

LA Semaine JURIDIQUE

La pertinence de la sélection,
la fiabilité des analyses

Édition générale

15 NOVEMBRE 2006, HEBDOMADAIRE, N° 46 - ISSN 0242-5777

Directeur scientifique :
Jacques BÉGUIN

Rédactrice en chef :
Hélène BÉRANGER

Rédactrice en chef adjointe :
Caroline SORDET

186 PROCÉDURE PÉNALE

Le développement de la *cross examination* dans le procès pénal français : Une approche éthique

Étude par Christophe AYELA et David DASSA - LE DEIST

187 ARBITRAGE

Droit de l'arbitrage

Chronique par Jacques BÉGUIN, Jérôme ORTSCHIEDT et
Christophe SERAGLINI

Également cette semaine

522 **Arbitrage** - Usage de l'amiable composition dans l'arbitrage CCI. Un droit évolutif à l'étude, Aperçu rapide par Benoit LE BARS

188 **Avocats** - Droit de la profession d'avocat, Chronique par Raymond MARTIN

10182 **Arbitrage** - Application des principes de validité de la clause compromissoire et de compétence-compétence (Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2006, note Pierre CALLÉ)

10183 **Arbitrage** - Garantie de passif : opposabilité de la clause d'arbitrage au bénéficiaire de la stipulation pour autrui (Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2006, note Cécile LEGROS)

Procédure pénale

186

Le développement de la *cross examination* dans le procès pénal français

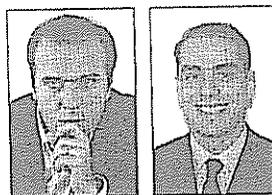
Une approche éthique

Étude rédigée par

Christophe AVELA,

avocat à la cour d'appel de Paris,
Stasi et Associés

David DASSA-LE DEÏST,

docteur en droit, avocat à la cour d'appel de Paris,
chargé d'enseignements en droit pénal à
l'université de Paris XI et à l'Espece éthique de
l'AP/HP

« C'est pourquoi il ne faut jamais les croire ; il faut au contraire les retourner dans tous les sens, les dérouter, les faire sortir de leur retraite afin que l'avocat sache voir plus de choses qu'on lui en montre ».

Quintilien, *Oratoriae institutiones*,
Livre XII, ch. 8.

La pratique de la *cross examination* va ouvrir la voie, vers un système judiciaire moderne, équilibré où chacun peut trouver sa vraie place. Un avocat actif qui défend, qui cherche, qui interroge, qui porte le doute et la contradiction, un procureur qui questionne, qui démontre, un affrontement, pourquoi pas, entre les deux camps ; un juge qui prend de la hauteur, qui arbitre et qui tranche, qui prend conscience de son réel pouvoir et qui l'utilise avec modération, sans pré-jugement, sans vouloir être omniprésent ; voilà ce que permet l'art de la *cross examination*. La *cross examination* en tant qu'unique moyen de respect d'un véritable contradictoire à l'audience pénale, constitue une garantie fondamentale de bonne justice.

1 - La loi du 15 juin 2000¹ a inséré dans le Code de procédure pénale une disposition novatrice, malheureusement passée inaperçue. Dorénavant, les articles 442-1 et 454 du Code de procédure pénale autorisent le parquet et les avocats, dans le cours de l'audience pénale, à poser directement des questions au prévenu, à la partie civile, aux témoins et à toutes personnes appelées à la barre, en demandant la parole au président.

Cette prise de parole de l'avocat s'exerce, dans le procès correctionnel, sous la seule limite des pouvoirs que le président tient de l'article 401 du Code de procédure pénale en matière de police de l'audience et de direction des débats. Elle est inspirée de la pratique

anglo-saxonne de la *cross examination*. Une disposition équivalente est prévue par l'article 312 du Code de procédure pénale concernant le procès tenu devant la cour d'assises.

2 - La *cross examination* est née Outre-Atlantique². À l'évidence, elle ne peut pas se transposer *ex abrupto* dans le procès pénal français : la technique de l'interrogatoire serré des témoins est adaptée au droit répressif des pays de *common law* dans lesquels la procédure accusatoire place la défense et l'accusation sur un pied d'égalité³.

1. L. n° 2000-516, 15 juin 2000, renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes : JO 16 juin 2000, p. 9038 ; JCP G 2000, III, 20301 et 20328 ; V. F. Le Gunehec, *Aperçus rapides sur la loi* : JCP G 2000, act. n° 26, p. 1223, act. n° 27, p. 1299.

2. V. sur ce point, pour la pratique de la *cross examination* au Québec, L. Dufresne, *Interrogatoire et contre-interrogatoire*, *Clés d'un procès équitable* : Le Figaro 5 avr. 2006.

3. V. J. Cédras, *Droit pénal américain* : PUF, coll. *Que-sais-je ?*, 1997, n° 3173 ; J. Pradel, *Droit pénal comparé* : Dalloz, 2002, n° 352 ; M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle* : PUF, coll. *Thémis*, 1994 ; Ch. Ayela, *coauteur de Vérités croisées, Cross examination, une petite révolution procédurale* : LexisNexis Litec, 2005.

Pour autant, l'introduction dans le Code de procédure pénale français d'une façon nouvelle de mener les débats lors de l'audience répressive ouvre une brèche sans précédent dans un système pénal jusqu'alors clos et renfermé sur lui-même. Ainsi, la version française de la *cross examination*, que nous pourrions traduire comme la technique du contre-interrogatoire, augure-t-elle de la construction progressive d'une audience pénale renouvelée, orientée en priorité vers la recherche plus poussée d'un équilibre stabilisé entre les diverses parties à l'instance.

3 - Cette libération de la prise de parole à l'audience n'est, à la réflexion, pas le fruit du hasard. Elle répond au contraire à une nécessité éthique commandant de renforcer le caractère contradictoire, l'égalité des armes et le rôle de l'avocat dans le procès pénal. Elle contribue à faire évoluer en profondeur le système français du droit de la preuve en affaiblissant le système traditionnel de la recherche de l'intime conviction pour faire surgir une forme nouvelle de vérité à l'audience. Certes, la technique du contre-interrogatoire en est encore à ses balbutiements. Elle a cependant toute sa place dans une conception nouvelle de la procédure pénale française. Elle intervient en effet sur les décombres d'un système pénal qui a montré ses limites (1). Elle s'inscrit en outre dans un mouvement plus général d'ouverture et de rééquilibrage du procès pénal (2).

1. Les décombres

4 - Paul Ricœur évoque l'expérience fondatrice des *tremendum horrendum* comme l'horreur qui s'attache à certains événements particulièrement atroces. L'auteur explique que ces événements permettent parfois de redonner vigueur à un consensus politique qui pourra ensuite se retrouver autour de valeurs nouvelles. Des moments méritent cette qualité s'ils engendrent des sentiments d'une « intensité éthique considérable, soit dans le registre de la communication fervente, soit dans celui de l'excitation soit dans celui de la compassion voire, de l'appel au pardon »⁴.

Les naufrages judiciaires récents dont la grande presse s'est fait l'écho peuvent être l'occasion d'un examen de conscience pour l'ensemble des acteurs du procès pénal. Tirer les leçons des erreurs (des fautes ?) de l'appareil judiciaire commande en effet de pointer certaines difficultés (certaines apories ?) de notre procédure et, en contrepoint, de saisir cette chance inespérée pour la justice de se recomposer autour de principes nouveaux.

5 - Le procès d'Outreau a peut-être sonné la mort d'une certaine idée du procès pénal. Il a discrédité une justice dans laquelle la religion de l'aveu et de l'accusation régnait jusqu'alors sans partage ni rivale. En outre, le maintien en détention d'hommes et de femmes contre lesquels n'existait aucune preuve de culpabilité a montré les déséquilibres de la procédure d'instruction et les failles de notre droit au stade de l'audience dans la recherche de la preuve judiciaire⁵.

Contrairement à une idée répandue, le procès pénal est en effet une instance profondément déséquilibrée. En particulier, l'avocat ne dispose pas de moyens réels pour contrebalancer les pouvoirs importants de l'accusation et — dans le cas particulier du procès correctionnel — influer sur la décision « d'intime conviction » prise (de façon nécessairement subjective) par un tribunal composé de magistrats

professionnels⁶. Or, les pouvoirs nouveaux que l'avocat tient du droit d'interroger directement les personnes appelées à l'audience vont nécessairement profondément contribuer à rétablir ce nécessaire équilibre des forces.

A. - L'instruction à décharge : la contre-enquête de l'avocat

6 - Le procès pénal, criminel ou correctionnel, n'offre pas à l'avocat l'espace de liberté suffisant pour procéder à la contre-enquête indispensable, l'élaboration d'une vision du dossier antagoniste à celle laissée par le juge d'instruction. Celle-ci pourtant est indispensable dans la perspective d'une défense crédible des intérêts de la personne mise en cause. Certes, en théorie, le juge d'instruction instruit, « à charge et à décharge » (CPP, art. 81) afin de procéder à la réunion des preuves nécessaires à la manifestation de la vérité. En pratique, cependant, comment peut-il en être ainsi, sauf à tomber dans une forme de schizophrénie fonctionnelle, amenant un magistrat instructeur au doute perpétuel sur les mesures qu'il vient de décider ? Comment le juge qui demande par exemple une mesure de détention provisoire à l'encontre d'une personne mise en examen peut-il dans le même temps se convaincre, à décharge, que cette personne n'est pas impliquée dans le dossier dont il est saisi ? Il y a là une contradiction fondamentale dans notre procédure pénale inquisitoire⁷. Au grand dam des avocats, cette opposition porte le juge d'instruction à instruire non de manière impartiale, à charge et à décharge, mais le plus souvent exclusivement dans un sens ou dans un autre. On sait pourtant que le procès pénal présente cette particularité de laisser aux juges du siège la charge de réaliser une « instruction à l'audience », (CPP, art. 460) et de réaliser ainsi une instruction définitive de l'affaire. Dans la pratique judiciaire, l'expérience montre cependant que le dossier pénal constitué au stade de l'instruction préparatoire est la matière à juger sur laquelle les juges de l'audience correctionnelle iront très largement s'appuyer pour mener les débats.

Dans cette perspective, l'avocat peut seul faire surgir, à l'audience, les limites, les failles, les oublis de la procédure menée au stade de l'instruction. L'interrogation des témoins menée directement par l'avocat sous l'angle de la technique de *cross examination* permet par exemple de pointer certaines contradictions contenues dans les procès-verbaux d'auditions de témoins à charge. Elle montre ainsi au tribunal ou à la cour qu'un doute sérieux entoure des déclarations faites parfois avec morgue devant le juge d'instruction.

7 - Il en est de même en ce qui concerne la sanction des irrégularités commises au cours de l'enquête dans la recherche des preuves. Manipulations, pressions, chantage, ruses déloyales au cours de la garde à vue afin de soutirer des aveux ; indices matériels négligés, écoutes téléphoniques mal interprétées : les erreurs judiciaires fourmillent de fraudes à la loi dans la phase policière et / ou judiciaire de recherche des preuves⁸.

8 - La procédure pénale française subordonne pourtant l'annulation d'un acte irrégulier à une atteinte aux intérêts de la partie qu'elle

4. P. Ricœur, *Temps et Récit*, t. 3 : *Seuil*, 1983, rééd. 1991, p. 39.

5. Sur cette question, V. le Rapport d'étape remis par le procureur général Viout sur l'état d'avancement du groupe de travail chargé de tirer les enseignements du traitement judiciaire de l'affaire dite d'Outreau, disponible sur le site internet du ministère de la Justice (www.justice.gouv.fr). — Adde C. Cohen, *La détention provisoire, le remède introuvable : Les Annonces de la Seine* 2 août 2004, n° 49.

6. V. J.-Y. Le Borgne, *Intime conviction et présomption d'innocence* : *Le Figaro* 19-20 juin 2004, p. 13. — Adde J.-L. Tixier-Vignancour, *Le procès de l'attentat du Petit-Clamart*, in *J'ai choisi la Défense : La Table ronde*, 1964, p. 268.

7. V. J. Pradel, *La procédure pénale française à l'aube du 3^e millénaire* : D. 2000, chron. p. 1.

8. Cass. crim., 27 févr. 1996 : *Juris-Data* n° 1996-000477 ; Bull. crim. 1996, n° 93 ; JCP G 1996, II, 22629, note M.-L. Rassat. — Cass. crim., 12 juin 1952 : JCP G 1952, II, 7241, note Brouhot. — Adde J. Buisson, *Principe de loyauté dans la recherche des preuves et constat des infractions*, obs. ss Cass. crim., 6 mai 2002 : *Rev. sc. crim.* 2003, p. 393 ; M. Blondet, *Les ruses et artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire* : JCP G 1958, I, 1419. Sur l'utilisation de procédés illégaux et déloyaux au cours de l'enquête de police, on consultera utilement *Rapport 2002 de la Commission nationale de déontologie de la sécurité* : *Doc. fr.*, 2003.

concerne (CPP, art. 171 ; art. 302). Cette condition laisse en pratique une place à l'appréciation et à l'interprétation du président qui jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour annuler certains actes. En ce domaine, la liberté de parole laissée à l'avocat à l'audience est le contre-poids naturel des pouvoirs du juge, notamment en ce qui concerne la contestation voire la réfutation d'aveux donnés par la personne mise en cause au stade de l'enquête policière ou d'instruction. Ce procédé de défense de l'avocat sera particulièrement utile dans les cas d'accusations surgissant sans preuves tangibles ni éléments matériels, sur la foi d'un signalement adressé au parquet, d'une dénonciation ou de la seule plainte d'une victime supposée.

9 - Un dernier mot enfin concernant les experts. L'article 158 du Code de procédure pénale réserve leur intervention à « l'examen de questions techniques ». Pourtant, leur importance ne cesse de croître dans le procès pénal. Ils investissent de multiples contentieux au point de confisquer l'audience et de concurrencer les pouvoirs des juges professionnels⁹. Les affaires de criminalité sexuelle en particulier sont devenues la chasse gardée des psychiatres, des pédopsychiatres, des psychologues et autres spécialistes de l'analyse des tréfonds obscurs de l'âme humaine. « Les experts sont formels » ! Ils assurent docilement qu'aucun doute ne subsiste sur la culpabilité d'un prévenu ou d'un accusé dont ils font vite un frustré ou un pervers. Ce dernier devient alors un coupable désigné : la présomption d'innocence cède alors définitivement devant une présomption de culpabilité¹⁰. De l'aveu même de certains juges cette situation entraîne la justice pénale sur une pente dangereuse : le mécanisme infernal de l'erreur judiciaire est lancé¹¹.

Le contre-interrogatoire cependant ne limite pas les questions de l'avocat aux seules parties au procès. La défense dispose ainsi du droit de contester à l'audience les conclusions d'un expert – désigné par un juge sur la base d'une liste en dehors de tout débat public – en l'interrogeant directement et, au besoin, en le soumettant au feu nourri de questions orientées et déstabilisantes. Les garanties d'une bonne justice n'en seront que plus grandes car, confrontés à l'œil vigilant des avocats et redoutant l'arme du contre-interrogatoire, les experts seront incités à améliorer la qualité de leurs travaux¹². Ce pouvoir de contre-enquête laissé à l'avocat est une possibilité nouvelle de décrédibiliser les résultats contenus dans un procès-verbal d'expertise contestable¹³. Il va plus loin que les seules « observations » autorisées

par l'article 169 du Code de procédure pénale en cas de contradiction à l'audience des conclusions d'une expertise par une personne entendue comme témoin ou à titre de renseignement. Il lui permet en outre de s'affranchir des pouvoirs que l'article 168, alinéa 2 du Code de procédure pénale abandonnait au président de la chambre. Sur la demande des parties, de leurs conseils ou du parquet ce dernier disposait en effet de la possibilité de poser toutes questions aux experts. Désormais, l'avocat est autorisé par la loi à prendre directement, contre l'expert, la défense des intérêts de son client. Il n'y a là somme toute que la reconnaissance par la loi d'une liberté que la jurisprudence avait déjà consacré dans un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 31 mai 1972 : « Les dispositions de l'article 168, alinéa 2 du Code de procédure pénale qui prévoient que le président peut, soit d'office, soit à la demande des parties ou de leurs conseils, poser des questions aux experts, ne sont pas prévues à peine de nullité et n'interdisent pas au président, usant de son droit de direction des débats et de police de l'audience d'autoriser le ministère public ou les parties à poser directement ces questions sous son contrôle »¹⁴.

10 - La loi du 15 juin 2000, en favorisant le pouvoir de disposition des parties sur leur procès, a donc renforcé les garanties du procès équitable et, sur le terrain de la recherche de la preuve, contribué au développement de l'idée de contradiction.

B. - Le développement de la contradiction

11 - La lettre et l'esprit du Code de procédure pénale consacraient bien avant la loi du 15 juin 2000 le principe du contradictoire. Cependant, les dispositions légales autorisant le contre-interrogatoire dans le procès pénal donnent aujourd'hui à ce principe une autorité qui apparaissait en filigrane, dans des décisions de jurisprudence ainsi que dans des textes mais que nulle disposition n'avait encore expressément consacrée. Ainsi, dans une décision du 2 février 1995, le Conseil constitutionnel rappelait que « le principe du respect des droits de la défense constituait un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », qu'il impliquait, « en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable, garantissant l'équilibre des droits des parties (...) »¹⁵.

Mieux : l'article 427, alinéa 2 du Code de procédure pénale disposait, dès avant 1995, que « le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui »¹⁶.

Ainsi, c'est de la discussion à l'audience que surgit la vérité ; l'article 427 du Code de procédure pénale invitait les parties à user du doute méthodique dans la recherche de la preuve comme prélude à tout jugement¹⁷.

12 - L'exigence du débat contradictoire est également celle de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui, dans son article 6, détermine les conditions du procès équitable et de l'égalité des armes. Celles-ci supposent en particulier une égalité des parties devant le juge et aussi « l'effectivité d'un débat contradictoire »¹⁸.

13 - Enfin, le système d'instruction à l'audience permettant aux avocats de poser directement des questions aux personnes présentes est une garantie supplémentaire d'un jugement impartial, donc juste. Le débat contradictoire laisse en effet au juge la possibilité d'être convaincu par un fait, une interprétation, un moyen qu'une partie va

9. Cass. crim., 29 janv. 2003 : *Juris-Data* n° 2003-017787 ; JCP G 2003, IV, 1527 ; Dr. pén. 2003, comm. 53, note M. Véron : annulation d'une expertise psychologique dite de « profilage » et de l'ensemble des actes de procédure subséquents. La Cour relève que la mission d'expertise confiée par le juge d'instruction constituait une délégation générale de ses pouvoirs, ce qui l'empêchait d'exercer son contrôle sur les opérations effectuées. Elle retient en outre que l'expert, s'étant mué en véritable maître de la procédure, ayant identifié un suspect – sans l'avoir examiné – comme étant le seul à avoir un profil psychologique totalement compatible avec le passage à l'acte meurtrier avait tranché une question de la compétence exclusive du juge.

10. V. par ex. Cass. crim., 29 oct. 2003, n° 03-84.617 : *Juris-Data* n° 2003-021045 ; JCP G 2004, IV, 1043 ; Dr. pén. 2004, comm. 27, note A. Maron : « Ni l'article 6 de la Convention EDH, ni l'article préliminaire de Code de procédure pénale ne font obstacle à ce que le médecin commis pour effectuer une mission d'expertise psychiatrique relative à la recherche d'anomalies mentales susceptible d'annihiler ou d'atténuer la responsabilité pénale du sujet examiné les faits, envisage la culpabilité de la personne mise en examen et apprécie son accessibilité à une sanction pénale ».

11. D. Gullot, *Tirer les leçons d'un désastre* : *Le Figaro* 15 sept. 2004, p. 12.

12. En ce sens, *Étude sur la preuve pénale et le progrès scientifique en Allemagne, en France, en Grande-Bretagne, aux Pays-Bas*, (Programme Grotius), disponible sur le site internet de l'ENM (www.enm-justice.fr).

13. Pour le premier président Guy Canivet, seul le développement de la contradiction à l'audience permettra de contrôler le sérieux, la compétence et la fiabilité de certaines expertises : « Les experts doivent continuer à être désignés par un juge mais à la suite d'un débat avec les parties, ce qui responsabiliserait le magistrat chargé de décider et mettrait les experts en concurrence ». V. *Le Figaro Magazine* 6 nov. 2004, p. 53.

14. Cass. crim., 31 mai 1972 : *Bull. crim.* 1972, n° 185.

15. *Cons. const.*, déc. n° 95-360 DC, 2 févr. 1995 : JO 7 févr. 1995, p. 2097.

16. C'est nous qui soulignons. V., par ex. Cass. crim., 12 juin 1996 : *Juris-Data* n° 1996-002750 ; *Bull. crim.* 1996, n° 248 ; JCP G 1996, IV, 2268.

17. M.-C. Nagouas-Guérin, *Mythe et réalité du doute favorable en matière pénale* : *Rev. sc. crim.* 2002, p. 283.

18. J.-F. Renucci, *Chronique internationale* : *Rev. sc. crim.* 2003, p. 883.

lui proposer. « Il lui permet de se faire une opinion sur le fond de l'affaire ou sur la culpabilité de l'intéressé »¹⁹. Depuis la loi du 15 juin 2000, l'article préliminaire du Code de procédure pénale est d'ailleurs venu rappeler cette exigence d'équité, de contradiction et d'équilibre dans les droits des parties²⁰.

14 - Ainsi, les dispositions de la loi du 15 juin 2000 favorisant la contradiction des débats à l'audience étaient en germe dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Expression d'un arrière-fond éthique qui ne demandait qu'à resurgir elles ont réalisé, au sein de l'instance pénale, un rééquilibrage des pouvoirs au profit de la défense.

2. Le rééquilibrage des pouvoirs au sein du procès pénal

15 - L'humanisation de la procédure pénale s'inscrit en contrepoint d'un *déclin continu de l'imperium du juge*. La pratique du contre-interrogatoire s'insère d'ailleurs dans un mouvement global tendant à faire émerger, dans le cadre du procès pénal, des principes communs. Elle contribue en outre à mieux définir le rôle de l'avocat à l'instance répressive et fait enfin de lui un véritable acteur de la scène judiciaire.

A. - Le déclin de l'imperium du juge

16 - L'introduction de la procédure de *cross examination* dans les systèmes juridiques continentaux (de tradition inquisitoire) montre que les diverses traditions juridiques européennes tendent aujourd'hui non à se diviser mais à s'agréger autour de valeurs partagées. Le principe du contradictoire et l'égalité des armes, garanties d'une éthique et de l'équilibre de l'instance répressive, contribuent ainsi à faire émerger, autour de principes cardinaux, un modèle européen du procès pénal.

1° La convergence des différentes traditions juridiques européennes

17 - Les adversaires de l'introduction de la *cross examination* dans le droit pénal français font valoir deux arguments, corollaires : étrangère à la tradition juridique française, la technique de la *cross examination* serait difficilement transposable dans un droit pénal de souche romano-germanique ; héritière de traditions juridiques marquées par la liberté de la preuve, elle ne pourrait s'intégrer dans une procédure essentiellement inquisitoire. Ces arguments sont spécieux et doivent être écartés.

18 - En premier lieu, il convient de remarquer que des pays d'Europe continentale, de tradition romano-germanique, ont adopté la technique de la *cross examination* en l'adaptant aux spécificités procédurales de leurs systèmes juridiques. En Italie par exemple, le contre-interrogatoire a été inséré par le code de 1988. En Allemagne, les parties peuvent également exiger un contre-interrogatoire des témoins (StPO 239)²¹. Dans ces deux pays cependant, la procédure ne peut s'appliquer aux auditions d'enfants à l'audience ; le président du tribunal conservant dans cette hypothèse une compétence exclusive pour interroger les témoins²². Il est intéressant de noter, en outre, que le nouveau Code de procédure pénale adopté par la Fédération de

Russie le 1^{er} juillet 2002 a également prévu cette modalité de direction des débats à l'audience. Le juge désormais n'a plus de rôle directif et le débat sur la preuve se déroule essentiellement entre la défense et l'accusation²³.

19 - En second lieu, il faut bien admettre que la distinction naguère fondée entre procédures accusatoires et procédures inquisitoires n'a aujourd'hui plus beaucoup de sens²⁴. Progressivement en effet se dessinent les grands traits d'un *modèle européen du procès pénal* sous la double influence des traditions juridiques continentales et anglaises ainsi que sous l'impact de la Convention européenne des droits de l'homme dans les droits nationaux. Selon le professeur Spencer, l'évolution des procédures pénales en Europe peut donc se résumer en l'influence réciproque des systèmes pénaux ; la tradition de *Common law* et la tradition romano-germanique ayant été influencées l'une par l'autre. Les systèmes continentaux ont ainsi été amenés à intégrer de plus en plus de pratiques et d'institutions empruntées à la *Common law* : l'introduction de la pratique de la *cross examination* en droit français en est l'illustration topique dans le cadre processuel²⁵. Elle traduit ainsi l'évolution de divers droits européens vers une nécessité d'accroître les droits de la défense et de renforcer le caractère contradictoire – voire accusatoire – de l'audience pénale.

20 - Ainsi, la version française de la *cross examination* n'a pas surgi *ex nihilo* : la mesure s'inscrit au contraire dans un mouvement de fond de convergence des différentes traditions juridiques européennes. Elle répond en outre à la volonté des législations nationales d'humanisation de l'instance répressive.

2° L'humanisation de l'instance répressive

21 - L'autorisation donnée aux parties de poser directement des questions au prévenu ou à l'accusé, aux parties civiles, aux témoins, aux experts par la loi du 15 juin 2000 n'a pas seulement modifié le mode de déroulement des débats du procès d'assises ou correctionnel. Cette mesure a également contribué à retirer les pouvoirs léonins que le président de la chambre ou de la cour tenait naguère du Code de procédure pénale dans la façon de diriger les débats et de réaliser les interrogatoires. Sur la base des éléments issus du dossier, et selon une approche de l'audience nettement inquisitoire, le président, procédait en effet à l'interrogation du prévenu, de l'accusé, de la victime et des témoins sans que les autres parties au procès, notamment la défense, ne fussent pleinement associées à cette instruction nouvelle. Or, cette conduite de l'audience ne répondait pas toujours aux impératifs de neutralité et d'impartialité du magistrat lorsque les faits étaient contestés et que de nombreux doutes entouraient l'implication du prévenu ou de l'accusé. En outre, l'étude du dossier effectuée par le président avant l'audience, son interprétation et sa perception des pièces orientaient nettement les questions posées²⁶ à telle enseigne que l'audition du prévenu et des témoins se transformait souvent en un exposé personnel de l'affaire par le président²⁷.

22 - La procédure désormais est nettement plus équilibrée : la défense, le ministère public puis le siège disposent de la même liberté pour interroger les parties appelées à se présenter à la barre. La procédure d'audience n'est plus capturée ni dominée par la seule présidence : le procès pénal appartient désormais aux parties. Ici encore la mutation de l'audience vers des aspects plus poussés de procédure accusatoire n'est guère étonnante. Elle répond à une évolution progressive de notre droit vers une privatisation de l'instance

19. R. De Gouttes, *L'impartialité du juge. Connaître, Traiter et juger : quelle compatibilité ?* : *Rev. sc. crim.* 2003, p. 63.

20. *Cass. crim.*, 6 janv. 2004, n° 02-88.468 : *Juris-Data* n° 2004-021881 ; *Dr. pén.* 2004, comm. 74, note A. Maron. – *Cass. crim.*, 7 oct. 2003 : *Juris-Data* n° 2003-020656 ; *Bull. crim.* 2003, n° 181.

21. V. J. Spencer, B. Deleuze, D. Vorms, *La preuve : une question inclassable* : *Arch. pol. crim.* 1993, p. 46 ; Adde X Pin, *Le consentement de la victime en droit pénal allemand* : *Rev. sc. crim.* 2003, p. 259.

22. *Rapport CPP portugais*, art. 344 ; V. J. Pradel, *op. cit.* note (3), n° 326.

23. N. Marie-Schwartzberg, *Le nouveau Code de procédure pénale de la Fédération de Russie : rupture ou continuité ?* : *Rev. sc. crim.* 2004, p. 311.

24. V. M.-C. Desdevises, *Bibliographie* : *Rev. sc. crim.* 2004, p. 217.

25. V. M. Delmas-Marty, J. Spencer, *European Criminal Procedures*, 4^e éd. : Armand Colin, 2002.

26. V. J. Danet, *Le procès d'assises après la réforme* : *Rev. sc. crim.* 2003, p. 292.

27. J.-M. Varaut, *Le droit au juge* : *Quai Voltaire*, 1991, p. 203.

répressive²⁸. Cet esprit nouveau a contribué à diminuer considérablement les pouvoirs du juge, son *imperium*, au profit de la promotion de droits laissés désormais aux parties : ces dernières ne sont plus simplement *spectatrices* – certes *engagées* – de l'audience mais *actrices impliquées* dans la cause. Surtout, les juges retrouvent leur vrai rôle – celui qu'ils n'auraient jamais dû quitter – d'arbitre, de sage, capable de prendre de la hauteur. Et cela contribuera à leur rendre une grande partie de l'autorité et du prestige qu'ils se plaignent eux-mêmes d'avoir perdu.

23 - L'évolution, notable, s'est traduite par la promotion de modèles nouveaux de justice négociée venus concurrencer le schéma traditionnel de la justice pénale ainsi que par la montée en puissance des pouvoirs reconnus aux prévenus et aux victimes dans le cadre du procès pénal. Désormais, l'association de l'homme au processus pénal passe par une diminution des pouvoirs des juges. Le procès pénal en ressort profondément modifié : à une logique traditionnelle, verticale, qui considérait l'audience comme un moment de coercition en vue de la détermination d'une peine à infliger au délinquant se substitue une orientation nouvelle dans laquelle les acteurs de la procédure négocient sur un pied d'égalité²⁹. L'institution récente de la transaction pénale, de la composition pénale ou de l'ordonnance pénale (*CPP*, art. 41-2 et 41-3) illustrent cette tendance à la contractualisation de la procédure répressive. L'introduction de la procédure de comparution sur déclaration préalable de culpabilité dans le Code de procédure pénale français (*CPP*, art. 495-7 à 495-16) n'est d'ailleurs que la suite logique de cette évolution vers un modèle processuel accusatoire. La libre discussion des preuves ainsi que l'audition contradictoire des parties et des témoins par l'accusation et par la défense s'inscrivent parfaitement dans ce modèle nouveau de justice inspiré du modèle anglo-saxon de *due process of law*³⁰. Elles laissent aux parties une liberté de disposer de leur action pour défendre leurs intérêts. Partant, elles consacrent aussi pleinement le rôle de l'avocat non comme simple défenseur mais comme véritable auxiliaire de justice.

B. - L'avocat retrouve sa juste place

24 - « L'écrit n'est qu'un avatar de la parole » a dit un jour, un grand plaideur, reprenant Goethe³¹. L'introduction d'une version continentale de la *cross examination* dans le procès français renforce considérablement le caractère oral et contradictoire de l'audience pénale et, partant, le rôle de l'avocat. Celui-ci dès lors n'est plus simplement qu'un *défenseur* muselé : il devient, au sens propre du terme,

un véritable acteur du procès pénal, un *auxiliaire* de justice : secours³² nécessaire pour le juge ou le jury dans leur quête de la vérité judiciaire. Contradictoire de l'accusation dont il est de l'égale condition face à un tiers impartial. En débattant des preuves à l'audience, en croisant le fer avec l'ensemble de ses contradicteurs, l'avocat participe de façon active au débat judiciaire, donnant aux juges des moyens nouveaux pour se forger, en impartialité, une intime conviction. L'audience pénale redevient ainsi la partie centrale de la procédure, les étapes antérieures restant ce qu'elles n'auraient jamais dû cesser d'être : des moments préparatoires à la confrontation de toutes les parties au prétoire. Dans cette perspective les preuves à exploiter sont moins celles du dossier, collectées dans la phase d'enquête-instruction, que celles examinées lors de l'audience, confrontées au libre examen, à la discussion, aux doutes des parties.

25 - Sans doute cette perspective augure-t-elle de joutes enlevées dans les salles d'audience, l'avocat livrant alors un véritable combat judiciaire pour discréditer les thèses de l'accusation et défendre les intérêts de la partie qu'il représente. Cette libéralisation de la parole dans l'enceinte de justice a cependant une vertu éthique : elle permet à l'avocat de se faire accoucheur de la vérité en éliminant des témoignages fragiles et en permettant aux parties, accusés et victimes, de confronter *leurs* vérités³³. Le contre-interrogatoire permet seul cette rencontre jusqu'alors improbable.

Favorisant la reconnaissance, les aveux parfois même les excuses de l'auteur de l'acte il a pour la victime reconnue dans sa souffrance une vertu apaisante. Offrant au coupable une aptitude nouvelle à la parole, il rend au délinquant la « dignité qui lui est due en tant que sujet de droit »³⁴.

26 - **Conclusion.** – Il n'est plus temps de réfléchir. Il est temps d'agir. Il est grand temps d'imposer notre conception de la modernité et du progrès. La justice est en crise, sa vieillesse est en train de la tuer, c'est donc le bon moment de l'aider à entrer dans le XXI^e siècle. La *cross examination* existe. Sachons l'imposer comme une garantie nouvelle et indispensable de bonne justice. Sachons aussi la pratiquer comme un art subtil, avec humilité et respect, en ayant conscience de sa puissance. C'est, fondamentalement, une nouvelle façon d'organiser les relations humaines, un nouvel art de vivre « judiciaire » et même, en dehors de ce cadre, un formidable outil de négociation.

MOTS-CLÉS : Procédure pénale - Avocats - Audience - Cross examination

TEXTES : *CPP*, art. 442-1 ; 454

28. X. Pin, *La privatisation du procès pénal* : *Rev. sc. crim.* 2002, p. 245.

29. V. D. Dassa, *Éthique humaniste et droit pénal*, Thèse : Paris XI, 2004, p. 166 et s.

30. Sur cette notion, V. M. Delmas-Marty, *op. cit.* note (3), p. 124 et p. 132.

31. H. Torrès, *De Clémenceau à De Gaulle* : *Del Duca*, 1958.

32. Du latin *auxilium*, « secours ». V. B. Beignier, B. Blanchard, J. Villacèque, *Droit et déontologie de la profession d'avocat* : PUF, coll. *Droit fondamental*, 2002, n° 120 s.

33. X. Pin, *op. cit.* note (28), p. 257.

34. A. Garapon, D. Salas, *Pour une nouvelle intelligence de la peine* : *Esprit*, oct. 1995, p. 155.