

forum poenale

Herausgeber ·

Editeurs · Editori

Jürg-Beat Ackermann

Roy Garré

Gunhild Godenzi

Yvan Jeanneret

Bernhard Sträuli

Wolfgang Wohlers

Schriftleitung ·

Direction de revue ·

Direzione della rivista

Sandra Hadorn

RECHTSPRECHUNG | JURISPRUDENCE | GIURISPRUDENZA 210

AUFSÄTZE | ARTICLES | ARTICOLI 234

Kajetan M. Kobryn: Beschlagnahme und Einziehung von in der Schweiz
«gewaschenen» Vermögenswerten aus einer rein ausländischen Vortat 234

Mark Pieth: Die Neuregelung der Privatbestechung 241

Romain Jordan: Défense d'office: une institution à la croisée des chemins? 245

Thomas Hansjakob: Die Erhebung von Daten des Internetverkehrs –
Bemerkungen zu BGer 6B_656/2015 vom 16. 12. 2016 252

Wolfgang Wohlers: Tödliche Kollision(en) auf und vor dem Fussgängerstreifen –
Besprechung von BGer 6B_262/2016 vom 6. 1. 2017 258

Frank Meyer: Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2016 263

DOKUMENTATION | DOCUMENTATION | DOCUMENTAZIONE 276



10. Jahrgang – Année – Anno; August – Août – Agosto 2017

Erscheint sechsmal jährlich – Paraît six fois par année – Pubblicazione sei volte per anno

Zitiervorschlag – Citation proposée – Citazione consigliata: FP Erscheinungsjahr, Seitenzahl –

FP année de parution, numéro de page – FP anno di pubblicazione, numero di pagina

ISSN 1662-5536 (Print)/ISSN 1662-551X (Internet)

Herausgeber Editeurs Editori	<p>Prof. Dr. iur. Jürg-Beat Ackermann, Universität Luzern, Frohburgstrasse 3, Postfach 4466, 6002 Luzern, E-Mail: juerg-beat.ackermann@unil.ch</p> <p>PD Dr. iur. Roy Garré, Bundesstrafgericht, Viale Stefano Franscini 7, Postfach 2720, 6501 Bellinzona, E-Mail: roy.garre@bstger.ch</p> <p>Prof. Dr. iur. Gunhild Godenzi, LL.M., RA, Universität Zürich, Treichlerstrasse 10, 8032 Zürich, E-Mail: gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch</p> <p>Prof. Yvan Jeanneret, Docteur en droit, Avocat au barreau de Genève, Université de Genève, Uni-Mail, CH-1211 Genève 4, E-Mail: yvan.jeanneret@unige.ch</p> <p>Prof. Bernhard Sträuli, Docteur en droit, Université de Genève, Département de droit pénal, Uni-Mail, CH-1211 Genève 4, E-Mail: Bernhard.Strauli@unige.ch</p> <p>Prof. Dr. iur. Wolfgang Wohlers, Universität Basel, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, E-Mail: wolfgang.wohlers@unibas.ch</p>
Schriftleitung Direction de revue Direzione della rivista	<p>Sandra Hadorn, MLaw, Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, 3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 63 55, Telefax: +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: forumpoenale@staempfli.com, Internet: www.forumpoenale.ch</p> <p>Unter redaktioneller Mitarbeit von/avec la collaboration rédactionnelle de/con il contributo redazionale di: Linda Bläsi, Stephanie Knutti, Veronica Lynn</p>
Beirat Comité consultatif Comitato consultivo	<p>lic. iur. Lucius Richard Blattner, LL.M., DFE, BBA, CAMS, Rechtsanwalt; lic. iur. Corinne Bouvard, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich; Dr. iur. Andreas Brunner, ehemaliger leitender Oberstaatsanwalt, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich; Dr. iur. Lorenz Erni, Rechtsanwalt; lic. iur. Thomas Fingerhuth, Rechtsanwalt; Prof. Dr. iur. Marc Forster, Rechtsanwalt, Titularprofessor für Straf- und Strafprozessrecht und internationales Strafrecht an der Universität St. Gallen, wissenschaftlicher Berater am Schweizerischen Bundesgericht; Dr. iur. Peter Goldschmid, Fürsprecher, Bundesamt für Justiz, Stv. Leiter Fachbereich Straf- und Strafprozessrecht; Titus Graf, Gerichtsschreiber am Obergericht des Kantons Zürich, III. Strafkammer; Dr. iur. Thomas Hansjakob, Erster Staatsanwalt, Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen; lic. iur. Christoph Ill, Staatsanwalt, Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen, Studienleitung MAS Forensics, Staatsanwaltschaftsakademie Universität Luzern; lic. iur. Konrad Jeker, M.B.L.-HSG, Rechtsanwalt und Notar; Dr. iur. Viktor Lieber, ehemaliger Generalsekretär des Kassationsgerichts des Kantons Zürich; Dr. iur. Alain Macaluso, Avocat au barreau de Genève, Professeur à l'Université de Lausanne; Dr. iur. Niklaus Oberholzer, Bundesrichter, Schweizerisches Bundesgericht; Prof. Dr. iur. Peter Popp, Richter am Bundesstrafgericht; Prof. Dr. iur. Niklaus Ruckstuhl, Rechtsanwalt, Titularprofessor für Strafprozessrecht, Richter am Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft; lic. iur. Urs Rudolf, Rechtsanwalt und Notar Emmenbrücke; Dr. iur. Jann Six, Oberrichter am Obergericht des Kantons Aargau; Dr. iur. Nils Stohner, Fürsprecher, LL.M., Gerichtsschreiber am Bundesgericht; Prof. Dr. iur. Marc Thommen, LL.M., Rechtsanwalt, Professor für Schweizerisches Straf- und Strafprozessrecht, Universität Zürich; Dr. iur. Petra Venetz, Richterin am Kriminalgericht des Kantons Luzern</p>
Regeste Résumé Regesto	<p>Die nichtamtlichen Leitsätze (Regeste forumpoenale) werden erstellt resp. übersetzt durch: LAWTANK GmbH, Juristische Dienstleistungen, Laupenstrasse 4, Postfach 7049, CH-3001 Bern, Tel. +41 (0)31 511 22 22, Fax +41 (0)31 511 22 23, info@lawtank.ch, www.lawtank.ch (italienisch); Sandra Hadorn (deutsch); Bernhard Sträuli (französisch)</p>
Aufsätze Articles Articoli	<p>Die Rubrik Aufsätze wird durch Gunhild Godenzi betreut. Bitte wenden Sie sich mit Aufsatzmanuskripten und Aufsatzanfragen direkt an gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch.</p> <p>La rubrique Articles est placée sous la responsabilité de Gunhild Godenzi. Prière d'adresser vos manuscrits et questions y relatives directement à gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch.</p> <p>La rubrica Articoli è curata da Gunhild Godenzi. Per l'invio di manoscritti e in caso di domande concernenti gli articoli si prega di rivolgersi direttamente a gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch.</p>
Verlag Editions Edizioni	<p>Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 66 44, Telefax: +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: verlag@staempfli.com, Internet: www.staempfliverlag.com</p> <p>Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift forumpoenale vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags.</p> <p>L'acceptation de contributions se produit à la condition que le droit exclusif de reproduction et de diffusion passe à la maison d'édition Stämpfli SA. La maison d'édition se réserve tous les droits sur le contenu du journal forumpoenale. En particulier, la reproduction par voie de photocopie, de microcopie, de reprise de supports électroniques de données, et toute autre utilisation de l'ensemble ou de partie de ce journal nécessitent l'accord de la maison d'édition.</p>
Inserate Annonces Inseriti	<p>Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 63 41, Telefax: +41 (0)31 300 63 90, E-Mail: inserate@staempfli.com</p>
Abonnement Abonnements Abbonamenti	<p>Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern, Telefon +41 (0)31 300 63 25, Telefax +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: periodika@staempfli.com</p> <p>Jährlich – Annuel – Annuale: CHF 300.– (Print und Online), CHF 248.– (Online); Einzelheft – Numéro séparé – Numero singolo: CHF 52.50 (exkl. Porto); Ausland – Etranger – Estero: CHF 308.40 (Print und Online)</p> <p>Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Online-Angebote 8,0% MWSt.</p> <p>Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich. Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de l'abonnement.</p>



Romain Jordan, avocat, associé en l'Etude Merkt [&] associés, juge suppléant à la Cour de justice du canton de Genève

Défense d'office: une institution à la croisée des chemins?

Table des matières:

- I. Introduction
- II. L'ATF 143 III 10
 1. L'avocat d'office a un rôle et un statut analogues à celui de l'avocat de choix
 2. L'égalité des parties au regard du type de défense
 3. Les conséquences
 - a) Une mise à disposition des moyens nécessaires
 - b) Une responsabilité concurrente ou subsidiaire de l'Etat?
 - c) Une activité protégée par la liberté économique (art. 27 Cst.)
- III. Quelques exemples de résistance à l'évolution
 1. L'indemnité du défenseur d'office en cas d'acquiescement (art. 429 al. 1 let. a CPP)
 2. La prise en charge des frais de défense de la partie plaignante au bénéfice d'une défense d'office (art. 433 CPP)
 3. Résistances institutionnelles
- IV. Conclusion

I. Introduction

Le droit du prévenu d'être assisté d'un défenseur d'office dans un procès pénal a été déduit dès 1959 de l'art. 4 aCst²; il est aujourd'hui expressément consacré à l'art. 29 al. 3 Cst., «droit social fondamental» décrit comme un véritable pilier de l'Etat de droit³. Historiquement, la défense d'office était une tâche avant tout étatique, réglementée par le droit public cantonal, et comme telle soustraite à la garantie de la liberté économique⁴. L'institution de la défense d'office –

qu'on oppose traditionnellement à la défense privée⁵ – marquait en effet l'exercice de la puissance étatique sur l'avocat indépendant: on a ainsi pu dire que la mission d'avocat d'office faisait partie des «devoirs qui compensent les privilèges de la profession libérale»⁶, ainsi qu'en témoignent en particulier l'obligation d'accepter le mandat d'office⁷ ou encore sa rémunération⁸ «purement symbolique»⁹, là où le conseil était décrit comme «davantage un assistant qu'un représentant» du prévenu¹⁰. La jurisprudence présentait ces restrictions au libre exercice de la profession d'avocat comme une contrepartie ou «rançon»¹¹ au monopole de représentation dont celle-ci bénéficiait par ailleurs¹².

Depuis le début du XXI^e siècle, la jurisprudence a marqué une évolution s'éloignant toujours un peu plus de cette conception étatique, en écho à la consécration quasiment universelle du droit à l'assistance judiciaire et à la mutation fondamentale du contexte juridique, économique et social dans lequel les avocats ont été progressivement amenés à exercer leur profession, notamment en termes de concurrence¹³. La jurisprudence a ainsi dès 2006 reconnu à la liberté économique une portée «indirecte» dans ce do-

1 La présente contribution n'engage que son auteur.
2 ROUILLER/JOMINI, L'effet dynamique de la Convention européenne des droits de l'homme, in: RPS 110 (1992), 233, 246; TF *Habegger* du 29 avril 1959; ATF 100 Ia 180.
3 ATF 132 I 201, 214.
4 ATF 109 Ia 108, 109; GRISEL, Liberté économique: Libéralisme et droit économique en Suisse, Berne 2006, 281.

5 JACQUEMOUD-ROSSARI, Frais de défense des parties et indemnisation de l'avocat d'office en procédure pénale – variations sur un thème à la lumière de la jurisprudence, in: RPS 135 (2017), 48, 49.
6 GRISEL, Egalité, Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Berne 2000, 1^e éd., 220.
7 ATF 114 Ia 101, 104. L'art. 12 let. g LLCA a par la suite formalisé cette obligation, en prévoyant expressément que l'avocat est tenu d'accepter les défenses d'office et les mandats d'assistance judiciaire dans le canton au registre duquel il est inscrit.
8 Sur les différentes conceptions développées sur la question de la rémunération de l'avocat d'office, cf. RJN 1985 137.
9 A la base, les avocats d'office n'étaient pas rémunérés ou de façon purement symbolique, cf. ATF 132 I 201, 206; ZÜRCHER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 1920, 180 ss et aussi SPIRA, L'avocat au bénéfice de l'assistance juridique, in: Mélanges en l'honneur de Dominique Burger, 2008, 313–314.
10 ATF 105 Ia 296, 301.
11 ATF 132 I 201, 213; RJN 1985 137, consid. 2a; cf. aussi ZEN-RUFFINEN, Assistance judiciaire et administrative: les règles minima imposées par l'art. 4 de la Constitution fédérale, in: JdT 1989 I 34, 52.
12 TF 2P.287/1997 du 25 novembre 1997, in: SJ 1998 p. 189.
13 ATF 132 I 201, 214.



maine¹⁴. En outre, l'unification du droit de procédure au niveau fédéral dans les matières civile et pénale a vu de nouveaux mécanismes d'indemnisation entrer en vigueur qui devraient permettre une meilleure prise en considération de ces réalités¹⁵. La défense d'office se rapproche toujours plus du statut ordinaire réservé à l'avocat de choix (ou privé).

Le mandat d'office est désormais décrit comme une relation tripartite dans laquelle l'Etat ne fait que conférer au conseil d'office la mission de défendre les intérêts du justiciable démuné, lui conférant une sorte de mandat en faveur d'un tiers assimilable à une stipulation pour autrui¹⁶; il ne s'agit donc pas d'une activité relevant de la puissance publique¹⁷. La relation tripartite précitée voit un mandat privé, conclu entre le bénéficiaire de l'assistance et l'avocat d'office, s'établir en parallèle de – on serait tenté de dire en opposition à – la relation de droit public liant celui-ci à l'Etat.

Dans l'ATF 143 III 10¹⁸, le Tribunal fédéral a apporté une pierre supplémentaire et à notre sens d'importance à cet édifice, en jugeant que l'avocat engageait sa propre responsabilité civile dans le cadre de la conduite d'un mandat d'office, n'étant pas un agent public mais exerçant une simple tâche d'intérêt public¹⁹. Dans ce contexte, il paraît intéressant de marquer un temps d'arrêt et de prendre du recul sur l'évolution de l'institution de la défense d'office²⁰. Après avoir présenté l'arrêt précité et ses enseignements dans le domaine de la défense d'office, nous examinerons succinctement, sous un angle critique, quelles conséquences ce bilan pourrait impliquer dans la matière pénale.

II. L'ATF 143 III 10 (arrêt 4A_234/2016 du 19 décembre 2016)

Pour trancher la question de la responsabilité civile de l'avocat d'office, le Tribunal fédéral affirme d'abord clairement l'analogie entre les rôle et statut de celui-ci et de l'avocat de choix (ci-après, ch. 1), et pose pour la première fois la question de l'égalité des parties au regard du type de défense (ci-après, ch. 2). Il découle à notre sens de ce raisonnement

¹⁴ ATF 132 I 201, 216: pour être compatible avec l'interdiction de l'arbitraire et, indirectement, avec la garantie de la liberté économique (art. 27 Cst.), l'indemnité équitable doit non seulement couvrir les frais généraux de l'avocat, mais aussi lui permettre d'obtenir un revenu modeste, qui ne soit pas uniquement symbolique.

¹⁵ Art. 135 al. 4 CPP; TF 6B_1078/2014 du 9 février 2016, consid. 4.2.3, in: SJ 2017 I 73.

¹⁶ ATF 141 III 560, 561; ATF 141 IV 344, 348.

¹⁷ TF 6B_498/2014 du 9 septembre 2015, consid. 5 non publié, in: ATF 141 IV 344.

¹⁸ TF 4A_234/2016 du 19 décembre 2016, dont le consid. 3 est publié aux ATF 143 III 10 ss.

¹⁹ ATF 143 III 10 (note 18), 14, consid. 3.3.

²⁰ STEULLET, Le point de mire du Conseil FSA, in Revue de l'Avocat 2014 306.

et de sa conclusion plusieurs éléments intéressant la présente analyse (ci-après, ch. 3).

1. L'avocat d'office a un rôle et un statut analogues à celui de l'avocat de choix

Selon les juges fédéraux, l'avocat d'office, au même titre que l'avocat de choix, exerce une activité d'avocat, à savoir celle de défendre en toute indépendance les intérêts d'un justiciable dans le cadre d'une procédure devant les autorités judiciaires; comme l'avocat choisi, il est mandaté pour sauvegarder les intérêts particuliers d'un justiciable déterminé et pour rien d'autre. Certes, le mandat d'office est donné par la collectivité publique afin de garantir l'égalité des parties dans le procès, ce qui est non seulement dans l'intérêt du bénéficiaire de l'assistance judiciaire, mais aussi dans l'intérêt public; cela ne signifie pas pour autant que l'avocat d'office, souvent proposé par la partie qui entend requérir l'assistance judiciaire, ait par rapport à cette partie un autre rôle que s'il était avocat de choix. Ainsi, si l'avocat commis d'office se voit confier un mandat public en faveur d'un tiers, le bénéficiaire de l'assistance judiciaire, il ne se trouve pas dans un rapport de subordination quelconque face à la collectivité publique qui l'a mandaté, laquelle ne saurait lui donner d'instructions sur la manière d'exercer le mandat confié. Il n'est pas non plus soumis à une surveillance différente de celle à laquelle il serait soumis en tant qu'avocat de choix²¹.

Alors que la jurisprudence a toujours défendu une interprétation large de la notion d'employés publics au sens de l'art. 61 al. 1 CO²², le Tribunal fédéral met ici un soin tout particulier à souligner la concordance quasiment parfaite existant entre, d'une part, la mission et le statut de l'avocat d'office et, d'autre part, ceux de l'avocat de choix, et exclut de classer celui-là dans la catégorie des agents publics visés dans cette disposition. Ce faisant, il consacre la prédominance du mandat privé avec le justiciable sur la relation de droit public avec l'Etat.

2. L'égalité des parties au regard du type de défense

Les juges fédéraux se demandent également si l'égalité des parties dans le procès ne commanderait pas la représentation par un avocat personnellement responsable tant pour la partie au bénéfice de l'assistance judiciaire que pour la partie économiquement en mesure de mandater elle-même un avocat, afin d'éviter le sentiment chez la première d'avoir un défenseur éventuellement moins intéressé à faire preuve de toute la diligence nécessaire²³.

²¹ ATF 143 III 10 (note 18), 12, consid. 3.2.1.

²² Est concernée toute personne qui, même sans être au service de l'Etat, est investie d'attributions de droit public (ATF 127 III 538, 539; ATF 143 III 10 [note 18], 12, consid. 3.2.1).

²³ ATF 143 III 10 (note 18), 12, consid. 3.2.1.

A notre sens, et l'arrêt – même s'il ne tranche pas explicitement la question – ne dit pas le contraire, il faut répondre par l'affirmative à cette interrogation²⁴. Un tel raisonnement devrait du reste s'appliquer *mutatis mutandis* à la situation générale de l'avocat d'office, notamment à la problématique de sa rémunération²⁵, ceci d'autant plus, ainsi qu'on va le voir, lorsque le droit de procédure déterminant vise expressément à éviter toute inégalité entre les situations d'avocat d'office et d'avocat de choix²⁶.

3. Les conséquences

Parallèlement à ces deux éléments qui mettent en évidence la prédominance désormais quasiment assumée du mandat privé conclu entre le bénéficiaire de l'assistance et l'avocat d'office sur la relation de droit public liant celui-ci à l'Etat, l'arrêt appelle encore quelques remarques au titre des conséquences sur la problématique de la défense d'office *lato sensu*.

a) Une mise à disposition des moyens nécessaires

Si l'avocat conduit son mandat de façon indépendante²⁷, le fait qu'il engage sa responsabilité civile personnelle doit nous conduire à nous interroger sur la compatibilité, par exemple, d'une pratique d'indemnisation volontairement restrictive – quant au tarif ou encore à la reconnaissance de l'étendue des activités «raisonnables» – ne permettant pas forcément à l'avocat d'office d'effectuer toutes les actions nécessaires à la conduite diligente de son mandat. On pense aussi, dans ce contexte, à une pratique de l'autorité qui consisterait à systématiquement attendre l'échéance du délai de recours pour trancher la requête d'assistance juridique pourtant déposée au début de ce dernier²⁸, et qui peut placer l'avocat comme l'assisté dans une position particulièrement délicate, le premier étant amené à devoir procéder sans aucune garantie de rémunération.

Ces différents points apparaissent quoi qu'il en soit avant tout théoriques, en tant que l'avocat d'office n'a d'autre choix que de déployer l'activité nécessaire quand bien même il ne serait pas indemnisé intégralement, sous peine précisément d'engager sa responsabilité. En toute hypothèse, cette situation ne saurait empêcher l'avocat respectueux de l'honneur que lui vaut sa profession et conscient des obligations qu'elle lui impose de remplir sa tâche le plus correctement possible²⁹.

²⁴ MÜLLER, Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_234/2016, Newsletter rcaassurances.ch février 2017, 6, pour qui «poser la question [c']est y répondre».

²⁵ MÜLLER, *op. cit.* (note 24), p. 6.

²⁶ Cf. pt. III.1 ci-après.

²⁷ TF 1B_187/2013 du 4 juillet 2013, consid. 2.1 et 2.2, in: SJ 2014 I p. 205; ATF 126 I 194, 199.

²⁸ A Genève, cf. notamment DAAJ/130/2016 du 8 décembre 2016, let. C en fait; DAAJ/112/2016 du 13 septembre 2016, let. A.j et C en fait. Tel est également le cas de la plupart des cours du Tribunal fédéral (TF 1C_608/2016 du 18 mai 2017, consid. 4).

²⁹ ATF 109 IA 107, 111.

b) Une responsabilité concurrente ou subsidiaire de l'Etat?

Corollairement à une pratique trop restrictive de l'autorité, le Tribunal fédéral laisse la porte ouverte dans son arrêt à la possibilité d'introduire, par le biais du droit cantonal, une responsabilité du canton en sus de celle de l'avocat d'office découlant du droit privé fédéral³⁰. On pourrait ainsi imaginer qu'un avocat d'office lui-même attrait en responsabilité civile à titre privé puisse appeler en cause l'Etat qui n'aurait pas respecté ses obligations à son égard et aurait de ce fait contribué à la survenance du dommage, ou encore que le requérant dont la requête d'assistance juridique a été rejetée à tort par l'autorité étatique et ayant de ce fait subi un dommage agisse à l'encontre d'un acte licite de l'Etat.

c) Une activité protégée par la liberté économique (art. 27 Cst.)

A partir du moment où l'avocat engage directement sa responsabilité civile personnelle à travers le mandat d'office qu'il exerce, de surcroît de façon obligatoire (art. 12 let. g LLCA), et qu'on lui reconnaît une mission analogue à celle de son confrère intervenant en tant qu'avocat de choix, il devient difficile d'exclure l'application – à notre sens directe, même si à ce jour la jurisprudence n'a toujours pas franchi ce pas³¹ – de la liberté économique au rapport de droit public créé par la défense d'office, tout du moins dans l'interprétation à donner aux mécanismes procéduraux mettant en œuvre la défense d'office.

Selon l'art. 27 al. 1 Cst., la liberté économique comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 al. 2 Cst.). Cette liberté protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu³². En conséquence de la prédominance du mandat privé sur la relation de droit public³³, mais aussi de l'importance prise par les mandats d'office sur l'activité de nombre d'avocats pratiquant l'activité judiciaire³⁴, il faut désormais retenir, à notre avis, que le champ de la liberté économique couvre directement la défense d'office.

La profession d'avocat bénéficie sur un plan général de la liberté économique, de sorte que toute limitation de son exercice doit respecter les exigences de l'art. 36 al. 1 Cst.³⁵, dont le respect du principe de la proportionnalité (art. 36

³⁰ ATF 143 III 10 (note 18), consid. 3.2.1.

³¹ ATF 141 I 124, 127.

³² ATF 140 I 218, 228; TF 2C_138/2015 du 6 août 2015, consid. 4.1.

³³ Cf. ch. II.3 ci-dessus.

³⁴ ATF 132 I 201, 215, étant souligné que l'entrée en vigueur du CPP, et avec elle de la mise en œuvre de l'avocat de la première heure, a encore renforcé le phénomène.

³⁵ ATF 130 II 87, 92.



al. 3 Cst.). La liberté économique englobe en outre le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique, en vertu duquel les mesures étatiques qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence entre les concurrents directs sont prohibées³⁶. Il convient d'avoir à l'esprit ces principes au moment d'examiner s'il est permis de justifier des différences de traitement entre l'avocat d'office et l'avocat de choix et les ingérences qu'elles impliquent à leur liberté économique, sauf à admettre que l'Etat puisse unilatéralement décider de régler la tarification de services ou de biens dont il a besoin³⁷, ce qui n'est objectivement pas défendable.

III. Quelques exemples de résistance à l'évolution

L'évolution décrite en introduction, encore renforcée par l'ATF 143 III 10, est en l'état avant tout génératrice d'obligations à l'égard de l'avocat d'office: prélèvement de la TVA³⁸, responsabilité civile³⁹, indépendance réduite dans la reconnaissance de ses diligences⁴⁰, etc. On constate parallèlement un phénomène de résistance pour que les droits correspondants soient accordés à l'avocat d'office. L'indemnisation de son activité en cas d'acquiescement de son client (ci-après, ch. 1) ou s'il défend une partie plaignante en cas de condamnation du prévenu (ci-après, ch. 2) en sont de bons exemples. Dans les deux cas en effet, l'avocat d'office est discriminé, l'égalité des parties et sa liberté économique étant ce faisant violées: l'acteur étatique met sur un pied d'égalité l'avocat de choix et l'avocat d'office en termes de devoirs, mais n'en tire aucune conséquence en termes de droits. Il en découle un déséquilibre qu'on ne saurait écarter au motif qu'il serait une simple conséquence de la loi⁴¹. Au contraire, le juge devrait interpréter les dispositions mises en place par le législateur fédéral de façon non seulement conforme à la volonté de ce dernier, mais aussi et surtout aux droits fondamentaux engagés⁴².

1. L'indemnité du défenseur d'office en cas d'acquiescement (art. 429 al. 1 let. a CPP)

Selon l'art. 429 let. a CPP, si le prévenu est acquitté totalement ou en partie ou s'il bénéficie d'une ordonnance de classement, il a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure.

A teneur de la jurisprudence, le CPP ne règle pas de manière explicite l'indemnité du conseil d'office en cas d'acquiescement ou de classement de la procédure, respectivement en cas de victoire dans la procédure de recours. Les dispositions générales sur l'indemnité pour l'exercice raisonnable des droits de procédure en cas d'acquiescement ou de classement de la procédure concernent les frais d'une défense de choix et ne sont donc pas applicables à la défense d'office⁴³. Le rapport de droit public entre l'Etat et le défenseur ne se transforme pas, en cas d'acquiescement ou de classement de la procédure, en rapport de droit privé entre le défenseur et le mandant⁴⁴.

Cette jurisprudence est motivée par la volonté alléguée du législateur de différencier le statut de l'avocat de choix de celui de l'avocat d'office en cas d'acquiescement du prévenu. Pourtant, la jurisprudence cantonale antérieure à l'entrée en vigueur du CPP⁴⁵, les travaux préparatoires⁴⁶ et la tendance générale vont précisément dans un sens contraire.

Il découle du système légal que lorsque le prévenu est indigent et est condamné aux frais, le jugement doit énoncer que les frais de défense d'office sont mis à sa charge, mais que ceux-ci sont assumés par la caisse du tribunal, un remboursement aux conditions de l'art. 135 al. 4 CPP étant réservé – ce dernier aspect devant le cas échéant faire l'objet d'une procédure ultérieure au sens des art. 363 ss CPP⁴⁷. La superposition du rapport de droit privé à la relation de droit public est donc déjà prévue dans le CPP, si bien qu'il ne saurait être question de «transformation» de l'un en l'autre en cas d'acquiescement. La relation de droit public ne disparaît pas en pareil cas: le rapport de droit privé prend alors simplement le dessus. L'Etat doit adopter la mesure la moins incisive aux droits fondamentaux de l'avocat d'office, en assumant sa responsabilité objective prévue à l'art. 429 CPP, étant précisé que les dispositions du titre 10 CPP s'appliquent à toutes les procédures prévues par le présent code (art. 416 CPP).

³⁶ TF 2C_116/2011 du 29 août 2011, consid. 7.1, in: SJ 2011 I p. 405.

³⁷ HANGARTNER, PJA 2006 1303, 1306.

³⁸ ATF 141 III 560, 561; ATF 141 IV 344, 348.

³⁹ ATF 143 III 10 (note 18), 14, consid. 3.3.

⁴⁰ Cf. ch. II.3.a ci-dessus.

⁴¹ ATF 139 IV 261, 264.

⁴² TF 2C_887/2010 du 28 avril 2011, consid. 9.1.

⁴³ ATF 138 IV 205, consid. 1; TF 6B_77/2013 du 4 mars 2013, consid. 1.

⁴⁴ ATF 139 IV 261, 264; TF 6B_183/2007 du 5 septembre 2007, consid. 3.2.

⁴⁵ Cf. TF 1P.285/2004 du 1^{er} mars 2005, consid. 2.6 qui expose les différents régimes cantonaux en vigueur avant l'entrée en vigueur du CPP. Il en ressort que l'art. 135 CPP a été repris du système prévu notamment dans le code de procédure pénale bernois. Au sujet de ce dernier, le Tribunal fédéral avait jugé qu'il était arbitraire de substituer aux pleins dépens une indemnité versée directement au défenseur d'office et réduite à une partie seulement des «honoraires normaux» (ATF 121 I 113, 116). Le texte légal étant le même, ce qui était arbitraire sous l'empire de l'un devrait encore plus facilement constituer une simple violation du droit fédéral au regard de l'autre (art. 95 let. a LTF).

⁴⁶ Selon le Message, l'art. 135 al. 4 CPP vise à assurer qu'un prévenu à qui une défense d'office a été commise ne se trouve pas dans une situation privilégiée par rapport à un prévenu qui aurait été assisté d'un défenseur dans le cadre d'un mandat ordinaire (FF 2006 1057, 1160).

⁴⁷ RUCKSTUHL, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2014, 2^e éd., n. 24 ad art. 135 CPP; SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zurich 2013, 2^e éd., n. 2 ad art. 426 CPP.

C'est le lieu de rappeler que seule l'existence du rapport de droit public entre l'Etat et l'avocat d'office peut cas échéant justifier que l'indemnisation du conseil d'office puisse être inférieure à la rémunération d'un conseil de choix; il a ainsi été jugé que l'Etat ne peut imposer une indemnisation à tarif réduit lorsqu'il doit répondre de tels frais au motif que l'acquitté financièrement obéré n'aurait à tort pas sollicité l'assistance juridique⁴⁸. La jurisprudence a déjà pu relever, sous l'angle de l'égalité des parties et des armes, que la conception défendue par le Tribunal fédéral avait pour effet de priver l'avocat de sa créance correspondant aux honoraires non couverts, et de le placer ainsi, paradoxalement, dans une situation moins favorable que celle qui aurait résulté d'une condamnation de son client⁴⁹. Or, tel est précisément le résultat auquel parvient la position défendue en l'état par la jurisprudence. Le droit à l'assistance judiciaire est enfin de jurisprudence constante normalement subsidiaire au droit aux dépens: l'allocation de dépens à la partie qui obtient gain de cause ayant obtenu l'assistance juridique rend en principe la couverture liée à l'assistance juridique gratuite sans objet⁵⁰; cette règle n'est pas sans rappeler la dualité entre le mandat privé et la relation de droit public, la seconde passant à l'arrière-plan en cas de victoire. Sous cet angle également, la solution retenue par la jurisprudence s'écarte du système ordinaire prévu en droit suisse.

La jurisprudence du Tribunal fédéral devrait donc être revue dans le sens qui précède, afin de marquer une cohérence accrue avec l'évolution et les réalités de la mission d'avocat d'office, dans le respect de la liberté économique de l'avocat.

2. La prise en charge des frais de défense de la partie plaignante au bénéfice d'une défense d'office (art. 433 CPP)

A teneur de l'art. 433 CPP, la partie plaignante peut demander au prévenu une juste indemnité pour les dépenses obligatoires occasionnées par la procédure si elle obtient gain de cause. Lorsque le prévenu est condamné à verser des dépens à la partie plaignante, ils reviennent à la Confédération ou au canton dans la mesure des dépenses consenties pour l'assistance judiciaire gratuite (art. 138 al. 2 CPP).

Le Tribunal fédéral a retenu, dans le cadre d'une jurisprudence non publiée, que la partie plaignante bénéficiant de l'assistance judiciaire gratuite n'avait pas à assumer ses frais d'avocat, de sorte qu'elle ne subissait par conséquent aucun dommage à ce titre et n'avait donc pas droit à une indemnité à la charge du prévenu fondée sur l'art. 433 CP si elle obtenait gain de cause; l'art. 138 al. 2 CPP viserait

quant à lui principalement à éviter que la partie plaignante qui «par hypothèse» recevrait des dépens soit indemnisée pour des frais qu'elle n'a pas supportés⁵¹. Cette indemnité ne saurait, la loi ne prévoyant pas un tel cas de figure, être accordée conditionnellement pour le cas où la situation visée à l'art. 135 al. 4 CPP se produirait⁵².

Outre les raisons déjà évoquées ci-dessus qui valent *mutatis mutandis*⁵³, l'arrêt 6B_234/2013 repose à notre avis sur une analogie erronée avec le régime applicable au prévenu condamné: la situation de ce dernier ne saurait être comparée avec celle de la partie plaignante voyant ici l'auteur de l'infraction dont elle a été la victime s'exonérer des conséquences civiles de son acte au motif qu'elle-même serait indigente; cela n'est assurément pas souhaitable⁵⁴. Cette jurisprudence conduit au demeurant à un résultat inadmissible: le contribuable cantonal assume à la place du condamné, provisoirement voire définitivement⁵⁵, les frais de défense de sa victime. L'art. 138 al. 2 CPP n'a pas été adopté «par hypothèse» comme le laisse entendre la jurisprudence précitée, mais traduit la volonté de voir le prévenu assumer prioritairement les conséquences de ses actes.

Le système mis en place par le législateur apparaît en définitive construit comme suit: la défense d'office est subsidiaire au droit aux dépens, la «garantie de rémunération» de l'avocat d'office ne s'étendant toutefois qu'à concurrence du tarif prévu à l'art. 135 al. 1 CPP. Si le prévenu indigent est acquitté, ou que la partie plaignante assistée obtient la condamnation du prévenu, la partie succombant – et donc responsable des frais causés – indemnise la partie victorieuse, les frais de défense d'office cas échéant avancés devant être remboursés (art. 138 al. 2 CPP). En revanche, si le prévenu est condamné ou la partie plaignante déboutée (cf. aussi l'art. 432 CPP), seule l'indemnisation d'office est dans un premier temps assurée à l'avocat, celui-ci pouvant ensuite, en cas de retour à meilleur fortune de son client, facturer la différence entre le tarif d'office et le tarif de choix (art. 135 al. 4 CPP, applicable également au conseil gratuit de la partie plaignante, cf. art. 138 al. 1 CPP, sous réserve du cas de la victime LAVI⁵⁶).

Il en découle que la conception défendue par la jurisprudence précitée du Tribunal fédéral impose de façon erronée

⁴⁸ TF 6B_1078/2014 (note 15), consid. 4.2.3.

⁴⁹ ATF 121 I 113, 116.

⁵⁰ TF I 1059/06 du 20 décembre 2007, consid. 3.2; le Tribunal fédéral applique du reste lui-même la règle: cf. par exemple TF 6B_353/2016 du 30 mars 2017, consid. 7.

⁵¹ TF 6B_234/2013 du 8 juillet 2013, consid. 5.2; TF 6B_505/2014 du 17 février 2015, consid. 4.

⁵² TF 6B_505/2014 du 17 février 2015, consid. 4.2.

⁵³ Cf. ch. III.1 ci-dessus.

⁵⁴ ATF 133 II 361, 365: «les victimes LAVI devraient obtenir dans le cadre de la procédure pénale la condamnation de l'auteur au paiement de l'intégralité des honoraires d'avocat, sous réserve de leur proportionnalité».

⁵⁵ A Genève par exemple, les frais de l'assistance gratuite de la partie plaignante ne sont pas mis à la charge du prévenu.

⁵⁶ ATF 141 IV 262, 269. Cette différence de traitement est justifiée par une norme spéciale de procédure, à savoir l'art. 30 al. 3 LAVI; elle vaut pour la première instance en tout cas (TF 6B_370/2016 du 16 mars 2017, consid. 2.3.5).



à l'avocat d'office de la partie plaignante une réduction de sa rémunération, ce qui va même à l'encontre des objectifs de réduction de la charge budgétaire souvent poursuivis dans ce domaine par les autorités⁵⁷.

3. Résistances institutionnelles

Finalement, un exposé même succinct des résistances à l'évolution du statut de l'avocat d'office ne saurait être complet sans que l'on évoque les tensions institutionnelles⁵⁸ qui la sous-tendent intrinsèquement. Dans un contexte voyant la maîtrise des budgets par les pouvoirs exécutif et législatif présenter une importance essentielle – alors que la mise en œuvre de la garantie de l'accès au juge (art. 29a Cst.) implique logiquement une augmentation conséquente des coûts de la défense d'office –, il n'est pas impossible que l'avocat d'office puisse se retrouver otage d'une lutte institutionnelle entre le pouvoir politique, d'une part, et le pouvoir judiciaire, d'autre part⁵⁹. Ce risque est d'autant plus aigu lorsque les frais liés à la défense d'office et le financement du pouvoir judiciaire émarginent au même budget, au point qu'un éventuel dépassement dans le premier domaine pourrait avoir des conséquences concrètes sur le régime du second, entraînant par exemple la suppression de prestations auxquelles le personnel judiciaire, dont les magistrats, aurait normalement eu droit (remboursement des frais de formation, par exemple). Face à de tels risques, l'affirmation de l'indépendance du pouvoir judiciaire⁶⁰ et un dialogue pragmatique entre les différents acteurs de la justice devraient en principe permettre dans la plupart des cas de traiter ces situations en bonne entente. En dernier lieu, les voies de recours ouvertes peuvent malheureusement devoir être utilisées.

IV. Conclusion

La jurisprudence a pu déconstruire la figure juridique qu'est la défense d'office en deux concepts distincts: un mandat privé conclu entre le bénéficiaire de l'assistance et l'avocat d'office, s'établissant en parallèle de la relation de droit public liant celui-ci à l'Etat⁶¹. En marge de l'évolution que connaît l'institution dans la jurisprudence, comme des nou-

velles réalités – notamment économiques – dans lesquelles la profession d'avocat doit de plus en plus évoluer, ce phénomène allant s'accéléralant⁶², la défense d'office se situe plus que jamais à la croisée des chemins: est-il encore admissible, aujourd'hui, de permettre à l'Etat de librement différencier le traitement de l'avocat d'office de l'avocat de choix, ce qui implique concrètement de reporter sur les membres d'une profession libérale une partie du financement d'une obligation pourtant exclusivement dirigée contre l'Etat? Alors que la doctrine a de longue date fait part de ses sérieux doutes⁶³, il appartient désormais à la jurisprudence d'évoluer.

Mots-clés: art. 135 CPP, art. 429 al. 1 let. a CPP, art. 433 CPP, art. 27 Cst., art. 29 al. 3 Cst., art. 27 Cst., défense d'office, défense de choix, liberté économique, responsabilité civile de l'avocat d'office, indemnisation, prévenu, partie plaignante

Stichwörter: Art. 135 StPO, Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO, Art. 433 StPO, Art. 27 BV, Art. 29 Abs. 3 BV, amtliche Verteidigung, Wahlverteidigung, Wirtschaftsfreiheit, Haftpflicht des amtlichen Verteidigers, Entschädigung, beschuldigte Person, Privatklägerschaft

■ **Résumé:** L'institution de défense d'office n'a cessé d'évoluer depuis sa reconnaissance fondamentale au milieu du XX^{ème} siècle en droit pénal. Avec le temps et l'évolution des réalités économiques, sociales et juridiques, elle se rapproche toujours plus du statut ordinaire réservé à l'avocat de choix. Le Tribunal fédéral a en dernier lieu jugé que l'avocat d'office était responsable civilement de la bonne conduite du mandat assumé en tant qu'avocat d'office. Ses considérants apportent des éclaircissements intéressants non seulement pour la conduite du mandat d'office – l'avocat devant disposer des moyens nécessaires dans sa mission pour ne pas engager sa responsabilité –, mais aussi pour la problématique de l'indemnisation de l'activité de l'avocat d'office en matière pénale. Aujourd'hui, il n'est plus possible, selon l'auteur, d'écarter l'application directe de la liberté économique à la défense d'office, dès lors que le mandat privé liant l'avocat d'office à son client indigent a définitivement pris le dessus sur la relation de droit public liant celui-ci à l'Etat. Au chapitre des résistances à cette évolution, la jurisprudence du Tribunal fédéral au sujet de l'application des art. 429 al. 1 let. a et 433 CPP à la partie au bénéfice d'une défense d'office ne tient pas compte de cette réalité, et devrait être revue. Les résistances institutionnelles

⁵⁷ Cf. ch. III.3 ci-dessous; voir aussi SPIRA, op. cit. (note 9), 346.

⁵⁸ FONJALLAZ, Garantie pour le justiciable d'un tribunal indépendant et impartial et contrôle de l'activité des tribunaux par la haute surveillance exercée par le pouvoir législatif, une coexistence difficile, in PJA 2011 49, 51; POLTIER, L'organisation et le fonctionnement interne de l'ordre judiciaire et des tribunaux, in: PJA 2011 1018, 1020 notamment.

⁵⁹ Cf. par exemple <http://www.24heures.ch/vaud-regions/La-hausse-des-couts-de-l-aide-judiciaire-fait-peur/story/18532423>, consulté le 12 mai 2017.

⁶⁰ POLTIER, op. cit. (note 58), 1024.

⁶¹ TF 5A_175/2008 du 8 juillet 2008, consid. 5.2.

⁶² WITZIG, L'ubérisation du monde du travail, Réponses juridiques à une évolution économique, in: RDS 135(2016) I 457.

⁶³ MARTENET/BOHNET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, ch. 1757 p. 723; HANGARTNER, PJA 2006 1303, 1306.

ne sauraient à cet égard être sous-estimées; il apparaît toutefois possible de les contourner par une affirmation de l'indépendance du pouvoir judiciaire et un dialogue pragmatique entre les différents acteurs du monde judiciaire.

Zusammenfassung: Seit seiner grundsätzlichen Anerkennung im Strafrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts hat sich das Rechtsgebilde der amtlichen Verteidigung stets weiterentwickelt. Mit der Zeit und der Entwicklung der wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und rechtlichen Gegebenheiten nähert sich die amtliche Verteidigung immer mehr dem dem Wahlverteidiger vorbehaltenen ordentlichen Status an. Das Bundesgericht hat kürzlich entschieden, der amtliche Verteidiger sei für die gute Ausführung des ihm in dieser Eigenschaft übertragenen Auftrages zivilrechtlich haftpflichtig. Die höchstrichterlichen Erwägungen enthalten interessante Klarstellungen nicht nur bezüglich der Ausführung des amtlichen Mandats – um einer Haftung zu entgehen, muss der Rechtsanwalt über die zur Wahrnehmung seiner Aufgabe

notwendigen Mittel verfügen –, sondern auch zur Problematik der Entschädigung des amtlichen Verteidigers für die von ihm in Strafsachen erbrachten Leistungen. Weil das privatrechtliche Auftragsverhältnis zwischen dem amtlichen Verteidiger und seinem mittellosen Klienten endgültig die öffentlich-rechtliche Beziehung des amtlichen Verteidigers zum Staat überlagert hat, vertritt der Verfasser die Ansicht, es sei heute nicht mehr möglich, die direkte Anwendung der Wirtschaftsfreiheit auf die amtliche Verteidigung auszuschliessen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, gemäss welcher die von einem amtlichen Rechtsbeistand vertretene Partei sich auf die Art. 429 Abs. 1 lit. a und 433 StPO nicht berufen kann, verschliesst sich dieser Entwicklung und sollte abgeändert werden. Die institutionellen Widerstände dürfen in dieser Hinsicht nicht unterschätzt werden; durch die Bekräftigung der Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt und einen pragmatischen Dialog zwischen den verschiedenen Akteuren des Gerichtswesens erscheint es aber möglich, diese Widerstände zu umgehen.