

FRANZ MATSCHER

Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

I. Introduction

II. La notion du contradictoire dans la théorie générale du procès

III. Les exigences du contradictoire d'après la jurisprudence de la CEDH

1. Observations préliminaires
2. Le contradictoire limité dans la phase de préparation d'un procès pénal
3. Le contradictoire dans la phase de jugement
4. Le contradictoire en procédure civile

IV. Conclusions

I. INTRODUCTION

C'est à la fois un honneur et un plaisir pour moi de prendre la parole à l'occasion de ce colloque qui commémore la personnalité de mon ami João Deus Pinheiro Farinha (né le 8 mars 1919), éminent juriste et juge apprécié de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Après une carrière juridique et politique remarquable dans son pays il avait été élu juge le 25 avril 1977 et a travaillé à la Cour pendant quinze ans jusqu'au mois de juin 1991 où, au regret de ses collègues, il avait démissionné pour des raisons de santé; il est décédé le 26 septembre 1994.

Sa première affaire avait été König/A, arrêt du 28.6.1978 A/27 et la dernière Campbell/GB arrêt du 25.2.92 A/233. En tant que juge titulaire, il avait participé à l'élaboration de 90 arrêts — sans parler du nombre d'affaires, ou il avait siégé comme juge suppléant. Sa contribution à ces arrêts a été remarquable. Il avait toujours été bien préparé, il connaissait le dossier, la jurisprudence de la Cour et la doctrine. En font preuve ses interventions, toujours engagées et parfois même émotionnelles, pendant les délibérations et aussi les fréquents entretiens privés que j'ai eus avec lui; pour le lecteur des arrêts, ses contributions émergent des 36 opinions séparées — qu'elles soient dissidentes ou concordantes — et qui sont citées fréquemment en doctrine.

Je ne peux rien dire au sujet de ses nombreuses oeuvres doctrinales relatives tout particulièrement à la procédure civile et au droit pénal publiées en portugais; néanmoins, je voudrais mentionner sa remarquable contribution aux mélanges Wiarda (1988), p. 521, sur "L'art. 15 de la Convention".

Je traiterai dans mon rapport le principe du contradictoire, aspect central des garanties procédurales, qui ont toujours retenu l'attention particulière du juge Pinheiro Farinha.

Dans un premier chapitre, je voudrais exposer en bref la notion du contradictoire à la lumière de la théorie générale du procès, pour passer, dans les chapitres suivants, à l'application de ce principe dans la jurisprudence de la Cour.

II. LA NOTION DU CONTRADICTOIRE DANS LA THEORIE GENERALE DU PROCÈS

Le principe du contradictoire, l'*audiatur et altera pars*, le droit à être entendu, est inhérent à toute fonction juridictionnelle.

En effet, un organe de décision ne possède la caractéristique de “tribunal” que, lorsqu'avant de décider, le juge ne donne aux parties la possibilité de présenter chacune son point de vue.

Bien sur, le juge n'est pas tenu à suivre les arguments de fait et de droit avancés par les comparants, mais ceux-ci doivent avoir la chance de faire connaître au juge leurs arguments.

Ce que je viens d'expliquer vaut tant pour le civil que pour le pénal.

Il vaut en substance également pour les procédures qui sont unilatérales, dans le sens qu'il n'y a qu'une partie demandresse ou défendresse et pas nécessairement un vrai adversaire, comme par exemple en matière de juridiction gracieuse (je me réfère aux affaires de tutelle d'interdiction etc.). Là, on ne peut parler de contradictoire dans le sens propre du mot, mais bien du droit à être entendu.

Il y a plusieurs possibilités techniques pour satisfaire aux exigences du contradictoire:

1. La situation classique est celle de deux parties — le demandeur et le défendeur au civil, l'accusation et le prévenu au pénal. Là, chacune des deux parties présente sa demande ou son point de vue et l'autre présente le sien.

Dans une procédure évoluée, en particulier au pénal, l'accusé doit aussi pouvoir prendre position au sujet du point de vue de l'accusation; et, en tout cas, il doit avoir le “dernier mot” (Borgers/B 1/214-B, § 27).

2. Le contradictoire peut être assuré par une procédure écrite ou par une procédure orale.

En particulier pour le pénal, la procédure orale me paraît bien être essentielle parce que le contradictoire est moins bien assuré par une procédure purement écrite; au moins à un degré — ce sera en principe

le premier — la procédure doit être orale, ce qui exige aussi l'art. 6, al. 1, de la Convention. En disant cela, je songe à une oralité réelle, et ne pas à une farce de celle-ci, comme nous la rencontrons souvent devant les juridictions civiles des différents pays.

3. Le contradictoire n'exige pas nécessairement la réplique et la triplique ou, si la procédure est écrite, un double ou même un triple échange de mémoires.

En particulier en appel et devant les cours suprêmes on se contente souvent de la présentation d'un seul mémoire de chaque partie.

4. Pour des motifs d'économie procédurale, en particulier pour les affaires simples, ou pour celles qui commencent une décision rapide, il existe des procédures sommaires qui, dans leur première phase, sont unilatérales: injonction de paiement, mesures provisoires ou conservatoires, contraventions administratives etc. Là, le juge décide sur la base des allégations de la seule partie demanderesse ou autorité de poursuite, dans la mesure qu'elles possèdent au moins un *fumus boni iuris* et qu'elles sont concluantes; pourtant, la décision du juge n'est que provisoire et la partie peut faire opposition; celle-ci annéantit la décision provisoire du juge et la procédure devient contradictoire par la suite.

5. Ni le principe du contradictoire, ni celui du procès équitable exigent que le juge donne connaissance aux parties des arguments de fait et de droit qu'il retiendra dans sa décision, dans la mesure qu'ils ont été plaidés, et qu'il donne aux parties l'occasion de les commenter. Mais, au sujet des arguments, qui n'ont pas été plaidés, il est essentiel qu'il le fasse et qu'il ne surprenne pas les parties par une décision qui est basée sur des arguments de fait ou de droit auxquels les parties n'ont pas pensé (voir Salvador Torres/E, 24.10.96, § 30ss, Rec 1996, p. 1577; Gea Catalán/E 10.2.95 A/309, §§ 28, 29).

6. En cas de procédure par contumace le contradictoire fait défaut. Mais, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, l'institution de la procédure par contumace est une sanction nécessaire contre une partie qui, de son gré, ne se présente pas devant le juge ou qui, au pénal, s'y soustrait.

A la condition qu'au civil la partie qui était absente, parcequ'elle n'a pas été atteinte par la notification, ou qui, pour des raisons de force majeure, était dans l'impossibilité de se présenter, ait la chance de combattre la décision par contumace (*restitutio in integrum* etc.), il n'y a rien à objecter contre l'institution de la procédure par contumace.

La question est plus délicate pour le pénal; j'y reviendrai dans le chapitre suivant (IIV3/g).

7. Le droit d'appel contre la décision du juge n'est pas un essentiel mais bien un desideratum du procès équitable. C'est pour cela que le double degré a été introduit par l'art. 2 du protocole no. 7 pour les affaires pénales d'une certaine gravité. Mais, je tiens à le souligner, le principe du contradictoire comme tel n'exige pas l'existence d'un moyen de recours contre la décision du juge; en effet, le contradictoire concerne les relations entre les parties, mais pas celles entre ces dernières et le tribunal.

A la rigueur, on pourrait voir dans le droit d'appel plutôt un problème du procès équitable.

8. On peut dire autant de la nécessité de motiver la décision. En tout cas, la motivation ne doit pas être d'une largeur épique, mais elle doit permettre au destinataire de la décision et au public en général de suivre le raisonnement qui a conduit le juge à une telle ou telle décision. D'ailleurs, seulement une décision assortie d'une motivation suffisante rend efficace le droit d'appel.

Il s'agit là d'un problème qui a été traité en profondeur par le juge Lopes Rocha.

9. Le contradictoire doit être appliqué en égalité d'armes; c'est l'idée générale du procès équitable qui le commande. Ce que cela comporte vient d'être traité dans le rapport du juge Russo.
10. Dans une certaine mesure, le contradictoire est à voir également à la lumière du principe de la présomption d'innocence consacré à l'art. 6, al. 2. Mais, là aussi, il me paraît plus approprié de parler d'un aspect spécifique du principe du procès équitable, que d'un vrai problème du contradictoire.

III. LES EXIGENCES DU CONTRADICTOIRE D'APRES LA JURISPRUDENCE DE LA CEDH

1. Observations préliminaires

La Convention européenne de 1950 ne mentionne pas expressément le principe du contradictoire, mais il est inclut dans la notion plus large du procès équitable au sens de l'art. 6, al. 1, et plus spécifiquement y fait référence l'al. 3, lit. c, qui parle du "droit ... à interroger les témoins à charge et obtenir la

convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge".

Comme nous le savons, la Convention européenne n'est qu'une concrétisation des principes de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme des Nations Unies de 1948 (je me réfère à ses art. 10 et 11). Le même discours vaut, à l'échelle mondiale, pour le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (art. 14) et, également sur le plan régional, pour la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969 (art. 8) ainsi que pour la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de 1981 (art. 7). Mais revenons, et limitons-nous à la Convention européenne.

Il est bien vrai que les garanties procédurales spécifiques énumérées au troisième alinéa de l'art. 6 se réfèrent au pénal mais, dans la jurisprudence de la Cour, il est incontesté que, d'un côté ces garanties ne sont que des précisions du principe du procès équitable au sens du premier alinéa (voir par ex. Artico/13.5.80/A-37, § 32; Bönisch/A 6.5.85 A/92 § 29) et que, d'autre part, elles valent, *mutatis mutandis*, également pour le civil (Airey/IRL 9.10.79 A/32, § 26; Le Compte II/B 10.2.83 A/58, § 39; Dombo Beheer B.V./NL 27.10.93 A/274, § 32).

Or, comment la Cour interprète et applique-t-elle le principe du contradictoire? Je voudrais en donner quelques exemples tirés de la jurisprudence de la Cour; bien sur, la jurisprudence de la Commission est, à cet égard, beaucoup plus riche et seulement un petit nombre des affaires traitées par celle-ci a été, par la suite, déféré à la Cour. Il ne s'agit donc que de quelques exemples, une exposition systématique de problèmes qui ont trait au principe du contradictoire me paraissant être difficile à établir. Néanmoins, je tâcherai d'exposer ces exemples suivant un certain ordre.

A titre de prémisse, je dois mentionner que, pour les organes de la Convention, le principe du contradictoire, tel que le conçoit l'art. 6, n'entre en ligne de compte que pour les affaires civiles et pénales auxquelles cet article s'applique. Or, en dépit du fait que le texte de la Convention n'envisage que les affaires civiles et pénales classiques qui, dans les ordres juridiques internes, sont de la compétence des tribunaux ordinaires, il est connu que la jurisprudence de Strasbourg a étendu — outre mesure, d'après moi — la portée des notions de "civil" et de "pénal" pour y englober une grande partie de ce qui, d'après les législations nationales, est considéré comme administratif ou disciplinaire. Pourtant, il n'est pas question ici de se pencher sur l'étendu des notions de civil et de pénal au sens de cette jurisprudence. Pour les développements qui suivent, sera considéré comme "civil" ou "pénal" ce qu'il est selon cette jurisprudence.

J'ai déjà constaté que les garanties procédurales de l'art. 6 — y compris le principe du contradictoire — valent tant pour le pénal que pour le civil. Pourtant, en ce qui concerne le dernier, la Cour a affirmé à maintes reprises que ces garanties ne s'appliquent pas de la même manière, qu'elles y ont donc ce qu'on pourrait appeler un "effet atténué" et que, pour la réglementation du contentieux civil, les Etats jouissent d'une latitude plus grande que pour les poursuites pénales (voir par ex. *Dombo Beheer B.V./NL*, cit., § 32; *Levages Prestations Services/F 23.10.96*, § 46, Rec. 1996, p. 1530).

2. Le contradictoire limité dans la phase de préparation d'un procès pénal

Pour ce qui est de l'application du principe du contradictoire en matière pénale, il échet de distinguer entre la phase policière et de l'instruction préparatoire d'un côté, et la phase de jugement d'autre côté.

En ce qui concerne la première phase, celle de l'instruction, on ne peut pas parler d'un contradictoire proprement dit, mais plutôt d'une anticipation à celui-ci.

En effet, là il s'agit de la recherche des preuves pour voir s'il y a des raisons suffisantes pour procéder à une inculpation et, dans cette phase, la procédure est essentiellement secrète.

Bien sur, le juge d'instruction et même l'enquêteur de police peuvent confronter le prévenu avec les indices à sa charge; mais c'est moins pour faire régner le contradictoire que pour recueillir et évaluer les preuves qu'on est en train d'établir.

Toutefois, l'art. 6, al. 3, lit. a, énonce le droit de tout accusé d'être informé dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui, cette disposition devant être vue en relation avec celle de la lettre et qui garantit le droit de toute personne accusée de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense.

Pourtant, il n'est pas clair, dans quelle mesure l'art. 6, al. 3, lit. a, s'applique à la phase de l'instruction. De la jurisprudence des organes de la Convention on peut néanmoins déduire que, même dans cette phase, — bien que l'art. 6, al. 3, ne parle que de l'«accusé» — le prévenu ne doit pas être laissé dans l'obscurité des charges que l'on entend porter contre lui, au moins à partir du moment, ou l'enquêteur ou le juge d'instruction prend contact avec lui ou que l'affaire exteriorise d'une autre manière. D'ailleurs, c'est aussi à partir de ce moment que court le délai raisonnable au sens de l'art. 6, al. 1.

On pourrait à en dire plus: c'est lors de la phase de l'instruction qu'on jette la base de l'accusation et il est plus difficile de démolir celle-ci durant l'audience, si le prévenu n'a pas eu l'occasion de faire valoir ses arguments déjà au stade de l'instruction (Barberà, Messegué et Jabardo/E 6.12.88 A/146, § 81ss; Lamy/F 30.3.89 A/151, § 29, §§ 36, 37; Kamasinski/A 19.12.89 A/168 § 41, §§ 76-81; Imbrioscia/CH 24.11.93 A/275, § 36; voir en particulier l'opinion dissidente Pettiti, au sujet de cet arrêt, p. 16; voir en général Le Gall. A quel moment le contradictoire? Une application de la CEDH [dans: Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH, Actes du colloque à la Cour de cassation, Paris, 22 mars 1996], p. 55. C'est ce qu'on appelle en technique "le contrôle continu, en phase d'exécution d'un projet, qui est plus efficace qu'un contrôle *ex post*.

Ce n'est qu'après la clôture de l'instruction que le prévenu sera confronté avec l'acte d'accusation, qui contient les chefs d'inculpation, en mentionnant les preuves sur lesquelles cet acte se base, et le prévenu aura la possibilité d'y faire opposition. Ce n'est qu'à partir de ce moment que les garanties procédurales, énoncées à la lit. a de l'al. 3 de l'art. 6 s'appliquent pleinement, même si là non plus il s'agit du contradictoire à vrai dire (je dis en passant que, au sujet de l'organisation et la procédure d'enquête et d'instruction en vue de préparer l'inculpation, en particulier en fonction de la gravité du délit, les systèmes juridiques varient beaucoup de l'un à l'autre mais, quant à leur essence, ils se ressemblent [Soyer, Manuel de droit pénal et de procédure pénale, 11 éd, 1994, p. 233s].

La situation est différente en cas de détention provisoire. Là, suivant l'art. 5, al. 2, le détenu a droit à être informé dans le plus court délai et dans une langue qu'il comprend des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre lui et, d'après l'al. 3, il a droit d'être aussitôt traduit devant un magistrat — évidemment pour combattre les motifs qui ont conduit à son arrestation — et, suivant l'al. 4, il a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de la détention. Là, le contradictoire entre en jeu (voir par ex. Sanchez-Reisse/CH 21.10.86 A/107, § 51).

Pourtant — et je tiens à le souligner encore une fois — pendant toute la phase de l'instruction, qui culmine dans l'acte d'accusation (ou qui constitue la première étape de la phase de jugement), il ne s'agit pas d'un contradictoire proprement dit. En effet, celui-ci présuppose la présence d'un adversaire et le juge d'instruction n'est pas un tel. C'est seulement dans la mesure que le juge d'instruction agit à la requête du ministère public et l'instruction assume donc un caractère accusatoire, qu'on peut parler d'un vrai contradictoire. Pourtant,

même ou cela n'est pas le cas, et la procédure d'instruction est essentiellement inquisitoire, le prévenu a le droit à être informé des charges que l'on entend porter contre lui et à exposer ses arguments contre celles-ci, ce qui rapproche ses droits à ceux que commande le principe du contradictoire.

Par ailleurs, en grande partie le principe du contradictoire, qui a inspiré la Convention, a été développé avant tout dans le procès du common law, celui étant essentiellement accusatoire, et les réformes des codes de procédure pénale des pays continentaux, introduites dans les dernières décennies, vont également dans ce sens.

Mais, je le répète, ce n'est que dans la phase de jugement que le contradictoire se présente dans toute son ampleur.

3. Le contradictoire dans la phase de jugement

Comme je viens de le dire, c'est à cette phase que le contradictoire déploie tous ces effets; il domine avant tout l'administration des preuves qui doit en principe être orale et publique (je me réfère à ce qui va être exposé par le juge Cabral Barreto). En plus, je voudrais rappeler que — à l'instar de l'égalité des armes — le contradictoire n'est qu'un aspect d'un procès équitable.

Voilà quelques applications pratiques du principe du contradictoire dans la phase de jugement:

- a) L'acte d'accusation (ou l'acte en faisant fonction) dans lequel l'autorité de poursuite présente sa demande de condamnation, doit, d'après l'art. 6, al. 3, lit. a, être porté à la connaissance de l'inculpé "dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée; le cas échéant, cela implique la nécessité que l'acte en question soit accompagné d'une traduction au sens de l'art. 6, al. 3, lit. e (Brozicek/ I 19.12.89 A/167, § 41; Kamasinski/A cit., § 78ss).
D'autre part, le droit à faire opposition à l'acte d'accusation, tel que nous le trouvons dans nos codes de procédure pénale, n'est pas garanti par la Convention. Les exigences de celle-ci sont satisfaites si l'inculpé a une possibilité suffisante de combattre l'acte d'accusation au début de l'audience.
- b) Que ce soit dans la phase de l'instruction que dans celle de jugement, l'inculpé a droit à un accès suffisant au dossier (Kamasinski/A cit., §§ 87, 88; Foucher/F 18.3.97, Rec. 1997, p. 452).

- c) A l'audience, l'inculpé doit jouir d'une possibilité adéquate de présenter son point de vue, le cas échéant avec l'assistance d'un avocat (art. 6, al. 3, lit. c) et d'un interprète (art. 6, al. 3, lit. e).
- d) L'inculpé a le droit d'interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge, dans les mêmes conditions que les témoins à charge (art. 6, al. 3, lit. d). Soulignons que le mot "témoin" ne se limite pas à la notion technique de ce terme; en effet, il vaut pour tous les moyens de preuve, y compris les experts, les dépositions de la partie privée qui a porté plainte ou une descente sur les lieux (Bönisch A cit., § 29).

Pourtant, le droit garanti par l'art. 6, al. 3, lit. d, n'est pas absolu. Le juge ne doit assumer que les preuves qui lui paraissent pertinentes (Bricmont/B 7.7.89 A/58, §§ 89, 91; Delta/F 19.12.90 A/191, § 33ss; Brandstetter/A 28.1.91 A/211 § 49, §§ 62, 63; Vidal/B 22.4.92 A/235-B, § 33) et il peut passer outre à celles qui ne sont pas accessibles (témoins introuvables en dépit de plusieurs tentatives de les repérer, dans la mesure qu'il existe d'autres éléments aptes à constater les faits (Isgrò/I 19.2.91 A/194-A, § 34ss; Artner/A 28.8.92 A/242-A, §§ 21, 22).

Le tout se situe sur la ligne de démarcation, souvent difficile à tracer, entre l'administration ainsi que l'évaluation des preuves, et du procès équitable. Bien sur, la Cour affirme constamment que les premières appartiennent en principe au juge national et que les organes de la Convention n'ont qu'à contrôler le respect du dernier, que dès lors, il incombe en principe au juge national de décider de la nécessité ou opportunité de citer un témoin, et que ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que la Cour pourrait conclure à l'incompatibilité de l'art. 6 de la non-audition d'une personne comme témoin (Bricmont/B cit., § 89).

Mais quand est-ce que nous sommes en présence de telles circonstances exceptionnelles? J'admets que parfois la Cour franchit la ligne de démarcation qui sépare les tâches du juge national du rôle qui revient aux organes de la Convention (voir par ex. Barberà Messegué et Jabardo cit. § 73/89; voir l'opinion dissidente commune des juges Bindschedler-Robert, Thor Vilhjalmsson, Gölcüklü, Matscher, Russo, Valticos, Torres Borsault, p. 41).

- e) Des problèmes particuliers touchant au contradictoire peuvent surgir lorsque certaines preuves qui ont été assumées au cours de l'instruction — en général, il s'agira de dépositions de témoins — ne sont — par diverses raisons — pas reproduites, pour ainsi dire "en original", à

l'audience, de sorte que l'inculpé n'a pas de possibilité ou n'a qu'une possibilité restreinte de les contrecarrer à l'audience.

Il y a de différentes hypothèses à distinguer:

— Des témoins ont déposé devant la police ou devant le juge d'instruction mais ils se sont légitimement récusés à l'audience; néanmoins, le juge de jugement donne lecture du procès verbal de leurs dépositions et les utilise dans son jugement; (Unterpertinger/A 24.11.86 A/110; Asch/A 26.4.91 A/203);

— Pour des raisons de sûreté, certains témoins, que ce soient des particuliers ou des agents de police, qui ont déposé devant le juge d'instruction veulent garder l'anonymat (Kostovski/NL 21.11.89 A/166; Windisch/A 27.9.90 A/186; Doorson/NL 26.3.96, Rec. 1996, p. 446; Van Mechelen et aut./NL 23.4.97 Rec. 1997, p. 691) ou il serait recommandable de le garder, par ex. en ce qui concerne les agents couverts qui, une fois leur identité dévoilée, ne pourraient plus être employés comme tels. (Lüdi/CH 15.6.92 A/238).

En ce qui concerne cette deuxième hypothèse, j'ai l'impression que les organes de la Convention, en y constatant une violation de l'art. 6, al. 3, lit. d, méconnaissent parfois les nécessités de recourir à des moyens extraordinaires, en particulier dans la poursuite de la criminalité organisée (voir les opinions dissidentes au sujet des arrêts cités auparavant). Bien sûr, dans la mesure que faire se peut, le principe du contradictoire doit être sauvegardé, et lorsque un constat de culpabilité peut s'appuyer aussi sur d'autres moyens de preuve, on devrait se contenter d'un contradictoire, à certains égards limité (auditions des témoins par le juge d'instruction, en la présence de la défense, ces témoins restant pourtant invisibles à la dernière).

— En appel ou, en général, dans la procédure devant une juridiction supérieure, le principe du contradictoire ne commande pas la présence de l'accusé en personne lorsque la juridiction de recours ne peut revoir les jugements du premier degré que sur des questions de droit matériel et de procédure; ici, la présence d'un avocat est suffisante (Kremzow/A 21.9.93 A/268-B, § 60ss), et, lorsque l'accusé n'a pas les moyens d'en rémunérer un, ou lorsque les intérêts de la justice l'exigent, le principe du contradictoire commandant d'accorder au requérant l'assistance d'un avocat d'office pour les débats devant le tribunal (Pakelli/D 25.4.83 A/64).

La situation est différente lorsque la juridiction supérieure traite (ou peut traiter) aussi des points de fait relatifs à la culpabilité de l'accusé et des questions relatives à la peine; ici, la présence de l'accusé (ou la possibilité d'être présent en personne à l'audience publique) est de rigueur (voir par ex. Ekbatani/S 26.5.88 A/134, § 31; Kremzow cit., § 65ss; Botten/N 19.2.96, § 48ss, Rec. 1996, p. 123) et, lorsque l'accusé est détenu, c'est aux autorités de l'Etat d'organiser sa comparution. D'autre part, dans les affaires Andersson/S et Feide/S 29.10.91 A/212-B-C resp. § 28ss, § 33ss, la Cour avait opéré une distinction quelque peu artificielle entre ces affaires et l'affaire Ekbatani, en arrivant ainsi à un constat de non-violation de l'art. 6, al. 1.

- f) Peut enfreindre soit le principe de l'égalité des armes, soit celui du contradictoire, le fait que le ministère public auprès d'une cour d'appel ou de la cour suprême remet à l'avance et par écrit ses observations (*croquis*) au sujet du recours de l'accusé, sans que ces observations soient communiquées au dernier (Brandstetter/A cit., § 67ss; Bulut/A 2.2.96, § 44ss; Rec. 1996, p. 346).
- g) Procédure par contumace
La présence de l'inculpé à l'audience est un élément fondamental du procès équitable.

Le contradictoire exige que le prévenu soit informé de la date fixée pour l'audience. S'il ne s'y rend pas de son gré, c'est-à-dire qu'il y a renoncé, c'est son affaire et une condamnation par contumace ne peut pas être mise à la charge de l'Etat. D'autre part, c'est la jurisprudence constante de la Cour qu'une renonciation à un droit garanti par la Convention doit être établie de manière non équivoque. D'autre part, lorsque l'absence du prévenu a été involontaire, soit qu'il n'a pas été atteint par la notification, soit qu'il était empêché par des raisons de force majeure, il doit disposer de la possibilité de provoquer une réfonte du procès que soit par la voix d'une *restitutio in integrum* ou par celle d'une demande en révision (Colozza/I 12.2.85 A/89, § 27ss; F.C.B./I 28.8.91 A/208-B, § 33ss), tandis que la seule présence du défenseur — de confiance ou commis d'office — ne suffit pas.

Bien sur, on peut penser que dans nombre d'affaires de cette sorte, l'inculpé habile s'était soustrait délibérément à la justice, que son absence était donc volontaire, sans que les organes de la Convention soient arrivés à constater cette circonstance et, en cas de doute, ils ont donné plus de poids au principe du contradictoire et ont constaté une violation.

4. Le contradictoire en procédure civile

A la différence des affaires criminelles, en matière civile, ce sont des intérêts privés qui sont en cause et où la conduite du procès dépend dans une large mesure des parties elles-mêmes, les garanties de l'art. 6 jouent un rôle atténué, et l'Etat jouit d'une plus grande marge dans l'organisation et la conduite des procédures en question. Néanmoins, les garanties fondamentales de l'art. 6, al. 1., en particulier en ce qui concerne le principe du procès équitable, restent pleinement applicables (Zakine, L'exigence du contradictoire [dans: Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH, Actes du colloque à la Cour de cassation, Paris, 22 mars 1996], p. 69).

Pour ce qui est du principe du contradictoire, chacune des deux parties doit avoir l'occasion de participer à l'audience, même si ce sont en premier lieu les déclarations et les dépositions des avocats qui comptent. Néanmoins, il peut y avoir aussi dans le civil des situations où la présence personnelle d'une partie est importante, comme par ex. dans les affaires du droit de la famille et de la personne. Cela peut rendre nécessaire un traitement libéral d'une demande de *restitutio in integrum*, lorsque la partie était dans l'impossibilité de participer à l'audience, ou l'octroi d'un permis d'entrée, lorsque cette partie réside à l'étranger.

Pourtant, en ce qui concerne les affaires civiles qui ont été portées devant les organes de la Convention, des différents aspects d'un procès équitable, c'étaient moins des problèmes du contradictoire que d'égalité des armes qui ont été en cause. Cependant, il y a eu récemment une affaire civile, où la Cour a constaté un manquement aux exigences du contradictoire dans le fait qu'une partie n'a pas été présente à une expertise. En effet, la Cour a considéré comme insuffisante la possibilité pour cette partie de combattre à l'audience le rapport écrit de l'expert (Mantovanelli/F 18.3.96, Rec. 1997, p. 424).

D'ailleurs, une situation analogue à celle qui avait été décrite auparavant (III/3/f) à l'égard du pénal peut se présenter également au civil, lorsque le juge du fond, en remettant son dossier à la juridiction supérieure, y ajoute ses commentaires au sujet du recours présenté par une partie, sans que cette dernière puisse prendre connaissance de celles-ci (Nideröst-Huber/CH 18.2.97, Rec. 1997, p. 101).

Dans ce contexte, je voudrais mentionner également les affaires Lobo-Machado/P et Vermeulen/B, 20.2.96, Rec. 1996, resp. p. 195 et p. 124, où le grief avait consisté dans le fait de l'impossibilité de la partie privée de répondre aux conclusions écrites de l'avocat général de la présence du dernier à la délibération à huis clos devant la Cour de cassation. Pourtant, il me paraît

discutable de voir dans le représentant du ministère public qui, suivant certains systèmes juridiques peut (ou doit même) intervenir également dans les affaires civiles devant les juridictions supérieures, un adversaire de l'une des deux parties privées, sa fonction étant plutôt celle d'un *amicus curiae*, voisine à celle de l'avocat général devant la Cour de justice des Communautés ou du délégué de la Commission devant la Cour des droits de l'homme.

IV. CONCLUSIONS

Je résume: le contradictoire est un aspect essentiel de la notion plus large du procès équitable; en partie, ces exigences se confondent avec celles de l'égalité des armes, c'est-à-dire que le contradictoire doit avoir lieu en parité avec l'adversaire, que ce soit au pénal ou au civil.

Dans ce qui précède, j'ai essayé de donner quelques exemples pour expliquer comment le principe du contradictoire est traité dans la jurisprudence de la Cour, une jurisprudence à laquelle Pinheiro Farinha a contribué d'une manière substantielle pendant ses quinze années de juge à la Cour de Strasbourg.

FRANZ MATSCHER — *Nasceu em 1928, em Merano, Tirol do Sul (Itália). Doutor em Direito pelas Universidades de Graz (Áustria) e Paris. De 1953 a 1970, serviço diplomático austríaco. De 1970 a 1996, professor de processo civil, de direito comparado e direito internacional, na Universidade de Salzburgo, decano da Faculdade de Direito e Reitor da Universidade. Desde 1977, Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Director do Instituto Austríaco dos Direitos do Homem, Salzburgo. Membro da Academia das Ciências da Áustria, do Instituto do Direito Internacional e do Tribunal Permanente de Arbitragem de Haia. Árbitro junto da Câmara Federal do Comércio de Viena e junto da Câmara de Comércio Internacional de Paris. Autor de várias obras em matéria de processo civil, direito comparado, direito internacional público e privado, direitos do homem e direito das minorias.*