

LE RÔLE DU JUGE PÉNAL DANS LA CHARGE DE LA PREUVE APPROCHE COMPARÉE DES SYSTÈMES DE COMMON LAW ET ROMANO-GERMANIQUE

Résumé

Cet article traite le rôle du juge pénal dans la charge de la preuve. L'auteur présente une approche comparée des systèmes de common law et romano-germanique. Au cœur de la procédure pénale, la théorie de la preuve est en réalité un des chapitres les plus complexes de celle-ci. On sait qu'en procédure deux systèmes s'opposent, au moins dans le principe, le système accusatoire et le système inquisitoire. Cette distinction intéresse notamment la question de la charge de la preuve. Dans la conception accusatoire, ce sont dans le principe les parties – le poursuivant et l'accusé – qui recherchent activement la preuve. Le procès est une activité devant le tribunal. Au contraire dans la conception inquisitoire (ou inquisitoriale), c'est dans le principe le juge qui, au centre du procès, recherche la vérité, qui a donc la charge de dire qui a commis l'infraction et comment ; dès lors, le procès est « une activité du tribunal » (ou plus généralement du juge). Le monde se divise en réalité sur le plan de la procédure pénale notamment, entre un système de common law (Angleterre, Amérique du Nord, Italie...) et un système romano-germanique (ou européen continental). Et l'on ajoute que le common law est plutôt accusatoire alors que le système romano-germanique est plutôt inquisitoire. Les oppositions traditionnelles entre les deux systèmes s'atténuent aujourd'hui largement. Le monde de la procédure pénale devient une sorte de melting pot. Dans la première partie l'auteur présente les divergences classiques – qui n'ont pas perdu toute valeur, alors que la deuxième partie est consacrée aux convergences modernes qui prennent un grand poids. A la fin, l'auteur donne son avis selon lequel le meilleur système (ou le moins mauvais) est le système inquisitoire tempéré par le contradictoire.

Mot-clès: *juge pénal, charge de la preuve, procédure pénale, système accusatoire, système inquisitoire.*

¹ Professeur émérite de la Faculté de droit de Poitiers; Membre titulaire de l'Académie internationale de droit comparé

1. Au cœur de la procédure pénale, la théorie de la preuve est en réalité un des chapitres les plus complexes de celle-ci. Un jeune processualiste français, E. Vergès, note que « la complexité du droit de la preuve est telle que la matière résiste à celui qui tente de l'appréhender dans sa globalité. Même Bentham ne parvint jamais à achever son *Traité des preuves judiciaires*, qui fut publié par Dumont à partir des manuscrits du premier »². C'est qu'en effet la preuve est une théorie à trois dimensions : à qui appartient la charge d'apporter la preuve ; comment apporter la preuve³; comment apprécier la preuve présentée. C'est le premier aspect qui seul nous retiendra ici. On pourrait croire à première vue que cet aspect ne pose guère de problème puisque du fait de la présomption d'innocence⁴, c'est aux parties, et d'abord au poursuivant, de démontrer si l'accusé est bien l'auteur des faits poursuivis. Mais alors le juge n'aurait aucun pouvoir, aucun devoir dans cette charge ?

2. En réalité, les choses sont bien plus complexes, compte tenu de la diversité des droits et des conceptions qu'ils consacrent. On sait qu'en procédure deux systèmes s'opposent, au moins dans le principe, le système accusatoire et le système inquisitoire. Cette distinction intéresse notamment la question de la charge de la preuve. Dans la conception accusatoire, ce sont dans le principe les parties – le poursuivant et l'accusé – qui recherchent activement la preuve : le tribunal assiste en spectateur au débat probatoire entre les parties qui se livrent un véritable combat, un duel, et à la fin du débat le tribunal déclare quel plaideur a fait la meilleure démonstration⁵. Comme il a été dit, le procès est une activité devant le tribunal⁶. Au contraire dans la conception inquisitoire (ou inquisitoriale), c'est dans le principe le juge qui, au centre du procès, recherche la vérité, qui a donc la charge de dire qui a commis l'infraction et comment⁷ ; dès lors, le procès est « une activité du tribunal » (ou plus

² E. Vergès, *Eléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé*, Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert, Lexis-Nexis, 2012, 853.

³ Ce qui met à l'épreuve un corps de grands principes comme ceux de légalité, de loyauté, de proportionnalité nécessaires à l'encadrement de la recherche de la vérité : but ultime de tout procès et notamment du procès pénal, v. M. de Kerchove, *La vérité judiciaire : quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité ?* Déviance et Société, 2000, vol. 24, n° 1, 95 et s.

⁴ Important, le principe est également ancien, sa première formulation étant due, semble-t-il, au roi Louis XVI, dans une ordonnance de 1788. Add. J. Pradel, *La présomption d'innocence : un colosse aux pieds d'argile ?* Droit de la France et droits d'ailleurs, in Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert, Lexis-Nexis, 2012, 695 et s.

⁵ J. Sicard, *La preuve en justice après la réforme judiciaire*, éd. Librairie du journal des notaires et des avocats, Coll. Comment faire, Paris, 1960, 1.

⁶ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome 2, Procédure pénale, 4^{ème} éd., 1989, n° 4 ; On pourrait dire plus généralement que l'activité est devant le juge.

⁷ La vérité dans un sens plus large inclut non seulement la vérité factuelle, mais aussi la vérité criminologique, fondée sur des explications mentales et des enquêtes de moralité notamment. Dans le présent rapport on s'en tiendra à la vérité des faits

généralement du juge)⁸.

On devine aussitôt que la vérité, but du procès pénal, n'a pas la même nature dans l'un et l'autre système. Dans celui de type accusatoire, on parle volontiers de vérité formelle, c'est-à-dire approximative car chaque partie présente sa vérité de sorte que le juge se trouve en face de deux vérités ou de deux demi-vérités entre lesquelles il va devoir choisir. Au contraire, dans le procès de type inquisitoire, c'est de vérité matérielle dont on parle, d'une vérité « vraie » puisqu'obtenue par un tiers par rapport aux parties. Dans la vérité matérielle, c'est le juge qui prétend « faire coïncider la solution juridique avec la réalité des faits »⁹. Ces idées font apparaître que le système inquisitoire est peut être moins protecteur de l'accusé, mais meilleur pour l'obtention de la vérité¹⁰.

Tels sont les principes. Qu'en est-il dans l'application ? Un auteur¹¹ a montré la fragilité de la distinction à propos du droit français de l'instruction préparatoire.

3. Notre propos, sans doute trop ambitieux, est d'élargir le débat géographiquement et juridiquement. On sait que le monde se divise en réalité sur le plan de la procédure pénale notamment, entre un système de common law (Angleterre, Amérique du Nord, Italie...) et un système romano-germanique (ou européen continental). Et l'on ajoute que le common law est plutôt accusatoire alors que le système romano-germanique est plutôt inquisitoire. Il y a là une différence d'approche politico-judiciaire, le monde anglo-saxon n'ayant pas la même approche du juge que le monde romano-germanique, d'origine latine. Au vrai tout travail comparatif est approximatif. Les oppositions traditionnelles entre les deux systèmes s'atténuent aujourd'hui largement. Le monde de la procédure pénale devient une sorte de *melting pot*. Aux divergences classiques – qui n'ont pas perdu toute valeur – répondent des convergences modernes qui prennent un grand poids.

I – Des divergences classiques

4. Tous les ouvrages de procédure pénale débutent par une opposition entre l'accusatoire et l'inquisitoire, fût-ce en forçant le trait, sans doute pour des raisons pédagogiques et aussi parce que les auteurs sont volontiers animés par un esprit de système. Il faut bien reconnaître

⁸ Ph. Conte, L'instruction : le rôle du juge et des parties dans l'administration de la preuve, in Le rôle du juge et des parties dans l'administration de la preuve, XVIIème colloque des IEF, Grenoble, 1989, 34.

⁹ A moins de dire que de la discussion naît la vérité. Est-ce bien certain ?

¹⁰ Voir la thèse brillante de C. Ambroise-Castérot, De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire, Bordeaux IV, 2000.

¹¹ C. Ambroise Castérot, précité.

que le common law est d'essence accusatoire alors que le romano-germanique est d'esprit inquisitoire. Cette opposition était très nette voici encore un demi-siècle. Même si elle s'affaiblit aujourd'hui, elle comporte encore une part de vérité. En common law, le juge dispose de faibles pouvoirs au regard de la charge de la preuve alors qu'en terres romano-germaniques le juge dispose de pouvoirs puissants sur ce plan.

A – Un juge aux pouvoirs faibles dans le système de common law

5. Le juge anglo-saxon est socialement un notable et juridiquement un créateur de normes (*Judge made law*), même si aujourd'hui il ne peut plus créer d'infractions¹². Or s'agissant de la recherche de la preuve, le juge est plutôt passif : la preuve pénale est l'affaire des parties de sorte que la procédure pénale se rapproche de la procédure civile. Dans la tradition classique du common law, les pouvoirs du juge sont réduits, qu'il s'agisse de la phase de l'enquête ou de la phase de jugement¹³.

6. La *phase d'enquête* est certes inquisitoire, mais en ce sens qu'elle est menée par la police¹⁴. Le common law reste tout à fait étranger à l'institution du juge d'instruction. De plus, les éléments recueillis au cours de l'enquête n'autorisent pas la condamnation car ils ne servent qu'à décider s'il y a lieu de traduire l'intéressé en jugement ou s'il faut arrêter la procédure. Ainsi la préparation de l'audience (si elle a lieu) est relativement sommaire et elle ne comporte pas de juge d'instruction symbole du système inquisitoire.

Pourtant à la fin de la phase d'enquête, un élément d'accusation apparaît, les parties jouant un rôle essentiel dans la prise de décision effectuée par un juge sur la suite à donner à la procédure. En effet la décision du juge – là où il existe – est prise à la suite d'un débat contradictoire entre le poursuivant et l'accusé. La procédure est cependant susceptible de variantes. On en évoquera trois, avec un point commun, celui que le juge n'est pas le juge de jugement :

- En droit canadien, le juge de paix tient une audience dite préliminaire (*preliminary enquiry*) au cours de laquelle il entend les témoins cités par l'accusation, puis ceux cités par l'accusé. Ces témoins sont entendus à la demande d'une partie, puis contre interrogés par l'autre (art .540 C. crim.). Il est vrai que le prévenu et le poursuivant peuvent

¹² J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2008, n° 647 et s.

¹³ Le common law est très attaché à l'idée de neutralité du juge.

¹⁴ Soit par la police seule en Angleterre, Canada et Etats-Unis, soit par la police dirigée par le ministère public en Italie et Allemagne par exemple, également dans le nouveau CPP argentin de 2016 dont l'article 8 décide que « le ministère public a la charge des investigations sur le délit et à la promotion de l'action pénale contre les auteurs.

renoncer à la tenue de cette audience (art. 549 C. crim.) en sorte que le juge renvoie directement le cas à la juridiction de jugement¹⁵.

- Le système est proche en droit américain, avec renonciation possible de l'accusé à l'audience préliminaire (dite *preliminary hearing*) dont l'objet est de vérifier l'existence d'une *probable cause* de commission des faits pour l'accusé. Une particularité est à signaler, celle du grand jury qui existe dans les Etats situés à l'est du Mississipi et qui peuvent envoyer l'accusé en jugement après avoir entendu les témoins de l'accusation, et eux seulement, ce qui donne un tour alors inquisitoire à la procédure¹⁶.

- Le Code italien de procédure pénale de 1989 a institué à l'issue de l'enquête préliminaire une audience préliminaire (*audienza preliminare*) présidée par le juge de l'enquête préliminaire (art. 416 et s. C.P.P.). A l'ouverture de l'audience, le ministère public expose le contenu de son dossier et l'accusé peut demander d'être soumis à un interrogatoire auquel le juge procède. Le juge peut demander aux parties de produire des documents et de citer des témoins. In fine, le juge décide de classer ou de saisir le tribunal.

De ce rapide survol, il apparaît que la clôture de l'enquête est assez contradictoire. Le juge prend certes la décision, mais après avoir entendu les deux parties¹⁷. Le schéma est un peu le même pour l'audience de jugement, même si le caractère accusatoire est plus accusé encore.

7. Lors du déroulement de la *phase décisoire*, le principe est nettement accusatoire, mais ce n'est qu'un principe.

a) Le rituel est connu de tout le monde, consacré en Angleterre, aux Etats-Unis et au Canada notamment. En premier lieu, les témoins de l'accusation sont entendus et ils le sont d'abord par la poursuite (*direct examination* ou *examination in chief*). Ensuite, les témoins de l'accusation font l'objet d'un contre-interrogatoire par la défense (*cross examination*), celle-ci cherchant à détruire la crédibilité de leurs affirmations en montrant l'existence d'un préjugé ou d'un intérêt chez ce témoin ; la défense peut en général poser des questions « orientées » (*leading questions*) dans le sens où elles suggèrent la réponse¹⁸. Mais le poursuivant peut répliquer en réinterrogeant le témoin de l'accusation, mais seulement sur les points abordés lors de la *cross examination* (*redirect examination*). Et la défense peut à son tour procéder à une *recross examination*, limitée aux seuls

¹⁵ P. Béliveau et J. Pradel, La justice pénale dans les droits canadien et français, Etude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire, Bruylant et Y. Blais 2007, n° 1638.

¹⁶ J. Cédras, La justice pénale aux États-Unis, 2^{ème} éd., Economica, 2005, n° 477 et s. ; Advanced Criminal Procedure par Mark E. Cannack et Norman M. Garland, Saint Paul, Minnesota, 2001, 60 et s.

¹⁷ Voir la victime si elle s'est constituée partie civile en Italie.

¹⁸ G. Pugh, L'établissement de la culpabilité dans le système de justice criminelle des Etats-Unis, Rev. internat. de dr. pén. 1986, 726.

points abordés à l'occasion de la *redirect examination*. On assiste ainsi à un jeu procédural presque sans fin où la technique du poursuivant et de la défense joue un rôle essentiel. En second lieu sont entendus les témoins de la défense, avec application des mêmes règles, les interrogatoires émanant de l'avocat de l'accusé, puis du poursuivant, puis encore de l'avocat de l'accusé.

Le système de la *cross examination* est une des grandes caractéristiques du système accusatoire, si favorable aux parties. La doctrine y est en général très favorable et l'on se souvient encore du vibrant plaidoyer de l'Américain J.-H. Wigmore¹⁹.

Dans ce système, l'accusé a une place particulière. Certes il est considéré comme un témoin, à l'instar des « vrais » témoins. Mais il n'est pas tenu de parler : en effet, il peut à son choix, exercer son droit au silence (qui lui est notifié par le juge au début de l'audience) ou s'exprimer, étant alors tenu de prêter serment comme tout témoin et devant même évidemment se plier au jeu de l'interrogatoire et du contre-interrogatoire. Le droit anglais apporte ici des précisions originales ; si l'accusé parle et reconnaît sa culpabilité (*guilty plea*), il bénéficie d'un rabais automatique de 30% de la peine, ce qui constitue une pression sur l'accusé. Si l'accusé ne veut pas témoigner, le *Criminal Justice and public Order Act. 1994*, dispose en son article 35 que le juge peut interpréter son refus comme une charge supplémentaire.

b) Tout cela est compliqué et lourd. C'est sans doute le prix à payer pour avoir une justice contradictoire et précise. Mais ce prix est très, sinon trop élevé et c'est pourquoi à partir de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, des accords informels se sont noués entre poursuivant et accusé. Apparaît ainsi le *plea bargaining*, sorte de négociation entre les parties, l'accusé reconnaissant sa culpabilité et le procureur s'engageant à réclamer une peine réduite, voire à « oublier » certains chefs d'accusation s'il y en a plusieurs²⁰. Evidemment les principes sont bafoués et notamment celui d'un procès équitable, notamment dans sa composante de la présomption d'innocence. Mais le plaidoyer de culpabilité est le seul moyen de rendre la justice dans des délais raisonnables. Le *Chief Justice* américain Burger n'a pas hésité

¹⁹ J.-H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common law*, 1940, vol. 5, § 1367. Pour un point de vue plus nuance, J. Spencer et R. Flin, *The evidence of children. The Law and the Psychology*, 2^{ème} éd., Blackstone, 1993, ch. 10. On a remarqué que cette recherche de la neutralité du juge se fait au prix d'un risque de déformation du témoignage, l'interdiction partielle des *leading questions*, questions suggérant au témoin la réponse désirée pouvant fausser l'objectivité de la recherche de la vérité.

²⁰ J.-P. Richert, *La procédure de plea bargaining en droit américain*, RSC 1975, 375 et s. ; S. M. Cabon, *L'aveu dans la procédure accusatoire américaine*, in *La preuve pénale. Problèmes contemporains en droit comparé*, Colloque du II^{ème} Congrès du comité international des pénalistes francophones, organisé par l'Institut de sciences criminelles de Bordeaux, mai 2012, à paraître

à écrire que ce tour de passe-passe, permet seul de « traiter » toutes les affaires dont la justice est saisie²¹. Et tout ce qui est dit sur les USA vaut aussi pour les autres pays de *common law*²². Les Italiens ralliés au système accusatoire en 1987 ont inventé eux aussi le *patteggiamento* (*applicazione su richiesta delle parti*, art. 444 à 448 C.P.P.) : le ministère public et le prévenu s'entendent pour proposer au juge de l'enquête préliminaire ou au juge de jugement une peine déterminée à subir ; et par exemple en cas d'association de malfaiteurs, le peine ne peut dépasser deux ans²³.

Le pénaliste de tradition romano-germanique, en apprenant l'existence de tels accords, est fort étonné car il a été formé dans un système où le juge dispose d'un pouvoir fort, du moins dans une conception classique.

B – Un juge aux pouvoirs forts dans le système germano-germanique

8. Ce système est souvent qualifié d'inquisitoire. C'est le juge, qui n'est pas une partie, qui recherche la vérité, le but du procès étant la recherche de la vérité matérielle, c'est-à-dire la réalité des faits.

9. Au cours de la *phase préparatoire*, le juge est le juge d'instruction, figure emblématique de la conception inquisitoire, inventée par des juristes français qui dans l'ordonnance de 1690 parlaient du lieutenant criminel²⁴.

a) On peut d'abord donner l'exemple du droit français. Aujourd'hui, l'article 81 al. 1 CPP rappelle que « le juge d'instruction procède conformément à la loi à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité ». A vrai dire, le juge d'instruction dispose à travers ce texte de pouvoirs importants, mais qui ne sont tout de même pas sans limites²⁵.

Le magistrat instructeur dispose, c'est vrai, de gros pouvoirs pour obtenir la vérité. Il peut procéder à tous interrogatoires de suspects, à toutes auditions nécessaires, à des perquisitions et saisies, à des transports sur les lieux et à des reconstitutions²⁶ ; il peut aussi commettre un expert. La chambre criminelle de la Cour de cassation a même fait preuve d'audace à propos de procédés modernes de preuve que n'avaient pu imaginer les rédacteurs du Code de procédure pénale de 1959. Ainsi ont

²¹ Burger, Address ABA Annual Convention, New York Times, 13 août 1970, cite par J. Cédras, *La justice pénale aux Etats-Unis*, 2^{ème} éd., Economica, 2005, 234.

²² On notera que l'on reste dans le cadre accusatoire car seules les parties participent à la négociation, le juge y étant étranger, se bornant en fait à « accepter » le plus souvent l'accord.

²³ M. Chiavario, *Diritto processuale penale, Profilo istituzionale*, 6^{ème} éd., UTET, 2015, passim

²⁴ Il semble que les Français sont attachés au juge d'instruction comme les Anglais le sont au jury.

²⁵ J. Pradel, *Procédure pénale*, 18^{ème} éd., 2015, n° 712 et s., Cujas.

²⁶ Qui sont même le principe en matière criminelle.

été approuvés des juges d'instruction qui avaient ordonné des écoutes téléphoniques, ce procédé si utile pour débusquer les délits de trafic, comme le trafic de drogue, ou le délit de corruption, c'est-à-dire des infractions qui supposent toujours une pluralité d'agents et des ententes entre eux. Plus récemment, la chambre criminelle a validé la décision d'un juge d'instruction qui avait fait placer une balise de géolocalisation sur le véhicule d'une personne suspectée de trafic de drogue, là encore sur la seule base de l'article 81²⁷.

Malgré tout, le système inquisitoire ne permet pas tout : l'article 81 dispose lui-même que le magistrat procède « conformément à la loi ». Et puis, depuis une loi du 8 décembre 1897, un avocat assiste son client aux interrogatoires et peut même consulter le dossier avant ces actes. Faut-il ajouter que le ministère public disposait déjà des mêmes droits depuis le Code d'instruction criminelle de 1808. De plus, les perquisitions ne peuvent pas commencer avant 6 heures et après 21 heures sauf pour certaines infractions très graves (terrorisme, trafic de drogue...). Si la perquisition est effectuée dans un cabinet médical ou d'avocat, le juge doit préalablement aviser le président de l'Ordre départemental des médecins ou le bâtonnier de l'Ordre des avocats.

Enfin, ce magistrat « instruit à charge et à décharge » (art. 81 al. 1 *in fine*), ce qui à vrai dire est (ou devrait être) évident.

b) La situation est très proche dans ceux des Etats qui ont également le juge d'instruction. L'Espagne a hérité du système français en ce que le *Ley de enjuiciamiento criminal* de 1882 (ou LECRIM) s'inspire du code français d'instruction criminelle de 1808. Le juge peut et doit réaliser toutes les diligences qu'il estime nécessaires pour la vérification du délit et la responsabilité de son auteur (art. 311, 312 et 315 LECRIM). N'oublions pas cependant que le juge d'instruction opère « sous l'inspection direct du procureur du tribunal compétent » (art. 306 LECRIM). La Belgique connaît également le juge d'instruction et la doctrine observe « qu'il dispose dans la recherche des preuves de pouvoirs considérables, tant sur la personne soupçonnée d'avoir commis une infraction que sur ses biens... Il est même le seul à pouvoir disposer ainsi de la liberté et de la vie privée des citoyens avant qu'une condamnation soit prononcée »²⁸. Bref, il peut procéder à tous actes nécessaires à la recherche de la vérité. Mais là aussi, le juge n'est pas totalement libre... Selon l'article 61 du Code d'instruction criminelle, le procureur du Roi a le droit de se faire communiquer le dossier à tout moment, suivre l'instruction pas à pas

²⁷ Crim., 22 novembre 2011, D. 2012, Panorama, 2122.

²⁸ M. Franchimont, A. Jacobs et A. Masset, *Manuel de procédure pénale*, 3^{ème} éd., 2009, éd. Larcier, 434.

et adresser des réquisitions au juge²⁹. On ajoutera un mot sur le droit portugais où la phase préparatoire comporte deux sous phases, l'une nécessaire appelée *inquerito* où la preuve est réalisée par le parquet, et une seconde, facultative, ouverte à la demande de l'inculpé ou de l'*assistente* (sorte d'accusateur privé) appelé *instruao*, juridictionnelle et menée par le juge d'instruction (art. 286 et s. CPP)³⁰. En fait, l'*instruao* n'est pas très importante quantitativement. Elle fait apparaître des doutes chez certains sur les bienfaits du juge d'instruction.

10. Au cours de la *phase décisive*, on trouve la consécration du juge (ou président) nanti de gros pouvoirs. On en donnera trois exemples qui vont nous convaincre que le principe inquisitoire ne se limite pas à la phase antérieure à l'audience, mais imprègne aussi l'audience de jugement.

Le premier intéresse la direction des débats et surtout la conduite des investigations, en ce que c'est au juge (en fait au président en cas de collégialité, ce qui est fréquent) de poser les questions aux personnes poursuivies, aux témoins, aux experts. En Allemagne, c'est le président qui interroge les intéressés (art. 238 St PO), tout comme en Espagne (art. 688 et s. LECRIM) ou en France (art. 328 et s. CPP pour la Cour d'assises ; art. 442 CPP pour le tribunal correctionnel) etc... Evidemment, le président doit agir avec tact et impartialité, c'est-à-dire sans manifester prématurément son opinion³¹.

Le second exemple est tiré du droit allemand : selon le § 244 al. 2 St PO, « en vue d'établir la vérité, la cour peut étendre d'office la preuve à tous faits et moyens de preuve qui s'avèrent nécessaire à l'établissement de sa décision ». Comme l'a indiqué la doctrine, cette disposition constitue « une grande différence par rapport au système accusatoire... le tribunal a (en effet) le devoir de rechercher la vérité matérielle dans l'affaire... et selon ce modèle, il n'est pas nécessaire pour les parties de présenter leurs propres preuves »³². Et ce qui doit être bien souligné, c'est que le tribunal a « le devoir d'éclairer l'affaire, d'instruire d'office sur tous les faits susceptibles de jouer un rôle déterminant quant à la preuve... sous

²⁹ M. Franchimont, A. Jacobs et A. Masset, précité, p. 513. Le Code français contient la même règle, art. 82 CPP

³⁰ Ce juge d'instruction va vérifier juridiquement, après avoir procédé à des investigations si la décision du procureur de poursuivre ou de classer était bonne, v. Maria Joao Antunes, *Código de processo penal*, Coimbra editora, 2005, 15.

³¹ Nombreuse jurisprudence, par exemple en France, Crim., 14 juin 1989, Bull. crim., n° 259 ; D. 1989, Somm. 390, obs. J. Pradel ; RSC 1990, 368, obs. Braunschweig : atteinte au devoir d'impartialité par le président des assises disant à l'accusé « Ne pensez-vous pas que vous niez l'évidence et que vous avez une position insoutenable ? »

³² M. Bohlander, *Principles of German Criminal Procedure, Studies in International and Comparative Criminal Law*, 2012, 163-164.

réserve cependant de leur légalité »³³. Certes le Code français de procédure pénale connaît une disposition apparemment proche : l'article 463 relatif aux affaires correctionnelles dispose que « s'il y a lieu de procéder à un supplément d'information, le tribunal commet par jugement un de ses membres qui dispose des pouvoirs prévus aux articles 151 à 155 » du CPP, relatif aux commissions rogatoires. Le texte est pourtant moins fort que celui du § 244 St PO : alors que le texte allemand instaure un devoir pour le tribunal, la disposition française paraît moins impérative³⁴.

Enfin une dernière illustration de l'inquisitoire à l'audience de jugement peut être donnée avec le pouvoir discrétionnaire du président des assises en droit français. L'article 310 al. 1 CPP dispose : « Le président est investi d'un pouvoir discrétionnaire en vertu duquel il peut en son honneur et en sa conscience prendre toutes mesures qu'il croit utiles pour découvrir la vérité ». Comment expliquer ce pouvoir qui n'existe pas en matière correctionnelle ou contraventionnelle ? Il peut arriver que le dossier ait été mal instruit par le juge d'instruction ou plus souvent qu'un élément probatoire nouveau apparaisse à l'audience. Comme il est difficile de renvoyer l'affaire à cause de la présence des jurés³⁵, le législateur a accordé au président le pouvoir de jouer le rôle de juge d'instruction. C'est donc le principe de continuité des débats qui explique le pouvoir discrétionnaire.

Telles sont dans leurs grandes lignes la tradition romano-germanique et celle du common law. Mais que deviennent aujourd'hui ces modèles ? N'ont-ils pas perdu de leur pureté ? Avec le développement de la criminalité et avec la pression croissante des principes fondamentaux qui viennent notamment de la CEDH de Strasbourg, la réalité change³⁶. On peut peut être encore parler de système de common law et de système romano-germanique, mais la cloison n'est plus aussi étanche entre eux (si elle l'a peut-être été autrefois). Désormais, actuellement, ces deux systèmes sont placés de plus en plus sous le signe de rapprochements évidents. Les frontières se brouillent. En effet, même si tout ce qui vient d'être dit vaut encore, des éléments nouveaux apparaissent, signes de convergences modernes.

³³ E. Schlüchter, *Procédure pénale allemande*, 3^{ème} éd., traduit de l'allemand par E. Mathias ; Euwi-Verlag, Thüngersheim, Frankfurt/Main, 2002, 200-201.

³⁴ L'opportunité d'ordonner un supplément d'informations relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, Crim., 19 mars 2002, pourvoi n° 01-84.551.

³⁵ Qui par ailleurs devront être défrayés de leurs frais et qui souvent sont peu enthousiastes à l'idée de devoir siéger une seconde fois.

³⁶ A vrai dire la CEDH se montre indifférente en ne voulant pas prendre partie entre les deux systèmes. Ce qu'elle veut en revanche, c'est que la procédure soit contradictoire.

II – Des convergences modernes

11. Aujourd'hui les modèles juridiques circulent de plus en plus sous l'effet des nécessités d'une lutte concertée contre la criminalité, souvent internationale. Il en résulte que les systèmes se contaminent mutuellement et que plus précisément, chacun fait des emprunts à l'autre³⁷. C'est ce double mouvement qu'il nous faut décrire.

A – Le système romano-germanique emprunte au common law

12. Ce premier mouvement est le plus connu, au point que certains auteurs, ne voyant que cet aspect, sont portés à dire que le système de common law règne plus ou moins sur le monde entier. On parle par exemple d'américanisation du droit pénal tandis que d'autres, allant plus loin encore, évoquent l'idée d'une mondialisation du droit³⁸. Il convient d'y regarder de plus près et rechercher plus précisément ce que la famille romano-germanique a intégré du modèle accusatoire du common law.

13. C'est d'abord *négativement* en quelque sorte que le système romano-germanique se rapproche du common law. Plusieurs législations d'Europe continentale ont abandonné le juge d'instruction : l'Allemagne en 1975³⁹, l'Italie en 1989, l'Autriche en 2005 ; la Suisse en 2009⁴⁰, toutes ces nations qui l'avaient consacré au début du XIX^e siècle sous l'influence française alors conquérante. Désormais, la mise en état des affaires est assurée par le parquet aidé de la police judiciaire. En pratique, c'est la police qui commence les investigations et lorsque celles-ci sont largement entamées, voire achevées, elle saisit le procureur.

Un trait important caractérise ces législations d'origine inquisitoire et devenues plutôt accusatoire, c'est le rôle des poursuivants et la présence d'un juge pour décider les mesures attentatoires à la liberté (détention provisoire) et, celles qui sont intrusives comme les perquisitions ou les écoutes téléphoniques. Les Allemands parlent de juge de l'instruction et les Italiens de juge de l'enquête préliminaire. Ce juge dans le principe ne fait donc pas d'actes d'investigations. Il se borne à ordonner ceux qui sont très graves par leur objet (atteintes à la liberté ou à l'intimité de la personne).

³⁷ Il existe en France, au sein du ministère de la justice, un Service des affaires européennes internationales (SAEI) qui est presque systématiquement consulté dès qu'un projet de loi est envisagé par le ministère de la justice. Le SAEI procède alors à des études de droit comparé qui seront utilisés pour inspirer les rédacteurs du projet de loi.

³⁸ M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, éd. Seuil, 1994 ; *Trois défis pour un droit mondial*, éd. Seuil, 1998 ; *La mondialisation du droit*, in *Revue des deux mondes*, n° sur le droit français s'américanise-t-il ? 2000, 83 et s.

³⁹ Il est vrai qu'en Allemagne, le juge d'instruction jouait un rôle mineur.

⁴⁰ Les résistances furent importantes, notamment en Romandie (Genève par exemple).

Toutefois, comme par un souvenir discret de l'ancien système, le droit allemand fait un clin d'œil au juge d'instruction. Le ministère public allemand peut en effet faire appel au juge de l'instruction quand il est probable que ce dernier obtiendra des meilleurs résultats que lui ; il en est ainsi des interrogatoires qui, s'ils sont menés par un juge suscitent davantage la confiance du législateur que s'ils le sont par les procureurs ou les policiers (§§ 133-135 St PO) ; il en va de même lorsque le procès-verbal rapportant l'aveu de l'accusé doit être produit à l'audience, ce qui n'est permis que s'il a été obtenu au cours d'un interrogatoire judiciaire (§ 254 al. St PO)⁴¹.

Le rapprochement entre les droits romano-germaniques et ceux de common law va encore plus loin, par certains aspects positifs.

14. C'est en effet *positivement* que le système romano-germanique emprunte au common law certains de ses traits.

En premier lieu, le système de l'interrogatoire des témoins par les parties devant un juge observateur et finalement décideur, s'étend quelque peu dans les droits romano-germaniques. Prenons l'exemple du droit français. Certes à l'instruction et à l'audience de jugement, c'est le juge ou le président qui mène l'interrogatoire comme il a été dit (v. supra I, B). Mais les parties sont présentes et elles peuvent poser des questions et même demander des actes d'investigation. Au cours de l'instruction, si les témoins sont en principes entendus par le juge « séparément et hors la présence des parties » (art. 102 al. 1 CPP), il en va autrement en cas de confrontation avec les parties et dès lors l'avocat de ces dernières peut leur poser des questions une fois que le juge a fini de poser les siennes : en effet, selon l'article 120 CPP, « le juge d'instruction dirige des interrogatoires, confrontations et auditions. Le procureur de la République et les avocats des parties... peuvent poser des questions ou présenter de brèves observations. Le juge d'instruction détermine, s'il y a lieu, l'ordre des interventions et peut y mettre un terme lorsqu'il s'estime suffisamment informé. Il peut s'opposer aux questions de nature à nuire au bon déroulement de l'information ou à la dignité de la personne ». On le voit, le ton reste assez inquisitorial, malgré l'admission d'une dose de contradictoire. Les règles sont les mêmes pour l'audience de jugement. Ainsi, en droit français, les avocats et le parquet peuvent depuis une loi du 15 juin 2000 (art. 312 CPP) interroger directement les témoins, les experts, l'accusé et la partie civile, sans passer par l'intermédiaire du président (alors que le principe classique et longtemps unique voulait qu'ils posent leurs questions au président qui les « répercutait » ensuite à la personne sollicitée de donner des informations) : c'est tout simplement

⁴¹ Sur ces cas et quelques autres, E. Schlüchter, précité, 46.

l'importation de la *cross examination*⁴².

En second lieu, les pénalistes romano-germaniques, inquiets eux-aussi de l'accroissement de la criminalité, ont imaginé des formes apparentées au *plea bargaining* des Anglo-Saxons. On évoquera deux exemples. Celui de l'Allemagne d'abord qui fut longtemps défavorable à des accords entre les parties. Mais avec l'accroissement de la criminalité et l'idée qu'une sentence acceptée par le défendeur sert mieux les buts de la justice qui sont la rétribution et la réhabilitation, l'optique change⁴³. On faisait valoir aussi que le Code allemand de procédure pénale ne prohibait pas formellement les arrangements. Mieux, la Cour constitutionnelle déclare en 1987 que les arrangements ne sont pas inconstitutionnels. Finalement en 2009, fut créé le § 257 c St PO qui envisage un accord entre le juge, le poursuivant et l'accusé suite à une proposition émise par le juge (*Absprachen im Strafprozess*)⁴⁴. Il faut évidemment que l'accusé ait reconnu les faits.

Notre second exemple concerne la France avec la création en 2004 de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) ou plaider de culpabilité : un accord sur la culpabilité et la peine est scellé entre poursuivant et prévenu, qui est ensuite homologué par le président du tribunal de grande instance⁴⁵. Ainsi l'accord sur la culpabilité et la peine est indifférent à la distinction entre systèmes romano-germanique et de common law, même si des différences techniques importantes apparaissent selon les droit nationaux⁴⁶.

L'influence, voire la séduction du common law est donc éclatante sur le système romano-germanique. Mais des emprunts existent aussi dans l'autre sens. On devra apprécier leur importance.

⁴² R. Colson, La fabrique des procédures pénales, comparaison franco-anglaise des réformes de la justice répressive, RSC 2010, p. 365 ; C. Ayela et D. Dassa-Le-Deist, Le développement de la *cross examination* dans le procès pénal français, JCP E 2006-I.186. Le rapport Léger, issu du Comité de réflexion sur la justice pénale proposait la même chose, septembre 2009, 32. Ce projet faisant du président un arbitre allait à l'encontre de la tradition française et ne garantissait pas une meilleure justice.

⁴³ Voir le rôle opéré par un article publié en 1982 par un avocat sous le nom de Detlef Deal, in S. Kobor, *Bargaining in the Criminal Justice Systems of the United States and Germany*, éd. Peter Lang, 2007, 123. On lira les pages suivantes où il apparaît que les juges judiciaires furent longtemps réticents.

⁴⁴ Ce qui déroge beaucoup à la tradition anglo-saxonne et italienne où le juge n'intervient pas dans la négociation.

⁴⁵ Commentaires de B. de Lamy au D. 2004, chron. 1982, et J. Pradel au JCP 2004-I.132. La doctrine est considérable. Il faut bien saisir qu'en droit français il y a *plea* sans *bargaining*, c'est-à-dire pas de négociation.

⁴⁶ J. Pradel, Le plaider coupable. Confrontation des droits américain, italien et français, Rev. internat. dr. comp. 2005, 473 et s.

B – Le système de common law emprunte au système romano-germanique

15. On dit souvent qu'en common law, le rôle du juge est fondamental et l'on oppose même au titre des sources du droit le juge en common law et la loi dans la famille romano-germanique. Seule fait exception la matière de la charge de la preuve puisque c'est aux parties de présenter les preuves, le juge se bornant à les apprécier avant de rendre sa décision. Pourtant, la charge probatoire peut aujourd'hui - à titre exceptionnel certes - passer des mains des parties à celles du juge.

16. Par exemple, l'Italie qui est passée en 1989 au système accusatoire a conservé des souvenirs du système inquisitoire. Le juge peut encore rechercher la preuve dans certaines hypothèses dont le poids n'est pas nul. Ainsi le CPP de 1989 a institué la procédure d'incident probatoire (*incidente probatorio*) : selon les articles 392 et suivants, au cours de l'enquête, le ministère public et l'accusé peuvent demander au juge de procéder à l'administration contradictoire d'une preuve qui ne pourra plus être présentée à l'audience de jugement (*dibattimento*) et le texte de l'article 392 donne les exemples du témoin malade ou menacé, ou de l'expertise qu'il faut ordonner de suite. On peut y voir une « parenthèse dans l'enquête préliminaire »⁴⁷ pas si éloigné des dispositions allemandes qui sont pourtant intégrées dans un autre système. En outre et toujours en droit italien, à l'issue de l'enquête se tient une audience préliminaire, déjà évoquée au cours de laquelle le juge peut procéder à de nouvelles auditions pour compléter son enquête et pour mieux être à même de prendre sa décision de classement ou de poursuite (art. 422 CPP). En réalité le juge de l'audience préliminaire redevient... juge d'instruction.

Enfin lors de l'audience de jugement, le président - en principe passif face aux parties qui lui présentent la preuve devant le tribunal - peut en cas de besoin prendre un rôle plus actif : en effet selon l'article 507, une fois l'acquisition de la preuve terminée, le juge, en cas d'absolue nécessité (*se risulta assolutamente necessario*) peut décider d'office de mettre en œuvre d'autres moyens de preuve, ce qui pourra entraîner une suspension du débat⁴⁸.

En second lieu, on trouve des arrêts révélateurs d'une évolution vers un rôle plus actif du juge. Un arrêt remarqué de la Cour suprême du Canada est allé jusqu'à décider : « Il est clair que l'on n'exige plus du juge la passivité d'antan : d'être juge sphinx. Mais seulement acceptons-nous aujourd'hui que le juge intervienne dans le débat, mais croyons-nous aussi qu'il est parfois essentiel qu'il le fasse pour que justice soit rendue

⁴⁷ M. Chiavario, *Diritto processuale penale*, Profilo istituzionale, 6^{ème} éd., UTET 2015, 482.

⁴⁸ Ce qui a même été étendue par la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel italiens.

effectivement. Ainsi un juge peut et parfois doit poser des questions aux témoins, les interrompre dans leur témoignage et, au besoin, les rappeler à l'ordre... »⁴⁹.

17. Alors que conclure ? Les frontières entre système de common law et système romano-germanique sont devenus poreuses, Mais malgré tout, il reste encore des différences entre eux. Les législations s'efforcent de concilier le respect de leurs traditions culturelles et les nécessités, d'une juste et rapide procédure car il y a souvent avantage à voir ce que fait le voisin. Aujourd'hui, dans toutes les législations qu'elles soient de type accusatoire ou inquisitoire, on retrouve toujours le principe du contradictoire, qui est ainsi transversal. A notre avis personnel, le meilleur système (ou le moins mauvais) est le système inquisitoire tempéré par le contradictoire : en effet la recherche de la vérité est effectuée par un tiers professionnel et objectif et les droits de la défense ne sont pas sacrifiés. Décidément, la procédure pénale est un subtil équilibre.

Žan Pradel (*Jean Pradel*)

Profesor emeritus Pravnog fakulteta u Poatijeu

Član Međunarodne akademije za uporedno pravo

ULOGA SUDIJE KRIVIČARA U TERETU DOKAZIVANJA UPOREDNI PRISTUP *COMMON LAW* I ROMANSKO- GERMANSKI SISTEM

Rezime

U radu se analizira uloga sudije krivičara u teretu dokazivanja. Autor predstavlja uporedni pristup *Common Law* i romansko-germanskom sistemu. U okviru krivičnog postupka, teorija dokazivanja predstavlja jedno od najsloženijih poglavlja. U uporednom pravu su se iskristalisale dve, bar načelno, suprotstavljene koncepcije: adverzijalna (kontradiktorna) i istražna. Ova distinkcija odnosi se posebno na pitanje

⁴⁹ Cité in J. Pradel, Les procédures pénales dans les droits de commun law et romano-germanique : des frontières qui se brouillent, in Les nouveaux territoires du droit et leur impact sur l'enseignement et la recherche, Colloque Poitiers-Montréal, 2002, LGDJ 2004, 196. Il arrive aussi au juge anglais de poser des questions qu'il estime nécessaire à l'intelligence de l'affaire, v. J. Spencer, La procédure pénale anglaise, PUF, Que sais-je ? 1998, 87.

tereta dokazivanja. Kod kontradiktorne koncepcije, u principu, stranke – tužilac i tuženi – aktivno traže dokaze, a sud učestvuje kao posmatrač u raspravi. Dakle, postupak je aktivnost pred sudom. Suprotno tome, u slučaju istražne koncepcije, sudija je taj koji je u središtu procesa, traga za istinom, i ima zadatak da utvrdi ko je učinio povredu i kako. Shodno tome, postupak je aktivnost suda (ili tačnije sudije). U svetu prava, naročito kada je reč o krivičnom postupku, razlikujemo *Common Law* sistem (Engleska, Severna Amerika, Italija...) i romansko-germanski sistem (ili evropski kontinentalni). Pri čemu je *Common Law* sistem više adverzijalni, a romansko-germanski sistem više istražni. Tradicionalna suprotstavljenost između ova dva sistema danas je u velikoj meri ublažena. Sfera krivičnog postupka postaje jedna vrsta *melting pot*-a. U prvom delu rada, autor predstavlja klasične razlike, koje i dalje nisu izgubile na značaju, dok je drugi deo posvećen modernim konvergencijama koje sve više dobijaju na težini. Na kraju rada, autor iznosi stav prema kome je najbolja (ili najmanje loša) istražna koncepcija ublažena kontradiktornom.

Ključne reči: sudija krivičar, teret dokazivanja, krivični postupak, adverzijalni sistem, istražni sistem.

Jean Pradel

Professor Emeritus of the Faculty of Law in Poitiers

Member of the International Academy of Comparative Law

THE ROLE OF THE CRIMINAL JUDGE IN THE BURDEN OF PROOF COMPARATIVE APPROACH TO COMMON LAW AND ROMANO-GERMANIC SYSTEMS

Summary

The paper analyses the role of the criminal judge in the burden of proof. The author presents comparative approach to Common Law and Romano-Germanic systems. In criminal proceedings, theory of proof is one of the most complicated issues. As regards the burden of proof, there are at least, two conceptions: adversarial and inquisitorial. According to the adversarial conception, burden of proof refers most generally to the obligation of a party to prove its allegations at trial. Indeed, the proceedings are considered as an activity in front of the Court. On the contrary, when it comes to the

inquisitorial conception, the judge is in the middle of the trial, searching for the truth. His duty is to determine who committed the violation and how. Consequently, the proceedings are an activity of the Court (or more precisely of the judge). Nowadays two systems could be distinguished, especially when it comes to the criminal proceedings: Common Law system (England, North America, Italy...) and Romano-Germanic system (or European continental). Whereby Common Law system is more adversarial, Romano-Germanic system is more inquisitorial. So, the world of criminal proceedings has become a kind of melting pot. In the first part of the article, the author presents classical differences between these two systems, which are still significant. The second part is devoted to the modern convergences, gaining more and more importance. At the end, the author states that the best solution (or the least bad solution) is inquisitorial conception mitigated by adversarial one.

Key words: criminal judge, burden of proof, criminal proceeding, adversarial system, inquisitorial system.