



Chapitre de livre

2012

Published version

Public access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le défaut : défauts et des faux pas au fil du procès pénal

Jeanneret, Yvan; Kuhn, André

How to cite

JEANNERET, Yvan, KUHN, André. Le défaut : défauts et des faux pas au fil du procès pénal. In: Liber amicorum für Andreas Donatsch : im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis. Angel Cavallo, Eliane Hiestand, Felix Blocher, Irene Arnold, Beatrice Käser, Milena Caspar, Ingo Ivic (Ed.). Zurich : Schulthess, 2012. p. 359–375.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:75742>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 15.03.2023 00:40

Le défaut: défauts et des faux pas au fil du procès pénal

Table des matières

I. Introduction	359
II. Quelques principes généraux	360
III. Le défaut du prévenu aux différentes étapes de la procédure	360
A. Le défaut à la police.....	360
B. Le défaut devant le ministère public.....	362
C. Le défaut devant le Tribunal de première instance.....	365
1. Dans la procédure ordinaire.....	365
2. Dans la procédure consécutive à l'opposition contre une ordonnance pénale.....	369
3. Dans la procédure simplifiée.....	371
D. Le défaut et l'appel.....	372
1. L'appel contre le jugement par défaut.....	372
2. Le défaut en appel.....	373
IV. Conclusion	374

I. Introduction

A l'heure de rendre un hommage amical et chaleureux à notre collègue et ami le Professeur ANDREAS DONATSCH, nous avons aussitôt saisi comme fil rouge, le caractère exceptionnel et polyvalent de l'homme. Voici un scientifique de haut vol, qui peut se targuer d'avoir expérimenté la quasi-totalité des fonctions qu'il est possible d'occuper dans le cours d'une procédure pénale: il fut tour à tour policier, procureur, avocat et juge! Il s'imposait donc d'identifier un sujet qui traverse la procédure de part en part. Une fois tenu le fil conducteur de notre ouvrage, nous avons conçu de faire courir l'aiguille de nos idées sur le thème du défaut, soit l'absence du prévenu aux différents stades de la procédure.

Après avoir rappelé quelques principes généraux prévalant dans ce domaine, nous traverserons la procédure en examinant les conséquences que l'absence du prévenu peut avoir pour ce dernier.

II. Quelques principes généraux

Le système de procédure pénale suisse repose sur le postulat de l'obligation, *a priori*, du prévenu, de participer en personne aux débats devant le tribunal de première instance (art. 336 al. 1 CPP). Ce principe est le corollaire du droit fondamental du prévenu déduit de l'art. 6 § 1 CEDH de participer et d'être présent personnellement à son procès¹.

L'aménagement d'une procédure de jugement en l'absence du prévenu représente alors une entorse à ce droit fondamental. Comme toute renonciation à une garantie de procédure, elle est possible à condition que le prévenu l'exprime de manière expresse ou tacite, mais surtout éclairée et non équivoque².

Par ailleurs et depuis de nombreuses années, la jurisprudence³ a soumis la procédure par défaut au respect de certaines garanties complémentaires. Il faut, tout d'abord, que le prévenu ne subisse aucune conséquence négative liée exclusivement à son absence, que ce soit sur le fond (le juge ne peut pas le reconnaître coupable ou le punir plus sévèrement uniquement du fait de son absence) ou sur le plan procédural (le défenseur du prévenu défaillant doit pouvoir participer activement à la procédure comme il le ferait si le prévenu était présent). La seconde garantie consiste en l'aménagement d'une possibilité effective pour le prévenu d'être rejugé en sa présence par un tribunal examinant librement les faits et le droit, certaines conditions, notamment liées au caractère fautif du défaut, pouvant être instaurées.

III. Le défaut du prévenu aux différentes étapes de la procédure

A. Le défaut à la police

En dehors de l'apprehension (art. 215 CP) et de l'arrestation provisoire du prévenu (art. 217 CP), la police ne dispose pas, par elle-même, de moyens con-

¹ CourEDH du 14 janvier 2009, *Timergaliyev c. Russie*, requête N. 40631/02; CourEDH du 12 février 1985, *Colozza c. Italie*, Série A Vol. 89 § 27; V. THALMANN, in: A. KUHN/Y. JEANNERET (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse, Basel 2011, Art. 366 N 9–12; ATF 127 I 213, 126 I 36; SJ 2006 I 449.

² CourEDH du 1^{er} mars 2006, *Sejdovic c. Italie*, requête N. 56581/00, § 86; ATF 126 I 36 consid. 1a.

³ CourEDH du 12 février 1985, *Colozza c. Italie*, Série A Vol. 89.

traignants pour s'assurer de la présence d'un prévenu ou d'une autre personne qu'elle souhaite entendre.

L'art. 206 CPP fait état de mandats de comparution que peut délivrer la police. Toutefois, au-delà de cet intitulé, il ressort de l'art. 206 al. 1 CPP qu'au cours de l'investigation policière, la police convoque les personnes à entendre sans formalité particulière, à l'inverse des art. 201 à 203 CPP qui prévoient, sauf exceptions, un formalisme assez rigide pour la délivrance d'un mandat de comparution par le ministère public et les tribunaux. Il faut en déduire que le mandat de comparution policier n'est qu'une invitation informelle à comparaître qui ne déploie d'ailleurs pas les effets et les sanctions éventuels de l'art. 205 CPP⁴. S'il n'est pas donné suite à cette convocation de la police, l'art. 206 al. 2 CPP prévoit que le ministère public – à l'exclusion donc de la police – peut décerner un mandat d'amener au sens des art. 207 ss. CPP, pour autant que la personne convoquée ait préalablement été menacée par écrit de la délivrance d'un tel mandat. Il n'est pas envisageable, au stade de l'investigation policière, que la police délivre un mandat de comparution formel au sens des art. 201–202 CPP, dans la mesure où il s'agit d'une mesure de contrainte pour laquelle la loi ne confère aucune compétence expresse à la police, comme le présuppose la règle fixée à l'art. 198 al. 1 litt. c CPP⁵.

Si la police procède à des auditions déléguées par le ministère public, en cours d'instruction (art. 312 et 142 al. 2 CPP), il n'est pas question de mandat de comparution au sens de l'art. 206 al. 1 CPP dont l'application se limite expressément à l'investigation policière. Dans ce contexte, il est admis que la police, ou un officier désigné selon l'art. 198 al. 2 CPP, peut alors décerner un mandat de comparution – à l'exclusion d'un mandat d'amener qui ne peut être délégué à la police⁶ – selon les prescriptions des art. 201 ss. CPP⁷.

Si la personne dont l'audition est nécessaire n'a pas de séjour connu et qu'elle n'est pas atteignable, l'art. 210 al. 1 CPP permet d'ordonner des recherches; dans ce contexte, si la police est l'autorité généralement chargée de l'exécution des re-

⁴ G. CHATTON, in: A. KUHN/Y. JEANNERET (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse*, Basel 2011, Art. 206 N 2–3.

⁵ P. RÜEGGER, in: M. A. NIGGLI/M. HEER/H. WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung*, Basel 2011, Art. 207 N 9 et CH. RIEDO/G. FIOLKA/M. A. NIGGLI, *Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen*, 257; contra CHATTON (Fn. 4), Art. 206 N 6 qui affirme que la police peut délivrer un mandat de comparution formel selon les art. 210 et 202 CPP. Il semble toutefois qu'il y ait une contradiction dans la mesure où ce même auteur ad Art. 201 N 13 retient que la police ne peut pas agir en dehors du cadre de l'art. 206 CPP au stade de l'investigation policière.

⁶ CHATTON (Fn. 4), Art. 206 N 11; RÜEGGER (Fn. 5), Art. 207 N 9.

⁷ CHATTON (Fn. 4), Art. 201 N 13 et Art. 206 N 8; S. ARQUINT, in: M. A. NIGGLI/M. HEER/H. WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung*, Basel 2011, Art. 206 N 2; N. SCHMID, *Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar*, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 206 N 3.

cherches (art. 210 al. 3 CPP), elle ne dispose que d'une maigre compétence autonome pour lancer un avis de recherche, limitée aux cas d'urgence (art. 210 al. 1 *in fine* CPP). Si la personne recherchée est un prévenu soupçonné d'avoir commis un crime ou un délit et que l'avis de recherche est lancé en vue de procéder à son arrestation, seul le ministère public ou les tribunaux disposent d'une compétence pour lancer un avis de recherche, à l'exclusion de la police⁸ (art. 210 al. 2 CPP).

Dans tous les cas, l'absence du prévenu ne porte pas à conséquence s'agissant du déroulement de l'enquête de police. Le dossier sera simplement exempt de déclarations du prévenu, ce dernier encourt le risque de la délivrance d'un mandat d'amener par le ministère public et le dossier suivra son cours en étant acheminé au ministère public qui décidera librement de la suite qu'il donnera à la procédure.

B. Le défaut devant le ministère public

Lorsque le ministère public ouvre une instruction au sens de l'art. 309 CPP, il doit procéder à des investigations complètes sur les faits pertinents pour qu'il puisse être statué sur la culpabilité et, le cas échéant, sur la peine (art. 308 CPP). Dans ce contexte et comme à tous les stades de la procédure pénale, l'audition du prévenu apparaît comme un acte central de l'instruction, tout au long de laquelle le prévenu doit pouvoir s'expliquer sur les faits qui lui sont reprochés et, le cas échéant, sur sa situation personnelle (art. 157 CPP).

Dans le cadre de l'instruction, il n'existe pas de procédure par défaut à proprement parler⁹. Toutefois, il se peut, bien évidemment, que le ministère public mène une instruction contre un prévenu absent. Dans ce contexte, on peut envisager deux hypothèses: soit l'identité et/ou le lieu de séjour du prévenu sont inconnus, soit celui-ci ne donne pas suite à un mandat de comparution, pour quelque raison que ce soit.

Dans la première hypothèse, il y a lieu d'entreprendre des recherches au sens de l'art. 210 CPP; dans la logique du système mis en place par le code, une personne inconnue ou dont le lieu de séjour est inconnu ne devrait, en règle générale, pas pouvoir faire l'objet d'un mandat de comparution ou d'un mandat d'amener, dans la mesure où de tels prononcés doivent pouvoir être notifiés à leurs destinataires¹⁰. Ainsi, le ministère public peut ordonner des recherches au sens de

⁸ RÜEGGER (Fn. 5), Art. 210 N 9.

⁹ E. OMLIN, in: M. A. NIGGLI/M. HEER/H. WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, Art. 314 N 12.

¹⁰ CHATTON (Fn. 4), Art. 202 N 1 ss.; P. ROBERT-NICOUD, in: A. KUHN/Y. JEANNERET (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse, Basel 2011, Art. 210 N 9.

l'art. 210 CPP qui permettent de mettre en œuvre une large palette de moyens d'investigation destinée à identifier et/ou localiser la personne recherchée. Lorsqu'elle est identifiée par cette mesure d'investigation, elle pourra faire l'objet d'une appréhension en vue d'établir son identité et son lieu de séjour (art. 215 al. 1 CPP), voire d'une arrestation provisoire s'il s'agit d'un avis de recherche en vue d'arrestation délivré par le ministère public à l'encontre d'une personne prévenue d'un crime ou d'un délit (art. 210 al. 2 et 215 al. 1 litt. b CPP)¹¹. Si l'auteur et/ou son lieu de séjour demeurent inconnus, en dépit des recherches entreprises sur la base de l'art. 210 CPP (art. 314 al. 3 2^e phrase CPP), le ministère public doit suspendre l'instruction en application de l'art. 314 al. 1 litt. a CPP, après avoir collecté les preuves susceptibles de disparaître (art. 314 al. 3 1^{ère} phrase CPP). Cependant, cette suspension ne s'imposera, comme obstacle temporaire, que si le prévenu n'a jamais eu d'occasion suffisante pour s'exprimer dans la procédure¹², à défaut de quoi une procédure de jugement par défaut est envisageable (art. 366 al. 4 CPP)¹³.

Dans la seconde hypothèse, le prévenu récalcitrant encourt une amende d'ordre de Fr. 1'000.– au maximum (art. 64 al. 1 et 205 al. 4 CPP), le risque d'être amené par la police, en faisant l'objet d'un mandat d'amener délivré en application de l'art. 207 al. 1 litt. a CPP, ce qui supposera une privation de liberté temporaire¹⁴, sous réserve d'un éventuel placement ultérieur en détention provisoire, si les conditions en sont réunies (art. 209 al. 3 CPP).

Dans tous les cas, l'absence du prévenu, qu'elle soit fautive ou non, n'empêchera pas son défenseur d'exercer les droits de la défense, d'être présent et actif dans le cadre de l'instruction. De même, l'absence du prévenu ne le prive pas de son droit à une défense d'office, si les conditions de l'art. 132 CPP sont réunies¹⁵.

En principe, l'absence du prévenu au cours de l'instruction ne devrait pas faire obstacle à l'avancement de celle-ci. En effet, si l'art. 147 al. 1 CPP consacre le principe du débat contradictoire déjà au stade de l'instruction, l'al. 2 de cette mêm-

¹¹ A. SCHMOCKER, in: A. KUHN/Y. JEANNERET (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse, Basel 2011, Art. 217 N 12; G. ALBERTINI/T. ARMBUSTER, in: M. A. NIGGLI/M. HEER/H. WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, Art. 217 N 3 (notamment nbp 12).

¹² On peut imaginer le cas du prévenu qui a été entendu par le ministère public puis qui a disparu.

¹³ P. CORNU, in: A. KUHN/Y. JEANNERET (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse, Basel 2011, Art. 314 N 8.

¹⁴ CHATTON (Fn. 4), Art. 205 N 10; ARQUINT (Fn. 7), Art. 205 N 8 qui confirme que la mention figurant à l'art. 205 al. 4 *in fine* CPP de l'intervention de la police pour faire amener la personne convoquée se confond avec la délivrance d'un mandat d'amener au sens de l'art. 207 al. 1 litt. a CPP et n'a pas de portée autonome allant au-delà de cette dernière disposition.

¹⁵ ATF 133 I 12 consid. 6, 131 I 185 consid. 3.2.3, 127 I 213 consid. 3e; THALMANN (Fn. 1), Art. 367 N 4–9 et les références citées s'agissant du principe du droit de participation du défenseur en l'absence du prévenu.

me disposition dispose que le droit de participer à l'administration des preuves ne permet pas d'exiger l'ajournement de celle-ci. L'art. 147 al. 3 CPP réserve la possibilité de demander la répétition d'actes d'instruction lorsqu'une partie ou son conseil juridique était absent pour des motifs dits «impérieux» pour autant que cela n'entraîne pas des démarches disproportionnées et que le droit d'être entendu des parties ne puisse pas être sauvegardé d'une autre manière. La doctrine¹⁶ précise que lorsque le prévenu est présent et que son défenseur ne l'est pas, ce dernier peut faire valoir son absence pour solliciter la répétition de l'acte d'instruction; en revanche, le prévenu, absent, ne peut pas solliciter la réitération de l'administration de la preuve si son conseil juridique était présent. Si une preuve a été administrée en violation des principes du débat contradictoire et que la réitération de celle-ci a été refusée, alors que l'art. 147 al. 3 CP l'imposait, la preuve ainsi recueillie constitue une preuve illicite absolument inexploitable à charge de la partie défaillante (art. 141 al. 1 2^e phrase *cum* 147 al. 4 CPP)¹⁷.

Dans ce contexte et sous réserve d'exceptions, il convient de rappeler qu'en application de l'art. 6 § 3 litt. d CEDH, il n'est, en principe, pas possible de condamner une personne sur la base de la déposition d'un témoin à charge auquel le prévenu n'a pas été directement confronté au moins à une reprise, au cours de la procédure, lorsque cette preuve est un élément à charge central¹⁸. Si un prévenu dûment cité ne comparait pas, sans juste motif, son absence peut alors être assimilée à une renonciation tacite à l'exercice du droit à la confrontation¹⁹, de sorte que les moyens de preuve ainsi récoltés sont exploitables. A l'opposé, il ne sera pas possible de retenir cette renonciation tacite si le prévenu ignore qu'il est convoqué, voire ne l'a pas été, ou est empêché de participer pour des motifs qui ne lui sont pas imputables.

Une réglementation spécifique des conséquences du défaut au cours de l'instruction a été prévue dans le contexte de la conciliation. Ainsi, lorsque l'instruction porte exclusivement sur des infractions poursuivies sur plainte ou qu'une exemption de peine au sens de l'art. 53 CP est envisageable et que le ministère public cite les parties à une audience de conciliation, l'art. 316 al. 4 CPP précise que le défaut du prévenu vaut échec de la conciliation, de sorte que l'instruction est poursuivie. Lorsque le plaignant ne comparait pas, l'art. 316 al. 1

¹⁶ D. SCHLEIMINGER, in: M. A. NIGGLI/M. HEER/H. WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, Art. 147 N 16 et 25; O. THORMANN, in: A. KUHN/Y. JEANNERET (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse, Basel 2011, Art. 147 N 13.

¹⁷ SCHLEIMINGER (Fn. 16), Art. 147 N 26; THORMANN (Fn. 16), Art. 147 N 34–37.

¹⁸ ATF 133 I 33, consid. 3.1, 132 I 127, consid. 2, 131 I 476, 129 I 151, 124 I 276; SJ 2003 I 485; JdT 1999 IV 108; BJP 2005 N 684, 704 et 713; SCHLEIMINGER (Fn. 16), Art. 147 N 29–34.

¹⁹ SCHLEIMINGER (Fn. 16), Art. 147 N 11; THORMANN (Fn. 16), Art. 147 N 14; Arrêt du TF, 1P.102/2006 du 26.6.2006, consid. 3.2.; ATF 105 Ia 396 consid. 3b.

in fine CPP dispose que ce défaut entraîne le retrait de plainte, mettant ainsi un terme à l'action pénale. Pour admettre cette conséquence radicale consistant à déduire de l'absence du plaignant, une renonciation tacite de ce dernier à maintenir sa plainte pénale, il est indispensable que le mandat de comparution ait mentionné expressément cette conséquence, exigence qui figure, de manière générale, à l'art. 201 al. 2 litt. f CPP²⁰.

C. Le défaut devant le Tribunal de première instance

1. Dans la procédure ordinaire

C'est dans la phase de jugement que l'on trouve la procédure par défaut à proprement parler.

Si dans la phase préliminaire de la procédure de jugement, la direction de la procédure du tribunal de première instance organise une audience de conciliation au sens de l'art. 332 al. 2 CPP, le défaut du prévenu n'aura pas d'autres conséquences que le constat de l'échec de la conciliation et la poursuite de la procédure de jugement, tandis que l'absence de la partie plaignante entraînera le retrait de la plainte pénale et, partant, le classement de la procédure selon l'art. 329 al. 4 CPP (art. 332 al. 2 CPP qui opère un renvoi général vers l'art. 316 CPP).

La procédure par défaut au sens strict présuppose l'absence du prévenu à l'audience de jugement, nonobstant la notification valable d'un mandat de comparution au moins 10 jours avant l'audience (art. 201 et 202 al. 1 litt. b CPP). La question de la citation valable du prévenu est d'une haute importance, dans la mesure où elle seule peut garantir que le prévenu est valablement informé de la tenue de l'audience et, partant, peut manifester, par son absence, une renonciation univoque à son droit de comparaître. On remarquera que si le domicile ou le lieu de séjour du prévenu est inconnu, il s'agira d'un cas de suspension qui devrait déjà avoir été ordonnée au stade de l'instruction (art. 314 al. 1 litt. a CPP), mais qui peut aussi l'être par le tribunal, dans la phase de jugement²¹.

Si le prévenu a été dispensé de comparaître conformément à l'art. 336 al. 3 CPP, il a alors renoncé à son droit de participer personnellement à la procédure et l'audience de jugement se déroulera selon les règles ordinaires, de manière contradictoire.

²⁰ C. PERRIER, in: A. KUHN/Y. JEANNERET (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse, Basel 2011, Art. 316 N 21.

²¹ T. MAURER, in: M. A. NIGGLI/M. HEER/H. WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, Art. 366 N 26; SCHMID (Fn. 7), Art. 314 N 2 et 366 N 10.

En application de l'adage *olim praesens semper praesens*, le prévenu qui quitte le tribunal après l'ouverture des débats et le traitement des questions préjudicielles (art. 340 al. 1 litt. c CPP) est réputé présent, de sorte qu'il n'est pas question d'entreprendre une procédure par défaut, mais de poursuivre une procédure contradictoire ordinaire²².

En application de l'art. 366 al. 1 CPP, le constat de l'absence du prévenu n'entraîne pas aussitôt l'ouverture d'une procédure par défaut, mais la convocation par le tribunal d'une seconde audience à une date ultérieure, indépendamment de toute considération relative au caractère fautif de l'absence du prévenu²³; il faut toutefois réserver l'art. 366 al. 3 CPP qui permet, à certaines conditions, d'engager aussitôt la procédure par défaut. Si le prévenu est à nouveau défaillant lors de cette seconde audience, une procédure par défaut peut être ouverte (art. 366 al. 2 CPP).

L'art. 366 al. 4 CPP pose encore deux conditions générales à l'ouverture d'une procédure par défaut: le prévenu doit avoir eu, au préalable, suffisamment l'occasion de s'exprimer sur les faits qui lui sont reprochés et²⁴ les preuves réunies dans le dossier doivent être suffisantes pour rendre un jugement en l'absence du prévenu. La première condition suppose que le prévenu ait eu la possibilité de s'exprimer au moins une fois au cours de la procédure préliminaire. Selon certains auteurs²⁵, une audition menée par la police dans la phase d'investigation policière n'est pas suffisante; il faut que l'opportunité d'être entendu ait été donnée par le ministère public, ou à tout le moins sur mandat de celui-ci. Cette condition suppose donc que le prévenu ait été convoqué par le ministère public au moins à une reprise pour venir s'expliquer sur les faits retenus contre lui. Quant au caractère suffisant des preuves réunies dans le dossier, cette condition qui relève de l'évidence, illustre le principe selon lequel le juge ne doit pas abaisser ses exigences dans le domaine de la preuve, au seul motif que le prévenu est absent. Si l'une ou l'autre de ces conditions fait défaut, il faudra alors constater qu'il existe un obstacle – définitif ou temporaire selon les cas – à procéder, de sorte que le tribunal classera (art. 329 al. 4 CPP) ou suspendra (art. 329 al. 2 CPP) la procédure²⁶.

Lorsque la procédure est dirigée contre plusieurs co-prévenus dont l'un est défaillant, le tribunal aura la faculté de prononcer la disjonction de la procédure en application de l'art. 30 CPP, ce qui permettra de juger immédiatement et de ma-

²² THALMANN (Fn. 1), Art. 366 N 26–27; SCHMID (Fn. 7), Art. 366 N 3; SJ 2000 I 241 (pour une situation analogue dans l'ancienne procédure pénale genevoise).

²³ THALMANN (Fn. 1), Art. 366 N 25.

²⁴ Sur le caractère cumulatif de ces deux conditions: THALMANN (Fn. 1), Art. 366 N 34.

²⁵ MAURER (Fn. 21), Art. 366 N 16; N. SCHMID, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, Zürich 2009, N 1401; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI (Fn. 5), 426–427.

²⁶ THALMANN (Fn. 1), Art. 366 N 40; SCHMID (Fn. 25), N 1401–1402.

nière contradictoire les prévenus présents, tandis que le défaillant sera convoqué pour la seconde audience, afin d'y être jugé séparément par défaut²⁷. Si le tribunal ne disjoint pas les causes, il devra alors convoquer l'ensemble des parties pour une seconde audience afin d'y mener les débats au fond, contradictoirement pour les uns, par défaut pour les autres.

L'audience de jugement menée par défaut obéit aux règles de la procédure ordinaire auxquelles renvoie l'art. 367 al. 4 CPP, sous réserve de quelques précisions. Les al. 1 et 2 de l'art. 367 CPP rappellent des évidences, à savoir que les parties, y compris le défenseur du défaillant, ont le droit de plaider et que le tribunal statue sur la base des preuves administrées tout au long de la procédure. L'art. 367 al. 3 CPP introduit une règle permettant au tribunal, soit de rendre un jugement, soit de suspendre la procédure jusqu'à ce que le prévenu comparaisse. Cette norme complète donc l'art. 366 al. 2 *in fine* CPP en offrant au tribunal le droit de suspendre les débats, tant au début que jusqu'au terme de la procédure de jugement.

Quant au jugement lui-même, il devra trancher tous les points soumis au juge, à la fois l'action pénale et, le cas échéant, l'action civile, à l'instar d'un jugement rendu en procédure ordinaire. S'agissant plus particulièrement de l'action civile, les dispositions relatives à la procédure par défaut ne prévoient rien de particulier. Dans la mesure où l'art. 367 al. 4 CPP effectue un renvoi général vers les dispositions relatives aux débats de première instance, il faut retenir que le tribunal statue librement sur les conclusions qui lui sont soumises, sur la base des éléments de preuve à disposition figurant au dossier et issus des débats (art. 367 al. 3 CPP). Une telle approche se situe d'ailleurs dans la même ligne que les règles de procédure civile relative au défaut dont il ressort, en substance, que lorsqu'une partie fait défaut, la procédure suit son cours et le tribunal statue sur la base des éléments du dossier à disposition (art. 147 al. 1 et 2, 223 al. 2 et 234 al. 1 CPC). La seule différence de traitement du défaut entre les deux procédures se manifeste lorsque le prévenu et la partie plaignante sont absents aux débats. En effet, en application de l'art. 334 al. 2 CPC, l'absence de toutes les parties à l'audience des débats principaux entraîne la radiation de la cause du rôle du tribunal. A l'inverse, dans une procédure pénale, à supposer que la partie plaignante ait déposé ses conclusions civiles durant l'instruction (art. 123 CPP), son absence non excusée à l'audience n'entraîne aucune renonciation à l'action civile ou pénale²⁸, tandis qu'il n'existe aucune conséquence particulière attachée au défaut du prévenu. Ainsi, même dans l'hypothèse du défaut cumulé de la partie plaignante et du pré-

²⁷ MAURER (Fn. 21), Art. 369 N 6.

²⁸ G. MAZZUCHELLI/M. POSTIZZI, in: M. A. NIGGLI/M. HEER/H. WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, Art. 338 N 4; SCHMID (Fn. 7), Art. 338 N 2.

venu, le tribunal doit statuer sur les conclusions civiles, dans les limites de l'art. 126 CPP.

On précisera encore que le jugement devra être notifié personnellement au prévenu (ce qui exclut toute notification fictive ou faite à des tiers, y compris au défenseur²⁹), dans le respect des art. 84 à 87 CPP, avec la mention spécifique de son droit de demander un nouveau jugement dans les 10 jours (art. 368 al. 1 CPP).

L'art. 368 CPP aménage une possibilité pour le prévenu de solliciter un nouveau jugement. Il s'agit de la concrétisation du principe selon lequel une procédure par défaut n'est admissible qu'à la condition que le prévenu dispose d'une possibilité effective d'être rejugé de manière contradictoire. A noter qu'il est conforme aux garanties du procès équitable que les mêmes juges statuent à nouveau sur la demande de nouveau jugement et sur le nouveau jugement lui-même³⁰.

Afin d'exercer cette prérogative, le prévenu doit adresser au tribunal de première instance une demande de nouveau jugement, ce dans les 10 jours qui suivent la notification du jugement par défaut (art. 368 al. 1 CPP). Cette demande doit contenir uniquement la déclaration de volonté du prévenu d'être jugé à nouveau et un bref exposé des motifs pour lesquels il n'a précédemment pas comparu (art. 368 al. 2 CPP). Ces motifs doivent être de nature à démontrer que le prévenu, pourtant valablement cité, disposait d'une «excuse valable» l'ayant empêché de comparaître (art. 368 al. 3 CPP), étant toutefois précisé qu'il incombe à l'autorité, qui supporte le fardeau de la preuve, de démontrer l'absence d'excuse valable et non l'inverse³¹. Si la demande de nouveau jugement est acceptée, le tribunal procède à de nouveaux débats sur le fond et rend un nouveau jugement³², lequel se substituera complètement au jugement par défaut, lors de son entrée en force (art. 370 al. 2 CPP). Dans la mesure où la demande de nouveau jugement n'est pas une voie de recours, le principe de l'interdiction de la *reformatio in pejus* de l'art. 391 al. 2 CPP ne s'applique pas dans le cas d'espèce³³.

Si de nouveaux débats sont organisés, une nouvelle absence du prévenu aura, sauf excuse valable, pour conséquence le rejet de la demande de nouveau jugement, avec pour corollaire le maintien du jugement rendu précédemment par défaut (art. 369 al. 4 CPP).

²⁹ On vise ici les hypothèses des art. 85 al. 3 et 4, 87 al. 2 et 3 et 88 CPP: SCHMID (Fn. 25), N 1409; THALMANN (Fn. 1), Art. 368 N 4.

³⁰ ATF 116 II 32; CourEDH du 10 juin 1996, *Thomann c. Suisse*, rec. 1996-III.

³¹ THALMANN (Fn. 1), Art. 368 N 16.

³² THALMANN (Fn. 1), Art. 369 N 3-4.

³³ MAURER (Fn. 21), Art. 369 N 13.

2. Dans la procédure consécutive à l'opposition contre une ordonnance pénale

Dans deux hypothèses spécifiques, le nouveau code introduit un traitement spécifique de l'absence du prévenu, dans la phase consécutive à l'opposition formée à l'encontre d'une ordonnance pénale. Ainsi, lorsqu'il fait défaut, sans excuse, à une audition dans le contexte de l'enquête préliminaire (art. 355 al. 2 CPP), qu'il s'agisse d'une audition devant le ministère public ou devant un tiers habilité sur délégation du procureur (art. 142 et 312 CPP) ou lorsqu'il fait défaut, sans excuse, devant le tribunal de première instance à la suite du maintien de l'ordonnance pénale (art. 356 al. 4 CPP), la loi instaure une présomption irréfragable de retrait de l'opposition.

Selon notre appréciation, cette règle consacre une violation des garanties du procès équitable. En effet, le mécanisme de l'opposition constitue la clé de voûte de la compatibilité de l'ordonnance pénale avec les garanties du procès équitable³⁴; seul un consentement univoque, libre et éclairé permet de retenir que le prévenu a renoncé à bénéficier des droits que lui confère, notamment, l'art. 6 CEDH, soit le droit à un procès public, contradictoire devant un tribunal impartial et indépendant disposant d'une cognition totale. Or, l'opposition est l'expression d'un refus expresse de se soumettre à ce régime dérogatoire de condamnation, tandis que l'absence d'opposition dans le délai permet d'en déduire un accord implicite du prévenu avec une renonciation à son droit à un procès équitable.

³⁴ ATF 124 I 76, 124 IV 234, 115 Ia 183, 114 IV 73, 92 IV 161; A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. II: Les droits fondamentaux, 2^{ème} ed., 656 N 1461; F. CLERC, *Remarques sur l'ordonnance pénale*, RPS 94 (1977) 417 et 421; H. DUBS, *Strafbefehl: Möglichkeiten und Grenzen eines vereinfachten Strafverfahrens*, in: A. DONATSCH/N. SCHMID (Hrsg.), *Strafrecht und Öffentlichkeit*, FS für Jörg Rehberg, 145–146; M. HOTTELIER, *L'ordonnance de condamnation en procédure pénale genevoise*, RPS 106 (1989) 21 ss.; A. DONATSCH, *Der Strafbefehl sowie ähnliche Verfahrenserledigungen mit Einspruchsmöglichkeit, insbesondere aus den Gesichtswinkeln von Art. 6 EMRK*, RPS 112 (1994) 322 ss.; R. HAUSER/E. SCHWERI/K. HARTMANN, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 6. Aufl., Basel 2005, § 86 N 1–8; G. GILLIERON/M. KILLIAS, in: A. KUHN/Y. JEANNERET (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse*, Basel 2011, Art. 352 N 25; E. JAGGI, *Ist der Strafbefehl ein erstinstanzliches Urteil i.S.v. Art. 70 Abs. 3 StGB?*, RPS 124 (2006) 440 ss.; G. PIQUEREZ, *Le droit à un juge indépendant et impartial garanti par les articles 58 Cst. et 6 ch. 1 CEDH impose-t-il de manière absolue une séparation des fonctions judiciaires?*, SJ 1989, 126; CH. RIEDO/G. FIOKA, *Der Strafbefehl: Netter Vorschlag oder ernste Drohung?*, fp 2011, 156 s.; F. RIKLIN, *Urteileröffnung beim Strafbefehl*, in: P. ZEN-RUFFINEN (Hrsg.), *Du monde pénal: droit pénal, criminologie et politique criminelle, police et exécution des sanctions, procédure pénale, mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle*, 115; CourEDH du 25 août 1987, *Lutz c. République fédérale d'Allemagne*, Série A Vol. 123 § 24; CourEDH du 23 septembre 1998, *Malige c. France*, rec. 1998-VII 2923; CourEDH du 21 mai 2002, *Peltier c. France*, requête N. 32872/96; CourEDH du 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse*, Série A Vol. 132.

Par son opposition, le prévenu a expressément requis de bénéficier des droits qui sont les siens et dont l'Etat ne peut le priver sans son accord. Dans ces conditions, on ne peut pas déduire de la simple absence de l'opposant, même non excusable, un revirement de position implicite et l'acceptation d'être finalement soumis à cette procédure dérogatoire.

Par ailleurs, rien ne justifie le fait que l'initiative du ministère public de rendre une ordonnance pénale place le prévenu dans une situation moins favorable que s'il avait été renvoyé en jugement selon le mode ordinaire de procéder. En effet, dans cette dernière hypothèse, le prévenu défaillant, qu'il soit fautif ou non, a le droit d'être jugé par un tribunal impartial et indépendant examinant librement les faits et le droit, au cours d'une audience publique, dans le contexte spécifique d'un jugement par défaut au sens des art. 366 s. CPP. Bien plus, si, à la suite d'une opposition, le ministère public décide de ne pas maintenir l'ordonnance pénale et procède à un renvoi ordinaire en jugement selon l'art. 355 al. 3 litt. d CPP, l'opposant qui ne comparait pas peut alors bénéficier de la procédure par défaut. Rien ne justifie une telle différence de traitement.

Cette réglementation viole aussi l'art. 6 CEDH dans la perspective de la jurisprudence *Colozza*³⁵ rappelée plus haut, dans la mesure où le prévenu qui ne se présente pas est privé tant d'un procès devant un tribunal que de la possibilité effective de demander à être rejugé. Par ailleurs, nous sommes d'avis que cette hypothèse doit se distinguer de la jurisprudence³⁶ qui admet la compatibilité d'un système présumant le retrait d'un recours lorsque le prévenu et son défenseur sont tous deux défaillants, au regard du droit à un double degré de juridiction découlant des art. 2 Protocole CEDH N. 7 et 32 al. 2 Cst. En effet, ces deux situations se distinguent à plusieurs égards. Tout d'abord, l'opposition n'est pas une voie de recours et n'implique donc pas la garantie à un double degré de juridiction, mais le droit de participer à son procès et d'être jugé par un tribunal impartial et indépendant examinant librement les faits et le droit (art. 6 CEDH). En outre, l'opposition est le refus du prévenu d'être soumis à un système dérogatoire de jugement en première instance, alors que le recours est une demande du prévenu de pouvoir bénéficier d'un second examen de sa cause, lequel, dans l'optique de l'art. 2 Protocole CEDH N. 7, peut être confié à un tribunal ne jouissant que d'un pouvoir de cognition limité³⁷. Enfin, le passage devant un juge de première instance bénéficiant d'un plein pouvoir de cognition est un passage obligé pour tout prévenu renvoyé en jugement par les voies ordinaires, alors que le recours n'est

³⁵ CourEDH du 12 février 1985, *Colozza c. Italie*, Série A Vol. 89 §§ 1 et 3.

³⁶ Cf. infra III.D.2; par ailleurs: ATF 133 I 12, 131 I 185 consid. 3.1, 127 I 213; CourEDH du 23.11.1993, *Poitrimol c. France*, Série A Vol. 277-A.

³⁷ G. PIQUEREZ, *Traité de procédure pénale suisse 2006*, N 1156, 727 et N 1177, 740; GILLIÉRON/KILIAS (Fn. 34), Art. 354 N 5; cf. aussi G. PIQUEREZ/A. MACALUSO, *Manuel de procédure pénale suisse 2011*, N 1887, 627 et N 2033, 663.

qu'une faculté de provoquer un contrôle juridictionnel de la décision de première instance à la libre disposition du prévenu. Ainsi, présumer le retrait de l'opposition revient à priver le prévenu d'un passage obligé devant un tribunal, tandis que présumer le retrait du recours ne le prive que de son choix de faire contrôler le jugement de première instance.

L'art. 356 al. 4 CPP permet, certes, au prévenu défaillant de se faire représenter devant le tribunal, avec pour effet d'éviter que l'opposition soit réputée retirée. Toutefois, cet aménagement ne permet pas de compenser les atteintes portées aux droits du prévenu, ne serait-ce que parce que le faible degré de gravité des affaires concernées par l'ordonnance pénale laisse présupposer qu'un défenseur apte à représenter ne sera pas nécessairement engagé aux côtés du prévenu pour pallier l'absence de ce dernier.

En retenant ce système, le législateur a clairement donné une priorité excessive à l'économie de procédure, aux dépens des garanties procédurales. Il semble avoir perdu de vue que l'ordonnance pénale n'est pas une faveur consentie au prévenu par l'autorité, mais que c'est plutôt ce dernier qui en fait une à l'autorité, en acceptant d'être jugé en violation des droits fondamentaux dont il peut revendiquer l'exercice et le respect.

Dès lors, nous estimons que cette réglementation du défaut en matière d'opposition consacre une violation de l'art. 6 CEDH. Le seul moyen d'y remédier consiste en l'application ordinaire des règles relatives à la procédure par défaut, lorsque le prévenu opposant ne se présente pas à son procès.

3. Dans la procédure simplifiée

La loi ne dit rien sur la question de la comparution des parties lors de l'audience de jugement prévue à l'art. 361 CPP. On peut se référer aux art. 336 à 338 CPP qui réglementent cette question en procédure ordinaire. Toutefois, dans la procédure simplifiée, l'audition du prévenu apparaît comme étant l'acte central, pour ne pas dire unique, de l'audience de jugement. En effet, l'art. 361 CPP n'impose que cet acte d'instruction, réservant uniquement la possibilité, si nécessaire, d'entendre les autres parties présentes. Par ailleurs, il est exclu d'administrer d'autres preuves, comme l'audition de témoins et il est improbable d'entendre les avocats dans leurs plaidoiries³⁸, même si certains auteurs suggèrent, notamment en cas de doute, que le ministère public, voire le défenseur, s'expriment brièvement pour expliquer le cours de la négociation et justifier le caractère adéquat de l'accord

³⁸ G. GREINER/I. JAGGI, in: M. A. NIGGLI/M. HEER/H. WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, Art. 361 N 9 et 23; Y. JEANNERET, in: R. PFISTER LIECHTI, La procédure pénale fédérale, Berne 2010, 180 s.

conclu³⁹. Il faut retenir que l'audition du prévenu joue un rôle primordial, afin de permettre au juge de se convaincre de la validité des aveux du prévenu (art. 361 al. 2 CPP), de sorte qu'il faut retenir que sa présence est absolument indispensable (art. 336 CPP) en procédure simplifiée.

A noter que dans la mesure où la procédure simplifiée constitue un cas de défense obligatoire (art. 130 litt. e CPP), la présence de l'avocat est également nécessaire, faute de quoi les débats devront être ajournés (art. 336 al. 2 et 5 CPP).

Si le prévenu ne comparait pas, il n'est pas envisageable d'engager une procédure par défaut, comme le prescrit l'art. 336 al. 4 CPP en procédure ordinaire. En effet, compte tenu du rôle central que joue l'audition du prévenu en procédure simplifiée, une procédure par défaut est exclue dans ce contexte⁴⁰. Si le prévenu est défaillant, le tribunal devra rejeter la procédure simplifiée, bien que rien ne s'oppose, à teneur de la loi, à ce qu'une nouvelle audience soit tenue ultérieurement.

D. Le défaut et l'appel

1. L'appel contre le jugement par défaut

Le jugement par défaut est un jugement au fond qui clôt la procédure au sens de l'art. 398 al. 1 CPP. A ce titre, il est susceptible d'un appel au sens des art. 398 s. CPP comme le serait un jugement contradictoire. Toutes les parties, y compris le condamné défaillant, sont légitimées à interjeter appel. L'art. 371 al. 1 CPP consacre expressément ce principe en soulignant que le condamné peut interjeter appel simultanément à la demande de nouveau jugement ou se contenter uniquement de l'appel. L'art. 371 al. 2 CPP introduit toutefois une règle de coordination entre l'appel et la demande de nouveau jugement, en déclarant le premier subsidiaire au second; ainsi, l'appel n'est recevable que si la demande de nouveau jugement est écartée. Dans cette même perspective, l'art. 369 al. 2 CPP dispose que les autorités de recours doivent suspendre le traitement des recours qui auraient été introduits par l'une ou l'autre des parties, dans l'attente de l'issue de la procédure relative à la demande de nouveau jugement.

³⁹ C. FALLER/A. REYMOND/J. VUILLE, Une procédure simplifiée au sens des art. 358 ss. CPP peut-elle se dérouler par défaut?, RPS 130 (2012) 82; GREINER/JAGGI (Fn. 38), Art. 361 N 24.

⁴⁰ FALLER/REYMOND/VUILLE (Fn. 39), 87 ss.; GREINER/JAGGI (Fn. 38), Art. 361 N 19; JEANNERET (Fn. 38), 180; B. PERRIN, in: A. KUHN/Y. JEANNERET (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse, Basel 2011, Art. 362, N 14; *contra* SCHMID (Fn. 7), Art. 361 N 3 qui admet la procédure par défaut, sans autres explications.

2. Le défaut en appel

La question qui est ici traitée est celle des conséquences du défaut d'une partie dans le cadre de la procédure d'appel; cette thématique est réglementée à l'art. 407 CPP. Il convient de distinguer deux hypothèses, à savoir celle de la procédure orale, d'une part, et de la procédure écrite, d'autre part.

En règle générale, l'appel est traité en procédure orale comme l'indique l'art. 405 CPP. En principe, la partie plaignante et le prévenu ayant interjeté appel sont tenus de comparaître, mais peuvent toutefois se faire dispenser de participer aux débats «dans les cas simples»; ils peuvent alors déposer des conclusions écrites (art. 405 al. 2 CPP). S'ils omettent de déposer leurs conclusions écrites, l'art. 407 al. 1 litt. b CPP emporte présomption de retrait de l'appel.

Si un appelant dûment convoqué aux débats et non dispensé ne comparaît pas, sans excuse valable, et sans se faire représenter, son appel est réputé retiré (art. 407 al. 1 litt. a CPP); cette règle vaut pour toutes les parties, y compris le ministère public⁴¹. S'agissant du prévenu, il faut rappeler que la jurisprudence⁴² considère qu'il est contraire aux art. 2 Protocole CEDH N. 2 et 32 al. 2 Cst. qui garantissent le droit à un double degré de juridiction, de présumer le retrait de l'appel lorsque le prévenu est absent mais que son défenseur comparaît à l'audience; dans ce cas, l'appel doit être maintenu et l'avocat doit être autorisé à s'exprimer pour la défense de son mandant. C'est en raison de cette exigence jurisprudentielle que l'art. 407 al. 1 litt. a CPP ne prévoit le retrait de l'appel que si la partie et son conseil sont tous deux défaillants.

Lorsque c'est un intimé qui fait défaut à l'audience d'appel, il convient de procéder à une distinction selon la qualité de celui-ci.

S'il s'agit du ministère public, la procédure se poursuivra sans lui, sous réserve des hypothèses dans lesquelles sa comparution est indispensable⁴³; dans ce dernier cas, l'audience devrait être ajournée pour que le ministère public compareaisse (art. 337 al. 5 sur renvoi de l'art. 405 al. 1 CPP)⁴⁴.

⁴¹ L. EUGSTER, in: M. A. NIGGLI/M. HEER/H. WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung*, Basel 2011, Art. 407 N 3; M. KISTLER VIANIN, in: A. KUHN/Y. JEANNERET (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse*, Basel 2011, Art. 406 N 15 et 407 N 8.

⁴² ATF 133 I 12, 131 I 185 consid. 3.1, 127 I 213; CourEDH du 23.11.1993, *Poitrimol c. France*, Série A Vol. 277-A; KISTLER VIANIN (Fn. 41), Art. 407 N 6.

⁴³ Lorsqu'il requiert une peine privative de liberté de plus d'un an ou une mesure privative de liberté ou si la direction de la procédure l'estime nécessaire (art. 337 al. 3 et 4 CPP par renvoi de l'art. 405 al. 3 litt. a CPP). A noter que la doctrine considère que dans les cas où le ministère public est obligé de comparaître, la loi ne prévoit aucune possibilité de le dispenser: KISTLER VIANIN (Fn. 41), Art. 405 N 14; SCHMID (Fn. 7), Art. 405 N 9.

⁴⁴ EUGSTER (Fn. 41), Art. 407 N 3 nbp 11; KISTLER VIANIN (Fn. 41), Art. 407 N 20.

S'il s'agit de la partie plaignante, la loi ne prévoit aucune conséquence spécifique, de sorte qu'il faut en déduire que la juridiction d'appel statue sur la base du dossier en sa possession.

Quant au prévenu, la loi distingue selon qu'il s'agit d'un appel portant sur la culpabilité et/ou sur la peine, d'une part, et sur les conclusions civiles, d'autre part. Dans la première hypothèse, l'art. 407 al. 2 CPP prévoit qu'une procédure par défaut doit être engagée; il s'agit donc d'appliquer en appel les art. 366 ss. CPP, ce qui supposera notamment l'ajournement des débats et la convocation d'une nouvelle audience puis la possibilité de demander un nouveau jugement en appel dans les 10 jours suivants la notification du jugement d'appel rendu par défaut. Dans le cas où l'appel porte uniquement sur les conclusions civiles, l'art. 407 al. 3 CPP prescrit que la juridiction d'appel statue sur la base du dossier. A noter que si l'appel de la partie plaignante porte à la fois sur la culpabilité et sur les conclusions civiles, c'est la règle de l'art. 407 al. 2 CPP qui prévaut, à savoir l'engagement d'une procédure par défaut au sens strict.

Si l'on se trouve dans les hypothèses de l'art. 406 CPP et que, partant, l'appel est traité en procédure écrite, l'appelant a l'obligation de déposer un mémoire motivé dans le délai imparti par la direction de la procédure (art. 406 al. 3 CPP); qu'il soit partie plaignante, prévenu ou procureur, si l'appelant omet de déposer son écriture dans le délai imparti, son appel est réputé retiré (art. 407 al. 1 litt. b CPP). Si, en tant qu'intimé, une partie s'abstient de prendre position par écrit, cette omission n'a aucune conséquence, la procédure étant poursuivie et la juridiction d'appel statuant sur la base du dossier (art. 390 al. 2 CPP expressément applicable en appel par renvoi de l'art. 406 al. 4 CPP). Les règles spécifiques de l'art. 407 al. 2 et 3 CPP ne s'appliquent pas au cas d'espèce, dans la mesure où ces dispositions ne visent expressément que les cas de non-comparution «aux débats».

IV. Conclusion

La présence du prévenu au cours de la procédure pénale est un élément central de cette dernière, tant sous l'angle de l'administration des preuves que sous celui du respect des principes du procès équitable. La déposition du prévenu constitue souvent un élément de preuve précieux, quand bien même l'aveu n'est plus la reine des preuves, et la présence du prévenu, singulièrement pour se défendre et être confronté aux éléments de preuve à charge, constitue un élément cardinal des droits de la défense.

Le code de procédure pénale unifié aménage, dans son ensemble, une procédure respectueuse des droits de la défense. Le prévenu dispose d'un large espace

pour prendre une part active à la procédure, notamment par la garantie du débat contradictoire dès le début de l'instruction. L'aménagement de la procédure par défaut au sens strict apparaît conforme aux garanties découlant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

En revanche, sous l'effet d'une préoccupation parfois excessive de l'efficacité de la justice pénale, le législateur s'est montré peu soucieux des droits de la défense dans l'aménagement des conséquences du défaut du prévenu ayant formé opposition à une ordonnance pénale. Nous faisons le pari que si le législateur avait préalablement consulté le Prof. ANDREAS DONATSCH, homme soucieux du respect des droits de l'Homme, il n'aurait pas erré de la sorte.