

## Entretien avec Stéphane Bonifassi et Maxime Delhomme

Lors du 47<sup>e</sup> congrès de l'Union internationale des avocats (UIA)<sup>1</sup> qui s'est déroulé du 30 août au 3 septembre derniers à Lisbonne<sup>2</sup>, Stéphane Bonifassi, président de la commission pénale<sup>3</sup>, a animé avec Maxime Delhomme<sup>4</sup> une table-ronde sur le thème : « *Obtenir des preuves : jusqu'où l'accusation peut-elle aller ? Les libertés publiques sont-elles en danger ?* ». Ils ont accepté pour la Gazette du Palais de prolonger les réflexions menées dans ce cadre. L'occasion pour eux de revenir sur une tendance générale, mise en lumière à Lisbonne par la commission pénale de l'UIA, et constatée notamment en France avec le projet de loi « Perben II », consistant à emprunter un certain nombre de procédures au système américain.

**Gazette du palais : Comment analysez-vous le phénomène actuel d'attraction du droit américain ?**

**Maxime Delhomme :** On ne peut pas nier l'attraction exercée par le système anglo-saxon en général sur le nôtre. Deux raisons à cela : premièrement, le droit est avant tout un outil conçu pour les victimes. Or, il se trouve que la procédure américaine privilégie celles-ci, en particulier sur le terrain des réparations civiles. C'est un élément d'attraction très fort. La recevabilité devant le Tribunal de New York de l'ADAM de Madame Neuville dans la class-action sur Vivendi illustre l'accessibilité à cette réalité. Deuxièmement, le système américain est, quoi qu'on en pense, efficace, ce qui constitue un autre atout important. Face à cette attractivité, ce qui permet encore aux droits continentaux de survivre, c'est leur caractère écrit qui rend leur transmission relativement aisée. Avec ~~un bémol cependant~~ : effet pervers toutefois puisque nous parvenons à de tels niveaux de sophistication que nous en devenons parfois incompréhensibles, même pour nous. On entend ainsi couramment dire, surtout par les tenants de la dépénalisation des affaires, que l'abus de biens sociaux n'existe pas aux Etats-Unis. En réalité, un dirigeant américain qui commet l'équivalent de notre ABS sera tout simplement condamné pour vol ! Nous sommes très fiers d'avoir su procéder à un démembrement des qualifications ; le malheur, c'est qu'elles en deviennent inintelligibles pour les autres et bientôt pour nous-même... Si nous ne voulons pas que notre système soit littéralement absorbé par le modèle américain, ce qui est déjà arrivé à d'autres systèmes juridiques en d'autres temps, il est indispensable de nous arrêter un moment et de nous poser cette question: qu'est-ce qui fait les valeurs de notre système juridique ?

**G.P. : Ramené à la procédure pénale, le débat ne revient-il pas essentiellement à se demander si nous devons conserver le juge d'instruction...**

**M.D. :** Le juge d'instruction est un enquêteur dont la mission, tout à fait appréciable, consiste à garantir la loyauté de l'enquête. Cela étant, on sait que cette mission n'est pas toujours remplie aussi bien qu'on pourrait le souhaiter. En outre, le système repose sur un homme unique, ce qui n'est pas idéal. Enfin, l'instruction est censée se dérouler dans un secret absolu, secret que nul jusqu'à aujourd'hui n'est parvenu à préserver totalement. Il s'agit là

---

<sup>1</sup> [www.uianet.org](http://www.uianet.org)

<sup>2</sup> V. Gaz. Pal. 9 septembre 2003, p. 24

<sup>3</sup> Stephen Dreyfuss, avocat à New York, a succédé à l'issue du congrès de Lisbonne à Stéphane Bonifassi à la présidence de la commission pénale.

<sup>4</sup> Maxime Delhomme est depuis le congrès de Lisbonne vice-président de la commission pénale de l'UIA

d'inconvénients réels. Faute de procéder à ce diagnostic et de tenter nous-mêmes de remédier aux failles détectées, nous nous tournons vers le système américain dont nous envions l'efficacité. Il faut bien admettre que la procédure américaine, aussi brutale qu'elle puisse nous apparaître, comporte un certain nombre d'éléments positifs. C'est le cas par exemple du système de protection des témoins dont nous sommes totalement dépourvus en France. Un autre atout de la procédure américaine, c'est l'immunité accordée à celui qui se dénonce lui-même. En France, personne n'a intérêt à avouer. Résultat : les instructions dans les affaires financières peuvent durer plus de dix ans ! Ce qui nous amène à dégager un autre avantage du système américain, celui de la réalité des peines. Autrement dit, quoi qu'on pense du système américain, il a le mérite non négligeable de l'efficacité. C'est bien pour cela que notre système est tellement tenté de s'en inspirer.

**Stéphane Bonifassi :** Sur le rapprochement des procédures, on peut effectuer deux constatations. La première, c'est que notre procédure civile ne se rapproche pas du tout du modèle anglo-saxon. De fait, notre système est si inefficace sur ce terrain que le contentieux des réparations civiles ne cesse de diminuer. Et pour cause, les plaideurs ont fini par comprendre qu'ils n'obtiendraient rien ou si peu. D'ailleurs, certains auteurs commencent à se demander timidement s'il ne faudrait pas restaurer l'efficacité de la procédure civile. Quant à la procédure pénale française, elle se rapproche clairement de la procédure anglo-saxonne, mais je partage l'avis de Maxime Delhomme : il ne me semble pas que ce mouvement soit réciproque, loin de là. Les anglo-saxons ne comprennent pas le système continental, cela ne les intéresse pas et ils ne sont pas près de s'en approcher. En revanche, par un mouvement qui semble bien enclenché, les pays qui avaient un système d'instruction empruntent de plus en plus à la procédure accusatoire. Les Italiens ont déjà abandonné le juge d'instruction et la France, avec la loi Perben II, amorce une évolution similaire. Le problème, c'est qu'on met en place des éléments de procédure de type accusatoire sans pour autant permettre à la défense de jouer son rôle de contrepoids en donnant à l'avocat des pouvoirs d'enquête.

**G.P. : Il semble que les magistrats, en majorité, ne veuillent pas entendre parler de cette évolution vers l'accusatoire. Qu'en est-il des avocats ?**

**S.B. :** Les avocats sont loin d'être unanimes sur ce point. Certains plaident pour l'accusatoire, d'autres s'y opposent. Ce que l'on peut dire, c'est que si l'avocat doit devenir un enquêteur à décharge, cela coûtera beaucoup d'argent au client ; se posera alors le problème du financement et des moyens de la défense. Très clairement, avec le juge d'instruction, cette difficulté n'existe pas. Bien sûr, comme le dit Maxime Delhomme, l'instruction n'est pas infaillible, mais l'avocat dispose quand même de moyens d'action : il peut ainsi présenter des demandes d'actes et, si celles-ci sont refusées, en tirer argument devant la juridiction de jugement. Or, dans le système de la loi Perben II qui évince le juge d'instruction, l'avocat se retrouve totalement démuné.

**G.P. : Parmi les mesures susceptibles de porter atteinte aux libertés publiques évoquées à Lisbonne figure le témoignage anonyme. En quoi vous paraît-il dangereux ?**

**S.B. :** Sur ce point, il est intéressant de faire une comparaison avec les modèles étrangers. En droit américain, le témoin anonyme n'existe pas pour cette raison bien simple que la défense doit être informée de tout ce qui il y a à savoir sur un témoin et qu'elle dispose des moyens d'enquête nécessaires pour y parvenir. À l'inverse, dans le système suisse, le témoignage anonyme - quoique non prévu par la loi - est tout à fait admis. Sa valeur relève de l'intime conviction du juge.

**M.D.** : À mon avis, le témoin anonyme ne fonctionnera pas. La principale caractéristique d'un témoignage réside dans le fait qu'on peut le discuter. Or, on ne peut pas discuter avec un anonyme. Pour ne prendre qu'un exemple récent, l'affaire Baudis semble démontrer l'intérêt de pouvoir être confronté aux témoins...

**G.P.** : **Pour autant, les confrontations peuvent donner lieu à des pressions sur les témoins, d'où l'intérêt de l'anonymisation...**

**M.D.** : Actuellement, on interroge les témoins sous le contrôle du magistrat, ce qui a le double intérêt de permettre l'interrogatoire direct tout en offrant la protection du juge. Il reste, c'est vrai, que certaines personnes ne peuvent témoigner même avec ces garanties sans mettre leur vie en danger. Les anglo-saxons, eux, ont fait le choix de protéger les témoins. En France, le gouvernement a préféré opter pour l'anonymisation, mais il faut bien être conscients qu'en faisant cela on porte atteinte au principe du contradictoire qui constitue l'un des piliers du procès. Je ne pense pas que le modèle suisse soit transposable en France. Encore une fois, un système judiciaire n'est pas détachable de son contexte.

**S.B.** : Je pense que les magistrats eux-mêmes seront très circonspects à l'égard des accusations reposant sur des témoins anonymes.

**M.D.** : Le Code pénal pose le principe selon lequel la preuve est libre mais avec cette contrepartie que celui auquel elle est opposée doit pouvoir en prendre connaissance et la contester. Avec le témoin anonyme, il faut s'attendre à ce qu'on ne puisse même plus consulter certaines pièces au motif qu'elles risqueront de dévoiler l'identité du témoin inconnu ! En réalité, les anglo-saxons là encore ont tout compris : pour eux, le meilleur moyen d'accéder rapidement à la vérité dans une affaire pénale, c'est d'offrir une l'immunité à celui qui avoue et une protection à celui qui témoigne.

**G.P.** : **Cela pose précisément la question du repentir qui apparaît de plus en plus (loi NRE, lois Perben...) dans nos procédures...**

**M.D.** : Sauf que chez nous, le repentir n'a pas la faculté de négocier quoi que ce soit ; il avoue, on l'écarte et c'est tout.

**S.B.** : Sur la question du repentir et de l'immunité qui s'en rapproche, on peut tirer des leçons utiles de l'expérience italienne. Le système y a donné lieu en effet à des dérives significatives. Un juriste italien citait lors du congrès de l'UIA le cas d'une personne qui avait dénoncé une vedette de la télévision. Or, on s'est aperçu au bout de 8 ans de procédure et une condamnation que toute l'affaire avait été inventée. Le repentir mis en cause a tout simplement expliqué que pour gagner de l'argent, il avait jugé plus intéressant de dénoncer une célébrité ! Et cet exemple est loin d'être isolé. Cela pose la question de la crédibilité du témoignage du repentir à qui l'on accorde des faveurs. Aux Etats-Unis, c'est différent dans la mesure où l'immunité offre des avantages non financiers, c'est-à-dire la dispense ou la réduction significative de la peine encourue. En outre, le faux témoignage est réprimé de façon très sévère comme on a pu le constater au moment de l'affaire Clinton. Pour autant, si le système américain est efficace, il semble également très injuste. Il est en effet difficilement compréhensible que celui qui ait dénoncé ne subisse aucune peine et que le dénoncé soit condamné à 20 ans de prison !

**G.P. : Est-ce que cette procédure n'existe pas déjà en pratique au niveau de la police lorsqu'elle relâche de petits délinquants pour en attraper de plus gros ?**

**M.D. :** Pas vraiment car le système français en la matière fonctionne assez mal. Les policiers promettent que le juge tiendra compte des aveux de la personne mise en cause mais après les aveux obtenus... ~~comme policiers et juges communiquent peu~~, finalement les avantages promis sont rarement suivis d'effet.

**S.B. :** J'ajouterais que la grande différence, là encore, entre la France et les Etats-Unis c'est qu'un procureur américain aborde la procédure comme un jeu de stratégie dans lequel il accorde à l'un l'immunité pour mieux condamner l'autre. Son seul souci est de « gagner ».

**M.D. :** On en revient en réalité à un point crucial : la culture, très ancrée outre-Atlantique, de la négociation, que nous avons tant de mal à appréhender en France...

**G.P. : Justement, celle-ci est au cœur du « plaider coupable » qui symbolise sans doute le mieux ce changement de culture. Que pensez-vous de cette réforme ?**

**M.D. :** A titre personnel, je ne suis pas opposé au « plaider coupable ». Ce qui me gêne dans l'importation de cette procédure, c'est que je ne suis pas certain qu'on se soit suffisamment interrogé au préalable sur le point de savoir si, culturellement, cette transposition était réalisable. Comme je viens de l'indiquer, aux Etats-Unis, il existe une culture très forte de la négociation. C'est ainsi que procureurs et avocats communiquent quotidiennement ensemble. Dès lors, ils peuvent aisément conclure des accords. Ce n'est pas du tout le cas en France. Dans ces conditions, je vois mal comment instaurer un processus de négociation entre deux professionnels qui, culturellement, n'ont pas l'habitude de se parler mais de s'affronter, et pas à égalité. À moins, bien sûr, que le « plaider coupable » ne soit organisé en huis clos, le délinquant et le procureur étant seuls l'un en face de l'autre. Mais si l'on veut écarter la défense du processus, il faut le dire clairement. Les réformes proposées nous font entrer de plain-pied dans un univers de négociation auquel nous ne sommes absolument pas préparés culturellement. On le voit bien d'ailleurs en matière fiscale. Il est très difficile en France de négocier avec l'administration. Dans ~~tous les~~ beaucoup d'autres pays européens quand on veut réaliser un montage, on le soumet à un agent du fisc et l'on discute avec lui de sa validité et on conclut définitivement. Mais chez nous, l'Etat redoute tellement que l'agent de base ne s'écarte du principe de l'uniformité de l'Etat centralisé qu'on ne lui laisse aucune marge de manœuvre. ~~Dans ces conditions~~ Par comparaison, on peut raisonnablement s'interroger sur la liberté qui sera accordée aux procureurs pour négocier.

**S.B. :** Pour en revenir au « plaider coupable », je suis entièrement d'accord avec Maxime Delhomme : notre système est bien trop rigide pour que la réforme présente un réel intérêt. En outre, cette procédure ne concerne que les infractions punies de très faibles peines. Et puis elle souffre d'un vice fondamental, celui de n'accorder aucune place à la victime.

**M.D. :** C'est d'autant plus regrettable que la grande force du système pénal français réside précisément dans le fait que la victime est partie prenante ~~de~~ à l'instance dès le déclenchement de la procédure. Elle en constitue même le moteur. À l'inverse, aux Etats-Unis, la victime ne peut ~~que~~ demander réparation que devant les juridictions civiles, ce qui ne pose pas de problème en raison de la puissance des moyens d'investigation susceptibles d'être mis en œuvre tant au pénal qu'au civil. En outre, leur système est fondé même au civil sur la procédure de *discovery* qui oblige les parties à produire tous les documents relatifs à l'affaire

et non pas seulement ceux qui les intéressent. En France, on produit les pièces comme on joue aux cartes. Par conséquent, si l'on tient compte de l'ensemble de ces éléments, on aboutit à une situation dans laquelle le système pénal français va bientôt perdre tout simplement ~~son~~ un moteur déjà anémié. En laissant en effet le procureur conclure les accords qu'il souhaite, on lui donne la possibilité d'éteindre l'action publique sans que la victime puisse s'y opposer. Prenons, pour bientôt, l'exemple d'un ABS : le parquet propose un accord au dirigeant qui est tout à la fois l'auteur de l'infraction et le représentant de la société victime du préjudice. Bien entendu, celui-ci accepte mais qu'advient-il alors de l'épargnant spolié qui n'est pas reconnu comme une victime directe mais qui, aujourd'hui, peut procéduralement faire juger une affaire ? Il n'a plus aucun moyen d'agir. Le système judiciaire, déjà pusillanime, ignorera bientôt totalement les victimes qui n'intéressent pas Monsieur le Procureur.

**G.P. : Une autre technique qui a fait débat à Lisbonne est celle de l'infiltration policière. En quoi vous semble-t-elle dangereuse ?**

**S.B. :** Cette technique d'investigation policière oblige à s'interroger sur la fiabilité de la preuve ainsi obtenue. Elle soulève également la question du contrôle de la police parce qu'il est très compliqué de savoir exactement ce qu'un policier infiltré a le droit de faire ou non, et il est plus difficile encore de déterminer ensuite comment les événements se sont réellement déroulés. En matière de stupéfiants, il existe beaucoup d'exemples d'infiltrations ayant abouti à des dérives. De la même manière, les écoutes téléphoniques vont se généraliser puisqu'elles pourront être ordonnées par le procureur sur autorisation du juge des libertés et de la détention. Lequel, au passage, ne sera plus obligatoirement un vice-président du tribunal. Dans ces conditions, quels seront ses moyens effectifs de contrôles sur les requêtes du procureur ? N'oublions pas en effet que, contrairement au juge d'instruction qui connaît parfaitement le dossier, le JLD en ignore souvent tout. Dès lors, on en revient à la question initiale qui est de savoir s'il est bien légitime d'offrir de tels moyens au parquet sans contre-pouvoirs réels. Aux Etats-Unis, la police demande au procureur l'autorisation d'utiliser certains moyens d'enquête, mais la grande différence, c'est que ceux qui réclament les mesures et ceux qui les accordent n'appartiennent pas au même corps. En tout état de cause, la défense dispose des mêmes moyens que la police et le parquet, ce qui, rappelons-le, n'est pas du tout le cas en France.

**M.D. :** C'est pourquoi la question fondamentale est de savoir comment contrôler les informations par lesquelles il est possible d'obtenir d'un juge des mesures attentatoires aux libertés individuelles. Bien sûr, on peut toujours invoquer des nullités *a posteriori*, mais le moins qu'on puisse dire c'est que la jurisprudence de la Cour de cassation est très erratique sur ce sujet. Au point d'ailleurs que les policiers eux-mêmes se plaignent de ne pas savoir avec précision ce qu'ils ont le droit de faire ou pas. Par ailleurs, les délais pour obtenir une annulation sont tellement longs que bien souvent le mal est fait. Le seul système qui fonctionne à peu près correctement est celui de l'administration fiscale parce que celle-ci est soumise à de sérieux contrôles internes. Résultat : ses procédures sont annulées si elles ne respectent pas les règles. Pour revenir à la procédure pénale classique, cela signifie que nous allons devoir basculer l'examen de la validité juridique de la procédure sur la déontologie policière. C'est d'autant plus inéluctable que le champ de l'enquête préliminaire devient tentaculaire : le flagrant délit passe de 8 jours, ce qui était déjà long, à 15 jours, durant lesquels la police a tout pouvoir d'agir sans autorisation d'un juge. Or, il ne faut pas oublier qu'une erreur judiciaire tire souvent sa source d'une erreur policière.

**S.B.** : Au sujet de l'erreur judiciaire, il me paraît important de souligner que la garde à vue pourra être prolongée dans des cas assez larges à 96 heures. Ce n'est pas rien surtout si l'on y ajoute la zone grise, c'est-à-dire les 20 heures de délai supplémentaire pour présenter la personne à un juge. Lorsqu'on sait à quel point des aveux obtenus en garde à vue ont pu être la source d'erreurs judiciaires et d'années perdues pour la justice, il y a de quoi s'inquiéter. L'Union des jeunes avocats (UJA) de Paris réclame d'ailleurs l'enregistrement des gardes à vue pour éviter ce risque. Il me semble que tout le monde y a avantage, en particulier la police pour qui ce serait un moyen radical de faire taire les critiques.

**M.D.** : Reste à savoir si l'on y parviendra. Tous les Français savent, grâce aux feuilletons télévisés, qu'en Angleterre les gardes à vue sont enregistrées. Dès lors, quand ils entendent les policiers français protester contre cette réforme, ils se demandent sans doute avec raison pourquoi les uns peuvent travailler avec des magnétophones et les autres pas....Et pourtant, une telle réforme me semble utile pour les policiers qui font bien leur travail.

**S.B.** : On en revient au problème de la qualité d'un aveu arraché au terme d'une garde-à-vue de 72 heures.....

**G.P.** : **Peut-on vraiment reprocher ces méthodes quand on sait que toute notre procédure repose précisément sur l'aveu, considérée la « reine des preuves » ...**

**M.D.** : Ce n'est pas spécifique à notre système. Personnellement, je n'ai rien contre la police, au contraire. Le problème c'est que l'enregistrement effraie les mauvais policiers et que les bons ne font pas suffisamment de bruit pour se faire entendre. Cela étant, on n'entend pas davantage les avocats sur ce sujet, et pour cause....Si l'enregistrement des gardes à vue est mis en place, il nous sera plus difficile de prétendre que les aveux de nos clients ont été arrachés sous la contrainte.

**G.P.** : **Une autre atteinte potentielle aux libertés individuelles réside dans le développement des fichiers....**

**S.B.** : Sur le principe, je ne suis pas opposé à ce que la police dispose de fichiers. Ce qui me dérange c'est que ces fichiers puissent se retrouver chez le juge d'instruction ou entre les mains de la juridiction de jugement. Ne mélangeons pas fichiers judiciaires et fichiers policiers : seul un fichier dûment établi et contrôlé peut être transmis à un juge.

**M.D.** : Ian Fleming, l'auteur de James Bond disait à peu près ceci : « *La première fois, c'est un hasard, la deuxième une coïncidence, la troisième une action de l'ennemi* ». Or, c'est précisément sur ce modèle que fonctionnent les fichiers de police. Personnellement, je ne vois aucun obstacle à ce que la police dispose des moyens nécessaires pour travailler. Cela étant, aujourd'hui il est prévu qu'à l'avenir, le procureur, encore lui, aura à la possibilité de maintenir l'inscription d'une personne sur le fichier de police même si il y a eu elle a obtenu un classement ou plus si elle a obtenu une ordonnance de non-lieu d'un juge d'instruction au bénéfice du doute « motivée par une insuffisance de charges » (article 21 III de la loi pour la sécurité intérieure du 18 mars 2003). Mais l'innocence est toujours due à une insuffisance de charges !. Une fois suspect, la prochaine fois coupable. Là je ne suis plus d'accord lorsque l'accusateur public peut faire une troisième manche! Combien d'accusations infondées feront une culpabilité ? L'autorité du juge d'instruction est ici complètement écrasée. Le doute permanent, c'est la fin du système judiciaire.

**G.P. : Quelle conclusion tirez-vous de l'évolution actuelle de notre procédure pénale ?**

**S.B. :** Il me semble qu'à force de faire des emprunts à la procédure anglo-saxonne nous avons tellement « bricolé » notre système qu'il ne fonctionne plus correctement. Dans ces conditions, il est à craindre que nous soyons obligés d'aller au bout de ces réformes et d'absorber totalement la procédure américaine.

Propos recueillis par Eric Bonnet et Olivia Dufour