

zur Verfügung steht, ist das Beweisantragsrecht (Art. 107 Abs. 1 lit. e StPO).²¹ Mit diesem kann die beschuldigte Person in jedem Stadium des Verfahrens aus eigener Initiative bei der Strafverfolgungsbehörde beantragen, dass bestimmte Beweiserhebungen vorzunehmen sind, um damit bisher nicht zutage getretene oder (noch) nicht hinreichend erwiesene Tatsachen beweisen zu können.²²

Trotz dieser Bedeutung werden Beweisanträge sowohl in der Untersuchung als auch in der Hauptverhandlung oftmals abgewiesen. Dabei kann eine Abweisung gemäss Art. 139 Abs. 2 und 318 Abs. 2 StPO nur erfolgen, wenn die Beweiserhebung über Tatsachen verlangt wird, die unerheblich, offenkundig, der Strafbehörde bekannt oder bereits rechtsgenügend erwiesen sind.²³ Dass bezüglich dieser Gründe eine antizipierte Beweiswürdigung zumindest in engen Grenzen möglich ist, ist zwar höchst problematisch,²⁴ auferlegt der Verteidigung aber auch eine besondere Verantwortung, welcher sie sich stellen muss, um ihrem vorgängig beschriebenen Auftrag gerecht zu werden. Die Einreichung eines Beweisantrags darf kein Schnellschuss sein, er besteht nicht nur – auch wenn man dies leider häufig sieht – aus einem Satz. Vielmehr muss die Verteidigung einen nach Inhalt und Sinn klar formulierten Antrag stellen, der eine genaue Beweistatsache bezeichnet, welche auf einem Beweisthema fusst und, wenn möglich, ein Beweisziel nennt. Der Beweisantrag muss also in ausreichendem Masse begründet sein und, auch das ist zur Verdeutlichung von dessen Bedeutung denkbar, potentielle Konsequenzen einer Abweisung

aufzeigen.²⁵ Erfüllt der Beweisantrag diese Voraussetzungen, so ist eine auf antizipierter Beweiswürdigung fussende Abweisung willkürfrei nur schwerlich möglich.

Auffallend ist in diesem Zusammenhang, dass das Beweisantragsrecht in der StPO zwar an verschiedenen Stellen erwähnt ist, dies aber oftmals als Endpunkt der jeweiligen Beweiserhebung (Art. 318 Abs. 2 und Art. 345 StPO). Für die Verteidigung sollte das nicht handlungsleitend sein. Natürlich können taktische Erwägungen einer zu frühen Antragsstellung entgegenstehen. Diese gründen aber regelmässig auf der erwarteten oder befürchteten Ablehnung durch die verfahrensleitende Behörde. Ist der Beweisantrag aber im vorerwähnten Masse erstellt, so ist eine frühzeitige Eingabe zumeist empfehlenswert. Dies auch in Hinblick auf eine möglichst frühzeitige Verfahrensbeendigung, die zum Schutz der Würde der beschuldigten Person in aller Regel anzustreben ist.

²¹ WOHLERS, a. a. O., Art. 139 N 6; PIETH, Der Beweisantrag des Beschuldigten im Schweizer Strafprozessrecht, Diss. BS 1983, S. 352.

²² BOMMER, Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebungen in der Untersuchung, recht 2010, S. 212.

²³ Zu allen Ablehnungsgründen vgl. BSK StPO, 2. Aufl. 2014 (Hrsg.: Niggli/Heer/Wiprächtiger)-GLESS, Art. 139 N 32 ff.

²⁴ GLESS, a. a. O., Art. 139 N 49 m. w. Hinw.

²⁵ Sinngemäss: «Sollte dem vorliegenden Beweisantrag wider Erwarten nicht Folge geleistet werden oder sich die Ablehnung auf einen unzureichenden Grund stützen, so muss dies die Wahrunterstellung zugunsten der beantragenden Person zur Folge haben.»

LES «NO-GOES» DE LA DÉFENSE PÉNALE

DANIEL KINZER

Avocat, Genève

Mots-clés: défense pénale, entrave à l'action pénale, règles professionnelles

«Le défenseur n'est obligé, dans les limites de la loi et des règles de sa profession, que par les intérêts du prévenu» (art. 128 CPP). La mission de défense ne justifie donc pas tout. L'activité du défenseur doit s'inscrire à l'intérieur de certaines limites, au-delà desquelles se trouvent les «no-goes» de la défense pénale. Il reste à tracer la frontière entre ce qui est permis et ce qui ne l'est pas.

L'opposition que présente l'art. 128 CPP entre les intérêts du prévenu, qui obligent, et la loi, qui limite, évoque la problématique de l'excès, c'est-à-dire du défenseur qui, tout à son souci de défendre, va trop loin et emploie des moyens proscrits. Tel sera effectivement le sujet de la présente contribution, mais il ne faut pas perdre de vue que le dé-

fenseur peut aussi, et surtout, pécher en ne veillant pas assez aux intérêts dont il a la charge, voire en les trahissant: «[I]l'avocat doit régler son activité non pas en fonction de l'intérêt qu'a l'État à la poursuite pénale, mais en fonction de l'intérêt qu'a l'accusé à obtenir un acquittement ou un jugement aussi clément que possible [...] Comme la dé-

*fense formelle de l'accusé dans les cas d'une certaine gravité est une condition de procédure dans un État fondé sur le droit, le défenseur agirait de façon contraire à ses obligations s'il n'accomplissait pas la tâche qui lui incombe*¹. Le défenseur doit assurer une défense effective et efficace², et lorsque, par indolence ou par incompétence, il néglige de façon grave ses devoirs, l'autorité en charge de la procédure doit intervenir³. Le défenseur ne doit pas, non plus, se désolidariser de son client, et laisser entendre qu'en son for intérieur, il pense coupable celui dont il plaide l'acquittement⁴.

Sur la question des limites posées à l'activité du défenseur, l'art. 128 CPP paraît de prime abord tautologique. On ne voit pas, en effet, ce qui pourrait freiner l'activité du défenseur, dont le moteur est l'intérêt du prévenu, si ce n'est, précisément, la loi (qui comprend d'ailleurs les règles professionnelles, exhaustivement définies par la LLCA) – sauf à considérer que cette norme impose au défenseur d'ignorer toute limite qui ne soit pas consacrée par la loi. Selon cette hypothèse, il s'agirait notamment d'interdire au défenseur de s'obliger au-delà des règles professionnelles quant à la nature des moyens qu'il met en œuvre, par exemple en adhérant à une association d'avocats qui impose à ses membres de respecter certaines règles, comme les Us et coutumes de l'Ordre des avocats de Genève. Une telle interprétation de l'art. 128 CPP nous semble erronée. Le règlement exhaustif des règles professionnelles par la LLCA n'a pas eu pour conséquence d'exclure *a priori* l'admissibilité de règles déontologiques auxquelles un avocat peut choisir de se soumettre librement⁵, et aucun auteur ne suggère que l'art. 128 CPP accomplirait sur ce point ce que l'art. 12 LLCA n'a pas fait. Encore moins peut-on déduire de l'art. 128 CPP que le défenseur doit refuser d'écouter ce que lui dicte sa conscience ou lui suggère sa sensibilité. À supposer qu'une telle opération mentale soit possible, il n'apparaît pas souhaitable d'y contraindre le défenseur, car la loi n'a pas vocation à régir les âmes. Tant et aussi longtemps que la défense reste efficace, il ne saurait être question d'imposer au défenseur de faire abstraction de son système de valeurs propre, en vertu duquel, cas échéant, il s'abstiendra d'un acte de défense pénale permis par la loi.

Toujours de prime abord, l'énoncé des limites par l'art. 128 CPP paraît également pléthorique. Dans la mesure où les règles professionnelles sont exhaustivement énumérées par la LLCA, il n'est en soi pas nécessaire de mentionner que celles-ci, à l'instar de la loi, posent des limites. Si le législateur l'a fait, c'est donc pour mettre en évidence que les règles professionnelles vont plus loin que le reste de la loi ou, autrement dit, qu'un acte de défense en soi légal peut néanmoins être proscrit par les règles professionnelles.

Cette structure justifie d'examiner d'abord les limites – absolues – découlant (du reste) de la loi (I), ce qui sera l'objet principal de la présente contribution, puis de conclure par quelques brefs développements sur l'impact des règles professionnelles (II).

I. Les limites découlant de la loi

Le tracé de la frontière entre un acte de défense légal et un acte de défense illégal s'avère compliqué par une circularité. Les limites légales encadrant l'activité du défenseur sont en effet principalement celles du droit pénal⁶. Si l'art. 128 CPP prévoit que le défenseur peut et doit intervenir dans l'intérêt du prévenu, mais dans les limites de la loi, notamment pénale, l'art. 14 CP – que le défenseur peut invoquer lorsqu'il a agi dans le contexte de la mission que la loi lui a confiée⁷ – prévoit, lui, que quiconque agit comme la loi l'ordonne ou l'autorise se comporte de façon conforme à la loi, même si l'acte, en soi, répond à la définition d'une infraction. Affirmer que le défenseur doit s'abstenir de moyens illégaux⁸ est donc juste, mais guère fructueux, puisque, précisément, la mission dont il est chargé peut justifier l'emploi de moyens qui, sinon, seraient réprimés par le droit pénal. Ce problème découle directement de l'art. 14 CP, dont un auteur a mis en évidence qu'il laisse totalement ouverte la question de la préséance entre la norme qui autorise et celle qui réprime⁹.

Cependant, la jurisprudence a posé le principe que l'art. 14 CP ne peut être invoqué à titre de motif justificatif que si les principes de subsidiarité et de proportionnalité ont été respectés dans le cas particulier¹⁰. Cela suggère une analyse de cas en cas, à la lumière de la *ratio legis* des normes en jeu. Avant de sombrer dans la casuistique, on peut néanmoins tenter quelques distinctions.

1. Irrecevabilité du motif tiré de l'art. 14 CP lors d'actes sans rapport avec la mission

On peut d'abord différencier entre les actes du défenseur résultant de la mission dont il est chargé par la procédure, et ceux qui sont faits à l'occasion de cette mission, dans le contexte du soutien que le défenseur veut apporter à son client, mais sans connexité nécessaire avec la mission de défense, et qui pourraient être faites par tout un chacun. Il

1 ATF 106 Ia 100 = JdT 1982 I 579 c. 6b.

2 Art. 6 para. 3 lit. c CEDH; ATF 124 I 185 c. 3b, 126 I 194 c. 3d; HARARI/ALIBERTI, *Commentaire romand*, n. 19 s. ad art. 128 CPP; LIEBER, *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, 2^e éd., Zurich 2014, n. 12 s. ad art. 134 CPP.

3 LIEBER, *op. cit.*, n. 15 ad art. 134 CPP.

4 LIEBER, *op. cit.*, n. 15 ad art. 128 CPP.

5 Cf. FF 1999 5355; l'édiction de règles professionnelles unifiées a aussi pour but de créer une distinction claire entre celles-ci et les règles déontologiques, et n'exclut donc pas ces dernières.

6 LIEBER, *op. cit.*, n. 8 ad art. 128 CPP; SCHMID, *Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar*, 2^e éd., Zurich 2013, n. 2 ad art. 128 CPP; RUCKSTUHL, *Basler Kommentar*, n. 5 s. ad art. 128 CPP.

7 ATF 131 IV 154; BETTENHAUSEN, *Begünstigung im Schweizerischen Strafrecht*, Diss. Basel 1970, p. 112; STUDER, *Begünstigung im Sinne von Art. 305 StGB*, Diss. Zurich 1984, p. 166; CORBOZ, *op. cit.*, n. 31 ad art. 305 CP.

8 ATF 106 Ia 100 = JdT 1982 I 579 c. 6b.

9 TRECHSEL/GETH, *Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar*, 3^e éd., Zurich 2018, n. 1 ad art. 14 CP.

10 DONATSCHE/WOHLERS, *StGB/JStG Kommentar*, 20^e éd., Zurich 2018, n. 9 ad art. 14 CP et les nombreuses références jurisprudentielles.

n'est pas fait référence ici à la distinction classique entre activité typique et atypique¹¹, mais à des sous-catégories au sein de la défense pénale, activité typique par excellence. Si le CPP précise ce qui encadre la mission, il ne définit pas en quoi elle consiste. Selon la doctrine et la jurisprudence, le défenseur fournit «*assistance, soutien et conseil*»¹²; son activité de défenseur consiste à conseiller son client¹³, à l'assister lors de tous les actes de procédure (sous réserve de ceux auxquels il n'est pas admis à participer)¹⁴ et à le représenter pour certains actes qui ne sont pas strictement personnels¹⁵. Le conseil au client peut impliquer d'éventuelles investigations propres¹⁶ ou une coordination avec les conseils d'autres prévenus¹⁷. Le défenseur a aussi pour mission de discuter, voire de négocier, avec les autres parties à la procédure. Enfin, certaines activités de soutien (discussions avec l'employeur, recherche d'une institution susceptible d'accueillir le prévenu au titre de mesures de substitution à la détention préventive, etc.) font également partie de la mission de défense¹⁸. Pour toutes ces activités-là, l'invocation de l'art. 14 CP est à tout le moins recevable, sans préjudice de la question, qui sera abordée plus loin, de savoir si elle est fondée dans le cas particulier.

En revanche, l'aide qui peut être apportée par tout un chacun et ne découle pas de la mission du défenseur n'est d'emblée pas «*autorisée par la loi*» au sens de l'art. 14 CP. On pense, par exemple, à la mise à disposition de locaux, à l'achat de services ou encore à l'acheminement de correspondances. Si de telles prestations sont fournies par le défenseur et qu'elles répondent à la définition d'une infraction pénale, p. ex. dans le contexte de l'aide à un fugitif, de la mise en lieu sûr de preuves¹⁹ ou d'activités collusives, elles ne sont d'emblée pas couvertes par l'art. 14 CP²⁰. Le défenseur doit s'en abstenir.

Les interventions du défenseur dans les médias nous semblent à cet égard un cas limite. Si la défense pénale s'exerce avant tout dans le prétoire, on ne peut nier qu'une médiatisation de l'affaire peut appeler une défense par le même canal de façon à éviter une condamnation anticipée dans l'esprit des gens, qui a parfois des conséquences désastreuses qu'un acquittement ultérieur ne peut plus réparer. Dans ce contexte, le défenseur a un rôle central à jouer en raison de sa connaissance intime du dossier, des attentes de son client et de celles de l'audience des médias, même s'il est théoriquement possible d'avoir recours à un chargé de communication; du moment qu'on fait le procès de son client dans un tribunal – fût-il médiatique –, le défenseur peut intervenir. Il nous paraît donc que le motif justificatif de l'art. 14 CP n'est pas d'emblée exclu s'agissant des communications faites par le défenseur dans les médias.

2. La portée du motif justificatif tiré de l'art. 14 CP, lorsqu'il est recevable

Une seconde distinction peut ensuite être faite entre l'entrave à l'action pénale (art. 305 CP), qui a ceci de particulier qu'elle réprime des actes en soi licites mais proscrits en raison de leur finalité, ce qui pose les questions les plus

délicates de délimitation entre activité licite et illicite du défenseur (b), et le droit pénal «*commun*», soit les actes typiques susceptibles d'être commis dans le contexte d'une défense pénale (infractions contre l'honneur, infractions contre la liberté, infractions contre les titres, autres infractions contre l'administration de la justice) (a).

A) Pour les infractions en général

D'une manière générale, et en faisant donc, dans un premier temps, abstraction du cas particulier de l'entrave à l'action pénale, la jurisprudence et la doctrine retiennent que la défense pénale ne justifie pas, sous l'angle de l'art. 14 CP, les actes qui constituent une infraction de droit «*commun*»²¹.

Par ailleurs, comme le client ne peut s'exonérer d'une infraction en plaidant qu'elle a été commise dans un but d'auto-favorisation²², le défenseur qui conseille à son client de commettre une infraction au Code pénal (instigation à faux témoignage, destruction de titres, p. ex.) se rend lui-même coupable de participation à la même infraction, sous forme d'instigation ou de complicité.

Ce principe reçoit toutefois une exception consacrée en matière d'infractions contre l'honneur, qui mériterait d'être généralisée.

La jurisprudence admet en effet que le défenseur peut invoquer l'art. 14 CP pour justifier des affirmations qui pourraient tomber sous le coup de la diffamation (art. 173 CP). Dans une affaire de garde d'enfant, mais dont les principes se transposent sans autres au procès pénal, le Tribunal fédéral a posé le principe – bien connu – selon lequel les allégations attentatoires à l'honneur émanant d'un défenseur dans un procès sont justifiées par le devoir de plaider la cause et par le devoir de profession pour autant qu'elles soient pertinentes, qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire, qu'elles ne soient pas inutilement blessantes, et qu'elles ne soient pas propagées de mauvaise foi, étant précisé que de simples suppositions doivent être présentées comme telles²³.

11 ATF 114 III 105, JdT 1990 II 98, consid. 3.

12 RUCKSTUHL, *op. cit.*, n. 2 ad art. 128 ss.

13 ALBRECHT in NIGGLI/WEISSENBERGER (éds.), *Strafverteidigung*, Bâle 2002, 22 ss.

14 ALBRECHT, *op. cit.*, 25 ss.

15 HARARI/ALIBERTI, *op. cit.*, n. 10 s., 17 ad art. 128 CPP; RUCKSTUHL, *op. cit.*, n. 3 ad art. 128 CPP.

16 TF, 6B_1231/2018 c. 2.2.; LIEBER, *op. cit.*, n. 17 ad art. 128 CPP.

17 CEDH, arrêt du 28.11.1991 S. c. Suisse, § 49 («il n'y a rien d'extraordinaire à ce que plusieurs défenseurs collaborent à fin de coordonner leur stratégie»); LIEBER, *op. cit.*, n. 20 ad art. 128 CPP.

18 ALBRECHT, *op. cit.*, 29.

19 TF, 6S.152/1996 in *Plädoyer* 4/96 63 s.; JdT 108 IV 81.

20 POSTIZZI, *Il dovere di fedeltà sotto la lente del codice penale*, Rep 1997 35 ss, 48.

21 ZR 106 [2007] no. 37; TRECHSEL/PIETH, *op. cit.*, n. 10 ad art. 305 CP; LIEBER, *op. cit.*, n. 8 ad art. 128 CPP; SCHMID, *op. cit.*, n. 2 ad art. 128 CPP; RUCKSTUHL, *op. cit.*, n. 5 ad art. 128 CPP.

22 CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, 3^e éd., Berne 2010, n. 9 ad art. 305 CP.

23 ATF 131 IV 154 c. 1.3.

L'idée qui inspire cette jurisprudence justifie aussi de restreindre le domaine d'autres infractions dont le défenseur pourrait être soupçonné. Ainsi, la production par le défenseur de faux matériels ou intellectuels que son client lui a remis comme éléments à décharge, voire leur simple évocation, est susceptible d'être réprimé au titre d'usage de faux (art. 251 CP). Or, cette infraction peut aussi être commise par dol éventuel²⁴. S'il se justifie qu'un défenseur *choisisse* de s'abstenir de produire un document qui pourrait être faux, à cause de sa conception de la déontologie ou des risques que cela comporte pour son client, la loi ne devrait pas lui *interdire* de considérer, en le menaçant d'une peine, que sa mission implique de produire un document à décharge qui pourrait être véridique. En décider autrement reviendrait à faire du défenseur l'instrument d'une espèce de censure préalable, motivée non par l'intérêt du prévenu, mais par l'efficacité de la justice pénale. Cela ne nous paraît pas compatible avec la conception du rôle de la défense que codifie l'art. 128 CPP, qui veut que le défenseur n'ait pas à se préoccuper du déroulement harmonieux de la procédure pénale, ni du succès de la recherche de la vérité matérielle²⁵. De plus, cela pourrait conduire à ce que des éléments de preuve pertinents ne parviennent pas en mains du juge, raison pour laquelle le Tribunal fédéral a déjà retenu, dans son arrêt de principe ATF 106 IV 100, qu'il était important de laisser une certaine marge de manœuvre au défenseur²⁶. Par conséquent, s'il est évident que le défenseur ne peut pas faire usage d'un titre qu'il *sait* faux, l'art. 14 CP devrait conduire à juger non punissable la commission par dol éventuel chaque fois qu'une affirmation fausse ou la production d'un moyen de preuve faux, par le défenseur, serait objectivement typique d'une infraction²⁷, à l'instar de ce que prévoit déjà le texte légal pour la dénonciation calomnieuse (art. 303 CP)²⁸.

B) Pour l'entrave à l'action pénale

Il reste à examiner le cas de l'entrave à l'action pénale (art. 305 CP), qui prévoit que celui qui aura soustrait une personne à une poursuite pénale sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

La doctrine met à juste titre en évidence que la loi pose deux impératifs qui s'opposent frontalement²⁹. D'un côté, le Code de procédure pénale commande au défenseur de mettre en œuvre tous les moyens licites dans le but que la procédure aboutisse au résultat le plus favorable possible pour le prévenu. De l'autre, le Code pénal lui interdit tout acte, même licite en soi, qui aurait pour effet, voulu, de le soustraire à la procédure pénale. Le tracé de la limite entre permis et interdit à la lumière des art. 14 CP et 128 CPP, de l'avis général, est malaisé³⁰.

Selon le texte clair de la norme, celui qui tente de se soustraire lui-même à la poursuite («autofavorisation») ne commet pas l'infraction prévue par l'art. 305 CP³¹. Celui qui instigue un tiers à se favoriser lui-même n'est pas punissable; en revanche, celui qui aide un tiers à le faire peut être lui-même puni, si ce n'est comme complice, à tout le

moins dans le cas où, par cette assistance, il favorise autrui de façon à entraver l'action pénale comme auteur principal³².

Du moment que le défenseur commet une infraction de droit pénal «commun» dans le contexte de la défense, il est punissable pour entrave à l'action pénale en concours idéal si cette infraction a aussi pour résultat de soustraire son client à l'action pénale.

La doctrine se divise en revanche sur l'emploi de moyens contraires aux règles professionnelles. Pour les uns, un tel comportement du défenseur ne sera jamais constitutif d'entrave à l'action pénale³³, mais peut l'être pour les autres³⁴. Selon nous, l'approche n'est pas fructueuse. Autant raisonner directement, à la lumière de la mission du défenseur et en appliquant l'examen de proportionnalité prescrit par l'art. 14 CP, pour déterminer si un certain comportement est constitutif d'entrave à l'action pénale, que de pratiquer un détour par la notion relativement floue des règles professionnelles.

Il est communément admis qu'informer le prévenu de ses droits procéduraux (se taire, se favoriser lui-même, voire mentir et fuir³⁵) n'est pas constitutif d'entrave à l'action pénale, quand bien même le prévenu, en les exerçant, est ensuite susceptible de compliquer l'instruction du reproche pénal. On se situe là, en effet, au cœur des devoirs

²⁴ ATF 135 IV 12 c. 2.3.1.; CORBOZ, *op. cit.*, n. 171 ad art. 251 CP.

²⁵ ATF 106 Ia 100 c. 6b.

²⁶ ATF 106 Ia 100 c. 6b.

²⁷ L'affirmation d'un auteur selon laquelle le défenseur n'outrepasse sa mission que lorsqu'il a recours à des moyens *clairement* illégaux va en ce sens (VELNON/RUDY, *Basler Kommentar*, n. 9 ad art. 305 CP; cf. aussi ALBRECHT, in NIGGLI/WEISSENBERGER, *Strafverteidigung*, Bâle 2002, 2.22. «le défenseur ne peut pas présenter comme vrais des faits qu'il sait faux. En revanche, il lui est permis de produire au procès des affirmations fausses de son mandant tant qu'il n'a pas connaissance certaine de leur fausseté».

²⁸ ATF 76 IV 244.

²⁹ DELNON/RUDY, *op. cit.*, n. 9 ad art. 305 CP.

³⁰ Un auteur estime que l'acte de défense licite n'est pas un acte d'entrave justifié par l'art. 14 CP, mais un acte qui n'est même pas typique, dès lors que le bien juridique protégé, l'administration de la justice, postule déjà une tension dialectique entre l'accusation et la défense; en décider autrement reviendrait à considérer la défense comme un mal nécessaire et non comme une institution contribuant à une meilleure justice (POSTIZZI, *op. cit.*, 47). Cette conception alternative nous paraît séduisante, sans toutefois qu'elle n'empêche de conséquences concrètes. On observera que l'intervention médicale, elle aussi, est analysée comme une lésion corporelle, justifiée (le cas échéant) par le consentement du lésé.

³¹ ATF 124 IV 130 c. aa.

³² CORBOZ, *op. cit.*, n. 53 ad art. 305 CP; BETTENHAUSER, *op. cit.*, p. 88 s.; STUDER, *op. cit.*, n. 108 ss; HAUSWIRTH, *Die Selbstbegünstigung im schweizerischen Strafrecht*, Diessenhofen 1984, 74 ss; REHBERG, *Aktuelle Probleme der Begünstigung (StrGB Art. 305)*, RSJB 1981 357 ss, 381 s.

³³ DELNON/RUDY, *op. cit.*, n. 9 ad art. 305 CP; CASSANI, in SCHUBARTH (éd.), *Commentaire du droit pénal Suisse*, vol. 9, Berne 1996, n. 29 ad art. 305 CP; STRATENWERTH/WOHLERS, *Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar*, 3^e éd., Berne 2013, n. 3 ad art. 305 CP; sans doute aussi CORBOZ, *op. cit.*, n. 31 ad art. 305 CP.

³⁴ TRECHSEL/PIETH, *op. cit.*, n. 10 ad art. 305 CP.

³⁵ HARARI/ALIBERTI, *op. cit.*, n. 20 (footnote 36) ad art. 128 CPP.

du défenseur³⁶. Le défenseur peut aussi faire bénéficier le prévenu de son expérience du déroulement concret d'une procédure pénale, respectivement de ce qu'il a licitement appris sur le déroulement de la procédure dont il s'agit, même si cela permet au prévenu d'adapter son comportement de façon à éluder certaines mesures d'enquête³⁷.

Le passage de l'information sur certains droits au conseil de les exercer recèle certaines difficultés. Si le conseil de se taire ne pose pas problème³⁸, et le conseil de se rendre d'un pays tiers à un autre pays tiers dans le but de rendre une éventuelle extradition plus difficile non plus³⁹, il en va autrement du conseil de mentir. Sous réserve de certaines voix dissidentes⁴⁰, la majorité de la doctrine semble considérer que le défenseur qui conseille à son client de mentir peut commettre un acte d'entrave au sens de l'art. 305 CP⁴¹.

Ce point de vue peut se discuter, en premier lieu pour des raisons dogmatiques. Le mensonge du prévenu est certes propre à entraver la poursuite pénale, mais il est licite en soi et relève de l'autofavorisation, non punissable. Il s'ensuit que le conseil du défenseur, qui relève de l'instigation, n'est pas punissable non plus⁴².

En second lieu, il importe que le défenseur puisse aborder objectivement, avec empathie et de façon désintéressée la question, lourde de conséquences tant stratégiques que psychologiques, de dire la vérité ou de (continuer à) mentir. Si conseiller l'un des termes de l'alternative était sanctionné pénalement, les dés seraient pipés, et la confiance entre défenseur et prévenu battue en brèche. Ce n'est que s'il sait que son défenseur est en droit de lui conseiller de s'en tenir à son mensonge que le prévenu peut véritablement lui faire confiance lorsqu'il lui conseille de passer aux aveux; à l'inverse, le défenseur ne doit pas craindre de conseiller à son client de rétracter des aveux dont il pense qu'ils sont faux au motif que la justice, non convaincue par cette rétractation, pourrait estimer qu'il a incité son client à mentir. En fin de compte, une interprétation de la loi qui conduirait à la conclusion que le défenseur qui conseille à son client de mentir s'expose à des sanctions pénales – règle au demeurant trop schématique compte tenu de l'infini nuancier des situations qui se présentent en pratique – ne nous paraît pas en harmonie avec la conception de la défense exposée par le Tribunal fédéral dans son arrêt de principe.

Autre est la question de savoir si le défenseur est en droit, sans risquer de commettre une entrave à l'action pénale, de dire à son client *comment* mentir, soit de construire un scénario visant à induire la justice en erreur. La doctrine le nie avec des motifs convaincants⁴³. Du point de vue dogmatique, en effet, un tel conseil ne relève plus de l'instigation, mais de la complicité à une autofavorisation, dont il été vu qu'elle s'analyse elle-même en la favorisation d'autrui. Par ailleurs, il n'est plus question d'un conseil qui, s'il est proscrit, disqualifie un conseil qui doit pouvoir être donné, mais d'une activité dont le défenseur peut s'abstenir; en effet, il lui demeure permis de proposer au Tribunal des *hypotheses* sur la façon dont les choses ont pu se passer, ce qui reste pertinent au regard de la pré-

somption d'innocence, au lieu de faire en sorte que son client les expose à la manière de faits.

La question de savoir si le défenseur lui-même peut mentir appelle une réponse différenciée. En effet, selon le Tribunal fédéral, «*si le défenseur sait ou suppose que son mandant est coupable quand bien même il le nie, il doit s'abstenir de toute communication en ce sens aux autorités. L'opinion et les connaissances du défenseur doivent en toute circonstance céder le pas au mandat de défendre*»⁴⁴. Partant, le défenseur peut répercuter le point de vue de son client, même s'il ne sait pas s'il est vrai, voire s'il l'estime faux. Selon un auteur, que nous suivons, il ne doit même pas expressément rappeler qu'il ne fait qu'exprimer le point de vue de son client⁴⁵. Cela n'est ni nécessaire – puisque le juge connaît les devoirs du défenseur – ni opportun, puisque c'est une façon de se distancier du propos, et donc de l'affaiblir. En réalité, on ne peut ici parler de mensonge et, par conséquent, la plaidoirie et les allégues du défenseur sont couverts par l'art. 14 CP à la condition de respecter les cautions rappelées ci-dessus.

La situation se présente différemment lorsque le défenseur ne s'exprime pas dans un contexte où il restitue le point de vue du client, mais qu'il affirme expressément avoir lui-même vérifié, hors dossier, ce qu'il affirme, de façon à donner plus de poids à son propos⁴⁶, ou qu'il est appelé lui-même à donner une information, par exemple lorsque l'autorité pénale lui demande où se trouve son client. Dans une telle hypothèse, le défenseur n'est pas un porte-voix ou l'interprète du dossier, mais il s'engage à titre personnel. Partant, un mensonge dans ce contexte est susceptible de tomber sous le coup de l'art. 305 CP, étant rappelé qu'il aurait été loisible au défenseur, au regard du principe de proportionnalité, de taire l'information, si celle-ci est défavorable à son client et que ce dernier ne l'a pas autorisé à la révéler.

II. Les limites posées par les règles professionnelles

Il est évident que l'emploi de tout moyen de défense contraire à la loi, conformément aux développements

36 HARARI/ALIBERTI, *op. cit.*, n. 20 ad art. 128 CPP; LIEBER, *op. cit.*, n. 14 ad art. 128 CPP; RUCKSTUHL, *op. cit.*, n. 8 ad art. 128 CPP.

37 DELNON/RUDY, *op. cit.*, n. 9 ad art. 305 CP (*informer d'une probable mise sous écoute*); POSTIZZI, *op. cit.*, 52.

38 Cf. déjà STRATENWERTH, *Darf der Verteidiger dem Beschuldigten raten, zu schweigen?*, SJZ 1978 217 ss.

39 ZR 106 [2007], 170.

40 RUCKSTUHL, *op. cit.*, n. 6 ad art. 128 CPP.

41 PONCET, *op. cit.*, n. 26 ad art. 305 CP; DELNON/RUDY, *op. cit.*, n. 9 ad art. 305 CP; CASSANI, *op. cit.*, n. 30 ad art. 305 CP; LIEBER, *op. cit.*, n. 14 ad art. 128 CPP.

42 STUDER, *op. cit.*, n. 171 s.; REHBERG, *op. cit.*, 393.

43 VERNON/RUDY, *op. cit.*, n. 9 ad art. 305 CP; RUCKSTUHL, *op. cit.*, n. 6 ad art. 128 CPP; STUDER, *op. cit.*, 172; REHBERG, *op. cit.*, 393.

44 ATF 138 IV 161 c. 2.5.4.

45 REHBERG, *op. cit.*, 391; STUDER, *op. cit.*, 170.

46 REHBERG, *op. cit.*, 391 s.

ci-dessus, est *ipso facto* contraire aux règles professionnelles⁴⁷.

Pour le surplus, un auteur, que nous rejoignons, admet que la limite entre le comportement autorisé et le comportement proscrit aux termes des règles professionnelles est totalement floue («völlig unklar»)⁴⁸.

Nous nous limiterons ici à deux remarques. Si un acte de défense ne se qualifie pas d'entrave à l'action pénale à la suite d'une analyse du point d'équilibre entre l'intérêt du client à être défendu, d'une part, et les autres biens juridiques protégés par le droit pénal, d'autre part, l'invocation de considérations extra-procédurales (p. ex. la dignité du Barreau) ne devrait pas permettre, par le détour des règles professionnelles, d'éloigner un peu plus ce point d'équilibre de l'intérêt du client. Selon nous, les règles professionnelles ne modifient ainsi pas le raisonnement en ce qui concerne le «quoi» de l'activité du défenseur.

En revanche, les règles professionnelles gardent tout leur sens s'agissant du «comment» de cette activité. La règle relative aux contacts avec les témoins permet d'illustrer ce qui précède. Est pénalement proscrite toute instigation à faux témoignage, que ce soit par le défenseur ou le prévenu lui-même, étant précisé que l'infraction est susceptible d'entrer en concours idéal avec l'art. 305 CP si le défenseur la commet. En revanche, les contacts préalables avec le témoin pour évaluer ce qu'il est susceptible de dire avant de proposer son témoignage, dans l'intérêt du prévenu, sont admissibles sous cet angle-là⁴⁹. Les règles professionnelles n'influent pas sur cet équilibre en interdisant un contact qui aurait été, sinon, admissible. Elles enca-

drent de tels contacts en les soumettant à des règles précises⁵⁰, destinées à supprimer autant que faire se peut le *risque* et l'*apparence* d'une influence induite, dont le défenseur doit de toute manière s'abstenir.

De même, l'entrave à l'action pénale étant un délit matériel⁵¹, certains actes de défense en eux-mêmes susceptibles de perturber indûment la procédure peuvent ne donner lieu à aucune sanction pénale, selon l'effet qu'ils ont eu en définitive⁵². Un tel comportement peut néanmoins être sanctionné au titre des devoirs professionnels, peu importe ses conséquences concrètes.

La dignité du Barreau est ainsi renforcée, non en imposant aux défenseurs une retenue supplémentaire qui ne se justifierait pas au regard de la seule dialectique entre la défense et la poursuite pénale, mais au moyen de quelques règles de bonne pratique professionnelle qui sont une protection anticipée contre d'éventuelles dérives. C'est dans cet esprit et dans ces limites-là qu'il nous paraît que l'on peut déduire de l'art. 12 LLCA des règles supplémentaires que le défenseur doit respecter.

47 RUCKSTUHL, *op. cit.*, n. 7 ad art. 128 CPP.

48 RUCKSTUHL, *eod. loc.*

49 RUCKSTUHL, *op. cit.*, n. 9 ad art. 128 CPP.

50 ATF 136 II 551 c. 3.2.2.

51 PONCET, *op. cit.*, n. 1 ad art. 305 CP.

52 Pour un exemple: STUDER, *op. cit.*, 164.

Anzeige

Internationale Briefmarken-Auktion



Nächste öffentliche Schwarzenbach-Auktion: Oktober 2019

Wertvolle Sammlungen und seltene Einzelstücke der Sammelgebiete SCHWEIZ, EUROPA, ÜBERSEE und Thematik zur 64. Auktion **jetzt einliefern!** Musterkatalog gratis.

Annahmeschluss: Ende Juli 2019

Kostenlose und unverbindliche Schätzung und Beratung an unserem Domizil. Jederzeit **Direktankauf** von grossen SAMMLUNGEN GANZE WELT, alten Archiven, Nachlässen und Erbschaften (inkl. Briefen, Ganzsachen, Ansichtskarten, usw.) **gegen Barzahlung**. Parkplätze vorhanden. Besuche nach Vereinbarung.

Schwarzenbach Auktion Zürich, Internat. Briefmarken-Auktionen, 8032 Zürich, Merkurstrasse 64, Tel. 043 244 89 00, Fax 043 244 89 01, www.schwarzenbach-auktion.ch, info@schwarzenbach-auktion.ch



E-Mails



verschlüsseln



sicher archivieren

GANZ EINFACH.

sales@cleanmail.ch ☎ +41 52 208 99 66

www.cleanmail.ch

CLEANmail



Stämpflis juristische Lehrbücher SjL

Unentbehrliche Hilfsmittel für Studierende
und für Praktiker in Kanzleien, Gerichten
und Unternehmen.

www.staempfliverlag.com/sjl