction de l'échevinage ?

Nous ne le pensons pas. Il convient d'observer que la loi fédérale sur la procédure pénale n'impose nulle part expressément aux autorités judiciaires cantonales l'obligation de motiver leurs décisions. On chercherait en vain une

---

<sup>86)</sup> R.O. 33 I 657, 35 I 177, 36 I 287, 63 I 138.

<sup>87)</sup> R.O. 35 I 177.

<sup>88)</sup> R.O. 36 I 287.

disposition correspondant à l'art. 55 O.J.F., qui prescrit la forme que doivent revêtir les jugements civils susceptibles d'un recours en réforme. Or comme le relève fort pertinemment le Tribunal fédéral<sup>89)</sup>, le législateur ne pouvait ignorer les difficultés que présente pour la Cour de cassation l'examen des jugements fondés sur des verdicts. S'il n'a pas exigé, par l'insertion d'une disposition formelle, que les décisions pénales susceptibles de recours au Tribunal fédéral fussent motivées, c'est manifestement parce qu'il n'a pas voulu poser une règle qui eût signifié pour les cantons l'abandon du jury ou la transformation radicale de cette institution.

Aussi bien, jusqu'à présent, le Tribunal fédéral a-t-il toujours refusé d'appliquer à des jugements basés sur le verdict d'un jury la disposition de l'art. 277 P.P.F., qui lui permet d'annuler le jugement «entaché de vices tels qu'il est impossible de constater de quelle façon la loi a été appliquée». Il a admis au contraire que l'intention du législateur a été d'éviter une modification profonde des institutions judiciaires cantonales.

Certes, l'institution du jury n'est pas compatible avec l'institution du pourvoi en nullité. Elle rend illusoire dans la plupart des cas cette voie de recours. Mais le législateur a admis cette exception en faveur du jury, en s'abstenant d'exiger formellement que les jugements cantonaux fussent motivés<sup>90)</sup>.

Nous ne pensons pas que l'introduction du Code pénal doive inciter le Tribunal fédéral à revenir sur cette jurisprudence. Contrairement à l'avis de M<sup>e</sup> Bourgknecht<sup>91)</sup>, nous estimons que l'autonomie des cantons en matière de procédure pénale et d'organisation judiciaire doit sur ce point l'emporter sur les avantages du contrôle par le Tri-

---

<sup>89)</sup> R.O. 63 I 140.

<sup>90)</sup> Le projet de M. le Juge fédéral Ziegler prévoyait expressément, à l'art. 277, une exception en faveur des jugements fondés sur un verdict.

<sup>91)</sup> Op. cit. p. 37 a.

bunal fédéral de l'application du droit. N'oublions pas que la procédure devant les Assises fédérales suit encore les règles du système classique et que les difficultés que nous avons signalées ci-dessus peuvent se présenter en cas de recours à la Cour de cassation extraordinaire contre le jugement de la Chambre criminelle. Il serait difficilement concevable que la loi fédérale sur la procédure pénale soit réputée proscrire des codes de procédure cantonaux une institution que cette même loi consacre pour la juridiction fédérale.

On peut cependant admettre que l'exception à la règle de l'art. 277 P.P.F. en faveur des jugements des Cours d'assises ne doit pas être nécessairement absolue. Le Tribunal fédéral doit être en droit d'exiger que le questionnaire posé au jury distingue, dans toute la mesure possible, les questions de fait et de droit, qu'il spécifie si faire se peut les faits constitutifs des éléments matériels et moraux de l'infraction. Le questionnaire soumis aux jurés doit être rédigé de telle façon que la Cour reste maîtresse de la qualification des faits, dans toute la mesure compatible avec la concision et la simplicité nécessaires du questionnaire.

Rien ne s'oppose à notre avis à ce que la Cour de cassation fédérale annule un jugement rendu sur la base d'un verdict, si elle constate que le questionnaire ne spécifie pas autant que cela eût été possible le fait et ses circonstances, s'il apparaît que l'impossibilité où la Cour est mise de contrôler l'application de la loi est la conséquence d'une rédaction par trop sommaire ou maladroite des questions posées au jury.

En résumé, l'institution du jury rend dans bien des cas illusoire le contrôle de l'application du droit par la Cour de cassation du Tribunal fédéral. Ce nonobstant nous estimons que le souci de respecter l'autonomie des cantons quant à l'institution du jury doit l'emporter sur les garanties que présente l'institution du recours en nullité quant à l'application de la loi. Le législateur fédéral a implicitement admis une exception en faveur du jury en omettant

d'exiger par une règle formelle que les jugements des juridictions cantonales fussent motivés. En revanche le juge cantonal doit veiller lors de la rédaction du questionnaire à spécifier autant que faire se peut les faits dont le jury doit connaître, de façon à réduire au minimum les inconvénients que présente l'institution du jury pour le contrôle par la Cour de cassation de l'application de la loi pénale. Une méconnaissance de ce principe peut être sanctionnée par l'annulation du jugement, prononcée en vertu de l'art. 277 P.P.F.

Quant à savoir quelle est l'étendue de la connaissance du jury, si elle se borne aux éléments constitutifs de l'infraction ou si au contraire les jurés doivent être appelés à se prononcer sur les diverses circonstances, atténuantes ou aggravantes, dont le juge doit tenir compte, en vertu du Code, pour la fixation de la peine, cela nous paraît être une question que le droit de procédure cantonal peut librement trancher. Il est loisible aux cantons de réduire le rôle du jury à la simple constatation des éléments de l'infraction, comme il leur est possible de l'appeler à statuer sur l'existence de faits relevant pour la détermination de la quotité de la peine. Libre d'instituer le jury ou d'y renoncer, le droit cantonal est à plus forte raison libre de déterminer la mesure dans laquelle les jurés sont appelés à participer à l'administration de la justice pénale.

Si toutefois, selon le droit cantonal, le jury est appelé à se prononcer sur les circonstances atténuantes, les principes que nous avons posés ci-dessus quant à la spécification des faits s'appliquent également. On ne saurait poser aux jurés la question générale: «Existe-t-il des circonstances atténuantes?» Il conviendra au contraire de préciser dans le questionnaire la circonstance déterminée invoquée par l'accusé et, le cas échéant, de spécifier les éléments constitutifs de telle «circonstance» qui selon la loi, spécialement selon l'art. 64 C.P., permet au juge d'atténuer la peine.

## Chapitre IV.

### **La grâce et la révision.**

#### I.

##### **La grâce.**

Prérogative du souverain, le droit de grâce appartient au pouvoir détenteur du droit de punir. Le droit de punir étant reconnu, selon la doctrine dominante, à la Confédération, le législateur fédéral pouvait à ce titre légiférer sur la grâce. Aussi bien le Code pénal a-t-il réglementé le droit de grâce en déterminant les peines dont la remise ou la commutation peut être accordée par la voie de la grâce et en fixant les compétences respectives de la Confédération et des cantons quant à l'exercice de ce droit (art. 394 et ss. C.P.).

Tandis que certaines lois cantonales antérieures au Code pénal, de même que le Projet du Conseil fédéral de 1918, à son article 418, excluaient la grâce pour certaines peines, la réglementation actuelle ne fait plus aucune distinction entre les différentes peines. Toutes peuvent être remises, totalement ou partiellement, ou commuées en une peine plus douce.

Quel est le pouvoir des cantons ? Doivent-ils se borner à désigner l'autorité compétente pour statuer et à régler la procédure ou au contraire peuvent-ils poser des exigences plus sévères que celles du Code pénal ?

Cette dernière solution avait été adoptée par le législateur vaudois, qui avait inséré la disposition suivante à l'art. 20 de sa loi d'application au Code pénal :

«Les peines qui peuvent faire l'objet d'un recours en grâce sont la réclusion et l'emprisonnement excédant un an, ainsi que les peines accessoires lorsque la peine principale est elle-même remise par la grâce...»

Cette aggravation des conditions posées par le Code pénal a été condamnée par la Section de droit public du Tribunal fédéral, qui s'est fondée sur l'article 4 de la Cons-

titution fédérale et a invoqué le principe de la force dérogatoire du droit fédéral<sup>92)</sup>.

La thèse du Tribunal fédéral est en substance la suivante: La grâce est le fait du souverain et à ce titre le législateur fédéral peut seul en disposer. Pour les causes jugées par les juridictions cantonales, il a cependant délégué son droit à l'autorité compétente du canton. Mais cette délégation ne porte que sur l'exercice du droit de grâce *in concreto* et non sur le droit comme tel, ce qui ressort des termes de l'article 394, qui prévoit que «le droit de grâce sera exercé... par l'autorité compétente du canton». Il s'ensuit que les cantons n'ont pas le droit de légiférer en matière de grâce, c'est à dire de promulguer des règles obligatoires d'une portée générale. Quand bien même ils attribueraient le droit de grâce à leur autorité législative, celle-ci ne pourrait en principe qu'accorder ou refuser la grâce dans des cas d'espèce et non poser des règles générales qui puissent la lier pour l'avenir.

Sans méconnaître la rigueur logique du raisonnement de l'arrêt, il est permis toutefois de douter de la justesse du principe sur lequel il est fondé et de se demander si la distinction entre le droit de grâce et l'exercice de ce droit n'est pas quelque peu artificielle ici. La grâce est essentiellement un acte de souveraineté, un fait du prince, qui l'accorde ou la refuse librement, sans être lié à aucune règle quelconque, sans avoir à donner aucun motif de sa décision. C'est là un attribut inséparable du droit. On ne peut déléguer le droit de statuer sur une demande en grâce sans reconnaître par là même cette souveraineté au pouvoir délégataire. Dès lors l'autorité investie de ce pouvoir, même par délégation du pouvoir originellement souverain, doit avoir la faculté de décider librement de l'usage qu'elle en fera. Il nous paraît s'ensuivre qu'elle peut notamment décider par avance qu'elle refusera cette faveur à certaines catégories de condamnés. Et si c'est l'autorité législative du canton qui est com-

<sup>92)</sup> Arrêt Flury c. Conseil d'Etat du Canton de Vaud, du 30 octobre 1944 (non publié).

pétente pour statuer sur les demandes en grâce, cette décision sera prise normalement par un acte législatif.

Nous estimons dès lors qu'on ne peut refuser à l'autorité cantonale le droit de décider une fois pour toutes qu'elle rejette les demandes en grâce formées par certaines catégories de condamnés, de même qu'on ne saurait lui refuser de se conformer, dans tous les cas d'espèce, à une règle de conduite qu'elle s'imposerait sans l'édicter sous la forme d'une règle de droit. Cela saurait d'autant moins être le cas que cette autorité peut toujours reviser la loi qu'elle a édictée et revenir ainsi sur sa décision de principe, qui ne la liera qu'aussi longtemps qu'elle le voudra bien.

## II.

### **La revision.**

Il s'agit là d'une institution qui relève nettement de la procédure. Son but est la réparation d'une erreur judiciaire. Le Projet du Conseil fédéral contenait néanmoins une disposition prévoyant pour les cantons l'obligation d'instituer une procédure de revision. Le Message du Conseil fédéral justifiait cette règle par la restriction apportée au droit de grâce par l'art. 418 du Projet pour certaines peines<sup>93)</sup>.

Les dispositions restrictives de l'art. 418 du Projet sont tombées lors des délibérations parlementaires. La grâce a été étendue à tous les délits. Mais l'institution d'une revision de droit fédéral n'en a pas moins subsisté.

Son principe admis, et force est bien de l'admettre, on doit considérer avec le Tribunal fédéral<sup>94)</sup>, que la disposition de l'art. 397 C.P. n'est pas un simple ordre donné aux cantons de prévoir une procédure de revision. Elle institue en faveur du condamné une cause de revision de droit fédéral, dont les tribunaux cantonaux doivent connaître

---

<sup>93)</sup> Message, éd. française, p. 117.

<sup>94)</sup> R.O. 69 IV 134, J.T. 1944 IV 58.

quand bien même leur loi de procédure n'autorise la demande de revision que dans un cadre plus étroit<sup>95)</sup>.

### Conclusion.

A s'en tenir à l'essentiel, on peut considérer que c'est surtout en ce qui concerne l'activité du juge du fond que l'application du Code pénal exerce une influence directe sur la procédure. La prépondérance donnée par le Code à l'élément subjectif, tant dans la définition de nombreuses infractions que pour la détermination de la peine, exige que le juge s'approche du délinquant, qu'il cherche à le connaître et se forme par lui-même, par un contact direct, une opinion sur sa personnalité. Ce n'est qu'à cette condition qu'il pourra avec le moins d'approximation mesurer la peine selon le degré de culpabilité. Le droit de procédure doit donc au premier chef donner au juge les pouvoirs nécessaires, l'indépendance et les moyens indispensables à cet effet, dans la mesure compatible avec la garantie des droits de la défense. Cela nous paraît être la condition essentielle d'une application de notre loi pénale qui soit fidèle à l'intention du législateur et ne déforme pas l'esprit du Code. Cette exigence est d'autant impérieuse qu'est considérable la latitude que la loi laisse au juge dans l'appréciation des preuves et la détermination de la peine.

Quant à l'organisation judiciaire et aux formalités du procès pénal, les restrictions à l'autonomie du législateur cantonal sont légères et exceptionnelles. Elles doivent demeurer telles. Car la Constitution garantit cette autonomie aux cantons. Des règles uniformes ne peuvent dès lors leur être imposées que pour autant qu'elles régissent des ma-

---

<sup>95)</sup> Ainsi le Code de procédure pénale vaudois (art. 435), qui restreint la revision aux cas où sont découverts des indices que le condamné n'est pas l'auteur de fait ou qu'il n'était pas punissable. Plus large est l'art. 397 C.P., puisqu'il admet la recevabilité de la demande de revision lors même que les faits invoqués peuvent conduire à un jugement de condamnation moins sévère, par l'application notamment d'une cause d'atténuation de la peine.

tières «absolument inséparables du droit matériel». Il conviendra toujours de se rappeler que l'autonomie des cantons est le principe et que seuls des motifs impérieux permettent d'y déroger. La perspective d'une simplification pratique, d'une solution plus rationnelle, préférable du point de vue de la technique juridique, ne saurait constituer un motif suffisant. Ces dérogations ont un caractère exceptionnel, elles ne doivent être tolérées qu'avec une extrême circonspection. Dans le doute, la préférence devra toujours être donnée à l'autonomie cantonale.

Montesquieu disait de la procédure pénale que ses formalités «intéressent le genre humain plus qu'aucune chose qu'il y ait au monde». Sans être aussi absolu, nous pensons toutefois qu'en raison de la relation étroite qui existe entre cette branche du droit et la garantie des droits primordiaux de l'individu, la procédure pénale, plus que le droit matériel, reflète nos conceptions particulières. L'organisation des juridictions se modèle sur celle du pouvoir politique et les formalités judiciaires sont le reflet des mœurs. C'est avec raison qu'un historien français considérait que «les mœurs et la culture d'un peuple se lisent dans sa procédure»<sup>96)</sup>.

Il ne manque pas de voix, certes, pour proclamer que l'unification du droit pénal ne sera vraiment complète que lorsque la procédure elle aussi aura été unifiée et l'exécution des peines centralisée. Cela est possible. Mais nous avons de bonnes raisons de penser qu'une centralisation aussi poussée n'est nullement désirable. Il nous paraît infiniment préférable de laisser subsister quelques inévitables divergences, le plus souvent de détail, dans l'application du droit pénal, divergences qui tiennent d'ailleurs à la différence de nos tempéraments et de nos mœurs, plutôt que de sacrifier nos conceptions propres à une réglementation uniforme, plus proche peut-être de la perfection technique, mais dans laquelle on chercherait en vain le reflet de nos convictions particulières.

---

<sup>96)</sup> Viollet, *Les établissements de St-Louis*, t. I p. 179.