

V&R

Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen
Neue Folge

Band 13

Herausgegeben von

Udo Di Fabio, Urs Kindhäuser und Wulf-Henning Roth

Jocelyne Leblois-Happe /
Carl-Friedrich Stuckenberg (Hg.)

**Was wird aus der Hauptverhandlung?
*Quel avenir pour l'audience de
jugement?***

4. Deutsch-französische Strafrechtstagung /
4èmes Rencontres du droit pénal franco-allemandes

V&R unipress

Bonn University Press



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8471-0311-0

ISBN 978-3-8470-0311-3 (E-Book)

**Veröffentlichungen der Bonn University Press
erscheinen im Verlag V&R unipress GmbH.**

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung der Fritz Thyssen-Stiftung für Wissenschaftsförderung.

© 2014, V&R unipress in Göttingen / www.vr-unipress.de

Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Printed in Germany.

Druck und Bindung: ⊕ Hubert & Co, Göttingen

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhalt

Vorwort / <i>Avant-propos</i>	7
Abkürzungsverzeichnis / <i>Liste des abbréviations</i>	9
I. Das Kollegialprinzip / <i>Le principe de collégialité</i>	
Mathias Schmoeckel Kollegialgericht oder Einzelrichter? Kurze Einblicke in eine lange Entwicklung	17
Julien Walther Le principe de collégialité – un fondement discuté et bousculé du procès pénal en droit français et allemand	45
II. Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme / <i>L'immédiateté de l'administration de la preuve</i>	
Helmut Frister Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme	65
Jocelyne Leblois-Happe L'«immédiateté» de l'administration de la preuve	83
III. Beweisverbote und <i>nullité</i>	
Stefanie Bock Beweisverbote aus deutscher Sicht im Lichte der Rechtsprechung des EGMR	99
Juliette Lelieur La sanction de la preuve pénale irrégulière: comparaison structurelle des dispositifs français et allemand	117

IV. Die Bedeutung des Hauptverhandlungsprotokolls und seine Reform / *Le rôle du procès-verbal des débats*

Carl-Friedrich Stuckenberg

Die Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls – ein mißlungener Import aus Frankreich? 135

Egon Müller

Die Bedeutung des Hauptverhandlungsprotokolls und seine Reform . . . 145

Christine Moreau

Le rôle du procès-verbal des débats 151

V. Das Fernsehen in der Hauptverhandlung / *Diffusion audiovisuelle des débats*

Heike Jung

(Fernseh)Bilder der Justiz oder wieviel Öffentlichkeit verträgt die Hauptverhandlung? 167

Xavier Pin

La Diffusion audiovisuelle des débats devant les juridictions pénales françaises 179

VI. Verständigung / *Le «plaider coupable»*

Thomas Weigend

Neues zur Verständigung im deutschen Strafverfahren? 199

Akila Taleb

Le «plaider coupable» français: quel avenir pour l'audience de jugement? 221

VII. Die Rolle der Laienrichter / *La participation des citoyens*

Christian Jäger

Die Rolle der Laienrichter 251

Jérôme Ferrand

Citoyens-asseurs: chronique d'une mort annoncée 263

Jean Pradel

Rapport de synthèse / *Schlussbetrachtung* 279

Autoren / *Auteurs* 293

Vorwort / *Avant-propos*

Die in diesem Band versammelten Beiträge beruhen auf Vorträgen,¹ die auf der 4. Deutsch-französischen Strafrechtstagung am 22. und 23. März 2013 an der Universität Bonn gehalten wurden. Die Bonner Tagung setzt die Reihe von Treffen französischer und deutscher Strafrechtler aus Universität und Praxis fort,² die alle zwei Jahre stattfinden und der vertieften Kenntnis des jeweils anderen Rechts und seiner aktuellen Entwicklungen sowie dem Vergleich dieser beiden ebenso eng verwandten wie eigenständigen Rechte dienen.

Sowohl die Durchführung der Tagung als auch der Druck dieses Tagungsbandes wurden erst durch die Unterstützung der Fritz Thyssen Stiftung ermöglicht, der Veranstalter und Teilnehmer hierfür herzlich danken.

Le présent volume rassemble les contributions aux 4èmes Rencontres du droit pénal franco-allemandes qui se sont déroulées à Bonn les 22 et 23 mars 2013.³ Le colloque de Bonn s'inscrit dans la tradition désormais bien établie⁴ de ces Rencontres qui permettent, tous les deux ans, aux universitaires et praticiens du droit pénal des deux pays de confronter leurs analyses sur l'évolution de ces droits à la fois si différents et si proches.

La tenue de ces Rencontres et la publication de cet ouvrage ont été rendues possibles grâce au soutien financier de la fondation Fritz Thyssen auxquels les organisateurs et les participants adressent leurs très vifs remerciements.

Jocelyne Leblois-Happe

Carl-Friedrich Stuckenberg

1 Die französischen Zusammenfassungen aller deutschsprachigen Beiträge hat Jocelyne Leblois-Happe erstellt, die deutschen Zusammenfassungen der französischen Beiträge stammen von Heike Jung (Text von Xavier Pin) und Carl-Friedrich Stuckenberg (die übrigen Texte).

2 Die bisher daraus hervorgegangenen Publikationen sind auf der nächsten Seite aufgelistet.

3 Les résumés en français ont été rédigés par Jocelyne Leblois-Happe, les résumés en allemand par Heike Jung (texte de Xavier Pin) et Carl-Friedrich Stuckenberg (autres textes).

4 Chaque édition des Rencontres débouche la publication d'un ouvrage. La liste des ouvrages publiés figure page suivante.

Publikationen der vorherigen Tagungen / Publications des Rencontres précédentes

1. Deutsch-französische Strafrechtstagung (Metz, 2007):

1ères Rencontres du droit pénal franco-allemandes (Metz, 2007):

Tagungsband / Actes:

Jocelyne Leblois-Happe (Hrsg./dir.), *Vers un nouveau procès pénal? Neue Wege des Strafprozesses?*, Société de législation comparée, Colloques, Vol. 9, Paris 2008

2. Deutsch-französische Strafrechtstagung (Saarbrücken, 2009):

2èmes Rencontres du droit pénal franco-allemandes (Sarrebruck, 2009):

Tagungsband / Actes:

Heike Jung/Jocelyne Leblois-Happe/Claude Witz (Hrsg./dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Saarbrücker Studien zum Internationalen Recht, Band 44, Nomos, Baden-Baden 2010.

Tagungsbericht / Compte-rendu:

Carl-Friedrich Stuckenberg, GA 2009, 429 – 438

3. Deutsch-französische Strafrechtstagung (Strasbourg, 2011):

3èmes Rencontres du droit pénal franco-allemandes (Strasbourg, 2011):

Tagungsband / Actes:

Jocelyne Leblois-Happe (Hrsg./dir.), *Les investigations policières – Die polizeilichen Ermittlungen*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012.

Tagungsbericht / Compte-rendu:

Heike Jung, Stephanie Kopf und Carl-Friedrich Stuckenberg, GA 2011, 531 – 536

4. Deutsch-französische Strafrechtstagung (Bonn, 2013):

4èmes Rencontres du droit pénal franco-allemandes (Bonn, 2013):

Tagungsbericht / Compte-rendu:

Stephanie Hamdan, Heike Jung und Carl-Friedrich Stuckenberg, GA 2013, 711 – 717

Abkürzungsverzeichnis / *Liste des abbréviations*

a. A.	anderer Ansicht
a. F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AE	Alternativ-Entwurf
aff.	affaire
AG	Amtsgericht
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJPén, AJ Pénal	Actualité juridique pénale
al.	alinéa
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Arch. pol. crim.	Archive de politique criminelle
art., Art.	article, Artikel
art. préc.	article précité
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
bearb.	bearbeitet
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	BGH-Rechtsprechung Strafsachen; herausgegeben von Richtern des Bundesgerichtshofs
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache

Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre criminelle
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung)
BZR	Bundeszentralregister
BZRG	Bundeszentralregistergesetz
bzw.	beziehungsweise
c., c/	contre
C. com.	Code de commerce
C. constit.	Conseil constitutionnel
C. just. adm.	Code de justice administrative
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass.crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle
CC	Conseil constitutionnel
CCC	Constitutio Criminalis Carolina
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des Droits de l'homme
Cf.	confère
chron.	chronique
CIC	Code d'instruction criminelle
circ.	circulaire
COJ	Code de l'organisation judiciaire
comm.	commentaire
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Conv. EDH	Convention européenne des Droits de l'homme
COPJ	convocation par Officier de Police Judiciaire
Cour EDH	Cour européenne des Droits de l'homme
CP, C.p., C.pén.	Code pénal
CPC	Code de procédure civile
CPP, C.p.p., C.proc.pén.	Code de procédure pénale
CRPC	comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité
D.	Digesten
D.	Recueil Dalloz
DC	décision du Conseil constitutionnel
déc.	décision
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
dir.	directeur
Dr. pén., Dr. pénal	Revue Droit pénal

éd., éds.	édition, éditions
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ep.	epistula
et al.	et alii
et s.	et sequentes, et (pages) suivantes
f., ff.	und folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen
fasc.	fascicule
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fn.	Fußnote
fol.	folio
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
gl.	glossa
GS	Gedächtnisschrift
GS, GSSt	Großer Senat, Großer Senat für Strafsachen
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
HRRS	Online-Zeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
HStR	Handbuch des Staatsrechts
ibid.	ibidem
i. d. R.	in der Regel
i. V. m.	in Verbindung mit
JAP	juge de l'application des peines
JCP	La semaine juridique. Juris-classeur périodique
JCP éd. G	La semaine juridique. Juris-classeur périodique, édition Générale
JO	Journal Officiel
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung

JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KK, KK-StPO	Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung
KMR	Kleinknecht/Müller/Reitberger, Kommentar zur StPO und zum GVG
LG	Landgericht
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Lit.	Literatur
lit.	littera
loc. cit.	loco citato
LPA	Les Petites Affiches
LR	Löwe/Rosenberg, Kommentar zur Strafprozessordnung
m. Anm.	mit Anmerkung
m. w. N., m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NB	nota bene
ND	Neudruck
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report
no., n°	numéro
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht, Rechtsprechungs-Report
o.	oben
obs.	observations
OLG	Oberlandesgericht
op. cit.	opere citato, opus citatum
p.	page(s)
par ex.	par exemple
préc.	précité
PrObTrib	Preußisches Ober-Tribunal
QPC	question préalable de constitutionnalité
RD publ.	Revue de droit public et des sciences politiques en France et à l'étranger
RDPC	Revue de droit pénal et de criminologie
Rec.	Recueil
Rép. Pén. Dalloz	Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit pénal et de procédure pénale
Rev. dr. pén.	Revue droit pénal
Rev. int. dr. pén.	Revue internationale de droit pénal
Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

RFAP	Revue française d'administration publique
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDP	Revue internationale de droit pénal
Rn.	Randnummer
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RStPO	Reichsstrafprozeßordnung
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Seite
s.	siehe
s.a.	siehe auch
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SK-StPO	Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung
sog.	so genannt
somm.	sommaire
Sp.	Spalte
spéc.	spécialement
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidiger Forum
StRÄG	Strafrechtsänderungsgesetz
StrRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift)
StVollzG	Strafvollzugsgesetz
TGI	Tribunal de grande instance
u. U.	unter Umständen
Urt.	Urteil
v.	versus
v.	vom
V., v.	voir
v. a.	vor allem
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
vol.	volume, volumen
Vorbem.	Vorbemerkungen
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung

z. B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG GA	Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
ZRG KA	Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung
ZRG RA	Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

I. Das Kollegialprinzip /
Le principe de collégialité

Kollegialgericht oder Einzelrichter? Kurze Einblicke in eine lange Entwicklung

Collégialité ou juge unique? Brèves observations sur une longue évolution

*La composition, collégiale ou non, des juridictions est le produit d'une longue évolution à laquelle peu de travaux ont jusqu'à présent été consacrés, du moins sous l'angle qui nous intéresse. Trois modèles procéduraux existaient sous l'Antiquité. Le premier était le système romain des magistrats qui disposaient de conseillers ne participant pas formellement à la décision, de sorte que l'on ne peut parler de collégialité au sens propre. A la même époque pourtant, dans les *quaestiones perpetuae* par ex., la décision appartenait à une pluralité de personnes formant le *consilium*. Le deuxième modèle était l'*episcopalis audientia* de l'évêque, composée du plus grand nombre possible de membres de la communauté décidant ensemble. Deux raisons expliquaient ce fonctionnement collégial: d'un côté, la participation de membres de la communauté facilitait le maintien de la paix au sein de celle-ci; de l'autre, l'évêque représentant Dieu, la solution adoptée devait être la meilleure possible, ce qui requérait la contribution du plus grand nombre. Le troisième modèle était celui du droit germanique. Selon les lois barbares, tous les hommes aptes à porter les armes participaient au jugement, jusqu'à ce que la réforme judiciaire de Charlemagne introduise l'échevinage. Les échevins étaient des notables locaux représentant le peuple; le juge ne faisait que diriger le procès et recueillir la décision prise par ceux-ci. La mise en place de l'échevinage reposait sur la volonté de conférer une légitimité aux décisions de justice et d'en garantir l'exécution effective.*

L'histoire du droit du 19^{ème} siècle voyait dans ces trois traditions des systèmes distincts ayant coexisté durant plusieurs siècles. En réalité, dès le Haut Moyen Age, des éléments de ces différentes procédures se recoupaient et se mêlaient entre eux. Ainsi par ex. en droit canon, les affaires civiles étaient souvent jugées à juge unique, tandis qu'en matière pénale la décision était prise par un collège de juges dont le nombre augmentait avec le statut social de la personne concernée. La collégialité de principe de la Rota romaine reculait en raison de l'autonomie croissante des auditeurs qui la composaient. Une évolution analogue a pu être observée au sein du Parlement de Paris et du Reichskammergericht.

*La doctrine du *ius commune* était donc accoutumée à une grande variété de*

systèmes d'organisation judiciaire. Abordant les choses de manière positiviste et pragmatique, elle ne portait pas d'intérêt particulier à la composition des juridictions – d'où l'absence de développements théoriques sur ce nous appelons aujourd'hui le «principe de collégialité».

I. Einleitung

In der Geschichte des Prozessrechts, insbesondere des Strafprozessrechts, wurde die Dogmengeschichte des Spruchkörpers und seiner Zusammensetzung bisher nur ausschnitthaft behandelt. Einzelne Aspekte wie die Wiederentdeckung der Jury im 18. und 19. Jahrhundert wurden ausführlich thematisiert. Auch die Volksgerichtsbarkeit der Leges oder die Schöffengerichtsbarkeit seit Karl dem Großen sind altbekannte Fragestellungen der Rechtsgeschichte. Doch abseits dieser großen Themen wurde bisher kaum geforscht. Insbesondere fehlen solche Untersuchungen zum römisch-kanonischen Prozessrecht. Dadurch wurden bislang die zugrunde liegenden Diskussionslinien von der Antike zur Neuzeit nicht untersucht.

Die Gefahr solcher Inseln des Wissens ist, dass man ihnen eine viel größere Bedeutung bzw. Signifikanz zumisst, als ihnen tatsächlich zukommt. Schaut man in die Geschichte des Gemeinen Rechts, wird man sehen, dass die Diskussion um die Vorzüge von Einzelrichter oder Spruchkollegium älter sind. Auch die Differenz zwischen *Ius Commune* und einem „deutschen“ Prozessrecht des Mittelalters lässt sich durch eine solche Untersuchung näher bestimmen. Es lohnt sich daher, die Entwicklung des Gemeinen Rechts zu thematisieren, um so wichtige Modelle in ihren Unterschieden identifizieren zu können und deren Zusammenhänge erfassen zu können.

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sollen im Folgenden die Modelle erfasst werden, die der Entwicklung des *Ius Commune* zugrunde lagen. Besonders klar lassen sich für die Antike die Vorstellungen des klassischen römischen Rechts vom Verfahren vor der *episcopalis audientia* oder den Gerichten der Volksrechte abgrenzen (dazu II.1, 2 und 3). Diese Modelle sind hinlänglich bekannt und müssen hier nur zum Zweck der Einleitung vorgestellt werden. Die weitere Entwicklung baut auf diesen drei Grundtypen auf. Der Schwerpunkt wird hier daher darauf liegen, die Entwicklung des *Ius Commune* in dieser Frage zu beschreiben und zu erklären (dazu III.1). Dabei ist sowohl auf die Kanonistik als auch auf die Legistik einzugehen. Dazu gehört ebenso ein Blick in die *ordines iudicarii*. Damit ist die gemeinrechtliche Theorie abgedeckt. Es ist allerdings erforderlich, jedenfalls einige ausgewählte Gerichte anzusprechen, um bruchstückweise die Theorie mit der Praxis vergleichen zu können (dazu III.2). Nur so lassen sich einige noch offene Fragen erklären.

Neben den gemeinrechtlich gebildeten Gerichten blieb die Tradition der Schöffengerichte in Zentraleuropa bestehen, bis die sogenannte „Rezeption“ zur Angleichung der Gerichtstypen führte. Erst im Hinblick auf das englische Vorbild der Jury entstand im 18. Jahrhundert eine breite gesellschaftliche Diskussion um die Vorteile eines Kollegialgerichts. Über die Französische Revolution wurde diese auch in die einzelnen Staaten, so auch in die deutschen Staaten getragen.¹ Auf die neuzeitliche Kritik am gelehrten Einzelrichter soll ausblickhaft am Ende kurz hingewiesen werden (dazu IV.)

II. Antike

1. Römisches Recht

Zum Zweck der Einleitung und Erarbeitung eines Modells sollen eingangs gewisse Erkenntnisse allgemeiner Art zum römischen Recht zusammengetragen werden. Sie können dabei allenfalls grobe Umrisszeichnungen dieser Rechtsmaterie liefern. Es kann hier nicht unternommen werden, diese Periode in den verästelten Regelungsdetails oder ihrer langen Entwicklung nachzuzeichnen. Notwendig sind diese Grundkenntnisse jedoch zum Verständnis der nachklassischen Entwicklung.

Entscheidungen über Rechtsfragen wurden grundsätzlich vom *praetor* getroffen. Dieser wurde zunächst vom Volk gewählt, später vom Senat bzw. Kaiser ernannt. Es war ein höheres Amt im Laufe der üblichen Laufbahn, des *cursus honorum*. Zum einen klärte der Prätor allein bei Gerichtsstreitigkeiten vorab die Rechtsfrage. Er gab dabei bis 128 n. Chr. vor seiner Amtsführung im prätorischen Edikt die Rechtssätze bekannt, nach denen er sich richten wollte. Hatte er die Rechtsfrage entschieden, bestimmte er den Richter (*iudex*), der nach Maßgabe der prätorischen Rechtsentscheidung die Fakten klärte und das Endurteil sprach.²

Zum anderen saß der Prätor in bestimmten Strafsachen einem Spruchkörper vor. So bestimmte 149 v. Chr. die Lex Calpurnia, dass gegen käufliche oder erpresserische (*quaestio de repetundis*) Statthalter ein *consilium* gebildet wurde, das über den Fall entschied und dem der Prätor vorsah. Dieser Spruchkörper wurde nicht eigens neu für den Fall gebildet, sondern war zunächst als Beson-

1 Dazu Peter Landau, Schwurgericht und Schöffengericht in Deutschland im 19. Jahrhundert bis 1870, in: A. Padoa Schioppa (Hrsg.), The Trial Jury in England, France, Germany 1700–1900, Berlin 1987, S. 241–304.

2 Wolfgang Kunkel/Roland Wittmann, Staatsordnung und Staatspraxis der Römischen Republik, 2. Abschnitt: Die Magistratur (Handbuch der Altertumswissenschaft/Rechtsgeschichte des Altertums, III.2), München 1995, S. 52 ff., 141 ff., 323 ff.

derheit auf unbestimmte Dauer (*quaestio perpetua*) angelegt. Auf diese Art gab es mehrere dauernde Spruchkörper für die wichtigsten Delikte.³ So gab es Fälle, in denen kein Einzelrichter, sondern ein Spruchkollegium die Entscheidung fällte. Dies galt auch im Fall der Rekuperatoren, die für Schadensersatzfälle eingesetzt waren.

Die Regel war, dass sowohl der *praetor* als auch der *iudex* allein kraft Amtes entscheiden konnte. Sie vertraten insoweit das Volk. Die Entscheidungsmacht der Magistrate (*imperium*) legitimierte ihre Entscheidung in hinreichender Weise, so dass ein Kollegialorgan hier weder für notwendig angesehen wurde noch Platz greifen konnte, weil nur der speziell Ermächtigte das Recht, die Entscheidung bzw. das Urteil zu sprechen, hatte. Über die Delegation des Prätors partizipierte auch der Richter von dieser Autorität. Selbst Geisteskrankheit konnte daher nicht vom Richteramt entbinden, solange der Richter noch eine Entscheidung fällen konnte (Paulus D. 5.1.46).

Bei der Bestimmung des *iudex* wurde den Parteien dabei sogar ein Mitspracherecht eingeräumt. Es gab Listen möglicher Richter (*album iudicum selectorum*), aus denen man sich den Geeigneten aussuchen konnte. Konnten sich die Parteien nicht auf einen *iudex* einigen, konnte es ein Losverfahren geben.⁴ Damit sollte sichergestellt werden, dass keine persönlichen Vorbehalte des Richters seine Entscheidungsfindung beeinflussen konnten.

Deutlich getrennt von den Amtsinhabern war ein Beraterstab, das *consilium*. Für Private, erst recht aber Funktionsträger war es selbstverständlich, sich in juristischen Fragen von Beisitzern (*adsores*) beraten zu lassen. Das verlieh ihren Entscheidungen eine zusätzliche Autorität.⁵ Sie garantierten, dass die Magistrate rechtmäßig vorgingen. Für die Prätores und Ädile gilt die Existenz eines solchen Beraterstabes als selbstverständlich, doch ist er nur spärlich belegt.⁶ Dies verdeutlicht den Unterschied zwischen dem Amtsinhaber und dem im Hintergrund wirkenden Beraterstab. Ganz offensichtlich bewirkte letzterer nicht, dass man von einem Kollegialgericht sprechen konnte.

In den *quaestiones perpetuae* allerdings urteilte das *consilium*, das als Vertreter eines oder später mehrerer Stände beteiligt wurde, wegen der eminenten politischen Qualität des angeklagten Verbrechens. Während der Prätor das Verfahren nur als Vorsitzender zu leiten hatte,⁷ war es die Aufgabe der *iudices*,

3 Vgl. Theodor Mommsen, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899 ND Darmstadt 1961, S. 203.

4 Dazu Max Kaser/Karl Hackl, Das römische Zivilprozessrecht (Handbuch der Altertumswissenschaft, III.4), München 1996, § 23 V, S. 160; § 26 I.2, S. 193; Paul Jörs/Wolfgang Kunkel/Leopold Wenger, Römisches Recht (Enzyklopädie der Rechts und Staatswissenschaft, 4. Aufl., bearb. von H. Honsell/Th. Mayer-Maly/W. Selb, Berlin 1987), S. 526.

5 So Kunkel/Wittmann (Fn. 2), S. 136 f.

6 Kaser/Hackl, Das römische Zivilprozessrecht (Fn. 4), § 91 I, S. 607.

7 Vgl. Mommsen (Fn. 3), S. 208.

die Entscheidung zu treffen. Sie werden daher in der deutschen Literatur meist als „Geschworene“ bezeichnet. Die Entscheider mussten zunächst Senatoren sein, konnten später allerdings dem Ritterstand angehören. Deutlich wird hieran der ständische Aspekt dieses Kollegialgerichts.⁸ Auch für sie gab es ein *album iudicum*, dem die *iudices* entnommen wurden.⁹ So konnten die Parteien ihnen voreingenommene *iudices* ausschließen.¹⁰ Das Kollegialgericht wurde damit personell für jeden Prozess konkretisiert, auch wenn der Spruchkörper abstrakt ständig vorhanden war (*quaestio perpetua*). Die Einschaltung von mehreren *recuperatores* bei Schadensersatzforderungen, wahrscheinlich erst ab einer bestimmten Höhe,¹¹ diente in gleicher Weise dazu, das öffentliche Interesse an solchen Fällen zu akzentuieren.¹² Die Unangreifbarkeit dieser *recuperatores* aufgrund ihres *imperium* kommt auch darin zum Ausdruck, dass es nicht sicher ist, ob diese überhaupt für ihr Urteil zur Verantwortung gezogen werden konnten.¹³

Von den Spezialfällen im strafrechtlichen Bereich abgesehen wurde also im klassischen römischen Recht grundsätzlich durch einen Einzelrichter entschieden. Zwar kannte man vorwiegend im Strafrecht Kollegialgerichte, doch spielten hier ständische Gesichtspunkte eine entscheidende Rolle. Das *imperium* des Richters reichte damit grundsätzlich vollständig aus, um das Urteil zu legitimieren. Diese Macht stand so sehr im Vordergrund, dass die Abgrenzung zu den bloßen Ratgebern leicht fiel. Diese Rollenverteilung spiegelte sich auch an der Spitze des römischen Reichs, denn auch der Kaiser hatte einen Beraterstab (*consilium*), der sich jedenfalls seit Diocletian deutlich zeigt.¹⁴ Er beriet den Kaiser bei dessen Entscheidungen, so dass es schwer fällt, hier zwischen der Einzelentscheidung des beratenen Kaisers oder dem Urteil des *consilium principis* zu unterscheiden. Am ehesten wird man dem kaiserlichen *consilium* jedoch eine beratende Funktion zuschreiben müssen.¹⁵

8 Vgl. Mommsen (Fn. 3), S. 209.

9 Zu diesen Listen vgl. Mommsen (Fn. 3), S. 211.

10 Zu den Eigenschaften der *iudices* vgl. Mommsen (Fn. 3), S. 212.

11 So Wilhelm Simshäuser, Stadtrömisches Verfahrensrecht im Spiegel der *lex Irnitana*, ZRG RA 109 (1992), 163–208, 175.

12 Kaser/Hackl (Fn. 4), § 26 II.1, S. 197 ff.

13 S. Philipp Grzimek, Studien zur *taxatio*, München 2001, S. 21.

14 Alexander Demandt, Die Spätantike. Römische Geschichte von Diocletian bis Justinian 284–565 n. Chr., 2. Aufl. München 2007, S. 299.

15 So Kaser/Hackl (Fn. 4), § 78 II.3, S. 529.

2. Episcopalis audientia

Umso erstaunlicher ist, dass die frühe Kirche eine grundsätzlich andere Haltung einnahm. Für die frühe Zeit gibt es weniger allgemeine Regeln als Einzelfälle, in denen solche generelle Haltungen zum Ausdruck kommen. Briefe von Ambrosius, Bischof von Mailand, enthalten beispielsweise solche Gesichtspunkte, etwa zwei Briefe, die er an Syagrius, Bischof von Verona, richtete. Bürger von Verona hatten Ambrosius um das Jahr 380¹⁶ von einem laufenden Prozess berichtet, in den Ambrosius mit seinen Briefen eingriff. Zu den zahlreichen Verfahrensfehlern, die Ambrosius aufdeckte, gehört auch der Vorwurf, den Prozess alleine zu führen. So warf Ambrosius Syagrius vor, das Verfahren ohne den Rat irgendeines Bruders (*sine alicujus fratris consilia*) betrieben zu haben. Für sein eigenes Verfahren betonte Ambrosius dagegen, den Prozess zusammen mit Brüdern und Priestern seiner Diözese (*cum fratribus et consacerdotibus nostris*) betrieben zu haben.¹⁷

Teilweise hat man angenommen, dass in der Urkirche das Gericht von der ganzen Gemeinde wahrgenommen wurde, also von Klerikern und Laien. Die ersten christlichen Gemeinden scheinen im großen Umfang ihre Zwistigkeiten in der gesamten Gemeinde ausgetragen zu haben.¹⁸ Die „Statuta ecclesiae antiqua“ des 5. Jahrhunderts, die in c. 23 wiederum ein Kollegialgericht vorschreiben, suggerieren, dass es eine Tradition des Kollegialgerichts gegeben haben könnte.¹⁹ Dafür spricht, dass auch in den Constitutiones Apostolorum die Mitwirkung der Presbyter und Diakone im Bischofsgericht vorgesehen war.²⁰

16 *Ambrosius Mediolensis*, Opera X: Epistulae et Acta, 2, ed. Michaela Zelzer (CSEL, 82.2), ep. 56 (Maur. 5), S. 84–97, und ep. 57 (Maur. 6), S. 98–111; ep. LVI verkürzt auch in: M. Sargentii/R.B. Bruno Siola (Hrsg.), *Materiali per una palingenesi delle Costituzioni tardo-imperiali*, Band 4: Normativa imperiale e diritto romano negli scritti di S. Ambrogio. Epistulae – De officii – Orationes funebres, Milano 1991, S. 44 f.

17 Wenn mit den „fratres“ nicht gleichzeitig auch die Presbyter gemeint waren, kann man darin Bischöfe der Umgebung angesprochen sehen, so auch *François Martroye*, *L’affaire Indicia*, in: *Mélanges Paul Fournier*, Paris 1929, S. 503–510, 505; *Vratislav Bušek*, *Der Prozeß der Indicia*, ZRG 60 KA 29 (1940), 447–461, 458 m. w. Nachw. auf die ältere Literatur, die dieser Auffassung folgte. Im Folgenden greife ich auf meine Untersuchung: *Die Jugend der Justitia*, Tübingen 2013, zurück.

18 *Stefan Koch*, *Rechtliche Regelung von Konflikten im frühen Christentum*, Tübingen 2013, S. 199, 208.

19 *Caron*, *I tribunali della chiesa nel diritto del tardo impero*, in: XI Convegno Internazionale in Onore di Felix B.J. Wubbe, Napoli 1997, S. 245–263, 257; *Bušek* (Fn. 17), S. 448; vgl. *Statuta ecclesiae antiqua*, ed. Ch. Munier, Paris 1960, c. 14, 81: „Ut episcopus nullius causam audiat absque praesentia clericorum suorum [...]“. Der Clemens-Brief spricht zwar von den Richtern im Plural, dies könnte sich aber auf die Gesamtheit der Gerichte beziehen. Für eine entsprechende Praxis bei Martin von Tours vgl. *Wilhelm Molitor*, *Ueber kanonisches Gerichtsverfahren*, Mainz 1856, S. 30, der hier aus Sulpitius Severus, *Dialogi*, 2, schöpft.

20 *Constitutiones Apostolorum*, II.47.1, 142 = c. XI, in: Arthur Vööbus, *The Didascalia Apo-*

Das Konzil von Serdika²¹ ging ebenso davon aus.²² Die Beratung mit einem gelehrten Beraterstab, einem „Umstand“,²³ findet sich auch bei Augustinus.²⁴ Das Verfahren vor der *episcopalis audientia* könnte öffentlich mit einer mündlichen Schlussverhandlung durchgeführt worden sein,²⁵ so dass die Autorität des Bischofs durch den Umstand erhöht wurde.

Unklar bleibt jedoch, welche Rolle dieser richterliche Umstand spielen sollte.²⁶ Der Hinweis auf das Richterkollegium betont, dass der Richter den Urteilspruch nicht allein fällen oder jedenfalls in seiner Entscheidungsfindung begleitet werden soll. Ambrosius' Ermahnung steht im Kontext zur Friedenswahrung. Während Syagrius durch seinen Alleingang Streit hervorgerufen habe, trage Ambrosius' Urteil, das mit den Mitbrüdern und Klerikern getroffen wurde, zur Befriedung der Gemeinde bei. Mehr Richter konnten also danach eher ein Urteil erzielen, das Gerechtigkeit und Frieden garantierte.

Ohnehin war der Bischof innerhalb seiner Diözese dafür zuständig, durch die Ausübung seiner Disziplinargewalt Frieden zu garantieren und die rechte Ausübung des Glaubens im Alltag zu lehren.²⁷ Stets ging es darum, den Frieden in der Gemeinschaft herzustellen und den Einzelnen nach seinem Fehlverhalten sobald als möglich wieder in die Gemeinschaft zurückzuführen. Schon aus diesem Grund könnte es notwendig gewesen sein, einen großen Teil der Gemeinde oder jedenfalls ihres Klerus im Gericht zu vereinen.

Zudem wurde der Bischof in seiner richterlichen Funktion als Vertreter Gottes angesehen, das Urteil musste daher im Sinne Gottes ausfallen.²⁸ In dem

stolorum in Syriac, Louvain 1979, S. 119; dazu *Alexander Alan McArthur*, *The Office of Bishop in the Ignatian Epistles and in the Didascalia Apostolorum compared*, *Studia Patristica*, Band 4, Berlin 1961, S. 298–304, 299; ferner dazu *Charles Munier*, *Art. audientia episcopalis*, in: C. Mayer (Hrsg.), *Augustinus-Lexikon*, Band 1, Basel 1986–1994, S. 511–515, 515.

21 Zur Authentizität der Texte von Serdika vgl. *Hamilton Hess*, *The Early Development of Canon Law and the Council of Serdica*, Oxford 2002, S. 114 ff.; *Gregor Ritter von Hankiewicz*, *Die Kanones von Sardika. Ihre Echtheit und ursprüngliche Gestalt*, *ZRG KA 2* (1912), 44–99.

22 Vgl. Konzil von Serdika, „De episcopis depositis“, c. 5.

23 Zum Begriff und der klassischen rechtshistorischen Einordnung vgl. *Jürgen Weitzel*, *Art. Umstand*, *HRG*, Band 5, Berlin 1998, Sp. 437–442.

24 Zum Kollegialgericht bei Augustin s. *Kauko K. Raikas*, *Audientia Episcopalis*, *Augustinianum*, vol. 37 (1997), 459–482, 468; u. U. musste man sich von anderen, z. B. Juristen als Spezialisten, Rat holen, vgl. *Eva-Maria Kuhn*, *Rechtsprechung durch den Bischofsrichter*, in: *Hellebrand, Johannes* (Hrsg.), *Augustinus als Richter*, Würzburg 2009, S. 106–157, 138.

25 Einen solchen „ordo iudiciorum“ macht aus *Franca De Marini Avonzo*, *Dall'Impero Cristiano al Medioevo*, Goldbach 2001, Nr. IX: 137*–174*, 173* (= *La giustizia nelle province agli inizi del basso impero*, I: *I principi generali del processo in un edito di Costantino*, in: *Studi Urbinati*, XXXI, Milano 1965, S. 291–328, 327 = *Syntelesia Arangio Ruiz*, Band 2, Napoli 1964, 1037–1062).

26 So auch *Bušek* (Fn. 17), S. 458.

27 *Constitutiones Apostolorum* (Fn. 20), II.38.2, 124.

28 *Constitutiones Apostolorum* (Fn. 20), II.47.2, 142.

von den Kirchenvätern markierten Ausgangspunkt geht es daher weder um Zivilverfahren noch um Strafrecht, sondern um Buße. Dies gilt sogar bei schweren Verbrechen, in denen die Quellen überwiegend von Strafe (*poena*) handeln. Damit ist die soteriologische Funktion des bischöflichen Gerichts angesprochen. Der Bischof lehrte nicht nur durch seine Rechtsprüche das richtige Leben, sondern konnte auch durch die gerechte Strafe auf Erden eine Bestrafung im Jüngsten Gericht verhindern.²⁹

Als *iudices vice Christi* urteilten die Bischöfe anstelle des allwissenden Gottes. Sie mussten sich daher an einer objektiven Wahrheit messen lassen, die – wenn das überhaupt möglich ist – sich nicht unbedingt im Prozess enthüllt. Die Auffassung, der christliche Richter richte an der Stelle Gottes und Christi,³⁰ veränderte die richterliche Aufgabe in erheblicher Weise. Diese Aufgabe war übermenschlicher Natur und nicht wirklich zu erfüllen. Die bischöflichen Richter litten unter der Last der Prozesse, weil sie vermuten konnten, täglich Fehlurteile zu fällen.³¹ Zugleich blieb der Bischof als Richter auch Seelenhirte und musste ein Urteil fällen, das den einzelnen wieder auf den rechten Weg führte. Strenge aber auch Mitleid und Gnade³² waren die Mittel, den Sünder in die Kirche zurückzuführen.³³

Es wird daher verständlich, dass der Bischof in seiner Prozessführung und Entscheidung Hilfe brauchen konnte. Dabei war es nicht nur ein Zeichen der Bescheidenheit, sich mit den Klerikern, gelegentlich auch Juristen, zu beraten,³⁴ sondern Ausdruck des Bemühens, die eine richtige Entscheidung zu treffen, die den Einzelnen richtig leitete und die Gemeinschaft befriedete. Schon aus diesem Grund war die Beteiligung mehrerer an der Entscheidungsfindung vorteilhaft. Der Bischof repräsentierte das Gericht zwar nach außen, durfte aber in der Sache

29 Zum Verbot doppelter Strafverfolgung s. *Canones Apostolorum*, c. 25 = Dist. 81 c. 12; zum hier vorausgesetzten Verbot doppelter Strafverfolgung („Ne bis in idem“) s. *Peter Landau*, Ursprünge und Entwicklung des Verbots doppelter Strafverfolgung wegen desselben Verbrechens in der Geschichte des kanonischen Rechts, ZRG KA 56 (1970), 124–156.

30 So auch *Cyprianus Carthaginiensis*, Ep. 59.5.1, vgl. *Hasso Jaeger*, La Preuve judiciaire d’après la tradition rabbinique et patristique, in: *Recueils de la Société Jean Bodin*, Bd. 16, Brüssel 1963, S. 415–594, 496, zum Phänomen 526.

31 So *Aurelius Augustinus*, Ep. 95.3, ed. A. Goldbacher (CSEL 34.2), S. 508 Z. 19: „Ego in his cotidie peccare me fateor [...]. Quis in his omnibus tremor, mi Pauline, sancte homo dei. Quis tremor, quae tenebrae.“, dazu *Kevin Uhalde*, Expectations of Justice in the Age of Augustine, Philadelphia 2007, S. 51 f. Zur Häufigkeit der Urteile im Leben und Werk Augustins s. *Kauko K. Raikas*, Art. Iudicium, in: C. Mayer (Hg.), *Augustinus-Lexikon*, Band 3 Fasc. 5/6, Basel 2008, S. 802–803, 802.

32 So auch *Uhalde* (Fn. 31), S. 47.

33 *Constitutiones Apostolorum* (Fn. 20), II.20.4, 72.

34 Vgl. zum „Richter-Spiegel“ bei Augustinus *Kuhn* (Fn. 24), S. 119, 136–138; *Giulio Vismara*, La giurisdizione civile dei vescovi, secoli I–IX, Milano 1995, S. 103, 115 zum Richterkollegium. Die Notwendigkeit des Umstands betont auch *Didascalia Apostolorum* (Fn. 20), ed. R. Hugh Connolly, c. 11, 111.

nicht allein entscheiden. Vielmehr ging es um die richtige Entscheidung, die sich innerhalb der Gemeinschaft der Richter herausstellen sollte. Dabei sollte nicht nur Rat eingeholt und die Öffentlichkeit vergrößert werden. Vielmehr wollte man ein möglichst perfektes, den Wertungen des allwissenden Gottes entsprechendes Urteil erhalten. Nicht die Weisheit eines einzelnen reichte hier aus, sondern mit aller verfügbaren Hilfe konnte man nur hoffen, noch eben ein taugliches Urteil treffen zu können.

Die Kirche kannte also nicht nur durch das römische Recht die Beratung, sondern maß ihr einen neuen Wert zu. Im Ergebnis kann man das frühkirchliche Bischofsgericht wohl als Kollegialgericht ansprechen. Der Umstand diente nicht nur der Beratung des bischöflichen Richters. Vielmehr konnte jeder von ihnen „die richtige Entscheidung“ finden, das also dem Urteil des Richters im Jüngsten Gericht möglichst nahe kommen sollte. Die Wahrheit und Gerechtigkeit musste sich nur noch der restlichen Richterschar durch die Vermittlung des Heiligen Geistes offenbaren. In den Bischofswahlen wie in den anderen Kollektiven hoffte die Kirche, dem Wirken des Heiligen Geistes Raum zu bieten.³⁵ Der Bischof hatte vielleicht genügend Macht, um ein Urteil fällen und durchsetzen zu können. Doch statt einer Machtfrage stand hier die Sorge um eine möglichst gerechte Entscheidung. Der bischöfliche Umstand sollte also den Bischof beraten, um im Kollektiv ein Urteil zu erzielen.

3. Vollbort: Vom Volks- zum Schöffengericht

Tacitus berichtet von den „Germanen“, sie würden ihre Angelegenheiten in einer Versammlung aller waffenfähigen Männer klären, also auch ihre Urteile auf diese Weise fällen. Tacitus spricht von einem „*concilium*“, vor dem die Anklage vorgebracht würde. Im Vordergrund steht bei ihm also die Versammlung. Er berichtet jedoch auch von *principes*, die in den Gauen (*pagos*) Recht sprechen (*iura reddunt*). Je hundert aus dem Volk würden den einzelnen als Begleiter mit Rat (*consilium*) und Autorität beiseite stehen. Auch auf der unteren Ebene agierte der Fürst also nicht allein, sondern nur mit der Unterstützung von Volksvertretern.³⁶ Die Zustimmung des *concilium* sollte dabei in der Regel durch Akklamation erfolgen, indem die Männer mit den Schwertern auf ihre Schilder klopfen.³⁷

Angesichts Tacitus' lediglich indirekter Kenntnisse des germanischen Lebens

35 Den Aspekt des Verfahrens und der Normbildung betont dagegen *Andreas Thier*, Hierarchie und Autonomie. Regelungstraditionen der Bischofsbestellung in der Geschichte des kirchlichen Wahlrechts bis 1140, Frankfurt a.M. 2011, S. 423 ff.

36 S. die *Germania* des Tacitus, ed. R. Much, 3. Aufl. Heidelberg 1967, S. 212–219.

37 *J.B. Rives*, Tacitus. *Germania*, Oxford 1999, S. 172.

ist es vielleicht müßig, hieraus allgemeine Aussagen ableiten zu wollen.³⁸ Dies gilt umso mehr, als heute die Kategorie der „Germanen“ an sich fragwürdig geworden ist.³⁹ Die römische Diktion spielt viel zu auffällig auf römische Verhältnisse an, um daraus verlässliche Aussagen zu einem „germanischen“ Recht gewinnen zu können.⁴⁰ Auffällig ist jedoch, dass auch die verschiedenen Richter des fränkischen Rechts die Urteile von ihrem Umstand erfragten (*demendare*).⁴¹ Hier ist sogar eine Kontinuität der lokalen Hoheitsträger greifbar,⁴² die den Prozess einzuberufen, zu leiten und das Urteil schließlich auszuführen hatten.

Im 8. Jahrhundert bürgerte sich zunehmend der Ausdruck „scabino“ (Schöffe) ein, welche die älteren „Rachinbürgen“ ablösten. Sie stellen im Vergleich zur Vollversammlung waffenfähiger Männer ein kleineres Gremium von Rechen- oder Rechtsbürgen dar, die bei der Urteilsfindung mitwirkten.⁴³ In der Gesetzgebung von Karl dem Großen zwischen 770 und 780 sieht man traditionell eine grundsätzliche Umwandlung der Gerichte, in der bisher alle waffenfähigen Männer beteiligt waren, in ein Schöffengericht. Schöffen, also lokale Honoratioren, vertraten nun die Bevölkerung in der Urteilsfindung, während der Richter (*iudex*) nur das Verfahren leitete und das Urteil, das er von den Schöffen erfragte, mit seiner Autorität umzusetzen hatte.⁴⁴ Jürgen Weitzel betont dabei stärker den Übergangscharakter, so dass Karl wohl nur eine längere Entwicklung begünstigte.⁴⁵

Diese „germanische“ Tradition beteiligte also in größerem Maße das Volk bzw. seine Krieger oder jedenfalls eine größere Zahl von Honoratioren. Grund der Beteiligung war hier weniger die Schwierigkeit der Entscheidung selbst als die Rückbindung der Ordnung auf die Allgemeinheit und die Sorge um die effektive Umsetzung des Urteils. Der Richter war nun sogar nur die ordnende,

38 Zum zugrunde liegenden Problem vgl. Dieter Timpe, *Romano-Germanica*. Gesammelte Studien zur Germania des Tacitus, Stuttgart/Leipzig 1995, S. 145–168, 167 = *ders.*, Zum politischen Charakter der Germanen in der Germania des Tacitus in: P. Kneissl/V. Losemann (Hrsg.), *Alte Geschichte und Wissenschaftsgeschichte*. Festschrift für Karl Christ, Darmstadt 1988, S. 502–525, 524.

39 Walter Pohl, *Die Germanen*, München 2000, S. 10; Rives (Fn. 37), S. 21.

40 So Allan A. Lund, Versuch einer Gesamtinterpretation der Germania des Tacitus, in: Hildgard Temporini/Wolfgang Haase (Hrsg.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, Teil II, Bd. 33.3, Berlin/New York 1991, S. 1858–1988, 1898.

41 Vgl. *Pactus legis salicae*, c. 44, *De reipus*, § 1, ed. K.A. Eckhardt, Weimar 1935, S. 64.

42 Richard Wenzkus, Bemerkungen zum Thunginus der Lex Salica, in: *ders.*, *Ausgewählte Aufsätze*, Sigmaringen 1986, S. 65–84.

43 Detaillierter Justus Wilhelm Planck, *Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter*, Band 1, Braunschweig 1879, S. 98 ff.

44 Friedrich Battenberg, Art. Schöffen, Schöffengericht, HRG Band 4, Berlin 1990, Sp. 1463–1469, 1464.

45 Jürgen Weitzel, *Dinggenossenschaft und Recht*. Untersuchungen zum Rechtsverständnis im fränkisch-deutschen Mittelalter, Köln Weimar Wien 1985, S. 777, 898.

verfahrensleitende Autorität, die Entscheidung kam dagegen aus dem Plenum. Damit stand nicht die Sorge um Gerechtigkeit und Weisheit der Entscheidungsfindung im Vordergrund, sondern vielmehr die Machtfrage. Es wäre damit eine zeitfremde Kategorie, hier von demokratischer Partizipation in der Judikative zu sprechen. Die politische Intention kam dem jedoch sehr nahe, insoweit die königlichen Richter nicht selbst die Machtfülle besaßen, um ein Urteil ganz ohne Mitwirkung anderer fällen zu können. Die Partizipation der Krieger, der Schöffen oder *procures* war ein Mittel, um weitere Teile der Gesellschaft dazu zu bringen, das Urteil zu akzeptieren und umzusetzen.

III. *Ius Commune*

1. Schriften zum Gemeinen Recht

Die Entstehung des römisch-kanonischen Prozessrechts, das Europa bis zum 19. Jahrhundert als dogmatische Grundlage prägte, vollzog sich in mehreren Schritten. Die Bedeutung der karolingischen Reform im 9. Jahrhundert liegt in der Ausrichtung auf die *libertas ecclesiae*, den Ausbau einer auf den Papst ausgerichteten kirchlichen Hierarchie und den Anfängen einer Sammlung des Kirchenrechts. Dabei handelte es sich nicht nur um lokal verbreitete Privatarbeiten. Vor 774 erließ bereits Hadrian IV. eine Sammlung, die auf dem Werk des Mönches Dionysius Exiguus aufbaute.⁴⁶ Diese *Collectio Dionysio-Hadriana* zeigt, dass auch von offizieller Seite das Interesse an einem vereinheitlichten Kirchenrecht bestand.

In den pseudoisidorischen Fälschungen findet sich eine gefälschte Dekretale, wonach jeder Prozess vier Personen erfordert, nämlich den Richter, den Zeugen, den Ankläger und den Beklagten.⁴⁷ Eine ähnliche Stelle findet sich bei Erzbischof Hincmar von Reims, Kanzler des westfränkischen Reichs⁴⁸ und damit einem Kirchenfürsten. Die offizielle Kirche und die Fälscher vertraten also in dieser Frage die gleiche Ansicht. Die genannte Dekretale war daher praktisch und wurde immer wieder zitiert.⁴⁹ Aussagekräftig ist diese Stelle bezüglich der

46 Lotte Kéry, *Canonical Collections of the Early Middle Ages (ca. 400 – 1140)*, A Bibliographical Guide to the Manuscripts and Literature, Washington 1999, S. 13 f.

47 *Decretales pseudo-isidorianae*, ed. P. Hinschius, Leipzig 1863, S. 165: Pseudo-Fabianus, ep. 2, c. 22.

48 Z.B. *Hincmar Rhemensis, De divortio Lotharii regis et Theutbergae reginae*, ed. L. Böhringer, MGH Concl. IV suppl. 1, Hannover 1992, S. 102 Z. 1–2.

49 Z.B. *Rhetorica ecclesiastica* [wohl Hildesheim 1160], in: L. Wahrmund, *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter*, Band 1.4, Innsbruck 1906 ND Aalen 1962, S. 2.

vorliegenden Fragestellung nicht, weil damit offen gelassen wird, wie viele Richter oder Zeugen benötigt werden. Hier kam es auf die Abgrenzung der verschiedenen Funktionen, nicht die konkrete Zahl an.

In Übereinstimmung mit der Tradition hielt die erste Zusammenstellung des Prozessrechts, die prozessrechtsordnungs-gleiche *Collectio Angilramni*, zu Beginn fest: Ein Bischof dürfe nur dann urteilen, wenn er gemäß dem kanonischen Recht ernannt, im Rahmen seiner legitimen Synode agiere, die getreu der apostolischen Autorität zur rechten Zeit zusammengerufen worden sei etc.⁵⁰ Etwas unbestimmter sprach Erzbischof Hinkmar von Reims in seinem berühmten Gutachten zur Trennung der Eheleute Lothar II. von Lotharingen und seiner Frau Theutberga von den Richtern meist in der Mehrzahl.⁵¹ Noch schärfer bestimmt die *Collectio Danieliana*, die wie die *Collectio Angilramni* aus dem Umkreis der pseudoisidorischen Fälschungen stammt, dass ein Metropolit, der ohne sein *concilium* zu entscheiden wagt, zur Strafe sein Amt verlieren soll; seine Entscheidung soll null und nichtig sein.⁵² Die *Capitula Angilramni* betonten dagegen, dass diese höchstrangigen Kirchenfürsten (*primatus*) ihre Stellung nicht der Synode, sondern der Einsetzung durch Christus verdanken (Mt 16.18).⁵³ Auch im Sendgericht agierten die Bischöfe oder ihre Archidiacone nie allein, sondern immer mit den Synodalen.

Deutlich wird hieran, dass sich die Autoren des 9. Jahrhunderts an die Vorgaben der Patristik hielten und gleichzeitig mit den weltlichen Gerichten konform gingen. Wie im römischen Recht verkörperte der Bischof die Autorität des Amtes. Doch die Beteiligung des Klerus der Diözese wahrte die kanonische Form und glich damit nach außen durchaus den Verfahren der volksrechtlichen Tradition. Es ist verständlich, dass Hinschius dies als Übernahme der germanischen Überlieferung auffasste,⁵⁴ was im Hinblick auf die patristische Tradition keineswegs gänzlich überzeugend ist.

Nach der Jahrtausendwende nahmen die Bemühungen um die Festlegung des Kirchenrechts zu, es entstanden immer mehr Sammlungen. Nur gelegentlich wurde hier die Zahl der Richter behandelt, etwa in der „*Collectio canonum trium librorum*“, die zwölf Richter festlegt, welche der Bischof bestimmen müsse.⁵⁵

50 Karl-Georg Schon, *Die Capitula Angilramni. Eine prozessrechtliche Fälschung Pseudoisidors*, Hannover 2006, c. II, 96.

51 *Hincmar Rhemensis* (Fn. 48), S. 102 Z. 24: „saeculi iudices“, S. 145 Z. 35 f.: „sub legitimis iudicibus“, S. 182 Z. 29: „iudicio iustorum iudicum“.

52 *Collectio Danieliana*, in: *Karl-Georg Schon*, *Unbekannte Texte aus der Werkstatt Pseudoisidors: Die Collectio Danieliana*, Hannover 2006, c. 132, 62.

53 *Capitula Angilramni* (Fn. 50), c. II, 98.

54 *Paul Hinschius*, *System des katholischen Kirchenrechts mit besonderer Rücksicht auf Deutschland*, Band 5, Berlin 1893 ND Graz 1959, S. 430.

55 *Collectio canonum trium librorum*, ed. J. Motta, Città del Vaticano 2005, II. 33.6: Zepherinus Rome urbis archiepiscopus omnibus episcopis: „Duodecim iudices quilibet episcopus ac-

Immer unbestimmter jedoch äußerten sich die Schriften zur vorliegenden Frage. Der Abschluss der Bemühungen um die Sammlung des alten Kirchenrechts, das *Decretum Gratiani*, ist zugleich der Beleg für einen frühen kirchenrechtlichen Unterricht, insofern nicht nur Texte kollagiert, sondern auch kommentiert wurden. Hier (C. 2 q. 6 c. 38) wird das Problem nur an einer Stelle eher umgangen als behandelt, indem von einer „*decisio clericorum*“ gesprochen wurde. Damit wurde das Problem der Richterzahl ganz am Rande jedenfalls einmal tangiert. Den Kommentatoren fiel auf, dass hieraus Probleme entstehen könnten. Sie brachten folgende Präzisierungen: Der vorsitzende Richter wurde als *cognitor* bestimmt,⁵⁶ so dass *cognitor* und *iudex* insoweit gleichbedeutend waren.⁵⁷ Der vorsitzende Richter war derjenige, der das Urteil (*sententia*) verkündete. Die übrigen Richter waren dagegen die *assessores*.⁵⁸ Hiermit nahm man einen Begriff des römischen Rechts (D. 1.22) auf. Für den Fall, dass eine Mehrzahl von Richtern entscheiden sollte, war klar, dass die Mehrheit entscheiden sollte.⁵⁹ Dabei sollte nicht zwischen Richtern und Assessoren differenziert werden.

Im Zuge dieses kanonistischen Lehrbetriebs entstanden auch erste Werke, die sich vorwiegend mit dem Prozessrecht beschäftigten. Diese Prozessordnungen sollen hier zunächst ausgewertet werden. Peter Landau hat hierfür nicht nur auf die Bedeutung Kölns für die Begründung einer Prozessrechtswissenschaft und als Ort des ersten beweisrechtlichen Werks verwiesen.⁶⁰ Er hat zudem die einschlägigen Prozessrechtsschriften zeitlich und örtlich zugeordnet und damit eine chronologische Reihenfolge erstellt, die im Folgenden als Grundlage dienen

cusatus, si necesse fuerit, eligat, a quibus eius causa iuste iudicetur“. Diese gefälschte Dekretale (Ps.-Zepherinus, ep. 1.5–6, JK + 80, ed. Hinschius, 132) wurde entnommen 9 L 6.2.4, nach Linda Fowler-Magerl, *Canones*, weiter verbreitet in 20 weiteren Sammlungen, darunter Anselm von Lucca (Fassung A, 3.041) und Polycarp (05.04.03). Der Rechtssatz war damit durchaus verbreitet.

56 *Summa Parisiensis*, zu C. 2 q. 6 c. 38, ed. T. P. McLaughlin CSB, Toronto 1952, S. 111.

57 So *Ordo Tractaturi de iudicii* [Walter von Coutances, Paris 1165/66], ed. K. Groß, *Incerti auctoris ordo iudicarius*, Innsbruck 1870, S. 87–158, 140: c. 17 § 5.

58 *Winfried Trusen*, Die gelehrte Gerichtsbarkeit der Kirche, in H. Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte*, Band 1, München 1973, S. 467–504, 475; *Knut Wolfgang Nörr*, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz ‚in civilibus‘*, Berlin 2012, S. 19. Nörr betont die Uneinheitlichkeit ihrer Stellung, geht jedoch davon aus, dass ihnen im Kirchenrecht nur beratende Funktion, aber keine Entscheidungsgewalt zukam, so dass insoweit kein echtes Kollegialgericht vorlag.

59 *Magister Honorius*, *Summa „De iure Canonico Tractuaturus“*, zu C. 2 q. 6 c. 28, ed. P. Landau/W. Kozur, *Città del Vaticano* 2010, Band 2, S. 54. „cum plurium sigillo signatis credi debeat“.

60 *Peter Landau*, *Die Kölner Kanonistik des 12. Jahrhundert. Ein Höhepunkt der europäischen Rechtswissenschaft*, Badenweiler 2008, S. 25 ff., zum Anteil an der Begründung des Prozessrechts, S. 28 zum Beweisrechtstraktat „*Septennumero in iudiciis*“.

soll.⁶¹ Doch ist gleich einzuräumen, dass diese *ordines* sich, wenn überhaupt, mit nur ganz dürren, kurzen Einlassungen zum Thema äußerten. Es ist daher unmöglich, eine Entwicklung des Gedankengangs von *ordo* zu *ordo* zu erkennen. Vielmehr müssen hier die Aspekte thematisiert werden, die in diesen Schriften angesprochen wurden.

Dabei ergibt sich ein methodologisches Problem. Wiesław Litewski wies bereits darauf hin, dass besonders in Zivilsachen der Einzelrichter dominierte.⁶² Doch grenzte er dagegen die *ordines* ab, die sich für die Beteiligung von zwei oder mehr Juristen aussprachen. Litewski ging dabei einfach nach dem Wortlaut vor: In der Tat behandeln die *ordines* die Frage des Richters meist in der Einzahl. Allerdings finden sich die Äußerungen meist in dem Kontext, in dem nach der Aufgabe des Richters (*officium iudicis*) gefragt wurde.⁶³ Da sonst von den Anwälten (*advocati*) und Zeugen im Plural gehandelt wird, ging Litewski wohl davon aus, dass dann konsequent auch nur ein einzelner Richter gemeint sei. Doch wenn hier nur von der Funktion gehandelt wurde, ergibt sich daraus keineswegs notwendigerweise die tatsächliche Menge der Richter.⁶⁴ Auch dann, wenn mehrere Richter genannt wurden,⁶⁵ lässt sich daraus nicht schließen, dass eine Mehrzahl von Richtern entscheiden musste.

Man wird vielmehr davon ausgehen müssen, dass solche Formulierungen die Frage der Richterzahl eher außen vor lassen wollten. Dies gilt ebenso für Formularbücher, die einen oder mehrere Richter erwähnen,⁶⁶ damit sollte und konnte keine Festlegung der Richterzahl erfolgen. Ebenso wenn formularmäßig von einem „cognitor“ gehandelt wurde, schloss dies die Mehrzahl von Richtern bzw. Assessoren immer noch nicht aus, zum einen weil das Formular für alle Fälle gelten sollte, zum anderen weil sich *cognitor* und *iudex* gerade auf die

61 Peter Landau, Die Anfänge der Prozessrechtswissenschaft in der Kanonistik des 12. Jahrhunderts, in: O. Condorelli u. a. (Hrsg.), Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur, Band 1: Zivil- und Zivilprozessrecht, Köln/Weimar/Wien 2009, S. 7 – 23.

62 Wiesław Litewski, Der römisch-kanonische Zivilprozeß nach den älteren *ordines iudicarii*, Kraków 1999, Band 1, S. 83.

63 Z.B. Ordo „Si quis de re quacumpque“, Sisteron, Provence (?) [1165 – 1180], zugeschrieben Hugo Raimundi, in: Nicolaus Rhodius, Placentini juris consulti liber IIII, Mainz 1530 ND Corpus Glossatorum Juris Civilis, Band 1, Turin 1973, S. 124 – 136, 131 c. 15.

64 Z.B. nicht in *Practica legum et decretorum*, in: Exupère Caillemer, Le droit civil dans les provinces anglo-normandes, in: *Memories de l'Académie nationale des sciences, arts et belles-lettres de Caën*, S. 157 – 226, n. 21, 212: „Est pretor in civitate qui cognoscit de causis privatorum, magister militum de causis militum, [...] privilegium fori“.

65 Z.B. *Ordo Superest videre*, in: Antonio Padoa Schioppa, Ricerche sull'Appello nel diritto intermedio, Band 2, Milano 1970, S. 231 – 245, c. 23, 237.

66 Z.B. *Ricardus Anglicus*, Summa de ordine iudicario/Ordo *Editio sine scriptis*, in: L. Wahrmund, Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Processes im Mittelalter, II.3, Innsbruck 1915.

Person beschränken konnte, die das Urteil verkündete.⁶⁷ So wird man auch erklären können, dass Litewski bei Tancred unterschiedliche Zahlen gebotener Richter fand.⁶⁸ Tancred selbst verwies darauf, dass im Kirchenrecht etwa je nach Rang der strafrechtlich Angeklagten eine unterschiedliche Zusammensetzung des Gerichts mit einer nach dem Rang des Betroffenen steigenden Richterzahl geboten war.⁶⁹ Das genannte methodologische Problem besteht sogar dann, wenn bei drei Richtern die Anwesenheit auch des dritten verlangt wurde. Hier wurde nicht die Frage der notwendigen Anzahl der Richter behandelt. Vielmehr ging es hier darum, dass alle Richter anwesend sein sollten, egal wie viele auch immer rechtlich notwendig waren.

In der Regel ließen die Ordines die Frage der notwendigen Anzahl von Richtern unberührt.⁷⁰ Ausnahmsweise präziserte die *Rhetorica ecclesiastica*, dass für die Absetzung eines Bischofs ein einziger Richter nicht ausreiche, nannte dann allerdings wiederum nicht die notwendige Zahl von Richtern.⁷¹ Nur bei Damasus findet man die Vorschrift, dass über einen Bischof nur zwölf andere Richter zu Gericht sitzen dürften.⁷² Man kann daraus nicht ableiten, dass nur im kirchlichen Bereich Regelungen bestanden und diese Vorschriften allgemeiner Natur waren. Allenfalls lässt sich eine Tendenz erkennen, dass, je wichtiger der „strafrechtliche“ Vorwurf war, desto eher eine Vielzahl von Richtern entscheiden musste, wohingegen in „zivilrechtlichen“⁷³ Angelegenheiten meist der Einzelrichter ausreichte. Doch diese Beobachtung hat mit der Theorie kaum etwas zu tun.

Die Theorie unterschied zwischen den verschiedenen Arten von Richtern, also Richter oder Schiedsrichter sowie gewöhnliche (*iudex ordinarius*) oder

67 *Bernardus Dorna*, *Ordo Quoniam nefanda*, ed. L. Wahrmund, *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Processes im Mittelalter*, I.1, Innsbruck 1905, c. CXCIV f., S. 99 f.: „talis cognitor petitionis“.

68 Vgl. etwa *Tancred von Bologna*, *Ordo iudiciarius*, Göttingen 1842 (ND 1965), II.2, S. 131: es kann ein Richter sein (im Fall des *iudex delegatus*), zwei Richter (*iudex ordinarius*) II.12, S. 168/II.13, S. 170, Einzelrichter IV.1.3, S. 269 zum Richter, der mit eigenem Mund Urteil sprechen muss; ähnlich schon *Ordo Quoniam causarum decisio*, in: L. Wahrmund, *Der „Parvus ordinarius“*. Ein Beitrag zur Kenntnis mittelalterlicher Processquellen, *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 81 (1901), 14–37, 195–222, 26, zunächst wird in Einzahl, im Formular dann in Mehrzahl von Richtern gehandelt.

69 *Tancred von Bologna* (Fn. 68), I.2.5, S. 103.

70 So *Ordo iudiciarius Scientiam omnes naturaliter*, in: L. Wahrmund, *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Processes im Mittelalter*, II.1, c. XVI, 37, ebenso *Ordo Quidam litteras impetravit*, in: L. Wahrmund, *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 79 (1899), 411–424, 603–628, 420.

71 *Rhetorica ecclesiastica* (Fn. 49), S. 6.

72 *Damasus*, *Summa de Ordine iudiciario/Ordo Si quis vult* (Wahrmund IV.4), c. XLI, 31: 12 Bischöfe, um über Bischof zu Gericht zu sitzen.

73 Zum Streitstand ausführlich *Panormitanus*, *Comm. zu X 2.1. rubrica*, n. 5, Venedig 1582, fol. 3ra.

außerordentliche Richter. Als gewöhnliche Richter wurden die Fürsten genannt, die durch Kaiser oder Papst eine Rechtsprechungsgewalt erhalten hatten.⁷⁴ Hier ging es offenbar um die Hierarchie, die in letzter Instanz den Papst als höchsten Richter der Welt ansah. Insofern lag es nahe, die Richter abstrakt im Singular zu bezeichnen, so wie Papst, Kaiser und Fürst alleine in ihrem Gerichtshof die Rechtsprechungsgewalt hatten. Sie waren *iudex par excellence*.⁷⁵ Damit war also nicht vorgeschrieben, wie das Gericht personell ausgestaltet war.

Wenn die Frage der Mehrzahl von Richtern behandelt wurde, dann eher vage und offen. Manche sprachen mal von einem, mal von mehreren Richtern, ohne sich festzulegen.⁷⁶ Der Ordo „A, B et C iudices“, ein Formular für einen delegierten Richter, enthielt nicht nur die Möglichkeit einer Mehrzahl von delegierten Richtern, sondern sah formularmäßig ebenso vor, dass mehrere ordentliche Richter den Prozess leiteten. Dabei wurden sie einmal alle unterschiedslos als *iudices*, ein anderes Mal dagegen A als *iudex*, B und C als *coniudicibus* bezeichnet.⁷⁷ Darin scheint schon terminologisch eine Unsicherheit auf, die größer wird, wenn man daraus Rückschlüsse auf die Stellung der Beisitzer ziehen möchte. Man wird noch nicht einmal davon ausgehen können, dass hier eine Mehrzahl von Richtern erwartet wurde. Das Formular kann so gestaltet worden sein, nur um die Möglichkeit einer Mehrzahl von Richtern zu berücksichtigen. Der Ordo „Ulpianus de edendo“ befand, dass alle Richter anwesend sein sollten, wenn schon mehrere zu Richtern bestimmt seien.⁷⁸ Stimmenmehrheit sei dann jedoch ausreichend.⁷⁹ Nur an einer Stelle wird ausgeführt, dass die Mehrheit der Richter bedeute, dass sich die Richter gegenseitig von einer Auffassung überzeugen könnten.⁸⁰

Die Glosse griff das Problem unterschiedlicher Meinungen im Richterkollegium auf: Was sollte geschehen, wenn nicht nur keine Einigkeit, sondern sogar Stimmgleichheit erzielt wurde? Zur Lösung wurde zwischen den verschie-

74 *Rhetorica ecclesiastica* (Fn. 49), S. 51.

75 *Ordo Iudicandi formam* [anglo-normannische Schule, um 1170], ed. L. Fowler-Magerl, *Ordo iudiciorum vel ordo iudiciarius*, Begriff und Literaturgattung, Frankfurt a.M. 1984, S. 273–289, 275; zur Datierung aaO., S. 91.

76 Z.B. *Roffredus Beneventanus*, *Libelli iuris civilis*, Turin 1968.

77 *Ordo A., B., C. iudices*, (F. Donald Logan, *An Early Thirteenth-century Papal Jude-Delegate Formulary of English Origin*, *Studia Gratiana* 14 (1967), 73–87), 80 Z. 2, 82 Z. 61.

78 Anders aber im Fall von zwei delegierten Richtern *Ordo Olim edebatur/Propositum presentis operis* [Rodoicus Modicipassus, Lincoln um 1180], aus: G. Bassani, *Libellus de ordine iudiciorum*, in: J. Tamassia/J.B. Palmerio, *Bibliotheca Iuridica medii Aevi*, Band 2, Bologna 1892, 213–248, pr. § 114, § 28.

79 *Ordo Ulpianus de edendo* [Hugo Puiset (?), England (Durham), 1153–1157], nach G. Hänel, *Incerti auctoris ordo iudiciorum*, in: E. Böcking, *Corpus legum sive brachylogus iuris civilis*, Berlin 1829, S. 1–56, 45.

80 *Ordo Quidam litteras impetravit*, in: L. Wahrmund, *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 79 (1899), 411–424, 603–628, 423.

denen Richtertypen differenziert. Schiedsrichter, Richter aus eigener Amtsgewalt und delegierte Richter wurden also getrennt behandelt. Beim delegierten Richter handelte es sich um ein besonderes, aber keineswegs nur in der Kirche verbreitetes Phänomen.⁸¹ Der Papst schickte einen oder mehrere⁸² Vertreter an den Ort des Streits mit der Vorgabe, den Fall nach bestimmten Prinzipien zu klären. In dem Delegationsschreiben waren also die rechtlichen Vorgaben enthalten, der delegierte Richter musste nur noch die Fakten erheben, um dann im Namen des Papstes zu entscheiden. Für den Fall unterschiedlicher Auffassungen von Schiedsrichtern sollte nach der Glosse einfach die Mehrheit entscheiden. Lag jedoch Stimmgleichheit vor, sollte keines der beiden Voten gelten. Bei einer Mehrzahl von delegierten Richtern sollten dagegen beide Voten gelten, bis eines davon von der Instanz, welche die Delegation angeordnet hatte, bestätigt wurde. Bei den ordentlichen Richtern, die aus eigener Macht und Richterstellung amtierten (*iudex ordinarius*), sollte bei Stimmgleichheit das Urteil *pro reo* entscheiden.⁸³

Erst Tancred von Bologna griff das Problem der Assessoren eingehend auf.⁸⁴ Der Assessor sei vom Gerichtsherrn dem Richter beigelegt worden, um diesen zu beraten und zum richtigen Ergebnis zu führen. Obgleich die Bestellung des Assessors zur Aufgabe des Gerichtsherrn bzw. des Richters gehöre, werde dies oft mit den Parteien abgesprochen. Die Beteiligung der Assessoren geschah also nicht durchweg und allgemein, sondern nur für schwierigere Fälle.⁸⁵ Auch Durantis betonte, dass der Assessor keine Gerichtsgewalt und Entscheidungskompetenz habe, sondern dieser berechtigten Person nur beigeordnet werde. Daher sei der Assessor nur ein Ratgeber (*consiliarius*).⁸⁶ Nicht ganz einfach war die Behandlung der Frage, inwieweit der Richter an den Rat der Assessoren gebunden war. Sicherlich sollte sich der Richter beraten lassen,⁸⁷ doch

81 Zum delegierten Richter vgl. Hermann Josef Conrad, Die „iurisdictio delegata“ im römischen und kanonischen Recht, Diss.jur. Köln, Köln 1930; George G. Pavloff, Papal Judge Delegates in the Time of Corpus Iuris Canonici, Washington 1963, S. 32 f.; Winfried Trusen, Die gelehrte Gerichtsbarkeit der Kirche, in H. Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Band 1, München 1973, S. 467 – 504, 480 f.

82 Pavloff, Papal Judge Delegates (Fn. 81), S. 19; Damasus, Ordo *Si quis vult*, c. XXXVI (ed. L. Wahrmund, Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Processes im Mittelalter, IV.4), Innsbruck 1926, S. 29; Wilhelmus de Drokedo, Summa Aurea, in: L. Wahrmund, Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Processes im Mittelalter, II.2, Innsbruck 1914, c. 7, S. 11: zwei delegierte Richter genannt.

83 Gl. *Iudices*, Glossa ordinaria zu C. 2 q. 6 c. 38, Venedig 1572, S. 459.

84 Tancred von Bologna (Fn. 68), I.4 De assessoribus et auditoribus, ed. F.C. Bergmann, Göttingen 1842, ND Aalen 1965, S. 108, hier besonders § 1.

85 So Winfried Trusen (Fn. 81), S. 475.

86 Guillelmus Durantis, Speculum iudiciale, Basel 1574 ND Aalen 1975, 1.1 de assess., § 1, 100 col. 2.

87 Durantis (Fn. 86), 2.2 de requisitione consilii, vor n. 1.

schlechten Ratschlägen brauchte er nicht zu folgen.⁸⁸ Andererseits riskierte er eine persönliche Haftung, wenn er den Ratschlag leichtfertig ignorierte.⁸⁹ Davon abgegrenzt wurde der *auditor*, der vom Gerichtsherrn bzw. *iudex* eingesetzt wurde, um bestimmte Artikel der Parteivorbringungen zu hören oder zu prüfen.⁹⁰ Er agierte an Stelle des Richters, war jedoch nicht dazu befugt, das Urteil zu fällen. Insoweit war er nur bei dessen Vorbereitung beteiligt. Allerdings war er mehr als nur ein Ratgeber (*assessor*).

In der zeitgenössischen Legistik beschäftigte man sich ebenfalls mit Fragen des Prozessrechts. In der römischen Tradition hätte es nahegelegen, sich ausschließlich mit dem einen Richter zu beschäftigen, um ihn deutlich von den Ratgebern zu trennen. Doch gab es schon in C. 1.51 einen Titel, der sich mit den Assessoren beschäftigte. Doch betonte man jedenfalls in Übereinstimmung mit der römischen Tradition, dass diese Beisitzer den Richter nur bei der Urteilsfindung berieten.⁹¹ Doch gab es hier Raum für widersprechende Auffassungen. Die Glosse betrachtete die Beisitzer als ordentliche Richter (*ordinarios iudices*), die aufgrund ihrer „*iurisdictio ordinaria*“ in der Sache entscheiden könnten.⁹² Sie unterschieden sich insoweit von bloßen Ratgebern (*consiliarios*), etwa Notaren.⁹³ Azo behandelte zu C. 1.51 dagegen das gesamte Hilfspersonal des Richters. Wie Tancred sah er die *assessores* nur als Hilfspersonal, nicht als vollwertige Richter. Die Aufgabe der Assessoren sah er begrenzt in der Durchführung einzelner richterlicher Prüfungen.⁹⁴ Offensichtlich konnte die Stellung der Richter ganz unterschiedlich ausfallen.

Der Überblick über die Schriften zum Prozessrecht hinterlässt einstweilen ein verwirrendes Bild. Die Autoren scheinen sich der Möglichkeit bewusst zu sein, dass das römisch-kanonische Prozessrecht von einem Einzelrichter, aber auch von einem Richterkollegium angewandt werden kann. Dabei gibt es auch unterschiedliche Auffassungen zur Stellung der Assessoren oder *coniudices*. Mal erscheinen sie als echte Richter, mal als bloße Hilfstuppe. Die *assessores* sind in der Regel nur Ratgeber, deren Votum den Richter nicht bindet.⁹⁵ Nur für den Fall,

88 Baldus, De Requisitione consilii, Zusatz zu Durantis (Fn. 86), 2.2 de requisitione consilii, S. 766.

89 Durantis (Fn. 86), 2.2 de requisitione consilii, n. 2, 763.

90 Tancred von Bologna (Fn. 68), I.4 § 7, 110; zum *auditor* s. auch Nörr (Fn. 58), S. 18; Winfried Trusen (Fn. 81), S. 476.

91 Gl. *Consiliarios*, Glossa ordinaria zu Auth. Vt defunct. seu funera eorum [Nov. 60 t. 15], c 2, Genf 1612, 306: „Consiliarios iudicum id est, assessores [...] quorum consilio administratores iudicant.“

92 So etwa Albericus de Rosate, Dictionarium Iuris tam Ciuilis, quàm Canonici, Venedig 1573, S. 138 zu *consiliiarii*: „Consiliiarii principis dicuntur habere iurisdictionem ordinariam.“

93 Gl. *Et consiliarios*, Glossa ordinaria zu C. 1.51.3 (Fn. 83), 275.

94 Azo, Summa Codicis, zu C. 1.51, n. 5, Venedig 1581 ND Frankfurt a.M. 2008, col. 48.

95 Bartolus, De consiliis habendis, in: Tractatus universi iuris, vol. 3.1, Venedig 1584,

dass die Angelegenheit ihnen delegiert werde, könnten *assessore*s in der Sache entscheiden.⁹⁶

Die Autoren behandeln die Frage nach der Zusammensetzung des Gerichts nur am Rande und konzentrieren sich auf Aspekte, welche die Anzahl der Richter nicht berühren. Nur am Ende der Zeit der Konsiliatoren findet man Reflektionen über die *consilarii* der Richter. Hostiensis hielt fest, dass alle Prälaten der Kirche *iudices ordinarii* seien; sie könnten sich allerdings den Rat der *assessore*s holen.⁹⁷ Panormitanus betonte, dass in kirchlichen Gerichten Laien nur *assessore*s seien und daher keine *iurisdictio* hätten; sie könnten nur ganz begrenzt selbständig Verfahrensschritte durchführen.⁹⁸ Doch weltlicherseits befand man im Anschluss an Aristoteles die Ratgeber für hilfreich, damit die Richter das Gesetz befolgten. Die Regelung der rechtskundigen Berater sei wegen der Unerfahrenheit der Richter eingeführt worden.⁹⁹ Der gewählte Rechtsberater solle dem Richter helfen, die Gerechtigkeit des Urteils zu finden.¹⁰⁰

Diese Unentschiedenheit der Autoren beruht wohl keineswegs darauf, dass sie sich hierzu keine Meinung bilden konnten hinsichtlich der klassischen Streitfrage, ob die Entscheidung eher vom Inhaber der Macht, dem Fürsten, oder aufgrund besseren Wissens von irgendwelchen klugen Leuten gefällt werden soll.¹⁰¹ Vielmehr wird man davon ausgehen müssen, dass die Autoren diese Entscheidung nicht fällen konnten, weil in der Praxis ganz unterschiedliche Lösungen bestanden. Daher ist es nun geboten, einen Blick in die mittelalterliche Gerichtswelt zu werfen.

2. Streifrichter zur Praxis des *Ius Commune*

Dabei ist es offensichtlich, dass hier nur einige Streifrichter auf die europäischen Gerichte bis zur Neuzeit geworfen werden können. Für die Kirche, welche auch von den Autoren besonders angesprochen wurde, war die Entscheidung zugunsten eines Kollegialgerichts schon in der Antike angelegt. Dies gilt für die

fol. 330va–331vb, 330va n. 1, der *assessor* diene „ad consilium habendum“, der Richter müsse Rat nicht folgen, vgl. n. 6, fol. 330vb: „consilium non est obligatorium“.

96 Bartolus, Commentaria zu D. 1.22, Venedig 1526 ND Rom 1996, fol. 47va.

97 Hostiensis, Commentaria zu X 2.1.2, n. 2, Venedig 1581, fol. 2va.

98 Panormitanus, Comm. zu X 2.1.2 (Fn. 73), fol. 9va.

99 Pacius Scala, De consilio sapientis, in: Tractatus universi iuris, vol. 3.1, Venedig 1584, fol. 331va–355va, hier c. 4, fol. 333ra: „ideo lex ob iudicum imperitiam assessores introduxit“.

100 Pacius Scala (Fn. 99), fol. 332va: „cum electus iurisperitus iudici consulit, vt iustam omnino ferat sententiam“.

101 Dazu Ennio Cortese, La Norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico, Milano 1964, c. 4, S. 143 ff.

Bischöfe im allgemeinen ebenso wie für den Bischof von Rom. In den frühmittelalterlichen Sendgerichten agierten die Bischöfe oder ihre Archidiakone wie gesehen nie allein, sondern stets mit den Synodalen als echtem „Umstand“. Auch der Bischof von Rom entschied nicht allein, sondern mit den suburbikarischen Bischöfen, aus denen sich allmählich das Kardinalskollegium und die römische Kurie entwickelte.¹⁰² Hier folgte der Bischof von Rom nur der allgemeinen kirchlichen Vorstellung von der Notwendigkeit, nur zusammen mit den Honoratioren der Kirchenprovinz urteilen zu dürfen.

Infolge des zunehmenden Arbeitsanfalls wurden nicht nur ausgebildete Juristen in steigender Zahl eingestellt, vielmehr wurden sie auch in den Arbeitsablauf der Kurie eingebunden.¹⁰³ Daraus entstand das älteste Gericht Europas, die Rota Romana, deren gewachsenen Charakter Knut Wolfgang Nörr betont.¹⁰⁴ Auch wenn die Dokumente erst das 14. Jahrhundert näher belegen, wird man die Geltung dieses Prinzips auch in der früheren Zeit annehmen müssen.

Solche Juristen wurden als *auditor* eingesetzt, um Fälle vorzubereiten und der Versammlung vorzutragen, die dann zu entscheiden hatte. Auditoren wurden zunächst nur für Fälle oder eine bestimmte Zeit vom Papst eingesetzt, erst allmählich bildeten sich Spruchkörper heraus, die gänzlich ohne Papst und Kurie amtierten. Damit hielt sich in der Rota Romana das Kollegialitätsprinzip, auch wenn die *auditores* zunehmend die Geschäfte allein durchführten. Eine festgelegte, stetig jedoch zunehmende Mehrzahl von *auditores* war also mit der Erarbeitung des Falles und einem Lösungsvorschlag betraut.¹⁰⁵ Ein *auditor* bereite einen Bericht über den Fall vor. Bei schwierigen Fällen sollte er sich mit seinen Kollegen beraten.¹⁰⁶ Zunächst wurde deren Stellungnahme im Kreis sämtlicher Richter, später nur noch eines periodisch wechselnden Kreises von

102 Erwin Gatz, Art. Kardinal/Kardinalskollegium, in: TRE, Band 17, Berlin/New York 1988, S. 628–635, 630 zur Entscheidung „de fratrurn nostrorum consilio“.

103 Den Aspekt großer Fallzahlen, die in Rom bewältigt werden mussten, betont Gero Dolezalek, Rechtsprechung der Sacra Romana Rota – unter besonderer Berücksichtigung der Rotamanualien des Basler Konzils, in: M. Bertram (Hrsg.), Stagnation oder Fortbildung? Aspekte des allgemeinen Kirchenrechts im 14. und 15. Jahrhundert, Tübingen 2005, S. 133–157, 133 f.

104 Knut Wolfgang Nörr, Über die mittelalterliche Rota Romana. Ein Streifzug aus der Sicht der Geschichte der kurialen Gerichtsbarkeit, des römisch-kanonischen Prozessrechts und der kanonistischen Wissenschaft, ZRG KA 124 (2007), 220–245; Gero Dolezalek/Knut Wolfgang Nörr, Rechtsprechungssammlungen der mittelalterlichen Rota, in: H. Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte, Band 1, München 1973, S. 849–856.

105 Vgl. Paolo Moneta, Art. Rota Romana (Tribunal de la), Diccionario General de Derecho Canónico, Band 7, Navarra 2012, S. 64–72.

106 Ordo *Ratio iuris* [1331], in: Die päpstlichen Kanzelordnungen von 1200–1500, hrsg. v. M. Tangl, Innsbruck 1894, § 9, S. 85 f. zur Konsultationspflicht der Auditoren untereinander, § 10, S. 86: Nach dem Referat des Berichterstatters muss 12 Tage auf die Stellungnahme der anderen gewartet werden.

Richtern besprochen. Daraus erwuchs ein erster Entwurf eines Urteils, die „*decisio*“.¹⁰⁷ Auch hier entschied die Mehrheit der Auditoren.¹⁰⁸ Diese wurde den Parteien mitgeteilt, die auf diese Weise die Möglichkeit erhielten, punktgenau auf die Darlegungen des Gerichts zu reagieren. Erst danach kam es zum eigentlichen Urteil der Rota, der *sententia*. Auf diese Weise wurde nicht nur den Parteien die Möglichkeit gegeben, ihre Einwände gegen das bevorstehende Urteil zu formulieren, sondern auch die verteilten Rollen zwischen *auditor* und Kollegium definiert. Bei Meinungsverschiedenheit entschied die Auffassung der Mehrheit.¹⁰⁹

Für 1378 berichtet Gero Dolezalek, dass die Richter die ihnen anvertrauten Fälle weitgehend alleine lösten; nur ein bis zwei Mal in der Woche trafen sich die Richter, um die Angelegenheiten miteinander zu besprechen und sich gegenseitig zu beraten. Anschließend gab die Mehrheit der Richter dem *auditor* einen schriftlich festgehaltenen Rat, dem dieser wohl meist folgte.¹¹⁰ Die Kollegialität wurde hier also Schritt für Schritt zurückgenommen. An die Stelle des Kollegiums trat der professionell ausgebildete *auditor*, der kraft Amtsgewalt die Angelegenheit grundsätzlich allein entscheiden konnte.¹¹¹ Die Masse der anfallenden Streitfälle drängte wohl auch dazu, das Gericht effektiver und auf Kosten der reiflichen Beratung agieren zu lassen.

Das Modell der Rota galt allerdings nicht für alle kirchlichen Gerichte. In den Diözesen führte die Professionalisierung der Juristen und Gerichte dazu, die bischöfliche Synode durch die Gerichtsbarkeit des Offizials zu ersetzen. Der Offizial, ein Jurist, konnte Urteile anstelle des Bischofs fällen und hatte insoweit die gleiche Macht wie der Bischof.¹¹² Dies zeigt, wie selbst in der Kirche Kollegialgericht und Einzelrichter nebeneinander koexistierten.

107 So auch bei *Stephanus Tornacensis*, Summa, ed. J.F. v. Schulte, Giessen 1891 ND Aalen 1965, S. 184: „*decisio*. *Sententia* prolata vel proferendo“.

108 *Emmanuele Cerchiari*, Capellani Papae et apostolicae sedis auditores causarum sacri palatii apostolici seu Sacra Romana Rota, 4 Bände, Rom 1919–21, Band 1, S. 233, c. 46 § 21.

109 So *Statuta sacri causarum apostolici palatii auditorum et notariorum*. Eine neue Quelle zur Geschichte der Rota Romana im späten Mittelalter, hrsg. v. Brigide Schwarz, in: J. Helmuth u. a. (Hrsg.), Studien zum 15. Jahrhundert. Festschrift für Erich Meuthen, München 1994, S. 845–867, § 18, S. 857.

110 *Gero Dolezalek*, Scriptura non est de substantia legis. A propos d'une décision de la Rote Romaine de l'An 1378 environ, in: *Diritto comune e diritti locali nella storia dell'Europa*, Atti del Convegno di Varenna (12–15 giugno 1979), Mailand 1980, S. 49–70, 54, für die Zeit um 1380.

111 Die Kollegialität betont dagegen noch *Jacques de Mathiis-Emerix*, Tractatus seu notitia Sacrae Rotae Romanae, tit. VI, ed. Ch. Lefebvre, Monumenta Christiana selecta, VIII, Tournai etc. 1960, S. 59: „*jurisdictio est communis toti tribunali, et commissiones fiunt solum pro commodiori et faciliiori causarum expeditione, [...]*“.

112 *Hostiensis*, Summa aurea, Lyon 1537 ND Aalen 1962, zu X 1.1.28, 46 n. 2: „*dic ergo quod consistorium episcopi et officialis vnum et idem censetur.*“; dazu auch *Winfried Trusen* (Fn. 81), S. 474.

Ein Blick auf den weltlichen Sektor verstärkt noch die Einsicht, warum Glossatoren und Postglossatoren für eine Fülle ganz unterschiedlich zusammengesetzter Gerichte schrieben. Nicht nur im kirchlichen Bereich gab es sowohl Einzelrichter wie Spruchkollegien, sondern auch im weltlichen. Entgegen der Tradition der Volksrechte führte die Gerichtsreform, die meist Friedrich Barbarossa zugeschrieben wird, in Oberitalien die Magistratsverfassung ein. Die Ämter vom Bürgermeister bis zu den Richtern wurden jährlich mit eigens bestimmten oder erwählten Personen besetzt, die sich am Ende der Amtszeit für ihre Amtsführung verantworten mussten. Schon Woldemar Engelmann stellte fest, dass hiermit das römische System der Magistrate übernommen wurde. Einzelrichter entschieden damit kraft ihres Amtes in den Städten Oberitaliens und prägten damit weithin die allgemeine Wahrnehmung von weltlicher Gerichtsbarkeit.¹¹³

Daneben bestanden jedoch Kollegialgerichte im weltlichen Bereich fort. Könige und Fürsten waren zwar wie der Papst Inbegriff des *iudex ordinarius*, doch fällten auch sie traditionell nur zusammen mit ihrem Umstand Urteile. Schon mit dem Beginn regulärer Gerichtsbarkeit durch die fränkischen Könige, die *placita*, agierten diese öffentlich und zusammen mit ihrem Hofstaat.¹¹⁴ Auch der König von Frankreich entschied in der Zeit vor der Einschaltung ausgebildeter Juristen „habito consilio“. Diese Formulierung verriet, dass der Monarch in der Entscheidung von einem Umstand unterstützt wurde.¹¹⁵ Ganz ähnlich wurde im kanonischen Recht mit „accepto consilio“ auf Beisitzer beim Urteil hingewiesen.¹¹⁶ Klar ist hierin sowohl das päpstliche Vorbild als auch die Tradition, die bis zu den römischen Kaisern zurückreicht.

Mit der Professionalisierung von Juristen und Gerichten wurden zunächst in Übereinstimmung mit dem gelehrten Recht Richter für den konkreten Fall bestimmt, bis dann die Ernennung vom Gericht selbst vorgenommen wurde.¹¹⁷ Auch hierin entspricht die französische Entwicklung der Geschichte der Rota Romana. Ab 1345 erfolgte dann eine unbefristete Einsetzung der Richter in ihr Amt, wobei Kammern mit mehreren Richtern gebildet wurden, z. B. die Grand-

113 Woldemar Engelmann, Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre, Leipzig 1938, S. 56 ff.; Ennio Cortese, Il diritto nella Storia Medievale, Roma 1999, II 266, 270.

114 Vgl. MGH Dipl. Mer., Band 1, Nr. 79, 201 Z. 26: „Cum in nostri praesentia vel procerum nostrorum [...]“.

115 Olivier Guillot/Albert Rigaudière/Yves Sassier, Pouvoirs et institutions dans la France médiévale. Des temps féodaux aux temps de l'État, Paris 1998, Band 2, S. 223.

116 S. Conrad (Fn. 81), S. 61.

117 Zur Entwicklung des Parlement de Paris als zentralem, höchstinstanzlichen Königsgericht vgl. Alfred Soman, La justice criminelle vitrine de la monarchie Française, in: Le Parlement de Paris et la justice royale (XIVe – XVIIe siècle), Paris 1995, S. 291 – 304, 295.

Chambre.¹¹⁸ Weiterhin verstand sich das Parlement jedoch als ein einheitlicher Spruchkörper, als Corps.¹¹⁹

Eine ganz parallele Entwicklung, allerdings verzögert und verspätet, findet man im Reich. Auch der deutsche König bzw. Kaiser urteilte zusammen mit seinem Umstand. Zu seinen Urteilern ist wenig bekannt, verbürgt ist hingegen die Mehrzahl.¹²⁰ Das Reichskammergericht setzte nur diese Tradition fort. Der Kammerrichter trat an die Stelle des Monarchen vor allem in der Funktion der Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Verfahrens und der Vollstreckung des Urteils. Die „Assessoren“ waren dagegen diejenigen, die mit der Bestimmung der Urteile betraut waren. Sie wurden daher gelegentlich auch „Urteiler“ genannt.¹²¹ Wie dies vonstatten ging, wurde in der Literatur allerdings bisher kaum dargestellt. Die Doktoren des Kollegiums waren dazu bestimmt, die Urteile vorzubereiten, die Ritter hatten nur mit zu entscheiden.¹²² Während nach 1495 das Reichskammergericht unter dem Vorsitz des Kammerrichters im Plenum entschied, wurden allmählich immer mehr und spezialisierte Senate gebildet. So gab es drei Judizialsenate, die mit acht oder später neun Assessoren besetzt waren, von denen mindestens sechs anwesend sein mussten.¹²³ Die Senate wurden wieder vom Kammerrichter, dem Präsidenten oder dem höchstrangigen Assessor geleitet, die aufgrund dieser Funktion nicht entscheidungsberechtigt waren. Handelte es sich um einen Assessor, durfte dieser jedenfalls beratend mitwirken.

Mindestens ein Beisitzer referierte genau über die eingebrachten Artikel.¹²⁴ Darauf hatten die anderen Beisitzer ihr Votum abzugeben. Es entschied grundsätzlich die Mehrheit der mitwirkenden Assessoren. Fraglich blieb, ob der Kammerrichter ein Stimmrecht hatte, wenn Stimmgleichheit der Assessoren gegeben war. In der Weimarer Zeit gab der Kammerrichter jedenfalls einige Male ein solches „votum decisivum“ ab.¹²⁵ Die inhaltliche Nähe zum *auditor* der Rota

118 Vgl. *Yvonne Bongert*, *Histoire du droit pénal*, Paris 2012, S. 301 f.

119 Vgl. *Françoise Autrand*, *Naissance d'un grand corps de l'Etat. Les gens du Parlement de Paris 1345 – 1454*, Paris 1981, S. 145 f.

120 *Otto Franklin*, *Das Reichshofgericht im Mittelalter*, Band 2, Weimar 1869 ND Hildesheim 1967, S. 125.

121 *Sigrid Jahns*, *Das Reichskammergericht und seine Richter. Verfassung und Sozialstruktur eines höchsten Gerichts im Alten Reich*, 2 Bände, Köln/Weimar/Wien 2011, Band 1, S. 105.

122 *Rudolf Smend*, *Das Reichskammergericht. Geschichte und Verfassung*, Weimar 1911 ND Aalen 1965, S. 299, 309. Dazu leider nichts weiter bei *Sigrid Jahns*, *Die Assessoren des Reichskammergerichts in Wetzlar*, Wetzlar 1986; *dies.* (Fn. 121), Band 1, S. 142 ff., 168 ff., 343 ff.

123 *Heinrich Wiggenhorn*, *Der Reichskammergerichtsprozeß am Ende des alten Reiches*, Diss. jur. Münster 1966, S. 29 f.

124 *Kayersliche Cammer-Gerichts-Ordnung*, Art. XXIII § 18, in: *Johann Jacob Schmauss*, *Corpus juris publici s. R. Imperii academicum*, Leipzig 1759, S. 388.

125 *Jahns* (Fn. 121), Band 1, S. 113.

Romana ist wieder deutlich, auch wenn weder diese Begrifflichkeit gebraucht wurde noch der Unterschied zwischen *decisio* und *sententia* gemacht wurde.

Die Ähnlichkeiten zwischen den Strukturen und den Entwicklungen der Rota Romana, dem Parlement de Paris und dem Reichskammergericht zeigen, dass hier gemeinsame Prinzipien wirkten, obgleich der Ausschluss des „Kammerrichters“ bei der Entscheidungsfindung auf die mittelalterlich deutsche Gerichtsverfassung verweist. Insgesamt liegt eine Rückführung auf das päpstliche Vorbild doch näher, zumal es die Kirche war, die in dieser Zeit die Vorstellungen der Gerechtigkeit juristisch ausbuchstabierte. Letztlich folgte diese Tradition, dass der Herrscher nur mit seinem Umstand entschied, jedoch dem Vorbild der römischen Kaiser seit spätestens Diokletian. Die Praxis des *Ius Commune* verstand es offenbar, die verschiedenen Traditionen zu amalgamieren und nach Bedarf zu adaptieren. Die Unterschiede zwischen römischer, kirchlicher und „germanischer“ Tradition lösen sich insoweit weitgehend auf, auch wenn es hinsichtlich des Stimmrechts der Räte und der personellen Zusammensetzung des Umstands Unterschiede gab.

Aus den verschiedenen Modellen der Antike entwickelte sich damit eine Gemengelage, welche die verschiedenen Modelle nebeneinander praktizierte und dabei auch gewissen Angleichungsprozessen unterwarf.

IV. Schluss

Die Antike bot mit dem römischen System der Magistrate, der *episcopalis audientia* des Richters mit den Klerikern seiner Diözese und den volksrechtlichen Volksgerichten drei unterschiedliche Modelle. Verständlich werden sie nur in Abhängigkeit von politischer Verfassung, der jeweiligen Zielsetzung des Verfahrens und der Erkenntnislehre. Die Kollegialität spielte daher die geringste Rolle, findet sie sich doch allenfalls bei den deutschrechtlichen Urteilern.

Daraus bildete die Rechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts die Auffassung von drei gänzlich unterschiedlichen Rechtstraditionen, die über Jahrhunderte unvermittelt nebeneinander bestanden hätten. So ergab sich auch das Bild der Tradition vom germanischen Recht der *Leges barbarorum* bis zum deutschen Recht am Ausgang des Mittelalters. In diesem Modell konnte ein Urteil nur mit der Zustimmung des Umstandes gefällt werden, das Urteil benötigte also den „Vollbort“¹²⁶. Die rechtshistorische Literatur kennt daher in dieser Tradition die Dreiteilung zwischen römischen, kanonischen und germanisch-deutschen Rechtsauffassungen. Diese klassische Aufteilung der Rechtsgeschichte in Teil-

126 Wolfgang Sellert, Art. Vollbort, HRG, Band 5, Berlin 1998, S. 1023 – 1024; klassisch Planck (Fn. 43), S. 262 ff.

bereiche mit gesonderten Zuständigkeiten wirkte bisher gerade in dieser Hinsicht besonders überzeugend.

Das hohe Mittelalter ging allerdings sehr viel weniger dogmatisch und trennend mit diesem Erbe um. Weder der geistliche noch der weltliche Bereich legte sich auf Einzelrichter oder Kollegialgericht fest, beide Gewalten nutzten vielmehr beide Typen in unterschiedlichen Situationen. Das *consilium* des römischen Kaisers bot das Modell für die Rechtsprechung der Päpste, das wiederum für die Rechtsprechung der entstehenden Gerichte in Zentraleuropa Modell stand. Die Stellung des Bischofs übernahm den römischen Amtsbegriff, was ihn deutlich von seinem Umstand abhob. Dieser konnte im Licht des klassischen römischen Rechts als *consilium*, in der Tradition der Volksrechte aber auch als Beteiligung des Volks gedeutet werden, wie dies mit Hinschius sogar einem der großen Experten der Kanonistik unterlief. Das Beispiel der Rota Romana beweist schließlich, dass sogar in einem einzigen Gericht die Übergänge zwischen beiden Formen fließend sein konnten, insoweit die einzelnen *auditores* immer mehr Selbständigkeit erwarben und allein agierten.

Wenn schon den Rechtshistorikern die Zuordnung schwerfällt, wird die Trennung den Zeitgenossen des *Ius Commune* erst recht kaum möglich gewesen sein. Daraus ergibt sich, dass sich in dieser Frage römisches, kanonistisches und germanisch-deutsches Prozessrecht nicht wirklich voneinander trennen lassen. Auch der Einzelrichter hatte durchaus Ratgeber und der Umstand von Papst, Bischof, König und Kaiser unterschieden sich deutlich in ihrer personellen Zusammensetzung. Daraus wird verständlich, warum die Zeitgenossen keinen so krassen Widerspruch der Traditionen wahrnehmen mussten, wie er in der Rechtsgeschichte bisher gezeichnet wurde.

In der Zeit des *Ius Commune* wurden die Vorbilder weniger dogmatisch als vielmehr pragmatisch genutzt. War ein gelehrter Richter vorhanden, konnte er als Offizial ebenso gut urteilen wie der Bischof in der Synode. Beide urteilten mit der gleichen Autorität und es scheint nur die Frage gewesen zu sein, ob man sich das Gehalt des Offizials bzw. *auditor* leisten konnte. Daraus ergibt sich der Befund, dass die drei Modelle der Antike im Laufe der Entstehung des *Ius Commune* unbekümmert der unterschiedlichen Traditionen vermengt wurden. Die Aufteilung der Rechtsgeschichte in die genannten drei Teildisziplinen ist nicht eben hilfreich, um diese Verbindungen zu erkennen.

Die Literatur des *Ius Commune* reagierte auf die Vielgestaltigkeit des zeitgenössischen Rechtslebens, indem die konkrete Zusammensetzung des Gerichts nur selten und beiläufig behandelt wurde. Stattdessen konzentrierte man sich auf die gemeinsamen Fragen, etwa zum *officium iudicis*. Sowohl die Formularsammlungen wie auch die Ordines hatten damit die Aufgabe, den Prozessverlauf ebenso für Einzelrichter wie für große Kollegialgerichte zu erklären. Auch die großen Kommentarwerke enthielten sich diesbezüglich einer Festlegung. Diese

Autoren hatten schlichtweg keine Kompetenz zur Bestimmung der richtigen Zusammensetzung eines Gerichts, sondern mussten die Vielgestaltigkeit der Gerichte ihrer Zeit hinnehmen. Einzelrichter und Kollegialgerichte waren beide weit verbreitet und zugleich auch akzeptiert. Es lag daher nahe, zum Problem der Richterzahl keine Ausführungen zu machen.

Insbesondere die oberitalienische Gerichtsreform mit der Einführung der Magistratsverfassung veränderte die allgemeine Wahrnehmung. Die Richterzahl wurde kaum noch erwähnt, und die Beisitzer wurden zunehmend wieder wie im klassischen römischen Recht nur als Ratgeber und Hilfspersonen, nicht als Urteiler angesehen. Natürlich blieb die Zusammensetzung der Gerichte auch eine Rechtsfrage, doch wurde die nicht einheitlich, sondern für die Gerichtsart oder die einzelnen Gerichte separat durch Gesetze bestimmt. Die verstreuten Sätze in der wissenschaftlichen Literatur vermögen daher keinen Einblick in die Heterogenität der Zusammensetzung der Spruchkörper ihrer Zeit zu vermitteln.

Das gemeine Recht hielt sich in Europa, bis im 18. Jahrhundert verschiedene Kritiken seine Legitimation untergruben. Hier sei kurz auf das erkenntnistheoretische Problem verwiesen, das John Locke begründete. Die protestantische Erkenntnistheorie seit Melancthon ging bereits von der individuellen und daher notwendig fragmentarischen und fehlerhaften Erkenntnis des Menschen aus.¹²⁷ Auf dieser Grundlage entwickelte John Locke die Lehre, dass jeder Mensch durch seine Ausbildung zu spezifischen Sichtweisen neige. Dies könne Vorteile einer geschärften Wahrnehmung, aber auch Nachteile durch berufsmäßig entwickelte Vorurteile mit sich bringen. Leidenschaft und Vorlieben könnten die Wahrnehmung prägen und die Erkenntnis verzerren.¹²⁸ Der Strafrichter, der ständig mit Straftätern konfrontiert werde, entwickle notwendigerweise die Auffassung, ständig von Gesindel umgeben zu sein. Als Vertreter der Krone und Magistrat neige er Auffassungen zu, die so allgemein nicht notwendigerweise von der Gesellschaft geteilt werden müssten.

Locke wurde alsbald nicht nur in England, sondern auch auf dem Kontinent rezipiert. Diese Lehre ließ sich gut instrumentalisieren, um die englische Jury auch auf dem Kontinent zu verlangen. Der berufsmäßige, rechtswissenschaftlich ausgebildete Richter war nicht mehr länger Garant der Gerechtigkeit, sondern nur einer verzerrten, berufsspezifischen Wahrnehmung der Gesellschaft. Nur die in der Jury versammelten Schöffen waren unverbildet und unvoreinge-

127 *Max Wundt*, *Die deutsche Schulmetaphysik des 17. Jahrhundert*, Tübingen 1939, S. 261 und passim.

128 *James Tully*, *An approach to political philosophy: Locke in context*, Cambridge 1993, S. 199 ff., 238 ff.

nommen. Dahinter stand natürlich auch die Absicht, eine demokratische Partizipation in der Jurisdiktion zu erreichen.¹²⁹

129 Vgl. *Verf., Humanität und Staatsraison. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinsamen Strafprozeß- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*, Wien/Köln/Weimar 2000, S. 543.

Le principe de collégialité – un fondement discuté et bousculé du procès pénal en droit français et allemand¹

Das Kollegialprinzip – ein fraglicher und gefährdeter Grundsatz im französischen und deutschen Strafverfahren

Das Kollegialprinzip ist im französischen und im deutschen (Straf-)Prozessrecht seit langem eine feste Größe. In Frankreich etwa finden sich seit dem 15. Jahrhundert entsprechende Formulierungen; bekannt ist der Satz Montesquiens, dass Einzelrichter nur in despotischen Regimen Verwendung finden. Feuerbach hat sich ähnlich geäußert.

Obwohl in beiden Rechten vor allem im 19. Jahrhundert Kollegialspruchkörper den Regelfall bildeten, wird heute hier wie dort vom Niedergang des Kollegialprinzips gesprochen. Erstaunlich unklar ist zudem der rechtliche Status dieses Prinzips. Als kennzeichnend für ein Spruchkollegium ist anzusehen, dass es als Einheit auftritt – im Gegensatz zu einer bloßen Mehrzahl von Richtern, die einzeln begründete Voten abgeben wie etwa in England, am BVerfG oder am EGMR –, und eine ungerade Zahl von Mitgliedern hat, die an ein Beratungsgeheimnis gebunden sind. Die Vorzüge eines Spruchkollegiums gegenüber dem Einzelrichter scheinen communis opinio zu sein: höhere Qualität der Entscheidungen und Begründungen durch Meinungs austausch; größere Unparteilichkeit durch wechselseitige Kontrolle (daher die Sentenz „juge unique, juge inique“); größere Unabhängigkeit aufgrund größerer Widerstandskraft der Gruppe, schließlich Verbesserung der Ausbildung des Richternachwuchses und feierlichere Verkörperung der Justiz.

Im französischen Recht ist das Kollegialprinzip zwar schon Ende des 19. Jahrhunderts vom Conseil d'Etat als Garant der Unabhängigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit anerkannt worden, gleichwohl hat es keinen Verfassungsrang, sondern geht im Prinzip der Gleichheit aller vor dem Gesetz auf. Auch die EMRK und das deutsche Verfassungsrecht schweigen sich zum Kollegialprinzip weitgehend aus. Insgesamt stellt sich das Prinzip weniger als Rechtsgrundsatz denn als bloße Organisationsform oder Praxis dar.

Die Entwicklung geht in beiden Ländern dahin, Zuständigkeiten vor allem im Bereich der geringfügigen bis mittleren Kriminalität zunehmend auf Einzel-

1 Le style oral propre à cette intervention a été largement conservé.

richter zu verlagern, so dass etwa in Frankreich künftig mehr als die Hälfte aller Fälle nicht mehr von einem Kollegium entschieden wird. Gerade für die große Mehrheit der einfachen Fälle erscheint der Einzelrichter ausreichend. Die Gründe dafür sind neben Verfahrensbeschleunigung vor allem Prozess- oder genauer Justizökonomie, die freilich nicht zu Lasten der Qualität der Rechtspflege und der Verteidigungsrechte gehen darf.

Il est des principes semblant immuables et établis, mais qui reposent en fait sur des constructions pratiques d'autant plus fragiles qu'on les remet sans arrêt en question. Lors de précédentes rencontres franco-allemandes à Sarrebruck, M. Xavier Pin évoquait en ce sens les virevoltes de la danse des droits de la défense. Mais il s'agissait alors d'une valse dont on sait depuis Brel qu'elle comporte bien des temps et depuis Sibelius, qu'ils sont parfois heureux et d'autrefois tristes; l'on tourne et l'on avance, même si la direction n'est pas toujours bien définie. Pour la collégialité, on ne filera pas de belle métaphore, l'idée récurrente est plutôt celle d'une lente érosion, d'une réalité économique faite de contractions de personnels ou d'allocations de moyens. M. Heike Jung disait de ce principe qu'il est «anticyclique»,² ce qui fait penser encore un peu plus à l'économie et à ses lois.

La collégialité revêt certes en France comme en Allemagne une dimension historique importante (on la trouve ainsi formulée en France dès 1455³), mais elle est d'une «pérennité fragile» pour reprendre le mot de M. Nader Hakim.⁴ Des voix célèbres ont pourtant fait son apologie comme Montesquieu en 1758 («*Du juge unique* – Un tel magistrat ne peut avoir lieu que dans le gouvernement despotique», *De l'esprit des lois*, Livre VI, chap. VII) ou Feuerbach au XIX^e siècle.⁵ En droit positif, la collégialité était quasiment intégralement respectée en 1810 dans tous les ordres juridictionnels français, à l'exception notable du juge de paix et du juge d'instruction (mais ce dernier opérait alors sous le contrôle de la chambre du conseil et de la chambre des mises en accusation). Elle reste encore largement vue en doctrine pénale française comme un véritable principe mais dont le déclin est

2 H. JUNG, «Das Kollegialprinzip – ein antizyklisches Thema?», in E. HILGENDORF/R. RENGIER (Dirs.), *Festschrift (Mélanges) Heinz*, éd. Nomos, 2012, p. 883 et s.

3 Pour des considérations historiques, v. N. HAKIM, «La collégialité: histoire d'un mode d'organisation de la justice», F. HOURQUEBIE (Dir.), *Principe de collégialité et cultures judiciaires*, éd. Bruylant, 2010, p. 20 et s.; H. JUNG, «Das Kollegialprinzip – ein antizyklisches Thema?», *ibid.*; P. RIESS, «Der Niedergang des Kollegialprinzips in der Strafgerichtsbarkeit», in H. JUNG/B. LUXENBURGER/E. WAHLE (Dirs.), *Festschrift (Mélanges) Egon Müller* 2008, p. 599 et s.

4 N. HAKIM, «La collégialité: histoire d'un mode d'organisation de la justice», *ibid.*

5 P. A. v. FEUERBACH, *Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Rechtspflege*, Tome 1, *Von der Öffentlichkeit der Gerichte, Von der Mündlichkeit der Rechtsverwaltung*, 1821 (réimpression 1969), p. 359.

évident: c'est une «formule de luxe»⁶ en des temps d'austérité. D'aucuns ont même en conséquence qualifié la collégialité de simple «pratique».⁷ En droit allemand dans les 130 années qui ont suivi l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale impérial de 1877, la collégialité est, à l'identique, sur le déclin pour la doctrine.⁸

Quoiqu'il en soit de la force de sa valeur de principe, sa relativité pratique est évidente *ab initio*. La collégialité n'est pas partagée avec la même intensité par l'ensemble des pays et ne trouve pas d'application à tous les niveaux de juridiction: seul le premier degré est ainsi concerné.⁹ Elle ne concerne que les juges du fond et non pas le ministère public. Mais en contrepartie, son champ d'application est large: la collégialité, remise en question en droit pénal, trouve d'autres formes d'existence dans ce que l'on peut qualifier de droit répressif. Ainsi, des collèges *lato sensu* sont prévus dans des instances de sanction de nature administrative. Il sera donc intéressant de faire le tour des réflexions qui ont pu être soulevées en doctrine par cette problématique dans les deux ordres juridiques étudiés. La controverse centrale est celle de la coexistence – de l'option¹⁰ – et du rapport de force entre le juge unique et le collège comme modes d'organisation de la justice¹¹. C'est donc pour les pénalistes une approche le plus souvent strictement organique du problème.¹²

La question dans son ensemble semble se décliner moins en un principe proprement dit qu'en termes d'approche pragmatique, au-delà des limites propres au droit pénal. Plutôt que d'un *principe de collégialité* (I) il faudrait parler d'une *collégialité de principe* comme *mode d'organisation judiciaire en concurrence avec le juge unique* (II).

6 R. PERROT, *Institutions judiciaires*, éd. Montchrestien, 2010, n° 502.

7 D. LAVROFF, in F. HOURQUEBIE (Dir.), *Principe de collégialité et cultures judiciaires*, op. cit., p. 84.

8 P. RIESS, «Der Niedergang des Kollegialprinzips in der Strafgerichtsbarkeit», *loc. cit.*, p. 599.

9 R. PERROT, *Institutions judiciaires*, *ibid.*

10 M.-L. RASSAT/J.-L. LEMOYNE DE FORGES/P. J.-L. LEMOYNE DE FORGES, *Institutions administratives et juridictionnelles*, éd. Ellipses, 2005, n° 202.

11 Voir très significativement, Th. LE BARS, ss. «Juge unique/collégialité», in *Dictionnaire de la Justice*, L. CADIET (et al.), éd. PUF, 2004.

12 J.-F. FLAUSS, «La collégialité à la Cour EDH», in *Justices et droit du procès: du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, *Mélanges Guinchard*, éd. Dalloz, 2010, p. 453 et s., distingue conception organique, voire organiciste, et fonctionnelle de la collégialité.

I. La «collégialité» comme «principe»

A. Qualités, contours et fondements de la collégialité

Il est d'emblée difficile de cerner les contours et limites de ce que signifie vraiment ce principe de collégialité et de ce qu'il emporte comme conséquences.

Il faut déjà distinguer la véritable collégialité de formes moins consistantes que l'on pourrait qualifier d'«aménagées» ou «contournées», prévues par exemple par l'article 786 du CPC qui permet à un «magistrat chargé du rapport, si les avocats ne s'y opposent pas, [de] tenir seul l'audience pour entendre les plaidoiries et [d'en] rendre compte au tribunal dans son délibéré»¹³. Ou encore la création du juge des libertés et de la détention qui a été une manière d'instiller de la collégialité dans une procédure à juge unique pour ce qui est de la question sensible du placement en détention provisoire.¹⁴ Mais on peut ici y voir deux juges uniques à la place d'un seul, une «quasi-collégialité». De plus, même pour la collégialité véritable et formelle, l'exemple anglais montre qu'en collège, l'institution d'opinions dissidentes ou concordantes séparées relativise la force de ce mécanisme:

«les juges d'appel opinent publiquement en faisant connaître éventuellement leur «opinion dissidente» dans la décision elle-même. Ce n'est donc pas une véritable collégialité, mais plus exactement une pluralité de juges uniques. La collégialité, au sens propre du terme, signifie que la décision est rendue par la juridiction, considérée comme une entité (...)»¹⁵.

C'est une tradition que le juriste français a pu apprendre à connaître par les décisions de la Cour EDH et que l'on trouve pratiquée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande et le droit US.¹⁶

Se poserait aussi la question de la déclinaison pratique de ce principe au sein de la formation collégiale. Certains magistrats au sein de la formation collégiale sont plus spécialisés que d'autres et leur connaissance factuelle et juridique du sujet convainc. Ou c'est leur expérience, voire leur rang qui fera la différence. Ceci devrait s'accompagner de l'étude de l'impact du rôle des conseillers rapporteurs et avocats généraux dans la collégialité pratiquée au sein de la Cour de cassation laquelle semble la plus aboutie et la plus complexe: c'est une réflexion en plu-

13 B. MELIN-SOUCRAMANIEN, «Collégialité et procédure civile», in *Principe de collégialité et cultures judiciaires*, op. cit., p. 132.

14 J. PRADEL, «Procédure pénale et collégialité», loc. cit., p. 107.

15 R. PERROT, *Institutions judiciaires*, ibid.

16 R. PERROT, *Institutions judiciaires*, op. cit., n° 590, note de bas de page 81.

sieurs temps, celle du rapporteur¹⁷ puis de l'avocat général¹⁸ suivie des débats proprement dits, s'organisant selon une hiérarchie bien établie.

Il faut de plus évoquer les corollaires de la collégialité, à savoir *l'imparité* du nombre de juge et la confidentialité, le *secret du délibéré*.¹⁹ L'imparité, en pratique le plus souvent à trois voix, est la conséquence arithmétique de la nécessité de parvenir à un scrutin, on l'a donc parfois qualifié de «mode de résolution de conflit»²⁰. Elle n'est cependant pas le seul moyen de résoudre un conflit des voix: le président pourrait avoir voix prépondérante, toujours dans le sens d'un aménagement de la collégialité.²¹ Le secret du délibéré permet à chacun d'échapper aux pressions qui pourraient exister au sein du collège; il est ainsi «inhérent au principe de collégialité», le jugement étant «l'œuvre du tribunal»²². Ce secret a été expressément consacré comme principe général du droit public par le Conseil d'Etat et est prévu par l'article L 8 du C. just. adm.²³ Les arrêts ou jugements qui contreviennent à ce principe en indiquant que la décision a été prise à l'unanimité sont cassés par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat.²⁴

17 «Le rapport rappelle les faits de la cause, les moyens de cassation invoqués, les principes juridiques applicables et les conséquences qu'il y a lieu d'en tirer pour le jugement du pourvoi. Il est déposé au greffe. Ces rapports ne peuvent être communiqués aux parties ou à leurs avocats. Mais ils sont lus à l'audience publique, à l'exception de la partie qui relate l'avis du rapporteur et ils sont quelquefois publiés après le prononcé de l'arrêt, lorsque l'affaire présente un intérêt jurisprudentiel particulier.» J. BORE/L. BORE, v^o «Cassation (Pourvoi en)», *Rép. Pén. Dalloz* 2006, n^o 380.

18 «Le dossier, rétabli au greffe par le conseiller-rapporteur, avec le rapport et le projet d'arrêt, est transmis à l'un des avocats généraux de la chambre criminelle que le procureur général désigne pour conclure dans l'affaire considérée. L'avocat général étudie le dossier et rédige des conclusions écrites qui peuvent s'écarter éventuellement de la position prise par le rapporteur, si la solution du problème juridique posé par le pourvoi peut donner lieu à controverse. L'avocat général, comme le rapporteur, examine l'affaire avec une objectivité complète, alors même qu'il est en présence d'un pourvoi formé par le ministère public d'une cour d'appel. Devant la Cour de cassation, en effet, le procureur général et les avocats généraux n'agissent pas comme partie poursuivante, mais comme des commissaires du droit, dont la mission est de conclure en toute indépendance sur les problèmes juridiques soulevés par le recours.» J. BORE/L. BORE, v^o «Cassation (Pourvoi en)», *Rép. Pén. Dalloz* 2006, n^o 381.

19 J. PRADEL, «Procédure pénale et collégialité», *loc. cit.*, p. 112 et s.

20 M.-L. RASSAT/J.-L. LEMOYNE DE FORGES/P. J.-L. LEMOYNE DE FORGES, *Institutions administratives et juridictionnelles*, *op. cit.*, n^o 203.

21 M.-L. RASSAT/J.-L. LEMOYNE DE FORGES/P. J.-L. LEMOYNE DE FORGES, *ibid.*

22 R. PERROT, *Institutions judiciaires*, *op. cit.*, n^o 590.

23 CE, 15 oct. 1965, *Mazel*, *JCP* 1966. II. 14487: «([la] règle du secret des délibérations (...) constitue un principe général du droit public français et qui s'impose à toutes les juridictions, à moins d'exception constatée par la loi; (...)).»

24 Par ex., CE, 17 nov. 1992, *Légillon*, *Rec. Lebon*, p. 848.

Qu'elles sont ensuite les vertus véritables ou supposées de cette collégialité? Selon MM. Merle et Vitu.²⁵

«La collégialité, admise dans la plupart des pays, repose sur l'idée que, plus nombreux sont les juges, meilleure est la justice. La délibération commune permet de mieux peser les arguments, de mieux dégager les solutions, de mieux motiver les décisions. La présence de plusieurs magistrats permet un contrôle réciproque et garantit une plus haute impartialité (juge unique, juge inique), dit-on, un peu abusivement d'ailleurs; elle protège chaque membre contre les pressions extérieures et assure une plus forte indépendance à tous; enfin, elle assure la formation des jeunes magistrats au contact des anciens.» Ou pour un autre auteur, traitant de l'instruction, «l'institution de la collégialité repose sur le souci de limiter les erreurs.»²⁶

On évite ainsi «les défaillances volontaires comme involontaires des juges»²⁷.

Réflexion, concertation, indépendance, impartialité, neutralité sont en conséquence les indéniables qualités qui semblent pencher en la faveur du collège.²⁸ Une interrogation soulevée par M. Heike Jung reste cependant en suspens: ces qualités n'ont jamais été vérifiées factuellement ou statistiquement mais relèvent de ce qu'il qualifie de *communis opinio* des acteurs du monde judiciaire.²⁹ Enfin, toujours selon cet auteur, la collégialité incarne de la manière la plus visible la justice dans sa forme la plus noble: c'est le rituel judiciaire dans sa mise en scène la plus aboutie. Il renvoie alors à M. François Desprez et à son idée de «hiérarchie de solennité»,³⁰ un point vérifié par la composition classique des juridictions pénales comme évoquée *infra*.

Ce modèle collégial est effectivement reconnu au-delà de sa valeur de principe et des frontières du droit pénal comme un instrument aux garanties indéniables. Les autorités de régulation et de la concurrence sont constituées en collèges; c'est donc une forme de justice ou de quasi-justice qui s'affirme même dans les domaines du droit les plus récents. L'Autorité de la Concurrence, l'Autorité des marchés financiers sont organisées en collèges ou commissions collégiales, la composition de ces derniers faisant l'objet de dispositions précises afin d'assurer à la fois les compétences professionnelles, juridiques et économiques les plus étendues ainsi que l'indépendance de ses membres.³¹ On peut formuler ces

25 R. MERLE/A. VITU, *Traité de droit criminel, Tome II, Procédure pénale*, éd. Cujas, 2001, n° 682.

26 J. LEBLOIS-HAPPE, «Quelle collégialité pour l'instruction en 2010?», *AJ Pénal* 2008, p. 363 et s.

27 Y. STRICKLER, «Le juge unique en procédure pénale», *LPA*, 18 fév. 2002, p. 9 et s.

28 J.-M. BAUDOUIN, «La collégialité est-elle une garantie de la sûreté des jugements? Réflexions sur un exercice d'école», *RTD civ.* 1992, p. 532 et s.

29 H. JUNG, «Das Kollegialprinzip – ein antizyklisches Thema?», *loc. cit.*, p. 890.

30 F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, éd. LGDJ, 2009, p. 283 et s.

31 L 461-1 et 461-2 du C. com. pour l'ADLC. Pour l'AMF: deux conseillers d'Etat désignés par le vice-président du Conseil d'Etat; deux conseillers à la Cour de cassation désignés par le

observations de manière similaire pour les chambres décisionnelles des autorités de la concurrence et de régulation allemandes (*Bundeskartellamt* et *BNetzA*).³²

Il semblerait donc que toutes ces qualités justifieraient une affirmation de ce principe coulée dans l'airain le plus solennel, celui de la Constitution ou de la Loi fondamentale. Or, les fondements même et le poids de ce principe semblent incertains.

B. L'autorité du principe de collégialité

On ne peut en effet parler d'un principe aux fondements solides dans les deux pays étudiés.

Si l'on se penche sur la jurisprudence constitutionnelle française, il est difficile de parler d'un principe affirmé ou consacré *expressis verbis*.³³ Pour le Conseil constitutionnel, ce «principe» s'efface en effet derrière le principe d'égalité devant la loi.³⁴ Plus précisément, le principe d'égalité devant la justice est inclus dans le principe d'égalité devant la loi. Le Conseil estime au nom de ce principe d'égalité ainsi décliné que les affaires de même nature ne peuvent pas être jugées par un juge unique ou par un tribunal collégial selon la seule décision du président de juridiction.

La loi du 29 déc. 1972 avait en effet prévu la possibilité pour le tribunal correctionnel de statuer à juge unique pour certaines infractions. L'usage de cette

premier président de la Cour de cassation; six membres désignés, à raison de leur compétence financière et juridique ainsi que de leur expérience en matière d'offre au public de titres financiers, d'admission d'instruments financiers aux négociations sur un marché réglementé et d'investissement de l'épargne dans des instruments financiers, par le ministre chargé de l'économie après consultation des organisations représentatives des sociétés industrielles et commerciales dont les titres font l'objet d'offre au public ou d'admission aux négociations sur un marché réglementé, des sociétés de gestion d'organismes de placements collectifs et des autres investisseurs, des prestataires de services d'investissement, des entreprises de marché, des chambres de compensation, des gestionnaires de systèmes de règlement livraison et des dépositaires centraux; deux représentants des salariés des entreprises ou établissements prestataires de services d'investissement, des sociétés de gestion d'organismes de placements collectifs, des entreprises de marché, des chambres de compensation, des gestionnaires de systèmes de règlement livraison et des dépositaires centraux, désignés par le ministre chargé de l'économie après consultation des organisations syndicales représentatives. Art. L 621-2, IV CME. L'ACP connaît un mode de fonctionnement identique, art. L 612-4, L 612-9 CME.

32 J. WALTHER, «L'indépendance des autorités de régulation en Allemagne», *RFAP*, n° 143, 2012, p. 693 et s.

33 M. A. COHENDET, «La collégialité des juridictions: un principe en voie de disparition?», *RFDC* 4/2006, n° 68, p. 713 et s.; R. GHEVONTIAN, «Collégialité et constitution», in F. HOURQUEBIE (Dir.), *Principe de collégialité et cultures judiciaires*, p. 53.

34 T. POTASZKIN, «Retour sur le principe d'égalité devant la justice pénale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel», *D.* 2010, p. 2910 et s.

faculté était abandonné à la discrétion du président du TGI sans que les personnes poursuivies puissent provoquer le renvoi à la formation collégiale. La solution était discutable.³⁵ Un texte ultérieur ayant cherché à généraliser ce système, le Conseil constitutionnel l'a déclaré non conforme à la Constitution en raison de l'atteinte portée au principe d'égalité des justiciables.³⁶ Le Conseil constitutionnel a entériné cette jurisprudence en 1995.³⁷

Pour MM. Merle et Vitu, la décision de 1975 suscita le commentaire suivant: «en raison des indispensables exceptions qu'elle comporte, la collégialité des juridictions n'est pas une règle à valeur constitutionnelle»³⁸.

Qu'en est-il alors de l'affirmation de ce principe par les autres hautes juridictions ou les textes législatifs?

Le Conseil d'Etat dans son arrêt *Cadot* de 1889³⁹ voit dans la collégialité «une garantie de l'indépendance des juges de l'administration qui demeurent en son sein» pour reprendre la formule d'un auteur⁴⁰. Le principe de collégialité est donc ici encore une fois dans l'ombre d'un autre principe plus affirmé, celui de l'indépendance du juge. La collégialité de principe est au moins formulée clairement à l'article L 3 du Code de justice administrative: «Les jugements sont rendus en formation collégiale, sauf s'il en est autrement disposé par la loi.»⁴¹

La collégialité n'est en revanche pas aussi clairement affirmée en droit pénal ou civil; le COJ ne connaît pas de disposition générale à ce sujet. Ce sont donc des dispositions spéciales qui invoquent ponctuellement ce principe. Citons par exemple les articles L 212-1 et L 312-1 du COJ pour le TGI et la CA. En ce sens aussi l'art. L 121-2 du COJ: «sauf dispositions particulières, les juges statuent en nombre impair»⁴²; la Cour de cassation n'est pas plus disert en la matière.

La Cour EDH elle-même est, selon les termes de M. Jean Pradel, pauvre en

35 F. KERNALÉGUEN, *Institutions judiciaires*, éd. Litec, 2008, n° 97.

36 C. constit., 23 janv. 1975, *Juge unique*, JCP éd. G., II 1975, 18200, note C. FRANCK; *RD publ.* 1975, p. 1313, note L. FAVOREU et L. PHILIP; *AJDA* 1976, p. 44, note J. RIVERO; *D.* 1977, p. 627, note L. HAMON et G. LEVASSEUR. V. J. PRADEL/A. VARINARD, *Grands arrêts du droit pénal général*, éd. Dalloz, 2012, n° 1.

37 C. constit., 2 fév. 1995, Déc. 95-360, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative - Injonction pénale*, *RFD const.* 1995-22, p. 405, obs. Th. RENOUX; *D.* 1997, som. Comm. p. 130, obs. Th. RENOUX. V. aussi, J. PRADEL, «D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale», *D.* 1995, p. 171 et s.; Y. MAYAUD, «Le volet pénal de la loi n° 95-125 du 8 février 1995: adversité et diversité», *Justices - Revue générale de droit processuel*, Juillet/Décembre 1995 (2), p. 302.

38 R. MERLE/A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., note 1, p. 782, n° 681.

39 CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, *Rec. Lebon*, p. 1148.

40 S. GUINCHARD (et al.), *Droit processuel - Droit commun et droit comparé du procès équitable*, éd. Dalloz, 2013, p. 831, note de bas de page 3.

41 V. aussi sur la place de la collégialité en droit administratif et de son «effacement», C. BOITEAU, «Le juge unique en droit administratif», *RFDA* 1996, p. 10 et s.

42 S. GUINCHARD (et al.), *Institutions juridictionnelles*, éd. Dalloz, 2009, p. 215.

jurisprudence en la matière.⁴³ On y rencontrerait la collégialité «qu'aux détours de considérations sur l'indépendance du juge»⁴⁴. Il est vrai que la collégialité n'apparaît pas comme une exigence dictée par le procès équitable et que le juge unique est conforme aux canons de l'article 6 § 1^{er} Conv. EDH. Pour ce qui est de la collégialité appliquée à la Cour de Strasbourg elle-même, d'aucuns disent que la «prégnance» de ce principe «tend (y) à être moins absolue»⁴⁵.

Nous verrons plus bas (II) que cette idée de concurrence des principes ne fait pas qu'obscurcir la généalogie de la collégialité mais peut également contribuer à son affaiblissement pratique.

Pour le droit allemand, ce principe n'a pas non plus d'existence constitutionnelle propre. M. Heike Jung souligne le silence de la doctrine allemande à ce sujet, un silence en ce sens éloquent.⁴⁶ Seul M. Helge Sodan le rattache à l'article 92 de la Loi Fondamentale au titre des principes gouvernant l'organisation de la justice;⁴⁷ il voit plus précisément dans les dispositions de cet article de la Loi Fondamentale relatif à la justice une articulation entre le *pouvoir* de rendre la justice confié aux juges (au pluriel) et son *exercice* par les juridictions tant fédérales que des *Länder*. Cette articulation est à lire comme une différenciation faite par le texte entre les juges et les juridictions, laquelle fonde une collégialité de principe. En effet, la jurisprudence a pour but de surpasser les incertitudes pouvant naître d'un texte et de concrétiser ces derniers. Pour accomplir ces missions, la forme collégiale est la plus adaptée par la concertation et la réflexion qui l'accompagnent. Elle devrait donc être préférée, puisque fondamentalement plus adéquate aux fonctions mêmes de la justice. Ces dernières ne sont en effet pas confiées au juge pris individuellement mais à la collectivité des juges. Toujours selon cet auteur, le recours au juge unique est admissible si une voie de recours vers une juridiction en forme collégiale est prévue et si l'affaire ainsi jugée ne comporte pas de difficultés tant juridiques que factuelles particulières.⁴⁸

Pour conclure, la collégialité semble, tant en jurisprudence que dans la doctrine, revêtir la forme plus ou moins floue d'un principe consacré avec ses exceptions, habillant un mode concret d'organisation de la justice. D'aucuns

43 J. PRADEL, «Procédure pénale et collégialité», *loc. cit.*, p. 103.

44 *Ibid.*, revoyant à CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et de Meyre c. Belgique*, § 55, série A, n° 43, *Cahier de droit européen*, 1982, p. 201, obs. G. Cohen-Jonathan; CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fall c. Royaume-Uni*, § 78.

45 J.-F. FLAUSS, «La collégialité à la Cour EDH», in *Justices et droit du procès*, *loc. cit.*, p. 453 et s.

46 H. JUNG, «Das Kollegialprinzip – ein antizyklisches Thema?», *loc. cit.*, p. 888.

47 Article 92 [Organisation judiciaire]: «Le pouvoir de rendre la justice est confié aux juges; il est exercé par la Cour constitutionnelle fédérale, par les cours fédérales prévues par la présente Loi fondamentale et par les tribunaux des *Länder*.»

48 H. SODAN, *HSrV*, Rn. 44.

emploient la formule de «principe d'organisation des juridictions»⁴⁹ ou de «système d'organisation judiciaire»,⁵⁰ le comptent parmi les «principes d'organisation du service public de la justice»⁵¹. L'idée centrale à retenir ici est donc celle de l'organisation. Le juge unique est en ce sens une formation qui coexiste avec les collègues; ce sont les deux facettes d'une même juridiction, comme le souligne le Conseil d'Etat dès 1965 dans son arrêt de section *Piéton-Guibout*⁵². Mais c'est encore en droit pénal que ce principe est encore le plus fréquemment observé – et qualifié de principe en tant que tel – même si tous soulignent le nombre croissant d'exceptions en pratique.⁵³

II. Une «pratique de principe»: les applications concrètes en droit pénal positif

A. Une collégialité à «géométrie variable»⁵⁴

Il faut étudier la collégialité dans les trois temps de la procédure, avec comme étape centrale le procès par laquelle nous débiterons.⁵⁵ Nous emprunterons et adapterons ici la subdivision adoptée par MM. Guinchard et Buisson dans leur ouvrage de procédure pénale.

Sententia – Le procès: Le droit pénal français applique en principe la règle de la collégialité pour les juridictions de jugement, sauf pour les affaires bénignes. La cour d'assises siège ainsi toujours de manière collégiale. Une autre règle déjà évoquée est que la collégialité est affirmée pour les juridictions tranchant sur les voies de recours *lato sensu* que sont l'appel et la cassation. Pour citer M. Yves Strickler: «L'idée, somme toute assez logique, est que la gravité des questions à juger détermine le nombre de juges nécessaires à en connaître».⁵⁶ Nous n'évoquerons pas le cas très particulier de la Cour de cassation, déjà abordé plus haut.

49 M.-L. RASSAT/J.-L. LEMOYNE DE FORGES/P. J.-L. LEMOYNE DE FORGES, *Institutions administratives et juridictionnelles*, *op. cit.*, p. 142.

50 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, éd. PUF, 2011, v° «Collégialité».

51 S. GUINCHARD (et al.), *Institutions juridictionnelles*, *op. cit.*, p. 196.

52 CE section, 13 juillet 1956, *Piéton-Guibout*, *Rec. Lebon*, p. 338. V. C. BOITEAU, «Le juge unique en droit administratif», *loc. cit.*, p. 10 et s.

53 V. S. GUINCHARD/J. BUISSON, *Procédure pénale*, éd. Lexisnexis, 2012, n° 429 et s.

54 V. ce terme utilisé par J. LEBLOIS-HAPPE, «Quelle collégialité pour l'instruction en 2010?», *loc. cit.*, p. 363 et s.

55 J. PRADEL, «Procédure pénale et collégialité», in *Principe de collégialité et cultures judiciaires*, *op. cit.*, p. 101 et s.; G. ROUJOU de BOUBÉE, «Le juge unique en matière pénale, Essai d'un bilan provisoire», *Mélanges Bouloc*, éd. Dalloz, 2007, p. 1001 et s.; Y. STRICKLER, «Le juge unique en procédure pénale», *loc. cit.*, p. 9 et s.

56 Y. STRICKLER, «Le juge unique en procédure pénale», *loc. cit.*, p. 9 et s.

Les exceptions sont alors très nombreuses. Le tribunal de police siège toujours à juge unique (art. L 221-1, al. 3 du COJ). Le tribunal correctionnel est normalement composé d'un président et de deux juges (art. 398 du CPP), mais il ne comporte qu'un juge pour les délits considérés comme les moins graves, punis à l'origine de moins de cinq ans d'emprisonnement. Toute idée de plafond a désormais disparu et l'on renvoie à une liste certes limitative mais importante d'infractions prévue à l'article 398-1 du CPP.⁵⁷ Désormais, plus de la moitié des affaires pénales relèvent de la compétence du juge unique : par exemple, les délits routiers, les ports d'armes, les vols ou les violences peu graves. Les poursuites par procédure simplifiée qui ont connu un développement continu depuis leur création, peuvent également faire intervenir un juge statuant seul comme nous le verrons plus loin.

Il faut noter à cet endroit la spécificité de la collégialité particulière qu'est la participation citoyenne; c'est une collégialité «renforcée» ou «diversifiée».⁵⁸ Si les jurés sont en droit français une institution solide malgré des critiques récurrentes, les citoyens-asseesseurs apparus en 2011 ont été condamnés à disparaître par un arrêté du 18 mars 2013 («mettant fin à l'expérimentation des dispositions prévoyant la participation de citoyens assesseurs au fonctionnement de la justice pénale»⁵⁹) alors qu'ils étaient bien une affirmation du principe collégialité – certes controversée mais réelle⁶⁰. L'expérience initiée le 1^{er} janvier 2012 dans

57 V. F. FOURMENT, *Procédure pénale*, éd. Larcier, 2013, n° 587 et s. V. l'allongement de cette liste par la loi n° 2011-1862 du 13 déc. 2011.

58 Art. 10-1 CPP: «Les citoyens peuvent être appelés, comme jurés, à composer le jury de la cour d'assises constitué conformément à la section 2 du chapitre III et au chapitre V du titre I^{er} du livre II.

Ils peuvent également être appelés comme citoyens assesseurs:

1° À compléter le tribunal correctionnel et la chambre des appels correctionnels dans les cas prévus aux articles 399-2 et 510-1;

2° À compléter le tribunal de l'application des peines et la chambre de l'application des peines de la cour d'appel dans les cas prévus aux articles 712-13-1, 720-4-1 et 730-1.»

59 JO n° 0069 du 22 mars 2013, p. 4897. Voir infra Jérôme Ferrand, *Citoyens-asseesseurs: chronique d'une mort annoncée*, p. 263 et s.

60 L'article 5 de la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs (Journal Officiel 11 août 2011) avait créé le tribunal correctionnel dans sa formation citoyenne, cf. articles 399-1 à 399-11 nouveaux du Code de procédure pénale. Cette formation du tribunal correctionnel était composée de trois magistrats et de deux citoyens assesseurs désignés selon les règles prévues par les nouveaux articles 10-1 à 10-13 du Code de procédure pénale (CPP, art. 399-1). La compétence de cette juridiction était déterminée par l'article 399-2 qui visait les atteintes à la personne humaine passibles d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans prévues au titre II du livre II du Code pénal; les vols avec violence prévus au dernier alinéa de l'article 311-4, au 1^o et au dernier alinéa de l'article 311-5 et à l'article 311-6 du Code pénal, ainsi que les extorsions prévues aux articles 312-1 et 312-2 du même code et les destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes passibles

deux cours d'appel (celles de Toulouse et de Dijon avaient été désignées par le ministère de la Justice) n'aura été que de courte durée – et ceci surtout pour des raisons budgétaires⁶¹. Rappelons que ces citoyens assesseurs étaient prévus dans les tribunaux correctionnels en formation citoyenne compétents selon l'article 399-2 pour les atteintes à la personne humaine passibles d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans prévues au titre II du livre II du Code pénal; les vols avec violence prévus au dernier alinéa de l'article 311-4, au 1^o et au dernier alinéa de l'article 311-5 et à l'article 311-6 du Code pénal, ainsi que les extorsions prévues aux articles 312-1 et 312-2 du même code et les destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes passibles d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans prévues à la section 2 du chapitre II du titre II du livre III du Code pénal.

Pour le droit allemand, selon M. Peter Rieß, le déclin de la collégialité s'exprimerait de trois façons: dans les juridictions qui prévoient l'usage possible de la formation collégiale et du juge unique, un recours de plus en plus fréquent à ce dernier, une réduction du nombre de magistrats au sein des collèges ainsi qu'un transfert de compétences vers des juridictions moins gourmandes en magistrats et situées plus en aval dans la hiérarchie judiciaire.⁶² La collégialité de principe avait été revue à la baisse dans les années 1920 avec la Emminger-Reform de 1924. Jusqu'alors le droit allemand se caractérisait par ce qu'un auteur appelle un

d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans prévues à la section 2 du chapitre II du titre II du livre III du Code pénal.

61 Voir en ce sens: <http://www.viepublique.fr/actualite/alaune/citoyens-assesseurs-bilan-tres-critique-20130301.html> «Les citoyens assesseurs ont été institués par la loi du 10 août 2011. Sur le modèle des jurés d'assises, des citoyens doivent siéger dans les tribunaux correctionnels pour juger des délits punis d'une peine de plus de cinq ans d'emprisonnement et dans les tribunaux de l'application des peines pour l'examen des libérations conditionnelles des condamnés à plus de cinq ans de prison. L'expérimentation a été lancée en janvier 2012, c'est donc l'activité d'une année qu'évalue le rapport. Il apparaît, dans un premier temps, que la présence des citoyens assesseurs n'a pas conduit à une plus grande sévérité des décisions de justice. Si l'expérimentation a été neutre pour les décisions de justice, elle a eu, en revanche, un impact négatif sur le fonctionnement des juridictions. Les juridictions ont dû mettre en place des organisations lourdes pour la sélection, la gestion et l'information des citoyens assesseurs et la capacité de jugement a été diminuée (3 dossiers jugés en audience avec des citoyens assesseurs contre 8 à 20 en audience classique). En outre, étant données les conditions d'une audience en correctionnelle bien différentes de celles d'un procès d'assises, les rapporteurs soulignent une très forte tendance chez les citoyens assesseurs à s'en remettre aux juges professionnels.», (Consulté le 28 juin 2013). V. L'expérimentation des citoyens assesseurs dans les ressorts des cours d'appel de Dijon et Toulouse: rapport à Madame la garde des sceaux, ministre de la justice, X. SALVAT/D. BOCCON-GIBOD, 28 février 2013, éd. La documentation française.

62 P. RIESS, «Der Niedergang des Kollegialprinzips in der Strafgerichtsbarkeit», *loc. cit.*, p. 599 et s.

«recours opulent à la collégialité» depuis le code de procédure pénale impérial de 1877 (entré en vigueur en 1879)⁶³.

Les juridictions du premier degré sont, depuis le XIX^e siècle, organisées collégalement, à l'exception notable du juge unique pénal (*Strafeinzelrichter*) de l'*Amtsgericht*, compétent pour les délits dont la peine encourue est inférieure ou égale à 2 années d'emprisonnement (§ 25 GVG – Code de l'organisation judiciaire allemand).⁶⁴ Le tribunal cantonal/*Amtsgericht* siège comme juridiction en formation échevinale (*Schöffengericht* – un juge plus deux échevins) pour les peines encourues de 2 à 4 années d'emprisonnement. Il faut donc préciser qu'en matière de collégialité diversifiée, le modèle du jury populaire, partiellement importé en 1877 depuis le droit français à la suite de l'épisode napoléonien et demandé par les constituants allemands de 1848 – 1849, n'a pas prévalu face à la concurrence de l'échevinage, ressenti comme un modèle plus authentiquement allemand.⁶⁵ Cette dernière institution toujours en place n'est pas non plus à l'abri de critiques actuelles même si elle connaît encore de véritables partisans.⁶⁶

Ante sententiam – L'instruction: le principe est celui du juge unique et ce depuis la disparition de la chambre du conseil en 1856; le retour de la collégialité de l'instruction préparatoire du 1^{er} degré (la chambre de l'instruction étant toujours collégiale) est récent (loi du 5 mars 2007) et doit entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2015 (cf. loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013). Elle est entendue comme une réponse à la solitude du magistrat instructeur et est appelée à sauver ou consolider l'institution.⁶⁷ L'article 83 du CPP refondu dispose dans ses alinéas 1^{er} et 2 en ce sens: il prévoit une collégialité dont l'envergure variera en fonction de la

63 P. RIESS, *ibid.*

64 Avant les réformes de 1970–1975 et la dépénalisation des contraventions en infractions règlementaires ou *Ordnungswidrigkeiten*, le juge unique était compétent pour connaître des contraventions (*Übertretungen*) et des délits punis de 6 mois d'emprisonnement au plus (§ 25 GVG version 1950). Les nouvelles infractions règlementaires restent de la compétence du juge unique du AG, § 68, al. 1^{er}, 2) GVG pour la phase judiciaire de la procédure (v. J. BOHNERT, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, éd. Beck, 2008, p. 107 et s.). En matière de droit de la grande concurrence, la formation siégeant pour les *Ordnungswidrigkeiten* est en revanche collégiale, § 83 GWB.

65 J. WALTHER, «Droit pénal et Constitution de Saint Paul (*Paulskirchenverfassung 1848–1849*)», Actes du colloque *La constitution Impériale de l'église Saint-Paul de Francfort du 28 mars 1849* des 11 et 12 oct. 2012 à Sarrebruck/Metz à paraître; *idem*, «Genèse, structure et évolutions du Code de procédure pénale allemand de 1877», in J. Hautebert/S. Soleil (Dir.) *La procédure et la construction de l'État en Europe (XVI^e–XIX^e siècles)*. Recueil de textes, présentés et commentés, éd. PUR (presses universitaires de Rennes) 2011, p. 663 et s.

66 R. BÖRNER, «Die Beteiligung von Laienrichtern am Strafprozess als Erkenntnisinstrument einer funktionellen Theorie des Strafprozessrechts», *StraFo* 11/2012, p. 434 et s.

67 J. LEBLOIS-HAPPE, «Quelle collégialité pour l'instruction en 2010?», *AJ Pénal* 2008, p. 363 et s.; J. WALTHER, «L'évolution de l'instruction de 1808 à 2009: chronique des turpitudes d'un modèle français en péril», in J. Leblois-Happe/H. Jung/Cl. Witz (Dir.), *Le bicentenaire du Code d'Instruction Criminelle*, éd. Nomos, 2010, p. 108 et s. (p. 120).

gravité des actes – aux actes les plus graves, le collège de trois juges, aux actes d'enquête, un juge unique – c'est en fait une collégialité aménagée, organisée par un juge coordonnateur, allant jusqu'à une «collégialité intégrale».⁶⁸

«Le président du tribunal ou, en cas d'empêchement, le magistrat qui le remplace, désigne, pour chaque information, une formation collégiale de trois juges d'instruction, dont un magistrat du premier grade exerçant les fonctions de juge coordonnateur. Il peut établir, à cette fin, un tableau de roulement.

Ce collège de l'instruction exerce les prérogatives confiées au juge d'instruction par le présent code. Les décisions de mise en examen, d'octroi du statut de témoin assisté à une personne mise en examen, de placement sous contrôle judiciaire, de saisine du juge des libertés et de la détention et de mise en liberté d'office, ainsi que les avis de fin d'information, les ordonnances de règlement et de non-lieu doivent être pris de manière collégiale. Les autres actes relevant de la compétence du juge d'instruction peuvent être délégués à l'un des juges d'instruction composant le collège.»

Pour le droit allemand, la question ne se pose pas en ces termes, l'avant-procès étant confié au ministère public et le juge de l'enquête (*Ermittlungsrichter*) n'y intervient principalement que pour autoriser les mesures d'investigations les plus invasives en termes de libertés individuelles, en particulier la détention provisoire.⁶⁹

Post sententiam – L'exécution du jugement. Le modèle judiciaire de l'application des peines prôné et instauré en 1956 reposait sur le juge unique. Le juge de l'application des peines opérait alors dans un contexte quasi-juridictionnel. Ses ordonnances n'étaient pas motivées et la présence de l'avocat n'était pas prévue en la matière.⁷⁰ Le défaut de collégialité était donc presque le moindre des reproches que l'on pouvait adresser à cette phase de la procédure pénale. La juridictionnalisation des fonctions du JAP initiée par la loi du 15 juin 2000 ne fut établie définitivement qu'avec la loi du 9 mars 2004 avec l'introduction du débat contradictoire et de la présence de l'avocat.⁷¹ La collégialité a fait son entrée dans cette phase de la procédure avec le tribunal de l'application des peines comme une dernière étape de cette évolution positive (arts. 712-3 et s. CPP). Les défunts citoyens-asseesseurs étaient prévus dans les tribunaux de l'application des peines pour l'examen des libérations conditionnelles des personnes condamnées à plus de cinq ans de prison. Ici aussi le recours se fait devant une formation collégiale (la chambre de l'application des peines de la cour d'appel).

Le droit allemand connaît une chambre de l'exécution des peines (*Straf-*

68 J. LEBLOIS-HAPPE, «Quelle collégialité pour l'instruction en 2010?», *ibid.*

69 V. W. BEULKE, *Strafprozessrecht*, éd. C.F. Müller, 2010, Rn. 316.

70 J. PRADEL, «Procédure pénale et collégialité», *loc. cit.*, p. 106.

71 M. HERZOG-EVANS, v° «Peine (Exécution)», *Rép. Pén. Dalloz*, 2011, n° 5 et s.; L. de GRAËVE, v° «Juridictions de l'application des peines», *Rép. Pén. Dalloz*, 2011, n° 37 et s.

vollstreckungskammer) auprès du tribunal régional/*Landgericht*. Cette chambre peut se réunir en formation collégiale ou siéger à juge unique (§§ 78a, b *GVG*). La formation collégiale de trois juges est prévue pour deux cas de figure (en cas de suspension (*Aussetzung*) de la peine de réclusion criminelle à perpétuité ou de mesure de sûreté d'internement psychiatrique), pour toutes les autres hypothèses, le juge unique sera compétent.

Pour quelles raisons va-t-on alors choisir le juge unique ou la collégialité? Quels mécanismes ou principes orientent ce choix en plus de la gravité des questions à traiter? Ce seront là nos dernières réflexions.

B. De la bonne administration de la justice au «*management*»

D'autres principes viennent affaiblir la collégialité; certains sont protecteurs du justiciable, même si l'on peut les dévoyer, d'autres simplement promoteurs d'efficacité de la justice comme administration/service public. Les principes de célérité de la justice et de bonne administration de la justice comptent parmi les arguments positifs qui peuvent expliquer le repli de la collégialité. Il est indispensable de prévoir, pour respecter les exigences de la Cour EDH, la possibilité d'accélérer la procédure si l'affaire s'y prête et si l'intérêt du justiciable le commande. La doctrine allemande a ainsi eu à se pencher sur cette question à la suite de plusieurs décisions de la Cour EDH en 2010.⁷² Et c'est là un principe plus consolidé que celui de la collégialité. Il en va de même du principe de bonne administration de la justice, reconnu par le Conseil constitutionnel comme un objectif de valeur constitutionnelle par sa décision du 3 décembre 2009.⁷³

La conjonction de ces deux principes établis rend alors parfois le juge unique, au vu de ses réelles qualités, plus adapté à certaines procédures.

En termes de bonne administration de la justice, le juge unique est en relation directe, moins intimidante, avec le justiciable – c'est là un argument qui a toujours été lu positivement dans le contexte du droit pénal des mineurs. Il est sûrement très responsabilisé face à la décision qu'il doit rendre seul. Diviser les collègues, c'est aussi pouvoir spécialiser plus de juges face à des contentieux de plus en plus précis.

Le juge unique est une réponse possible à la question de la célérité de la justice pour ce qui est des affaires simples qui représentent la plus grande part des

72 CEDH, 4 arrêts du 24 juin 2010, *Kuczejda c. Allemagne*, n° 17384/06; *Schädlich c. Allemagne*, n° 21423/07; *Afflerbach c. Allemagne*, n° 39444/08; *Perschke c. Allemagne*, n° 25756/09. V. J. LEBLOIS-HAPPE/X. PIN/J. WALTHER, «chronique de droit pénal allemand», *RIDP* (Vol. 82) 2011, p. 201 et s.

73 Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *AJDA* 2009, p. 1132 et s. V. H. APCHAIN, «Retour sur la notion de bonne administration de la justice», *AJDA* 2012 p. 587 et s.

affaires pénales. Le constat est qu'ici la concertation est *de facto* quasiment inexistante réduisant très fortement l'intérêt de recourir à la collégialité. M. Yves Strickler note que souvent seul le président a pris connaissance du dossier et que les assesseurs (souvent non-permanents) ont un rôle très secondaire.⁷⁴

Pour reprendre le mot de M. Jean Pradel, «le juge unique se prête aisément à des procédures simplifiées», comme l'ordonnance pénale et la CRPC.⁷⁵ Le juge pour l'ordonnance pénale prévue aux articles 495 et s. du CPP⁷⁶ statue sans débat et sans motiver sa décision.⁷⁷ Toute forme de collégialité fait ici défaut, les garanties attachées à celle-ci sont absentes.

Dans la CRPC des articles 495-7 et s. du CPP, selon la lettre même de l'article 495-9, le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui peut décider d'homologuer les peines proposées par le procureur de la République.

On peut comprendre que le juge unique soit plus adapté à ces dernières procédures mais la porte entrebâillée peut s'ouvrir plus brutalement, notamment par le rajout de nouvelles infractions touchées par ces dites procédures. La prudence est de mise. Il n'y a en effet qu'un pas de la célérité à l'accélération effrénée. Les économies budgétaires sont une raison moins glorieuse de passer au juge unique plus fréquemment. On peut sur les traces d'un auteur parler de la multiplication miraculeuse des magistrats par la division des collègues;⁷⁸ de trois à un et trois fois plus ... Parfois l'argument d'une meilleure rémunération et d'une plus haute considération sociale des magistrats vient tenter de redorer le blason de cette nouvelle allocation/multiplications des ressources ...

Si l'on ajoute à cela la possibilité de renoncer à l'audience par des procédures négociées simplifiées ou de réduire l'importance de cette dernière par des *deals* et des transactions, le «*management*» à frais constant où à économie d'échelle se réalise.

Or, le service public de la justice ne doit pas faire l'objet d'économies à outrance, tant par les moyens affectés aux personnels qu'en terme de politique d'évitement du procès pénal classique.⁷⁹ L'actualité allemande nous fournit un très bel exemple du problème avec la décision du 19 mars 2013 du *Bundesver-*

74 Y. STRICKLER, «Le juge unique en procédure pénale», *loc. cit.*, p. 9 et s.

75 J. PRADEL, «Procédure pénale et collégialité», *loc. cit.*, p. 106.

76 Selon le rapport GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, 2008, p. 139, la procédure simplifiée dite de l'ordonnance pénale s'inspire d'une procédure de droit allemand, le *Strafbefehl*.

77 Y. STRICKLER, «Le juge unique en procédure pénale», *Petites affiches*, 18 février 2002 n° 35, p. 9 et s.

78 S. GUINCHARD (et al.), *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.*, p. 828.

79 H. OSTENDORF, «Der Wandel vom klassischen zum ökonomischen Strafprozess», *ZIS 4/2013*, p. 172 et s.

fassungsgericht sur les *Verständigungen*, les accords négociés.⁸⁰ Le corollaire de ces économies réside dans des dangers réels en termes de qualité de la justice et d'affaiblissement de la défense. Face à la somme de ces problèmes, la collégialité mérite d'être confortée et de rester véritablement de principe même si elle n'est pas un rempart absolu. Le juge unique pourrait alors reprendre sa place comme une exception souvent justifiée dans un système dont l'organisation globale finement différenciée serait le reflet de choix d'efficacité pondérés par les valeurs fondamentales de notre tradition juridique et non le résultat affolé de la gestion de l'indigence.⁸¹

80 *BVerfG*, 19 mars 2013, 2 *BvR* 2628/10, 2 *BvR* 2883/10, 2 *BvR* 2155/11, obs. C.-F. STUCKENBERG, *ZIS* 4/2013, p. 212 et s.

81 Sur les problèmes structurels du droit allemand, v. par ex. les réflexions récentes de Th. WEIGEND, «Strukturelle Probleme im deutschen Strafrecht», *StraFo* 2/2013, p. 45 et s.

II. Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme /
L'immédiateté de l'administration de la preuve

Helmut Frister*

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme

Le principe de l'immédiateté de l'administration de la preuve

Le principe de l'immédiateté de l'administration de la preuve a été introduit au 19^{ème} siècle en réaction aux excès de la procédure inquisitoire, et demeure aujourd'hui l'un des principes fondamentaux de la procédure pénale allemande. Il signifie que la juridiction de jugement doit se prononcer à partir des preuves directement présentées devant elle; seul ce que les juges ont pu, lors des débats, voir et entendre, peut servir de fondement à leur décision. Le principe comporte une dimension formelle, exprimée au § 226, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale allemand – les débats doivent se dérouler en la présence continue des juges, du ministère public et du greffier – et une dimension matérielle, que traduit le § 250 du même code. Selon ce texte, toute personne dont la déposition est utile à la manifestation de la vérité doit être citée à l'audience. L'audition ne peut être remplacée ni par la lecture du procès-verbal des déclarations antérieures de l'intéressé ni par la diffusion de l'enregistrement de cette audition. Seule la déposition en direct permet en effet aux juges de se faire une opinion sur la personne concernée ainsi que sur la crédibilité de ses déclarations, et d'obtenir des éclaircissements sur les éventuelles lacunes et contradictions qui émaillent celles-ci. Elle sert également les droits de la défense, en particulier le droit reconnu à tout accusé d'être confronté aux témoins à charge (art. 6 § 3d), et permet au public de contrôler l'appréciation faite par les juges des preuves présentées devant eux.

Le principe n'a cependant jamais été conçu comme un précepte absolu. Les §§ 251 et suivants énumèrent les cas dans lesquels il est permis d'utiliser les déclarations faites par les témoins et experts durant la phase d'enquête; issus de plusieurs modifications législatives, ces textes prévoient des solutions qui ne sont pas toujours cohérentes entre elles. La jurisprudence a encore élargi le champ de ces exceptions, en admettant dès 1880 que l'audition d'un témoin pouvait être

* Das ursprüngliche Manuskript des Vortrags wurde für die Veröffentlichung unter maßgeblicher Beteiligung meiner wissenschaftlichen Mitarbeiterin Sara Brinkmann überarbeitet. Ihr gebührt dafür mein herzlichster Dank.

remplacée par celle du policier ayant pris sa déposition (témoignage par oui-dire), contribuant peu à vider le principe de son contenu.

Le groupe de travail «Alternativentwurf», composé de professeurs de droit pénal allemands, autrichiens et suisses, réfléchit à une possible réforme. Il propose d'adopter la règle selon laquelle un témoin ou expert n'est entendu à la barre que si le tribunal estime son audition indispensable à la manifestation de la vérité ou si l'une des parties au procès en fait la demande motivée. Dans le cas contraire, la déposition est remplacée par la diffusion de l'enregistrement de l'audition ou, à défaut, par la lecture du procès-verbal établi pendant l'enquête ou par l'audition de l'enquêteur qui y a procédé.

I. Einleitung

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme hielt durch die Reformgesetzgebung des 19. Jahrhunderts als Reaktion auf die typischen Missstände des Inquisitionsprozesses Einzug in das deutsche Verfahrensrecht. Er gilt in Deutschland noch heute als „Fundamentalsatz des Strafverfahrens“¹, durch den das Gericht in die Lage versetzt werden soll, aus seinem lebendigen, eigenen, direkten und unmittelbaren Eindruck über die Tat, „wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt“ (§ 264 StPO), zu urteilen.² Nur das, was in der Hauptverhandlung durch die erkennenden Richter mit eigenen Augen und Ohren wahrgenommen wurde, soll zur Grundlage des anschließenden Urteils gemacht werden können. Hierfür ist zum einen erforderlich, dass das Gericht bei sämtlichen Vorgängen, die der Beweiserhebung dienen, zugegen ist. Diese gemeinhin als formelle Komponente des Prinzips der Unmittelbarkeit bezeichnete Anforderung ist im geltenden Recht in § 226 Abs. 1 StPO normiert. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz enthält aber auch eine weitaus schwieriger zu umreißende materielle Komponente, die dem Grunde nach erfordern soll, dass das Gericht die Tatsachen „aus der Quelle selbst“³ schöpft und sich grundsätzlich nicht mit Beweissurrogaten begnügt.⁴

Diese materielle Komponente der Unmittelbarkeit ist in der Strafprozessordnung nicht als solche normiert. Jedoch statuiert § 250 StPO zu ihrer Verwirklichung den Grundsatz persönlicher Vernehmung. Beruht der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen (§ 250 Satz 1 StPO). Die Vernehmung darf grundsätz-

1 So bereits die Formulierung in RGSt 12, 104, 105.

2 Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 46 Rn. 5.

3 Vgl. zu dieser oft verwendeten Formulierung Geppert, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, 1979, S. 128 m.w.N.

4 Vgl. etwa Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 8. Aufl. 2013, Rn. 65 f.

lich nicht durch die Verlesung einer Niederschrift und – aufgrund des Verweises in § 255a Abs. 1 StPO – auch nicht durch die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung früherer Vernehmungen ersetzt werden (§ 250 Satz 2 StPO). Dieser Regelung liegt – wie das Bundesverfassungsgericht formuliert hat⁵ – der Gedanke zugrunde, dass die unmittelbare Vernehmung einer Person durch das erkennende Gericht in der Hauptverhandlung über die von ihr wahrgenommenen Tatsachen

„schlechthin den Vorzug gegenüber berichtenden Urkunden verdient, weil die Beweisvermittlung im Bereich des Personalbeweises erfahrungsgemäß mit besonders gravierenden Gefahren verbunden ist, die sich aus der Eigenart dieser Beweisquelle ergeben“.

Die persönliche Vernehmung soll dem Gericht einen eigenen persönlichen Eindruck von den Wahrnehmungspersonen verschaffen und ihm dadurch eine begründete Einschätzung von deren Glaubwürdigkeit ermöglichen. Außerdem soll sie das Gericht in die Lage versetzen, durch weitere Fragen auf Lücken oder Widersprüchlichkeiten der Aussage hinweisen und so den zu beweisenden Sachverhalt näher erhellen zu können.⁶ Synergetisch wird durch den Grundsatz der persönlichen Vernehmung die Ausübung des Rechts des Angeklagten auf konfrontative Befragung (vgl. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) und damit sein Interesse an einer effektiven Verteidigung gesichert. Dies ist auch im Interesse der Wahrheitserforschung insofern wichtig, als mitunter lediglich der Angeklagte in der Lage sein wird, die „richtigen“ Fragen zu stellen, da nur er weiß, welche Details nicht zutreffen können oder warum ein Zeuge möglicherweise ein Interesse hat, ihn zu Unrecht zu belasten.⁷ Darüber hinaus wird durch die Vernehmung in der Hauptverhandlung die Kontrolle der Öffentlichkeit auf die richterliche Beweiswürdigung erstreckt. Wenn das Gericht in der öffentlichen Hauptverhandlung einen Zeugen vernimmt, muss es später die Bewertung seiner Aussage auch öffentlich verantworten.⁸

Ungeachtet der vom Bundesverfassungsgericht konstatierten „besonders gravierenden Gefahren“ einer Beweisvermittlung im Bereich des Personalbeweises ist ein Transfer früherer Aussagen und Erklärungen eines Zeugen oder Sachverständigen in die Hauptverhandlung jedoch auch im deutschen Recht keineswegs generell ausgeschlossen. Schon das Gesetz selbst enthält in den §§ 251 ff. StPO einen Katalog von im Laufe der Zeit immer zahlreicher gewordenen Durchbrechungen und Ausnahmen des Grundsatzes persönlicher Vernehmung, was schon in der Mitte des vergangenen Jahrhunderts zu der Wertung

5 BVerfGE 57, 250, 278.

6 Geppert (Fn. 3).

7 SK-StPO/Velten, Vor § 250 Rn. 14.

8 SK-StPO/Velten, Vor § 250 Rn. 14.

fürte, die §§ 250 ff. StPO seien ein „besonders heikles und schwieriges, wenig geglücktes Stück“⁹ der Strafprozessordnung. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung Mittel und Wege gefunden, auch jenseits der im Gesetz vorgesehenen Ausnahmen den Inhalt früherer Aussagen in die Hauptverhandlung einzuführen. Beides zusammen hat zu einer weitgehenden Aushöhlung des Grundsatzes persönlicher Vernehmung geführt, deren Ausmaß sich am besten durch einen Blick auf die Rechtsentwicklung seit 1877 verdeutlichen lässt.

II. Entwicklung und Reformbedürftigkeit des geltenden Rechts

Die Reichsstrafprozessordnung (RStPO) von 1877¹⁰ enthielt sehr viel weniger weitreichende Ausnahmen von dem Grundsatz persönlicher Vernehmung als die heutige gesetzliche Regelung. Sie gestattete ausschließlich die Verlesung von Protokollen früherer, richterlicher Vernehmungen und auch dies nur in vergleichsweise engen Grenzen. Ohne weitere Voraussetzungen war die Verlesung nur zulässig, wenn der Zeuge, Sachverständige oder Mitbeschuldigte verstorben, in Geisteskrankheit verfallen oder sein Aufenthalt nicht zu ermitteln war (§ 250 Abs. 1 RStPO). Standen dem Erscheinen in der Hauptverhandlung für eine längere oder ungewisse Zeit Krankheit, Gebrechlichkeit oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse entgegen oder war es wegen großer Entfernung besonders erschwert, war die Verlesung des Vernehmungsprotokolls möglich, wenn die Vernehmung entweder nach Eröffnung des Hauptverfahrens erfolgte oder im Falle einer vorherigen Vernehmung der Angeklagte rechtzeitig von ihrem Termin benachrichtigt worden war (§ 250 Abs. 2 RStPO). Darüberhinausgehende Verlesungsmöglichkeiten waren nicht vorgesehen, insbesondere auch nicht bei Einverständnis aller Verfahrensbeteiligten. Die Verlesung von Niederschriften polizeilicher oder staatsanwaltschaftlicher Vernehmungen war unter keinen Umständen zulässig, selbst dann nicht, wenn der vernommene Zeuge zwischenzeitlich verstorben war.

Diese sehr restriktive Verlesungsregelung beruhte zum einen auf dem Gedanken, dass die persönliche Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitangeklagten in der Hauptverhandlung im Grundsatz zur Wahrheitserforschung unerlässlich sei. Da ohne die persönliche Vernehmung gerade die Umstände, die Anlass zum Zweifeln an der Aussage geben könnten, dem Gericht verborgen bleiben könnten, lasse sich den Gefahren mittelbarer Beweiserhebung auch durch sorgfältige Beweiswürdigung nicht oder nur sehr begrenzt entge-

⁹ *Schneidewin*, JR 1951, 481.

¹⁰ RGBl. I, 253.

genwirken.¹¹ Zum anderen lag der Regelung die Überlegung zugrunde, einen Transfer der im Ermittlungsverfahren erzielten Vernehmungsergebnisse in die Hauptverhandlung zu verhindern.¹² Dadurch sollte einerseits der Gefahr vorgebeugt werden, dass diese Vernehmungsergebnisse aufgrund des amtlichen Charakters der Protokolle als unumstößliche Tatsachen behandelt würden,¹³ und andererseits gewährleistet werden, dass eine Verurteilung nur aufgrund von in öffentlicher Verhandlung durchgeführten Vernehmungen erfolgt. Die Ergebnisse von nicht unter den Augen der Öffentlichkeit und ohne Beteiligung des Angeklagten stattfindenden Befragungen sollten grundsätzlich keine strafrechtliche Verurteilung ermöglichen.

Die Regelungen von 1877 litten jedoch an einem schweren Geburtsfehler. Nach den Grundgedanken der gesetzlichen Regelung hätte konsequenterweise nicht nur die Verlesung von Vernehmungsniederschriften, sondern auch jede andere Form der Einführung von Vernehmungsergebnissen aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung untersagt und der Rückgriff auf das Originalbeweismittel zwingend angeordnet werden müssen. Zu einer solch umfassenden Gewährleistung der materiellen Unmittelbarkeit hat sich der Gesetzgeber jedoch nicht durchringen können. Die Frage, ob die Ergebnisse früherer Vernehmungen eines Zeugen auf dem Umweg einer Aussage des jeweiligen Vernehmungsbeamten als „Zeuge vom Hörensagen“ mittelbar in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfen, wurde in den Beratungen der Reichstagskommission unterschiedlich beantwortet. Einige Mitglieder der Kommission hielten die Einführung von Vernehmungsergebnissen durch eine Zeugenaussage des Vernehmungsbeamten unabhängig von den Verlesungsverboten für zulässig, während andere die Überlegung anstellten, dass die Verlesungsverbote nicht auf diesem Wege umgangen werden dürften.¹⁴

Die Rechtsprechung stellte sich schon unmittelbar nach der Einführung der RStPO auf den erstgenannten Standpunkt.¹⁵ Die §§ 250–256 StPO würden lediglich einen Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis statuieren,¹⁶ aber kein generelles Prinzip der Unmittelbarkeit enthalten und geböten deshalb nicht in jedem Fall die Verwendung des sachnächsten Beweises. Die Ersetzung der persönlichen Vernehmung eines Zeugen in der Hauptverhand-

11 Vgl. *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, 1993, S. 118.

12 Vgl. dazu eingehend SK-StPO/*Velten*, Vor § 250 Rn. 7 ff.

13 SK-StPO/*Velten*, § 250 Rn. 1.

14 Vgl. die Nachweise bei SK-StPO/*Velten*, § 250 Rn. 2.

15 Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung insbesondere RGSt 5, 142; 48, 246; BGHSt 6, 209.

16 Was freilich angesichts des § 251 StPO insoweit fragwürdig ist, als danach etwa beim Tod des Zeugen oder dessen Verfallen in Geisteskrankheit auf das Vernehmungsprotokoll, nicht etwa auf die Vernehmung der Vernehmungsperson zurückgegriffen werden soll. Dies wiederum ist mit dem angeblich in § 250 StPO statuierten Vorrang des Personalbeweises nicht zu vereinbaren, vgl. *Grünwald*, FS Dünnebieber, 1982, S. 347, 353.

lung durch die Zeugenaussage des Vernehmungsbeamten über den Inhalt der früheren Aussage sei nicht nach den §§ 250–256 StPO, sondern danach zu beurteilen, ob und inwieweit die persönliche Vernehmung im konkreten Fall zur Wahrheitserforschung erforderlich sei. Hierfür gelte der Maßstab des § 244 Abs. 2 StPO, nach dem eine unmittelbare Vernehmung zwar im Einzelfall geboten sein könne, aber nicht in allen Fällen erforderlich sei – ein Verbot der Vernehmung eines Zeugen vom Hörensagen, wie es die *hearsay rule* im angelsächsischen Raum aufstellt, sei im deutschen Verfahrensrecht nicht angelegt.¹⁷

Dementsprechend hat das Reichsgericht bereits im Jahre 1880 die Beschränkung auf die Vernehmung eines Zeugen vom Hörensagen trotz bestehender Möglichkeit der Vernehmung des eigentlichen Zeugen gebilligt.¹⁸ Über welche Tatsachen ein Zeugenbeweis geführt werden soll, ob darüber, dass ein Vorgang stattgefunden habe oder darüber, dass von jemandem berichtet wurde, der Vorgang stattgefunden, sei von keiner Norm der Strafprozessordnung entschieden. Insbesondere wenn der Staatsanwalt sich damit begnüge, lediglich die Tatsache, dass ein Vorgang erzählt worden ist, durch Zeugenbeweis einzuführen, sei darin keine Verletzung der Prozessrechte des Angeklagten zu erblicken. Der Bundesgerichtshof hat diese Rechtsprechung fortgeführt und ebenfalls festgestellt, dass kein Verstoß gegen § 250 StPO vorliege, falls nur der mittelbare Zeuge vernommen wurde, obwohl auch die Vernehmung des unmittelbaren Zeugen möglich gewesen wäre, sondern dass allenfalls ein Verstoß gegen die Aufklärungspflicht aus § 244 Abs. 2 StPO in Betracht käme.¹⁹ Das Bundesverfassungsgericht hat diese Auffassung im Grundsatz gebilligt, wenn auch bei der Beurteilung eines solchen „Zeugen vom Hörensagen“ besondere Vorsicht und sorgfältige kritische Prüfung des Beweiswerts dieses weniger sachnahen Beweismittels gefordert.²⁰ Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO) sei regelmäßig ausreichend, um die besonderen Gefahren der beweisrechtlichen Lage aufzufangen; ein Beweisverbot, welches den Willen und die Fähigkeit des Gerichts in Zweifel zöge, diesem den zutreffenden Stellenwert einzuräumen, sei verfassungsrechtlich nicht geboten.

Aber nicht nur die Deutung des Grundsatzes persönlicher Vernehmung als eine lediglich das Verhältnis von Personal- und Urkundenbeweis betreffende Regelung hat zu der bereits vor 30 Jahren als „Niedergang des Prinzips der unmittelbaren Zeugenvernehmung“ beschriebenen²¹ Erosion des Regelungskonzepts der RStPO von 1877 geführt. Auch der Gesetzgeber selbst hat dieses Konzept durch eine stetige Erweiterung der Ausnahmen vom Grundsatz per-

17 Geppert (Fn. 3), S. 229; Grünwald (Fn. 11), S. 119.

18 RGSt 2, 160.

19 BGHSt 6, 209.

20 BVerfGE 57, 250; BVerfG NJW 1992, 168 und NJW 1996, 448.

21 Vgl. den programmatischen Titel des Beitrags von Grünwald in der FS Dünnebieber, S. 347 ff.

sönlicher Vernehmung nach und nach konterkariert. Die Entwicklung begann im Nationalsozialismus mit der 3. Verordnung zur Vereinfachung der Strafrechtspflege vom 29. 5. 1943. Deren Art. 4 ließ für die heute in § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO geregelten Fälle erstmals die Verlesung von Niederschriften nichtrichterlicher Vernehmungen zu, weil der mögliche Verlust eines Beweismittels, etwa durch den Tod des Zeugen nach seiner Vernehmung im Ermittlungsverfahren, nunmehr als prekärer eingeschätzt wurde als die gesicherte Verlässlichkeit des Beweismittels.²² Zugleich wurde den Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit zugestanden, über den Grundsatz der persönlichen Vernehmung insoweit zu disponieren, als die Niederschriften richterlicher Vernehmungen nun im allseitigen Einverständnis verlesen werden konnten, was dem heutigen § 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO entspricht.²³

Das Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12. 9. 1950²⁴ hat diese Regelungen nicht als nationalsozialistisches Gedankengut eingestuft und sie weitgehend unverändert übernommen. Im weiteren Verlauf hat der Gesetzgeber die Möglichkeit der Verfahrensbeteiligten, über den Grundsatz der persönlichen Vernehmung zu verfügen, bei einem verteidigten Angeklagten auf die Niederschriften nichtrichterlicher Vernehmungen und sonstige schriftliche Erklärungen ausgedehnt (heute § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO)²⁵ und schließlich durch die Einfügung des § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO sowie die Erweiterung des § 256 StPO dem Gericht weitere Verlesungsmöglichkeiten eröffnet.²⁶ So kann das Gericht heute etwa Protokolle über nicht in einer Vernehmung bestehende Ermittlungshandlungen der Strafverfolgungsbehörden (z. B. über eine Spurensicherung) verlesen und dadurch in den Grenzen der Amtsaufklärungspflicht²⁷ die persönliche Vernehmung des betreffenden Ermittlungsbeamten über den Ablauf und die Ergebnisse der Spurensicherung auch ohne die Zustimmung der anderen Verfahrensbeteiligten ersetzen.

22 Grünwald, FS Dünnebieber, S. 347, 356 sieht darin zu Recht einen Wendepunkt in der gesetzgeberischen Prioritätensetzung.

23 Vgl. Art. 4 der 3. Verordnung zur Vereinfachung der Strafrechtspflege vom 29. 5. 1943, RGBl. I, 342.

24 BGBl. I, 455.

25 Vgl. das Strafverfahrensänderungsgesetz vom 27. 1. 1987, BGBl. I, 475.

26 Vgl. das 1. Justizmodernisierungsgesetz vom 24. 8. 2004, BGBl. I, 2198; dazu kritisch etwa Knauer/Wolf, NJW 2004, 2932, 2934 ff.

27 Nach der herrschenden Meinung (BGH bei Pfeiffer NSTz 1981, 295; BayObLG NJW 1953, 194; LR/Becker, § 244 Rn. 177 m.w.N.) schränken die Verlesungsmöglichkeiten des § 256 StPO nicht die Amtsaufklärungspflicht, wohl aber das Beweisantragsrecht der Verfahrensbeteiligten ein, so dass diese keine Möglichkeit haben, die persönliche Vernehmung zu erzwingen (vgl. dazu kritisch Walther, JZ 2004, 1107, 1110 ff.; sowie SK-StPO/Frister, § 244 Rn. 100 m.w.N.).

Durch die beschriebene stetige Erweiterung der Verlesungsmöglichkeiten ist die Grenze des Sinnspruchs *exceptio firmat regulam* erreicht und überschritten worden. Die zahlreichen Ausnahmen vom Grundsatz der persönlichen Vernehmung bestätigen heute nicht mehr die Regel, sondern lassen die Struktur der §§ 250 – 256 StPO insgesamt fragwürdig erscheinen. Dies gilt umso mehr, als der bereits beschriebene Geburtsfehler dieser Regelung bis heute fortwirkt. Ungeachtet der Ausweitung der Ausnahmen vom Grundsatz der persönlichen Vernehmung wird die Frage, ob die persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung durch die Einführung früherer Aussagen ersetzt werden kann, noch immer nicht nach einheitlichen Regeln beantwortet. Während bei der Einführung einer früheren Aussage durch die Zeugenaussage des betreffenden Vernehmungsbeamten die allgemeinen Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme angewandt werden, gilt für die Verlesung von Urkunden und – seit der Einfügung des § 255a Abs. 1 StPO²⁸ – im Grunde auch für die Vorführung von Bild-Ton-Aufzeichnungen das aufgrund der enumerativen Aufzählung der Verlesungs- bzw. Vorführmöglichkeiten für das Gericht kompliziertere und schwerer zu handhabende Regel-Ausnahme-System der §§ 250 – 256 StPO. Da in beiden Fällen *dieselbe* frühere Aussage in die Hauptverhandlung eingeführt werden soll, ist für diese unterschiedliche Behandlung kein vernünftiger Grund ersichtlich.

Eine weitere Inkonsistenz des Systems ergibt sich schließlich aus der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der eine *ersetzende* Heranziehung von Vernehmungsprotokollen (und mittelweile auch der Bild-Ton-Aufzeichnungen nach § 255a StPO) unzulässig sei, eine lediglich *ergänzende* jedoch nicht mit § 250 Satz 2 StPO in Konflikt geriete.²⁹ Dass eine derartige Differenzierung letztlich zu einer Umgehung des Ersetzungsverbotes führt, weil durch die ergänzende Verlesung des Protokolls die Vernehmung hinsichtlich der Tatsachen ersetzt wird, zu denen sich der Zeuge oder Sachverständige in der Hauptverhandlung nicht äußern will oder äußern kann, hat bereits *Eberhard Schmidt* aufgezeigt.³⁰

28 Durch das Zeugenschutzgesetz vom 30. 4. 1998, BGBl. I, 820 ff.

29 Vgl. KK-StPO/Diemer, § 250 Rn. 2 m.w.N.

30 *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung, Teil II, § 250 Rn. 4; dazu auch *Grünwald* (Fn. 11), S. 137; *Walther*, JZ 2004, 1107, 1113.

III. Reformüberlegungen

1. Verzicht auf eine Sonderregelung zur persönlichen Vernehmung

Den unbefriedigenden Zustand des geltenden Rechts hat der seit 1963 in wechselnder Zusammensetzung bestehende „Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer – Alternativentwurf“ zum Anlass genommen, über eine grundlegende Reform der gesetzlichen Regelung der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme nachzudenken. Die Arbeiten an dem „Alternativentwurf – Unmittelbarkeit“, an denen ich seit 2010 als neues Mitglied des Arbeitskreises beteiligt bin, sind schon so weit fortgeschritten, dass ich die Gelegenheit ergreifen möchte, die Grundzüge des geplanten Reformvorschlages vorzustellen. Zu betonen ist jedoch, dass es noch keine endgültigen Beschlüsse des Arbeitskreises gibt. Es handelt sich deshalb im Folgenden lediglich um einen nicht autorisierten Bericht aus der „Werkstatt des AE-Unmittelbarkeit“, für dessen Inhalt ich die alleinige wissenschaftliche Verantwortung trage.

Die derzeitigen Überlegungen des AE-Unmittelbarkeit gehen von der Prämisse aus, dass die Frage, ob die persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung durch die Einführung früherer Aussagen ersetzt werden kann, künftig nach einheitlichen, von der Art und Weise der Einführung unabhängigen Regeln zu beantworten sein sollte. Auf der Grundlage dieser Prämisse kann man entweder das komplexe Regel-Ausnahme-System der §§ 250–256 StPO auf die Einführung früherer Aussagen im Wege des Zeugenbeweises erstrecken oder umgekehrt auch für die Einführung früherer Aussagen im Wege des Urkundenbeweises bzw. durch die Vorführung von Bild-Ton-Aufzeichnung auf dieses System verzichten. Der AE-Unmittelbarkeit präferiert derzeit die zweite Regelungsalternative,³¹ d.h. er will die Einführung früherer Aussagen generell nach den allgemeinen Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme beurteilen. Ein Zeuge oder Sachverständiger wäre dann nur noch persönlich zu vernehmen, wenn diese Vernehmung nach Einschätzung des Gerichts zur Wahrheitserforschung erforderlich ist oder aber von einem Verfahrensbeteiligten mittels eines zulässigen und begründeten Beweisantrags verlangt wird.

Die dogmatische Grundlage dieses Lösungsvorschlags ergibt sich aus der Erkenntnis, dass der Inhalt einer Zeugenaussage im Laufe des Strafverfahrens nicht notwendigerweise konstant bleibt, sondern schon aufgrund nachlassender Erinnerungen, aber auch aus verschiedenen anderen Gründen der Natur der Sache nach Veränderungen unterliegt. Eine Zeugenaussage existiert nicht unabhängig von Zeit, Ort und Art der Vernehmung, sondern immer nur als Aussage bei einer bestimmten Vernehmung. Aus dieser einfachen Überlegung ergibt

31 Vgl. zu dieser Regelungsalternative bereits *Frister*, FS Fezer, 2008, S. 211 ff.

sich, dass die im Verlauf des Verfahrens getätigten Aussagen eines Zeugen im Prinzip als unterschiedliche Beweise zu begreifen sind. Dies wiederum bedeutet, dass bei einer Ersetzung oder Ergänzung der Vernehmung in der Hauptverhandlung durch die Einführung des Ergebnisses einer früherer Vernehmung nicht der gleiche Beweis in anderer (mittelbarer) Form erhoben, sondern die Erhebung eines Beweises durch die Erhebung eines anderen Beweises ersetzt bzw. ergänzt wird.

Aus diesem Grunde liegt es nahe, die Ersetzung der persönlichen Vernehmung in der Hauptverhandlung durch eine frühere protokollierte Aussage derselben Person im Grundsatz ebenso zu behandeln wie die Ersetzung einer Zeugenvernehmung durch die Aussage einer anderen Person oder ein sachliches Beweismittel. So wie sich die Frage, ob auf die Vernehmung eines Zeugen in der Hauptverhandlung im Hinblick auf andere Beweise verzichtet werden kann, nach den allgemeinen Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme beurteilt, so soll nach der Vorstellung des AE-Unmittelbarkeit auch die Frage, ob ein solcher Verzicht aufgrund der Einführung einer früheren Aussage desselben Zeugen möglich ist, einheitlich nach diesen Regeln beurteilt werden. Über die persönliche Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung wäre damit nicht mehr nach einem komplexen Regel-Ausnahme-System, sondern nach Maßgabe der §§ 244 Abs. 2, 245 Abs. 1 StPO sowie des Beweisantragsrechts (§ 244 Abs. 3, § 245 StPO) zu entscheiden.

Ein solch vollständiger Verzicht auf den plakativen Grundsatz persönlicher Vernehmung mag auf den ersten Blick radikal erscheinen, ist es aber in Wahrheit nicht. Denn durch die seit 1877 eingetretene Rechtsentwicklung ist das ursprüngliche Regelungskonzept der Strafprozessordnung so weit ausgehöhlt worden, dass die Anwendung der allgemeinen Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme den mit diesem Regelungskonzept verfolgten Anliegen im Ergebnis sogar besser Rechnung tragen würde als das komplexe Regel-Ausnahme-System der geltenden §§ 250 ff. StPO. Wie eingangs dargelegt, bestanden diese Anliegen in der Sicherung der materiellen Wahrheitserforschung durch Zugriff auf das direkteste Beweismittel, der Wahrung der Rechte des Angeklagten insbesondere hinsichtlich einer Befragung der Belastungszeugen sowie in der Herstellung von Öffentlichkeit bei der Beweiserhebung. An diesen Grundanliegen soll der vorgeschlagene Verzicht auf eine Sonderregelung zur persönlichen Vernehmung im Folgenden gemessen werden.

2. Vereinbarkeit mit dem Gebot materieller Wahrheitserforschung

Der Mehrwert der persönlichen Vernehmung in der Hauptverhandlung wird zu Recht darin erblickt, dass das erkennende Gericht einen unmittelbaren Eindruck

von der Person zu gewinnen vermag und die Möglichkeit einer umfassenden, dynamischen Befragung besteht. Zugleich ist eine solche Vernehmung jedoch mit dem gravierenden Nachteil behaftet, dass die Erinnerung an Geschehenes mit der Zeit typischerweise verblasst, aber auch andere Faktoren wie etwa die Art und Weise der Befragung oder eine unterschiedliche Aussagebereitschaft unweigerlich Veränderungen im Aussageverhalten und damit Veränderungen des Aussageinhalts zur Folge haben. Eine grundsätzliche Prävalenz der persönlichen Vernehmung in der Hauptverhandlung gegenüber der Einführung früherer Aussagen lässt sich deshalb allein unter dem Gesichtspunkt der erfolgversprechenden Wahrheitserforschung nicht begründen. Im Ergebnis bestimmt jeweils der Einzelfall, welche Beweiserhebung von höherer Qualität und somit der beste Garant für die Wahrheitsfindung ist.³²

Bietet die persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung der Wahrheitsfindung demnach nicht stets die optimale Grundlage, so ist es sachgerecht, in dem jeweiligen Einzelfall darüber befinden zu können, ob zur Erforschung der Wahrheit die Vernehmung in der Hauptverhandlung, die Einführung einer früheren Aussage oder beides erforderlich ist.³³ Die bestmögliche Grundlage für seine Überzeugungsbildung erhält das Gericht, wenn es eine Person in der Hauptverhandlung vernimmt und zusätzlich alle früheren Aussagen dieser Person in die Hauptverhandlung einführt. Sofern im Prozess die eine Aussage gegen die andere steht oder aus anderen Gründen der Wahrheitsgehalt einer für das Urteil entscheidenden Aussage zweifelhaft erscheint, gehen die Gerichte bereits auf der Grundlage des geltenden Rechts in dieser Weise vor und dies wäre nach dem Maßstab des § 244 Abs. 2 StPO auch in Zukunft geboten. In derartigen Fällen ist insbesondere der Vergleich der verschiedenen im Laufe des Verfahrens getätigten Aussagen zur Aufdeckung von Widersprüchen und zur Einschätzung der Glaubwürdigkeit für eine sachgerechte Beweiswürdigung unerlässlich.

Wird eine frühere Aussage in die Hauptverhandlung eingeführt, so ist zu entscheiden, ob dies durch die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung, durch die Verlesung des Vernehmungsprotokolls oder mittels der Zeugenaussage des jeweiligen Vernehmungsbeamten geschehen soll. Im Interesse des auf Feststellung der materiellen Wahrheit ausgerichteten Verfahrens muss die frühere Aussage so zuverlässig wie möglich reproduziert werden, so dass auch diese Entscheidung mit Blick auf das Ziel der bestmöglichen Wahrheitserforschung zu treffen ist. Jedoch kann die Frage, welche Form der Einführung einer früheren Aussage am besten zur Wahrheitserforschung geeignet ist, grundsätzlich ab-

32 In diesem Sinne wohl auch *Walther*, JZ 2004, 1107, 1113 f.

33 So findet sich bereits in RGSt 48, 246, 247 die Maßgabe, das Gericht werde in der Regel die unmittelbare Beweisführung als bessere Beweisquelle bevorzugen, sein pflichtgemäßes Er-messen könne aber auch die mittelbare Beweisführung für ausreichend erachten.

strakt bestimmt werden. Erforderlich ist in der Regel eine möglichst kurze Schlusskette, die Zuverlässigkeit des Beweismittels sinkt mit der Zahl der Beweisreproduktionen und mit größerer Entfernung vom unmittelbar erheblichen Beweisthema stetig.³⁴ Aus diesem Grund sehen die derzeitigen Überlegungen des AE-Unmittelbarkeit hinsichtlich der zur Verfügung stehenden Ersetzungsmöglichkeiten eine abstrakte Rangfolgeregelung vor.

Man wird ohne größere Bedenken postulieren können, dass die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung der zurückliegenden Vernehmung gegenüber den anderen Methoden eindeutig den Vorzug verdient, da sie einem unmittelbaren Eindruck der Person am nächsten kommt. Auf sie sollte stets primär zurückgegriffen werden, da mit ihr sowohl der Wortlaut als auch die Gestik und Mimik des Aussagenden wiedergegeben werden können und sie somit die zuverlässigste Methode zur Wiedergabe einer früheren Aussage darstellt. Zwar ist die Vorführung einer derartigen Aufnahme im Gerichtssaal an das dortige Vorhandensein entsprechender Vorrichtungen geknüpft, angesichts der doch relativ geringen technischen Anforderungen aber mittlerweile wohl für die Gerichte eine Sache des Möglichen.

Für den Fall, dass keine solche Aufzeichnung angefertigt worden ist oder die Vorführung tatsächlich einmal technisch nicht möglich sein sollte, ist zu überlegen, welcher Methode der Rekonstruktion der zweite Rang gebührt. Hier sollte der Verlesung der Niederschrift über die frühere Aussage die Priorität vor der Zeugenaussage des Vernehmungsbeamten als letzter Modalität gegeben werden. Dieser Vorrang resultiert daraus, dass die Protokollierung gerade die Funktion hat, die Aussage des Zeugen oder Sachverständigen zu dokumentieren, ihre Richtigkeit zudem vom Zeugen oder Sachverständigen durch seine Unterschrift bestätigt wird und der Vernehmungsbeamte sich bei einer Vernehmung als Zeuge über den Inhalt der früheren Aussage gerade bei Routinebefragungen aufgrund fehlender spontaner Erinnerung typischerweise ohnehin auf die Niederschrift stützen wird.

Allerdings kann der Vernehmungsbeamte als Zeuge unter Umständen auch über die Vernehmungsumstände und das Aussageverhalten Auskunft geben, was der Niederschrift in der Regel nicht oder nicht hinreichend detailliert zu entnehmen ist. Deshalb soll in jedem Fall ergänzend auf eine nachrangige Form der Reproduktion zurückgegriffen werden können, also etwa neben der Verlesung des Protokolls zusätzlich die Zeugenaussage des Vernehmungsbeamten herangezogen werden können. Ob das Gericht von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, hat es wiederum nach dem Maßstab des § 244 Abs. 2 StPO zu entscheiden. Da unnötige und von den Verfahrensbeteiligten nicht als notwendig emp-

³⁴ Geppert (Fn. 3), S. 130.

fundene Beweiserhebungen auch aus prozessökonomischen Gründen³⁵ zu vermeiden sind, ist die eingangs geschilderte Rangfolge hinreichend flexibel zu halten, so dass etwa bei unumstrittenen Aussagen mit Einverständnis der Verfahrensbeteiligten stets auf eine „niederrangige“ Methode der Einführung zurückgegriffen werden kann. In derartigen Konstellationen ist insbesondere die reine Verlesung der Vernehmungsniederschrift wohl eine probate und zeitsparende Variante.

3. Wahrung der Verteidigungsrechte

Auch hinsichtlich der Verteidigungsrechte des Angeklagten ergibt die nähere Untersuchung, dass ihnen durch Anwendung der allgemeinen Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme hinreichend Rechnung getragen werden kann. Die Interessen des Angeklagten werden insbesondere dadurch gewahrt, dass er im Falle einer durch das Gericht beabsichtigten Ersetzung selbst einen Beweis Antrag stellen, damit auf die Beweiserhebung Einfluss nehmen und die Durchführung einer persönlichen Vernehmung erzwingen kann. Mittels eines derartigen Antrags kann er sich die Möglichkeit verschaffen, belastende Aussagen des Zeugen oder belastende Gutachten des Sachverständigen durch kritische Befragung dieser Personen in der Hauptverhandlung zu entkräften. Das Gericht, welches in diesem Fall nach Maßgabe des § 244 Abs. 2 StPO die persönliche Vernehmung für nicht erforderlich gehalten hat, könnte einen solchen Beweis Antrag aufgrund der abweichenden Einschätzung der Relevanz der persönlichen Aussage nicht ablehnen.

Dies ergibt sich aus dem Grundsatz des Verbots der Beweisantizipation, welcher der Regelung des § 244 Abs. 3 StPO zur Ablehnung von Beweis Anträgen zugrunde liegt. Nach dieser Regelung kann das Gericht den Antrag insbesondere nicht mit der Begründung ablehnen, die belastenden Tatsachen seien durch die frühere Aussage des Zeugen bereits bewiesen. Sollte der Angeklagte zuvor die Vorladung des Zeugen oder Sachverständigen erwirkt haben und es sich somit um präsen te Beweismittel handeln, so kann es den Beweis Antrag sogar nur unter den strengeren Voraussetzungen des § 245 Abs. 2 StPO verwerfen, also nur dann, wenn die Tatsache, die bewiesen werden soll, schon erwiesen oder offenkundig ist, wenn der Zusammenhang zwischen ihr und dem Gegenstand der Urteilsfindung fehlt, bei völliger Nichteignung des Beweismittels oder wenn der Antrag allein zum Zwecke der Prozessverschleppung gestellt ist.

Auch wenn den Angeklagten entlastende Angaben vom Gericht durch eine

35 Zur Kritik einer derartigen Duplikation vgl. die Nachweise bei SK-StPO/Velten, Vor § 250 Rn. 23.

der oben aufgezeigten Methoden in die Hauptverhandlung eingeführt und auf eine persönliche Vernehmung verzichtet werden soll, kann der Angeklagte seine Verteidigungsmöglichkeiten dahingehend ausschöpfen, durch einen zulässigen und begründeten Beweisantrag das persönliche Auftreten des Zeugen zu erwirken und dadurch dessen entlastende Aussagen in ihrer Glaubhaftigkeit zu untermauern. In diesem Falle liegt es am Gericht zu entscheiden, ob aufgrund der früheren Aussage des Zeugen die entlastende Tatsache bereits bewiesen oder zumindest als wahr zu unterstellen ist. Wenn es dies verneint, der Aussage also im Ergebnis keine Glauben schenken und die bekundete entlastende Tatsache seinem Urteil nicht zugrunde legen will, ist es durch den Beweisantrag grundsätzlich dazu gezwungen, den Zeugen in der Hauptverhandlung zu vernehmen und sich auf diese Weise einen unmittelbaren Eindruck von der Glaubhaftigkeit seiner Aussage zu verschaffen. Die Anwendung der allgemeinen Regeln des Beweisantragsrechts gibt dem Angeklagten also regelmäßig die Möglichkeit, eine persönliche Vernehmung des Zeugen durchzusetzen.

Anders ist dies allerdings in Fällen, in denen ein Zeuge unerreichbar oder seine Vernehmung unzulässig ist. Sofern das Gericht die frühere Aussage eines solchen Zeugen in die Hauptverhandlung einführt, hat der Angeklagte zu keinem Zeitpunkt die Möglichkeit, den Zeugen zu befragen. Daraus resultiert eine Verletzung des durch Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK verbürgten Konfrontationsrechts, der durch eine bloße Minderung des Beweiswerts, wie es die Beweiswürdigungslösung nach geltendem Recht hinsichtlich der Verwertung von derartigen Aussagen vorschlägt,³⁶ zumindest dann nicht hinreichend Rechnung getragen wird, wenn die fehlende Möglichkeit der Befragung den Strafverfolgungsorganen zuzurechnen ist. In einer derartigen Konstellation sollte den Rechten des Angeklagten der Vorzug gegeben und die Einführung der früheren Aussage nur zugelassen werden, wenn der Angeklagte damit ausdrücklich einverstanden ist. Dann kann sie auf dem den Beteiligten am geeignetsten erscheinenden Wege in die Hauptverhandlung eingeführt und im Rahmen der Urteilsfindung berücksichtigt werden.

Problematisch ist die Anwendung der allgemeinen Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme in den Fällen, in denen das Gericht Beweisanträge auch aus anderen als den in § 244 Abs. 3 StPO genannten Gründen ablehnen darf. Wenn etwa die Vernehmung eines im Ausland zu ladenden Zeugen durch die Einführung einer früheren Aussage ersetzt werden soll, könnte der Angeklagte aufgrund der Ermessensregelung des § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO die Vernehmung des betreffenden Zeugen in der Hauptverhandlung nicht durch einen Beweisantrag erzwingen. Auch hier muss aber das Fragerecht des Angeklagten ga-

36 Vgl. dazu *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 46 Rn. 34 m.w.N.

rantiert und eine Einführung der Aussage, falls diese ohne Möglichkeit der Konfrontation seitens des Angeklagten getätigt wurde, verhindert werden.

Aus diesem Grund gehen die Überlegungen des AE-Unmittelbarkeit derzeit dahin, die allgemeinen Regeln des Beweisantragsrechts dahingehend zu modifizieren, dass ein Antrag auf persönliche Vernehmung nicht aufgrund der für Sachverständige und Auslandszeugen geltenden zusätzlichen Ablehnungsmöglichkeiten abgelehnt werden darf. Damit soll nicht die generelle Geltung dieser zusätzlichen Ablehnungsmöglichkeiten in Frage gestellt werden. Nur wenn das Gericht die frühere Aussage eines sich im Ausland befindlichen Zeugen oder Sachverständigen in Reproduktion in die Hauptverhandlung einführen will, also nach eigener Überzeugung und dem Maßstab des § 244 Abs. 2 StPO davon ausgeht, dass eine Aussage des betreffenden Zeugen bzw. ein Gutachten des betreffenden Sachverständigen zur Wahrheitserforschung erforderlich ist, soll es zur Gewährleistung des Fragerechts nicht mehr die Möglichkeit haben, die Vernehmung in der Hauptverhandlung aus anderen als den in § 244 Abs. 3 StPO genannten Gründen abzulehnen.

Mit dieser Modifikation gewährleistet der vorgeschlagene Rückgriff auf die allgemeinen Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme den Schutz des Angeklagten vor den Gefahren einer lediglich mittelbaren Beweiserhebung im Ergebnis sogar besser als das derzeit geltende Recht. Der Angeklagte hat nach der vorgeschlagenen Konzeption auch die Möglichkeit, die Vernehmung eines erreichbaren Zeugen oder Sachverständigen durch einen Beweisantrag zu erzwingen, wenn einer der de lege lata vorgesehenen Verlesungsgründe nach §§ 251, 256 StPO vorliegt. Wird beispielsweise das Protokoll einer polizeilichen Spurensicherung in der Hauptverhandlung verlesen, so könnte der Angeklagte das Gericht zwingen, den Verfasser des Protokolls in der Hauptverhandlung zu vernehmen und damit zugleich dessen Befragung zu ermöglichen, die gegebenenfalls Unstimmigkeiten oder Verfahrensmängel aufdecken kann. Nach geltendem Recht hätte ein derartiger Beweisantrag dagegen keinen Erfolg, weil er von der herrschenden Meinung aufgrund der Regelung des § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO als unzulässig angesehen wird.³⁷

Die vorgeschlagene Umgestaltung des Regelungskomplexes der §§ 250 ff. StPO schränkt somit die Rechte des Angeklagten nicht ein, sondern erweitert sie sogar. Allerdings werden die Anforderungen an die Geltendmachung dieser Rechte erhöht. Während die Ersetzung einer Vernehmung durch die Verlesung einer früheren Aussage oder Erklärung de lege lata nach § 251 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 3 StPO nur mit der vom Gericht einzuholenden Zustimmung des

37 BGH bei Pfeiffer NStZ 1981, 295; BayObLG NJW 1953, 194; *Alsberg/Nüse/Meyer*, S. 296; LR/Becker, § 244 Rn. 177; *Meyer-Gofßner*, § 256 Rn. 2; a. A. *Grünwald* (Fn. 11), S. 115; SK-StPO/Frister, § 244 Rn. 100.

Angeklagten und seines Verteidigers³⁸ zulässig ist, müsste die Verteidigung bei Anwendung der Regelungen des Beweisantragsrechts selbst initiativ werden, um die von ihr nicht gewollte oder als ungünstig erachtete Ersetzung einer Vernehmung zu verhindern. Eine solche Initiative kann von einem Verteidiger durchaus verlangt werden. Bei einem Angeklagten, der keinen Verteidiger hat, ist jedoch mittels einer Belehrungspflicht dafür Sorge zu tragen, dass er seine Rechte tatsächlich wahrnehmen kann. Für den Fall einer anberaumten Ersetzung der persönlichen Vernehmung hat der Vorsitzende deshalb den nichtverteidigten Angeklagten über sein Antragsrecht zu belehren. Soweit dies erforderlich ist, hat er ihm auch deutlich zu machen, dass er sich nur durch einen derartigen Beweisantrag die Möglichkeit zu einer kritischen Befragung des Zeugen oder Sachverständigen verschaffen kann und mit dem Unterlassen der Antragsstellung auf die Wahrnehmung seines Konfrontationsrechts aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK verzichtet.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass ein Beweistrag an formelle Anforderungen geknüpft ist. So hat, um dem Gericht die Anwendung des in den §§ 244 Abs. 3, 245 Abs. 2 StPO kodifizierten Ablehnungssystems zu ermöglichen, der Antragsteller insbesondere anzugeben, zu welcher in der früheren Aussage oder Erklärung bekundeten Tatsache der Zeuge oder Sachverständige in der Hauptverhandlung vernommen und ob diese Tatsache durch seine Vernehmung bestätigt oder widerlegt werden soll.³⁹ Die Kenntnis dieser Anforderungen kann beim nichtverteidigten Angeklagten ebenfalls nicht vorausgesetzt werden. Jedoch gebietet bereits die allgemeine prozessuale Fürsorgepflicht, dass der Vorsitzende in jedem Fall auf eine sachgerechte Antragstellung hinzuwirken und damit bei der Formulierung des auf die Vernehmung in der Hauptverhandlung gerichteten Beweisantrags u. U. Hilfe zu leisten hat.⁴⁰ Eine ausdrückliche Normierung dieser sich aus allgemeinen Grundsätzen ergebenden Verpflichtung erscheint daher nicht erforderlich. Eine solche könnte sogar, da das allgemeine Beweisantragsrecht auch keine derartig explizite Regelung enthält, zu dem Missverständnis Anlass geben, dass eine derartige Verpflichtung nur oder zumindest in besonderem Maße in den Fällen der beabsichtigten Ersetzung einer persönlichen Vernehmung bestehe.

38 Hat der Angeklagte keinen Verteidiger, so rechtfertigt seine eigene Zustimmung nur eine Ersetzung nach § 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO.

39 Vgl. zu den grundsätzlichen Anforderungen etwa SK-StPO/Frister, § 244 Rn. 48 ff. m. w. N.

40 Vgl. LR/Becker, § 238 Rn. 8; SK-StPO/Frister, § 238 Rn. 10, beide m. w. N.

4. Gewährleistung hinreichender öffentlicher Kontrolle

Bedenken gegen die vorgeschlagene Lösung könnten sich nach den vorstehenden Überlegungen allenfalls aus dem Interesse der Öffentlichkeit ergeben, das Zustandekommen der in einem Strafurteil verwerteten Aussagen von Zeugen und Sachverständigen unmittelbar nachzuvollziehen, mithin am Prozess der Beweiserhebung teilhaben und etwa die Einhaltung der Verfahrensgrundsätze bei der Befragung eines Zeugen kontrollieren zu können. Die vorgeschlagene Anwendung der allgemeinen Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme überantwortet den Schutz dieses Interesses der Disposition der Verfahrensbeteiligten. Diese haben zwar die Möglichkeit, durch einen Beweisantrag die Aussage in öffentlicher Hauptverhandlung zu erwirken. Sofern sie hiervon jedoch keinen Gebrauch machen, kann die Öffentlichkeit die Art und Weise des Zustandekommens der im Urteil verwerteten Aussagen nicht mehr unmittelbar kontrollieren, wenn das Gericht seinerseits die persönliche Vernehmung nicht für erforderlich hält.

Daraus lässt sich jedoch bereits insofern kein durchgreifender Einwand ableiten, als die ursprüngliche Vorstellung des historischen Gesetzgebers der Reichsstrafprozessordnung von 1877, strafrechtliche Urteile nur auf in der öffentlichen Hauptverhandlung getätigte Aussagen zu stützen, im geltenden Recht schon seit langem nicht mehr verwirklicht ist. Spätestens durch die Einführung der Verlesungsmöglichkeiten mit Einverständnis der Verfahrensbeteiligten hat der Gesetzgeber selbst seine ursprüngliche Wertung korrigiert und inzwischen mit § 251 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 3 StPO das Kontrollinteresse der Öffentlichkeit im Ergebnis ebenfalls zur Disposition der Verfahrensbeteiligten gestellt. Ein umfassender Schutz des öffentlichen Interesses an einer Kontrolle des Zustandekommens der in einem Strafurteil verwerteten Aussagen von Zeugen und Sachverständigen wäre nur zu verwirklichen, wenn man die Rechtsentwicklung rückgängig machen und die Vernehmung in der Hauptverhandlung wieder unabhängig von dem Willen der Verfahrensbeteiligten zwingend anordnen wollte.

Eine derartige Verpflichtung zu von den Beteiligten allseitig als unnötig angesehenen Vernehmungen würde jedoch die durch den Beschleunigungsgrundsatz (vgl. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK) gebotene zügige Durchführung des Strafverfahrens in erheblichem Maße erschweren und wäre deshalb der Öffentlichkeit kaum zu vermitteln. Zu einer Rückkehr zur verpflichtenden unmittelbaren Erhebung und der damit verbundenen Duplizierung der Beweiserhebung besteht auch deshalb kein Anlass, weil in den Fällen, in denen das ordnungsgemäße Zustandekommen einer früheren Aussage bezweifelt wird, die Verfahrensbeteiligten in aller Regel von ihrer Möglichkeit Gebrauch machen werden, die unmittelbare Aussage der betreffenden Person in der Hauptver-

handlung zu hören und dies notfalls durch einen Beweisantrag zu erzwingen. Im Ergebnis wird deshalb durch die Beurteilung der Zulässigkeit der Ersetzung nach den allgemeinen Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme auch die öffentliche Kontrolle des Verfahrens in hinreichendem Maße gewahrt.

IV. Fazit

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die gesetzliche Regelung der materiellen Unmittelbarkeit von Anfang an insofern inkonsequent war, als die §§ 250–256 StPO nicht alle Formen der Einführung früherer Aussagen erfassen, und sich durch die ständige Erweiterung der Verlesungsmöglichkeiten insgesamt überlebt hat. Die überfällige Reform des geltenden Rechts sollte nicht weiter an Symptomen herumkurieren, sondern die überkommene Sonderregelung der §§ 250–256 StPO durch eine nur geringfügig modifizierte Anwendung der allgemeinen Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme ersetzen. Eine solche Systemumstellung würde die gesetzliche Regelung erheblich vereinfachen und dem Anliegen materieller Unmittelbarkeit im Ergebnis besser Rechnung tragen als das derzeit geltende Recht.

Mit der Anwendung der allgemeinen Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme wären die §§ 250, 251, 253, 255, 255a und 256 StPO in ihrer jetzigen Form obsolet. Lediglich die §§ 252, 254 StPO blieben von dieser Systemumstellung unberührt, weil sie keine Ausnahmen von dem in § 250 StPO kodifizierten Gebot der persönlichen Vernehmung enthalten und damit nicht die allgemeine Problematik der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme betreffen, sondern die Frage, ob und inwieweit das Zeugnisverweigerungsrecht eines Zeugen bzw. das Schweigerecht des Angeklagten der Einführung früherer Aussagen in die Hauptverhandlung entgegensteht. Zur Lösung dieser Frage wird der AE-Unmittelbarkeit ebenfalls Vorschläge vorlegen, deren Darstellung jedoch sowohl den Rahmen als auch den Gesamtzusammenhang des vorliegenden Beitrags sprengen würde.

L'«immédiateté» de l'administration de la preuve¹

Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme

Im Gegensatz zum deutschen Strafprozessrecht gibt es im französischen Recht die „Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme“ weder als Begriff noch als Prinzip. In beiden Rechten gelten indes die Anforderungen aus Art. 6 EMRK an die Präsentation der Beweise in einer öffentlichen und kontradiktorischen Verhandlung. Im französischen Recht findet die materiell-rechtliche Dreiteilung der Delikte in Übertretungen, Vergehen und Verbrechen ihre Entsprechung in drei klar geschiedenen verschiedenen Verfahrensformen, von denen das stark ritualisierte und seit der Revolution kaum veränderte Verfahren vor den Schwurgerichten wegen einer Verbrechensanklage als Urbild des Strafprozesses schlechthin gelten kann. 200mal mehr Fälle pro Jahr werden jedoch von den tribunaux correctionnels entschieden, deren Verfahren in manchem von dem der Schwurgerichte abweicht.

Gemeinsam ist beiden Verfahren, dass das Gericht seine Überzeugung nur auf solche im Vorverfahren erhobenen Beweise stützen darf, die zum Gegenstand der öffentlichen mündlichen Verhandlung gemacht worden sind. Wesentliches Beweismittel ist der Zeugenbeweis, dessen Ausgestaltung der deutschen Regelung stark ähnelt. So kann die Aussage eines abwesenden oder zu seinem Schutz gesperrten Zeugen etwa durch die Aussage eines Vernehmungsbeamten ersetzt werden, darf aber nicht alleinige Grundlage einer Verurteilung sein.

Mündlichkeit und Unterbrechungsfreiheit kennzeichnen die Verhandlung vor dem Schwurgericht. Da nur der Vorsitzende die Akten kennt, resümiert er zu Beginn das bisherige Verfahren, um die Geschworenen zu unterrichten. Er kann auch jede Information aus den Akten, die er für erheblich hält, zur Kenntnis des ganzen Gerichts bringen. Da jedes Beweismittel zur Debatte gestellt werden muss, kostet das Verfahren Zeit und wird mittlerweile als „Luxus“ empfunden. Dies hat, zusammen mit der Unberechenbarkeit des Wahrspruchs der Geschworenen, zur „correctionalisation“ beigetragen, d. h. der außergesetzlichen Praxis, eine Ver-

¹ Le style oral a été conservé.

brechensanklage zu vermeiden und den Tatvorwurf stattdessen als Vergehen vor den tribunaux correctionnels zu verfolgen.

Im Verfahren wegen Vergehen gibt es eine Reihe von Alternativen zur gerichtlichen Hauptverhandlung. So wird ein beträchtlicher Anteil der Verfahren (über ein Drittel) durch eine der verschiedenen Diversionsformen erledigt. Soll eine Sanktion verhängt werden, so gibt es mehrere vereinfachte und beschleunigte Verfahrenstypen, so dass die gerichtliche Verhandlung heute nicht mehr der häufigste Weg zur Sanktion eines Vergehens ist. Auch dann ist die Mündlichkeit schwächer ausgeprägt als im Schwurgericht; angesichts des Zeitdrucks ob der großen Fallzahlen werden Zeugen seltener gehört und die Überzeugung des Gerichts beruht daher maßgeblich auf den Akten, womit sich der Schwerpunkt des Verfahrens auf die Ermittlungsphase verschiebt. Diese Entwicklung ist auch deshalb besorgniserregend, weil sie das Risiko von Justizirrtümern erhöht.

Evoquer l'«immédiateté» de l'administration de la preuve est quelque peu incongru pour un juriste français. Le Code de procédure pénale ne connaît en effet ni le mot – à supposer que le terme choisi soit bon –, ni la chose,² n'énonçant aucun principe équivalent à l'*Unmittelbarkeitsgrundsatz* du droit pénal allemand³. Est-ce à dire que l'administration de la preuve au stade du jugement s'opère de façon radicalement différente en Allemagne et en France? Sans doute pas. La pratique du droit comparé enseigne toutefois la prudence et apprend à débusquer les fausses ressemblances et les dissemblances apparentes. C'est pourquoi seul un examen concret et précis du rôle de l'audience dans l'administration de la preuve d'une infraction, et de la manière dont cette preuve est présentée à l'audience, permettra de répondre à la question. D'autant que les deux droits sont soumis à un troisième, issu de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH). Or la Cour de Strasbourg tire de l'article 6 de la Convention le principe selon lequel toutes les preuves doivent, sauf exception, être produites devant l'accusé, en audience publique, en vue d'un débat contradictoire.⁴

En droit français, l'audience correspond à la phase de jugement qui succède à

2 *Le Mot et la Chose*, poème galant de l'Abbé de L'Attaignant (1697 – 1779).

3 Sur ce principe, v. not. : W. Beulke, *Strafprozessrecht*, C.F. Müller, 12. Aufl. 2012, § 21, n° 410 et s.; H. Radtke, *Wahrheitsermittlung im Strafverfahren, Leitprinzipien, Methoden und Grenzen*, GA 2012, 187 et s.

4 Grande Chambre, *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, 15 déc. 2011, § 118. V. ég., dans le même sens: *Fafrowicz v. Poland*, 17 avril 2012, § 53; *Tseber c. République Tchèque*, 22 nov. 2012, § 44; *Kalikhov v. Russia*, 3 mai 2012, § 111; *Hummer v. Germany*, 19 juil. 2012, § 38; *Gani v. Spain*, 19 fév. 2013, § 38; *Papadakis v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, 26 fév. 2013, § 86. V. G. Giudicelli-Delage (ss la dir. de), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale, Perspectives comparées*, Collection de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 12, Editions de la Société de législation comparée, 2006.

la phase préparatoire du procès. La phase d'enquête policière et/ou d'instruction judiciaire correspond à la mise en état de l'affaire sur un mode inquisitoire – la procédure est à ce stade en principe écrite, secrète et non contradictoire. La phase décisive est, elle, soumise aux règles d'une procédure de type accusatoire: sauf exception, le jugement est rendu à l'issue de débats oraux, publics et contradictoires.⁵ Encore faut-il immédiatement souligner que le Code de procédure pénale marque une différence très nette entre le jugement des crimes, pour lequel une procédure longue, solennelle et incontournable est prévue, et celui des délits et contraventions, pour lequel le formalisme procédural est atténué et qui tolère plusieurs formes de «dérivations».

Ces Rencontres étant consacrées à l'audience de jugement, le traitement des contraventions sera laissé de côté. En effet, seule une faible minorité de ces infractions fait l'objet de débats à l'audience. La plupart des contraventions sont sanctionnées au moyen de procédures accélérées (l'ordonnance pénale, art. 524 et s. CPP) ou simplifiées (la composition pénale, art. 41-3 CPP), sans audience véritable, lorsqu'elles ne sont pas sanctionnées au moyen d'une procédure de type administratif (l'amende forfaitaire, art. 529 et s. CPP).⁶

La procédure criminelle est au contraire fort intéressante pour notre étude car elle peut être considérée comme le modèle-type (ou le modèle originaire) de la procédure pénale française.⁷ La cour d'assises est la gardienne de nos traditions; la procédure très ritualisée qui se déroule devant elle a peu changé depuis la Révolution. C'est une procédure qui est aujourd'hui considérée par nombre de magistrats comme étant une procédure «de luxe»: on y prend le temps de revoir l'instruction, de débattre des preuves, de se pencher sur la personnalité de l'accusé.

Le tableau est tout autre en matière correctionnelle. Le nombre d'affaires à juger étant deux-cent fois plus élevé,⁸ le temps y est une denrée rare; il faut juger le mieux possible, certes, mais aussi le plus rapidement possible. Par son caractère protéiforme mais aussi par ses travers, la procédure correctionnelle illustre l'évolution contemporaine de la procédure pénale française.

En dépit de ces différences, des règles communes s'appliquent aux deux procédures, constituant une sorte de «grammaire» de l'administration de la

5 V.: B. Bouloc, Procédure pénale, Dalloz, 23^{ème} éd. 2012, n° 52 et s. p. 48 et s.; F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, Traité de procédure pénale, Economica, 2^{ème} éd. 2012, n° 10 et s. p. 5 et s.; S. Guinchard, J. Buisson, Procédure pénale, LexisNexis, 8^{ème} éd. 2012, n° 20 et s. p. 37 et s.

6 Le nombre des amendes forfaitaires majorées est à lui seul neuf fois supérieur à celui des condamnations prononcées par l'ensemble des juridictions pénales (Ministère de la Justice, Les chiffres-clés de la Justice 2012, p. 15).

7 Le constat ne vaut d'ailleurs pas seulement pour l'administration de la preuve.

8 Les cours d'assises ont rendu en 2011 1968 arrêts, les tribunaux correctionnels, 539 942 jugements sur l'action publique (Ministère de la Justice, Les chiffres-clés de la Justice 2012, p. 15).

preuve à l'audience. C'est par leur présentation que nous commencerons (I) car elles forment la toile de fond sur laquelle se dessinent les deux grandes procédures répressives qui seront abordées par la suite. La procédure criminelle est marquée par l'oralité; les juges ne peuvent, sauf exception, asseoir leur conviction que sur les preuves directement présentées et débattues devant eux. L'administration de la preuve à l'audience de la cour d'assises est donc «immédiate» (au sens d'*unmittelbar*), à quelques éclipses près (II). La procédure correctionnelle accorde en revanche une importance accrue au dossier écrit, de sorte que l'immédiateté de l'administration de la preuve est, en la matière, largement éclipsée (III).

I. Les règles communes ou la grammaire de l'administration de la preuve à l'audience

Un certain nombre de règles s'appliquent à toute audience de jugement. La plupart d'entre elles ont été ou seront développées au cours de ce colloque, c'est pourquoi nous n'insisterons que sur celles qui ont une incidence sur l'administration de la preuve. Elles concernent les caractères fondamentaux de la procédure (A), la valeur accordée aux preuves (B) et les auditions de témoins (C), le témoignage étant un mode de preuve que l'on rencontre dans la plupart des affaires.

A. La procédure de jugement est, on l'a dit, une procédure de type accusatoire. Elle est orale: les preuves rassemblées durant la phase préparatoire sont présentées et discutées à l'audience; les juges ne peuvent fonder leur décision que sur des éléments de preuve ainsi exposés et débattus (art. 311 et s., 327 et s., 401, 406 et s. CPP), après avoir entendu le ministère public en ses réquisitions (art. 346, 460). Elle est publique: le peuple et la presse peuvent assister à l'audience, l'enregistrement du procès étant toutefois interdit, sauf exception, à compter de l'ouverture des débats. La publicité peut cependant être écartée pour des raisons tenant à la nécessité de maintenir l'ordre, de préserver la dignité des personnes ou de protéger les mineurs (art. 306, 308, 400). Elle est enfin contradictoire: l'accusé (en matière criminelle) ou le prévenu (en matière correctionnelle) dispose de droits – les «droits de la défense» – qui incluent la faculté de contester la régularité et la fiabilité des preuves soumises à la juridiction (art. 315, 317, 385, 417, 427).

B. Le juge de jugement apprécie librement la valeur des preuves ainsi présentées devant lui. Il prend sa décision selon son intime conviction, c'est-à-dire selon

l'impression produite par ces preuves sur sa conscience intime. Si – et seulement si – il acquiert la conviction que l'accusé ou le prévenu est coupable, il le déclare tel et lui inflige une peine (art. 353, 427 CPP).⁹

Ce principe de l'intime conviction s'illustre à merveille dans l'instruction aux jurés que le président de la cour d'assises doit lire après la clôture des débats et qui est affichée, «*en gros caractères*» dit la loi (art. 353 alinéa 1^{er} CPP), dans la salle des délibérations:

«Sous réserve de l'exigence de motivation de la décision, la loi ne demande pas compte à chacun des juges et jurés composant la cour d'assises des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: «Avez-vous une intime conviction?»» (art. 353 alinéa 2 CPP).

L'audience est ainsi, selon le mot d'Alain Blanc, qui a présidé la cour d'assises de Paris et la chambre des appels correctionnels de la cour d'appel de Douai, «la phase du processus pénal au cours de laquelle, les investigations nécessaires étant supposées faites en amont, l'intime conviction des juges (...) va se former à partir des récits des parties et des témoins»¹⁰.

C. L'audition des témoins constitue effectivement un moment important de l'audience. Le droit français considère comme telle toute personne qui est susceptible de fournir des renseignements sur les faits et/ou sur l'accusé ou le prévenu et qui n'est pas elle-même soupçonnée d'avoir participé à l'infraction (art. 706-57 alinéa 1^{er} CPP). Par conséquent, lorsqu'elle n'est pas partie civile, la victime est un témoin. Il en va de même du directeur d'enquête, policier ou gendarme, ou du juge d'instruction, lorsqu'ils sont convoqués pour être entendus par la juridiction de jugement.

Les témoins sont cités à l'audience par le ministère public, la défense ou la partie civile (art. 324, 435 CPP). Ils sont tenus de déférer à cette convocation. Le témoin qui, sans raison valable, s'abstiendrait de se présenter, pourrait être amené par la force publique et condamné à une amende de 3 750 € au maximum (art. 326, 438, 439). Les témoins doivent jurer de dire toute la vérité et rien que la vérité (art. 331 alinéa 3, 446), le refus de prêter serment exposant à la même peine

9 Sur l'intime conviction, v.: B. Bouloc, *op. cit.* n° 872 et s. p. 894 et s.; F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *op. cit.*, n° 625 et s. p. 441 et s.; S. Guinchard, J. Buisson, *op. cit.*, n° 563 et s. p. 573 et s.; J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 16^{ème} éd. 2011, n° 851 et s. p. 747 et s.

10 A. Blanc, *L'audience pénale*, AJPén 2009, p. 398.

d'amende (art. 326, 438). Seuls sont dispensés du serment les membres de la famille proche (parents et autres ascendants de l'accusé ou du prévenu et leurs époux (épouses), enfants et autres descendants (et leurs époux (épouses)), frère (s) et sœur(s) et leurs époux (épouses), époux (épouse) de l'accusé ou de prévenu, la partie civile et les mineurs de moins de 16 ans (art. 335, 447-448). Les témoins sont également tenus de déposer. Le refus de parler est puni de la peine d'amende mentionnée ci-dessus; le témoignage mensonger constitue un délit puni de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende (art. 434-13 CP). Sont dispensés de déposer les journalistes, en ce qui concerne leurs sources, et les personnes astreintes à un secret professionnel dit «général et absolu» (art. 326, 437 CPP).

A l'audience, les témoins déposent oralement (le président de la juridiction peut toutefois les autoriser à s'aider de documents, notamment lorsqu'ils citent un écrit comme une lettre ou mentionnent des chiffres ou autres détails techniques – art. 331, 452 CPP) et séparément. Ce n'est qu'après cette déposition dite «spontanée» que des questions peuvent être posées (art. 332, 454 alinéa 1^{er} CPP). Il est d'usage de commencer par entendre les témoins à charge (art. 444 CPP) mais cet ordre n'est en rien obligatoire. Le président de la juridiction, qui dirige les débats, peut modifier l'ordre dans lequel l'affaire est instruite et les preuves présentées.

Si la juridiction de jugement l'estime utile, l'audition du témoin peut avoir lieu à distance, en recourant à un moyen de communication audiovisuelle qui garantit la fiabilité et la confidentialité de la transmission – c'est ce que l'on appelle l'audition «en visioconférence» (art. 706-71 CPP). En pareil cas, le témoin n'est pas physiquement présent mais dépose via un écran visible par toutes les personnes assistant à l'audience. La visioconférence peut également être utilisée pour l'audition de la partie civile et pour celle des experts (*ibid.*). Son principal intérêt est d'ordre économique, puisqu'elle évite à l'Etat d'avoir à supporter les frais de déplacement des personnes concernées.

Des dispositions spécifiques s'appliquent aux mineurs victimes d'infractions sexuelles,¹¹ ainsi qu'aux témoins qui craignent que leur déposition ne les expose à des représailles. Ces derniers peuvent demander que leur adresse personnelle ne figure pas dans le dossier de la procédure, voire que leur identité soit dissimulée s'ils justifient de risques graves d'atteinte à leur vie ou à leur intégrité corporelle, ou à celle de leurs proches (art. 706-59 et s. CPP). Aucune condamnation ne peut

11 Afin d'éviter de traumatisantes répétitions, le code prévoit que leur déposition fait l'objet d'un enregistrement audiovisuel (ou exceptionnellement uniquement sonore). Sur décision du procureur (enquête de police) ou du juge d'instruction (instruction), le mineur est assisté, pendant cette audition, d'une personne de confiance: psychologue, médecin spécialiste, membre de sa famille, administrateur *ad hoc* ou personne mandatée par le juge des enfants (art. 706-53 CPP). A l'audience de jugement, le mineur est convoqué et entendu, la juridiction écartant généralement la publicité.

toutefois reposer exclusivement sur la déposition d'un témoin anonyme (art. 706-62 CPP).

Dans l'hypothèse où il a été recouru à une infiltration policière pendant l'enquête ou l'instruction (criminalité ou délinquance organisée), l'identité de l'agent infiltré, lorsqu'il a utilisé un nom d'emprunt, «*ne doit apparaître à aucun stade de la procédure*» (art. 706-84 alinéa 1^{er} CPP). C'est l'officier de police judiciaire «*sous la responsabilité duquel (s'est déroulée) l'opération d'infiltration*» qui est entendu comme témoin à l'audience de jugement (art. 706-86 alinéa 1^{er}). Aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement des déclarations faites par un agent infiltré qui a utilisé une identité d'emprunt (art. 706-87 CPP).

Soulignons enfin que le droit français n'impose pas l'audition, à l'audience de jugement, de tous les témoins entendus lors de la phase préparatoire. Alors qu'elle laissait jadis la juridiction apprécier l'opportunité de convoquer les témoins à l'audience, la Cour de cassation juge depuis une vingtaine d'années que les juges sont tenus – à peine de nullité et sauf impossibilité dont il leur appartient de préciser les causes –, d'ordonner l'audition contradictoire des témoins qui n'ont, à aucun stade de la procédure, été confrontés avec le prévenu. La méconnaissance de cette obligation est susceptible d'entraîner la cassation de la décision pour violation de l'article 6 § 3 d) de la Conv. EDH («*Tout accusé a droit notamment à: (...) 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*»).¹²

Ce droit ne concerne toutefois que les témoins dont les dires sont déterminants pour la condamnation. Il n'a, en outre, pas à être mis en œuvre d'office par la juridiction: il appartient à l'accusé ou au prévenu de demander l'audition des témoins auxquels il n'a pas été confronté. Par conséquent, la juridiction de jugement peut se prononcer sur la culpabilité de l'accusé ou du prévenu sans entendre un témoin à charge si celui-ci a été confronté antérieurement à l'accusé ou au prévenu ou si, bien qu'il n'ait pas été confronté à l'accusé ou le prévenu, il y a impossibilité justifiée de le faire venir à l'audience (en raison des risques de pressions, d'intimidation ou de représailles,¹³ ou de l'incapacité, malgré les recherches effectuées, à le localiser¹⁴), si l'accusé ou le prévenu ne le lui demande pas ou si elle estime que la déposition de ce témoin n'est pas indispensable à la

12 Cass. crim. 12 janv. 1989, n° 88-81592, *Randhawa*, *Bull. crim.* n° 13; 6 mars 1991, n° 90-84990, *Dobbertin*, *Bull. crim.* n° 115.

13 Cass. crim. 8 fév. 1990, n° 89-81832, *Bull. crim.* n° 70; 19 déc. 1991, n° 91-82707, Dr. pénal 1992, comm. 138; 26 oct. 1994, n° 93-84493, *Bull. crim.* n° 343; 13 fév. 2001, n° 00-86871, Dr. pénal 2001, chron. 30.

14 Cass. crim. 3 fév. 1993, n° 92-83443, *Bull. crim.* n° 57; 26 mars 1998, n° 97-81214, *Bull. crim.* n° 115; 31 mars 1999, n° 98-83936, JCP G 1999, IV, 2779.

manifestation de la vérité¹⁵. La condamnation ne peut toutefois reposer exclusivement sur le témoignage d'une personne qui, pour l'une de ces raisons, n'a pas été soumise aux feux de l'audience.¹⁶

Cette dernière expression, qui traduit la théâtralité de l'audience, est particulièrement adaptée à la procédure criminelle. C'est sans doute celle qui se rapproche le plus de la conception allemande de l'«immédiateté» de l'administration de la preuve.

II. L'audience criminelle ou l'*immédiateté avec éclipses*

En matière criminelle, la tenue d'une audience est indispensable à la reconnaissance de la culpabilité de l'accusé. L'échec de la proposition, faite il y a quelques années par le Comité de réflexion sur la justice pénale (comité «Léger»), d'instaurer une forme de *guilty plea* en matière criminelle a montré l'attachement du législateur français à cette audience de cour d'assises¹⁷ (A). L'oralité de la procédure y est accentuée (B), sans pour autant être absolue (C).

A. Aucune infraction qualifiée de crime ne peut être jugée sans débats oraux, publics et contradictoires. La cour d'assises est saisie à l'issue de la phase préparatoire durant laquelle l'intervention d'un juge d'instruction est obligatoire (art. 79 CPP).

Cette instruction préparatoire, pour laquelle le Code de procédure pénale prévoit des règles très formelles, est essentielle du point de vue du rassemblement des preuves. Une fois la décision de renvoi – ordonnance du juge d'instruction ou arrêt de la chambre de l'instruction si appel a été formé – devenue définitive, la validité des investigations accomplies ne peut plus être remise en cause (art. 181 alinéa 4). C'est leur résultat qui est exposé à l'audience, ce qui ne signifie pas que celle-ci ne réserve pas quelques surprises.

15 Cass. crim. 18 avril 1988, n° 87-84819, *Bull. crim.* n° 161; 21 janv. 1991, n° 90-81264; 31 janv. 1996, n° 95-81109; 22 mai 1996, n° 95-83923; 13 fév. 2001, n° 00-86871.

16 Cass. crim. 20 août 1996, n° 95-83853; 24 oct. 1989, n° 89-81492; 26 sept. 2001, n° 00-88185.

17 «Qui peut imaginer aujourd'hui que les juges ou les jurés ne se prononcent, en cas de culpabilité, sur la peine qu'en fonction de la personnalité de l'auteur, sans prendre en compte la manière dont ce dernier fait un récit des faits et y révèle des données fondamentales pour affecter un sens à la peine en question? Quel professionnel de la justice pénale, avocat, magistrat ou expert, quel ancien juré, quel observateur des débats judiciaires, peut ignorer que l'audience pénale, sous l'autorité et l'impulsion du président chargé en l'état de rechercher la vérité a aussi pour fonction de mettre à jour, de confronter les récits des protagonistes sur les faits et de faire évoluer au fil de l'audience ces vérités diverses?» (A. Blanc, *op. cit.*, p. 396, encadré).

B. La présentation des preuves – que l'on nomme l'«instruction à l'audience» – a lieu oralement, selon l'ordre défini par le président qui a seul connaissance du dossier de la procédure. C'est d'ailleurs lui qui, à l'ouverture des débats, livre un résumé de la procédure antérieure (art. 327 CPP). Cette formalité est substantielle,¹⁸ puisque ses deux assesseurs et *a fortiori* les six membres du jury – dont le nom n'est tiré au sort qu'au tout début de l'audience (art. 293 et s.) – ignorent tout de l'affaire qu'ils vont avoir à juger.

Il en découle une accentuation de l'oralité que traduisent fort bien l'article 365-1 alinéa 2 du Code de procédure pénale, relatif à la motivation du verdict («*En cas de condamnation, la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises. Ces éléments sont ceux qui ont été exposés au cours des délibérations menées par la cour et le jury en application de l'article 356, préalablement aux votes sur les questions*») et l'obligation faite au président de la cour d'assises, une fois les débats clos, de déposer le dossier de la procédure entre les mains du greffier avant que la cour se retire pour délibérer (art. 347 alinéa 3 CPP).¹⁹ Le greffier ne peut d'ailleurs prendre note, durant les débats, des réponses données par l'accusé et des déclarations faites par les personnes déposant devant la cour, excepté sur ordre du président ou demande expresse des parties (art. 379 CPP).²⁰

La présence du jury explique également l'exigence de continuité des débats (art. 307 CPP: «*Les débats ne peuvent être interrompus et doivent continuer jusqu'à ce que la cause soit terminée par l'arrêt de la cour d'assises*») et le pouvoir discrétionnaire reconnu au président de prendre, «*en son honneur et en sa conscience*», toute mesure «*qu'il croit utile (...)*» à la découverte de la vérité (art. 310 alinéa 1^{er} CPP).

C. Aussi marquée soit-elle, l'oralité n'est pas pour autant absolue. Le dossier écrit demeure le support des débats, ce qui peut conduire à prendre en compte des éléments de preuves qui auront certes été présentés à l'audience mais qui n'y auront pas été débattus. Ainsi, si un témoin ne s'est pas présenté, la cour d'assises peut, avec l'accord de la défense et, le cas échéant, de la partie civile, décider de

18 La Cour de cassation le jugeait, de manière constante, à propos de la lecture de l'acte de mise en accusation à laquelle procédait le greffier jusqu'au 31 déc. 2011 (Cass. crim. 31 janv. 1973, n° 72-92353, *Bull. crim.* n° 57; 6 janv. 1982, n° 81-92592, *Bull. crim.* n° 8; 20 janv. 1999, n° 98-80896, *Bull. crim.* n° 12). V. Rép. Pén. Dalloz, *V° Nullités de procédure*, par M. Guerrin (janv. 2013), n° 212.

19 Seule la décision de mise en accusation est accessible aux membres de la cour d'assises pendant le délibéré (même article).

20 Sur l'oralité en cour d'assises, v.: A. Blanc, *La preuve aux assises: entre formalisme et oralité, la formation de l'intime conviction*, AJPén 2005, p. 271 et s.; M. Guerrin, *Les principales causes de nullité de l'audience pénale*, AJPén 2008, p. 181 et s. (NB: ces articles sont antérieurs à la loi du 10 août 2011 qui a réformé la procédure d'assises).

passer outre à son audition, ce qui n'interdira pas de tenir compte de sa déposition pendant l'enquête ou l'instruction si le président en lit des extraits voire l'intégralité.²¹ Si le président de la cour d'assises l'estime opportun pour la manifestation de la vérité, il peut faire connaître à la cour tout élément issu du dossier: déposition d'un témoin non entendu, déclarations antérieures de l'accusé ou de la victime, compte rendu d'écoutes téléphoniques ... Il est donc permis de considérer que si la preuve de la culpabilité de l'accusé sont en principe immédiatement administrées devant les juges, cette immédiateté connaît quelques éclipses – comme en connaît d'ailleurs, la procédure allemande.²²

L'administration de la preuve à l'audience criminelle demeure néanmoins satisfaisante du point de vue de la recherche de la vérité; comme l'a écrit Alain Blanc,

«les débats permettent toujours de mettre à jour ce qui a pu avoir été laissé dans l'ombre, parfois délibérément, par une partie. Et le débat sur les preuves, qui occupe une bonne part de l'audience et donne lieu à de nombreux échanges, permet aux parties de savoir au moment du verdict quelle a été la thèse retenue par la cour et le jury»²³.

Un tel fonctionnement a toutefois un coût, en argent et en temps. Ce coût et le caractère aléatoire des verdicts d'assises (généralement attribué à la présence du jury) conduisent à la correctionnalisation (judiciaire) de nombreux crimes qui sont alors traités comme des délits.

De ce procédé *praeter legem*, on attend qu'il permette une justice plus rapide, plus prévisible et – on l'a dit – moins onéreuse.²⁴ Ses effets ne sont pourtant pas anodins. Le basculement dans le domaine des délits entraîne certains changements en matière d'administration de la preuve.

III. L'audience correctionnelle ou l'immédiateté éclipsée

En matière correctionnelle, le principe d'un jugement oral, public et contradictoire s'applique également, en connaissant cependant diverses modulations. L'audience n'est pas incontournable; elle est même assez fréquemment évitée (A). L'oralité de principe de la procédure est atténuée par la loi et par la pratique (B). Le poids du dossier de l'enquête ou de l'instruction est considérable (C).

21 J. Pradel, *op. cit.*, n° 847 p. 741.

22 V. l'intervention précédente du professeur Helmut Frister.

23 La preuve aux assises, p. 275.

24 Sur les motifs de la correctionnalisation en matière de criminalité sexuelle, v. A. Blanc, L'audience, AJPén 2004, p. 15, 16.

A. Alors qu'il n'y a qu'un seul mode de répression des crimes, il y a plusieurs modes de sanction des délits. C'est un éventail de possibilités qui s'offrent au ministère public lorsque l'affaire est élucidée, à l'issue d'une enquête ou, exceptionnellement, d'une instruction.

Le classement en opportunité étant devenu quasi inexistant, le choix s'exerce en réalité entre les voies qui débouchent sur une mesure qui, tout en répondant à l'acte délictueux, n'a pas le caractère d'une peine (ce sont les «alternatives aux poursuites»: rappel à la loi, classement sous condition, médiation pénale, art. 41-1 CPP) et les voies qui conduisent à l'application d'une peine ou d'une mesure inscrite au casier judiciaire de l'intéressé. Parmi ces dernières voies, on peut distinguer les modes de poursuite ordinaire (instruction – art. 80 CPP, citation directe – art. 388, 390, convocation en justice dite «convocation par OPJ» (COPJ) – art. 390-1), les modes de poursuite simplifiés et consensuels (composition pénale – art. 41-2, comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) – art. 495-7 et s.) et les modes de poursuite accélérés (convocation par procès-verbal – art. 394, comparution immédiate – art. 395, ordonnance pénale délictuelle – art. 495).

Selon les derniers «Chiffres-clés» publiés par le Ministère de la Justice, en 2011, sur l'ensemble des affaires «poursuivables», 39,3 % ont été traitées au moyen d'une alternative aux poursuites, 1,2 % ont été confiées à un juge d'instruction, 20 % ont donné lieu à des poursuites devant le tribunal correctionnel (sans que le mode de saisine soit précisé), 5,4 % ont fait l'objet d'une CRPC, 10,6 % ont conduit à l'adoption d'une ordonnance pénale et 5,1 % ont été traitées par la procédure de composition pénale.

En vertu de l'Annuaire statistique de la Justice, édition 2011 – 2012 – qui fournit des chiffres plus anciens mais plus précis –, en 2010, sur l'ensemble des affaires «poursuivables», 37,6 % ont donné lieu à une mesure alternative aux poursuites, 5,1 % ont fait l'objet d'une composition pénale, 36,6 % ont conduit à des poursuites devant le tribunal correctionnel selon un mode ordinaire (env. 47 % des cas), simplifié (CRPC, 15 % des cas) ou accéléré (38 % des cas env.).

Les poursuites débouchant sur une audience correctionnelle ne représentent plus aujourd'hui le mode de réponse le plus fréquent à la commission d'un délit, alors même qu'elles ont le seul cadre juridique permettant le prononcé de toutes les sanctions prévues par le texte d'incrimination.²⁵ L'instruction – sauf exception introduite par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 (art. 180-1 CPP) –, la citation directe, la COPJ, la convocation par procès-verbal et la comparution immédiate conduisent seules à la saisine du tribunal correctionnel statuant à

25 S. Grunvald, Orienter, traiter, juger : Choix et schémas d'orientation, in J. Danet (coord.), Les nouveaux traitements des délits, colloque, Nantes, 7 fév. 2013, p. 67.

l'issue de débats publics et contradictoires. La composition pénale comporte certes une phase de validation par le juge, au cours de laquelle celui-ci «*peut procéder à l'audition de l'auteur des faits*» (art. 41-2 alinéa 5 CPP). En pratique, il ne le fait jamais, si l'on en croit une étude remarquable, menée par une équipe pluridisciplinaire sous la direction de Jean Danet, et rendue publique en février.²⁶ Quant à l'audience d'homologation prévue dans la procédure de CRPC, elle n'est pas une audience véritable (elle est une «pauvre audience» pour reprendre l'expression de Reynald Brizais dans l'étude précitée²⁷), puisqu'en l'absence du parquet, il ne peut y avoir de réel débat. Sa publicité est en outre plus virtuelle que réelle; si la porte est maintenue ouverte, il n'est pas aussi aisé de se glisser dans le bureau où le juge officie que dans une salle d'audience. D'autant que ces audiences d'homologation se tiennent le plus souvent à des jours et des heures variables, contrairement aux audiences correctionnelles «classiques»²⁸.

En un mot, la diversification des modes de réponses aux délits a conduit, au cours de la dernière décennie, à un recul de l'audience. Celle-ci n'est plus le préalable nécessaire à la sanction des délits. Seules les affaires correctionnelles les plus graves et/ou les plus complexes donnent lieu à des débats publics et contradictoires.

B. A l'audience correctionnelle, l'oralité est atténuée aussi bien par la loi que par la pratique.

Le Code de procédure pénale ne prévoit pas les mêmes restrictions qu'en cour d'assises – il est vrai que le tribunal correctionnel se compose exclusivement de magistrats et assimilés (art. 398 CPP). Le dossier de la procédure est accessible aux juges qui ont la possibilité – et le devoir – de préparer l'audience. Celle-ci peut être interrompue, et le jugement rendu plusieurs mois après: la règle de la continuité des débats ne s'applique pas. Le greffier «*tient note du déroulement des débats et principalement, sous la direction du président, des déclarations des témoins ainsi que des réponses du prévenu*» (art. 453 alinéa 1^{er} CPP).²⁹

Cette part de l'écrit est renforcée par le fait qu'en pratique, les témoins sont assez rarement convoqués, le temps consacré à une affaire simple étant souvent d'une quinzaine de minutes. Deux affaires récentes illustrent cette réticence des juges correctionnels officiant sous la pression du temps. Dans une première espèce, le prévenu avait sollicité un renvoi de l'affaire à une audience ultérieure pour pouvoir faire citer à nouveau et interroger un témoin absent. La cour d'appel avait rejeté la demande sans justification. Dans une seconde espèce, les juges

26 R. Brizais, L'office du juge redéployé, in J. Danet (coord.), *op. cit.*, p. 75.

27 p. 77.

28 Art. préc. p. 76.

29 Sur la procédure correctionnelle, v.: S. Guinchard, J. Buisson, *op. cit.*, n° 2496 et s. p. 1439 et s.; J. Pradel, *op. cit.*, n° 855 et s. p. 753 et s..

avaient purement et simplement ignoré la requête du prévenu tendant à l'audition d'un témoin. Les deux arrêts ont été annulés par la Cour de cassation.³⁰ Il est en outre fréquent que des pièces soient communiquées au juge, par la défense ou le ministère public, le jour même de l'audience, la jurisprudence n'exigeant pas une communication anticipée. La discussion de leur bien-fondé est alors difficile, le juge les versant rapidement au dossier en vue du délibéré.³¹

C. Le plus souvent, la conviction des juges se fonde donc sur les éléments du dossier (dépositions de témoins, déclarations du prévenu, preuves matérielles) après audition à l'audience des déclarations du prévenu – si tant est que celui-ci soit présent. D'orale en principe, la procédure devient semi-écrite, les juges ne percevant guère les preuves qu'à travers le dossier qui leur a été transmis par les enquêteurs et le parquet. On ne saurait parler ici d'«immédiateté» dans l'administration de la preuve devant le juge.

En conclusion, la différence d'approche de l'administration de la preuve traduit une différence fondamentale entre les droits allemand et français: en France, le centre de gravité du procès se trouve dans la phase préparatoire et non dans la phase de jugement.

Nous le savons depuis longtemps. L'étude menée récemment sous la direction de Jean Danet montre que le déséquilibre s'est encore accentué au cours de la dernière décennie. En matière de délits, l'audience, donc le débat oral, public et contradictoire, recule en faveur de modes de réponses gradués mais standardisés, dans lesquels la part de l'appréciation judiciaire diminue.

L'évolution est préoccupante, non seulement en raison de ce qu'elle implique une redéfinition des rapports entre la police, le parquet et le siège, mais aussi parce qu'elle comporte un risque accru d'erreur judiciaire. Si l'affaire d'Outreau avait été une affaire correctionnelle, les personnes accusées à tort auraient-elles été relaxées?

30 Cass. crim. 20 sept. 2011, n° 11-81314; 26 oct. 2011, n° 11-80683, Rev.sc.crim. 2012, p. 198, obs. Danet.

31 V. Ph. Vouland, L'exercice quotidien de la fonction de défense et la loyauté de la preuve, AJPénal 2005, p. 278.

III. Beweisverbote und *nullité*

Beweisverbote aus deutscher Sicht im Lichte der Rechtsprechung des EGMR

La théorie allemande des nullités de la preuve à la lumière de la jurisprudence de la Cour EDH

Le procès pénal allemand repose, s'agissant de l'administration de la preuve, sur le principe inquisitoire: le juge joue un rôle actif dans la recherche de la vérité. Il appartient ainsi à la juridiction de jugement d'étendre son instruction à tous les faits susceptibles de déterminer sa décision. Dans un Etat de droit, la recherche de la vérité connaît toutefois des limites qui tiennent à la nécessité de garantir l'équité de la procédure et la sauvegarde des droits fondamentaux. L'interdiction de recueillir et/ou d'utiliser certaines preuves (Beweisverbote) assure le respect de l'une comme de l'autre et contribue à faire durablement cesser le trouble à l'ordre public.

La doctrine allemande distingue entre les cas dans lesquels la preuve ne peut être recueillie (Beweiserhebungsverbote), parce que le fait visé ne peut être prouvé (par ex. l'existence de condamnations effacées du casier judiciaire), que le moyen employé est illégal (par ex. l'audition d'un témoin qui peut légalement refuser de déposer) ou que la méthode utilisée l'est (par ex. le recours à la torture), et les cas dans lesquels la preuve ne peut être utilisée par le juge (Beweisverwertungsverbote), soit parce qu'elle ne peut être légalement recueillie, soit parce son utilisation méconnaîtrait un droit fondamental (la Cour fédérale a ainsi jugé que l'utilisation de l'enregistrement d'un soliloque, effectué dans un véhicule sonorisé, porterait atteinte au cœur-même des droits de la personne – déc. du 22. 12. 2011).

L'étendue de ces dernières interdictions fait l'objet de discussions. La doctrine quasi-unanime estime que toute violation d'une règle procédurale ne doit pas être sanctionnée par l'interdiction d'utiliser la preuve (irrégulièrement) obtenue. Si le critère à mettre en œuvre reste controversé, la jurisprudence et la majeure partie des auteurs se prononcent en faveur d'une appréciation d'ensemble de la situation, opérée in concreto (Abwägungslehre). La Cour fédérale de justice limite de toute façon l'effet de ces annulations en jugeant que les déclarations faites par le prévenu lors de l'enquête, avant qu'il ait été informé de son droit de se taire, ne peuvent être écartées des débats que si celui-ci ou son avocat manifeste son opposition à leur utilisation (Widerspruchslösung).

La position de la Haute juridiction fédérale est susceptible d'évoluer sous

l'influence de la jurisprudence de la Cour EDH. En matière de recours à la dissimulation pour obtenir des informations d'une personne soupçonnée, la Cour de Karlsruhe s'est ainsi rangée à l'interprétation donnée dans l'arrêt Allan c. Royaume Uni (5. 12. 2002) du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

I. Aufgabe und Begriff des Beweisverbotes

Der deutsche Strafprozess ist durch den Untersuchungsgrundsatz geprägt. Für die Hauptverhandlung¹ bestimmt § 244 Abs. 2 der Strafprozessordnung (StPO), dass das Gericht die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die für die Entscheidung von Bedeutung sind. Die Ermittlung des wahren Sachverhalts wird hierdurch zum zentralen Anliegen des Strafprozesses.² Allerdings darf es – wie auch der Bundesgerichtshof (BGH) in mehreren Entscheidungen betont hat³ – in einem Rechtsstaat keine Wahrheitsermittlung um jeden Preis geben.⁴ Diese muss vielmehr in den unverbrüchlichen Grund- und Menschenrechten der Betroffenen, insbesondere des Beschuldigten, ihre Grenzen finden.⁵ Ziel des Strafverfahrens ist nämlich nicht nur die Wahrheitsermittlung, sondern auch die Verwirklichung von Gerechtigkeit. Gerechtigkeit ist dabei mehr als materielle Ergebnisrichtigkeit. Sie verlangt auch, dass die Entscheidung in prozessordnungsgemäßer und fairer Weise zustande gekommen ist.⁶ In diesem Spannungsfeld zwischen Wahrheitsermittlung und Verfahrensgerechtigkeit, zwischen Effektivität der Strafrechtspflege⁷ und Grundrechtsschutz, bewegen sich die Beweisverbote,⁸ also „all jene Regeln,

1 Im Ermittlungsverfahren verpflichten die §§ 160, 163 StPO Staatsanwaltschaft und Polizei zur umfassenden Sachverhaltsaufklärung.

2 BVerfGE 57, 250, 275; 63, 45, 61; s.a. BVerfG NJW 2013, 1058, 1061; BGH NJW 2005, 1519, 1520; KK/Fischer, 7. Aufl. 2013, Einleitung Rn. 12; Kindhäuser, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2013, § 4 Rn. 21; Meyer-Göfner, StPO, 57. Aufl. 2014, § 244 Rn. 11; Radtke/Hohmann/Kelnhöfer, StPO, 2011, § 244 Rn. 29; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 7. Aufl. 2011, Rn. 1.

3 Siehe nur BGHSt 14, 358, 365; 38, 372, 374; 38, 214, 220; 51, 285, 290; siehe auch BVerfG NJW 2009, 3225.

4 Blau, Jura 1993, 513, 514; Mitsch, NJW 2008, 2295; KK/Senge (Fn. 2), Vor § 48 Rn. 20; KK/Fischer (Fn. 2), Einl. Rn. 384; Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 8. Aufl. 2013, § 3 Rn. 1; Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 454; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 24 Rn. 19; Kindhäuser (Fn. 2), § 1 Rn. 15; Eisenberg (Fn. 2), Rn. 329.

5 Chao, Einwirkungen der Grundrechte auf die Beweisverbote im Strafprozessrecht, 2009, S. 60–62; Ambos, Beweisverwertungsverbote, 2010, S. 17.

6 Kindhäuser (Fn. 2), § 1 Rn. 12; s.a. KK/Fischer (Fn. 2), Einl. Rn. 1; Roxin/Schünemann (Fn. 4), § 1 Rn. 3.

7 Zur Effektivität der Strafrechtspflege als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips BVerfG NJW 2009, 3225.

8 Chao (Fn. 5), S. 3–5; Mitsch, NJW 2008, 2295; s.a. Blau, Jura 1993, 513, 516; Ambos (Fn. 5), S. 19; Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 880.1. Dabei darf freilich nicht übersehen

die die Daten- oder Informationsverwendung, die Beweiserhebung, die Beweisführung und die Beweisverwertung im Strafverfahren beschränken“⁹.

Ernst Beling, der vor über 100 Jahren den Begriff des Beweisverbotes in die deutsche Diskussion eingeführt hat, hat ihre Funktion wie folgt beschrieben:

„Allseitig einverstanden wird man darüber sein, dass auch der Strafprozess die *Menschenwürde* achten muss, und dass daher ein unlöslicher Konflikt zwischen Menschenwürde und Strafprozessinteresse zu einem Beweisverbot führen muss ... Aber auch von der Menschenwürde abgesehen wird die moderne Anschauung – und sicher mit Recht – darauf bestehen, dass jedem seine *Persönlichkeitssphäre* vor Staatszugriff sichergestellt werde, auch im Strafprozess.“¹⁰

Im Vordergrund steht damit zunächst die individualrechtsschützende Funktion der Beweisverbote, die in diesem Sinne als „Schutzinstrumente des Einzelnen gegenüber der staatlichen Strafverfolgung“ fungieren.¹¹ Darüber hinaus bewahren Beweisverbote aber auch die rechtsstaatliche Integrität des Strafprozesses.¹² Ein Verfahren, das die Grund- und Menschenrechte der Betroffenen missachtet, verliert seine Legitimität. Indem die Beweisverbote bestimmte Rechtsverstöße mit dem Verlust des Beweismittels sanktionieren,¹³ garantieren sie gleichzeitig die Justizmäßigkeit des Verfahrens¹⁴ und sind damit Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips. An dieser Stelle kann erneut eine Brücke zu den Zielen des Strafverfahrens geschlagen werden: Ein Urteil, das auf einem Verfahren basiert, das nicht den menschenrechtlichen Mindeststandards genügt, kann schwerlich Akzeptanz verlangen. Damit ist aber auch die Erreichung des dritten

werden, dass Beweisverbote im Einzelfall auch dem Schutz der Wahrheitsfindung dienen können, indem sie die Erhebung oder gerichtliche Nutzung wenig glaubwürdiger Beweismittel, z. B. solcher, die durch Folter erlangt wurden, untersagen, *Ambos* (Fn. 5), S. 26; *Eisenberg* (Fn. 2), Rn. 32.

- 9 *Chao* (Fn. 5), S. 15. Ähnliche Begriffsdefinitionen bei *Blau*, Jura 1993, 513, 514 („Verbote, bestimmte, an sich aufklärungsbedürftige Tatsachen zu erforschen, ferner bestimmte Beweismittel ... zu verwerten oder bestimmte Wahrheitserforschungsmethoden anzuwenden“) und *KK/Senge* (Fn. 2), Vor § 48 Rn. 20 (Beweisverbote „als Oberbegriff für rechtsstaatliche Schranken, die der Gewinnung und Verwertung von Beweisen im Strafprozess gesetzt sind“).
- 10 *Beling*, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, 1903, S. 37.
- 11 *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1, 21; siehe auch *Chao* (Fn. 5), S. 53 (Beweisverbote als subjektiv-öffentliche Abwehransprüche); *Beulke* (Fn. 4), Rn. 454.
- 12 *Ambos* (Fn. 5), S. 18; *Chao* (Fn. 5), S. 65–67. In diese Richtung auch *Eisenberg* (Fn. 2), Rn. 330; *Mitsch*, NJW 2008, 2295.
- 13 Mit dem Hinweis darauf, dass Beweisverbote unter Umständen vor allem im Ermittlungsverfahren erfolgte Grundrechtsverstöße faktisch sanktionieren, sei nicht gesagt, dass die Disziplinierung der Strafverfolgungsorgane nach deutschem Verständnis eine eigenständige Funktion der Beweisverbote ist. Hierbei dürfte es sich eher um einen Nebeneffekt handeln, siehe zur Diskussion *Ambos* (Fn. 5), S. 19 f.; *Chao* (Fn. 5), S. 87 ff.
- 14 *Chao* (Fn. 5), S. 67.

und letzten Zieles des Strafverfahrens – die Schaffung von dauerhaftem Rechtsfrieden¹⁵ – gefährdet. Dies gilt zumindest dann, wenn man hierfür nicht rein formell die Unanfechtbarkeit bestimmter strafprozessualer Entscheidungen genügen lassen will,¹⁶ sondern darüber hinaus auch eine Art materieller Konfliktbeendigung verlangt. Ein so verstandener Rechtsfriede kann nur dann eintreten, wenn „sich die Bevölkerung vernünftigerweise mit dem Ausgang des Verfahrens zufriedengeben kann“.¹⁷ Dies setzt allerdings wiederum voraus, dass das Urteil gerecht ist, das heißt, inhaltlich richtig und in fairer Weise zustande gekommen ist.¹⁸ Die Beweisverbote sind damit ein Instrument, um einen Konflikt zwischen den im Einzelfall widerstreitenden Zielen des Strafprozesses – Wahrheitsermittlung, Verwirklichung von Gerechtigkeit und Schaffung von Rechtsfrieden – lösen zu können.

II. Systematik der Beweisverbote

Die deutsche Lehre unterteilt die Beweisverbote ganz überwiegend in Beweiserhebungsverbote und Beweisverwertungsverbote.¹⁹ Erstere betreffen die Art und Weise der Beweiserlangung. Sie können weiter in Beweisthema-, Beweismittel- und Beweismethodenverbote unterschieden werden.²⁰ Beweisthemaverbote untersagen die Aufklärung bestimmter Tatsachen.²¹ Klassisches Beispiel

15 *Beulke* (Fn. 4), Rn. 6 f.; *Volk/Engländer* (Fn. 4), § 3 Rn. 1; *Roxin/Schünemann* (Fn. 4), § 1 Rn. 3.

16 Siehe zu diesem Aspekt der Rechtsfriedensfunktion *Beulke* (Fn. 4), Rn. 7; *Volk/Engländer* (Fn. 4), § 3 Rn. 1; auch *Kindhäuser* (Fn. 2), § 1 Rn. 13.

17 *Murmann*, Prüfungswissen Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 5; s.a. *Blau*, Jura 1993, 513, 514.

18 *Murmann* (Fn. 17), Rn. 5.

19 Grundlegend *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1, 2. Über diese klassische Zweiteilung hinaus wird teilweise noch eine dritte Kategorie der sog. Verwendungsverbote, die speziell die Verwendung und Nutzung personenbezogener Daten betrifft, anerkannt, siehe z.B. *Eisenberg* (Fn. 2), Rn. 335; *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854, 856 ff. Im Ergebnis handelt es hierbei aber (lediglich) um Beweisverwertungsverbote, die auf einer Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beruhen. Auch wenn diesen teilweise eine (aus deutscher Sicht unübliche) Fernwirkung zugesprochen wird, rechtfertigt dies nicht die Einführung einer dritten Kategorie, *Ambos* (Fn. 5), S. 23 f.; ausführlich *Pitsch*, Strafprozessuale Beweisverbote, 2009, S. 245 ff.

20 *Blau*, Jura 1993, 513, 517; *Ambos* (Fn. 5), S. 21; *Beulke* (Fn. 4), Rn. 455; *KK/Senge* (Fn. 2), Vor § 48 Rn. 22 ff.; *KK/Fischer* (Fn. 2), Einl. Rn. 386; *Kühne* (Fn. 8), Rn. 881; *Pitsch* (Fn. 19), S. 76 f.; *Murmann* (Fn. 17), Rn. 194; *Roxin/Schünemann* (Fn. 4), § 24 Rn. 14; s.a. *Volk/Engländer* (Fn. 4), § 28 Rn. 1–3, denen zufolge diese Unterscheidung lediglich der Veranschaulichung dient, aber keinen eigenständigen dogmatischen Wert hat; ebenso *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1, 3.

21 *Blau*, Jura 1993, 513, 517; *KK/Senge* (Fn. 2), Vor § 48 Rn. 23; *KK/Fischer* (Fn. 2), Einl. Rn. 386; *Eisenberg* (Fn. 2), Rn. 338; *Roxin/Schünemann* (Fn. 4), § 24 Rn. 14; *Ambos* (Fn. 5),

ist die Unzulässigkeit der Beweiserhebung über Vorstrafen des Angeklagten, die bereits aus dem Bundeszentralregister gelöscht worden sind.²² Demgegenüber bleibt bei einem Beweismittelverbot die Aufklärung des jeweiligen Beweisthemas grundsätzlich zulässig, ausgeschlossen wird lediglich die Verwendung eines bestimmten Beweismittels. Nicht möglich ist beispielsweise die Vernehmung eines Zeugen, wenn sich dieser auf ein ihm tatsächlich zustehendes Zeugnisverweigerungsrecht beruft.²³ Beweismethodenverbote verbieten eine bestimmte Art und Weise der Wahrheitsermittlung.²⁴ So darf beispielsweise nach § 136a StPO die Willensfreiheit des Beschuldigten nicht durch Misshandlung, Ermüdung, körperliche Eingriffe, Verabreichung von Mitteln, Quälerei, Täuschung oder Hypnose beeinträchtigt werden.

Im Gegensatz zu den Beweiserhebungsverboten begrenzen die Beweisverwertungsverbote nicht die eigentliche Sachverhaltserforschung, sondern die Nutzung bereits ermittelter Tatsachen.²⁵ Insbesondere wird es dem Gericht untersagt, bestimmte Beweisergebnisse bei seiner Entscheidungsfindung zu berücksichtigen.²⁶ Beweisverwertungsverbote können zunächst aus der Verletzung eines Beweiserhebungsverbotes folgen. Solche unselbstständigen Beweisverwertungsverbote sind gleichsam die Reaktion auf den vorangegangenen

S. 21; *Beulke* (Fn. 4), Rn. 455; *Volk/Engländer* (Fn. 4), § 28 Rn. 1; *Kühne* (Fn. 8), Rn. 882; *Pitsch* (Fn. 19), S. 76; *Murmann* (Fn. 17), Rn. 194.

22 BGH NJW 2012, 3591; KG NStZ-RR 2007, 353. Zum Hintergrund: In Deutschland werden rechtskräftige strafrechtliche Verurteilungen in das Bundeszentralregister (BZR) eingetragen (siehe § 4 BZRG). Da die Vorstrafen des Angeklagten für die Strafzumessung von Belang sein können (siehe hierzu *Streng*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paefgen* [Hrsg.], *Nomos Kommentar zum StGB*, Band 1, 4. Aufl. 2013, § 46 Rn. 66 ff. mit weiteren Nachweisen), wird in der Regel im Hauptverfahren ein Auszug aus dem BZR verlesen. Allerdings werden Verurteilungen grundsätzlich (Ausnahmen bei Verurteilungen zu lebenslanger Freiheitsstrafe und bei Anordnung der Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung oder in einem psychiatrischen Krankenhaus) nicht zeitlich unbegrenzt gespeichert, sondern werden vielmehr nach Ablauf einer bestimmten Zeitspanne aus dem Register gelöscht (§§ 45–47 BZRG). Die getilgte Tat darf dem Betroffenen nicht mehr vorgehalten werden (§ 51 Abs. 1 BZRG, mit Ausnahmen in § 52 BZRG). Einer hierauf gerichteten Beweisaufnahme stünde ein Beweisthemaverbot entgegen.

23 *Blau*, Jura 1993, 513, 517; *KK/Senge* (Fn. 2), Vor § 48 Rn. 24; *KK/Fischer* (Fn. 2), Einl. Rn. 386; *Eisenberg* (Fn. 2), Rn. 348 f.; *Roxin/Schünemann* (Fn. 4), § 24 Rn. 16; *Ambos* (Fn. 5), S. 21; *Beulke* (Fn. 4), Rn. 455; *Volk/Engländer* (Fn. 4), § 28 Rn. 2; *Pitsch* (Fn. 19), S. 77; *Murmann* (Fn. 17), Rn. 194. *Kühne* (Fn. 8), Rn. 883 will die Aussageverweigerungsrechte hingegen eher als Beweisthemaverbote ansehen.

24 *KK/Senge* (Fn. 2), Vor § 48 Rn. 25; *KK/Fischer* (Fn. 2), Einl. Rn. 386; *Eisenberg* (Fn. 2), Rn. 347; *Ambos* (Fn. 5), S. 21; *Beulke* (Fn. 4), Rn. 455; *Volk/Engländer* (Fn. 4), § 28 Rn. 3; *Pitsch* (Fn. 19), S. 77.

25 *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1, 2; *KK/Senge* (Fn. 2), Vor § 48 Rn. 27; *Eisenberg* (Fn. 2), Rn. 356; *Ambos* (Fn. 5), S. 21; siehe auch *Murmann* (Fn. 17), Rn. 195.

26 *KK/Fischer* (Fn. 2), Einl. Rn. 387; *Beulke* (Fn. 4), Rn. 455; *Pitsch* (Fn. 19), S. 78; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 23 Rn. 7.

Rechtsverstoß. Darüber hinaus ist aber auch die Existenz selbstständiger Beweisverwertungsverbote anerkannt. Diese greifen dann ein, wenn der Beweis zwar ordnungsgemäß erhoben wurde, seine Verwertung im Verfahren aber dennoch zu einer eigenständigen Verletzung verfassungsrechtlich geschützter Rechtspositionen führen würde.²⁷ So hat der BGH beispielsweise die Verwertung eines im Zuge einer (rechtmäßigen) akustischen Überwachungsmaßnahme aufgezeichneten Selbstgesprächs, das der Betroffene in seinem Pkw geführt hatte, untersagt. Zur Begründung stellte das Gericht darauf ab, dass das Selbstgespräch dem durch Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit zuzurechnen sei. Eine Verwertung der Aufzeichnung in der Hauptverhandlung würde daher zu einer nicht hinnehmbaren Grundrechtsverletzung führen und sei daher aus verfassungsrechtlichen Gründen ausgeschlossen.²⁸

III. Begründung von Beweisverwertungsverböten

Das in der Literatur kontrovers diskutierte Selbstgesprächsurteil des BGH²⁹ leitet unmittelbar über zum neuralgischen Punkt der deutschen Beweisverbotsdogmatik, nämlich der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine bestimmte Information der weiteren (gerichtlichen) Nutzung entzogen ist, also wann ein Beweisverwertungsverbot vorliegt.

1. Gesetzliche Beweisverwertungsverböte

In einigen ausgewählten Fällen wird die Unverwertbarkeit bestimmter Informationen ausdrücklich im Gesetz angeordnet. So dürfen gemäß § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO Aussagen des Beschuldigten, die unter Einsatz verbotener Vernehmungsmethoden zustande gekommen sind, nicht verwertet werden. Hierbei handelt es sich um ein unselbstständiges Verwertungsverbot, das einen Verstoß gegen das in § 136a Abs. 1 StPO normierte Beweismittelverbot (Verbot des Einsatzes bestimmter Vernehmungsmethoden) sanktioniert.³⁰ Dabei hat der

27 Rogall, ZStW 91 (1979), 1, 3 f.; Schroth, JuS 1998, 969; Jäger, GA 2008, 442, 474; Ambos (Fn. 5), S. 23; Kindhäuser (Fn. 2), § 23 Rn. 3–6; Murmann (Fn. 17), Rn. 197; Kaspar, GA 2013, 206, 209.

28 BGH NStZ 2012, 277.

29 Siehe nur die Besprechungen von Ernst/Sturm, HRRS 2012, 374; Jahn/Geck, JZ 2012, 561; Wohlers, JR 2012, 389; Mitsch, NJW 2012, 1486; Warg, NStZ 2012, 237; Allgayer, NStZ 2012, 399; Ladiges, StV 2012, 517; Zimmermann, GA 2013, 162.

30 Ambos (Fn. 5), S. 25.

Beschuldigte keine Herrschaft über die auf unzulässige Weise gewonnenen Informationen. Das Verwertungsverbot des § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO gilt absolut und greift nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut auch dann ein, wenn der Beschuldigte nachträglich einer Verwertung zustimmt.³¹ Von diesem Grundsatz wird man aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit sowie zur Wahrung des Schuldgrundsatzes allerdings insoweit eine Ausnahme machen müssen, als die Aussage auch den Beschuldigten entlastende Momente enthält.³² Anderenfalls würde die individualrechtsschützende Komponente der Beweisverbote³³ konterkariert. Diese Schlussfolgerung ist verallgemeinerungsfähig: Beweisverwertungsverbote sind grundsätzlich³⁴ Belastungsverbote.³⁵

Das Verwertungsverbot des § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO gilt entsprechend, wenn verbotene Vernehmungsmethoden bei der Befragung von Zeugen und Sachverständigen angewendet werden (§§ 69 Abs. 3, 72 StPO). Darüber hinaus bestimmt § 252 StPO, dass die in einem früheren Verfahrensstadium gemachte Aussage eines zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen, der sich erst in der Hauptverhandlung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, nicht verlesen werden darf. Obwohl die erste Vernehmung in prozessordnungsgemäßer Weise zustande gekommen ist, begründet § 252 StPO zur Absicherung des Zeugnisverweigerungsrechts³⁶ ein selbstständiges Verwertungsverbot,³⁷ das nach herrschender Meinung – über den Wortlaut des § 252 StPO hinaus – nicht nur der Verlesung, sondern generell jeglicher Verwertung der früheren Aussage entgegensteht.³⁸ Weitere gesetzliche Verwertungsverbote begrenzen die Verwendung

31 Siehe auch KK/Diemer (Fn. 2), § 136a Rn. 38; Rogall, JZ 2008, 818, 830.

32 Roxin/Schäfer/Widmaier, StV 2006, 655, 656; Jahn, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Gutachten C zum 67. Deutschen Juristentag, 2008, C 113 f.; Ambos (Fn. 5), S. 25; Pitsch (Fn. 19), S. 303 f.; offengelassen in BGH StV 2009, 113 mit Anm. Roxin, StV 2009, 113; krit. hierzu Rogall, JZ 2008, 818, 830.

33 S.o. Fn. 11 und dazugehörigen Text.

34 Ausnahmen von diesem Grundsatz kommen möglicherweise aus Gründen der Integrität und Fairness des Verfahrens bei durch Folter erlangten Beweisen in Betracht, siehe hierzu Ambos, StV 2009, 151, 156. Das BVerfG geht zudem davon aus, dass § 252 StPO (dazu sogleich Fn. 37 und dazugehöriger Text) zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Zeugen auch einer Verwertung entlastender Aussagen entgegensteht, BVerfG NStZ-RR 2004, 18, 19 mit krit. Besprechung Roxin/Schäfer/Widmaier, StV 2006, 655, 660.

35 Roxin/Schäfer/Widmaier, StV 2006, 655; Roxin, StV 2009, 113, 114; Jahn (Fn. 32), C 112 ff.; Jäger, GA 2008, 473, 498; Beulke (Fn. 4), Rn. 457; Ambos (Fn. 5), S. 18 m.w.N.; s.a. BGHSt 42, 191, 195; 50, 206.

36 KK/Diemer (Fn. 2), § 252 Rn. 1; Geppert, Jura 1998, 305, 306; Kraatz, Jura 2011, 170.

37 Jahn (Fn. 32), C 36; Ambos (Fn. 5), S. 37 mit Nachweisen zur Gegenauffassung.

38 Siehe nur BVerfG NStZ-RR 2004, 18, 19; BGHSt 20, 384, 386; BGH NStZ 2007, 353; Geppert, Jura 1988, 305, 307; Eisenberg (Fn. 2), Rn. 1286; Kraatz, Jura 2011, 170, 171; Beulke (Fn. 4), Rn. 419. Ausgeschlossen ist damit insbesondere die Einführung des Aussageinhalts in die Hauptverhandlung durch Vernehmung der Verhörsperson, siehe BGHSt 20, 384, 386; BGH

von Blutproben (§ 81a Abs. 3, § 81c Abs. 3 Satz 5 StPO) und personenbezogener Daten (§ 477 Abs. 2 Satz 2, 3 StPO). Ausdrücklich untersagt ist ferner die Verwertung eines im Rahmen einer Verständigung abgegebenen Geständnisses, wenn die erzielte Vereinbarung für das Gericht nicht (mehr) bindend ist (§ 257c Abs. 4 StPO) sowie die Verwertung einer aus dem Bundeszentralregister gelöschten Vorstrafe (§ 51 Abs. 1 BZRG, unselbstständiges Verwertungsverbot als Folge der Verletzung des oben geschilderten Beweisthemaverbotes).

2. Ungeschriebene Beweisverwertungsverbote

Ungeachtet der soeben kurz benannten und ähnlicher Regelungen³⁹ bleibt die gesetzliche Ausgestaltung der Beweisverwertungsverbote kasuistisch und fragmentarisch. Eine abstrakt-generelle Regelung, die allgemeingültig festlegt, unter welchen Voraussetzungen welche Informationen der weiteren (gerichtlichen) Nutzung entzogen sind, fehlt. Einigkeit besteht allerdings dahin gehend, dass die gesetzlichen Vorgaben nicht abschließend sind, Beweisverwertungsverbote also auch außerhalb der explizit geregelten Fallkonstellationen vorliegen können.⁴⁰ Umstritten ist allerdings, wie diese ungeschriebenen Beweisverwertungsverbote im Einzelfall zu begründen bzw. legitimieren sind. Während *Beling* wohl ursprünglich davon ausgegangen ist, dass jede Verletzung eines Beweiserhebungsverbotes ein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht,⁴¹ wird eine solch pauschale Betrachtungsweise heute ganz überwiegend abgelehnt.⁴² Jeden Verfahrensverstöß ungeachtet seiner Schwere und seiner Auswirkungen mit dem Verlust des Beweismittels zu sanktionieren, würde die Effektivität der Strafverfolgung in einem inakzeptablen Maße beeinträchtigen. Die Behandlung der über diese Grundprämissen hinausgehenden Detailfragen wird allerdings äu-

NStZ 2007, 353. Von diesen Grundsätzen macht die Rechtsprechung allerdings dann eine Ausnahme, wenn der Zeuge vor der Hauptverhandlung von einem Richter vernommen wurde, grundlegend BGHSt 2, 99, 106; auch BGHSt 49, 72, 77; BGH NStZ 2007, 353; KK/*Diemer* (Fn. 2), § 252 Rn. 22 ff.; kritisch hierzu *Ambos* (Fn. 5), S. 37 f.; *Eisenberg* (Fn. 2), Rn. 1288; *Jahn* (Fn. 32), C 36; *Beulke* (Fn. 4), Rn. 420.

39 Ausführlicher Überblick über die gesetzlichen Verwertungsverbote bei *Pitsch* (Fn. 19), S. 243 ff.

40 Siehe nur BGHSt 19, 325, 329; 38, 214, 219; *Beulke* (Fn. 4), Rn. 457; *Hauf*, NStZ 1993, 457; *Arloth*, GA 2006, 259, 261; *Ambos* (Fn. 5), S. 25.

41 Siehe *Beling* (Fn. 10), S. 30 f. Heute wird ein solch absoluter Ansatz namentlich noch von *Kühne* (Fn. 8), Rn. 907 ff. favorisiert.

42 BVerfG NJW 2000, 3557; NStZ 2006, 46, 47; NJW 2007, 499, 503; 2009, 3225; BGHSt 19, 325, 331; 38, 372, 373; 51, 285, 289; *Blau*, Jura 1993, 513, 519; *Schroth*, JuS 1998, 969; *Volk/Engländer* (Fn. 4), § 28 Rn. 6 ff.; *Beulke* (Fn. 4), Rn. 457; *ders.*, ZStW 103 (1991), 657, 663; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 23 Rn. 11.

ßerst kontrovers diskutiert. Im Folgenden seien einige Lösungsansätze kurz vorgestellt.

Die vor allem in der (früheren) Rechtsprechung vertretene *Rechtskreistheorie* hält eine Beweisverwertung dann für unzulässig, wenn die verletzte Norm den Rechtskreis des Beschuldigten wesentlich berührt, nicht aber, wenn sie für ihn nur von untergeordneter Bedeutung ist.⁴³ Standardbeispiel ist die fehlende Belehrung eines Zeugen nach § 55 Abs. 2 StPO. Wurde ein Zeuge nicht darauf hingewiesen, dass er die Auskunft verweigern darf, wenn und soweit er sich durch eine wahrheitsgemäße Beantwortung der Fragen selbst belasten würde, so soll seine Aussage dennoch im Verfahren gegen einen Dritten verwertbar sein, da der verletzte § 55 Abs. 2 StPO lediglich das Recht des Zeugen auf Selbstbelastungsfreiheit schützt, nicht aber den Rechtskreis des angeklagten Dritten (wesentlich) berührt.⁴⁴ Auch wenn dieses Ergebnis *in concreto* durchaus zu überzeugen vermag,⁴⁵ so erscheint es dennoch fraglich, ob der Rechtskreisgedanke über diesen Sonderfall hinaus einen verallgemeinerungsfähigen Maßstab darstellt.⁴⁶ Zum einen ist die Formel von der „wesentlichen Berührung des Rechtskreises“ äußerst unbestimmt;⁴⁷ zum anderen berücksichtigt dieser Ansatz nicht, dass der Angeklagte generell ein Recht auf die prozessordnungsgemäße Durchführung des gegen ihn gerichteten Verfahrens hat.⁴⁸ Die neuere Rechtsprechung stellt daher überwiegend nur noch ergänzend auf den Rechtskreisgedanken ab.⁴⁹

Mit der Rechtskreistheorie verwandt⁵⁰ sind die *Lehren vom Schutzzweck der Norm*, die darauf abstellen, ob eine Verwertung des inkriminierten Beweises mit dem Sinn und Zweck der verletzten Verfahrensvorschrift vereinbar ist.⁵¹ Der

43 Grundlegend BGHSt (GS) 11, 213, 215.

44 BGHSt (GS) 11, 213, 215.

45 S.a. *Blau*, Jura 1993, 513, 519; *Pitsch* (Fn. 19), S. 279 f.; *Rogall*, JZ 2008, 818, 823; kritisch hingegen *Roxin/Schünemann* (Fn. 4), § 24 Rn. 24, 32.

46 Dies hat auch der BGH selbst eingeräumt, siehe BGHSt 42, 73, 77; s.a. *Beulke* (Fn. 4), Rn. 459; *ders.*, Jura 2008, 653, 655; *Eisenberg* (Fn. 2), Rn. 365; *Pitsch* (Fn. 19), S. 280 sowie *Chao* (Fn. 5), S. 118 f., dem zufolge die Rechtskreistheorie zwar bei bestimmten Verfahrensverstößen zu sachgerechten Ergebnissen führe, im Übrigen aber nicht als eigenständige Theorie verstanden werden solle; grundsätzlich kritisch zur Rechtskreistheorie *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1, 26.

47 *Ambos* (Fn. 5), S. 42.

48 *Blau*, Jura 1993, 513, 519; *Volk/Engländer* (Fn. 4), § 28 Rn. 9; *Eisenberg* (Fn. 2), Rn. 365; *Murmann* (Fn. 17), Rn. 297; *Ambos* (Fn. 5), S. 42; *Roxin/Schünemann* (Fn. 4), § 24 Rn. 24; siehe auch *Grünwald*, JZ 1966, 489, 490 f.

49 Siehe BGHSt 38, 214, 219, 220; 38, 372, 374. Eine starke Betonung des Rechtskreisgedankens findet sich allerdings in BGH NStZ 2009, 224; 345.

50 Siehe auch *Pitsch* (Fn. 19), S. 290; *Eisenberg* (Fn. 2), Rn. 366.

51 *Grünwald*, JZ 1966, 489, 493 ff. (der maßgeblich auf den Aspekt der Schadensvertiefung abstellt); *Arloth*, GA 2006, 259, 260; *Jäger*, GA 2008, 442, 485 ff. (der ergänzend auf die fairnesswidrige Tatsachenerzeugung abstellt); von der Tendenz her auch *Volk/Engländer*

Anwendungsbereich dieser Lehren ist zunächst insoweit eingeschränkt, als sie stets die Verletzung einer Verfahrensvorschrift voraussetzen. Sie können daher nur die unselbstständigen, nicht aber die selbstständigen, unmittelbar aus der Verfassung abgeleiteten⁵² Beweisverwertungsverbote erklären.⁵³ Zudem führt dieser Ansatz letztendlich nur zu einer Problemverlagerung, da er die nunmehr entscheidende Folgefrage – nämlich worin der Schutzzweck der verletzten Norm besteht – nicht beantworten kann.⁵⁴ Um dies anhand des bereits genannten⁵⁵ § 55 Abs. 2 StPO zu verdeutlichen: Dient die Pflicht, den Zeugen über sein Auskunftsverweigerungsrecht zu belehren, allein dem Schutz des Zeugen vor Selbstbelastung oder soll auch der Angeklagte vor einer möglichen Belastung durch Falschaussagen bewahrt werden? Nur im zweiten Fall wäre nach der Schutzzwecklehre die Verwertung der Aussage des nicht ordnungsgemäß belehrten Zeugen im Verfahren gegen den Angeklagten ausgeschlossen.⁵⁶

Die namentlich von *Amelung* geprägte *Lehre von den Informationsbeherrschungsrechten* knüpft an das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung an. Dieses gewährt den Betroffenen einen Abwehranspruch gegen die Erhebung geschützter Informationen. Wird dieser Abwehranspruch – beispielsweise durch eine unzulässige Beweiserhebung missachtet – erhält der Betroffene einen Sekundäranspruch, der ein Recht auf Unterlassung der Verwertung der rechtswidrig erlangten Informationen beinhaltet.⁵⁷ Dieser Ansatz hat den Vorzug, dass er das Selbstbestimmungsrecht des Angeklagten in den Mittelpunkt rückt und damit dessen Subjektstellung betont.⁵⁸ Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob diese Theorie alle Beweisverwertungsverbote, namentlich solche, die sich möglicherweise aus der Verletzung der Rechte Dritter ergeben können oder denen keine Individualrechtsverletzung zugrunde liegt, erklären kann.⁵⁹

(Fn. 4), § 28 Rn. 10. Überblick über die unterschiedlichen Ausprägungen der Schutzzwecklehre bei *Pitsch* (Fn. 20), S. 288 – 290; *Jahn* (Fn. 32), C 54 ff.

52 Dazu oben Fn. 27 und dazugehöriger Text.

53 *Volk/Engländer* (Fn. 4), § 28 Rn. 10; *Pitsch* (Fn. 19), S. 290; *Jahn* (Fn. 32), C 57; *Ambos* (Fn. 5), S. 42.

54 S.a. *Volk/Engländer* (Fn. 4), § 28 Rn. 10; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 23 Rn. 15; *Jahn* (Fn. 32), C 57; *Eisenberg* (Fn. 2), Rn. 366.

55 S.o. Fn. 44 und dazugehörigen Text.

56 *Ambos* (Fn. 5), S. 42; s.a. *Jäger*, GA 2008, 442, 476.

57 *Amelung*, FS Bemmman, 1997, S. 505, 506 f.

58 Siehe *Ambos* (Fn. 5), S. 42; auch *Schroth*, JuS 1998, 969, 973; *Volk/Engländer* (Fn. 4), § 28 Rn. 12.

59 Ausführliche Kritik bei *Weßlau*, StV 1995, 278, 279 f.; *Jahn* (Fn. 32), C 66; *Jäger*, GA 2008, 442, 477; siehe auch *Volk/Engländer* (Fn. 4), § 28 Rn. 12; insbesondere mit Blick auf Beweisverwertungsverbote in Folge einer Verletzung des Richtervorbehalts *Schroth*, JuS 1998, 969, 973; *Roxin/Schünemann* (Fn. 4), § 24 Rn. 27; siehe aber auch die Entgegnung bei *Amelung* (Fn. 57), S. 510 ff.

Die überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Lehre⁶⁰ entscheidet über das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbotes einzelfallbezogen, basierend auf einer „Abwägung der im Rechtsstaatsprinzip angelegten gegenläufigen Gebote und Ziele“⁶¹. Der BGH hat diese *Abwägungslehre* wie folgt zusammengefasst:

„Die Entscheidung für oder gegen ein Verwertungsverbot ist aufgrund einer umfassenden Abwägung zu treffen. Bei ihr fällt das Gewicht des Verfahrensverstößes sowie seine Bedeutung für die rechtlich geschützte Sphäre des Betroffenen ebenso ins Gewicht wie die Erwägung, dass die Wahrheit nicht um jeden Preis erforscht werden muss. Andererseits ist auch zu bedenken, dass Verwertungsverbote die Möglichkeiten der Wahrheitserforschung beeinträchtigen und dass der Staat nach der Rechtsprechung des BVerfG von Verfassungen wegen eine funktionsfähige Strafrechtspflege zu gewährleisten hat, ohne die Gerechtigkeit nicht verwirklicht werden kann. Dient die Verfahrensvorschrift, die verletzt worden ist, nicht oder nicht in erster Linie dem Beschuldigten, so liegt ein Verwertungsverbot fern ... Andererseits liegt ein Verwertungsverbot nahe, wenn die verletzte Verfahrensvorschrift dazu bestimmt ist, die Grundlage der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten oder Angeklagten im Strafverfahren zu sichern.“⁶²

Berücksichtigung finden damit u. a.⁶³ das objektive Gewicht des Verfahrensverstößes,⁶⁴ die subjektive Intention der Strafverfolgungsorgane,⁶⁵ der Schutzzweck der verletzten Norm⁶⁶ sowie das öffentliche Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung⁶⁷ und damit auch die Schwere der angeklagten Tat.⁶⁸ Die Rechtsprechung stellt zudem regelmäßig auch auf den hypothetischen Ermittlungsverlauf ab, fragt also, ob die (rechtswidrig) erhobenen Beweise auch in rechtmäßiger Weise hätten erlangt werden können.⁶⁹ Vonseiten der Literatur hat die Abwägungslehre zum Teil erhebliche Kritik erfahren: Es erfolge keine dogmatische Fundierung der Beweisverwertungsverbote.⁷⁰ Der Rechtsprechung

60 Siehe hierzu die Nachweise bei *Pitsch* (Fn. 19), S. 291; *Volk/Engländer* (Fn. 4), § 28 Rn. 11.

61 BVerfG NJW 2007, 499, 503; siehe auch BVerfG NJW 2009, 3225.

62 BGHSt 38, 214, 219 f.; ähnlich auch BVerfG NJW 2009, 3225; BGHSt 38, 372, 374.

63 Umfassende Übersicht bei *Pitsch* (Fn. 19), S. 280–283; *Jahn* (Fn. 32), C 45 ff.

64 BGHSt 44, 243, 249, 250 (Berücksichtigung des Gewichts des Verfahrensverstößes, insbesondere der Bedeutung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter); bestätigt in BGHSt 51, 285, 290; BGH NStZ 2012, 277 (Verwertungsverbot bei Verletzung des absolut geschützten Kernbereichs des Persönlichkeitsrechts).

65 BGHSt 51, 285 (Beweisverwertungsverbot bei bewusster Missachtung oder gleichgewichtig grober Verkennung der Voraussetzungen des für Wohnungsdurchsuchungen bestehenden Richtervorbehalts); ähnlich auch BVerfG NJW 2009, 3225.

66 Siehe die Nachweise in Fn. 49 zur (ergänzenden) Heranziehung des Rechtskreisgedankens sowie BGHSt 40, 211, 214.

67 BVerfG NJW 2009, 3225; BGHSt 19, 333, 343; 38, 214, 219; 40, 211, 214.

68 BGHSt 19, 333, 343; 44, 243, 250; kritisch hierzu *Neuhaus*, StV 2010, 45, 49.

69 BGHSt 32, 68, 71; BGH NStZ 2004, 449; zur Kritik *Ambos* (Fn. 5), S. 50 f.; *Pitsch* (Fn. 19), S. 285–287; *Jahn* (Fn. 32), C 74 ff.

70 *Amelung* (Fn. 27), S. 521; *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657, 664; *Neuhaus*, StV 2010, 45, 50 („Die

ließen sich keine klaren Leitlinien entnehmen.⁷¹ Ihre „irrationale Abwägungswillkür“⁷² führe zu einer rechtsstaatlich bedenklichen Rechtsunsicherheit.⁷³

Auch wenn es sicherlich zutrifft, dass dem an der Idee der Einzelfallgerechtigkeit ausgerichteten⁷⁴ „Vielfaktorenmodell“⁷⁵ der Rechtsprechung die Gefahr einer gewissen Ergebnisbeliebigkeit innewohnt, so trifft dieser Ansatz dennoch den Kern des Problems. Soll mittels der Beweisverwertungsverbote ein im Einzelfall auftretender Konflikt zwischen den Zielen des Strafverfahrens gelöst werden,⁷⁶ so lässt sich dies nur durch eine Abwägung der betroffenen Interessen erreichen.⁷⁷ Die zentrale Herausforderung besteht darin, die Abwägungsergebnisse durch eine stärkere Konkretisierung und Systematisierung des Abwägungsprozesses vorhersehbarer zu machen.⁷⁸ Dabei scheint mir vor allem das Potenzial, das sich aus einer stärkeren Orientierung der Abwägungslehre an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) ergeben könnte, noch nicht vollständig ausgeschöpft zu sein.⁷⁹ Dessen für Ver-

Abwägungslehre ist in Wahrheit keine Theorie zum Verhältnis der Beweiserhebungsverbote zu den Beweisverwertungsverböten, sondern ein Deckmantel dafür, daß eine solche Theorie fehlt“); auch *Ambos* (Fn. 5), S. 43.

71 *Jahn* (Fn. 32), C 47 f.; 59 f.; *Arloth*, GA 2006, 258, 260; s.a. *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657, 664; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 23 Rn. 17.

72 *Lesch*, FS Volk, 2009, S. 311, 312; ähnlich auch *Neuhaus*, StV 2010, 45, 50 (Einwände „mangelnder Rationalität und richterlicher Dezision“); *König/Harrendorf*, AnwBl 2008, 566, 567 („Abwägungskasuistik“ mit „Geschmeidigkeit“).

73 *Lesch* (Fn. 72), S. 312 Fn. 9 („Die herrschende „Abwägungslehre“ ist rechtsstaatlich nicht tragbar, weil die Unschärfe der Abwägungskriterien und die dadurch herausgeforderte subjektive Wertungswillkür des Rechtsanwenders keine vorhersehbaren Ergebnisse garantieren.“); ähnlich auch *Jahn* (Fn. 32), C 47 ff. mit kritischer Erwiderung bei *Rogall*, JZ 2008, 818, 824; zu mit der Abwägungslehre verbundenen Unsicherheiten auch *Gössel*, NStZ 1998, 126, 128 sowie *Eisenberg* (Fn. 2), Rn. 367; *Jäger*, GA 2008, 442, 479; *Beulke*, Jura 2008, 653, 655.

74 *Jäger*, GA 2008, 442, 479; *Beulke*, Jura 2008, 653, 655; *Ambos* (Fn. 5), S. 42.

75 *Jahn* (Fn. 32), C 45; *Jäger*, GA 2008, 442, 478; s.a. *Beulke*, Jura 2008, 653, 655.

76 Dazu oben Fn. 18 und dazugehöriger Text.

77 So im Ergebnis auch *Ambos* (Fn. 5), S. 48 f.; *Kühne* (Fn. 8), Rn. 909; s.a. *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657, 663.

78 Siehe beispielsweise die von *Rogall* entwickelte normative Fehlerfolgenlehre, die den „Systemschutz“ in den Mittelpunkt stellt und das Eingreifen eines Verwertungsverbotes „im Wesentlichen nur von der Fehlerschwere, von der durch den Fehler verursachten Interessenverletzung und der Notwendigkeit einer prozessualen Fehlerkorrektur in Gestalt eines Verwertungsverbotes“ abhängig macht, zusammenfassende Darstellung in *Rogall*, JZ 2008, 818, 824; Weiterentwicklung durch *Pitsch* (Fn. 19), S. 415 ff.; kritische Würdigung bei *Ambos* (Fn. 5), S. 45 f. *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657, 663 ff. spricht sich für eine systematisch-hierarchische Kombination von Schutzzweck- und Abwägungslehre aus. *Jahns* Beweisbefugnislehre zielt auf eine verfassungsrechtliche Einbindung und Systematisierung der strafprozessualen Beweisverwertungslehre, *Jahn* (Fn. 32), C 66 ff.; kritische Würdigung bei *Rogall*, JZ 2008, 818, 824 f.; *Jäger*, GA 2008, 442, 477 f.; *Beulke*, Jura 2008, 653, 656; *König/Harrendorf*, AnwBl. 2008, 566, 567 ff.

79 Siehe auch *Kühne* (Fn. 8), Rn. 909.3.

stöße gegen das in Art. 6 EMRK verbürgte Recht auf ein faires Verfahren entwickelte Gesamtbetrachtungslehre⁸⁰ ist dem deutschen Abwägungsmodell nicht unähnlich.⁸¹ Insoweit drängt sich vor allem die Frage auf, inwieweit sich aus Art. 6 EMRK verbindliche Grenzen für die Beweisverwertung ableiten lassen.⁸² Hierauf wird zurückzukommen sein (unten V.).

IV. Die Relativierung der Verwertungsverbote durch die Widerspruchslösung

Der BGH hat den Wirk- und Geltungsanspruch von Beweisverwertungsverböten durch die sogenannte Widerspruchslösung erheblich begrenzt. In einer grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 1992 kam der BGH zu dem Schluss, dass die vor der Polizei gemachte Aussage eines Beschuldigten grundsätzlich nicht verwertbar sei, wenn der Beschuldigte nicht zuvor über sein Schweigerecht belehrt worden ist. Etwas anderes soll allerdings dann gelten, wenn der anwaltlich vertretene Angeklagte in der Hauptverhandlung der Verwertung der Aussage nicht widerspricht. Nach Auffassung des BGH entspricht diese Widerspruchslösung „der besonderen Verantwortung des Verteidigers und seiner Fähigkeit, Belehrungsmängel aufzudecken und zu erkennen, ob die Berufung auf das Verwertungsverbot einer sinnvollen Verteidigungsstrategie dient.“⁸³ Aber auch beim unverteidigten Angeklagten soll eine Verwertung der polizeilichen Aussage in Betracht kommen, wobei der BGH insoweit einschränkend verlangt, dass der Tatrichter den Angeklagten auf sein Widerspruchsrecht hinweisen muss.⁸⁴

Diese Widerspruchslösung ist in der Literatur zu Recht auf erhebliche Kritik

80 Nach der Gesamtbetrachtungslehre begründet ein Verstoß gegen die in Art. 6 EMRK genannten Einzelgarantien nicht automatisch eine Konventionsverletzung. Vielmehr prüft der Gerichtshof in einem zweiten Schritt, ob die festgestellte Verletzung der Beschuldigtenrechte so schwerwiegend ist, dass sie das Verfahren als Ganzes unfair macht, siehe hierzu *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 10 Rn. 41; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2013, § 11 Rn. 69 ff., beide mit Nachweisen zur einschlägigen Rechtsprechung.

81 Vgl. auch *Jäger*, GA 2008, 442, 480 ff.; *Rackow/Birr*, Die Polizei 2012, 325, 333.

82 Siehe *Ambos* (Fn. 5), S. 50 („Das Fairnessgebot erweist sich gerade aus rechtsvergleichender und supranationaler Sicht ... als übergreifender Leitgesichtspunkt für oder gegen die Verwertung.“) sowie die von *Jäger*, GA 2008, 442, 488 entwickelte Kategorie der „Fairnesswidrigen Tatsachenerzeugung“. Auch der BGH hat den Grundsatz des fairen Verfahrens bereits zur Begründung eines Beweisverwertungsverbotes herangezogen, BGH NStZ 2007, 601, 602.

83 BGHSt 38, 214, 226; vertiefend zu der in einigen Entscheidungen zusätzlich aufgestellten Voraussetzung, die Angriffsrichtung des Widerspruchs deutlich zu machen, *Bauer*, StV 2011, 635.

84 BGHSt 38, 214, 226.

gestoßen. Sie läuft im Ergebnis auf die Etablierung einer Art „Beweiseinrede“ bzw. „Rügepräklusion“ hinaus, die mit der inquisitorischen Grundstruktur des deutschen Strafprozesses, vor allem mit dem Amtsermittlungsgrundsatz, nur schwerlich zu vereinbaren ist.⁸⁵ Die Aufgabe, über die Einhaltung der Verfahrensregeln zu wachen, Verstöße gegebenenfalls zu erkennen und einer Heilung zuzuführen, wird vollständig dem Verteidiger überantwortet,⁸⁶ wobei sich dessen Versäumnisse zulasten des Angeklagten auswirken.⁸⁷ Jedenfalls wenn der Verteidiger die Möglichkeit eines Widerspruchs (fahrlässig) übersieht, stellt die gerichtliche Verwertung auch unter schwersten Rechtsverstößen erhobener Beweise die Fairness des Verfahrens in Frage.⁸⁸

Ungeachtet dieser Kritik wurde die Widerspruchslösung vom BVerfG nicht beanstandet⁸⁹ und vom BGH auf weitere Fallgruppen übertragen.⁹⁰ Letztendlich scheint ein Widerspruch lediglich dann entbehrlich zu sein, wenn die verletzte Norm nicht zur Disposition des Angeklagten steht,⁹¹ also insbesondere dann, wenn diese dem Schutz von Rechten Dritter dient.⁹² Ruft man sich in Erinnerung, dass Beweisverwertungsverbote nicht nur dem Schutz der (möglicherweise disponiblen) Individualrechte des Beschuldigten, sondern auch der rechtsstaatlichen Integrität des Verfahrens dienen,⁹³ wird deutlich, dass sie durch die Widerspruchslösung einen nicht tragbaren Funktionsverlust erleiden.

85 Rogall, JZ 2008, 818, 830; Löffelmann, Die normativen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren, 2008, S. 127 f.; Pitsch (Fn. 19), S. 284 f.; Fezer, StV 1997, 57, 58 f.; Bohlander, NSTZ 1992, 504, 505; s.a. Jahn (Fn. 32), C 111; Ambos (Fn. 5), S. 54.

86 Bohlander, NSTZ 1992, 504, 505; Fezer, StV 1997, 57, 59; Volk/Engländer (Fn. 4), § 28 Rn. 22; Kudlich, HRRS 2011, 114, 116; Beulke (Fn. 4), Rn. 460a; s.a. Widmaier, NSTZ 1992, 519.

87 Volk/Engländer (Fn. 4), § 28 Rn. 22; Roxin/Schünemann (Fn. 4), § 24 Rn. 34; Kudlich, HRRS 2011, 114, 116; s.a. Eisenberg (Fn. 2), Rn. 429.

88 Beulke (Fn. 4), Rn. 460a; Ambos (Fn. 5), S. 54; Roxin/Schünemann (Fn. 4), § 24 Rn. 34. Ansätze zur Selbstkritik auch in BGHSt 51, 1, 3 sowie BGHSt 51, 285, 296 f.: Die Widerspruchslösung ist „jenseits der Fälle von dem Rechtsverstoß berührter Verteidigungsrechte, deren effektive Verletzung der Betroffene selbst optimal beurteilen kann und die uneingeschränkt seiner Disponibilität unterliegen, zu hinterfragen“.

89 BVerfG NJW 2007, 499, 503.

90 Siehe nur BGHSt 51, 1, 3 (Widerspruch gegen Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus einer Telekommunikations-Überwachung); Übersicht über die Rechtsprechung bei Pitsch (Fn. 19), S. 283 Fn. 162; s.a. Eisenberg (Fn. 2), Rn. 428; abschwächend BGHSt 50, 206, 216 (Bestreiten der Tat als konkludenter Widerspruch gegen die Verwertung belastenden Beweismaterials).

91 S.a. Beulke (Fn. 4), Rn. 460a; ders., Jura 2008, 653, 655.

92 BGHSt 45, 203, 205 (kein Widerspruchserfordernis bei Verstößen gegen § 252 StPO, da dieser dem Schutz des zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen dient).

93 S.o. Fn. 12 und dazugehörigen Text.

V. Die deutsche Beweisverbotslehre unter dem Einfluss des EGMR: das Beispiel der verdeckten personalen Ermittlungen

Ungeachtet der oben geschilderten Kritik an der „Flexibilität“ der in Deutschland herrschenden Abwägungslehre⁹⁴ hat diese jedenfalls den Vorzug, offen für Impulse aus dem europäischen Menschenrechtsdiskurs zu sein. Dies möchte ich anhand eines Beispiels, nämlich der Verwertung belastender Erkenntnisse aus verdeckten personalen Ermittlungen, illustrieren. Bei verdeckten Befragungen handelt es sich um eine heimliche Ermittlungsmaßnahme, bei der typischerweise eine Privatperson oder ein verdeckt agierender Polizist (verdeckter Ermittler) versucht, den Beschuldigten unter Verschleierung seiner Ermittlungsabsicht zu einer selbstbelastenden Äußerung zu bewegen, um diese dann im Strafverfahren gegen ihn verwenden zu können. Dass ein solches Vorgehen in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Schweigerecht des Beschuldigten und dem *nemo tenetur* Grundsatz steht,⁹⁵ ist offensichtlich. Der BGH hat in seiner Hörfallen-Entscheidung diese Bedenken zunächst allerdings aufgrund einer sehr formalen Betrachtungsweise weitestgehend zurückgewiesen. Eine Verletzung des Schweigerechts liege nicht vor, da der Beschuldigte wisse, dass er gegenüber einer (angeblichen) Privatperson keine Angaben machen müsse.⁹⁶ Auch der *nemo tenetur* Grundsatz sei nicht verletzt, da dieser nur eine „Freiheit von Zwang“, nicht eine „Freiheit von Irrtum“ gewährleiste.⁹⁷ Lediglich in Ausnahmefällen sei denkbar, dass der Einsatz verdeckt ermittelnder Personen einem Verstoß gegen den *nemo tenetur* Grundsatz nahekomme, der dann möglicherweise auch zu einem Beweisverwertungsverbot führe.⁹⁸

94 S.o. Fn. 70 und dazugehörigen Text.

95 Darüber hinaus stellt sich auch die – hier nicht weiter zu vertiefende – Frage, ob der Einsatz verdeckt ermittelnder Personen eine unzulässige Umgehung der Belehrungspflichten nach §§ 136, 163a StPO darstellt, s. hierzu *Ambos* (Fn. 5), S. 68 ff.

96 BGHSt 42, 139, 147: „Es liegt auf der Hand, daß sich der Beschuldigte in dieser Situation nicht durch die Autorität des Befragenden zu einer Äußerung veranlaßt sehen kann. Er weiß, daß er sich – wie auch sonst gegenüber beliebigen Dritten – nicht zu äußern braucht.“

97 BGHSt 42, 139, 152 f.: „Der Tatverdächtige, der in einem Gespräch mit einem von den Ermittlungsbehörden eingeschalteten Helfer zu Fragen des Untersuchungsgegenstands Stellung nimmt, äußert sich nicht aufgrund eines tatsächlichen oder eines vorgetäuschten Zwanges. Er fühlt sich auch nicht zu einer Äußerung verpflichtet. Gegenstand des Schutzes des *nemo-tenetur*-Grundsatzes ist die Freiheit von Zwang zur Aussage oder zur Mitwirkung am Strafverfahren. Die Freiheit von Irrtum fällt nicht in den Anwendungsbereich dieses Grundsatzes.“

98 BGHSt 42, 139, 156 f. Aufgrund dieser Einschränkung nimmt *Rogall*, NStZ 2008, 110, 112 f.; *ders.*, HRRS 2010, 289, 291 an, dass kein Widerspruch zwischen dem Ansatz des BGH und der gleich noch zu schildernden Rechtsprechung des EGMR bestünde. Dies verkennt jedoch, dass sich der BGH weitreichende Abwägungsmöglichkeiten offen hält, während nach Ansicht des EGMR stets ein Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit vorliegt, sofern die

Der EGMR ist demgegenüber in Sachen *Allan* zu dem Schluss gekommen, dass der Anwendungsbereich des Schweigerechts und des Schutzes vor Selbstbelastung nicht auf Fälle beschränkt ist, in denen der Beschuldigte Zwang widerstehen muss. Vielmehr gehöre es auch zum Kernbereich des fairen Verfahrens, dass der Beschuldigte die Freiheit hat, zu entscheiden, ob er aussagen will oder nicht. Diese Freiheit werde unterlaufen, „wenn die Behörden in einem Fall, in dem der Beschuldigte, der sich in der Vernehmung für das Schweigen entschieden hat, eine Täuschung anwenden, um dem Beschuldigten Geständnisse oder andere belastende Äußerungen zu entlocken, die sie in der Vernehmung nicht erlangen konnten und die so erlangten Geständnisse oder selbstbelastende Äußerungen in den Prozeß als Beweise einführen.“⁹⁹ Allerdings hat der EGMR verdeckte personale Ermittlungen nicht *per se* untersagt. Ob diese gegen das Schweigerecht und damit gegen Art. 6 EMRK verstoßen, soll vielmehr davon abhängen, ob nach den Umständen des konkreten Einzelfalls die verdeckt ermittelnde Person als ein dem Staat zuzurechnender Agent und das Gespräch als funktionales Äquivalent einer staatlichen Vernehmung anzusehen ist.¹⁰⁰

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2007 erkannte der BGH immerhin an, dass die *Allan* Entscheidung möglicherweise Anlass zur Prüfung geben könne, ob an der restriktiveren Bestimmung der Reichweite des *nemo tenetur* Prinzips festgehalten werden könne. Zu einer Rechtsprechungsänderung kam es aber (noch) nicht, da die Polizeibeamten im konkreten Fall nach Ansicht des BGH bereits die in der Hörfallen Entscheidung aufgesteckten Grenzen überschritten hätten und die in der verdeckten Befragung erlangten Informationen bereits deswegen unverwertbar seien.¹⁰¹ Im Jahr 2011 bekannte sich der BGH dann vollständig zu den in *Allan* entwickelten Grundsätzen.¹⁰² Auch wenn man deren Anwendung auf den konkreten Fall durchaus kritisch sehen kann,¹⁰³ so ist die –

Täuschung eine gewisse Intensität erreicht, siehe *Ambos* (Fn. 5), S. 67 f.; *Gaede*, StV 2003, 260, 262; *Duttge*, JZ 2008, 261, 262; auch *Renzikowski*, JR 2008, 164, 166.

99 EGMR, 5. 12. 2002, 48539/99 – *Allan v. Großbritannien*, StV 2003, 257, 259 Rn. 50.

100 EGMR, *Allan v. Großbritannien* (Fn. 99), Rn. 51. Teilweise wird davon ausgegangen, dass der EGMR seine in *Allan* entwickelten Grundsätze in seiner späteren *Bykov* Entscheidung relativiert habe, siehe *Roxin*, StV 2012, 131. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass in EGMR, 10. 3. 2009, 4378/02 – *Bykov v. Rußland*, NJW 2010, 213, 215 Rn. 101 die *Allan* Entscheidung ausdrücklich bestätigt wurde. Der EGMR hielt lediglich die konkreten Umstände der Fälle für nicht vergleichbar. Daher wird man in dieser Entscheidung keine Zurücknahme des weiten (auch vor bestimmten Formen der Täuschung schützenden) Verständnisses der Selbstbelastungsfreiheit sehen können; *Gaede*, JR 2009, 493, 497; s.a. *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2011, 140, 144, die zu dem Schluss kommen, dass der EGMR in *Bykov* lediglich nicht über die in *Allan* entwickelten Grundsätze *hinausgegangen* sei.

101 BGH NJW 2007, 3138.

102 BGH NStZ 2011, 596.

103 Siehe *Roxin*, StV 2012, 131; *Eisenberg*, JR 2011, 409

durch den EGMR beeinflusste – Aufgabe des restriktiven Verständnisses des *nemo tenetur* Grundsatzes¹⁰⁴ und die damit korrespondierende Ausdehnung der Beweisverbote zu begrüßen. Diese Entwicklung lässt zudem erahnen, welche Bedeutung eine stärkere Orientierung an der Rechtsprechung des EGMR bei der erforderlichen Konkretisierung der Abwägungslehre spielen könnte.¹⁰⁵

VI. Fazit

Dieser kurze Überblick über die deutsche Beweisverbotslehre hat gezeigt, dass auch mehr als 100 Jahre nach *Beling* die Diskussion um die Frage, unter welchen Voraussetzungen Beweise einer weiteren gerichtlichen Nutzung entzogen sind, noch nicht beendet ist. Die neuere Rechtsprechung bezieht verstärkt Entscheidungen des EGMR in ihre Überlegungen ein. In den nächsten Jahren gilt es, die hiermit verbundenen Möglichkeiten zur Präzisierung der herrschenden Abwägungslehre auszuloten und fruchtbar zu machen.

104 Siehe zum damit verbundenen Wechsel des Verständnisses vom *nemo tenetur* Grundsatz (menschenwürdeorientierte und/oder prozessuale Interpretation) *Rackow/Birr*, Die Polizei 2012, 325, 326 ff.

105 S.a. *Rackow/Birr*, Die Polizei 2012, 325, 333, denen zufolge die Orientierung des BGH an den Vorgaben des EGMR zu einer stärkeren Plausibilität und inneren Kohärenz der Entscheidungen geführt hat.

La sanction de la preuve pénale irrégulière: comparaison structurelle des dispositifs français et allemand

Rechtsfolgen fehlerhafter Beweiserhebung – Französische und deutsche Lösung im Strukturvergleich

Der rechtliche Umgang mit fehlerhaften Beweismitteln unterscheidet sich im deutschen und französischen Recht schon im Ansatz: Während das deutsche Recht die Sonderdogmatik der Beweisverbotslehre ausgebildet hat, wendet das französische Recht seine allgemeine Fehlerfolgenlehre an, derzufolge ein an einem gravierenden Fehler leidender Verfahrensakt ex tunc null und nichtig ist. Die deutsche StPO kennt eine derartige Nichtigkeitslehre nicht. Während im deutschen Recht Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote nicht notwendig zusammenhängen, sanktioniert das französische Recht nur Beweise, die so, wie sie erhoben wurden, nicht hätten erhoben werden dürfen, indem der Beweiserhebungsakt annulliert wird.

Ein Vorzug des deutschen Ansatzes liegt darin, dass auch verfahrenskonform erhobene Beweise ausgeschlossen werden können, so z. B. wenn ihre Verwertung Grundrechte verletzte wie beim beschlagnahmten Tagebuch oder abgehörten Selbstgespräch, während im französischen Recht diese selbständigen Beweisverwertungsverbote unvorstellbar wären. Ein Vorzug des französischen Ansatzes liegt darin, dass ein für nichtig erkannter Verfahrensakt aus der Verfahrensakte entfernt wird, und zwar bei vom Untersuchungsrichter geführten Verfahren von der Vorverfahrenskammer des Berufungsgerichts, so dass das spätere Tatgericht den fraglichen Beweis nie zu Gesicht bekommt und ihn daher auch nicht unbewusst verwerten kann. Anders ist es aber in den ca. 95 % aller Verfahren, die von der Staatsanwaltschaft geführt werden, da hier das später zuständige Tatgericht auch über die Nichtigkeit von Verfahrensakten befindet.

Während das deutsche Recht verschiedene, kriteriell recht unbestimmte „Theorien“ wie Schutzzweck- und Abwägungslehre zur Bestimmung der Verwertbarkeit entwickelt hat, nimmt das französische Recht zwei klarer anmutende Unterscheidungen vor, die kumulativ anwendbar sind: Zum einen werden „nullités textuelles“ von „nullités substantielles“ geschieden; in der ersten Gruppe ist die Nichtigkeit gesetzlich angeordnet, in der zweiten von der Rechtsprechung entwickelt worden für Verstöße gegen wichtige Vorschriften. Zum zweiten gibt es „nullités d’ordre public“ bei Verstößen gegen Vorschriften, die das öffentliche

Interesse schützen, und „nullités d'ordre privé“ bei Verstößen gegen Normen, die Individualinteressen schützen. Erstere werden von Amts wegen geprüft und können von jedem Verfahrensbeteiligten vorgebracht werden, es bedarf weder einer Beschwerde noch ist die Rechtsfolge verzichtbar. Zweitere können nur vom Inhaber des geschützten Interesses gerügt werden, der einen ihm daraus erwachsenen Rechtsnachteil belegen muss und auf die Nichtigkeit auch verzichten kann.

Une preuve irrégulière peut-elle contribuer à la recherche de la vérité dans le cadre d'un procès pénal? Peut-elle être exploitée par la justice répressive?

Dans l'absolu, et dans l'esprit d'une juriste française, une preuve irrégulière ne devrait pas avoir d'existence juridique. De fait, en application du droit de la procédure pénale, elle n'aurait pas dû voir le jour.¹ Mais concrètement parlant, la preuve en question existe. Elle est même la plupart du temps intégrée au dossier de procédure. Pour résoudre ce type d'inadéquation, qui n'est pas propre au droit probatoire, entre ce qui devrait être et ce qui est, le droit pénal français sanctionne l'élément irrégulier par son anéantissement rétroactif. La nullité apparaît donc comme la sanction naturelle de l'élément juridique qui n'aurait pas dû exister.² Quant aux effets de cette nullité, ils consistent dans l'impossibilité juridique de prendre en compte l'élément nul. Ainsi, la preuve sanctionnée ne peut être utilisée par le juge pour fonder sa décision. Cette conséquence semble correspondre à ce qu'on appelle en Allemagne le *Beweisverwertungsverbot*, terme qu'on peut traduire par «interdiction d'exploiter la preuve».

Ce bel enchaînement d'idées s'écroule en quelques secondes à l'observation du droit allemand. Si les juristes allemands savent parfaitement ce qu'est la *Nichtigkeit*, terme qui traduit exactement celui de «nullité», ils ne l'ont jamais rencontrée dans le contexte du droit probatoire. En Allemagne, la sanction de la preuve pénale irrégulière est, directement, l'interdiction pour le juge d'exploiter la preuve, sans passer par la nullité. Du reste, à bien y penser, si tout juriste

1 Cette affirmation est imparfaite en ce qui concerne le droit allemand, qui sanctionne certaines preuves bien qu'elles aient été légalement prélevées (problématique des *selbstständige Beweisverwertungsverbote*, voir la contribution de Stefanie Bock, dans cet ouvrage, ainsi que les développements *infra*, I.B.).

2 La nullité peut être définie comme la «sanction prononcée par le juge et consistant dans la disparition rétroactive de l'acte juridique qui ne remplit pas les conditions requises pour sa formation», in *Lexique des termes juridiques*, dir. S. Guinchard et Th. Debard, Dalloz, 19^{ème} éd., 2012, ou comme «la sanction encourue par un acte juridique entaché d'un vice de forme ou d'une irrégularité de fond qui consiste dans l'anéantissement de l'acte», in *Vocabulaire juridique*, dir. G. Cornu, PUF Quadrige, 9^{ème} éd., 2011. Le dictionnaire juridique Creifelds ne donne pas de définition générale de la *Nichtigkeit*, mais l'applique tantôt aux jugements, tantôt aux lois, tantôt aux actes juridiques (tels les contrats), tantôt aux actes administratifs. En tout état de cause, la nullité rend l'élément qu'elle touche impropre à produire des effets juridiques, de façon rétroactive, *Rechtswörterbuch*, dir. K. Weber, München, C.H. Beck, 16^{ème} éd., 2000.

français comprend parfaitement la notion d'«interdiction d'exploiter la preuve», celle-ci lui paraît étrange, ou au moins inhabituelle. Elle n'est en réalité jamais utilisée, car elle fait redondance avec celle d'effets de la nullité: comme un acte nul ne peut produire d'effet juridique, par définition il ne peut être «exploité» par un juge.

Sauf en ce qui concerne le recueil irrégulier de la preuve pénale par un particulier, qui n'est sanctionné ni en Allemagne ni en France,³ les approches allemande et française de la sanction de la preuve irrégulière sont donc assez éloignées. C'est le cheminement intellectuel lui-même qui semble différer d'un côté à l'autre du Rhin. Ce constat invite à tenter une comparaison structurelle des dispositifs allemand et français. Les divergences portent sur la nature de la sanction (I) comme sur les conditions de son prononcé (II).

I. La nature de la sanction

La section dans laquelle la problématique de la sanction de la preuve pénale est envisagée dans ce colloque s'intitule «Beweisverbote – Nullités». Ce titre est en parfaite cohérence avec les catégories allemande et française à partir desquelles on raisonne couramment dans chacun des deux pays. Quand on s'intéresse à la sanction de la preuve pénale en Allemagne, le «*Stichwort*»⁴ utilisé est indubitablement *Beweisverbote*, tandis qu'en France, il est clair que le registre pertinent est celui des nullités.

Le comparatiste ne peut manquer de s'intéresser de plus près au sens respectif des termes servant de tête d'affiche. En Allemagne, l'accent est mis sur les *interdictions* probatoires,⁵ alors qu'en France, on mentionne directement la *sanction* de la preuve pénale irrégulière, qui est la nullité, sans évoquer l'interdiction dont la violation est sanctionnée. Toutefois, ce premier coup d'œil est trompeur. En Allemagne, le *Beweisverbot* (interdiction probatoire) se dédouble en deux interdictions: le *Beweiserhebungsverbot* et le *Beweisverwertungsverbot*. La première interdiction concerne le prélèvement de la preuve (interdiction de

3 Du moins par les juridictions *pénales* allemande et française, les juridictions civiles françaises retenant la nullité. Les affaires des CD-Rom volés en Suisse et au Liechtenstein et comprenant des listes de fraudeurs fiscaux potentiels des administrations fiscales française et allemande sont une illustration des positions divergentes de la jurisprudence *pénale* allemande et de la jurisprudence *civile* française sur le traitement de la preuve irrégulière produite par un particulier. Pour plus de détails, voir Juliette Lelieur, «Des données volées ne peuvent pas fonder une enquête pour fraude fiscale. Commentaire des arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation des 31 janvier et 21 février 2012», *Revue du Grasco*, n° 2, juillet 2012, p. 38 – 45, http://www.larevuedugrasco.eu/documents/revuen2_juillet_2012.pdf.

4 En français: «mot-clef».

5 Les termes «interdictions probatoires» traduisent directement le terme «*Beweisverbote*».

recueillir la preuve), alors que la seconde vise son utilisation par le juge (interdiction d'exploiter la preuve).⁶ On le voit, ces deux interdictions ne se situent pas au même niveau logique. En pratique, l'interdiction d'exploiter la preuve est même, la plupart du temps,⁷ la sanction de la violation d'une règle prescrivant une interdiction de recueillir la preuve. Autrement dit, bien que présenté par le vocable le désignant comme une interdiction, le *Beweisverwertungsverbot* est en réalité souvent une sanction. Par conséquent, nous allons pouvoir le comparer aux nullités françaises (A), tandis que nous laisserons de côté les *Beweiserhebungsverbote*, qui s'intègrent dans la réglementation relative aux actes d'enquête⁸. Nous envisagerons ensuite les avantages respectifs des sanctions allemande et française de la preuve pénale irrégulière (B).

A. Beweisverwertungsverbot v. nullité

Dès le début de la comparaison, il faut préciser que la nullité française n'est pas une sanction spécifique au domaine probatoire comme l'est le *Beweisverwertungsverbot*. Elle concerne tous les actes de procédure pénale comportant une irrégularité suffisamment grave, soit parce qu'ils ont été pris en violation de la loi, soit parce qu'ils contreviennent à des principes posés par la jurisprudence (notamment le principe de loyauté de la preuve). A l'évidence, une preuve n'est pas un *acte* de procédure. Une preuve est le résultat d'un acte d'enquête, d'une perquisition par exemple. Elle est consignée dans un document qu'on appelle parfois aussi «acte de procédure», le procès-verbal relatif à la mesure d'enquête réalisée.⁹ Ainsi, si la perquisition est illégale, c'est le procès-verbal de perquisition qui est soumis à la sanction de la nullité. A la question de savoir ce qu'est une preuve irrégulière, le juriste français répond donc : c'est une preuve résultant d'un acte irrégulier. En d'autres termes, en France, ce n'est pas l'irrégularité de la preuve qui est la cause de la sanction ; mais bien celle de l'acte se trouvant à l'origine de la preuve. Cette précision, qui peut paraître byzantine au juriste français, est capitale pour le juriste allemand. En effet, en Allemagne, une preuve peut poser problème en elle-même, même si l'acte dont elle découle est parfait-

6 Pour plus d'explications, voir la contribution de Stefanie Bock, dans cet ouvrage.

7 Voir *supra* note n° 1, problématique des *selbstständige Verwertungsverbote*.

8 En résumé, les *Beweiserhebungsverbote* définissent les cas dans lesquels une preuve est considérée comme irrégulièrement prélevée. Ils s'adressent exclusivement aux enquêteurs. Ils n'ont pas d'incidence directe sur la question de savoir si le juge est autorisé à exploiter la preuve irrégulièrement prélevée, car cette question est celle des *Beweisverwertungsverbote*.

9 Selon le *Lexique des termes juridiques*, précité, un procès-verbal est un «acte de procédure établi par un officier public et relatant des constatations ou des dépositions (procès-verbal d'enquête, de saisie par exemple)».

tement régulier.¹⁰ En France, seule la preuve «qui n'aurait pas dû être prélevée comme elle l'a été» est soumise à la sanction.

A côté du droit français qui mise tout sur la nullité pour faire disparaître les preuves prélevées de façon irrégulière, le droit allemand n'en dit rien. Pourtant, la *Nichtigkeit* n'est pas une notion absente du droit allemand: un contrat civil encourt la nullité s'il est contraire à la loi; de même, un acte administratif peut être nul ou anéanti pour l'avenir (*nichtig oder anfechtbar*). D'un point de vue théorique, un acte d'enquête effectué par un fonctionnaire de police est un acte administratif. Il ne me semblerait donc pas inconcevable d'appliquer la nullité à des actes d'enquête réalisés dans le cadre d'un procès pénal, après les avoir qualifiés d'actes administratifs. Seulement, telle n'est pas la position du droit allemand.¹¹ En procédure pénale allemande, la *Nichtigkeit* ne peut concerner que des jugements, de façon tout à fait exceptionnelle.¹² En Allemagne, la sanction naturelle de l'acte illégal d'enquête n'est pas la nullité de l'acte. Cette sanction touche l'auteur de l'acte et non l'acte lui-même. Ainsi, l'enquêteur qui a commis une irrégularité peut être sanctionné disciplinairement, voire pénalement s'il a commis une infraction pénale.¹³ Reste une question qui, en forçant le trait, est presque secondaire: que faire de la preuve résultant de l'irrégularité? Comme l'acte n'est pas soumis à la nullité, il survit. Par conséquent, la preuve qu'il contient survit aussi. Néanmoins, il existe des réticences, des hésitations à utiliser cette preuve. C'est ainsi qu'apparaît le *Beweisverwertungsverbot*. De fait, le *Verwertungsverbot* (l'interdiction d'exploiter) est une sanction très particulière, qui semble avoir été taillée sur mesure pour le domaine du droit probatoire. En

10 Voir *infra*, I.B.

11 K. Volk, *Grundkurs StPO*, München, C.H. Beck, 7^{ème} éd., 2010, § 14, n° 24: „Die alte Vorstellung, dass besonders schwere Verfahrensfehler zur „Nichtigkeit“ des Verfahrens führen können, entspricht nicht dem System der StPO“, (la vieille conception selon laquelle des fautes de procédure particulièrement graves peuvent conduire à la nullité de la procédure ne correspond pas au système du CPP).

12 K. Volk, *Grundkurs StPO*, précité, § 15, n° 11 (cas d'un manquement d'une gravité telle qu'il serait insupportable du point de vue de l'Etat de droit, de la sécurité juridique ou de la justice). L'auteur précise qu'il n'existe aucune application pratique d'annulation d'un jugement. H.-H. Kühne traite la question de la nullité du jugement comme un «Exkurs» (un élément qui est en dehors du cours), *Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, C.F. Müller, 8^{ème} éd., 2010, n° 1012.1.

13 La mise en œuvre de ces sanctions n'est pas développée dans les manuels de procédure pénale. L'affaire Gäfgen contre Allemagne (arrêt CEDH du 1er juin 2010, Requête n° 22978/05), montre du reste qu'elle n'est pas prise au sérieux. Un haut responsable de la police de Francfort avait ordonné que M. Gäfgen soit menacé de torture s'il ne révélait pas le lieu où il était soupçonné d'avoir caché un enfant enlevé par lui. Cette menace et son exécution constituent des atteintes au droit de la dignité humaine, lequel bénéficie d'une protection constitutionnelle absolue en Allemagne (art. 1 al. 1 de la Loi fondamentale). Mais le haut responsable et le subordonné ayant exécuté l'ordre ne furent condamnés qu'à de faibles amendes, prononcées de surcroît avec sursis.

tout état de cause, il n'est pas en droit allemand une sanction générale de l'acte irrégulier comme l'est la nullité en droit français.

Le constat est donc à la fois simple et renversant: lorsqu'ils discutent la question de la sanction de la preuve pénale irrégulière, les juristes allemands et français n'abordent pas le même problème. En France, on traite le problème de la validité de l'acte irrégulier, en formulant l'interrogation suivante: cet acte reste-t-il valable malgré l'irrégularité ou est-il nul? En Allemagne, on ignore le problème de la validité de l'acte, pour traiter directement celui de l'exploitation de la preuve irrégulière: une preuve qui présente une irrégularité peut-elle être exploitée par le juge?

B. Avantages respectifs des positions allemande et française

1. Avantage de la position allemande

Il a été mentionné plus haut que le droit allemand ne limite pas les causes d'irrégularité de la preuve à la manière dont celle-ci a été prélevée. En d'autres termes, elle ne restreint pas l'irrégularité de la preuve à celle de l'acte. Il existe en Allemagne des interdictions *autonomes* d'exploiter la preuve (*selbstständige Beweisverwertungsverbote*), qui sanctionnent des irrégularités non liées au recueil de la preuve. Elles ont notamment pour fonction de protéger l'intimité de la vie privée,¹⁴ sous une forme totalement inconnue en France.

L'exemple le plus courant est celui du journal intime (*Tagebuch*). Il peut arriver qu'un journal intime soit, comme tout autre document, saisi au cours d'une perquisition parfaitement régulière, ou remis à la police par un tiers. Il entre donc tout à fait légalement dans le dossier de procédure. Mais les inscriptions d'un individu dans son journal intime expriment généralement des données strictement personnelles, relevant de la sphère intime (*Intimsphäre*) qui, parce qu'elles touchent au noyau dur de la vie privée (*Kernbereich des Privatlebens*), bénéficient de la protection constitutionnelle la plus aboutie.¹⁵ C'est pourquoi la jurisprudence allemande interdit l'exploitation de preuves contenues dans le journal intime, à plusieurs conditions toutefois.¹⁶ En France, per-

14 Elles permettent également de rendre inexploitable les preuves récoltées par saisie incidente au cours d'une mesure d'enquête dissimulée (écoutes téléphoniques, sonorisation ou captation d'images), sauf exceptions. Voir K. Volk, *Grundkurs StPO*, précité, § 28, n° 5.

15 Droit général de la personnalité (*Allgemeines Persönlichkeitsrecht*), art. 1 al. 1 en lien avec l'art. 2 al. 1 de la Loi fondamentale.

16 Ces conditions ont été principalement posées dans les arrêts du BGH du 21 février 1964, 4 StR 519/63 et du 9 juillet 1987, 4 StR 223/87. Il est d'abord nécessaire que les inscriptions concernent la sphère privée de l'individu (celui qui consigne sa déclaration d'impôts dans un livret intitulé «journal intime» pourra voir le livret requalifié de journal d'affaires, K. Volk,

sonne ne songe à exclure le journal intime des preuves que l'accusation est admise à produire en justice.¹⁷ Cette divergence d'approches juridiques repose certainement sur une différence culturelle: d'une part, en réponse aux totalitarismes¹⁸ que l'Allemagne a vécus, la protection de la vie privée est, de façon générale, plus poussée dans ce pays qu'en France; d'autre part, le journal intime revêt outre-Rhin une importance qu'on ne lui confère pas dans l'hexagone.

Un arrêt de la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) du 22 décembre 2011¹⁹ étend la protection de l'écrit intime à celle de l'oral intime: le soliloque (*Selbstgespräch*). Un certain K était suspecté d'avoir assassiné sa femme avec l'aide de deux complices, sa sœur et son beau-frère. Pour rechercher la preuve de ce crime, une surveillance du véhicule de K a été mise en place en application du § 100 f de la StPO. On a donc dissimulé un microphone dans sa voiture. Les enregistrements recueillis concernaient non pas des conversations de K avec d'autres passagers du véhicule, mais des propos que celui-ci avait tenus en se parlant à lui-même, à haute voix. K avait notamment dit, lors de discours qui n'étaient pas toujours cohérents: «*oho I kill her*»; «*langweilig, der das Gehirn rausprügeln*» (c'est ennuyeux²⁰ de lui éclater²¹ la cervelle); «*wir haben sie getötet*» (nous l'avons tuée). Ses avocats contestèrent qu'un monologue privé soit exploité par la justice en tant que preuve. Ils firent valoir que le soliloque est «une conversation avec soi-même», qui relève du noyau dur de la vie privée. Ils furent entendus par la Cour fédérale de justice, qui retint une interdiction autonome d'exploiter la preuve.²² Une telle solution est inimaginable en France.

2. Avantage de la position française

L'avantage principal est spécifique à l'enquête judiciaire, menée par un juge d'instruction, dont il faut préciser qu'elle ne concerne que les affaires les plus graves: les crimes et les délits complexes.²³ Dans l'enquête judiciaire, le contrôle de la régularité des actes d'enquête est porté devant une juridiction qui n'est pas

Grundkurs StPO, précité, § 28, n° 39) et que l'individu n'ait pas voulu les porter à la connaissance d'un tiers. Il faut de surcroît que la gravité de l'infraction ne soit pas telle que l'intérêt de l'Etat à ce qu'elle soit réprimée dépasse l'intérêt personnel à la protection du domaine secret.

17 En ce sens également G. Kerckhoff, *Beweisverbote im französischen Strafprozess*, Inaugural-Dissertation, Universität Trier, 1992, p. 216.

18 Nazisme pour l'ensemble du pays et communisme à l'Est.

19 BGH Urteil, 2 StR 509/10, NSTZ 2012, 277.

20 Le terme ennuyeux est pris au sens de «pas drôle» et non pas de «gênant».

21 Avec une faute de grammaire en allemand.

22 Pour plus de détails sur l'arrêt en langue française, voir J. Lelieur, C. Saas et T. Weigend, «Chronique de droit pénal constitutionnel allemand», *Revue de science criminelle* 2012, p. 677 – 680.

23 On considère que moins de 5 % des affaires pénales sont soumises à l'information judiciaire.

la juridiction de jugement, et qui statue avant que la phase de jugement soit ouverte. C'est la chambre de l'instruction de la cour d'appel qui est compétente pour traiter le «contentieux des nullités», sous le contrôle de la Cour de cassation. Quand la chambre de l'instruction annule un acte d'enquête, le procès-verbal de cet acte est extrait du dossier de procédure.²⁴ Cela signifie que la juridiction de jugement n'en prend pas connaissance. Ses membres ne voient pas la preuve litigieuse et peuvent statuer en toute impartialité par rapport à cette preuve.²⁵

C'est un avantage dont on a peu parlé en France dans le cadre des débats relatifs à la suppression de l'enquête judiciaire. Pourtant, une telle garantie n'existe pas lorsque l'enquête est menée par la police, sous la direction du procureur de la République. Dans ce cas, le contrôle de la régularité de l'enquête revient en effet à la juridiction de jugement, qui statue *in limine litis* sur la recevabilité des preuves. Le principe est le même en Allemagne, où la question de l'exploitation des preuves irrégulières est soumise à la juridiction qui connaîtra du fond de l'affaire. Quand bien même cette juridiction déciderait qu'une preuve n'est pas exploitable, ses membres en auront pris connaissance. On peut se demander s'ils pourront vraiment en faire abstraction dans leur jugement.

II. Les conditions du prononcé de la sanction

Même irrégulière, une preuve est le support d'une affirmation. Et bien que le support soit vicié, l'affirmation peut être vraie. Or le procès pénal cherche précisément à cerner la vérité. En tant que source potentielle de vérité, la preuve irrégulière confronte les juristes à un dilemme très sensible. L'espoir d'approcher, si ce n'est d'atteindre, le but du procès pénal peut-il justifier que la justice ferme les yeux sur la violation des règles de procédure? Ni le droit français, ni le droit allemand ne répondent de façon clairement négative à la tentation de justifier la fin par les moyens.

Toutefois, les cheminements sont différents. En France, comme la sanction de l'acte irrégulier porteur d'une preuve est radicale, puisqu'un acte nul ne produit pas d'effets juridiques, ce sont les conditions du prononcé de la nullité²⁶ qui viennent restreindre les possibilités de sanctionner la preuve irrégulière. Elles compensent en quelque sorte la force que la sanction détient par sa nature (A). En Allemagne, la sanction est timorée et le reste jusqu'au bout: les conditions posées

24 Art. 174 al. 3 CPP.

25 Le texte de loi précise: «Il est interdit de tirer des actes et des pièces ou parties d'actes ou de pièces annulés aucun renseignement contre les parties, à peine de poursuites disciplinaires pour les avocats et les magistrats».

26 Entre juristes français, on parlerait probablement du régime de la sanction (et du régime de la nullité), mais le sens de ce terme paraît souvent mystérieux aux juristes étrangers.

par la jurisprudence pour qu'un *Beweisverwertungsverbot* soit retenu entretiennent un flou peu habituel pour le droit allemand, et cachent mal un positionnement qui s'avère en réalité très restrictif (B).

A. Les conditions du prononcé de la nullité

Les juristes français aiment les distinctions. Selon la tradition, celles-ci doivent séparer deux éléments l'un de l'autre. Mais elles n'expriment pas forcément leur raison d'être. En d'autres termes, elles ne nomment pas toujours le critère qu'elles entendent examiner. Si l'on dit, par exemple: I. Jeunesse; II. Vieillesse, on utilise le critère de l'âge, sans l'extérioriser. Ramené à titre d'illustration à l'art culinaire, en particulier celui du fromage, ce critère ne saute pas aux yeux, surtout à l'égard des consommateurs allemands. Pourtant, c'est lui qui est discriminant et qui peut, dans le contexte d'une comparaison, servir de point de repère. En Allemagne, les fromages vieux, dégageant un goût puissant, n'ont pas toujours grand succès, tandis que les fromages jeunes sont la plupart du temps très appréciés.

En droit français, deux principales distinctions permettent de forger le régime de la nullité. La première sépare les nullités textuelles des nullités substantielles. Mais les unes comme les autres ont pour fonction de soustraire à la sanction les irrégularités de faible importance, qui touchent des normes procédurales n'ayant pas pour fonction de protéger des intérêts substantiels tels les droits des personnes suspectées et poursuivies. Elles dissimulent ainsi le critère de l'intérêt protégé par la norme méconnue (1). Selon une seconde distinction, certaines nullités sont d'ordre public tandis que d'autres sont d'ordre privé. Les premières sanctionnent la violation d'une règle destinée à prévenir les atteintes à l'intérêt général (l'ordre public procédural) tandis que les secondes ont pour objectif d'éviter les atteintes à des intérêts particuliers. Cette distinction révèle donc le critère de l'intérêt atteint par le fait de l'irrégularité (2). La question de l'articulation entre les deux distinctions est peut-être la source de la plus grande originalité présentée par le droit français en ce domaine: elles sont appliquées cumulativement par la jurisprudence (3).

1. Le critère de l'intérêt protégé par la norme méconnue

Comme leur nom l'indique, les nullités textuelles résultent d'un «texte», terme qu'il faut entendre comme synonyme de «loi». Le code de procédure pénale prévoit expressément²⁷ que la méconnaissance de telle ou telle prescription légale entraîne la nullité des actes pris en contrariété avec ladite prescription. Le lé-

²⁷ Dans sa partie légale.

gislateur choisit bien évidemment de sanctionner par la nullité les règles procédurales dont il estime que le respect *doit* être assuré, celles qui sont les plus importantes à ses yeux.²⁸ À côté des nullités textuelles, le législateur admet dans les articles 171 et 802 du code de procédure pénale que l'inobservation des «formalités substantielles» puisse entraîner la nullité, à des conditions sur lesquelles nous reviendrons.²⁹ Les formalités substantielles ne sont pas clairement définies,³⁰ mais on comprend qu'elles tendent à protéger des intérêts revêtant une certaine importance, touchant à la «substance» du procès pénal, notamment les droits de la défense, tandis que les autres formalités n'ont pas cette fonction³¹. Constitue par exemple une formalité substantielle la nécessité pour des enquêteurs agissant en enquête préliminaire d'obtenir l'autorisation du maître des lieux pour procéder à une perquisition.³² Si cette autorisation fait défaut, la perquisition encourt la nullité,³³ laquelle est dite substantielle. En revanche, le procès-verbal de constatation d'une infraction peut ne pas être signé par le policier ayant personnellement constaté les faits, mais par un collègue opérant dans la même affaire, sans être exposé à la censure. La formalité de signature par la personne ayant directement constaté les faits n'est pas considérée comme substantielle par la jurisprudence,³⁴ de sorte que la nullité n'est pas encourue.

Si les juristes français se caractérisent par leur amour des distinctions en deux parties, les juristes allemands renvoient magistralement l'écho par leur admiration des théories. En lisant les développements précédents, un juriste allemand aura sans doute pensé à la *Schutzzwecktheorie* (théorie du but protecteur de la norme).³⁵ Cette théorie invite à étudier le but de la norme posant l'interdiction probatoire: si le but de l'interdiction de prélever la preuve (le *Beweiserhebungsverbot*) est précisément d'empêcher l'utilisation de la preuve,³⁶ soit parce que celle-ci manquerait en fiabilité,³⁷ soit parce que la personne protégée par la norme bénéficie d'un droit à ce que des informations qu'elle détient ne soient pas connues des institutions étatiques,³⁸ alors sa violation entraîne un *Beweisver-*

28 Par exemple, les horaires de perquisition – pas avant 6 heures, pas après 21 heures – sont prescrites à peine de nullité, art. 59 al. 2 CPP.

29 Voir *infra*, II. A. 2.

30 Ni par la loi, ni par la jurisprudence.

31 J. Buisson et S. Guinchard, *Procédure pénale*, Litec, 6^{ème} éd., 2010, n° 2188.

32 Art. 76 CPP.

33 Cass. crim. 30 mai 1980, pourvoi n° 80-90075, *Bull. crim.* n° 165; Cass. crim. 24 juin 1987, pourvoi n° 87-82333, *Bull. crim.* n° 267.

34 Cass. crim. 5 nov. 1996, *Bull. crim.* n° 392, pourvoi n° 96-80151.

35 Cette théorie revêt diverses variantes. Pour une présentation synthétique, voir H.-H. Kühne, *op. cit.*, n° 908 et 908.1. ou G. Kerckhoff, *op. cit.*, p. 316–320.

36 U. Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, Nomos, 2^{ème} éd., 2010, § 23, n° 14.

37 G. Kerckhoff, *op. cit.*, p. 317 (*Schutz der Wahrheitsfindung*).

38 Cet aspect a été essentiellement développé par K. Amelung (Lehre der Informationsbeherr-

wertungsverbot. On peut probablement affirmer que la *Schutzzwecktheorie* se situe au même niveau de raisonnement que la distinction entre les nullités textuelles et substantielles d'une part, et l'absence de nullité, d'autre part. Mais elles ne signifient pas exactement la même chose : car les juristes français ne se demandent pas si la norme protectrice avait pour but d'empêcher l'utilisation de la preuve ; ils se demandent simplement si elle avait pour but de protéger un intérêt substantiel des parties au procès – en laissant d'importantes zones d'ombres sur le sens de la substantialité. Essentiellement doctrinale, la *Schutzzwecktheorie* est tombée en désuétude en Allemagne, notamment parce qu'elle n'est opératoire que lorsque la violation d'une norme est en jeu. A l'évidence, elle est vaine à l'égard des interdictions autonomes d'exploiter la preuve, qui ne résultent pas de l'inobservation d'une formalité légale relative au recueil de la preuve.

2. Le critère de l'intérêt atteint par l'irrégularité

Tandis que les nullités d'ordre public sanctionnent la violation de règles visant l'intérêt général,³⁹ les nullités d'ordre privé ont pour objectif de protéger les intérêts privés des parties. De cette distinction découlent plusieurs conséquences relatives au régime juridique de la nullité. La nullité d'ordre public peut être invoquée par toutes les parties au procès et même relevée d'office par le juge ; la partie qui l'invoque n'a pas à prouver qu'une atteinte à ses intérêts a eu lieu, l'existence d'une atteinte étant présumée ; enfin, la partie protégée par la nullité n'est pas autorisée à y renoncer. On parle encore de nullité absolue. Par contraste, la nullité d'ordre privé, encore appelée « nullité à grief », ne peut être invoquée que par la partie protégée par la norme violée, laquelle doit prouver qu'elle a subi une atteinte à ses intérêts (le grief)⁴⁰ si elle veut obtenir l'annulation de l'acte, et est admise à renoncer à la nullité dans le cas contraire. Cette nullité est également dite relative. Pour une personne poursuivie qui souhaite obtenir la sanction d'une irrégularité en justice, l'effet le plus décisif de la distinction entre les deux types

schung), *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990.

39 Il s'agit des règles essentielles, relatives à la structure du procès pénal (l'organisation, la composition et la compétence des juridictions, la forme et les délais des voies de recours) ainsi que, selon la jurisprudence, règles ayant pour objet de protéger les droits de la défense. Par exemple, la règle qui impose que l'avocat de la défense ait la parole en dernier est, selon la jurisprudence, une règle d'ordre public (Cass. crim. 16 janvier 1996, *Bull. crim.* n° 23, pourvoi n° 95-80404).

40 Par exemple, la règle selon laquelle le maître des lieux présent ou représenté lors d'une perquisition doit signer le procès-verbal de perquisition (art. 57, dernier alinéa CPP), est considérée par la jurisprudence comme une nullité d'ordre privé, Cass. crim. 17 septembre 1996, *Bull. crim.* n° 316, pourvoi n° 96-82105.

de nullités est la question probatoire. Si la nullité est d'ordre public, il sera facile d'obtenir l'annulation de la preuve irrégulière. Si elle est d'ordre privé, le succès de la requête est beaucoup moins évident. En d'autres termes, plus la jurisprudence reconnaît de nullités d'ordre public, plus le régime de la sanction se rapproche du rejet de l'idée selon laquelle la fin peut justifier les moyens.

Il semble possible de voir, dans la distinction entre nullités d'ordre public et d'ordre privé, une forme d'application de la *Rechtskreistheorie* (théorie de la sphère juridique), développée par la Cour de justice fédérale dans un arrêt de 1958.⁴¹ Un accusé s'était plaint du fait qu'un de ses proches n'avait pas été avisé de son droit à ne pas témoigner contre lui. La Cour a rejeté l'argumentation tendant à déclarer inexploitable le témoignage du proche, après avoir posé pour principe qu'une preuve ne peut être exclue du procès qu'à condition de toucher fortement la sphère juridique *du demandeur*. Or, l'irrégularité avait été commise à l'égard d'un tiers. Cette théorie a été vivement critiquée pour le peu d'attention qu'elle porte aux règles générales du procès pénal et à l'application desquelles tout justiciable devrait pouvoir prétendre⁴² – on pourrait dire, d'un point de vue comparatiste: parce qu'elle omet de pourvoir un équivalent fonctionnel aux nullités françaises d'ordre public. Elle n'est plus employée aujourd'hui.

Le rapprochement de cette théorie avec le régime français des nullités peut être établi à partir d'un prolongement jurisprudentiel autrefois donné en France à l'exigence de grief en cas de nullité relative. La Cour de cassation exigeait pendant un temps, pour que la nullité puisse être prononcée, que le demandeur ait été le destinataire direct de la mesure d'enquête visée par la norme protectrice. Prenons l'exemple d'une écoute téléphonique mise en place sur la ligne d'un individu A., dans le cadre d'une enquête diligentée contre lui. L'écoute est irrégulière, mais les intérêts auxquels elle porte atteinte ne sont pas ceux de A.; c'est B. qui, lors d'une conversation téléphonique avec A., révèle avoir commis une infraction, pour laquelle il est poursuivi par ailleurs. L'exploitation de la preuve recueillie par saisine incidente étant valable en droit français, la preuve irrégulière saisie est mise à charge contre B., dans le cadre de l'enquête le concernant. Or, la Cour de cassation estimait que B. n'était pas recevable à demander la nullité des écoutes téléphoniques, pour la raison que celles-ci n'étaient pas dirigées contre lui.⁴³ Cette jurisprudence ayant valu à la France d'être sanctionnée par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de l'article 8 de la Convention

41 BGH, 21.01.1958 – GStt 4/57; BGHSt vol. 11, p. 213.

42 Voir notamment W. Beulke, *Strafprozessrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 11^{ème} éd., 2010, n° 459; K. Amelung, *op. cit.*, p. 89; C. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, München, C.H. Beck, 25^{ème} éd., 1998, G. Kerckhoff, *op. cit.*, p. 304 – 306.

43 Cass. crim. 27 mai 1981, *Bull. crim.* n° 175, pourvoi n° 80-92907; Cass. crim. 14 décembre 1999, *Bull. crim.* 304, pourvoi n° 99-82369; Cass. crim. 18 avril 2000, *Bull. crim.* n° 150; pourvoi n° 99-86890.

(à l'égard de B.),⁴⁴ elle a évolué. Aujourd'hui, la Cour de cassation semble séparer la condition d'existence d'une atteinte aux intérêts du demandeur (qui subsiste) de celle d'une atteinte dont le support était la mesure d'enquête visée contre le demandeur (qui disparaît).⁴⁵ Or, cette seconde condition était très proche de l'exigence d'atteinte de la sphère juridique du demandeur développée par la Cour fédérale allemande. L'évolution jurisprudentielle française montre que le critère de l'intérêt atteint par l'irrégularité peut être opératoire si ledit intérêt n'est pas perçu comme la stricte sphère juridique du demandeur mais comme ses intérêts protégés dans le cadre du procès pénal (droits de la défense, vie privée, etc.).

3. L'articulation des critères

En Allemagne, l'application des deux théories mentionnées a toujours été envisagée de manière alternative: soit l'une, soit l'autre. En France, une évolution plus sinueuse s'est produite, mêlant interventions législatives et résistances jurisprudentielles.⁴⁶ Il en résulte que les deux distinctions ne se recouvrent pas l'une l'autre comme on l'a pensé un temps: les nullités textuelles ne sont pas toutes d'ordre public, tandis que les nullités substantielles sans texte peuvent l'être. En d'autres termes, la jurisprudence exige que les deux critères exposés ci-dessous soient remplis. Ainsi, avant d'espérer obtenir l'annulation d'un acte irrégulier porteur d'une preuve qui lui est défavorable, une personne poursuivie doit s'assurer: que la norme méconnue a pour fonction de protéger un intérêt substantiel – reconnu comme tel par la loi⁴⁷ ou la jurisprudence – *et* que l'atteinte réalisée porte sur un intérêt reconnu comme étant d'ordre public, faute de quoi il lui faudra porter la charge de la preuve du grief. Dans le domaine de la protection des droits de la défense, l'intérêt substantiel est souvent intégré à l'ordre public, si bien que les deux exigences se chevauchent. On ne peut pas en dire autant de la protection de la vie privée.

B. Les conditions du prononcé du *Beweisverwertungsverbot*

En Allemagne, certaines irrégularités probatoires entraînent systématiquement l'interdiction d'exploiter la preuve: la personne poursuivie ne peut y renoncer.

44 Arrêt CEDH *Lambert contre France*, 24 août 1998, requête n° 23618/94. Voir également l'arrêt *Matheron contre France*, 29 mars 2005, requête n° 57752/00.

45 Cass. crim. 6 septembre 2006, *Bull. crim.* n° 208, pourvoi n° 06-84869; Cass. crim. 16 février 2011, *Bull. crim.* n° 29, pourvoi n° 10-82865.

46 Pour une présentation synthétique de cette évolution, voir J. Buisson et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 2188 et s.

47 Cas de la nullité textuelle.

Sont ainsi consacrées les interdictions absolues d'exploiter la preuve (*absolute Beweisverwertungsverbote*), dont il n'existe qu'un seul exemple légal. Il concerne les preuves obtenues par les méthodes interdites d'interrogatoire⁴⁸ du § 136a de la StPO: l'interrogatoire réalisé à la suite de mauvais traitements, notamment la torture, par le biais de tromperies ou encore sous hypnose⁴⁹. Le tribunal constitutionnel fédéral reconnaît d'autres interdictions absolues d'exploiter la preuve, découlant directement de la violation d'un droit fondamental, à condition que le noyau dur (absolu) de la vie privée soit concerné.⁵⁰

En dehors de ces situations, dont on se réjouit qu'elles n'apparaissent que de manière extrêmement rare, la jurisprudence s'en remet à la *Abwägungstheorie*, qu'on peut appeler en français «théorie de la mise en balance des intérêts». En des termes simplifiés,⁵¹ il s'agit pour le juge d'apprécier *au cas par cas* lequel des deux intérêts suivants prime par rapport à l'autre: d'un côté, l'intérêt de la société à ce que les faits soient élucidés et à ce que la justice pénale soit efficace, qui est évalué à l'aune de la gravité de l'infraction commise et de l'intensité du reproche que l'on peut formuler à la personne poursuivie; et, de l'autre côté, l'intérêt du citoyen à ce que ses droits individuels soient préservés, pour lequel entre en considération la gravité de l'atteinte portée⁵². Lorsque l'atteinte résulte de la méconnaissance d'une norme procédurale, le poids de ladite norme est également pris en compte, ce qui confère à la théorie doctrinale du but protecteur de la norme (*Schutz-zwecktheorie*) une forme d'application.⁵³

La théorie de la mise en balance des intérêts ainsi que sa mise en œuvre jurisprudentielle donnent lieu à de très sérieuses critiques.⁵⁴ On lui reproche de demander au juge de procéder à une appréciation qui est en réalité déjà effectuée par la loi: s'il existe des interdictions légales d'exploiter la preuve, c'est bien parce

48 Sur ces méthodes, voir S. Gless, «Verbotene Vernehmungsverbote und Beweisverbote – ein Problem der Akteure, der Situation oder der Zielbestimmung?», in *Vers un nouveau procès pénal, Neue Wege des Strafprozesses*, dir. J. Leblois-Happe, Société de législation comparée, 2008, p. 95 et s.

49 L'interdiction absolue d'exploiter la preuve est prévue par la deuxième phrase de l'alinéa 3 du § 136a.

50 Décision du 9 novembre 2010, 2 BvR 2101/09, rendue dans l'affaire des données fiscales venant du Liechtenstein, n° 45: «Ein absolutes Beweisverwertungsverbot unmittelbar aus den Grundrechten hat das Bundesverfassungsgericht nur in den Fällen anerkannt, in denen der absolute Kernbereich privater Lebensgestaltung berührt ist». Voir également la décision du 20 mai 2011, 2 BvR 2072/10, n° 14. Pour une analyse en français, voir J. Lelieur, C. Saas et T. Weigend, «Chronique de droit pénal constitutionnel allemand», *Revue de science criminelle* 2011, p. 699.

51 Pour des explications plus précises, voir la contribution de Stefanie Bock, dans cet ouvrage.

52 U. Kindhäuser, *op. cit.*, § 23, n° 16.

53 K. Volk, *op. cit.*, § 28, n° 11.

54 Elles sont résumées par K. Rogall (qui leur répond ensuite), in «„Abwägungen“ im Recht der Beweisverbote», in *Festschrift für E.-W. Hanack*, Berlin, Walter de Gruyter, 1999, p. 293 – 309.

que le législateur a estimé que certaines irrégularités devaient être sanctionnées. Pourquoi alors renouveler l'analyse en fonction des données du cas concret d'application?⁵⁵ On s'insurge également contre l'imprévisibilité de ses résultats, la mise en balance effectuée étant nécessairement empreinte d'une certaine subjectivité.⁵⁶ On peut encore se demander s'il est légitime de traiter différemment les auteurs d'infractions graves des auteurs d'infractions moins graves: la protection accordée par la procédure pénale est-elle «à deux vitesses»? Ne serait-ce pas plutôt lorsque la peine encourue est forte qu'il faut prendre davantage de précautions? A supposer que les interdictions d'exploiter la preuve aient notamment pour fonction d'éviter les erreurs judiciaires, n'est-il pas indiqué de viser au premier chef les erreurs judiciaires qui entraînent l'infliction indue de lourdes peines? Enfin, des auteurs étudiant la jurisprudence du Tribunal suisse – très proche celle de la Cour fédérale allemande – en la matière mettent le doigt sur une erreur méthodologique.⁵⁷ Une disposition légale prévoyant une interdiction d'exploiter la preuve pour sanctionner la violation de telle norme procédurale est une *règle* au sens où l'entend Dworkin⁵⁸: soit les conditions pour qu'elle s'applique sont remplies, et la règle s'applique; soit elles ne le sont pas, et la règle n'est pas mise en œuvre. C'est le système du tout ou rien, qui s'oppose radicalement à l'idée d'une appréciation des intérêts en présence. Une telle méthode trouve à s'appliquer lorsque plusieurs *principes* entrent en conflit et qu'il faut déterminer lequel d'entre eux doit prédominer sur les autres. Mais le «principe» de l'exploitation des preuves irrégulières n'existe tout simplement pas ...

L'opinion majoritaire allemande reste en faveur du recours à la théorie de la mise en balance des intérêts pour trancher les cas concrets. Mais cette position semble être maintenue «faute de mieux» plutôt qu'en vertu d'une réelle adhésion à la jurisprudence actuelle. On entend parfois, lors de conversations entre juristes, que la mise en balance des intérêts est un mal dont on ne peut pas se passer ... Cette comparaison structurelle aura au moins montré que le droit français s'en passe fort bien!

55 Voir notamment G. Kerckhoff, *op. cit.*, p. 307; K. Amelung, *op. cit.*, p. 53 et suivantes; W. Beulke, *op. cit.*, n° 458; U. Kindhäuser, *op. cit.*, § 23, n° 17.

56 U. Kindhäuser, *op. cit.*, § 23, n° 17; G. Kerckhoff, *op. cit.*, p. 307.

57 H. Vest & A. Höhener, «Beweisverwertungsverbote – quo vadis Bundesgericht?», *Zeitschrift für Strafrecht* 2009, p. 95 et s., spéc. p. 104. Ces auteurs citent R. Kiener, «Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 2005 und 2006: Verfahrensgarantien», *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, vol. 142, 2006, p. 813 et s. Voir également K. Rogall, article cité, p. 298 et s.

58 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, p. 24 et s.

**IV. Die Bedeutung des Hauptverhandlungsprotokolls
und seine Reform /**
Le rôle du procès-verbal des débats

Die Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls – ein mißlungener Import aus Frankreich?

La valeur probante du procès-verbal des débats – l'échec d'une importation française ?

Le procès-verbal des débats de l'audience de jugement joue en procédure pénale allemande un rôle aussi important que controversé. Le code de procédure pénale (§ 271) prévoit qu'un procès-verbal est dressé à l'issue de toute audience de jugement, quelle que soit la juridiction compétente; établi par le greffier, il est signé par celui-ci et par le président. En plus des mentions relatives à la date et au lieu de l'audience et aux personnes présentes, le procès-verbal rend compte de l'essentiel des débats et de l'accomplissement des formalités substantielles (information de l'accusé sur le droit de se taire, déclarations faites par celui-ci sur le fond, exclusion de la publicité, fait qu'il ait eu la parole en dernier ...) (§§ 272, 273). Le procès-verbal relate également quelles preuves ont été présentées lors des débats. Toutefois, il n'est pas pris note, sauf exception, de l'intégralité des dépositions des témoins et des déclarations de l'accusé.

Le caractère incomplet des mentions du procès-verbal des débats contraste avec le rôle joué par celui-ci en matière de cassation («Revision»). La Cour fédérale de justice interdisant la reconstitution a posteriori de l'audience, les manquements en matière d'administration de la preuve ne pourront être relevés que s'ils résultent du procès-verbal ou s'ils ne sont pas incompatibles avec ses mentions. Celles-ci étant incomplètes, les garanties découlant de la voie de recours le sont également.

Le procès-verbal fait en outre preuve du respect des formalités procédurales jusqu'à inscription de faux. La preuve de la fausseté de ses énonciations est contrainte et en pratique impossible. La solution, issue du droit français, est contestable. La jurisprudence a d'ailleurs développé plusieurs «stratégies de détournement» («Umgehungsstrategien»). Le droit allemand serait bien inspiré de supprimer cette règle de preuve, comme l'a fait le droit autrichien.

I. Einleitung

Es scheint kaum eine trockenere und uninteressantere Materie zu geben als die Regelungen über die Aufnahme von gerichtlichen Protokollen. Im deutschen Strafprozeßrecht jedoch hat der Bundesgerichtshof mit der Änderung seiner Rechtsprechung zur Protokollberichtigung vor wenigen Jahren große Aufregung ausgelöst¹ und generell spielt das Hauptverhandlungsprotokoll bei der Überprüfung eines Urteils auf Rechtsfehler in der Revisionsinstanz auch in der Praxis eine ebenso wichtige wie zweifelhafte Rolle.

II. Art und Gegenstand des Protokolls

§ 271 StPO ordnet an, daß in allen Strafverfahren, gleichgültig vor welchem Gericht, ein Protokoll von der Hauptverhandlung aufzunehmen ist. Gefertigt wird es von einem Urkundsbeamten, unterzeichnet wird es von diesem Beamten und dem Richter, der die Hauptverhandlung als Vorsitzender leitet.

Was in das Protokoll aufzunehmen ist, bestimmen die §§ 272, 273 StPO. Neben den Daten des äußeren Ablaufs, der anwesenden Personen etc., sind „Gang und Ergebnisse“ der Hauptverhandlung „im wesentlichen“ wiederzugeben sowie die Beachtung der „wesentlichen Förmlichkeiten“ ersichtlich zu machen. Es handelt sich also *nicht* um eine vollständige Dokumentation der Verhandlung etwa in Gestalt einer stenographischen Mitschrift, sondern um ein Resümee der wichtigsten Bestandteile. Zu den Förmlichkeiten, die „wesentlich“ und damit protokollpflichtig sind, gehören zum Beispiel Belehrungen des Angeklagten über sein Recht zu schweigen, etwaige Äußerungen des Angeklagten zur Sache, vorgeschriebene rechtliche Hinweise (§ 265 StPO), Ausschluß und Wiederzulassung der Öffentlichkeit, sowie die Aufforderung zu den Schlußvorträgen und die Gewährung des letzten Wortes.

Diese Beschränkung des Protokolls gilt auch für die Beweisaufnahme: Zwar ist zu protokollieren, *welche* Beweise das Gericht erhoben hat, etwa ob der Angeklagte sich geäußert hat, welche Zeugen gehört wurden, welche Objekte in Augenschein genommen und welche Urkunden verlesen worden sind, jedoch muß die Aussage von Zeugen oder die Einlassung des Angeklagten nicht wörtlich protokolliert werden. Vor den Strafkammern des Landgerichts ist nicht einmal eine Zusammenfassung der Aussagen nötig, lediglich vor den Spruchkörpern des Amtsgerichts – Strafrichter und Schöffengericht – sind die „wesentlichen Ergebnisse der Vernehmungen“, also Zusammenfassungen, in das Protokoll aufzunehmen (§ 273 Abs. 2). Wahlweise können Tonaufzeichnungen

¹ BGHSt 51, 298.

einzelner Vernehmungen erstellt werden. Zwar ist die wörtliche Protokollierung einer Aussage nicht vorgeschrieben, doch ist sie erlaubt, denn das Gericht kann sie anordnen (§ 273 Abs. 3), wenn es auf den Wortlaut einer Aussage oder Äußerung ankommt.

Aus einem deutschen Hauptverhandlungsprotokoll ist also viel weniger über den genauen Ablauf, insbesondere über die Beweisaufnahme, zu erfahren als aus der im Common Law-Raum üblichen stenographischen Mitschrift oder den Videoaufzeichnungen, wie sie an den internationalen Strafgerichtshöfen anzutreffen sind.

III. Auswirkungen auf die Überprüfung durch das Revisionsgericht

Man könnte deshalb meinen, einem solchen Protokoll, das nicht selten nur aus lieblos ausgefüllten Formularblättern besteht, könne aufgrund seiner begrenzten Aussagekraft keine große rechtliche Bedeutung zukommen – doch ist das Gegenteil der Fall, denn die rechtliche Ausgestaltung des Protokolls ist im deutschen Strafprozeßrecht eng verflochten mit den Möglichkeiten, ein Urteil mit dem Rechtsmittel der Revision anzugreifen. Dies betrifft zum einen den Inhalt des Protokolls, mithin die Frage, wofür es im Rechtsmittelverfahren als Beweismittel taugt (1.), und zum anderen die besondere Qualität dieses Beweismittels, nämlich seine einzigartige Beweiskraft (2.), die den Schwerpunkt des Beitrags bilden wird.

1. Inhaltsarmut des Protokolls und Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung

Nur kurz angesprochen sei daher, daß die Inhaltsarmut des Protokolls auch die Überprüfung von Urteilen in der Revisionsinstanz beschränkt. Im deutschen Strafprozeßrecht ist die Revision – insoweit vergleichbar der Kassation – auf die Überprüfung eines Urteils auf Rechtsfehler beschränkt. Allerdings hat der Bundesgerichtshof es seit langem verstanden, auch die Beweismittelwürdigung des Tatgerichts einer beschränkten Kontrolle zu unterwerfen dergestalt, daß Verstöße gegen die Logik oder gegen wissenschaftliche Erfahrungssätze sowie Lücken in der Beweismittelwürdigung als Rechtsfehler gelten, die zur Aufhebung eines Urteils führen können.² Zugleich hat der Bundesgerichtshof diese Kontroll-

² Nachweise der umfangreichen Rspr. bei KMR/Stuckenberg, 68. Ergänzungslieferung 2013, § 261 Rn. 33 ff., 182 ff.; LR/Sander, 26. Aufl. 2012, § 261 Rn. 44 ff.

möglichkeit durch das Dogma des „Verbots der Rekonstruktion der Hauptverhandlung“ eingeschränkt: Fehler der Beweismittelwürdigung werden nur insoweit überprüft, als sie mit den Mitteln des Revisionsrechts feststellbar, d. h. vor allem aus den Urteilsgründen oder dem Protokoll ersichtlich sind.³ Deshalb kann ein Urteil nicht mit der Rüge angegriffen werden, ein Zeuge habe etwas ganz anderes ausgesagt als das Gericht in seinen Urteilsgründen angibt, weil das Protokoll den Inhalt der Aussage gar nicht enthält und andere Beweiserhebungen darüber nach Ansicht des BGH unzulässig sind.⁴ Die Lücken des Protokolls führen also zu – in ihrer Berechtigung sehr zweifelhaften – Lücken des Rechtsschutzes gegen irrierte Urteile.

Der Beitrag von Müller in diesem Band beschäftigt sich näher mit dieser Frage, weshalb es im folgenden nur um die Bedeutung der Beweiskraft des Protokolls gehen soll.

2. Beweiskraft des Protokolls

Die Vorschrift des § 274 StPO sagt lapidar:

„Die Beobachtung der für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten kann nur durch das Protokoll bewiesen werden. Gegen den diese Förmlichkeiten betreffenden Inhalt des Protokolls ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig.“

Im Zivilprozeßrecht steht dieselbe Vorschrift in § 165 ZPO und gilt über Verweisungsnormen⁵ auch für das Verfahren vor den Arbeits-, Sozial-, Finanz- und Verwaltungsgerichten. § 274 enthält mehrere Normen, die zusammen die Beweiskraft des Protokolls ergeben:

- Satz 1 formuliert eine *Beweismittelregel*, die das Sitzungsprotokoll unter Ausschluß aller übrigen zum einzigen Beweismittel für die vorgeschriebenen Förmlichkeiten des Verfahrens bestimmt.
- Unausgesprochen enthält das Zusammenspiel beider Sätze eine *Vermutung der Echtheit des Protokolls*,
- aus der die *Vermutung seiner Wahrheit* folgt, aus der sich wiederum die „positive Beweiskraft“ ergibt,
- sowie eine *Vermutung der Vollständigkeit*, die die „negative Beweiskraft“ begründet.

3 BGHSt 17, 351, 352 f.; 21, 149, 151; 28, 384; 29, 18, 21; 31, 139, 140; 41, 376, 381; KMR/Stuckenberg, § 261 Rn. 165, 176.

4 BGHSt 21, 149, 151; 26, 56, 62; 43, 212, 213 f.; KMR/Stuckenberg, § 261 Rn. 175 m. w. Nachw.; krit. Graf/Eschelbach, 2. Aufl. 2012, § 261 Rn. 60.4 ff.

5 § 46 ArbGG, § 105 VwGO, § 122 SGG, § 94 FGO.

Legt der verurteilte Angeklagte gegen das Urteil Rechtsmittel ein und behauptet, das Gericht habe gegen Verfahrensrecht verstoßen, worauf das Urteil beruhe, so kann normalerweise so ein Verfahrensfehler im „Freibeweis“, d. h. mit Beweismitteln aller Art, nachgewiesen werden und das Revisionsgericht entscheidet nach seiner freien Überzeugung, ob es den Fehler für erwiesen hält oder nicht. § 274 normiert eine Ausnahme davon, indem er für protokollpflichtige Umstände den Freibeweis und die freie Beweiswürdigung ausschließt und stattdessen die formelle Wahrheit des Protokolls verbindlich macht. Der einzige Spielraum, der dem Richter insoweit bleibt, ist die Auslegung⁶ des Protokolltextes.

Dies sei an einem Beispiel illustriert: Der Angeklagte hat das Recht auf das sog. „letzte Wort“, also das Recht, sich als letzter zu äußern (§ 258 Abs. 3 StPO). Bevor das Gericht sich zur Beratung zurückzieht, muß der Vorsitzende den Angeklagten ausdrücklich befragen, ob er sich äußern wolle. Unterbleibt dies, führt dieser Fehler regelmäßig zur Aufhebung des Urteils, weil nicht auszuschließen ist, daß der Angeklagte noch etwas zu seiner Verteidigung vorgetragen hätte.⁷ Wenn der Verurteilte das Urteil angreift mit der Behauptung, er habe das letzte Wort nicht erhalten, so muß zuerst gefragt werden, ob es sich dabei um eine „wesentliche Förmlichkeit“ handelt, die protokolliert werden muß – was hier der Fall ist. Folglich kann nur mit dem Protokoll bewiesen werden, ob das letzte Wort erteilt wurde. Ist das letzte Wort tatsächlich erteilt, jedoch versehentlich nicht protokolliert worden, so wird das Urteil vom Revisionsgericht gleichwohl aufgehoben werden. Steht umgekehrt im Protokoll, daß das letzte Wort erteilt worden sei, obwohl dies tatsächlich nicht der Fall war, so wird das Rechtsmittel scheitern. *Positive Beweiskraft* heißt also: was im Protokoll als geschehen vermerkt ist, gilt als geschehen. *Negative Beweiskraft* bedeutet, was im Protokoll nicht vermerkt ist, gilt als nicht geschehen. Es kommt also nicht darauf an, was in Wahrheit geschehen ist, sondern darauf, was im Protokoll steht. Eine Widerlegung des Protokolls sieht das Gesetz nicht vor, nur den Nachweis seiner Fälschung, der praktisch unmöglich ist. *De facto* wird die Richtigkeit des Protokolls also unwiderleglich vermutet.

§ 274 StPO stellt somit eine beweisrechtliche Anomalie dar, eine der im deutschen Strafprozeßrecht sehr seltenen Ausnahmen vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung, und es drängt sich die Frage nach ihrer Begründung und Berechtigung auf. Dies um so mehr, weil der Gegenbeweis der Fälschung eine weitere Anomalie darstellt, die in der deutschen Rechtsordnung sonst nirgends zu finden ist.⁸ Selbst bei öffentlichen Urkunden, die nach §§ 415 ff. ZPO mit

6 *Beling*, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, 1928, S. 324 f.; *Schumann*, JZ 2007, 927, 930.

7 Nachweise bei LR/*Stuckenberg*, 26. Aufl. 2012, § 258 Rn. 68 f.

8 Der durch das Zivilprozessreformgesetz vom 27.7.2001 (BGBl. 2001 I, 1887) eingefügte § 139

voller Beweiskraft ausgestattet sind, ist der Gegenbeweis der *Unrichtigkeit* zulässig (§§ 415 Abs. 2, 418 Abs. 2 ZPO). Versteht man zudem „Fälschung“ wie heute üblich eng im Sinne der vorsätzlichen⁹ Straftat, so verwundert nicht, daß bis heute keine veröffentlichten Fälle bekannt sind, in denen der Fälschungsbeweis gelungen ist.¹⁰ Welchen Sinn aber kann es haben, einen praktisch nicht führbaren Gegenbeweis zuzulassen?

Zu fragen ist weiter, ob das Sitzungsprotokoll eine erhöhte Beweismittelqualität aufweist, die seine normative Verabsolutierung trägt, zum anderen, welche beweisexternen Ziele damit womöglich verfolgt werden. Schließlich müssen die Antworten zueinander ins Verhältnis gesetzt werden: Wenn das Protokoll in der Regel ein gutes Beweismittel ist, ist seine normative Verstärkung dann nicht unnötig? Ist es umgekehrt ein wenig zuverlässiges Beweismittel, womit ist dann sein kontrafaktischer Oktroi zu rechtfertigen? In der Tat wurde schon im 19. Jahrhundert oft über fehlerhafte Protokolle geklagt und Fehler sind heute noch häufig. Die Verabsolutierung fehlerhafter Protokolle erzeugt aber neue Probleme und kann sowohl zugunsten als auch zu Lasten eines Verfahrens beteiligten gehen, wenn das Protokoll zum einen Verfahrensfehler verzeichnet, die nicht tatsächlich stattgefunden haben, und zum anderen vorgefallene Fehler nicht belegt. Es müßten also gewichtige Gründe sein, die die erwartbare Quote fehlerhafter Protokolle und den Ausschluß an sich begründeter Rechtsmittel sowie die Aufhebung an sich fehlerfreier Urteile tolerabel erscheinen lassen.

3. Gründe für die Beweiskraft des Protokolls

Wie sind nun die Regelungen der Beweiskraft des Sitzungsprotokolls bis zum Beweis seiner Fälschung zu erklären?

Die vor 1879 geltenden partikularen Strafprozeßrechte unterschieden sich in dieser Frage stark: Einige enthielten gar keine vergleichbaren Regeln, manche erlaubten den Beweis der Einhaltung der Förmlichkeiten wahlweise durch das

Abs. 4 ZPO ordnet in ähnlicher Weise an, daß die Erteilung gerichtlicher Hinweise nur durch die Akten bewiesen werden kann, gegen deren Inhalt nur der Nachweis der Fälschung zulässig ist (Satz 3). Zweck ist die Vermeidung von Beweiserhebungen über die Hinweiserteilung, BR-Drs. 536/00, S. 200. Auch ohne ausdrückliche Bezugnahme seitens des Gesetzgebers liegt das Vorbild der §§ 165 ZPO, 274 StPO nahe. § 28 Abs. 3 FamFG kommt ohne diese Beweisregel aus.

9 RGSt 5, 44, 45; 7, 388, 389; BGH NJW-RR 1994, 386, 387; BAG NJW 2008, 1021; OLG Koblenz NJW-RR 2010, 1536, 1537; LR/*Gollwitzer*, 25. Aufl. 2001, § 274 Rn. 28; Baumbach/*Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 70. Aufl. 2012, § 165 Rn. 11; Stein/*Jonas/Roth*, ZPO, 22. Aufl. 2005, Band 3, § 165 Rn. 14.

10 Vgl. *Schäfer*, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof, 2000, S. 707, 711.

Protokoll *oder* eidliches Zeugnis der Richter oder zuerst durch das Protokoll und danach durch jede Art von Beweis, viele Partikularrechte ließen gegen das Protokoll keinerlei Gegenbeweis zu.¹¹ Die Gesetzgebungsmaterialien zu § 274 StPO halten die letztgenannte Lösung aus zwei Gründen für die beste:¹² Zum einen nahm man an, daß in der Hauptverhandlung geschehene Formverletzungen, die dort nicht umgehend gerügt wurden, im nachhinein durch kein Beweismittel, nicht einmal durch amtseidliche Erklärung der Gerichtsmitglieder, mehr zuverlässig festgestellt werden könnten,¹³ zum anderen sollte dem Angeklagten die Möglichkeit genommen werden, „die Rechtsbeständigkeit des [...] Verfahrens durch leere Ausflüchte für geraume Zeit in Frage zu stellen“¹⁴. Zweck des § 274 ist also die Vermeidung von Beweisschwierigkeiten und mißbräuchlichen Verfahrensrügen.

Es bleibt noch die Frage, warum ausgerechnet der Gegenbeweis der Fälschung für notwendig erachtet wurde: Die Materialien sagen lapidar, dass diese Ausnahme von der Unumstößlichkeit des Protokolls zugestanden werden müsse, weil die Beweiskraft von der Echtheit abhängt.¹⁵ Dies versteht sich freilich von selbst, so daß gar keine echte Ausnahme, sondern nur eine deklaratorische Regelung vorliegt, denn ein gefälschtes Protokoll ist überhaupt kein Protokoll, sondern nur ein Dokument, das ihm äußerlich ähnelt.

Das Reichsgericht hat in seiner berühmten Plenarentscheidung zur Rügeverkümmern von 1909 gemeint, § 274 StPO folge dem Vorbild der französischen Gesetzgebung.¹⁶ Allerdings findet sich im Code d'instruction criminelle (CIC) von 1808, der in den linksrheinischen Gebieten bis zum Inkrafttreten der RStPO 1879 galt, keine Vorschrift über die Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls. Das Gesetz sah lediglich vor, daß über die Hauptverhandlung vor den Schwurgerichten (*cour d'assises*) ein Protokoll (*procès-verbal*) über die Einhaltung der Förmlichkeiten aufzunehmen ist (Art. 372 CIC¹⁷). In der Tat kommt dem Protokoll der Schwurgerichtsverhandlung „force probante jusqu'à

11 Dazu Ott, Die Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls im Strafverfahren und das Verbot der Rügeverkümmern, Diss. Göttingen 1970, S. 17 ff. m. w. Nachw.

12 Dazu näher Stuckenberg, FS Rüßmann, 2013, S. 639, 645 ff. m. w. Nachw.

13 Hahn, Die gesammten Materialien zur Strafprozeßordnung, 2. Aufl. 1885, S. 257 f.

14 Hahn (Fn. 13), S. 257.

15 Hahn (Fn. 13), S. 258 mit Verweis auf § 144 des CPO-Entwurfs, der allerdings auch keine aufschlußreiche Begründung gibt, sondern lapidar konstatiert, die Vorschriften seien „in sich verständlich, und durch den Zweck, welchen die Protokollirung verfolgt, geboten“, Hahn, Die gesammten Materialien zur Civilprozeßordnung, 1880, S. 218 f.; dazu Stuckenberg (Fn. 12), S. 643 f.

16 RGSt 43, 1, 4.

17 Art. 372 al. 1 CIC: Le greffier dressera un procès-verbal de la séance, à l'effet de constater que les formalités prescrites ont été observées.

l'inscription de faux“ zu,¹⁸ d. h. positive und negative Beweiskraft bis zum Beweis der Fälschung in einem besonderen Verfahren, jedoch nicht aufgrund einer besonderen Regel des Prozeßrechts, sondern als normales Attribut einer öffentlichen Urkunde (*acte authentique*).¹⁹

Diese französische Regelung war dem Reichsjustizgesetzgeber des 19. Jahrhunderts wohlbekannt, denn er hat sie bei der Ausgestaltung der Beweiskraft öffentlicher Urkunden im Zivilprozeß ausdrücklich verworfen, weil der Begriff des *faux* zu unbestimmt sei.²⁰ Deshalb wäre es merkwürdig, wenn man ihr nur für die Beweiswirkung des Hauptverhandlungsprotokolls gefolgt wäre.

Es würde sich zudem um eine stark modifizierende Rezeption handeln, denn im französischen Recht waren Protokollpflicht nebst Beweiswirkung beschränkt auf das Schwurgerichtsverfahren, während beide im deutschen Recht auf Strafverfahren aller Eingangsinstanzen und sogar auf den gesamten Zivilprozeß ausgedehnt wurden. Hingegen wäre das Wesentliche des französischen Modells gerade nicht übernommen worden, das nicht in der Zulassung des Fälschungsbeweises überhaupt besteht, sondern darin, daß dieser in einem besonderen, früher recht schwerfälligen Verfahren, der *inscription de faux*, erfolgen muß – während im deutschen Recht für den Fälschungsnachweis Freibeweis gilt.

IV. Fazit

Insgesamt stellt sich § 274 StPO als rätselhafte Regelung dar. Nun mögen rätselhafte Vorschriften ihren Charme haben, doch in diesem Fall ist die Vorschrift weniger charmant als mißlungen und folglich von der Praxis in mehr oder weniger gesetzeskonformer Weise zurechtgebogen worden. Die Erfahrungen der letzten 130 Jahre belegen ein erhebliches praktisches Bedürfnis, fehlerhaften Protokollen nicht die vom Gesetzgeber vorgesehene Wirkung beizumessen, denn es haben sich gleich mehrere Umgehungsstrategien herausgebildet:

- Erstens kann das Vorliegen der Voraussetzung der Beweiskraft, nämlich einer „wesentlichen Förmlichkeit“ (§ 273 Abs. 1 StPO), verneint werden.

18 Cass.crim. 3 oct. 1822; 18 janv. 1828 (jew. zit. nach *Carnot, infra*); 13 avr. 1837, *Bull. crim.* n° 109; 14 avr. 1911, *Bull. crim.* n° 197; 20 févr. 1931, *Bull. crim.* n° 51; 5 mai 1955, *Bull. crim.* n° 228; 13 oct. 1955, *Bull. crim.* n° 398; 19 mars 1957, *Bull. crim.* n° 261; *Carnot, De l'instruction criminelle*, 2. Aufl. 1836, tome 2, art. 372 obs. add. 3, S. 776; *Hélie, Traité de l'instruction criminelle*, tome 9, 1860, S. 301 f., 317 ff.; *R. und P. Garraud, Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome 4, 1926, n° 1438; *Angevin in: JurisClasseur Procédure pénale*, Fasc. 20, 2002, n° 43, 144 ff.

19 Näher dazu der Beitrag von *Moreau* in diesem Band sowie *Stuckenberg* (Fn. 12), S. 646 ff.

20 Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Zivilprozeßordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes, 1868, S. 766.

- Ist das nicht möglich, kann zweitens die Beweiskraft nach der Rechtsprechung entfallen, wenn die fraglichen Passagen des Protokolls *widersprüchlich oder offenkundig lückenhaft* sind.²¹
- Drittens hat die Rechtsprechung die *Berichtigung*, d.h. die nachträgliche inhaltliche Richtigstellung oder Ergänzung des bereits abgeschlossenen Sitzungsprotokolls, sowohl von Amts wegen als auch auf Antrag zugelassen und auch dem berichtigten Protokoll die Beweiskraft des § 274 StPO zuerkannt,²² wobei nur die strafrechtliche Judikatur bis zur Entscheidung des Großen Senats im Jahr 2007²³ eine Ausnahme für den Fall machte, dass die Berichtigung einer bereits erhobenen Revisionsrüge die Tatsachengrundlage entzöge (sog. „Verbot der Rügeverkümmern“).

Funktional kommt die Möglichkeit der Berichtigung der Zulassung des Gegenbeweises der Unrichtigkeit gleich; der Unterschied liegt vor allem darin, daß die Urkundspersonen selbst die Korrektur vornehmen können. Mit dem Regelungskonzept des § 274 StPO ist dies freilich unvereinbar,²⁴ so daß es sich um eine Rechtsfortbildung *contra legem* handelt.

Daß sich die Beweisregel des § 274 bisher bewährt habe, läßt sich daher kaum sagen. Prämisse und Ziel der Norm erscheinen heute nicht mehr haltbar. Die Annahme des historischen Gesetzgebers, die nachträgliche Beweisführung über Einzelheiten der Hauptverhandlung sei immer unmöglich, weil die beteiligten Gerichtspersonen außerstande seien, „nachträglich ein bestimmtes Zeugniß abzugeben“,²⁵ ist sowohl durch die über hundertjährige Praxis der Berichtigung, die die sichere Erinnerung beider Urkundspersonen voraussetzt, als auch durch die freibeweislichen Erhebungen²⁶ bei Widersprüchen oder Lücken des Protokolls längst widerlegt. Der Normzweck, Beweiserhebungen über Verfahrensvorgänge der Vorinstanz auszuschließen, die sich der Gesetzgeber zu Unrecht nur als mißbräuchlich vorstellen konnte, wurde also nicht nur verfehlt, sondern

21 Umfangreiche Nachw. bei Meyer-Göfner, StPO, 56. Aufl. 2013, § 274 Rn. 17 f.; Schäfer (Fn. 10), S. 710 ff.

22 Vgl. nur Meyer-Göfner (Fn. 21), § 271 Rn. 23 ff.; LR/Stuckenberg (Fn. 7), § 271 Rn. 43 ff.

23 BGHSt 51, 298; vgl. nur SK-StPO/Frister, 4. Aufl. 2012, § 271 Rn. 34 ff., 48 ff. und LR/Stuckenberg (Fn. 7), § 271 Rn. 58 ff., 63 ff. m. w. Nachw.

24 So schon die frühe Rspr. in Strafsachen: PrObTrib Oppenhoff Rspr. 1 (1861) 570, 571; RGSt 2, 76 f.; 8, 141, 143 f.; 17, 346, 348 f.; sowie SK-StPO/Frister (Fn. 23), § 271 Rn. 48 f.; LR/Stuckenberg (Fn. 7), § 274 Rn. 63; Jauernig, Das fehlerhafte Zivilurteil, 1958, S. 77 ff., 82; Ott (Fn. 11), S. 162 ff.; Schünemann, StV 2010, 538, 540 f.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 51 Rn. 11; ähnl. Schumann, JZ 2007, 927, 931 ff.; Wagner, GA 2008, 442, 443 ff.

25 Hahn (Fn. 13), 258.

26 Vgl. auch Gollwitzer, FS Gössel, 2002, S. 543, 559, der die nachträgliche Aufklärung von Verfahrensvorgängen im Wege des Freibeweises für „meist ohne größere Schwierigkeiten möglich“ hält.

entbehrt angesichts der Fehleranfälligkeit des Protokolls aus rechtsstaatlicher Sicht auch der Berechtigung.

Deshalb sollte der deutsche Gesetzgeber das tun, was der österreichische Gesetzgeber schon vor längerer Zeit getan hat,²⁷ nämlich die Beweisregel streichen.

²⁷ Vgl. § 285 f österreichische StPO, dazu *Hollaender*, JR 2007, 6, 11. Auch die Schweiz kennt keine solche Beweisregel.

Die Bedeutung des Hauptverhandlungsprotokolls und seine Reform

Sens et réforme du procès-verbal des débats

Le propos se concentre sur le procès-verbal des débats à l'audience de jugement, sur le droit positif et sur les discussions nées de son application.

Les dispositions légales sont interprétées restrictivement par la pratique, de sorte que le procès-verbal des débats n'est généralement pas le reflet fidèle de l'audience. L'avocat de la défense se demande parfois, à la lecture du jugement, s'il a assisté aux mêmes débats que le juge!

Une réflexion sur ce point s'impose. Le projet présenté en 2010 par la commission pénale de la chambre fédérale des avocats, proposant un enregistrement audio-visuel des débats («Videoprotokoll»), pourrait en être le point de départ. Il importe en effet que l'audience permette d'approcher le plus possible la vérité et ne soit pas simplement la chambre d'enregistrement des investigations préparatoires.

Vorbemerkungen

Mein Thema grenzt die Geschichte des Protokolls aus, das es schon in Mesopotamien um 4000 v. Chr. gab, es blendet den Blick auch auf die wohl berühmteste Statue des „sitzenden Schreibers“ – ca. 2650 v. Chr. – aus dem alten Ägypten aus – heute im Louvre zu besichtigen –, es verbietet mir etymologische und begriffliche Versuche, das Wort „Protokoll“ zu entschleiern, vor allem bleibe ich den Beweis für die These schuldig, dass die Entwicklung des Protokolls im Strafverfahren sich entlang der Reform des Strafprozesses vollzogen hat – also eine Abfolge von Stufen darstellt, in denen der Gerichtsschreiber eine zentrale Position im Verfahren eingenommen hatte. Als Stichworte nenne ich nur die CCC und das Gebärdenprotokoll – Umstände, die noch heute die merkwürdige Regelung überwölben, dass der Protokollführer wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden kann – obwohl er in der Hauptverhandlung kein Rederecht hat und das Protokoll erst nach Verkündung des Urteils durch Unterschriften des Vorsitzenden und des Protokollführers rechtlich entsteht.

Schließlich fixiert mich mein Thema auf das Hauptverhandlungsprotokoll, so

dass ich so gut wie kein Wort verliere über Niederschriften im Ermittlungsverfahren – ganz gleich, ob von Polizei oder Staatsanwaltschaft aufgenommen.

Ich schiebe auch beiseite die gesetzliche Entwicklung des Hauptverhandlungsprotokolls nach 1950 und beziehe mich auf das geltende Recht – und das alles unter dem Aspekt der *Praxis*.

Schließlich befasse ich mich nicht mit der elektronischen Kommunikation, die bisher nicht nennenswert vorangekommen ist – nach allseitiger Meinung.

Meine Ausführungen sind – der Kürze der Zeit wegen – telegrammstilartig, im Interesse der Diskussion stimulierend und die reformerische Perspektive zugleich vorprägend.

Auch das Formalienprotokoll will ich aussparen, es hat fast nur revisionsrechtliche Bedeutung – wenn auch nur eine ganz mäßige.

Fakten und Thesen

In Strafkammersachen erledigt der Protokollführer während stundenlanger Vernehmungen von Zeugen mannigfaltige anderweitige innerjustizielle Themen, die mit der konkreten Strafsache nichts zu tun haben. Seiner Aufgabe, die Hauptverhandlung aufmerksam zu verfolgen – z. B. unter dem Blickwinkel der Protokollierung von Anträgen gem. § 273 Abs. 3 StPO – wird er nicht gerecht – ein Missbrauch, der bekannt ist, geduldet und da und dort sogar angeordnet wird.

Missbrauch intra muros!

Die Praxis der Strafkammern im Hinblick auf § 273 Abs. 3 StPO ist äußerst restriktiv, in der Praxis werden nur sprachliche Scurrilitäten in das Protokoll durch Gerichtsbeschluss aufgenommen.

Die revisionsrechtliche Bedeutung ist daher ohne praktische Relevanz.

Die Aufgabe im amtsgerichtlichen Verfahren, die Aussagen der Zeugen festzuhalten, erfüllt der Protokollführer im Regelfall nur unzureichend. Auch wenn ihm vor der Unterzeichnung der Sitzungsniederschrift der Richter „nachhilft“ nach Maßgabe der eigenen Notizen, der Text als Baustein des Urteils verkümmert.

Zur Praxis gehört auch, dass der Vorsitzende der Strafkammer – gerade in Umfangsverfahren – gehalten ist, Zeugenaussagen handschriftlich – kurz- oder langschriftlich, mit und ohne Abkürzungen – festzuhalten. Es soll vorkommen, dass im Nachhinein Kritzeleien dieser Art nicht mehr zuverlässig rekonstruiert werden können.

Jedem Strafverteidiger ist die Szene präsent, dass der Vorsitzende – auch der Berichterstatter – die Aussage des Zeugen mit Blick auf das Papier festhält, die äußeren Umstände der Aussage zwar wahrnimmt, aber später nicht mehr in Erinnerung hat und deshalb nicht mehr in der Lage ist, die Aussage umfassend zu würdigen.

Diese Überforderung kann höchst fatale nachteilige Folgen haben.

Zu den bedrückenden Erfahrungen des Strafverteidigers gehören die Erlebnisse, dass er in der Darstellung im Urteil den Inhalt der Beweisaufnahme nicht wiedererkennt. Nur beispielhaft:

- Mal ist es die Einlassung des Angeklagten, die verzerrt und einseitig wiedergegeben wird.
- Mal sind es Entlastungszeugen, deren Angaben als widersprüchlich und damit unglaublich erscheinen sollen, während den Aussagen der Belastungszeugen Konstanz und innere Stimmigkeit attestiert werden.
- Mal sind es Urkunden, die in den Urteilsgründen nur selektiv wieder gegeben werden.

Diese Divergenzen werden wohl regelmäßig nicht das Produkt bewusster Einseitigkeit sein, sondern haben zu tun mit der gegenwärtigen Verfahrensstruktur, die eine unverzerrte Annäherung an die materielle Wahrheit mehr als erschwert. Zum einen hängt dies damit zusammen, dass die richterliche Beweiswürdigung auf ein alltagstheoretisches Niveau fixiert ist, zum anderen mit verfahrensstrukturellen Konstanten der Tatsachenfeststellung im heutigen Strafverfahren, von denen ich nur erwähnen will:

- Systematische Überschätzung der durch die Anklage induzierten relativ hohen Täterwahrscheinlichkeit,
- Festhalten an einmal getroffenen Vor-Entscheidungen, insbesondere in Form des Eröffnungsbeschlusses und
- die Überbewertung von Tatsachen, die das einmal gebildete Vor-Urteil bestätigen.

Die einschlägigen Stichworte sind bekannt:

- Urteilsperseveranz
- Theorie der kognitiven Dissonanz
- Inertia-Effekt

Auf der Suche nach Faktoren, die für diese Ergebnisse als ursächlich gelten müssen, sind zunächst die drei zeitlichen Phasen zu unterscheiden, nämlich Ermittlungs-, Zwischen- und Hauptverfahren. Noch immer gilt die These von *Heinemann* aus dem Jahre 1906:

„In Wahrheit zieht der Geist des Vorverfahrens durch tausend Kanäle in die Hauptverhandlung ein und gefährdet deren Unmittelbarkeit auf das Äußerste“.

Zu beklagen ist auch, dass die fundamentalen Normen der StPO mit Blick auf die Zeugenvernehmungen wie z. B. § 69 StPO nicht respektiert werden.

Die Trennung von Bericht und Verhör ist nicht Gerichtsalltag. Nach wie vor steht die Frageform im Vordergrund.

In umfangreichen Strafkammersachen werden in der Beratung nicht so sehr die nur mündlich vorgetragenen Ausführungen der Verfahrensbeteiligten – also Inbegriff der Hauptverhandlung –, sondern mehr die handschriftlichen Notizen der Richter herangezogen, interpretiert, gewürdigt und letztlich als Basis der Entscheidung genommen – ein Thema, das die Wahrung des rechtlichen Gehörs in Frage stellt.

Was fehlt ist Transparenz, Offenheit, die Chance der Einwirkung auch zum Schluss der Hauptverhandlung auf dem Weg zum Urteil hin.

Die handschriftlichen Notizen sind zwar de facto Basis der Entscheidung, auf sie hat weder Verteidigung noch Staatsanwaltschaft Einfluss, weil sie nicht zu den Akten genommen und auch den Beteiligten nicht zur Kenntnis gebracht werden.

Folgerungen

Diese praktischen Erwägungen zwingen zu einer stärkeren Kommunikation und Transparenz, so dass heute das Wortprotokoll ein Gebot der Stunde ist. Die Einwände, die gegen dieses Institut erhoben werden, sind fadenscheinig.

Weder die Kostenfrage noch die technischen Missbrauchsmöglichkeiten sind Argumente, die durchschlagend sind. Der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer hat im Jahre 2010 einen Gesetzentwurf vorgelegt, in dem es um die „Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik“ geht.¹

Der Entwurf schlägt eine umfassende Regelung neben der audio-visuellen Aufzeichnung von Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen im Ermittlungsverfahren, ein Videoprotokoll für die Verhandlung vor dem Land- bzw. Oberlandesgericht vor. Diese Ausführungen beeindrucken durch detaillierte Vorschläge zur Einführung neuer bzw. Änderung und Ergänzung bestehender Vorschriften.

Die Ermittlung des wahren Sachverhalts wird als zentrales Anliegen der gesamten Strafrechtspflege angesehen. Die forensische Erfahrung lehrt, dass so-

1 BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010; vgl. auch *Nack/Park/Brauneisen*, NStZ 2011, 310 ff. und *Werner Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, 2012, S. 115 ff.

wohl der Ablauf als auch der Inhalt von Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen insbesondere in der Hauptverhandlung häufig und in aufwendiger Weise thematisiert würden. Es dürfe „als allgemeinkundig gelten, dass die Wiedergabe einer Aussage durch den Vernehmenden ... missglücken“ kann. Der Entwurf sieht ein „dringendes Bedürfnis nach einer Dokumentation von entscheidungserheblichen Vernehmungen, die für alle Verfahrensbeteiligten eine möglichst hohe Richtigkeitsgewähr bietet“. Dieses Bedürfnis sollte durch den Einsatz moderner Aufzeichnungstechnologien ausgeräumt werden. Die damit erreichte Verbesserung der Dokumentation, vor allem ihrer Authentizität, steigert unmittelbar und nachhaltig die Qualität der Wahrheitsfindung im Strafverfahren.

Die neuere Technik führt uns auch den Zeugen auf Skype vor. Die nahe Zukunft wird zeigen, ob sich diese Verteidigung mit Videotechnik durchsetzen wird.²

Das geltende Recht negiert, dass die Hauptverhandlung ein Forum sein muss, das auf Augenhöhe agiert. Damit meine ich nicht den runden Tisch. Mich betrübt, dass nur selten zum Dialog zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung eingeladen wird – schon deshalb, weil es an offener Kommunikation fehlt. Ihr wird eine Ohrfeige erteilt, wenn Beschlüsse den Gesetzeswortlaut wiederholen, der in concreto letztlich ohne Informationswert ist.

Zu diesem Thema gehört auch die ganz geringe Zahl erfolgreicher Anträge auf Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit, die hohe Zahl der Ablehnung von Beweisanträgen, die Praxis der Belehrung nach § 55 StPO, das Thema „Konnektivität“ im Beweisantragsrecht – um nur markante Beispiele zu nennen.

Die Hauptverhandlung muss, so hat *Stefan König* treffend formuliert:

„das Nadelöhr bleiben, durch das der Verdacht sich zwängen muss, wenn er zum Urteil werden will. Sie darf nicht zum Scheunentor werden, durch das stolz das Vorurteil schreitet, um sich sodann als Urteil zu kostümieren.“³

2 Vgl. *Gerst*, StraFo 2013, 103 ff.

3 *König*, AnwBl. 2010, 382, 386.

Le rôle du procès-verbal des débats

Die Rolle des Protokolls der Hauptverhandlung

Das französische Recht trifft verschiedene Regelungen über die Sitzungsniederschrift für das Verfahren vor den für Übertretungen und Vergehen zuständigen tribunaux de police und tribunaux correctionnels einerseits und den für Verbrechen zuständigen Schwurgerichten andererseits.

Im Verfahren wegen Übertretungen und Vergehen hat das Sitzungsprotokoll unter dem Namen „notes d’audience“ zwar Beweiskraft bis zum Beweis des Gegenteils, sein Fehlen oder seine Fehlerhaftigkeit stellen aber keinen Nichtigkeitsgrund dar. Zu protokollieren waren ursprünglich nur Identität und wesentliche Aussagen der Zeugen, aber nicht die Antworten des Angeklagten. Die Funktion dieses Protokolls ist vor allem, der Berufungsinstanz das wiederholte Anhören der Zeugen zu ersparen, weshalb nach einer Rechtsmittelreform alle – und nicht nur die wesentlichen – Aussagen der Zeugen festzuhalten sind sowie die Antworten des Angeklagten, die alle auch vom Vorsitzenden diktiert werden können.

Was die Verfahrensförmlichkeiten angeht, so gilt hier das Prinzip, dass es nicht die Aufgabe des Protokolls, sondern des Urteils ist, ihre Einhaltung zu belegen. Die Urteilsurkunde genießt Beweiskraft bis zum Nachweis der Fälschung (inscription de faux) und kann durch abweichende Angaben in den notes d’audiences nicht erschüttert werden. In bestimmten Fällen können die notes d’audience aber ergänzend herangezogen werden, um Lücken des Urteils zu füllen.

Das schwurgerichtliche Protokoll (procès-verbal des débats) dient hingegen allein dem Nachweis der Verfahrensförmlichkeiten und darf weder die Antworten des Angeklagten noch Zeugenaussagen enthalten, um zum einen einer Kritik des Geschworenenspruchs vorzubeugen und zum anderen, falls das Urteil kassiert wird, die neue Jury nicht zu beeinflussen.

Nach Einführung der Berufung in Schwurgerichtssachen im Jahr 2000 hat das erstinstanzliche Protokoll an Bedeutung verloren, die nunmehr auf das Protokoll der Berufungsinstanz übergegangen ist, nämlich dem Kassationshof die Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Verfahrens zu ermöglichen. Daher macht das Fehlen dieses Protokolls das Verfahren nichtig. Das Protokoll wird von Gerichtsschreiber

und Vorsitzendem unterzeichnet, so dass es bis zum Nachweis der Fälschung die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde genießt. Die positive Beweiskraft kann nur in dem sehr speziellen Verfahren der inscription de faux zerstört werden, sofern das Protokoll keine Widersprüche in sich oder mit dem Urteil aufweist. Die negative Beweiskraft besagt, dass im Protokoll nicht erwähnte Förmlichkeiten als nicht beachtet gelten, und kann nicht durch Fälschungsbeweis erschüttert werden. Allerdings führt nur das Fehlen wesentlicher Förmlichkeiten wie der Öffentlichkeit des Verfahrens, des Zeugeneids oder des letzten Wortes des Angeklagten zur Kassation. Da das Urteil dieselbe Beweisqualität aufweist, kann das Protokoll durch Angaben des Urteils insoweit ergänzt werden.

L'audience pénale devant les trois ordres de juridictions répressives créées par l'Assemblée constituante aux débuts de la Révolution, en miroir à la classification tripartite des infractions, obéit à des principes communs.

Il s'agit, tout d'abord, du principe du contradictoire qui trouve sa consécration législative dans l'article préliminaire du code de procédure pénale (CPP) qui dispose que «la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties» ainsi que dans l'article 427 du même code, qui dispose, en matière de jugement des délits, que «le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui».

Principe, ensuite, de la publicité des débats, qui, dès le code d'instruction criminelle, a été considéré comme une formalité substantielle de la procédure d'audience¹ dont le respect doit être mentionné, sous peine de nullité dans le jugement s'agissant des juridictions correctionnelles ou de police, ou dans le procès-verbal des débats s'agissant de la cour d'assises. Ainsi, la Cour de cassation juge que la règle de la publicité des débats et du jugement est d'ordre public,² ce qui lui permet de relever d'office la violation de ce principe. La loi permet néanmoins d'y déroger lorsqu'il apparaît que la publicité est «dangereuse pour l'ordre et les mœurs» comme le prévoient les articles 306 du CPP pour la cour d'assises, 400 du même code pour le tribunal correctionnel, applicable à la cour d'appel.

Principe, enfin, de l'oralité des débats qui exprime l'idée que toute preuve doit être soumise à la connaissance du juge dans sa source originale. La juridiction de jugement ne saurait donc fonder sa conviction sur les seuls procès-verbaux mais doit, au contraire, «voir» et «entendre» l'accusé ou le prévenu, l'expert ou le témoin. Force est de constater que ce principe est loin d'être absolu. En réalité, il s'exprime avec une intensité proportionnelle à la gravité des faits soumis à la

1 Traité de droit criminel, procédure pénale, Tome II, Merle et Vitu, n° 728, édition Cujas 2001.

2 Cass. crim. 12 novembre 1974, *Bull. crim.* n° 325.

juridiction de jugement. Pour ce qui concerne le tribunal de police, le principe d'oralité est réduit au minimum dès lors que les procès-verbaux constituent la preuve ordinaire des contraventions. En effet, et, sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les procès-verbaux ou rapports établis par les agents ayant constaté l'infraction font foi jusqu'à preuve contraire qui ne peut être rapportée que par écrit ou par témoins. Il est donc admis que, devant le tribunal de police, l'audience se limite à la lecture de ces procès-verbaux et rapports.

Pour ce qui est du jugement des délits, la juridiction correctionnelle peut, naturellement, procéder à l'audition des témoins mais là encore, il est admis que le procès-verbal contenant la déposition faite par un témoin au cours de l'enquête ou de l'instruction peut être lu à l'audience sans qu'il ne soit nécessaire que la juridiction de jugement procède à l'audition du témoin. Si toutefois elle y procède, l'article 453 du code de procédure pénale prévoit que «le greffier tient note du déroulement des débats et principalement, sous la direction du président, des déclarations des témoins ainsi que des réponses du prévenu». Ces notes sont communément appelées «notes d'audience». Les dispositions de l'article 453 du code de procédure pénale trouvent également à s'appliquer aux tribunaux de police (art. 536 du CPP) et aux chambres correctionnelles des cours d'appel (art. 512 du CPP).

En vérité, le principe d'oralité des débats ne trouve son expression pleine et entière que devant la cour d'assises. Ce principe se manifeste de plusieurs manières:

- Par celui de la continuité des débats qui consiste en l'obligation faite à la cour d'assises de délibérer immédiatement après la clôture des débats afin que ne s'estompent pas les impressions faites par les paroles échangées à l'audience (art. 307 du CPP),
- par l'interdiction faite au président d'emporter dans la salle des délibérations le dossier de l'affaire de peur que les pièces n'annihilent les effets de l'oralité des débats,
- par l'interdiction faite au greffier de mentionner au procès-verbal des débats le contenu des déclarations de l'accusé et des témoins pour, qu'en cas de cassation de l'arrêt, le compte rendu de ce qui avait été dit devant la première cour d'assises ne pèse pas sur les débats à venir.³

Comme le soulignait Faustin Hélie, «le procès-verbal des débats est la sanction de toutes les formes de la procédure orale et la garantie qu'elles ont été appliquées dans le débat».⁴ L'article 378 du code de procédure pénale n'exprime pas autre

³ Traité de droit criminel, procédure pénale, T. II, Merle et Vitu n° 727, éditions Cujas 2001.

⁴ Pratique criminelle des cours et tribunaux, Faustin Hélie, n° 317, librairies techniques juriscenseurs, 1951.

chose, lui, qui dispose, que «le greffier dresse, à l'effet de constater l'accomplissement des formalités prescrites, un procès-verbal qui est signé par le président et par ledit greffier».

Ces propos introductifs m'ont permis de mettre en exergue deux notions, celle, tout d'abord des notes d'audience tenues devant les juridictions répressives du premier et du second degré en matière correctionnelle et de police, celle, ensuite du procès-verbal des débats tenu par le greffier d'assises. Quel est leur objet? Quelle est leur force probante? Nous nous efforcerons ici d'aborder quelques éléments de réponse.

I. Les notes d'audience

La jurisprudence a admis que leur absence ou leur irrégularité n'opère aucune nullité.⁵ Leurs énonciations font foi jusqu'à preuve contraire mais l'absence de signature du greffier et du président leur fait perdre toute valeur.

A. Les notes d'audience comme témoignage de la faiblesse du principe d'oralité devant les juridictions répressives du second degré

A l'origine, le code d'instruction criminelle ne contenait pas de dispositions spéciales sur la tenue de notes d'audience par le greffier du tribunal correctionnel. Elles faisaient l'objet de l'article 189 du code qui renvoyait aux dispositions applicables aux notes tenues par le greffier du tribunal de police. S'agissant de ces dernières, l'article 155 du code d'instruction criminelle prévoyait que le greffier devait noter l'identité et les principales déclarations des témoins, mais non les réponses du prévenu, particularisme qui s'expliquait déjà par la force probante particulière attachée aux procès-verbaux constatant la commission d'une contravention.

Il était toutefois acquis, dès cette époque, que les notes d'audience avaient pour fonction de fournir, en cas d'appel, un résumé des débats de première instance pour épargner à la juridiction du second degré l'audition des témoins déjà entendus. La loi du 13 juin 1856, qui a déferé le jugement de tous les appels correctionnels aux cours d'appel, a établi une réglementation plus rigoureuse de la tenue des notes d'audience devant le tribunal correctionnel.⁶ Comme le souligne Garraud,

5 Cass. crim. 19 août 1875, *Bull. crim.* n° 269.

6 *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale* par René et Pierre Garraud, T. IV, n° 1546, société anonyme du recueil Sirey, 1926.

«le but de cette réforme a été, en obligeant le greffier à établir un procès-verbal aussi complet et aussi fidèle possible des débats correctionnels, de permettre plus facilement encore d'éviter, en cas d'appel, une nouvelle citation des témoins; point de vue particulièrement utile, étant donné que la réforme nouvelle éloignait les tribunaux d'appel des tribunaux de première instance, et qu'il fallait essayer d'atténuer dès lors les inconvénients que pouvaient présenter, par l'augmentation des distances et des frais, cette nouvelle réglementation de l'appel».⁷

Ainsi, tirant les conséquences de la réforme de l'appel correctionnel qui éloignait le justiciable de la juridiction du second degré, la loi a assigné aux notes d'audience tenues devant les juridictions correctionnelles du premier degré un nouveau contenu distinct de celui des notes tenues devant les juridictions de police:

Elles devaient ainsi faire état, outre des formalités entourant le recueil des dépositions du témoin (serment, constatation de l'identité du témoin), de toutes ses dépositions et non plus seulement de ses «principales» dépositions. En outre, elles devaient faire état des réponses du prévenu, c'est à dire résumer son interrogatoire, et ses autres réponses notamment en cas de confrontation avec un coprévenu ou un témoin. Ainsi, les notes d'audience avaient, pour première utilité, d'éviter un nouveau débat oral devant les juridictions d'appel, l'audition de témoins devant être envisagée dans le cas où ces derniers n'avaient pas déposé devant les premiers juges.⁸

Qu'en est-il aujourd'hui? Le contenu des notes d'audience est identique pour les juridictions correctionnelles et de police puisque, pour ces dernières, l'article 536 du CPP renvoie expressément aux dispositions de l'article 453 du même code. Aux termes de celles-ci, ces notes, rédigées par le greffier sous la direction du président, font état du déroulement des débats et, «principalement», comme le dit la loi, des déclarations des témoins ainsi que des réponses du prévenu. Le code de procédure pénale n'a pas modifié le principe des notes d'audience correctionnelles. Il y a introduit, cependant, deux éléments novateurs:

- Le premier a consacré le rôle déterminant du président de l'audience, qui s'était dégagé de la pratique, quant à la détermination du contenu des notes d'audience puisque l'article 453 l'autorise, désormais, à dicter au greffier le texte des déclarations des témoins et du prévenu. Comme le précise l'instruction générale du code de procédure pénale:

«L'article 453 indique que les notes relatives aux déclarations des témoins ainsi qu'aux réponses du prévenu sont écrites sous la direction du président. C'est la consécration de la jurisprudence qui décidait que le président avait la faculté, lorsque les dires des parties présentaient un intérêt majeur, d'en dicter lui-même le texte au greffier; (...)

7 Ibid.

8 Cass. crim. 20 octobre 1892, DP 1894, 1140.

Hormis ces modifications, les prescriptions mises en évidence par ladite circulaire demeurent en vigueur: les présidents ne manqueront pas de faire spécialement consigner soit de leur propre initiative, soit à la requête des parties en cause ou du ministère public, les auditions, changements ou variations qui pourraient exister entre les déclarations des prévenus et des témoins à l'audience et leurs déclarations soit à l'instruction, soit au cours de l'enquête préliminaire. Cette règle offre le notable avantage d'offrir aux magistrats de la cour d'appel un résumé sûr et précis des débats.»

- Le second élément a instauré l'obligation faite au greffier de tenir note du déroulement des débats afin que soient mentionnés les divers incidents qui jalonnent les débats à l'audience: constitution de partie civile, audition du civilement responsable, conclusions, incidents soulevés par la défense, etc.

Ainsi, s'il apparaît que le code de procédure pénale n'a pas remis en cause la finalité originaires des notes d'audience, à savoir, épargner aux juridictions du second degré l'audition de témoins déjà entendus par les premiers juges, il est légitime de s'interroger sur le point de savoir si les notes d'audience, qui doivent faire état du déroulement des débats, constituent désormais la preuve de ce que les formalités d'audience ont bien été accomplies.

B. Les notes d'audience et la preuve des formalités d'audience

1. Principe: seul le jugement doit constater l'accomplissement des formalités légales

Le droit français repose sur le principe que tout jugement doit contenir les éléments établissant sa régularité et constater l'accomplissement des formalités légales. La Cour de cassation juge, avec constance, que les énonciations des notes d'audience ne peuvent prévaloir contre les énonciations de la minute des jugements qui font foi jusqu'à inscription de faux. Elle affirme notamment que les constatations faites par les juges, dans l'exercice et les limites de leurs attributions, de faits matériels accomplis par eux font foi jusqu'à inscription de faux et les énonciations des notes d'audience ne sauraient faire échec à de telles constatations.⁹

La Cour de cassation, rappelant que le dispositif des jugements et arrêts font foi jusqu'à inscription de faux et que leur autorité ne peut être détruite par de simples notes d'audience, juge que l'objet de celles-ci est seulement d'assurer aux cours d'appel la connaissance des débats oraux.¹⁰ Peuvent-elles, pour autant,

⁹ Cass. crim. 17 juillet 1980, *Bull. crim.* 228; Cass. crim. 28 octobre 1992, *Bull. crim.* 348.

¹⁰ Cass. crim. 23 mai 1967, *Bull. crim.* 160; Cass. crim. 17 juin 2003, *Bull. crim.* 124.

suppléer aux insuffisances des énonciations de la minute voire à leur silence et faire preuve de l'accomplissement de formalités qu'elles constatent?

2. Tempéraments

La réponse à cette question est complexe. Pour tenter d'y répondre simplement, on peut considérer que la jurisprudence ne reconnaît aucune force probante aux notes d'audience lorsque les énonciations du jugement sont taises sur les formalités que celles-là ont consignées, mais qu'il en est autrement lorsqu'il s'agit de suppléer aux lacunes de ces énonciations ou lorsqu'il s'agit, encore, de les fragiliser.

a. *Les notes d'audiences ne peuvent remédier au silence des mentions du jugement*

La chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que les notes d'audience ne peuvent suppléer le silence du jugement. Ainsi, elle a estimé que la preuve de la présentation d'une exception sur laquelle les juges seraient tenus de statuer, ne pouvait résulter des seules notes d'audience qui ne pouvaient prévaloir ni sur les conclusions régulièrement déposées, dans lesquelles ladite exception n'était pas proposée ni sur les mentions de l'arrêt attaqué qui n'en faisaient pas état, et qu'elles ne pouvaient pas davantage suppléer à leur silence à cet égard.¹¹

De même, la chambre criminelle a jugé que le jugement, prononcé en premier ressort, qui ne mentionnait pas le nom des magistrats composant le tribunal correctionnel et qui se bornait à énoncer qu'il avait été rendu par le président en l'absence de deux juges assesseurs dont la présence, aux débats et au délibéré n'était pas mentionnée, ne satisfaisait pas, en lui-même, aux conditions essentielles de son existence légale. Dès lors, la cour d'appel ne pouvait suppléer aux mentions légales et rejeter l'exception de nullité du jugement en constatant que, d'après les notes d'audience tenues lors des débats, le tribunal était composé des magistrats dont s'agit. Il appartenait à la cour d'appel, par application de l'article 520 du CPP, d'annuler le jugement déféré, puis d'évoquer et statuer au fond.¹²

b. *Les notes d'audience peuvent compléter les mentions du jugement*

De manière traditionnelle, la jurisprudence de la Cour de cassation considère que les notes d'audience complètent éventuellement les énonciations de la minute afin d'établir la prestation de serment d'un témoin.¹³ Pour autant, les énoncia-

11 Cass. crim. 10 juin 1992, *Bull. crim.* 225.

12 Cass. crim. 31 janvier 1994, *Bull. crim.* 40.

13 Cass. crim. 16 novembre 1994, *Bull. crim.* 366.

tions des notes d'audience doivent être assez précises et établir que le serment prêté l'a été dans les termes substantiels de l'article 446 du code de procédure pénale, qui prévoient que le témoin, avant de commencer sa déposition, prête le serment de dire toute la vérité.¹⁴ La Cour de cassation juge ainsi que la simple énonciation «serment témoin» dans les notes d'audience est insuffisante pour la mettre en mesure de s'assurer que le serment a été prêté conformément aux prescriptions de l'article 446 du CPP.¹⁵

De même, la mention «témoin, audition de M. X, médecin expert, serment prêté» ne permet pas à la Cour de cassation de s'assurer que ledit médecin, qui avait procédé à une expertise au cours de l'instruction, a prêté le serment prévu pour les experts par l'article 168 du CPP.¹⁶ La jurisprudence semble, par ailleurs, admettre que les énonciations des notes d'audience peuvent compléter les mentions de la minute pour juger du caractère contradictoire de la décision prononcée et partant, de la computation des délais d'appel. Pour mémoire, lorsque le président informe le prévenu ou son représentant, après débats contradictoires, de la date à laquelle le jugement sera rendu, ce jugement revêt lui-même un caractère contradictoire en conséquence de quoi, le délai d'appel court à compter de son prononcé. La chambre criminelle de la Cour de cassation juge, sur cette question, que les notes d'audience ne sauraient combler les lacunes du jugement qui se montre taisant sur l'indication de la date à laquelle il sera rendu après renvoi contradictoire, cette indication devant résulter des termes de la décision elle-même¹⁷.

Mais, dans une espèce où le jugement avait été rendu à une date antérieure à celle qui avait été communiquée au prévenu et à son conseil, la chambre criminelle, constatant que les mentions du jugement ne précisait pas si les intéressés avaient été informés de ce que le jugement serait rendu à une date antérieure, a considéré qu'elle ne pouvait compléter la décision sur ce point par les notes d'audience, celles-ci étant dépourvues de force probante faute d'avoir été signées par le greffier ni visées par le président.

Par une interprétation *a contrario* de cette décision, on peut considérer que la Cour de cassation aurait complété les énonciations de la minute sur l'information donnée par le président si les notes d'audiences n'avaient pas été dépourvues de force probante.¹⁸

14 Cass. crim. 6 mars 1973, *Bull. crim.* 111.

15 Cass. crim. 26 avril 1977, *Bull. crim.* 137.

16 Cass. crim. 9 mai 1973, *Bull. crim.* 214.

17 Cass. crim. 11 juillet 1973, *Bull. crim.* 324.

18 Cass. crim. 9 novembre 1978, *Bull. crim.* 307.

c. Les notes d'audience comme élément fragilisateur des mentions du jugement

La Cour de cassation, pour veiller sur le principe posé par l'article 513 du code de procédure pénale dont il résulte que le prévenu ou son conseil ont toujours la parole en dernier, s'est fondée sur le contenu des notes d'audience pour fragiliser les énonciations d'un arrêt qui mentionnaient, sans autre précision, que les dispositions de cet article avaient été observées. Elle a ainsi jugé qu'encourait la cassation, l'arrêt qui se borne à énoncer que les dispositions de l'article 513 du code de procédure pénale ont été observées, alors que cette mention ne permet pas à elle seule, à la Cour de cassation de s'assurer que le prévenu ou son conseil ont eu la parole les derniers et que les notes d'audience fournissent une énumération chronologique des formalités accomplies d'où il résulte que le ministère public a été entendu en ses réquisitions après le conseil du prévenu.¹⁹

Les notes d'audience devant les juridictions correctionnelles et de police, en dépit du rôle que leur reconnaît la jurisprudence pour compléter, dans des hypothèses fort limitées, les mentions de la minute, n'ont pas pour objet principal de consigner le déroulement des débats et d'établir la preuve de ce que les formalités qui les entourent, ont été accomplies.

Il n'en est rien en ce qui concerne le procès-verbal des débats devant la Cour d'assises, juridiction répressive devant laquelle le principe d'oralité s'exprime avec une force tout à fait particulière.

II. Le procès-verbal des débats

L'article 378 du code de procédure pénale, dans des termes identiques à celui de l'article 371 du code d'instruction criminelle, dispose que le greffier dresse, à l'effet de constater l'accomplissement des formalités prescrites, un procès-verbal qui est signé par le président et par le greffier dans le délai de trois jours au plus tard du prononcé de l'arrêt. Comme le souligne Angevin, le procès-verbal des débats a perdu une partie de son intérêt depuis l'instauration de l'appel en matière criminelle par la loi du 15 juin 2000 dès lors que les décisions rendues en premier ressort échappent, désormais, à tout contrôle de légalité.

Le procès-verbal des débats retrouve, en revanche, toute son importance lorsque la cour d'assises statue en appel puisque sa décision est susceptible de pourvoi et c'est le procès-verbal des débats qui permettra à la Cour de cassation d'exercer son contrôle de légalité de la décision.²⁰ Son absence, qui rend impossible la vérification de l'accomplissement des formalités substantielles, en-

¹⁹ Cass. crim. 7 mai 1979, *Bull. Crim.* 163; Cass. crim. 28 novembre 1978, *Bull. crim.* 334.

²⁰ Jurisclasseur procédure pénale, fascicule 20: Cour d'assises: jugement Arrêt et procès-verbal, Henri Angevin, n° 40.

traîne l'annulation des débats et de l'arrêt.²¹ Différence notable, considérable, par rapport aux notes d'audience, le procès-verbal des débats est un document authentique parce qu'il est signé à la fois par le greffier et le président.

Il est nul si l'une des signatures fait défaut, mais la jurisprudence admet qu'en cas de force majeure rendant la signature de l'acte par le greffier impossible, la signature du président suffit²². Si en revanche, le président est empêché, l'acte est signé par l'assesseur le plus ancien délégué à cet effet par la cour d'appel. De cette qualité d'acte authentique, il s'ensuit deux conséquences.

La première, positive, à savoir que tout ce que le procès-verbal a constaté est admis comme vrai de sorte que la foi qui lui est due ne peut être détruite que par la voie de l'inscription en faux. Aucune contradiction ne peut lui être opposée autrement que par cette voie.²³ La demande en inscription est adressée au premier président de la Cour de cassation qui, s'il autorise le demandeur à s'inscrire en faux, désigne la juridiction qui procèdera à l'instruction et au jugement, suivant une procédure minutieuse, réglée aux articles 647 à 647-4 du code de procédure pénale. L'inobservation des formalités imposées par cette procédure, et notamment de celle de la signification de l'ordonnance du premier président autorisant l'inscription de faux, a pour effet de tenir pour exacte la mention contestée. Les constatations du procès-verbal des débats ne valent jusqu'à inscription de faux qu'à la condition d'être exempt de contradictions. De même, il ne fait foi des faits qu'il constate que dans la mesure où ses énonciations ne sont pas en contradiction avec celles de l'arrêt de condamnation.²⁴

La seconde conséquence, négative, veut que ce que le procès-verbal n'a pas constaté est présumé n'avoir jamais existé. Il n'est pas possible d'apporter la preuve contraire, même en produisant des déclarations reçues en forme authentique.²⁵

A. Force probante positive du procès-verbal des débats

Le procès-verbal des débats constitue l'unique moyen de preuve matérielle de ce que les formalités légales des débats portant sur l'action publique ont été accomplies, depuis la constatation de la composition de la Cour et de la publicité de l'audience jusqu'à celle de l'avertissement donné par le président à l'accusé du délai des voies de recours. Il doit être «le narré clair, fidèle et complet des

21 Cass. crim. 9 janvier 1963, *Bull. crim.* 14.

22 Cass. crim. 28 janvier 1843, *Bull. crim.* 18, en l'espèce le greffier était décédé avant d'avoir signé le procès-verbal.

23 Cass. crim. 9 décembre 1987, *Bull. crim.* 453.

24 Cass. crim. 8 juillet 1985, *Bull. crim.* 258.

25 Cass. crim. 10 janvier 1934, *Bull. crim.* 10.

formalités qui ont été observées»,²⁶ dans l'ordre dans lequel elles ont été accomplies.²⁷ En outre, il doit mentionner «tous les incidents qui se sont élevés au cours des débats, tous les faits d'audience qui touchent aux droits des parties, tous les actes du pouvoir présidentiel et du pouvoir discrétionnaire»²⁸. Il lui appartient ainsi de relater un fait ou incident survenu au cours des débats notamment suite à une demande de donné acte des parties, procédure par laquelle elles peuvent obtenir la constatation authentique d'un fait ou d'une irrégularité survenue à l'audience, constaté à cette occasion et susceptible de porter atteinte aux droits de la défense.²⁹

La procédure devant la cour d'assises étant dominée par le principe de l'oralité, le procès-verbal des débats n'a pas pour objet de décrire le débat lui-même. C'est ce qu'énonce l'article 379 du code de procédure pénale qui dispose qu'«il n'est fait mention au procès-verbal, ni des réponses des accusés, ni du contenu des dépositions». Il s'agit, ici, de la seconde différence notable entre le procès-verbal des débats et les notes d'audience.

«Par cette prohibition, le législateur a voulu que l'instruction orale ne se résumât pas dans une instruction écrite, qui pourrait ultérieurement servir de base à une critique de la déclaration du jury, comme n'étant pas l'expression de la vérité ressortie des débats oraux, ou, si la procédure était annulée et renvoyée devant d'autres jurés, être invoquée comme preuve»³⁰.

Ainsi, s'agissant des réponses de l'accusé, l'article 379, disposition d'ordre public, s'applique à toute déclaration en relation avec sa culpabilité³¹ ou en relation à celle d'un coaccusé³². De même, la prohibition de faire mention du contenu des dépositions des témoins s'attache à toute déposition concernant les faits, objet de l'accusation, et en relation avec la culpabilité de l'accusé.³³

Mais à ce principe de prohibition sévèrement sanctionné par la nullité du procès-verbal, outre celle de l'arrêt de condamnation, la loi a apporté deux tempéraments :

- Les dépositions d'un témoin peuvent être consignées, dans un procès-verbal distinct, joint cependant au procès-verbal des débats, lorsqu'elles présentent des additions, changements ou variations avec de précédentes déclarations,

26 Cass. crim. 6 septembre 1816, *Bull. crim.* 61.

27 Cass. crim. 25 avril 1839, DP 1939, 1, p. 383.

28 Faustin Hélie, op. cité, n° 320.

29 Cass. crim. 26 juillet 1993, *Bull. crim.* 251, D.1993, 205.

30 Cass. crim. 22 mars 1873, *Bull. crim.* 79.

31 Cass. crim. 19 novembre 1964, *Bull. crim.* 308; Cass. crim. 24 mars 1971, *Bull. crim.* 105; Cass. crim. 11 janvier 1977, *Bull. crim.* 12.

32 Cass. crim. 11 décembre 1968, *Bull. crim.* 197.

33 Cass. crim. 8 novembre 1956, *Bull. crim.* 726; Cass. crim. 8 janvier 1969, *Bull. crim.* 18; Cass. crim. 12 octobre 1983; *Bull. crim.* 243; Cass. crim. 7 décembre 1994, *Bull. crim.* 398.

sur l'ordre du président, qui dispose d'un pouvoir souverain à cet égard (art. 333 du code de procédure pénal). Cette disposition vise, pour l'essentiel, à permettre des poursuites pour faux témoignage.

- L'article 379 du code de procédure pénale permet au Président, également et exclusivement, d'office ou sur la demande du ministère public ou des parties, de faire mention au procès-verbal des réponses de l'accusé et du contenu des dépositions en relation avec la culpabilité de l'accusé.

Cette disposition peut être utile, par exemple, lorsque l'accusé révèle la commission d'une infraction pénale qui pourrait être poursuivie ultérieurement. Il est acquis que le président de la cour d'assises saisie en appel peut utiliser les déclarations des accusés ou le contenu des dépositions consignées sur ordre du président de la cour d'assises statuant en premier ressort lorsque, par exemple, un témoin varie en ses déclarations ou ne se présente pas à l'audience.³⁴ Ce point est d'autant plus remarquable que l'une des raisons avancées, pour justifier l'interdiction faite au greffier de mentionner dans le procès-verbal des débats les déclarations de l'accusé et des témoins, était d'éviter, en cas de cassation de l'arrêt de condamnation, à l'époque où l'appel criminel n'existait pas, que le compte rendu de ce qui avait été dit devant la cour d'assises dont l'arrêt avait été cassé ne pèse sur les débats à venir devant la cour d'assises de renvoi.

B. Force probante négative du procès-verbal des débats

Le procès-verbal des débats fait foi non seulement de ce qu'il constate, mais aussi de ce qu'il ne constate pas. Les faits et circonstances non portés au procès-verbal sont en effet présumés n'avoir jamais existé. Il n'existe aucun moyen légal de rapporter la preuve de l'accomplissement d'une formalité ou de la réalité d'un fait survenu au cours de l'audience.³⁵ S'agissant des faits non constatés, la procédure d'inscription en faux ne peut en établir l'existence. La Cour de cassation juge que cette procédure est irrecevable dès lors qu'elle repose uniquement sur un silence du procès-verbal.³⁶ De même, la Cour de cassation juge que, faute d'une mention au procès-verbal, le grief fondé sur l'existence d'un fait non constaté reste à l'état de pure allégation.³⁷

34 Répertoire Dalloz de droit pénal et de procédure pénale, Cour d'assises, Michel Redon, n° 571.

35 La pratique de la cour d'assises, Angevin, op. cité, n° 1217.

36 Cass. crim. 22 avril 1977.

37 Cass. crim. 25 août 1915, *Bull. crim.* 180; 31 janvier 1946, *Bull. crim.* 40; 5 mai 1955, *Bull. crim.* 228; 13 juillet 1967, *Bull. crim.* 218; 16 décembre 1976, *Bull. crim.* 370; 12 janvier 2000, *Bull. crim.* 16.

On ne peut manquer de souligner, à cet égard, l'importance de la demande de donné acte pour les parties qui constitue l'unique moyen dont elles disposent pour faire constater un fait survenu au cours des débats qu'elles estiment préjudiciable à leurs droits. Encore faut-il que les parties sollicitent le donné acte de faits précis et non de simples réserves.³⁸ Ainsi, il peut être donné acte:

- de la manifestation d'opinion d'un juré,³⁹
- de l'omission de faire prêter serment à des témoins,⁴⁰
- de l'assoupissement d'un juré⁴¹.

S'agissant des formalités, celles qui ne sont pas constatées au procès-verbal sont réputées n'avoir pas été accomplies et rien, ne pouvant réparer cette omission, la sanction de leur omission est la nullité de la procédure.

Mais une distinction doit être faite selon que l'omission porte sur l'accomplissement d'une formalité substantielle ou non, seule la première pouvant donner lieu à ouverture à cassation. Sont considérées comme substantielles les formalités suivantes:

- la publicité des débats (art. 306 du CPP),⁴²
- le serment des témoins (art. 331 du CPP),⁴³
- la constatation que l'accusé a eu la parole en dernier, notamment après réouverture des débats⁴⁴ ou encore à l'occasion d'un arrêt incident,⁴⁵
- la lecture, en présence de l'accusé, de la déclaration de la cour et du jury (art. 366 du CPP)⁴⁶.

Ne sont pas substantielles les formalités suivantes:

- l'interrogatoire d'identité de l'accusé prévu par l'article 294 du code de procédure pénale,⁴⁷
- la désignation nominative des témoins appelés dans les conditions prévues par l'article 329 du même code,⁴⁸
- le retrait de l'accusé avant la délibération prescrit par l'article 354 du code de procédure pénale.⁴⁹

38 Cass. crim. 29 mars 2006, n° 05-82.675.

39 Cass. crim. 12 mai 1921, *Bull. crim.* 211.

40 Cass. crim. 4 avril 1935, *Bull. crim.* 41.

41 Cass. crim. 31 août 1905, *Bull. crim.* 59.

42 Cass. crim. 26 décembre 1962, *Bull. crim.* 290.

43 Cass. crim. 12 juin 1968, *Bull. crim.* 190.

44 Cass. crim. 4 novembre 1972, *Bull. crim.* 324.

45 Cass. crim. 17 février 1983, *Bull. crim.* 62.

46 Cass. crim. 24 décembre 1904, *Bull. crim.* 551.

47 Cass. crim. 20 janvier 1972, *Bull. crim.* 30.

48 Cass. crim. 8 juillet 1975, *Bull. crim.* 183.

49 Cass. crim. 10 janvier 1968, *Bull. crim.* 7.

En outre, la jurisprudence a admis que l'omission de la constatation de l'accomplissement des formalités, mêmes substantielles, pouvait être réparée par les constatations de l'arrêt de condamnation dont les mentions font foi jusqu'à inscription de faux. Ainsi, il est admis que les mentions du procès-verbal des débats puissent être complétées par un document disposant de la même force probante.

C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé, par exemple, qu'elle était en mesure de s'assurer que l'arrêt avait été rendu en présence du greffier, ce que ne mentionnait pas le procès-verbal des débats, mais ce que constatait l'arrêt de condamnation.⁵⁰

Conclusion

Ces quelques développements sur les notes d'audience, d'une part, et sur le procès-verbal des débats, stricto sensu, d'autre part, démontrent le rôle clé du principe de l'oralité des débats quant aux fonctions de ces pièces de procédure et quant à leur force probante.

Ils démontrent, en outre, que l'audience devant toutes les juridictions répressives de jugement présente une caractéristique commune, à savoir que les formalités entourant les débats doivent être consignées dans un document dont la force authentique ne peut être attaquée que par la procédure très spécifique de l'inscription en faux: il s'agit, comme nous l'avons évoqué, du procès-verbal des débats devant la cour d'assises, mais on ne saurait perdre de vue que ce rôle est assumé par le jugement lui-même devant les autres juridictions.

⁵⁰ Cass. crim. 15 avril 1992, JCP G 1992, IV, 2657.

V. Das Fernsehen in der Hauptverhandlung /
Diffusion audiovisuelle des débats

(Fernseh)Bilder der Justiz oder wieviel Öffentlichkeit verträgt die Hauptverhandlung?

Les images (télévisées) de la justice ou combien de publicité l'audience de jugement peut-elle supporter?

La publicité est l'élixir de jouvence de la justice. Elle n'est pas seulement une exigence constitutionnelle, permettant aux citoyens de contrôler l'usage que font les juges de leurs pouvoirs; elle est aussi une exigence de psychologie sociale car une justice sans public est une justice de l'ombre, une justice sans justice.

Il est commun de souligner que la dimension médiatique de la publicité l'emporte aujourd'hui largement sur sa dimension populaire. Le droit allemand limite l'accès des médias à la salle d'audience en prohibant (pour combien de temps encore?) l'enregistrement audiovisuel du procès. Le droit français en revanche le permet lorsque celui-ci présente un intérêt historique. En pratique, l'enregistrement à des fins documentaires est de plus en plus souvent admis.

La question de la «publicité audiovisuelle» de la justice est complexe. De la réalisation d'un film à la diffusion du procès sur internet, en passant par la retransmission directe ou différée de celui-ci à la télévision, les problèmes posés ne sont pas les mêmes. L'auteur se contentera de présenter les débats actuels en Allemagne à la lumière des solutions admises en France.

Si le code de l'organisation judiciaire allemand interdit tout enregistrement sonore ou audiovisuel durant le déroulement de l'audience, la pratique tolère des prises de vues en marge de celle-ci. Saisie par une chaîne de télévision, la Cour constitutionnelle fédérale a, dans une décision discutée, jugé l'interdiction conforme à la Loi fondamentale, estimant que si le législateur n'était aucunement tenu de poser une telle interdiction, il pouvait néanmoins le faire. Le débat est donc ouvert, dans une société qui est devenue, qu'on le veuille ou non, une société de l'image.

La solution apportée ne peut être que nuancée. L'intérêt qui s'attache à l'enregistrement d'un procès pénal n'est pas le même selon qu'il s'agit d'un procès «ordinaire», d'un procès ayant une valeur historique (tel le procès Barbie) ou d'un procès «politique», tel celui d'Anders Breivik, où l'accusé entend utiliser la publicité pour diffuser ses idées. Le média utilisé n'est pas non plus indifférent; la publication via internet a des conséquences sans commune mesure avec la publication via un organe de presse écrite ou un service de communication au-

diovisuelle. Et, si tout ne peut être capté, à qui doit appartenir la décision d'exclure la publicité médiatique? Tous les intérêts en cause doivent être ici pris en compte, ceux de la société comme ceux des participants au procès, ceux de la presse comme ceux de la justice.

I. Einführung

Öffentlichkeit ist ein Lebenselixier von Justiz. Der Gerechtigkeitspflege wird nur Genüge getan, wenn sie sinnlich erfahrbar ist. Was wir vorzugsweise unter verfassungstheoretischen, ja staatstheoretischen Gesichtspunkten abhandeln (Stichwort: Kontrollfunktion der Öffentlichkeit)¹ hat auch eine sozialpsychologische Komponente. Der Bezug von Justiz und Theater ist vielfach beschrieben worden, auch in ethnographischen Studien.² Theater aber verlangt nach Publikum. Zwar ist Transparenz längst nicht mehr nur in der Justiz angesagt,³ doch erscheint der Verbund nirgendwo so eng wie in der Rechtspflege. „Unsichtbare Richter“ sind uns ein Gräuel; sie gelten – siehe Kolumbien – als Abgesang der Justiz.⁴

Es ist eine Binsenweisheit, dass der Grundsatz der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Justiz einem Wandlungsprozess unterworfen ist. Die Medienöffentlichkeit hat längst der Saalöffentlichkeit den Rang abgelassen.⁵ Gleichwohl haben wir dieser Medienöffentlichkeit in foro Grenzen gesteckt, weil sie, wenn sie sich, so die gängige Annahme, voll entfalten könnte, die geordnete unbeeinflusste Durchführung von Gerichtsverfahren, namentlich von Strafverfahren, gefährden könnte. Zuletzt hat uns das Kachelmann-Verfahren drastisch vor Augen geführt, was es heißt, wenn Verfahren medialisiert werden.⁶ Da mag sich manch einer gefragt haben, wohin das Ganze geführt hätte, wenn das Fernsehen dieses Verfahren auch noch übertragen hätte oder man es gar im Netz hätte verfolgen können. Man mag dagegenhalten, dass es kaum schlimmer hätte werden können oder aber, eher prinzipiell, einwenden, was uns eigentlich heutzutage noch dazu berechtigt, ausgerechnet bei einem öffentlichen Vorgang die Medien in ihren Darstellungsformen zu beschneiden, wo doch ansonsten die Tendenz auszumachen ist, selbst privateste Dinge öffentlich zu machen. Zugegebenermaßen hat das eine mit dem anderen nicht unmittelbar zu tun, zumal es

1 Zur Entwicklung Fögen, *Der Kampf um die Gerichtsöffentlichkeit*, 1974.

2 Z.B. Legnaro/Aengenheister, *Die Aufführung von Strafrecht*, 1999.

3 Allg. zum Transparenzprinzip Bröhmer, *Transparenz als Verfassungsprinzip*, 2004.

4 Mehr dazu bei Aponte, *Krieg und Feindstrafrecht*, 2004, S. 346 f.

5 Vgl. auch Volk, *Medienöffentlichkeit*, in: Nelles/Vormbaum (Hrsg.), *Strafverteidigung in Forschung und Praxis*, 2006, S. 47.

6 Hierzu Jung, *JZ* 2012, 303.

sich bei der Gerichtsverhandlung um eine „Zwangsveranstaltung“ handelt. Trotzdem erscheint die deutsche Zurückhaltung in dieser Frage fast schon anachronistisch; Deutschland wird zunehmend „umzingelt“ von Ländern, die den Gerichtssaal in dieser oder jener Form für (bewegte) Bilder geöffnet haben.

Der deutsche Gesetzgeber hat Aufnahmen aus der laufenden Verhandlung bekanntlich in § 169 S. 2 GVG verboten, vergleichsweise spät übrigens. Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Verbot „gehalten“. Unser Nachbar Frankreich hat demgegenüber eine Öffnung aus historischen Gründen zugelassen,⁷ wobei dieses Fenster durch die Praxis zunehmend ausgeweitet worden ist, namentlich in Gestalt von filmischen Dokumentationen.⁸

Die audiovisuelle Öffentlichkeit hat viele Seiten, die vom Film über die zeitversetzte Übertragung im Fernsehen, über die Direktübertragung bis zur Internetpräsentation reichen. Auch hinsichtlich der in Betracht kommenden Verfahren sind mancherlei Differenzierungen denkbar. Dies gilt auch für die Frage, wem man die Organisation audiovisueller Einblicke in das Verfahren anvertrauen sollte. Das Thema ist mithin derart komplex, dass wir es hier nicht in seiner vollen Breite behandeln und ausdiskutieren können. Mein erneuter Anlauf in dieser Materie⁹ wird dem Anlass entsprechend vor allem die Besonderheiten der deutschen Diskussion im Lichte der Erfahrungen unserer französischen Nachbarn herauszuarbeiten versuchen.

II. Der Status quo

Die Rechtslage in Deutschland ist eindeutig und verwickelt zugleich. Gesetzlicher Ausgangspunkt ist § 169 S. 2 GVG, der Ton- und Bildaufnahmen während der Hauptverhandlung verbietet. Diese Regelung ist knapp fünfzig Jahre alt. Insofern verfügt man auch in Deutschland über gewisse Erfahrungen mit dem Gerichtsfernsehen aus der Zeit vor dem Aufnahmeverbot. Vor dem Hintergrund des Verbots hat sich allmählich eine ausgeprägte Kultur von verhandlungsnahen Fernsehaufnahmen entwickelt, d. h. es finden im Gerichtssaal oder in oder vor dem Gerichtsgebäude regelrechte „Nebenverhandlungen“ statt, deren Regula-

7 Zu den Grundlagen G. Britz, Fernsehaufnahmen aus dem Gerichtssaal, 1999, S. 150–182.

8 Am bekanntesten ist *Depardons* Film „Instants d’audience – La dixième chambre“. *Depardon* präsentiert darin dreizehn Verhandlungen vor einer *Chambre correctionnel*, die er aus einer Fülle von Verhandlungen vor diesem Gericht ausgesucht hat.

9 Bisher: *Jung*, Öffentlichkeit – Niedergang eines Verfahrensgrundsatzes?, in GS Hilde Kaufmann, 1986, S. 891, 908; *ders.*, Fernsehberichterstattung aus der Hauptverhandlung, in: Bannenberg u. a., Alternativentwurf Strafjustiz und Medien (AE-StuM), 2004, S. 104; *ders.*, Richterbilder – ein interkultureller Vergleich, 2006, S. 135; *ders.*, „Justice must be seen to be done“, *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab* 2012, 65, 69 f.; *ders.*, (Straf-)Justiz und Medien – eine unendliche Geschichte, GA 2014, 257, 264.

rien weitgehend vom Vorsitzenden des Spruchkörpers im Rahmen seiner Sitzungsgewalt (§ 176 GVG) bestimmt werden.¹⁰ Ich möchte die Probleme, die sich dabei stellen, hier nicht weiter vertiefen, sondern für die weiteren Überlegungen nur festhalten, dass diese Kultur des verhandlungsbegleitenden Fernsehens vorzugsweise öffentlichkeitswirksame Verfahren betrifft, mithin selektiv angelegt ist. Es geht dabei weniger darum, den Zipfel des Rituals sichtbar werden zu lassen, als vielmehr um die Definitionsmacht über das Verfahren – ein Streit, der medienwirksam zwischen Staatsanwaltschaft, Verteidigung und Nebenklage ausgetragen wird (Stichwort: „strategische Rechtskommunikation“).

Es liegt nahe, dass namentlich Vertreter der Medien am totalen Aufnahmeverbot *während* der Hauptverhandlung rütteln.¹¹ Im sog. n-tv-Verfahren wandte sich der Fernsehsender n-tv gegen das Totalverbot des § 169 S. 2 GVG. Das Bundesverfassungsgericht hat der Öffnung der Gerichtsverhandlung, auch nur von Teilen derselben, für Fernsehaufnahmen eine Absage erteilt.¹² Es hat die Regelung des Zugangs allein am Rechtsstaatsprinzip und am Demokratieprinzip gemessen, die spezifischen presserechtlichen Garantien des Grundgesetzes also nicht bemüht. Der Gesetzgeber soll danach zur Anordnung des Verbots berechtigt, aber nicht verpflichtet gewesen sein, um den Anspruch auf ein faires Verfahren und den Schutz der Persönlichkeitsrechte zu gewährleisten. Prozesse, so heißt es ausdrücklich, fänden zwar *in der*, aber nicht *für die* Öffentlichkeit statt.¹³ Bei aller Bewunderung vor der Sprachgewalt des Bundesverfassungsgerichts, sei freilich daran erinnert, dass diese schöne Formel gar nicht zutrifft, weil der Prozess zur Bestätigung des allgemeinen Rechtsbewusstseins natürlich auch *für die* Öffentlichkeit stattfindet, was auch von der Minderheitsmeinung hervorgehoben wird.¹⁴

Die Privilegierung bestimmter medialer Ausdrucksformen unter Ausschluss anderer geht zudem an der Realität der heutigen Informationsgesellschaft vorbei. Der Gedanke, wonach die gesetzliche Regelung anpassungsbedürftig sein könnte, kommt denn auch in der „dissenting opinion“ zum Ausdruck. Die Minderheitsmeinung teilt zwar die Auffassung der Mehrheit, wonach die Informations- und Rundfunkfreiheit als solche kein subjektives Recht auf Nutzung von Ton- und Fernsehaufnahmen in der Gerichtsverhandlung begründe. Ansonsten ist sie aber offen für den Wandel, dem der Gesetzgeber kraft objektiven

10 Einzelheiten bei *Lilie*, Fernsehaufnahmen vor und nach der Hauptverhandlung und in deren Pausen, in: Bannenberg u. a. (Fn. 9), S. 116.

11 Z.B. *Bremer*, FS Christian Richter II, 2006, S. 77.

12 BVerfGE 103, 44; vgl. auch den Bericht und Kommentar von *von Coelln*, in: Menzel/Müller-Terpitz (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 2. Aufl. 2011, S. 673.

13 BVerfGE 103, 44, 64.

14 Abw. Meinung der Richter Kühling, der Richterin Hohmann-Dennhardt und des Richters Hoffmann-Riem BVerfGE 103, 44, 65.

Verfassungsrechts auch Rechnung tragen müsse. Sie insistiert – nach dem Vorbild einiger früherer Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – auf einer Beobachtungs- und Prüfungspflicht des Gesetzgebers.¹⁵ Im Ergebnis favorisiert daher die „dissenting vote“ bereichsspezifische Lösungen bis hin zu einer experimentellen Gesetzgebung, um die Möglichkeiten und Grenzen einer Öffnung zu „testen“, die sich mit dem besagten Interessenschutz in Einklang bringen ließe. Nicht verschwiegen sei, dass auch für die dissenters die Strafjustiz dabei offensichtlich nicht zu den bevorzugten Kandidaten für eine Öffnung zählt.¹⁶

Unterdessen hat der deutsche Gesetzgeber die „Eigeninitiative“ des Bundesverfassungsgerichts sanktioniert und mit § 17a BVerfGG eine Sonderregelung geschaffen, die Aufnahmen zum Zwecke der öffentlichen Vorführung bis zur Feststellung der Anwesenheit der Beteiligten und bei der öffentliche Verkündung von Entscheidungen zulässt. Hierzu passt es, dass der auch ansonsten durchaus öffentlichkeitswirksam agierende Präsident des Bundesverfassungsgerichts Voßkuhle sich für eine Öffnung der Verhandlungen für Kameras stark gemacht hat,¹⁷ während der (damalige) Präsident des Bundesgerichtshofs Tolksdorf, von Hause aus Strafrechtler, an der derzeitigen Rechtslage festhalten wollte.¹⁸ Hatte der Gesetzgeber sich bislang noch zurückgehalten, so haben die Turbulenzen um die Akkreditierung der Presse in dem Münchener „NSU-Verfahren“ der Fragestellung in diesen Tagen neue Aktualität verliehen. Bislang kreist die Diskussion zwar vorzugsweise um die Zulässigkeit gerichtsinterner Videoübertragungen in Nebenräume. Wegen des unbestreitbaren inneren Zusammenhangs rückt damit aber auch der allgemeinere Frage nach der Zulassung audiovisueller Medien in der Hauptverhandlung auf die Tagesordnung.¹⁹

15 Abw. Meinung (Fn. 14), S. 75.

16 Abw. Meinung (Fn. 14), S. 79.

17 Süddeutsche Zeitung v. 28. 11. 2010.

18 Süddeutsche Zeitung v. 29. 11. 2010.

19 Dementsprechend hat sich die Frühjahrstagung der Justizministerkonferenz am 12./13. 6. 2013 nicht nur mit der gerichtsinternen Videoübertragung in Nebenräume, sondern darüberhinausgehend auch mit den Möglichkeiten und Grenzen einer Öffnung von Gerichtsverhandlungen für audiovisuelle Aufnahmen und Übertragungen befasst. Das Thema wird nun in einer Bund-Länder-Arbeitsgruppe weiterberaten; vgl. Saarbrücker Zeitung v. 14. 6. 2013, S. A 5, sowie neuerdings Saarbrücker Zeitung v. 2. 6. 2014, S. B 2.

III. Das Recht und die „Architektur der Welt“

Methodisch betrachtet lief die Begründung der Entscheidung des BVerfG über die Figur des Entscheidungsspielraums des Gesetzgebers.²⁰ Die Mehrheit des Senats hat unter Berufung hierauf den Status quo sanktioniert. Sicher hat die Mehrheit nicht nur formal argumentiert, sondern auch Sympathie für den Standpunkt des Gesetzgebers gezeigt. Dennoch ist festzuhalten, dass das Gericht keine Verpflichtung statuiert hat, ein Aufnahmeverbot zu erlassen.

Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass die Entwicklung der Medien und der Umgang mit ihnen eine dynamische Angelegenheit sind, sind wir gehalten, die Verpflichtung zur Evaluation der gesetzlichen Regelung ernst zu nehmen. Im Grunde genommen geht es immer noch um dieselben Interessen: Die Verfechter einer defensiven Haltung verweisen auf die Gefährdung der Wahrheitsfindung und des fairen Verfahrens sowie auf den Schutz von Persönlichkeitsrechten der Verfahrensbeteiligten und damit auf den Grundsatz der Menschenwürde. Allgemeiner sorgt man sich um eine Denaturierung der Gerichtsverhandlung zu einer Show und damit um einen Verlust an Seriosität der Justiz. Mit Bildern von der Verhandlung verbindet man ein gegenüber Presseberichten gesteigertes Gefährdungspotential; sie überformten und ersetzten quasi die Realität, auch die des Verfahrens. Die Protagonisten der Öffnung fahren gleichfalls schwere Geschütze auf. Sie verweisen vor allem auf die journalistische Informationsfreiheit, die das Bundesverfassungsgericht interessanterweise gar nicht bemüht hat.²¹ Man pocht auf eine zeitgemäße Handhabung des Öffentlichkeitsgrundsatzes, der heutzutage nach einer umfassenden „Medienöffentlichkeit“ der Verhandlung verlange. Gern verweist man auf die Fülle von Gerichtssendungen im Fernsehen. Sie dokumentieren in der Tat das öffentliche Interesse an diesen Fragestellungen. Ihre Machart begründet auch die Sorge, dass sich verzerrte Vorstellungen von Gerichtsverhandlungen und dem Verhalten vor Gericht beim Publikum einnisten werden. Hier lässt sich ein Zusammenhang ganz grundsätzlicher Art mit der These von der Vermittlungsfunktion des Prozesses für unser Rechtsverständnis herstellen. Auch historische Interessen werden vorgebracht; man müsse der Nachwelt authentische Bilder von Verfahren hinterlassen.

Dies mag den Anschein erwecken, als träten wir seit Jahren denselben Quark breit. Die Gewichte haben sich freilich verschoben. Dies hat nicht nur mit den Erfahrungen zu tun, die wir inzwischen in vielen Ländern mit der Audiovisualisierung von Verfahren gewonnen haben. Auch die Wahrnehmung der

20 BVerfGE 103, 44, 65 („Der Gesetzgeber war nicht von Verfassungs wegen verpflichtet, wohl aber befugt, Öffentlichkeit auf die im Raum der Verhandlung Anwesenden zu begrenzen“).

21 Krit. dazu von *Coelln* (Fn. 11), S. 676.

Medien und der allgemeine Umgang damit haben sich dermaßen verschoben, dass die Reduktion der Presseberichterstattung auf das geschriebene Wort nebst einigen garnierenden Bildern aus dem Umfeld des Verfahrens, besagte „Nebenverhandlung“, seltsam gestellt wirkt.

Sicher handelt es sich um ein Generationenproblem, vielleicht besser um einen Gewöhnungsprozess. Nehmen Sie mich: Von dem jugendlichen Betrachter der Fußballweltmeisterschaften 1958 vor dem Fernseher in einer Wirtshausrunde bis zum skypenden Großvater liegt ein weiter Weg der Mediensozialisation. Überdies gilt es zu bedenken, dass Auftritte in einer durch Rituale verfremdeten Kommunikationssituation für viele schon immer mit Anspannungen verbunden sind, was für die Wahrheitsfindung ohnehin nicht förderlich sein dürfte.

IV. Alles oder Nichts? Optionen, Restriktionen, Strategien

Unsere Fragestellung reißt im eigentlichen Sinne keine, jedenfalls keine tiefen politischen Fronten auf. Eher kann man von einer gewissen Frontbildung zwischen Juristen und Medienvertretern, vielleicht auch zwischen Modernisierern und Traditionalisten sprechen. Während viele Juristen dahin tendieren, den totalen Zugriff der Medien auf die Welt der Justiz abzuwehren, insistieren viele Medienvertreter auf ihrem Informationsrecht und überhaupt darauf, dass sich die Justiz heutzutage nicht mehr gegenüber der visuellen Berichterstattung abschotten könne.

Bei dem Versuch einer Adjustierung der Interessenlage gilt es zu bedenken, dass wir es mit ganz verschiedenen Verfahrenstypen und -abschnitten, mit einer Vielfalt medialer Ausdrucksformen und schließlich mit unterschiedlichen Formen von Betroffenheit zu tun haben. Die Abwägung kann je nach Verfahrenstyp, Medium und Betroffenheit verschiedene Ergebnisse zeitigen.

1. Verfahrenstypen

Der Widerstand gegenüber der Zulassung audiovisueller Medien beim forensischen „Kerngeschäft“ wie umgekehrt das Drängen auf eine weitere Öffnung sind wohl beim Strafprozess am stärksten ausgeprägt. Dieser Verfahrenstyp gilt seit jeher als besonders publikumswirksam, zugleich aber vielleicht gerade deswegen als besonders schutzbedürftig gegenüber medialer Überbelichtung. Hier ist sicher die Gefahr der „Prangerwirkung“ am größten.²² Über andere

22 In der Diskussion hat auch Christian Jäger – unter Bezugnahme auf den inzwischen schon

Prozessarten wird in diesem Zusammenhang kaum geredet. Sie gelten – abgesehen von Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht – offenbar als medial unattraktiv. Aber auch beim Strafprozess muss man differenzieren. Eine Verhandlung vor dem Strafrichter beim Amtsgericht gilt bestenfalls als Kandidat für eine filmische Dokumentation über die Justiz à la Depardon's „Instants d'audience“. Bei Prozessen mit zeitgeschichtlichem Hintergrund, etwa den Verfahren gegen Barbie,²³ Honecker, Milosevic und dem Münchener NSU-Verfahren deutet vieles in Richtung auf die Sinnhaftigkeit einer weitergehenden Öffnung. Denn hier geht es um Vorgänge von großer, das Gemeinwesen, ja die Welt umtreibender Tragweite, die zumindest für das kollektive Gedächtnis auch als Filmdokument zur Verfügung stehen sollten.²⁴ Es gibt Verfahren, die eine derart bedeutsame Rolle im demokratischen Prozess der Meinungsbildung spielen, dass alle sie im Bild sollten verfolgen können. Hierzu zählte auch das norwegische Verfahren gegen Anders Breivik, das freilich gezeigt hat, dass manche Beschuldigte nach dieser erweiterten Publizität gieren. Solchen Beschuldigten will man möglicherweise gar keine Plattform eröffnen. Die heikelsten Fälle sind natürlich Verfahren, die das Klischee von „Sex and Crime“ bedienen. Sie sind besonders anfällig für eine Sensationalisierung. Freilich lässt sich das öffentliche Interesse hieran nicht leugnen. Es fällt mir schwer, ein Urteil über die Legitimität dieses Interesses zu fällen. Wir sind in derartigen Fällen allzu schnell bei der Hand, es mit dem Etikett „Sensationslust“ zu diskreditieren. Ich sehe auch hier keinen Grund für einen Totalausschluss. Einschränkende Reglementierungen sollten ausreichen.

2. Medien

Die verbreitete Unterscheidung zwischen der „Boulevardpresse“ und der sog. seriösen Presse wirkt sich auch bei unserer Fragestellung aus. Zumindest gewinnt man den Eindruck, dass der Widerstand gegen eine dokumentierende Filmberichterstattung oder eine nachrichtenmäßige Aufbereitung einer Hauptverhandlung ungleich geringer sein dürfte als derjenige gegen einen Gerichtskanal, der uns ständig mit „Sex and Crime“ berieselt. Hier sieht man den Informationsauftrag, da sorgt man sich um die sensationserheischende Verflachung. Nun wird natürlich die Fernsehberichterstattung ihrerseits zunehmend

fast sprichwörtlichen Titel von *Feeleys* Werk „The Process is the Punishment“, 1979 – diesen Aspekt betont. Das Argument ist nicht von der Hand zu weisen. Andererseits könnte eine audiovisuelle Berichterstattung aber auch dazu beitragen, die bisweilen überbordende öffentliche Aufmerksamkeit für Verfahren zu „kanalisieren“.

23 Dazu *Le Monde* v. 17./18.4.2011, S. 21.

24 Vgl. auch *Delage*, *La Vérité par l'image*, 2006.

in den Hintergrund gedrängt, durch die Möglichkeiten des Internets – Stichwort: live stream. Die Verhandlungen des Ex-Jugoslawien-Tribunals können bekanntlich via Internet – mit einer kurzen zeitlichen Verzögerung – in ganz Ex-Jugoslawien verfolgt werden. Das Netz überbrückt hier Distanzen und eröffnet die Möglichkeit der Teilnahme an Verfahren, die im Sinne der friedens- und ausgleichsstiftenden Funktion dieses Tribunals von allen sollen verfolgt werden können. Insofern leistet diese Übertragung einen wichtigen Beitrag zur „transitional justice“. Denn „transitional justice“ ist in vielen Fällen auch „remote judging“; das ohne die entsprechenden Übertragungsmöglichkeiten seine Funktion, Recht für die Weltgemeinschaft zu sprechen, nicht erfüllen könnte.²⁵

Die Gefahren, die das Internet für die Justiz birgt, sind ganz anderer Art. Sie liegen eher im kommentierenden Twittern begründet. Welche Blüten dies treiben kann, haben uns unlängst zwei französische Magistrate demonstriert, die während einer Schwurgerichtsverhandlung eifrig Tweets ausgetauscht haben mit Bemerkungen wie „Darf man einen Zeugen ohrfeigen?“²⁶. Das Potential für die Beeinflussung von Verfahren, das sich hier eröffnet, ist in seiner vollen Tragweite noch längst nicht erkannt.²⁷ Zwar dürfte § 169 S. 2 GVG bei einer live Berichterstattung via Twitter durch Journalisten nicht tangiert sein. Doch birgt das Medium wegen des rasanten Umschlags der Information und der entsprechenden Rückkopplungseffekte schon Gefahren für den geordneten Ablauf der Beweisaufnahme.²⁸ Eine völlige Freigabe für Bildübertragungen via Smartphone kommt ohnehin nicht in Betracht, was schon jetzt zu entsprechenden sitzungspolizeilichen Maßnahmen Veranlassung gibt (z. B. Einsammeln der Smartphones vor der Verhandlung).

3. Modalitäten

Differenzierungen kommen in mehrfacher Hinsicht in Betracht. Zunächst könnte man daran denken, bestimmte besonders sensible Verfahrensabschnitte auszunehmen und zwar generell oder ad hoc. Die Frage hängt damit zusammen, wem wir überhaupt die Entscheidungskompetenz über die Öffnung anvertrauen wollen. Auch die Befürworter einer Öffnung zögern, wenn es um die Beweisaufnahme geht, was freilich in auffälliger Weise damit kontrastiert, dass die Audiovisualisierung der Einvernahme von Zeugen im Ermittlungsverfahren derzeit für die verschiedensten Konstellationen mit Nachdruck propagiert wird.

25 Dazu neuerdings namentlich *Vismann*, *Medien der Rechtsprechung*, 2011, S. 333.

26 *Le Monde* v. 30.11.2012, S. 11.

27 Vgl. auch die Hinweise bei *Marxen*, GA 2013, 99, 101.

28 Die Gefahr eher herunterspielend *F. Knauer*, JuS 2012, 711, 714 f.

Man wird die Entscheidung dieser Frage im Übrigen nicht ganz von der Frage des Prozesstyps, den man für audiovisuelle Aufnahmen in Erwägung zieht, abkoppeln können. Bei Prozessen mit zeitgeschichtlichem Interesse wird man die Beweisaufnahme schwerlich generell ausschließen können.

V. Ausblick

Die Thematik köchelte seit Jahren vor sich hin; nun ist sie ganz plötzlich hochaktuell. Als ein von Hause aus eher medienscheuer Mensch bin ich fern davon, die Brisanz einer weiteren medialen Öffnung der Gerichtssäle für audiovisuelle Medien zu unterschätzen. Lassen Sie mich daher den Ausblick in Fragen einkleiden, die wir uns in diesem Zusammenhang stellen sollten.

1. Haben wir es in punkto „Öffentlichkeit“ mit einem Quantensprung zu tun? Schwerlich! Wir können inzwischen auf ein gerüttelt Maß an Erfahrung mit dem Fernsehen aus der Gerichtsverhandlung in anderen Ländern zurückgreifen und zwar auch solchen, die weniger medienfixiert sind als die U. S. A. In diesem Sinne hat man – im Sinne der Position *dissenting opinion* der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts – andernorts für uns experimentiert. Es kommt hinzu, dass die „Nebenverhandlungen“ die Materie an sich zu einem vertrauten Fernsehthema erhoben haben. Ohnedies dürfte eine Gerichtsverhandlung, zumal eine öffentliche, eine belastende Drucksituation generieren, die die Kommunikationssituation verfremdet. Sicher wird man diese Verfremdung ungern weiter steigern wollen. Doch muss man sich auch vergegenwärtigen, dass der Ausschluss der audiovisuellen Medien bei einem öffentlichen Vorgang seinerseits inzwischen schon fast etwas Artifizielles hat.

2. Sollte man das Feld nicht getrost den florierenden Gerichtsshows überlassen? Gerade nicht! Denn diese zunehmend beliebteren Formate vermitteln ein Zerrbild von den Abläufen der Justiz und dem Verhalten vor Gericht, das schon jetzt das reale Verhalten von Prozessbeteiligten prägt, also gewissermaßen zu einer medialen Überformung von Erwartungen und Handlungsmustern vor Gericht geführt hat. Die Skepsis des BVerfG, ob die Originalbetrachtung angesichts der medieneigenen Selektivität mehr Authentizität garantieren würde,²⁹ fügt sich in die „defensive“ Grundhaltung der Entscheidung.

3. Ist der Persönlichkeitsschutz im Wechselspiel von Justiz und Medien wirklich zu gewährleisten? Da bin ich mir nicht sicher. Nur beschleicht einen dieses Gefühl der Unsicherheit schon jetzt. Das geradezu schrille Mediengetöse, das das Kachelmann-Verfahren begleitet hat, könnte die Annahme rechtfertigen, dass eine audiovisuelle Berichterstattung wenn auch keine Beruhigung so doch

²⁹ BVerfGE 103, 44, 67.

mehr Authentizität brächte. Sicher geht von Bildern eine ungleich stärkere Suggestion aus als vom geschriebenen Wort. Hier kann man aber durch die Ausgestaltung der Aufnahmebedingungen gegensteuern. Der Respekt vor den Persönlichkeitsrechten der Verfahrensbeteiligten führt also Regie, wenn es um Reichweite und Form der „Öffnung“ geht. Hier treffen wir zum Teil auf bekannte Rechtsfiguren wie die „absoluten und relativen Personen der Zeitgeschichte“.

4. Wer soll die „mediale Organisationsgewalt“ haben? Das klingt auf den ersten Blick nach technischen Quisquilien. In Wahrheit rührt diese Frage an etwas ganz Grundsätzliches, nämlich an die Deutungshoheit über die Inszenierung der Justiz. Vismann spricht von der medientechnischen Verwandlung des Gerichtssaals³⁰ und sieht uns auf dem Weg zum Cyber Court.³¹ Dort würden die Medien und nicht die Justiz (dann) den Takt vorgeben.³² Da ist sicher etwas dran. Man wird den Fernsehjournalisten die Kameras nicht aus der Hand nehmen können, gar ein eigenes Gerichtsfernsehen entwickeln wollen. Das Gericht muss jedoch – im Interesse des Persönlichkeitsschutzes und des geordneten Ablaufs des Verfahrens – verbindliche Vorgaben machen und deren Einhaltung überwachen. Dadurch werden Richter noch nicht zu Regisseuren. Praktisch läuft dies auf Pool-Lösungen,³³ zeitversetzte Übertragungen und die Forderung nach mehr Medienkompetenz der juristischen Entscheidungsträger hinaus. Die Bilder von der Justiz werden sich ändern, aber bekanntlich vertragen auch die justiziellen Rituale von Zeit zu Zeit eine (vorsichtige) Dynamisierung.³⁴

30 Vismann (Fn. 25), S. 340.

31 Vismann (Fn. 25), S. 371.

32 Vismann (Fn. 25), S. 375.

33 Dazu auch Vismann (Fn. 25), S. 309.

34 Vgl. Jung, GA 2012, 519.

La Diffusion audiovisuelle des débats devant les juridictions pénales françaises

Die audiovisuelle Übertragung der Hauptverhandlung im französischen Strafprozess

Die rasante Entwicklung der Kommunikationstechniken macht auch vor der französischen Justiz nicht halt. Im Vordergrund der Betrachtung steht dabei weniger die Außensicht, also die seit der loi Badinter aus dem Jahre 1985 zu verfolgende, mit historischen Interessen begründete und nach wie vor auf Einzelfälle begrenzte Öffnung der Hauptverhandlung im Strafprozess für Fernsehen und Film. Es geht vielmehr vorzugsweise um die Videokonferenz als Instrument der internen forensischen Kommunikation. Deren rasches Vordringen beruht vor allem auf ökonomischen Gesichtspunkten, ist also Teil einer allgemeinen politischen Strategie. Im Mittelpunkt steht die Analyse der Vorschrift des Art. 706-71 Code de procédure pénale (C.P.P.), die in der letzten Zeit mehrfach Veränderungen erfahren hat. Die verschiedenen Varianten des Art. 706-71 C.P.P. gipfeln in der Möglichkeit, den inhaftierten Beschuldigten vor dem tribunal correctionnel per Videokonferenz zuzuschalten. Die Nutzung der Videotechnik im Verfahren wirft Fragen der Vereinbarkeit mit den Anforderungen an ein faires Verfahren, namentlich dem Recht auf eine wirksame Verteidigung, auf. Hier kommt auch die Entscheidung des EGMR im Falle Marcello Viola c. Italie ins Spiel. Darüber hinaus werden, ausgehend von den Stichworten „vérité télévisée“ und „télé-procès“, die Auswirkungen auf den Prozess der Wahrheitsfindung und überhaupt auf das justizielle Ritual diskutiert.

La question de la diffusion audiovisuelle des débats devant les juridictions pénales est, avec celle de la numérisation ou *e-justice*, le dernier avatar de la question plus générale de l'utilisation des «nouvelles» technologies de l'information et de la communication (NTIC) dans le procès pénal.¹

C'est une question passionnante à plus d'un titre : *d'abord* parce qu'elle illustre un phénomène d'accélération remarquable du droit liée à l'évolution de la technique. En acceptant les nouvelles technologies, le droit s'est en effet con-

1 V. le dossier «Les nouvelles technologies au service de la procédure pénale», AJ Pénal 2007, p. 460.

damné à suivre le rythme effréné du progrès technique. Nous parlons aujourd'hui d'un droit n'existant pas encore il y a dix ans qui n'existera peut-être plus dans dix ans car il est calqué sur une technique très vite frappée d'obsolescence. Ainsi, il s'agit pour les juristes, à l'heure actuelle, d'essayer de maîtriser la visioconférence (ou vidéoconférence),² là où il sera question dans quelques années d'*hologrammes*³. Les textes portent d'ailleurs la marque de cette frénésie technologique: ils sont modifiés très rapidement et parfois même plus rapidement que la technique elle-même, c'est une sorte de droit «2.0». Ainsi l'unique article 706-71 du Code de procédure pénale introduit par la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 *relative à la sécurité quotidienne* pour régir à lui-seul «*l'utilisation de moyens de télécommunication au cours de la procédure*» (CPP, Livre IV, titre XXIII)⁴ a été modifié neuf fois en douze ans⁵ et le législateur est allé

2 Sur ce thème v. le dossier réalisé par M. Janin, L. Dumoulin, Ch. Licoppe, J. Danet, L. Mulcahy, «La visioconférence dans le prétoire», Les Cahiers de la Justice, ENM/Dalloz, 2011/2, p. 11 et s.; v. également J. Bossan, «La visioconférence dans le procès pénal: un outil à maîtriser», Rev. sc. crim. 2011, p. 801 et s.; V. également le dossier «Les nouvelles technologies au service de la procédure pénale», AJ Pénal 2007, p. 460 et s., et notamment S. Lavric, «La visioconférence: le procès de demain?» AJ Pénal 2007, p. 465.

3 X. Labbé, «L'hologramme, la télé-présence et l'être immatériel», Gaz. Pal, n° 263 – 264, 19 – 20 sept. 2012, p. 11.

4 CPP, art. 706-71: «Lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'instruction le justifient, l'audition ou l'interrogatoire d'une personne ainsi que la confrontation entre plusieurs personnes peuvent être effectués en plusieurs points du territoire de la République se trouvant reliés par des moyens de télécommunications garantissant la confidentialité de la transmission. Dans les mêmes conditions, la présentation aux fins de prolongation de la garde à vue ou de la retenue judiciaire peut être réalisée par l'utilisation de moyens de télécommunication audiovisuelle. Il est alors dressé, dans chacun des lieux, un procès-verbal des opérations qui y ont été effectuées. Ces opérations peuvent faire l'objet d'un enregistrement audiovisuel ou sonore, les dispositions des troisième à huitième alinéas de l'article 706-52 sont alors applicables. Les dispositions de l'alinéa précédent prévoyant l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle sont applicables devant la juridiction de jugement pour l'audition des témoins, des parties civiles et des experts. Elles sont également applicables, avec l'accord du procureur de la République et de l'ensemble des parties, pour la comparution du prévenu devant le tribunal correctionnel si celui-ci est détenu. Ces dispositions sont également applicables à l'audition ou à l'interrogatoire par un juge d'instruction d'une personne détenue, au débat contradictoire préalable au placement en détention provisoire d'une personne détenue pour une autre cause, au débat contradictoire prévu pour la prolongation de la détention provisoire, aux audiences relatives au contentieux de la détention provisoire devant la chambre de l'instruction ou la juridiction de jugement, à l'interrogatoire de l'accusé par le président de la cour d'assises en application de l'article 272, à la comparution d'une personne à l'audience au cours de laquelle est rendu un jugement ou un arrêt qui avait été mis en délibéré ou au cours de laquelle il est statué sur les seuls intérêts civils, à l'interrogatoire par le procureur ou le procureur général d'une personne arrêtée en vertu d'un mandat d'amener, d'un mandat d'arrêt, d'un mandat d'arrêt européen, d'une demande d'arrestation provisoire, d'une demande d'extradition ou d'une demande d'arrestation aux fins de remise, à la présentation au juge des libertés et de la détention, au premier président de la cour d'appel ou au magistrat désigné par lui en application des articles 627-5, 695-28, 696-11 et 696-23 si la personne est

plus vite que la technique car sa dernière version, qui devait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2013, n'entrera finalement en vigueur que le 1^{er} janvier 2015.⁶

Mais la question est aussi passionnante, *ensuite*, parce qu'elle oblige à revisiter, deux siècles après *Feuerbach*,⁷ les deux grands principes qui gouvernent l'audience pénale depuis les *Lumières* et qui sont liés à la présence de tous les acteurs en une unité de lieu et une unité de temps: *la publicité* et *l'oralité* des débats.⁸ Or ces deux principes servent la Justice, aussi bien en tant qu'institution, qu'en tant que valeur, en ce qu'ils sont à la base du *rituel judiciaire*.⁹ On devra donc se demander si ce rituel ne doit pas être repensé. L'enjeu est donc important, il s'agit de savoir si l'introduction de la technique télévisuelle permet d'améliorer l'efficacité de la justice sans lui faire perdre de sa *qualité* et de sa

détenue pour une autre cause, ou à l'interrogatoire du prévenu devant le tribunal de police ou devant la juridiction de proximité si celui-ci est détenu pour une autre cause. Lorsqu'il s'agit d'une audience au cours de laquelle il doit être statué sur le placement en détention provisoire ou la prolongation de la détention provisoire, la personne détenue peut refuser l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle, sauf si son transport paraît devoir être évité en raison des risques graves de trouble à l'ordre public ou d'évasion. Elles sont de même applicables devant la commission d'indemnisation des victimes d'infractions, devant le premier président de la cour d'appel statuant sur les demandes de réparation d'une détention provisoire, devant la Commission nationale de réparation des détentions, devant la commission et la cour de révision et devant la commission de réexamen des condamnations. Pour l'application des dispositions des trois alinéas précédents, si la personne est assistée par un avocat, celui-ci peut se trouver auprès du magistrat, de la juridiction ou de la commission compétents ou auprès de l'intéressé. Dans le premier cas, il doit pouvoir s'entretenir avec ce dernier, de façon confidentielle, en utilisant le moyen de télécommunication audiovisuelle. Dans le second cas, une copie de l'intégralité du dossier doit être mise à sa disposition dans les locaux de détention sauf si une copie de ce dossier a déjà été remise à l'avocat. Lorsqu'une personne est détenue, la notification d'une expertise par une juridiction doit se faire par l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle, sauf décision contraire motivée ou s'il doit être procédé concomitamment à un autre acte. En cas de nécessité, résultant de l'impossibilité pour un interprète de se déplacer, l'assistance de l'interprète au cours d'une audition, d'un interrogatoire ou d'une confrontation peut également se faire par l'intermédiaire de moyens de télécommunications. Un décret en Conseil d'Etat précise, en tant que de besoin, les modalités d'application du présent article.

5 Sur le droit positif v. F. Rocheteau, J.-Cl. Procédure pénale, art. 706-71, fasc. 20, *Utilisation de moyens de communication au cours de la procédure*.

6 Un article unique de la loi n° 2012-1441 du 24 décembre 2012 a modifié la date d'entrée en vigueur de l'article 70 de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 en la reportant du 1er janvier 2013 au 1er janvier 2015.

7 H. Jung, «Les traces françaises dans l'œuvre de *Johann Paul Anselm Feuerbach*: Une lecture annotée des „*Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*», *L'Irascible* n° 3, Les éclairateurs du pénal, 2012, p. 91 et s.

8 V. sur le premier principe Ph. Piot, «Du caractère public du procès pénal», Thèse Nancy, 2012.

9 A. Garapon, «Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire», Paris, Odile Jacob, col. Opus, 1997; F. Desprez, «Rituel judiciaire et procès pénal», LGDJ, *Bibl. sc. criminelles*, t. 46, 2009, spéc. n° 429 et s.

solemnité. L'introduction du télévisuel dans la justice doit-il être accompagné d'un télé-rituel de la Justice?

Toutefois, avant d'explorer cette question encore faut-il en préciser les termes. Le sujet qui nous retient est celui de «*la diffusion audiovisuelle des débats*», ce qui peut s'entendre, en France, aussi bien des *débats* sur la culpabilité, que des débats sur la détention provisoire ou sur l'aménagement de peines. Il convient en revanche d'exclure la question de l'enregistrement audiovisuel pour une diffusion différée des interrogatoires,¹⁰ des auditions ou des dépositions recueillies pendant l'enquête.

Pour s'en tenir donc à la diffusion audiovisuelle *des débats*, il convient aussi de distinguer deux modes d'utilisation de la télévision qui ne présentent pas les mêmes enjeux :

1) La télévision peut d'abord être utilisé comme instrument d'information du public, sans être un rouage de la justice: c'est la question des *procès filmés*, soit pour les archives historiques, soit pour les besoins médiatiques ou journalistiques. Cette première utilisation de la télévision est intéressante mais elle ne remet pas en cause le fonctionnement même de la justice et ne méritera donc pas d'être développée ici. Tout au plus peut-on dire que son développement va de pair avec le besoin grandissant de transparence des institutions publiques, qui conduit à étendre le principe de publicité de la justice, pour répondre à un véritable «*droit du public à l'information*»¹¹. En la matière, il est notable que le principe est toujours celui de l'interdiction des prises de vue et de son pendant les audiences – ce qui a permis aux héritiers de *Daumier* de continuer d'exercer l'art des «*croquis*» d'audience.¹² Ce principe inscrit dans la loi en 1953 est contenu dans deux textes pénalement sanctionnés. L'article 308 du Code de procédure pénale, aux termes duquel

«dès l'ouverture de l'audience, l'emploi de tout appareil d'enregistrement ou de diffusion sonore, de caméra de télévision ou de cinéma, d'appareil de photographie est interdit sous peine de 18.000 euros d'amende [...]»¹³

et l'article 38ter de la Loi sur la presse du 29 juillet 1881, qui dispose que:

10 Pour les majeurs, CPP, art. 64-1 et 116-1; Pour les mineurs, Ord. n°45-174, 2 févr. 1945, art. 4 IV, v. S. Garde-Lebreton, «L'enregistrement des interrogatoires: un rééquilibrage des forces pendant la garde à vue», AJ Pénal 2007, p. 462.

11 En ce sens Ph. Piot, «Du caractère public du procès pénal», *op. cit.*, spéc. p. 329 et s.

12 V. le site qui en répertorie un grand nombre: <http://traitsdejustice.bpi.fr/>

13 La Cour de cassation ayant précisé que les dispositions de ce texte ne sont pas prescrites à peine de nullité, de sorte que l'enregistrement des débats par des tiers n'a pas de conséquence sur la validité des débats, Cass. crim. 12 oct. 1972, Bull. crim. n° 285, v. également pour des photographies de l'accusé prises au cours de l'audience Cass. crim., 8 mai 1974, Bull. crim. n° 166.

«Dès l'ouverture de l'audience, l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image est interdit. Le président fait procéder à la saisie de tout appareil et du support de la parole ou de l'image utilisés en violation de cette interdiction [...] Toute infraction aux dispositions du présent article sera punie d'une amende de 4.500 euros. Le tribunal pour en outre prononcer la confiscation du matériel ayant servi à commettre l'infraction et du support de la parole ou de l'image utilisé».

Mais avec le temps ce principe a été atténué. Ce fût d'abord la loi n° 85-699 du 11 juillet 1985, voté à l'initiative de Robert Badinter,¹⁴ alors Garde des Sceaux, quelques mois avant le Procès de *Klaus Barbie* pour permettre la constitution d'archives historiques. Ce dispositif, qui figure depuis 2004 dans le Code du patrimoine (*art. L. 221-1 à L. 222-3*), a été utilisé à huit reprises – ce qui est peu – soit sous la forme d'enregistrement audiovisuel soit sous la forme d'enregistrement sonore: ce fût d'abord précisément le procès de *Klaus Barbie*, accusé de crime contre l'humanité devant la Cour d'assises du Rhône à Lyon du 11 mai au 3 juillet 1987¹⁵ –, puis il y eut: le procès du sang contaminé devant la 16^{ème} chambre correctionnelle du TGI de Paris du 22 juin au 23 octobre 1992, puis devant la 13^{ème} chambre de la Cour d'appel de Paris du 3 mai au 11 juillet 1993; le procès de *Paul Touvier*, accusé de crime contre l'Humanité devant la Cour d'assises des Yvelines du 17 mars au 20 avril 1994; le procès de *Maurice Papon*, accusé de crime contre l'Humanité devant la Cour d'assises de la Gironde du 8 octobre 1997 au 2 avril 1998; le procès «AZF» devant le tribunal correctionnel de Toulouse du 23 au 30 juin 2009 et le procès de la dictature chilienne devant la Cour d'assises de Paris du 8 au 17 décembre 2010¹⁶. On peut s'étonner qu'il n'y ait pas eu plus de procès filmés, d'autant que la procédure n'est pas insurmontable,¹⁷ même si les prescriptions techniques sont contraignantes. Du reste, ces conditions se sont assouplies. En outre, des autorisations exceptionnelles ont été accordées dans un intérêt cinématographique, ce qui a permis notamment à *Raymond Depardon* de tourné deux films très instructifs: «*Délits Flagrant*» (1994) et «*10^{ème} chambre: instants d'audience*» (2004). Certes, la France n'a pas atteint le niveau des Etats-Unis avec les procès retransmis en direct sur CNN (on se souvient du procès *O.J*

14 R. Badinter «Justice, image, mémoire», *Questions de communication*, n° 1, mars 2002, p. 98.

15 Accessible aujourd'hui en DVD.

16 V. pour les références Ph. Piot, *op. cit.*, p. 451.

17 Selon l'article L. 221-2 du Code du patrimoine, l'autorité compétente pour décider de l'enregistrement et le premier président de la pour cette juridiction et chaque premier président de cour d'appel pour les juridictions judiciaires de son ressort. Cette autorité doit recueillir l'avis des parties ou de leur représentant, du président de l'audience dont l'enregistrement est envisagé et du ministère public. L'avis d'une commission consultative des archives audiovisuelle doit également être recueilli.

Simpson en 1995¹⁸ ou plus récemment de l'affaire «*DSK*» en 2011). Mais le public a accès à de plus en plus de procès, qu'il s'agisse des procès retransmis sur le site des juridictions pénales internationales (notamment le procès de *S. Milosevic*) ou plus récemment les audiences du Conseil constitutionnel retransmises en direct puis archivées sur le site du Conseil constitutionnel¹⁹.

2) Mais la télévision peut aussi être utilisée comme instrument de modernisation du procès ou de communication *interne*. Telle est la question, qui nous retiendra, de la visioconférence ou vidéoconférence. Cette technique modifie certainement moins le principe de publicité de l'audience²⁰ que le principe de *l'oralité et de la présence à l'audience*, car elle permet un échange entre des êtres qui ne sont pas physiquement présents dans le même lieu. C'est donc une oralité qui passe par un vecteur, celui de la caméra, de l'écran et des micros – les spécialistes disent des «*artéfacts interactionnels*»²¹. Or voilà une quinzaine d'années que cette technique est utilisée en procédure pénale, en France, soit pour entendre le juge à distance, soit pour entendre des témoins et des experts, soit pour entendre le prévenu, l'accusé ou la partie civile.

Plus précisément, les raisons de l'instauration en France de la visioconférence sont très particulières.²² Cette technique télévisuelle appliquée à l'audience a d'abord été envisagé pour pallier les inconvénients de la distance, entre la métropole et l'outre-mer, le motif était donc essentiellement *géographique* puis la logique est devenue économique budgétaire, gestionnaire ou *manageriale*. En effet, les pouvoirs publics ont d'abord décidé de se servir de cette technique pour résoudre un problème *géographique et économique* très spécifique de déplacement des juges à *Saint Pierre et Miquelon*.²³ Les articles L. 513-4 II et suivants du Code de l'organisation judiciaire, issus de l'ordonnance n° 98-729 du 20 août 1998, ont en effet prévu que lorsque la venue d'un magistrat n'est matériellement pas possible, soit dans les délais prescrits par la loi, soit dans les délais exigés par

18 V. S. Kauffman, «Le procès O. J. Simpson, miroir de l'Amérique», *Le Monde*, 12 juillet 1995, p. 10.

19 Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les QPC, art. 8: «*L'audience fait l'objet d'une retransmission audiovisuelle diffusée en direct dans une salle ouvert au public dans l'enceinte du Conseil constitutionnel*».

20 V. déjà Cass. crim., 21 févr. 1982, Bull. crim. n° 97. La Cour considère que n'est pas contraire à l'article 308 du CPP, l'utilisation durant les débats d'un dispositif destiné à communiquer simultanément aux juges et aux parties, par projection sur les écrans d'un circuit interne de télévision, les plans et photographie des lieux du crime.

21 M. de Fornel, «Le cadre interactionnel de l'échange visiophonique», *Réseaux*, 1994, vol. 12, n° 64.

22 Elles ne sont pas comparables à celles de l'Italie par exemple où la loi n° 11 du 7 janvier de 1998 sur la vidéoconférence (CPP italien art. 146 bis) a été clairement envisagée pour des questions de sécurité liées à la mafia.

23 G. Lafarge, «Visioconférence et CD-ROM: quand l'exemple vient de Saint-Pierre-et-Miquelon»: *Gaz. Pal.* 8 – 12 juin 2003, p. 2.

la nature de l'affaire, l'audience est présidée par ledit magistrat depuis un autre point du territoire de la République, ce dernier se trouvant relié, en direct, par un moyen de communication audiovisuelle (COJ, art. L. 513-4 et R. 513-5). Et les détails techniques ont été fixés par le décret n°2008-522 du 2 juin 2008.²⁴ Puis, la technique a été généralisée par la loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne qui a introduit dans le Code de procédure pénale un titre XXIII «*De l'utilisation de moyens de télécommunications au cours de la procédure*» comprenant un article unique, l'article 706-71. Énumérant les quelques hypothèses particulières d'un recours possible à la visioconférence, l'article 706-71 a connu, au gré des réformes successives et notamment des lois n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, n° 2004-204 du 9 mars 2004, n° 2005-47 du 26 janvier 2005, n° 2006-64 du 23 janvier 2006 et n° 2007-291 du 5 mars 2007, un développement inattendu, jusqu'à devenir le texte légal de référence en cas de recours à cette technique. Dans un premier temps, ce texte a permis de continuer l'expérimentation de la visioconférence avec l'outre-mer, notamment pour faciliter, lors des sessions d'assises à *Saint-Denis de la Réunion*, l'audition à distance des témoins revenus en métropole depuis les faits (notamment les gendarmes).

Mais les raisons du recours à cette technique ont ensuite changé: elles sont devenues essentiellement *économiques voire managériales* et la visioconférence est devenue un instrument d'une «*politique publique*»²⁵. Le ministère de la justice s'est doté en 2005 d'un pôle de nouvelles technologies qui a fortement incité les juridictions métropolitaines à recourir cette technique. Une circulaire du 5 février 2009 a même véritablement sommé les juridictions de réaliser les audiences

24 COJ, art. R 513: «Dans les cas où, en application des dispositions du II de l'article L. 513-4, sont mis en œuvre des moyens de communication audiovisuelle pour la tenue d'une audience, le service du greffe de la juridiction est assuré par le greffe de la cour d'appel de Paris. Pour l'application des dispositions du II de l'article L. 513-11, le service du greffe est assuré par le greffe du tribunal supérieur d'appel, à l'exception du cas de la tenue de l'audience mentionnée à l'alinéa premier. La disposition, à l'intérieur de la salle d'audience et à l'intérieur de l'enceinte accueillant la formation de jugement ou le représentant du ministère public, du matériel nécessaire à la transmission audiovisuelle est fixée par décision conjointe du premier président de la cour d'appel de Paris, du procureur général près cette cour, du président du tribunal supérieur d'appel et du procureur de la République près ce tribunal. Les prises de vue et de son sont assurées par des agents des services du ministère de la justice ou, à défaut, par tous autres agents publics. Lorsque l'audience se tient à huis clos ou en chambre du conseil, ces agents sont nécessairement des fonctionnaires des greffes. Les caractéristiques techniques des moyens de communication audiovisuelle utilisés doivent assurer une transmission fidèle, loyale et confidentielle à l'égard des tiers. Ces caractéristiques sont définies par arrêté conjoint du garde des sceaux, ministre de la justice, du ministre de l'intérieur et du ministre de la défense. Les prises de vue et les prises de son sont soumises aux règles mentionnées à l'article 38ter de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse».

25 L. Dumoulin, Ch. Licoppe, «*La visioconférence dans la justice pénale: retour sur la fabrique d'une politique publique à la fin des années 1990 – 2010*», Les cahiers de la Justice 2011/2, p. 29 et s.

liées à la détention provisoire par visioconférence: un objectif de 5 % des audiences a même été fixé, faute de quoi les frais liés à l'extraction (notamment les frais d'escorte) seront directement imputés sur le budget de la juridiction. Et l'on retrouve une incitation analogue en matière administrative, où la technique a été légalisée en 2003 pour la rétention des étrangers puis généralisée, et en matière civile, où la technique a été légalisée en 2011 (COJ, art. L. 111-12).

Plus précisément, et pour revenir au droit pénal, la visioconférence est tout d'abord prévue au cours de l'enquête, préliminaire ou de flagrance. Elle peut être mise en œuvre en vue de l'audition ou de l'interrogatoire d'une personne ainsi que de la confrontation entre plusieurs personnes (*L. n° 2001-1062, 15 nov. 2001*) mais aussi à l'occasion de la présentation aux fins de prolongation de la garde à vue ou de la retenue judiciaire (*L. n° 2002-1138, 9 sept. 2002: Journal Officiel 10 Septembre 2002*). Elle est possible aussi, au cours de l'instruction préparatoire, pour l'audition ou l'interrogatoire d'une personne ainsi que la confrontation entre plusieurs personnes en plusieurs points du territoire de la République (*L. n° 2001-1062, 15 nov. 2001*), de même que l'audition ou l'interrogatoire par un juge d'instruction d'une personne détenue (*L. n° 2004-204, 9 mars 2004: Journal Officiel 10 Mars 2004*).

En ce qui concerne l'audience, il faut noter que la visioconférence est possible dans le «*contentieux de la détention provisoire*». Depuis, la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, il est prévu que si un mis en examen placé en détention provisoire demande à comparaître, lors de l'audience statuant sur son sort, le président ne peut refuser la comparution que par une décision spécialement motivée. Toutefois, afin d'éviter toutes les contraintes liées à la sortie de la maison d'arrêt, l'article 221-3 du Code de procédure pénale dispose que cette comparution peut être réalisée par visioconférence.²⁶ Plus généralement, la visioconférence est aujourd'hui possible pour le débat contradictoire prévu en matière de la prolongation de cette mesure devant le juge des libertés et de la détention, ainsi que pour les audiences relatives à ce contentieux devant la chambre de l'instruction ou la juridiction de jugement.²⁷

S'agissant de l'audience de jugement, la visioconférence est plus restrictivement admise. Les auditions de témoins, parties civiles et experts qui peuvent avoir lieu par visioconférence devant n'importe quelle juridiction de jugement et d'autre part, l'interrogatoire du prévenu détenu pour une autre cause qui ne pouvait intervenir, sous cette forme, que devant le tribunal de police et mais qui, depuis la loi du 26 janvier 2005, le peut aussi devant la juridiction de proximité, et

26 H. Matsopoulou, «Les innovations dans la conduite de l'information judiciaire: une urgence pour 2010! Commentaire de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale»: *Dr. pén.* 2007, étude 5, spéc. n° 24.

27 *Cass. crim.*, 6 août 2008, n° 08-83.498.

depuis la loi du 14 mars 2011, devant le tribunal correctionnel, avec l'accord de tous. En outre, la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme a expressément prévu l'utilisation de la visioconférence par les juridictions parisiennes d'application des peines spécialisées en matière de terrorisme (*CPP, art. 706-22-1 et D. 49-80*). Enfin, indépendamment du stade de la procédure où l'on se situe, l'article 706-71 prévoit la possibilité de recourir aux services d'un interprète par voie de visioconférence dans l'hypothèse où celui-ci serait dans l'impossibilité de se déplacer.²⁸

L'ensemble de ce dispositif s'est greffé sur un certain nombre de textes en matière d'entraide répressive internationale, comme la Convention du conseil de l'Europe du 29 mai 2000,²⁹ suivi du deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 16 octobre 2001 qui prévoit notamment

«qu'un témoin ou un expert dans un État membre peut être entendu par les autorités judiciaires d'un autre État membre par vidéoconférence si cela n'est pas contraire aux principes fondamentaux de l'État requis et si toutes les parties impliquées sont d'accord» (art. 10)

et qui organise également l'audition, sous cette forme, de la personne poursuivie (art. 10.9)³⁰.

Cette évolution sera certainement approuvée par ceux qui pensent que la *bonne administration de la justice*³¹ consiste à rendre une justice à montre coût, en évitant l'extraction et le transfèrement, en réduisant les dépenses liées au déplacement des témoins et des experts, ou en augmentant virtuellement la taille du prétoire. Une telle analyse pourrait du reste s'appuyer sur le dernier rapport de la *Commission européenne pour l'efficacité de la justice* (CEPEJ) du 20 sep-

28 Cass. 2e civ., 8 juill. 2004, Bull. civ. 2004, II, n° 364.

29 D. n° 2006-15, 5 janv. 2006: Journal Officiel 7 Janvier 2006; approuvé par la loi n° 2005-288 du 30 mars 2005 (Journal Officiel 31 Mars 2005).

30 Dans sa rédaction initiale résultant de la loi du 15 novembre 2001, l'article 706-71, alinéa 3 visait ainsi «l'exécution simultanée, sur un point du territoire de la République et sur un point situé à l'extérieur, de demandes d'entraide émanant des autorités judiciaires étrangères ou des actes d'entraide réalisés à l'étranger sur demande des autorités judiciaires françaises». Cette disposition, qui a été abrogée par la loi du 9 mars 2004, figure désormais à l'article 694-5, parmi les articles du Titre X du Livre IV du code consacré à l'entraide judiciaire internationale, aux termes duquel «les interrogatoires, les auditions ou les confrontations réalisés à l'étranger à la demande des autorités judiciaires françaises sont exécutés conformément aux dispositions du présent code, sauf si une convention internationale y fait obstacle». L'alinéa 3 de cet article ajoute, conformément à l'article 10.9, alinéa 3 de la convention, que «l'interrogatoire ou la confrontation d'une personne poursuivie ne peut être effectué qu'avec son consentement».

31 J. Lhullier, «La bonne administration de la justice en Europe», Thèse Nancy (2012).

tembre 2012³² et elle justifie que la matière pénale ne soit pas la seule touchée. On indiquera notamment que droit des étrangers a été très vite concerné. Ainsi, la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 a-t-elle prévu que les audiences concernant le placement des étrangers en rétention pourraient se dérouler avec l'utilisation de moyens de télécommunication audiovisuelle (*C. étrangers, art. L. 222-4 et s.*). Puis la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 a habilité le Gouvernement à introduire dans le Code de justice administrative le système de la visioconférence, ce qui a été fait, pour les juridictions d'outre-mer, par l'ordonnance n° 2005-657 du 8 juin 2005 et le décret n° 2005-974 du 10 août 2005.³³ Et la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 a permis que l'audience au cours de laquelle est examinée la décision de non-admission sur le territoire au titre de l'asile puisse se tenir dans la salle d'audience de la zone d'attente, le magistrat étant relié à cette salle par un moyen de communication audiovisuelle.³⁴ Enfin, le système a été étendu à l'ensemble des procédures judiciaires civiles, avec les lois n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 puis n° 2011-803 du 5 juillet 2011, ayant introduit un article L. 111-12 du COJ.³⁵

Mais, pour revenir à la matière pénale, le seul argument économique de bonne administration de la justice ne suffit pas, il est important que cette justice réponde aux exigences du procès équitable. A cet égard, il convient de noter que la Cour européenne des droits de l'homme a eu, à une vingtaine de reprises, l'occasion de se prononcer sur la compatibilité d'un certain nombre de dispositifs nationaux avec la Convention européenne des droits de l'homme (princi-

32 N. Fricero, «Une justice efficace et de qualité pour 800 millions d'européens, c'est possible! A propos du rapport de la CEPEJ du 20 septembre 2012», JCP G 2012, 1031.

33 *CJA, art. L. 781-1 et R. 781-1 et s.* – V. P. Cassia, *La vidéo-audience devant les juridictions administratives.* – À propos de l'ordonnance du 8 juin 2005 et du décret du 10 août 2005: JCPA 2005, act. 631.

34 *C. étrangers, art. L. 213-9.* – Cf. M. Merino, *La réforme du contentieux des étrangers. Aspects positifs et négatifs d'une réforme contestée:* Dr. adm. 2008, étude 3, spéc. n° 36 s.

35 «Les audiences devant les juridictions judiciaires, sans préjudice des dispositions particulières du code de la santé publique, du code de procédure pénale et du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, peuvent, par décision du président de la formation de jugement, d'office ou à la demande d'une partie, et avec le consentement de l'ensemble des parties, se dérouler dans plusieurs salles d'audience reliées directement par un moyen de télécommunication audiovisuelle garantissant la confidentialité de la transmission. L'une ou plusieurs de ces salles d'audience peuvent se trouver en dehors du ressort de la juridiction saisie. Pour la tenue des débats en audience publique, chacune des salles d'audience est ouverte au public. Pour la tenue des débats en chambre du conseil, il est procédé hors la présence du public dans chacune des salles d'audience. Les prises de vue et les prises de son ne peuvent faire l'objet d'aucun enregistrement ni d'aucune fixation, hors le cas prévu par les articles L. 221-1 et suivants du code du patrimoine. Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

palement art. 6). Depuis l'arrêt *Marcello Viola c. Italie*,³⁶ du 5 octobre 2006, la Cour a plusieurs fois rappelé que

«cette forme de participation à la procédure n'est pas, en soi, incompatible avec la notion de procès équitable et public, mais il faut s'assurer que le justiciable est en mesure de suivre la procédure et d'être entendu sans obstacles techniques et de communiquer de manière effective et confidentielle avec son avocat»³⁷.

Mais qu'en est-il du système français? Le débat *télévisuel* en France répond-il aux exigences du *procès équitable*? Ce sera la première question qu'il conviendra de résoudre (I), avant d'en poser une autre, d'ordre plus sociologique, qui est de savoir si ce débat télévisuel est également compatible avec le *procès ritualisé* ou s'il faut inventer un «*télérituel*» (II).

I. Le débat télévisuel

Comme l'a affirmé la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Marcello Viola c. Italie*, le débat télévisuel, «*n'est pas, en soi, incompatible avec la notion de procès équitable et public*»³⁸, mais encore faut-il, d'une part, que le *choix de la mesure* poursuive un but légitime (A) et, d'autre part, que le *déroulement de la mesure* permette l'exercice effectif des droits de la défense (B).

A. Le choix du débat télévisuel

Pour respecter les exigences du procès équitable, il apparaît que le débat télévisuel doit reposer sur un «*but légitime*». Or il y a deux façons, pour les juridictions supérieures, de s'assurer du respect de ce but légitime: examiner la motivation (1) ou s'assurer du consentement des intéressés (2).

1) *S'agissant de la motivation*, c'est un peu *le service minimum*. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme vérifie, dans chaque affaire, la légitimité du but poursuivi, mais celui-ci peut être aussi varié et vague que la défense de l'ordre public, la prévention du crime, la sûreté des témoins ou des victimes (ce qui concerne surtout la législation italienne sur la mafia) ou le respect du délai raisonnable en matière de durée des procédures judiciaires. Quant au Conseil constitutionnel français, il a eu l'occasion de se prononcer le 26 novembre 2003, à propos de la visioconférence applicable aux contentieux des étrangers, mais il

36 CEDH, *Marcello Viola c. Italie*, 5 oct. 2006, n° 45106/04.

37 V. notamment CEDH, *Saknovski c. Russie*, 2 nov. 2010, n° 21272/03.

38 M. Janin, «La visioconférence à l'épreuve du procès équitable», in *Cahiers de la justice* 2011/2 préc., p. 15.

s'est également contenté de motifs très généraux, à savoir: «*la bonne administration de la justice*» et «*la nécessité de limiter les transferts*», ce qui correspond à une logique gestionnaire. Enfin, la Cour de cassation n'a jamais été très exigeante non plus alors qu'elle a été très souvent amenée à statuer sur ce point. Ainsi, lors des premières utilisations de la technique à *Saint-Pierre et Miquelon*, la Haute juridiction a été saisie d'un pourvoi qui reprochait notamment à la décision attaquée de s'être bornée à affirmer que le recours à la visioconférence était justifié par l'urgence et l'impossibilité matérielle pour les magistrats assurant le remplacement des titulaires de se rendre sur place dans un délai raisonnable, «*sans indiquer les raisons pour lesquelles il ne pouvait être statué dans les délais prescrits par la loi ou dans les délais exigés par la nature de l'affaire*». Mais ce moyen a été écarté par la Cour de cassation qui a estimé que le seul énoncé des critères prévus alors par l'article L. 952-11 du Code de l'organisation judiciaire constituant une motivation suffisante.³⁹ Aujourd'hui l'article L. 513-4 du Code de l'organisation judiciaire n'impose guère plus de motivation; il dispose que

«lorsque la venue du magistrat assurant le remplacement n'est pas matériellement possible, soit dans les délais prescrits par la loi, soit dans les délais exigés par la nature de l'affaire, l'audience est présidée par ce magistrat depuis un autre point du territoire de la République, ce dernier se trouvant relié, en direct, à la salle d'audience, par un moyen de communication audiovisuelle».

Plus récemment, la Cour a jugé, à plusieurs reprises, que l'article 706-71 n'exige pas en matière de détention provisoire que la comparution par visioconférence, devant la Cour d'appel statuant sur une demande de liberté, soit motivée.⁴⁰ Ainsi, elle a jugé que le recours à la visioconférence qui n'a pas à être motivé, n'est nullement subordonné à l'impossibilité de faire conduire le prévenu dans le prétoire.⁴¹ Dans le même sens, il a été jugé que des juges ont pu refuser, à bon droit, de faire droit à la demande d'annulation d'une ordonnance de prolongation de la détention provisoire, dès lors que l'article 706-71 du Code de procédure pénale n'impose pas que figurent dans l'ordonnance de prolongation de la détention les motifs justifiant le recours à la télécommunication audiovisuelle, en cas de refus du détenu d'être entendu par ce moyen. Les juges ajoutent que le juge des libertés et de la détention a motivé sa décision de passer outre au refus du détenu d'être entendu par visioconférence par une décision préalable au débat contradictoire à lui notifiée ainsi que dans le procès-verbal du débat contra-

39 Cass. crim., 1^{er} avr. 2003, n° 02-86.763.

40 Cass. crim., 7 déc. 2010: Rev. sc. crim. 2011, p. 419 obs. J. Danet; v. également en dernier lieu Cass. crim., 29 janv. 2013, n° 12-87072.

41 Cass. crim., 2 mars 2010: Rev. sc. crim. 2011, p. 419 obs. J. Danet.

dictoire, dans lequel est mentionné un risque sérieux d'évasion.⁴² C'est dire que la condition de consentement doit aussi être relativisée.

2) *S'agissant du consentement* de l'intéressé, il n'est en principe pas nécessaire.⁴³ Tout au plus, un délai de prévenance de 5 jours est-il prévu pour permettre à l'avocat de s'organiser et notamment choisi le lieu où il se trouvera pour exercer sa défense (soit aux côtés du juge, soit aux côtés de son client). Cela dit, un refus mérite d'être pris en compte et la Cour de cassation veille en l'occurrence au caractère contradictoire de la procédure. Elle a jugé en ce sens que la présence d'un mise en examen détenu provisoire, qui avait demandé à comparaître, et pour lequel une visioconférence avait été prévu, s'impose à la chambre de l'instruction statuant sur l'appel d'une ordonnance de prolongation de la détention. Dès lors, en cas d'hospitalisation de la personne concernée, au jour de l'audience, la chambre de l'instruction ne peut examiner l'affaire en l'absence de celle-ci sans constater que cette circonstance imprévisible ne peut être surmontée, au besoin en différant l'audience dans les limites du délai légal.⁴⁴ Toutefois, la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 a légalisé une faculté de refus, puisque désormais, aux termes de l'article 706-71 du Code de procédure pénale

«lorsqu'il s'agit d'une audience au cours de laquelle il doit être statué sur le placement en détention provisoire ou la prolongation de la détention provisoire, la personne détenue peut refuser l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle».

Mais cette faculté doit aussi être relativisée car le texte ajoute «sauf si son transport paraît devoir être évité en raison de risques graves de troubles à l'ordre public ou d'évasion».⁴⁵

B. Le déroulement du débat télévisuel

Le déroulement du débat télévisuel ne peut se maintenir que si l'organisation de ce débat permet le respect des droits de la défense.⁴⁶ C'est ce qui ressort de la

42 Cass. crim., 6 oct. 2010, n° 10-85.237, 5633; JurisData n° 2010-020742; Bull. inf. C. cass. 1er févr. 2011, n° 65.

43 V. F. Rocheteau, op. cit., «Rien dans l'article 706-71 ne permet de penser que le législateur ait entendu subordonner l'emploi de la visioconférence à l'accord des personnes intéressées: parquet, partie civile, mis en examen, détenu ou prévenu. Une telle exigence aurait certainement eu pour effet de vider ce texte de tout intérêt pratique. En outre, en raison de son caractère d'ordre public, la procédure pénale se prête mal à une contractualisation des moyens déployés lors de l'audience».

44 Cass. crim., 17 mars 2009, n° 08-88460; Bull. crim. 2009, n° 56; AJ Pénal 2009, 233 obs. J. Laserre Capdeville.

45 Cass. crim., 11 oct. 2011, Bull. crim. n° 197; D. 2011, Actu. 2732 obs. M. Léna.

46 V. les doutes du Contrôleur général des lieux de privation de libertés qui écrivait le 14 octobre

jurisprudence de la Cour européenne de droits de l'homme, qui procède à un examen concret des modalités de déroulement de l'audience, au regard des exigences du respect des droits de la défense. Partant du postulat que la visioconférence permet à l'accusé de participer aux débats de façon satisfaisante, seule l'existence de défaillances d'ordre technique venant entraver l'exercice, par l'accusé, des droits de la défense – à condition que celui-ci s'en soit prévalu à l'audience – ou la méconnaissance de la confidentialité des transmissions entre l'accusé et son avocat sont de nature à entraîner une violation de l'article 6. C'est dire qu'en matière de débat télévisuel, le respect des droits de la défense suppose en premier lieu, le respect de la *fluidité* des débats (1) et en second lieu, le respect de la *confidentialité des débats* (2).

1) *S'agissant de la fluidité*, elle doit être assurée par le bon fonctionnement du dispositif technique. Aussi, pour constater un éventuel dysfonctionnement est-il prévu: soit que deux procès-verbaux seront dressés, l'un signé par le magistrat et son greffier dans la salle d'audience, l'autre par un greffier qui se trouve près de la personne entendue (ce qui, soit dit en passant, permet de relativiser l'argument économique!); soit qu'un seul procès-verbal sera dressé dans la salle d'audience, puis immédiatement envoyé par voie numérique sur le lieu où se trouve la personne détenue pour qu'elle le contresigne (CPP, art. D. 47-12-2). Mais il semble que la Cour de cassation n'est pas très stricte dans le respect de cette exigence. Elle é a ainsi jugé qu'une personne détenue ne saurait se faire un grief de l'absence de procès-verbal des opérations de visioconférence accomplies à la maison d'arrêt visées par l'article 706-71 du Code de procédure pénale, dès lors que le procès-verbal dressé par le greffier de la chambre de l'instruction ainsi que les mentions de l'arrêt attaqué et les pièces de procédure mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que les conditions légales de déroulement de l'audience ont été respectées.⁴⁷ Du reste, la fluidité de l'échange est nécessairement limitée par l'existence de l'écran, qui crée une distance et fait perdre de la *spontanéité*.⁴⁸ Ainsi l'accès au dossier n'est possible qu'après sa numérisation et la production de pièces à l'audience ne devient possible que si elles sont également numérisées, ce qui n'est pas toujours évident et pas forcément économique non plus.

2) *S'agissant de la confidentialité*, elle paraît difficile à respecter. C'est ce qui explique que les avocats soient très réservés sur l'emploi de cette technique. La visioconférence en effet ne permet pas de respecter une «*intimité dans la dé-*

2011 que «*le développement inconsidéré d'une telle pratique risque de porter atteinte au droits de la défense*».

47 Cass. crim., 6 oct. 2010, Bull. crim. n° 152; AJ Pénal 2011, p. 41.

48 V. B. Lugan, «*Ce dispositif nous prive de toute spontanéité*», Interview par S. Lavric, AJ Pénal 2007, p. 466 – 467.

fense»,⁴⁹ laquelle suppose la proximité physique entre l'avocat et son client (on a tous en tête l'image de l'avocat qui chuchote à l'oreille de son client pendant une audience). Il faudrait donc prévoir aussi une salle sans greffier pour permettre un échange vraiment confidentiel, ou empêcher que le procès-verbal retranscrive certains échanges. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme veille à ce qu'un minimum de confidentialité soit respecté. Elle a eu l'occasion de se prononcer dans une affaire où les conversations entre un accusé, comparant à distance par le biais de la visioconférence, et son avocat, couvertes par la confidentialité, avaient été retranscrites par un surveillant dans un rapport que le défenseur avait ultérieurement découvert au dossier. La Cour a logiquement conclu à la violation de l'article 6, § 3, c) de la convention, combiné avec l'article 6, § 1.⁵⁰ D'une manière plus générale, on sent bien que cette exigence de confidentialité n'est pas compatible avec la distance créée par l'écran. La question qui se pose alors est celle de savoir si le débat télévisuel est compatible avec le procès ritualisé.

II. Le débat «télé-rituel»?

Poser la question d'un éventuel «télé-rituel», c'est s'interroger sur l'avenir du rituel judiciaire «à la Française»,⁵¹ confronté à la technique audiovisuelle. Cette question de *l'impact de la télévision sur le rituel judiciaire* a suscité beaucoup de crainte⁵² mais a fait l'objet de très peu de recherches. Il faut néanmoins citer les travaux de Mme Laurence Dumoulin⁵³ ou de M. Jean Danet⁵⁴ et de M. François Desprez,⁵⁵ qui ont chacun montré que le rituel, la dramaturgie ou la mise en scène

49 F. Doyez, «La communication électronique et la visioconférence: le point de vue de l'avocat», in Les nouveaux enjeux de la défense pénale, colloque Lyon 27 nov. 2012.

50 CEDH, 27 nov. 2007, *Zagaria c/ Italie*, n° 58295/00.

51 H. Jung, «Strafjustizrituale à la française», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 2012, p. 519 et s.

52 Ph. Piot, «Du caractère public du procès pénal», *op. cit.*, p. 460.

53 L. Dumoulin, «Présents, distants ou absents? Les justiciables et le développement de la visioconférence dans la justice française», conférence, Dijon, 2012. Mme Dumoulin montre comment les justiciables sont «mis à distance dans le cadre de l'audience» et comment la visioconférence en remettant en cause l'unité de lieu qui caractérise l'audience «*bouscule (...) la dramaturgie classique du procès*». Plus précisément, selon cette chercheuse, la technique oblige à «*remodeler les audiences que ce soit sur le plan de l'organisation de tours de paroles (sérieier les tous de paroles pour empêcher les chevauchements qui nuisent à la bonne compréhension) ou sur celui de la structure du procès (pour tenir compte des contraintes de décalage horaire par exemple)*».

54 Sur les rapports entre le rituel d'audience et la visioconférence, v. J. Danet, «La justice pénale entre rituel et management», Presses Universitaires de Rennes, 2010, p. 197 et s.

55 F. Desprez, «Rituel judiciaire et procès pénal», LGDJ, *Bibl. sc. crim.*, t. 46, 2009, n° 429 et s.

judiciaire, devait aujourd'hui composer avec l'écran, ce qui conduisait à une sorte de «désolennisation» du rituel judiciaire⁵⁶ ou à tout le moins une «réduction» de la solennité⁵⁷. Ces auteurs ont également montré que la visioconférence produisait dans une salle d'audience, à la fois une *mise à distance* des justiciables, donc un *éloignement* des protagonistes (A) et paradoxalement, selon la prise de vue ou la taille du plan ou de l'écran, une *mise en relief* donc un rapprochement des protagonistes (B).

A. Une mise à distance

L'écran de télévision ou d'ordinateur instaure inévitablement une distance entre les personnes filmées et leurs interlocuteurs, laquelle pourraient, selon les spécialistes, conduire à une distanciation entre le récit et la réalité. Ce n'est en effet plus uniquement un procès, c'est «*de la télé*», ce qui implique non seulement une perte de crédibilité des témoignages (2), mais peut-être aussi une perte de crédibilité de la justice (2).

1) La question de la *perte de crédibilité des témoignages* se pose naturellement car avec la distance, le témoin peut être tenté de ne pas dire la vérité: il ne sent pas le regard du public, il ne croise pas celui de l'accusé, il peut avoir les mains qui tremblent sans que personne ne le voit. La portée de son témoignage doit donc être relativisée, du fait d'une certaine perte de crédibilité. C'est d'ailleurs un écueil qui a été relevé par la chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadic*: après avoir exposé que «*le principe est qu'un témoin doit être physiquement présent au siège du tribunal international*», la chambre a exigé de la défense

«la démonstration que le témoignage est suffisamment important pour que son absence entache les poursuites d'iniquité, et que le témoin n'est pas en mesure ou refuse de venir au tribunal international».

Elle a ensuite précisé que le lieu où se déroule le témoignage

«doit être propice à la présentation d'un témoignage véridique et libre»; «la chambre de première instance mandatera un officier instrumentaire en vue de garantir que le témoignage est donné librement par le témoin et de son plein gré»;

le témoin, ainsi que les juges, l'accusé et la personne procédant à l'interrogatoire devront être en mesure de se voir par écran interposé. Enfin, le tribunal a déclaré que:

56 F. Desprez, «Rituel judiciaire et procès pénal», *op. cit.*, n° 429.

57 V. J. Bossan, «La visioconférence dans le procès pénal», art. préc., n° 17 (l'auteur parle d'une «solennité réduite», en dénonçant le fait que cette spécificité est encore «négligée»).

«la valeur probante d'un témoin qui est physiquement présent est supérieure à celle d'un témoignage donné par voie de vidéoconférence. La présence physique d'un témoin au siège du tribunal international permet aux juges d'évaluer la crédibilité d'une personne témoignant dans le prétoire. De surcroît, la présence physique du témoin au siège du tribunal international peut contribuer à le décourager de faire un faux témoignage»⁵⁸.

2) La question de la perte de la crédibilité de la justice mérite également d'être posée, vis-à-vis du détenu qui n'est pas physiquement présent dans la salle d'audience. En restant dans la maison d'arrêt, il ne ressent pas le symbolisme de la justice. Il ne voit pas le *decorum* qui donne, le cas échéant, de la majesté au débat ou qui soutient, à tout le moins, l'*imperium* de la justice. De ce point de vue, il conviendrait de réfléchir à une façon de filmer qui permette au détenu de voir la salle d'audience, pour pouvoir croire en la Justice et mieux accepter ses décisions.

B. Une mise en relief

Paradoxalement, la technique audiovisuelle rapproche aussi les différents protagonistes car la prise de vue met en relief les visages des uns et des autres, si bien que tout le monde par l'intermédiaire de l'écran se trouvent à la même distance de la personne filmée. L'écran reproduit donc une certaine égalité devant la justice (1). Mais ce rapprochement comporte le risque de faire naître une vérité, plus télévisée, que judiciaire (2).

1) Le débat télévisuel instaure une nouvelle forme d'égalité devant la justice, car comme l'a relevé un auteur,⁵⁹ l'écran produit une «*équidistance*» permettant à chacun d'observer mieux que dans la réalité les expressions physiques des autres (surtout dans les juridictions internationales où chacun disposent d'un écran devant lui) et cet auteur d'y voir un retour au symbolisme du bouclier d'*Ulysse* dans l'*Illiade*, qui représentait une scène de justice en rond. Le cercle étant le symbole d'une justice démocratique, fondées sur ce que *Denis Salas* appelle «l'isonomie»,⁶⁰ ou la répartition égale des droits.

2) De ce rapprochement va naître une *vérité télévisée* dont on peut se demander si elle est conforme ou non à la vérité judiciaire.⁶¹ Une éventuelle distorsion pourrait naître par exemple de la technique du plan: le gros plan peut à la fois oblitérer un certain nombre de faits et gestes mais aussi accentuer les

58 Ch. de première instance II, 27 nov. 1996, aff. n° IT-94-1-T. – v. R. H.-A. Carter, «Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie», éd. L'Harmattan, 2006, p. 201 s.

59 Ph. Piot, Du caractère public du procès pénal, *op. cit.*, p. 460.

60 D. Salas, «Du procès pénal», les voies du droit, Paris, PUF, 1992, p. 12.

61 La question il est vrai peut aussi se poser à partir du choix de la mesure. Qui en effet de l'*impartialité* des juges qui pourraient être influencés par le choix d'une visioconférence motivées pour des raisons de sécurité ou de dangerosité?

émotions ou certains traits physiques. Le juge ou le jury ne risque-il pas d'être impressionné par la victime dont les souffrances apparaissent en gros plan? On songe notamment, à cette affaire du bus incendié de Marseille, où la jeune victime Mlle *Mama Galledou* brûlée vive n'accepta de participer à l'audience que par le truchement de la visioconférence, pour ne pas croiser le regard des accusés ni risqué d'être harcelée par les médias: la défense n'a pas osé s'y opposer et l'on peut penser que l'impact du visage de la victime à l'écran a été déterminant de la sanction qui a été prononcée. Et *Jean Danet* qui a étudié ce cas, s'est même demandé si on ne risquait pas à l'avenir de rencontrer des hypothèses où le témoin ou la partie civile se trouvera «dans une situation de force pour imposer l'écran», et c'est alors le droit à l'appel et le droit à un débat contradictoire qui seront affectés.⁶² Ce risque est bien présent et il faut en être conscient pour ne pas confondre le procès filmé avec la «télé réalité», ni l'audience avec l'audimat.

62 J. Danet, «Rituel d'audience et visioconférence», *op. cit.*, p. 199.

VI. Verstäadigung /
Le «plaidier coupable»

Neues zur Verständigung im deutschen Strafverfahren?

Quoi de neuf sur les accords de procédure en procédure pénale allemande?

Le cadre défini par le code de procédure pénale de l'Empire allemand de 1877 s'est révélé remarquablement stable en dépit des modifications qu'a connues le procès pénal au cours du temps. La place centrale de l'audience n'a jamais été formellement contestée, le code (§ 261) affirmant encore aujourd'hui que le jugement repose exclusivement sur les preuves présentées et discutées lors des débats. Or si ce cadre convenait parfaitement à la criminalité soumise aux tribunaux à la fin du 19^{ème} siècle, il n'en va plus de même aujourd'hui où la majeure partie des petits ou moyens délits font l'objet d'un classement ou sont traités par la voie de l'ordonnance pénale. Les infractions qui donnent lieu à une audience sont généralement complexes et requièrent de longues et délicates investigations. En raison de la technicité et du caractère souvent international des preuves présentées, elles se prêtent mal à une instruction orale selon les règles classiques. Les moyens limités de la justice et la fiabilité croissante des enquêtes ont conduit au développement des accords de procédure par lesquels l'accusé reconnaît sa culpabilité et obtient le prononcé d'une peine plus clément et qui permettent une accélération de la réaction sociale.

Après que la Cour fédérale de justice a essayé d'encadrer ces pratiques (1997), le législateur leur a donné une base légale en créant le § 257c du code de procédure pénale (2009). Les accords sont dans l'intervalle devenus une pratique quotidienne des tribunaux allemands. Ils n'en soulèvent pas moins certaines difficultés au regard des principes fondamentaux de la procédure (remise en cause de la recherche de la vérité matérielle, du principe de culpabilité, du principe d'égalité devant la justice). Le § 257c consacre la conception jurisprudentielle: l'accord est conclu entre le ministère public, l'accusé et le tribunal (qui peut donc exercer des pressions en faveur de sa conclusion); il ne porte pas sur la reconnaissance de la culpabilité mais sur la peine uniquement, pour laquelle le tribunal peut définir une fourchette; l'aveu de l'accusé est la contrepartie attendue; le juge peut s'évader du cadre répressif qu'il a lui-même défini, notamment s'il a mal apprécié les circonstances de l'infraction, mais l'aveu ne peut plus alors être utilisé; indépendamment de l'accord conclu, le tribunal reste tenu d'élucider les faits – on

considère généralement qu'il suffit qu'il compare l'aveu avec le contenu du dossier; l'accord est constaté dans le procès-verbal des débats et dans le jugement qui demeure susceptible de recours, toute renonciation étant réputée non avenue. L'intervention du législateur, si elle n'a pas résolu les problèmes soulevés par la pratique des accords de procédure, a introduit un minimum d'équité. Nombre d'accords continuent pourtant de ne pas respecter les règles légales, sans que la Cour fédérale de justice y voie une cause de cassation. Force est d'admettre que ces pratiques sont structurellement incompatibles avec l'obligation de rechercher la vérité matérielle et avec le principe de culpabilité; elles peuvent conduire à une perte de contrôle du juge sur le contenu de sa décision, qui reprend fréquemment le libellé des procès-verbaux rédigés par la police. Le risque que l'aveu ne corresponde pas à la réalité ne peut en outre être écarté.

Saisie d'un recours, la Cour constitutionnelle fédérale a rendu le 19 mars 2013 une décision décevante, se rangeant à l'avis du gouvernement fédéral selon lequel les accords de procédure sont conformes aux règles constitutionnelles dès lors que la transparence et la publicité de la procédure sont garanties et que l'accord est constaté dans le procès-verbal des débats et dans le jugement. La décision fait du ministère public le gardien de la légalité en la matière et impose au législateur d'observer les évolutions de la pratique et d'en tirer toutes les conclusions utiles. Elle est, il est vrai, susceptible de donner une impulsion positive à la pratique dans la mesure où elle souligne l'importance du principe de culpabilité et rappelle qu'il en découle pour le juge l'obligation de toujours rechercher la vérité matérielle, cette obligation n'étant pas à la disposition du législateur. Elle ne résout cependant en rien les problèmes de fond posés par ces accords. D'un formalisme excessif, elle ne protège suffisamment ni l'accusé ni la victime et fait l'économie d'une réflexion sur le rôle de l'audience, ce qu'il est permis de regretter.

I. Das Problem: Hauptverhandlung des 19. Jahrhunderts für Strafsachen des 21. Jahrhunderts

Die Strafprozessordnung des Deutschen Reiches von 1877 war ohne Zweifel ein großer Wurf. Sie beruht auf einem stabilen Gleichgewicht zwischen hergebrachten Prinzipien, insbesondere dem Auftrag des Gerichts zur „inquisitorischen“, selbständigen Aufklärung des Sachverhalts, und modernen Elementen, insbesondere dem liberalen Schutz des Bürgers – auch des einer Straftat beschuldigten Bürgers – vor ungezügelter Zugriff der Staatsgewalt. Den Höhe- und Zielpunkt des Strafverfahrens bildet im Konzept der RStPO die öffentliche Hauptverhandlung, in der über alle für die Schuld- und Straffrage relevanten Umstände von Grund auf Beweis geführt wird. Das Konzept der RStPO hat sich

über eine erstaunlich lange Zeit hinweg als praktikabel, funktional und anpassungsfähig erwiesen.¹ Dabei haben die „Anpassungen“ manche Prinzipien der RStPO tiefgreifend verändert – so wurde etwa das ursprünglich strikte Legalitätsprinzip nach und nach durch weitgehendes staatsanwaltschaftliches Ermessen hinsichtlich der Anklageentscheidung ersetzt und das Vorverfahren durch die Zurückdrängung und letztlich Abschaffung der richterlichen Voruntersuchung ganz in die Hände von Staatsanwaltschaft und Polizei gelegt.² Die Idee der Hauptverhandlung als „eigentlichem“ Ort der Präsentation der Beweise und der öffentlichen Erörterung aller prozessrelevanten Umstände ist jedoch trotz aller Veränderungen im Detail erhalten geblieben. Maßgeblich ist immer noch die Regel des § 261 StPO, wonach das Gericht sein Urteil (allein) auf den „Inbegriff der Hauptverhandlung“ zu stützen hat. Daraus folgt, dass der gesamte für Schuldanspruch und Strafzumessung relevante Stoff nach wie vor vollständig, mündlich und unmittelbar in öffentlicher Verhandlung zu erörtern ist. Als Beweismittel steht dort ausschließlich das klassische Quartett von Zeugen, Sachverständigen, Urkunden und Augenschein zur Verfügung.

Diese Art der öffentlichen mündlichen Beweisaufnahme passte gut zu den Straftaten, die gegen Ende des 19. Jahrhunderts vornehmlich zu verhandeln waren: Tötungsdelikte, Körperverletzungen, Raubüberfälle, Sexualdelikte, Einbrüche und andere Diebstähle, kleinere Betrügereien. Auch wenn die Aufklärung solcher Taten mittels präsenter Beweismittel in öffentlicher Verhandlung manchmal mühsam und zeitaufwendig sein mochte, so waren die Fälle doch in der Regel in wenigen Stunden oder höchstens in ein paar Verhandlungstagen abzuschließen.

Im 21. Jahrhundert bietet die Kriminalität, die nach strafprozessualer Erledigung in einer Hauptverhandlung verlangt, vielfach ein anderes Bild. Nur rund 11 % der Fälle, in denen die Polizei einen Tatverdächtigen ermittelt, werden nach § 170 Abs. 1 StPO angeklagt.³ Dies bedeutet, dass viele der relativ geringfügigen und einfach zu beweisenden Fälle, die im 19. Jahrhundert den Gerichtsalltag bestimmt haben mögen, heute das Stadium der Hauptverhandlung gar nicht erreichen, sondern durch die Staatsanwaltschaft eingestellt oder im schriftlichen Strafbefehlsverfahren erledigt werden. Die Fälle, die angeklagt werden, sind dafür nicht selten umfangreich sowie sachlich und rechtlich kompliziert; dies

1 Siehe die eingehende Würdigung der vergänglichen und bleibenden Elemente der RStPO bei Rieß, in: Arnold u. a., *Menschengerechtes Strafrecht*, 2005, S. 443.

2 Einzelheiten zur Entwicklung des Strafprozessrechts seit 1877 bei LR/Kühne, StPO, 26. Aufl. 2006, Einl. Abschnitt F.

3 Von etwa 4,5 Millionen Fällen mit bekannten Tatverdächtigen haben die Staatsanwaltschaften im Jahre 2012 in rund 495.000 Fällen Anklage erhoben und in 531.000 Fällen einen Strafbefehl beantragt. Alle übrigen Fälle wurden eingestellt oder anderweitig erledigt. *Statistisches Bundesamt*, Fachserie 10, Reihe 2.6, Rechtspflege. Staatsanwaltschaften 2012, 2013, S. 26.

gilt insbesondere für Wirtschaftsstrafsachen sowie für solche Verfahren, in denen umfangreiche, oft geheime Ermittlungen (z.B. durch verdeckte Überwachungsmaßnahmen oder den Einsatz von Informanten) durchgeführt worden sind. Für die Aufklärung und Darstellung solcher Fälle eignet sich die Hauptverhandlung der RStPO prinzipiell nicht, da der Beweis bei ihnen nicht mittels einer Handvoll Tatzeugen geführt werden kann, sondern nur durch die Zusammenschau zahlreicher Dokumente und elektronisch gespeicherter Daten und/oder durch die Auswertung der umfangreichen Ergebnisse von akustischen Überwachungsmaßnahmen. Weiter kompliziert wird die Beweispräsentation in der Hauptverhandlung alten Stils durch die internationalen Bezüge vieler Straftaten; hier bedarf es der Einführung von Beweismitteln, die im Ausland gewonnen wurden, was nicht nur praktische, sondern auch rechtliche Schwierigkeiten aufwerfen kann.⁴

Während sich die nach den Prinzipien des 19. Jahrhunderts geführte Hauptverhandlung zunehmend als dysfunktional für die Bewältigung eines großen Teils der modernen Kriminalität erweist, führen die Methoden und die heutigen rechtlichen Regelungen des Ermittlungsverfahrens dazu, dass dieses einigermaßen verlässliche Aufklärungsergebnisse hervorzubringen imstande ist. Dies wirft die allgemeine Frage nach der angemessenen Verteilung der Gewichte zwischen Ermittlungsverfahren und Hauptverhandlung auf, der hier allerdings nicht im einzelnen nachgegangen werden kann.⁵ Festzuhalten ist zunächst nur, dass die nach den gesetzlichen Vorgaben geführte Hauptverhandlung ihrem Ziel, die für die gerichtliche Entscheidung notwendige Sachaufklärung unter Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligter in angemessener Zeit und mit vertretbarem Arbeitsaufwand zu gewährleisten, oft nicht mehr gerecht werden kann.⁶ Denkbar wäre eine regelgerechte Erledigung aller angeklagten Fälle nur dann, wenn der Staat bereit wäre, der Justiz das dafür notwendige (zahlreiche) Personal zur Verfügung zu stellen. Dass man dazu in der Bundesrepublik Deutschland ersichtlich nicht bereit ist, ist zu bedauern. Denn durch die Sparsamkeit bei der personellen Ausstattung seiner Justiz⁷ verstrickt sich der Staat in

4 Siehe hierzu zuletzt *Gleß*, ZStW 125 (2013), 573 ff. m. w. N.

5 Siehe hierzu schon *Weigend*, FS Eisenberg, 2009, S. 657. Einen Vorschlag zu einer Neugestaltung des Verhältnisses zwischen Ermittlungs- und Hauptverfahren enthält auch der „Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme“ eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und Schweizer Strafrechtslehrer, GA 2014, 1.

6 Dies gilt unabhängig von der Tatsache, dass die Zahl der Verfahrenseingänge von Strafsachen bei den Amtsgerichten zwischen 2005 und 2011 von 875.000 auf 770.000 zurückgegangen ist; s. *Statistisches Bundesamt*, Justizgeschäftsstatistik. Geschäftsentwicklung bei Gerichten und Staatsanwaltschaften seit 1995, 2012, S. 21.

7 Die Zahl der Staatsanwälte ist von 1997 bis 2011 in Deutschland gleichgeblieben; siehe *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege. Ausgewählte Zahlen für die Rechtspflege, 2012, S. 15 (1997: 5211; 2011: 5246).

einen Selbstwiderspruch, indem er seine Justiz außerstande setzt, die ihr anvertrauten Gesetze zu befolgen. Dessen ungeachtet wäre es unrealistisch, für die absehbare Zukunft eine massive Aufstockung der Justizhaushalte zu erwarten.

II. Die Lösung: Verständigung statt Sachaufklärung

Man ist in Deutschland vielmehr den umgekehrten Weg gegangen und hat es unternommen, die Rechtslage der Verfahrenswirklichkeit und den postulierten Zielen von Effizienz und Geschwindigkeit bei der Erledigung strafrechtlicher Fälle anzupassen. Dabei hat sich zunächst die Rechtspraxis selbst die gewünschte Erleichterung verschafft, indem sie begann, die Regeln der Strafprozessordnung zu ignorieren und den Inhalt von Strafurteilen ohne Sachaufklärung in der Hauptverhandlung durch informelle „deals“ auszuhandeln. Die Initiative dazu ging meist von Strafverteidigern aus; teilweise wurden informelle Gespräche auch von den Richtern selbst initiiert. Manchmal waren es auch „aktive“ Verteidiger, die die Gesprächsbereitschaft des Gerichts dadurch förderten, dass sie den Ablauf der Hauptverhandlung durch eine Vielzahl von Anträgen verzögerten.⁸ Brennpunkte der informellen Absprachen waren stets die Verfahrensbeschleunigung durch ein (oft nur sehr formales) Geständnis des Angeklagten einerseits und die Zusicherung einer (bestimmten) milden Strafe durch das Gericht andererseits.

Diese zunächst diskret betriebene Praxis wurde seit Beginn der 1980er Jahre der Öffentlichkeit bekannt.⁹ Nach einigem Zögern akzeptierte der Bundesgerichtshof im Jahre 1997 die Absprachenpraxis als solche und versuchte gleichzeitig, ein Regelwerk zu etablieren, bei dessen Einhaltung Urteilsabsprachen mit der StPO vereinbar sein sollten.¹⁰ Eine nachhaltige Regulierung und Befriedung der Justizpraxis vermochte diese Entscheidung jedoch nicht zu bewirken, und so wurde schließlich, nach einem ausdrücklichen Hilferuf des BGH,¹¹ der Gesetzgeber tätig und schuf im Jahre 2009 mit § 257c StPO und einigen Begleitvorschriften eine gesetzliche Regelung der nunmehr „Verständigung“ genannten Praxis.

8 Die überaus umfangreiche Literatur zur Praxis der Absprachen kann hier nicht im einzelnen nachgewiesen werden. Grundlegend und immer noch lesenswert hierzu *Schünemann*, Absprachen im Strafprozeß, Gutachten B für den 58. Deutschen Juristentag, 1990; siehe ferner *Dencker/Hamm*, Der Vergleich im Strafprozeß, 1988; *Hassemer/Hippler*, StV 1986, 360; *Weßlau*, ZStW 116 (2004), 150.

9 Die erste Veröffentlichung dazu stammt von *Hans-Joachim Weider* unter dem Pseudonym „Detlef Deal“ in StV 1982, 545.

10 BGHSt 43, 195. Siehe dazu *Weigend*, NSTZ 1999, 57.

11 BGHSt 50, 40, 63 f.

Verständigungen bestimmen inzwischen in weitem Umfang den gerichtlichen Alltag. Nach einer Umfrage aus dem Jahre 2012 unter Richtern, Staatsanwälten und Rechtsanwälten im Land Nordrhein-Westfalen werden dort 18 % der Strafverfahren am Amtsgericht und 23 % der Verfahren am Landgericht durch Absprachen erledigt.¹² Bei der Bewertung dieser Zahlen ist zu bedenken, dass insbesondere vor den Amtsgerichten sehr viele „open-shut“-Fälle zur Verhandlung stehen, in denen der Angeklagte keinen Verteidiger hat, die Beweislage eindeutig ist und/oder der Angeklagte schon im Ermittlungsverfahren ein Geständnis abgelegt hat, so dass er keine „Verhandlungsmasse“ für Verständigungsgespräche besitzt. Es sieht also so aus, als würde die große Mehrzahl der „streitigen“ Fälle, die angeklagt werden, letztlich durch Absprachen zwischen den Verfahrensbeteiligten erledigt.

III. Probleme der (regulierten) Absprachenpraxis

Die Grund- und Detailprobleme, die die Absprachenpraxis auch in einigermaßen „regulierter“ Gestalt aufwirft, sind vielfach benannt und erörtert worden.¹³ Die wesentlichen Konfliktpunkte dieser Praxis mit der grundsätzlichen Ausrichtung des deutschen Straf- und Strafverfahrensrechts liegen in folgenden Bereichen:

1. Das Strafurteil kann nach deutschem Verständnis – im Gegensatz zum anglo-amerikanischen Prozessdenken – nicht durch einen bloßen Konsens der „Parteien“ legitimiert werden,¹⁴ sondern nur dadurch, dass sich das Gericht mit den ihm zur Verfügung stehenden (Beweis-)Mitteln um die Aufklärung des relevanten Geschehens (also um die „Wahrheit“) bemüht. Dieses Legitimationsprinzip wird preisgegeben, wenn das Urteil nicht auf die in der Hauptverhandlung ermittelte „Wahrheit“, sondern auf die Akzeptanz eines vom Gericht vor der Hauptverhandlung vorgeschlagenen Urteilsinhalts durch den Angeklagten und die Staatsanwaltschaft gestützt wird.

2. In materiell-rechtlicher Hinsicht gefährdet ein System des Dealens das

12 *Altenhain/Dietmeier/May*, Die Praxis der Absprachen im Strafverfahren, 2013, S. 31.

13 Knappe, aber vernichtende Kritik an der Absprachenpraxis und ihrer gesetzlichen Regelung bei *LR/Stuckenberg*, 26. Aufl. 2013, § 257c Rn. 1–19. Siehe auch die Beiträge von *Schünemann* (Fn. 8) und *Weßlau* (Fn. 8), ferner *Duttge*, ZStW 15 (2003), 539; *Murmann*, ZIS 2009, 526; *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozeß, 1990; *Schünemann*, FS Rieß, 2002, S. 525; *Weigend*, JZ 1990, 774.

14 Siehe hierzu *Weßlau*, Das Konsensprinzip im Strafverfahren – Leitidee für eine Gesamterform?, 2002; *Hörnle*, Rechtstheorie 35 (2004), 175, 177 ff.; befürwortend *Strafrechtsausschuss BRAK*, NJW-Sonderdruck „Der Deal im Strafverfahren“, 2006, S. 3; *Jahn*, ZStW 118 (2006), 427; *Weichbrodt*, Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen, 2006; *Widmaier*, NJW 2005, 1985, 1987.

nicht nur in § 46 Abs. 1 Satz 1 StGB vorgeschriebene, sondern auch verfassungsrechtlich verankerte „Schuldprinzip“ bei der Strafzumessung. Danach ist die Schuld des Täters die Grundlage für die Zumessung der Strafe, und das Strafmaß darf weder nach oben noch nach unten vom Maß des verschuldeten Unrechts abweichen.¹⁵ Wenn aber die „Sanktionsschere“ zwischen einer für ein Geständnis angebotenen milden Strafe und einer strengen Sanktion nach einer „streitigen“ Hauptverhandlung vor den Augen des Angeklagten geöffnet wird, entscheidet nicht mehr seine Tatschuld, sondern sein Prozessverhalten über die Höhe der Strafe. In der Praxis wird zwar allgemein ein von Einsicht und Reue getragenes Geständnis als Strafmilderungsgrund angesehen,¹⁶ aber selbst wenn sich diese Einschätzung aus spezialpräventiven Erwägungen begründen lässt, setzt sie doch ein nicht bloß taktisch eingesetztes Geständnis voraus (wie es im Fall einer Absprache die Regel sein dürfte) und erlaubt außerdem eine Strafmilderung nur innerhalb des Rahmens, der durch das Prinzip der Schuldangemessenheit gesetzt wird. Im übrigen geht es bei der „Sanktionsschere“ keineswegs nur um zu *milde* Strafen, sondern die eigentliche Gefahr liegt darin, dass der Angeklagte mit einer nicht mehr schuldangemessenen *hohen* Strafe bedroht wird, um ihn zu einem verfahrensabkürzenden Geständnis zu bewegen. Der so bewirkte Unterwerfungsdruck auf den Angeklagten begründet im übrigen auch Zweifel an der Freiwilligkeit seines Geständnisses, und in manchen Fällen dürfte es nicht fernliegen, dessen Unverwertbarkeit wegen unzulässiger „Drohung“ im Sinne von § 136a Abs. 1 Satz 3 StPO anzunehmen.¹⁷

3. Schließlich erwecken Absprachen auch im Hinblick darauf rechtliche Bedenken, dass nur bestimmte Gruppen von Angeklagten Aussicht auf ein ausgehandeltes milderes Urteil haben, nämlich diejenigen, die nicht schon früh im Verfahren ein Geständnis abgelegt haben und die über einen kompetenten Verteidiger verfügen. Außerdem liegt es im freien Ermessen des Gerichts, ob es sich überhaupt in Gespräche über eine Verständigung einlassen möchte, und ebenso im Ermessen der Staatsanwaltschaft, ob sie einer Verständigung zustimmt oder sie durch ihr Veto blockiert. In beiden Umständen kann eine Verletzung des Gleichheitssatzes liegen, da die rechtliche Regelung keinerlei

15 S. MüKo-StGB/*Miebach*, 2. Aufl. 2012, § 46 Rn. 17–21 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung.

16 Siehe etwa *Miebach* (Fn. 15), § 46 Rn. 130 (und Rn. 217 zu einem Geständnis im Rahmen einer Verständigung); weitergehend (aber verfehlt) LK/*Theune*, 12. Aufl. 2006, § 46 Rn. 206 (Geständnis könne dem Angeklagten auf jeden Fall als „Beitrag zur Sachaufklärung und Verfahrensabkürzung zugute gehalten“ werden). Eingehend zu der Frage, ob ein Geständnis ein Strafmilderungsgrund sein kann, *Hauer*, Geständnis und Absprache, 2007, S. 81 ff.

17 Siehe dazu LR/*Gleß*, 26. Aufl. 2007, § 136a Rn. 63; *Meyer-Gößner*, StPO, 56. Aufl. 2013, § 136a Rn. 23 (der hier die Möglichkeit eines unzulässigen „Versprechens“ sieht); *Roxin/Schiemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, S. 196.

Gewährleistung dafür enthält, dass Angeklagten in gleich gelagerten Fällen gleichermaßen der Zugang zu einer milderer Strafe eröffnet wird.¹⁸

IV. Das Regelungskonzept von § 257c StPO

Ob der Gesetzgeber die Absicht hatte, die Grundprobleme der Absprachen wirklich zu lösen, ist nicht bekannt; sein wesentliches Anliegen bestand wohl eher darin, die vom BGH¹⁹ entwickelte „Absprachenordnung“ in Gesetzesform zu gießen und sie dadurch verbindlich zu machen. Das Modell, das in § 257c StGB verwirklicht wurde, entspricht daher im wesentlichen den Leitlinien, die die obergerichtliche Rechtsprechung in den Jahren zuvor entwickelt hatte. Die wesentlichen Punkte der Regelung sind folgende:

1. Eine „Verständigung“ kommt nicht zwischen Anklage und Verteidigung, sondern unmittelbar zwischen diesen beiden Verfahrensbeteiligten und dem Gericht zustande (§ 257c Abs. 3 Satz 4 StPO). Dies hat den Vorteil, dass das Gericht einen Rahmen für die von ihm zu verhängende Strafe verbindlich zusagen kann; andererseits wird der Richter selbst zum Verhandlungspartner mit massivem Eigeninteresse am Zustandekommen einer „Verständigung“. Die Staatsanwaltschaft hat zwar ein Vetorecht; aber es gibt keine neutrale Instanz, die das Ergebnis der „Verständigung“ überprüfen kann, wenn nicht ausnahmsweise einer der Verfahrensbeteiligten Rechtsmittel gegen das abgesprochene Urteil einlegt. Der Richter kann bei den Verhandlungen auch seine Macht ausspielen, indem er eine (bestimmte oder unbestimmte) strenge Strafe für den Fall der Ablehnung seines Angebots androht, also die „Sanktionsschere“ erkennbar öffnet.

2. Die „Verständigung“ bezieht sich nicht auf den Schuldspruch, sondern nur auf die Sanktion (§ 257c Abs. 2 StPO), für die das Gericht einen Rahmen zusagen kann. „Punktgenaue“ Strafmaßangebote sind zwar nicht erlaubt (§ 257c Abs. 3 Satz 2 StPO), aber das Gesetz trifft keine Festlegungen über die Breite des Spielraums, den sich das Gericht lässt.

3. Die „Gegenleistung“ des Angeklagten kann jedes prozessuale Verhalten sein, in der Regel „soll“ er ein Geständnis ablegen (§ 257c Abs. 2 Satz 2 StPO). Darüber, wie ausführlich das Geständnis sein muss (und was überhaupt darunter zu verstehen ist), sagt das Gesetz nichts.²⁰

4. Das Gericht kann sich von der Zusage eines bestimmten Strafrahmens

18 Siehe hierzu *Terhorst*, GA 2002, 600, 614; *Weßlau*, StV 2006, 357, 360 f.

19 BGHSt 43, 195.

20 Zu (fehlgeschlagenen) Versuchen im Gesetzgebungsverfahren, mindestens ein der Nachprüfung zugängliches Geständnis zu verlangen, siehe *Weigend*, FS Maiwald, 2010, S. 829, 837 f.

relativ leicht lösen, unter anderem aufgrund seiner eigenen falschen Einschätzung der Sach- oder Rechtslage (§ 257c Abs. 4 Satz 1, 2 StPO); allerdings ist dann ein Geständnis, das der Angeklagte im Vertrauen auf die „Verständigung“ abgegeben hat, im weiteren Verfahren unverwertbar (§ 257c Abs. 4 Satz 3 StPO).

5. Aus der Verweisung des § 257c Abs. 1 Satz 2 auf § 244 Abs. 2 StPO ergibt sich, dass das Gericht unabhängig von der „Verständigung“ zur Sachaufklärung verpflichtet bleibt. Daraus folgt die (in der Praxis bisher verneinte und vom Gesetz offengelassene) Frage, ob das Gericht auch nach einem einigermaßen inhaltsreichen Geständnis noch zu weiteren Beweiserhebungen verpflichtet ist. Offenbar ist daran gedacht, dass das Gericht seiner residualen Aufklärungspflicht auch dadurch nachkommen kann, dass es den Inhalt der Verfahrensakten mit dem Geständnis vergleicht.²¹

6. Alle wesentlichen Elemente der Verständigung – und sogar das Fehlen von Verständigungsversuchen – müssen im Hauptverhandlungsprotokoll dokumentiert und im Urteil erwähnt werden (§§ 267 Abs. 3 Satz 5, 273 Abs. 1a StPO).

7. Das Urteil bleibt trotz des allgemeinen Einverständnisses, das der Verständigung zugrunde liegt, mit den statthaften Rechtsmitteln angreifbar; ein vorheriger oder ein sofortiger Verzicht auf Rechtsmittel ist ausdrücklich ausgeschlossen (§ 302 Abs. 1 Satz 2 StPO).

Man tut dem deutschen Gesetzgeber wohl kein Unrecht, wenn man feststellt, dass das Gesetz von 2009 die oben (III.) angesprochenen substantiellen Grundprobleme allenfalls (etwa durch die Aufrechterhaltung der Sachaufklärungspflicht des Gerichts in § 257c Abs. 1 Satz 2 StPO) verbal harmonisiert, sie aber der Sache nach ungelöst lässt. Immerhin hat der Gesetzgeber – aufgrund einer in letzter Minute im Gesetzgebungsverfahren vorgenommenen Änderung²² – ein Minimum an Verfahrensfairness dadurch gewährleistet, dass ein gerichtliches Geständnis des Angeklagten für unverwertbar erklärt wird (§ 257c Abs. 4 Satz 3 StPO)²³, falls das Gericht seine Strafzumessungszusage nachträglich zurücknimmt. Im übrigen bestand die Strategie (oder vielmehr: die Taktik) des Gesetzgebers darin, dass er durch eine Vielzahl von Belehrungs- und Dokumentationsvorschriften formale Hürden für eine rechtlich anerkannte Verständigung errichtet hat, hinter dieser formalistischen Nebelwand aber letztlich den Richtern die beherrschende Stellung im Abspracheverfahren belässt, die

21 BGHSt 50, 40, 49. Wie dieser „Abgleich“ prozessrechtlich von statten gehen soll, hat der BGH nicht erläutert. Treffende Kritik bei LR/Stuckenberg, § 257c Rn. 10.

22 Zu der Auseinandersetzung hierüber im Gesetzgebungsverfahren siehe Weigend (Fn. 20) S. 843 f.

23 Worauf sich die Unverwertbarkeit im einzelnen erstreckt, insbesondere ob sie auch Fernwirkung auf mittelbar erlangte Beweismittel hat, ist im Gesetz nicht geregelt. Die wohl h. M. lehnt eine solche Wirkung ab: Meyer-Göfner § 257c Rn. 28; LR/Stuckenberg, § 257c Rn. 68; zu Recht a. A. SK-StPO/Velten, 4. Aufl. 2012, § 257c Rn. 51.

sich die Justiz in der jahrzehntelangen praktischen Anwendung der Absprachen erobert hatte. In der Sache verhilft das Gesetz substantiell dem Konsensprinzip zum Durchbruch, das jede Lösung des Interessenkonflikts zwischen Beschuldigtem und Strafjustiz – und sei sie auch noch so einseitig und ungerecht – gelten lassen will, solange nur formal die Zustimmung aller Verfahrensbeteiligten vorliegt.²⁴ Auch dieser Bruch mit einem tragenden Element des deutschen Verfahrens wird aber nicht offen vollzogen, sondern der Schein eines normalen Strafverfahrens wird gewahrt, indem die „Verständigung“ formal in die Hauptverhandlung eingebettet und die Instruktionsmaxime kontrafaktisch als fortgeltend deklariert wird.²⁵

Die Regelung der Absprache im Gesetz hat die Praxis in der Folge zwar etwas behindert, aber nicht im Kern berührt, zumal der BGH die lästigsten Formalitäten bald für revisionsunerheblich erklärt hat.²⁶ Damit konnte nach Einführung des § 257c StGB alles so weitergehen wie zuvor, allenfalls mit ein bisschen mehr Schreiarbeit, wenn man die Sache sehr genau nahm.²⁷ Sogar für das Verbot des Rechtsmittelverzichts (§ 302 Abs. 1 Satz 2 StPO) fand man rasch eine „praktische“ Lösung: Der Verurteilte legte noch in der Hauptverhandlung Rechtsmittel gegen die Verurteilung ein und nahm es kurze Zeit später wieder zurück. Auch diese klare Umgehung des gesetzlichen Verbots wurde vom BGH gebilligt.²⁸

Nach der erwähnten Umfrage von *Altenhain/Dietmeier/May* unter Verfahrensbeteiligten in Nordrhein-Westfalen halten diese nach ihren eigenen Angaben in weniger als der Hälfte der Fälle die Regeln des § 257c StPO ein; die Mehrzahl der Absprachen wird also „informell“, ohne Beachtung der gesetzlichen Vorgaben getroffen.²⁹ Offenbar wird § 257c StPO nur als eine Art *best practice* angesehen, die ein Idealbild beschreibt, an das man sich in der rauen Wirklichkeit nicht unbedingt halten muss.

Das Meinungsbild, das zur Absprachenpraxis in der Praxis besteht, lässt sich recht gut an den Stellungnahmen aus der Justiz und der Anwaltschaft³⁰ ablesen, die das Bundesverfassungsgericht vor seiner Entscheidung zu § 257c StPO eingeholt und in dieser Entscheidung wiedergegeben hat. Die recht zahlreichen Befürworter der Absprachen, zu denen auch die Bundesrechtsanwaltskammer

24 Siehe zum „Konsensprinzip“ die Nachweise in Fn. 14.

25 Kritik an dem „sowohl / als auch“ der Regelung auch bei *Altenhain/Haimerl*, JZ 2010, 327, 329; *Fischer*, StraFo 2009, 177, 181.

26 Siehe etwa BGH StV 2010, 675; 2011, 75, 76; 2011, 76, 78, wo jeweils das Beruhen des Urteils auf der fehlenden Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO verneint wird.

27 Zu *strafrechtlichen* Risiken bei informellem „Dealern“ siehe *Dießner*, StV 2011, 43.

28 BGHSt 55, 82. Berechtigte Kritik z. B. bei *Malek*, StraFo 2010, 251; *Niemöller*, StV 2010, 474.

29 *Altenhain/Dietmeier/May* (Fn. 12), S. 36 f.

30 Die „Wissenschaft“ wurde nicht gefragt, mit Ausnahme des Freiburger Strafrechtslehrers Wolfgang Frisch, den das Gericht zum Schuldprinzip und dessen Bedeutung für die Legitimation staatlichen Strafens im Rechtsstaat angehört hat (siehe *Frisch*, NSTZ 2013, 249).

zählt, stützen sich typischerweise auf verschiedene gängige Leerformeln, mit denen die Praxis als „modern“ präsentiert und gerechtfertigt werden soll. Die Rede ist etwa vom „effektiven Einsatz der Ressource Recht“³¹ und vom „Gebot wirksamer Strafrechtspflege“.³² Nicht fehlen darf auch der inhaltlich ganz unbestimmte und daher als Allzweckwaffe stets einsetzbare „Rechtsfriede“.³³ Absprachen sollen ferner dem „verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgebot“³⁴ entsprechen – dies ungeachtet der Tatsache, dass das Recht auf ein schleuniges Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK dem *Beschuldigten* zusteht und deshalb nicht gegen ihn gewendet werden darf.³⁵ Weitere modern und freundlich klingende Topoi sind die Förderung eines „offenen und kommunikativen Verhandlungsstils“³⁶ und nicht zuletzt die „Subjektsqualität des Angeklagten“³⁷, deren wesentlicher Inhalt offenbar darin bestehen soll, dass der Angeklagte als Verfahrenssubjekt in der Lage ist, auf seine Verfahrensrechte wirksam zu verzichten.³⁸

Realitätsbezogen sind dagegen die Kritikpunkte, die von Seiten des Deutschen Richterbundes und des Deutschen Anwaltvereins geäußert wurden: Die Absprachenpraxis sei strukturell mit der gerichtlichen Aufklärungspflicht und dem Schuldgrundsatz unvereinbar;³⁹ sie könne zu einem Verlust der Kontrolle der Justiz über den Inhalt des Urteils führen, da dieses im wesentlichen auf dem Inhalt der Polizeiakten beruhe;⁴⁰ und es bestehe die Gefahr falscher Geständ-

31 1. Strafsenat des BGH, in: Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19.3.2013, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11 (im folgenden: Urteil), Rn. 38.

32 Bundesrechtsanwaltskammer, Urteil Rn. 47.

33 Generalbundesanwalt, Urteil Rn. 40.

34 Deutscher Richterbund, Urteil Rn. 45.

35 Eher hilflos dagegen die Behauptung des Bundesverfassungsgerichts, Urteil Rn. 59: „Das Beschleunigungsgebot ist bei der Konkretisierung des Rechts auf ein faires Verfahren ebenfalls zu berücksichtigen, denn unnötige Verfahrensverzögerungen stellen die Effektivität des Rechtsschutzes und die Zwecke der Kriminalstrafe in Frage“. Man fragt sich, um wessen „Rechtsschutz“ es hier gehen soll und ob „die Zwecke der Kriminalstrafe“ tatsächlich durch eine Urteilsabsprache besser gefördert werden als durch eine ordnungsgemäße Hauptverhandlung mit schuldangemessenem Urteil.

36 Generalbundesanwalt, Urteil Rn. 40. Dazu treffend der Deutsche Richterbund, Urteil Rn. 45: „Unter dem Deckmantel der Förderung eines offenen und kommunikativen Verhandlungsstils [versucht der Gesetzgeber] Versäumnisse bei der Ausgestaltung und Praktikabilität des formellen und materiellen Rechts zu kompensieren.“

37 Bayerische Staatsregierung, Urteil Rn. 36; 1. Strafsenat des BGH, Urteil Rn. 38. Dazu treffend LR/*Stuckenberg*, § 257c Rn. 17: „Von einem bisweilen gepriesenen Konsens oder einer Förderung der Teilhabe des Angeklagten am Entscheidungsprozess kann keine Rede sein (...), wenn ihm eine prozesstaktische Entscheidung abgenötigt wird, deren Tragweite er selbst kaum übersehen kann.“

38 Generalbundesanwalt, Urteil Rn. 40.

39 So der Deutsche Anwaltverein (DAV), Urteil Rn. 46; ähnlich Generalbundesanwalt, Urteil Rn. 42.

40 Deutscher Richterbund, Urteil Rn. 45.

nisse, während die Justiz in Großverfahren aus Mangel an Mitteln immer nachgiebiger werde.⁴¹

V. Verfassungsrechtliche Würdigung – das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19. März 2013

Die Verfassungsbeschwerden dreier Personen, die aufgrund einer „Verständigung“ im Sinne von § 257c StPO zu Freiheitsstrafen verurteilt worden waren, haben dem Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit verschafft, sich mit den verfassungsrechtlichen Fragen der Absprachen-Regelung zu beschäftigen. Die letzte größere Stellungnahme einer Kammer des Gerichts zu den Urteilsabsprachen lag bereits ein Vierteljahrhundert zurück,⁴² und damals hatte sich die Kammer darauf beschränkt, wesentliche Grundsätze eines fairen Verfahrens hervorzuheben und einen „Handel mit der Gerechtigkeit“ zu verbieten, ohne den (damals auch noch nicht so bekannten) Einzelheiten der Absprachenpraxis und deren Konsequenzen wirklich auf den Grund zu gehen.⁴³ Letztlich hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts dies auch in seiner wortreichen Entscheidung von 2013 vermieden. Stattdessen hat er sich in formalen Einzelheiten verzettelt, deren Beachtung für die Grundfragen des Verständigungsverfahrens keine entscheidende Rolle spielt.

Das verfassungsrechtliche Handwerkszeug, auf das die Beschwerdeführer rekurrerten, hätte eine umfassende „Generalabrechnung“ mit der Absprachenpraxis durchaus möglich gemacht: Nichts weniger als das Fair-trial-Prinzip und der strafrechtliche Schuldgrundsatz waren die Themen, die der verfassungsrechtlichen Analyse vorgegeben waren.⁴⁴ Daraus hätte man die Fragestellungen entwickeln können, ob die faktische Preisgabe des Prinzips der gerichtlichen Sachaufklärung mit der Idee eines rechtsstaatlichen Verfahrens vereinbar ist, ob nicht letztlich doch ein „Handel mit der Gerechtigkeit“ aus verfahrens-ökonomischen Interessen stattfindet und ob die Gewährung eines (seiner Höhe nach vom Gesetz nicht beschränkten) Strafnachlasses für prozessuale Kooperation mit dem verfassungsrechtlich abgesicherten Prinzip der Schuldangemessenheit der Strafe vereinbar ist. Diesen Fragen geht das Gericht nicht nach. Es übernimmt damit implizit die nicht näher begründete Behauptung der Bundesregierung, dass „eine – sachgerecht in die Grundsätze des

41 Deutscher Richterbund, Urteil Rn. 45; DAV, Urteil Rn. 46.

42 BVerfG NJW 1987, 2662.

43 Ebenso *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212, 213.

44 Siehe dazu *Altenhain/Haimerl*, JZ 2010, 327, 329 ff.

Strafprozesses integrierte – Verständigung als abgesichertes Handlungsmodell in Ansehung der Interessen der am Strafverfahren Beteiligten sachgerecht ist“.⁴⁵

Statt diese These unter verfassungsrechtlicher Perspektive näher zu überprüfen, unterzieht sich das Gericht zunächst der Pflichtübung, allerlei allgemeine verfassungsrechtliche Grundsätze zum Strafverfahren ohne Fallbezug aneinanderzureihen.⁴⁶ Danach folgt der Senat der Auffassung der Bundesregierung, dass der Schwerpunkt der Gesetzgebung auf der „Herstellung von Transparenz, Öffentlichkeit und einer vollständigen Dokumentation des mit einer Verständigung verbundenen Geschehens“ liegen sollte.⁴⁷ (Nur) an der Wirksamkeit der zu diesem Zweck ins Gesetz eingebauten Formalregeln, die unter dem Stichwort der „Transparenz“ zusammengefasst werden, misst das Gericht im Folgenden die Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung. Es gelangt so für das Gesetz als solches zu der Bewertung „noch ausreichend“.⁴⁸

Für die Praxis der *Anwendung* des Gesetzes hebt das Gericht hervor, dass die Anforderungen der Verfassung nur dann gewahrt seien, wenn die formalen Regelungen des Gesetzes strikt eingehalten werden; dies betrifft unter anderem die öffentliche Erörterung und Protokollierung von Verständigungsvorgesprächen wie auch vom Fehlen solcher Gespräche (§§ 243 Abs. 4, 273 Abs. 1a StPO), die Erwähnung einer Verständigung in den Urteilsgründen (§ 267 Abs. 3 Satz 5 StPO) sowie die Belehrung des Angeklagten über die Rechtslage nach einer Verständigung (§ 257c Abs. 5 StPO).⁴⁹ Außerdem gebiete das Grundgesetz, dass auch ein mit Hilfe einer Verständigung zustande gekommenes Urteil in vollem Umfang mit Rechtsmitteln angegriffen werden kann.⁵⁰ Um auch die Überprüfung der Formalregeln durch die Revisionsinstanz zu gewährleisten, postuliert der Senat, dass das Revisionsgericht bei Verstößen gegen die Transparenz- und

45 BT-Drucks. 16/12310 v. 18.3.2009 (Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren), S. 8. Worin die „Sachgerechtigkeit“ der Absprachen liegen soll und welche Interessen welcher Verfahrensbeteiligter „in Ansehung“ genommen wurden, bleibt dabei offen.

46 Urteil Rn. 53 – 63.

47 Urteil Rn. 67: „Das Verlangen nach umfassender Transparenz des Verständigungsgeschehens kennzeichnet die gesetzliche Regelung insgesamt.“ Das Gericht nimmt hier Bezug auf die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/12310. Der Schwerpunkt der Begründung zum Verständigungsgesetz lag allerdings weniger auf dem Gedanken der „Transparenz“ als vielmehr auf der Behauptung, dass die vorgeschlagene Regelung die tragenden Prinzipien des Straf- und Strafprozessrechts (Sachaufklärungspflicht des Gerichts, Schuldgrundsatz) unberührt lasse; siehe BT-Drucks. a. a. O. S. 8, 9, 13.

48 Urteil Rn. 64, 108 ff. Siehe insbesondere Rn. 114: „Die verfahrensrechtlichen Sicherungen lassen jedenfalls in ihrem Zusammenwirken erwarten, dass die mit Verständigungen verbundenen rechtsstaatlichen Risiken beherrscht werden.“

49 Urteil Rn. 81, 87 ff. Da eine solche Belehrung in den Verfahren von zwei der drei Beschwerdeführer nicht erfolgt war, wurden deren Verurteilungen aufgehoben; Urteil Rn. 123 ff.

50 Urteil Rn. 94 f.

Dokumentationspflichten „ein Beruhen des Urteils auf einem Verstoß (...) nur in besonderen Ausnahmefällen wird ausschließen können“.⁵¹ Inwiefern und weshalb sich diese Durchbrechung der anerkannten Grundsätze des Revisionsrechts aus dem Grundgesetz ergeben soll, erläutert der Senat nicht näher.⁵² Schließlich bestellt er die Staatsanwaltschaft zur Hüterin des Verständigungsgesetzes:⁵³

„Dem Verständigungsgesetz liegt die Erwartung zugrunde, dass die Staatsanwaltschaft – entsprechend ihrer Rolle als ‚Wächter des Gesetzes‘ (...) – sich gesetzwidrigen Vorgehensweisen im Zusammenhang mit Verständigungen verweigert. (...) Sie hat darüber hinaus gegen Urteile, die – beispielsweise von der Staatsanwaltschaft zunächst unernannt – auf solchen Verständigungen beruhen, Rechtsmittel einzulegen.“⁵⁴

Mit deutlichen Worten geißelt der Senat alle Versuche der (vergangenen, gegenwärtigen und zukünftigen) Praxis, die gesetzlichen Regelungen durch inoffizielle Deals zu umgehen.⁵⁵ Er wendet sich insbesondere gegen sogenannte Gesamtlösungen, bei denen die Staatsanwaltschaft im Gegenzug zu einem (Teil-) Geständnis des Angeklagten die Einstellung anderer anhängiger Strafverfahren zusagt.⁵⁶ Das widerspricht zumindest auf den ersten Blick der vom Gesetz in § 160b StPO der Staatsanwaltschaft ausdrücklich eingeräumten Befugnis, ihrerseits „den Stand des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten“ zu erörtern, was Absprachen über die Ausübung staatsanwaltschaftlichen Ermessens etwa nach §§ 153a, 154 StPO einschließen dürfte.⁵⁷ Man kann das Insistieren des Senats auf eine Beschränkung des Verständigungsgegenstandes nach § 257c Abs. 2 Satz 1 StPO auf „verfahrensbezogene Maßnahmen im zugrundeliegenden Erkenntnisverfahren“ deshalb wohl nur so verstehen, dass unterschiedliche Absprachegenstände aus verschiedenen Verfahren nicht miteinander vermischt werden dürfen, da (oder soweit?) die Einhaltung solcher verfahrensfremder Zusagen im Zuge des laufenden Prozesses nicht überprüft werden kann.

In einer besonders rätselhaften Wendung postuliert das Gericht schließlich eine „Beobachtungspflicht“ des Gesetzgebers hinsichtlich der weiteren Praxis:

51 Urteil Rn. 97.

52 Die Begründung des Senats, dass die Transparenzregelungen „zum Kern des dem Verständigungsgesetz zugrunde liegenden Schutzkonzepts gehören“ (Urteil Rn. 97), erklärt natürlich nicht, dass auch ein nach Verständigung ergangenes Urteil auf ihnen „beruht“. Mit Recht kritisch daher Niemöller, StV 2013, 420, 421; Stuckenberg, ZIS 2013, 212, 215 f.

53 Urteil Rn. 91 ff.

54 Urteil Rn. 93.

55 Urteil Rn. 76. Der Senat bringt insoweit sogar mögliche strafrechtliche Folgen ins Spiel; Urteil Rn. 78.

56 Urteil Rn. 79.

57 Kritisch zu dieser Passage des Urteils daher Beulke/Stoffer, JZ 2013, 662, 667 und Niemöller, StV 2013, 420, 421.

„[Der Gesetzgeber] muss ... durch hinreichende Vorkehrungen sicherstellen, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen gewahrt bleiben. Die Wirksamkeit der vorgesehenen Schutzmechanismen hat der Gesetzgeber fortwährend zu überprüfen. Ergibt sich, dass sie unvollständig oder ungeeignet sind, hat er insoweit nachzubessern und erforderlichenfalls seine Entscheidung für die Zulässigkeit strafprozessualer Absprachen zu revidieren.“⁵⁸

Noch deutlicher wird der Senat gegen Ende der Entscheidung:

„Sollte sich die gerichtliche Praxis weiterhin in erheblichem Umfang über die gesetzlichen Regelungen hinwegsetzen und sollten die materiellen und prozeduralen Vorkehrungen des Verständigungsgesetzes nicht ausreichen, um das festgestellte Vollzugsdefizit zu beseitigen und dadurch die an eine Verständigung im Strafverfahren zu stellenden verfassungsrechtlichen Anforderungen zu erfüllen, muss der Gesetzgeber der Fehlentwicklung durch geeignete Maßnahmen entgegenwirken.“⁵⁹

Zur Begründung der „Beobachtungspflicht“ des Gesetzgebers nimmt das Gericht auf frühere Entscheidungen Bezug, die allerdings ganz andere Sachverhalte betrafen, nämlich die Einführung grundrechtsbeschränkender Regelungen – wie etwa das Verbot, bestimmte Hunderassen zu importieren⁶⁰ –, bei denen zweifelhaft war, ob sie nicht in ihren Auswirkungen unverhältnismäßig stark in Grundrechtspositionen eingreifen. Hier liegt die Problematik jedoch anders: Möglicherweise hat der Gesetzgeber für die „Verständigung“ ein Regelwerk geschaffen, das so feingestrickt und aufwendig ist, das die Praxis ihm den Gehorsam verweigert. Wie eine verbreitete Missachtung eines Gesetzes durch die Justiz dessen Verfassungswidrigkeit bewirken soll, ist nicht recht ersichtlich. Außerdem fragt man sich, wie die weitere Voraussetzung des Senats für eine nachträgliche Verfassungswidrigkeit des Verständigungsgesetzes erfüllt werden soll, nämlich dass „die verfassungswidrige Praxis auf die Vorschrift selbst zurückzuführen, mithin Ausdruck eines strukturbedingt zu dieser Praxis führenden normativen Regelungsdefizits (...), das Vollzugsdefizit also durch die Struktur der Norm determiniert“ ist.⁶¹ Kann man die „Struktur“ des Gesetzes dafür verantwortlich machen, dass die Justizangehörigen, denen seine Durchführung anvertraut ist, sich einfach über die Anordnungen des Gesetzes hinwegsetzen? Hier hat das Gericht ersichtlich in den falschen Werkzeugkasten gegriffen.⁶² Möglicherweise wollte der Senat vermeiden, dass sein Urteil von der

58 Urteil Rn. 107.

59 Urteil Rn. 121.

60 BVerfGE 110, 141, 158. Ähnliche Erwägungen bei der Gestattung des Betriebs eines Atomkraftwerks mit noch ungeklärten potentiellen gesundheitlichen Folgen für die Bevölkerung in BVerfGE 48, 89, 130.

61 Urteil Rn. 118.

62 Kritisch zu diesem Teil des Urteils auch *Kudlich*, ZRP 2013, 162, 163; *Frank Meyer*, NJW 2013,

Praxis als Freibrief für beliebige Absprachen missverstanden wird, und sich deshalb eine kontinuierliche verfassungsrechtliche Kontrolle des Gesamtkomplexes „Absprachen“ sichern. Dazu mag die Drohung „Wir können auch später noch das ganze Verständigungsgesetz aufheben“ den als notwendig empfundenen *psychologischen* Druck aufbauen – *rechtlich* lässt sich ein solcher Mechanismus aber nicht in der vom Senat imaginierten Weise etablieren, sondern das Bundesverfassungsgericht wird sich der Mühe des Einzelfalls bei verfassungswidrigen „Verständigungen“ nicht entziehen können.⁶³

VI. Positive Aspekte und Defizite

1. Bei aller Kritik an der Herangehensweise des Bundesverfassungsgerichts an die Probleme, die das Verständigungsgesetz aufwirft, hat das Gericht doch zwei Pflöcke eingeschlagen, die der weiteren Entwicklung eine positive Richtung geben können:

(a) Bedeutsam – auch für etwaige künftige Korrekturen durch den Gesetzgeber – ist zunächst, dass das Gericht die Orientierung des Gesetzes an dem Fortbestehen der *Wahrheitserforschungspflicht* im Strafverfahren ausdrücklich unterstrichen und als verfassungsrechtlich notwendig hervorgehoben hat. Die verfassungsrechtliche Dignität erhält diese Pflicht nicht etwa durch den *fair-trial*-Grundsatz, sondern durch das Schuldprinzip:

„Als unerlässliche Voraussetzung der Verwirklichung des Schuldprinzips unterliegt auch die Pflicht zur bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit nicht der Disposition des Gesetzgebers.“⁶⁴

Die für die weitere Argumentation entscheidende Verknüpfung zwischen Schuldgrundsatz und Wahrheitssuche wird vom Senat nicht näher erklärt; sie dürfte darin bestehen, dass nach einem substantiell verstandenen Schuldgrundsatz nur die „wahre“ Schuld des Täters die Verhängung staatlicher Strafe

1850, 1853; Niemöller, StV 2013, 420, 423. Zur Annahme eines gravierenden „Vollzugsdefizits“ schon in der Gegenwart Knauer, NStZ 2013, 433, 434.

63 Siehe etwa die Kammer-Entscheidung BVerfG StV 2013, 674, in der die Kammer die Berücksichtigung einer fehlenden Belehrung des Angeklagten über die Labilität einer „Verständigung“ nach § 257c Abs. 5 StPO als Grund für die Aufhebung eines Urteils erläutert und anmahnt.

64 Urteil Rn. 104. Um die verschiedenen in der StPO vorgesehenen Möglichkeiten, auch ohne vollständige Sachaufklärung zu einem Schuldspruch zu gelangen (wie etwa das Strafbefehlsverfahren), vor dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit zu schützen, nimmt der Senat (a. a. O.) sogleich Einschränkungen für „Fälle einfach gelagerter und eindeutiger Sachverhalte“ vor. Konsequenterweise müssten in solchen Fällen auch Urteilsabsprachen verfassungsrechtlich zulässig sein, die allein auf einem (mehr oder weniger schlanken) Geständnis des Angeklagten beruhen.

zu legitimieren vermag. Jedenfalls weist der Senat die Idee, man könne die Wahrheitsorientierung als notwendige Legitimationsgrundlage einer strafrechtlichen Verurteilung durch einen (wie auch immer gearteten) Konsens der Verfahrensbeteiligten ersetzen, entschieden zurück.⁶⁵ Aus der Geltung der Instruktionsmaxime auch im Verständigungsverfahren zieht er mit wünschenswerter Deutlichkeit praktische Konsequenzen: Ein reines „Formalgeständnis“ genügt in keinem Fall zur Bildung einer richterlichen Überzeugung von der Schuld des Angeklagten;⁶⁶ und selbst wenn ein „vollschlankes“ oder ausführliches Geständnis in der Hauptverhandlung vorgelegt wird, erledigt dies allein die Verpflichtung des Gerichts zur Wahrheitsermittlung nicht. Vielmehr ist auch ein solches Geständnis in der Hauptverhandlung auf seine Richtigkeit zu überprüfen, denn – wie der Senat mit Recht hervorhebt – gerade die Zusage eines Strafnachlasses als „Gegenleistung“ kann den Angeklagten zur Abgabe eines (teilweise) falschen Geständnisses veranlassen.⁶⁷ Außerdem stellt der Senat klar, dass zur Bestätigung des Geständnisses nicht schon ein bloßer (informeller) Abgleich mit dem Akteninhalt genügt.⁶⁸ Er kommt der Praxis im gleichen Atemzug allerdings wieder dadurch entgegen, dass er die Einbeziehung eben dieses Akteninhalts im „Selbstleseverfahren“ nach § 249 Abs. 2 StPO oder durch informellen Vorhalt gegenüber dem Angeklagten gestattet.⁶⁹ Das Gericht selbst meint, dass der Spielraum für Verständigungen durch die von ihm aufgestellten Hürden für eine geschwinde Erledigung „spürbar eingeengt“ werde.⁷⁰ Ob das tatsächlich so ist, wird man sehen; die Einbeziehung des Akteninhalts im Selbstleseverfahren zur Verifizierung eines Geständnisses dürfte jedenfalls kein besonders unüberwindliches Hindernis für eine „problemlose“ Verurteilung sein, und die zahlreichen Formalregeln lassen sich ohne Mühe durch Vordrucke erledigen.

(b) Die Bedeutung des *Schuldgrundsatzes* hebt der Senat an verschiedenen Stellen des Urteils hervor.⁷¹ Seltsamerweise zieht er aus ihm aber vor allem *verfahrensrechtliche* Konsequenzen, während das Problem der Schuldadäquität einer zwischen Gericht und Verteidigung ausgehandelten Sanktion stark unterbelichtet bleibt. Insbesondere die Frage, ob – und wenn ja, weshalb und in welchem Umfang – die prozessuale Kooperation des Angeklagten im Rahmen

65 Urteil Rn. 67 f., 104, 105: „Dem Gericht muss es untersagt bleiben, im Wege vertragsähnlicher Vereinbarungen mit den Verfahrensbeteiligten über die Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit zu verfügen und sich von dem Gebot schuldangemessenen Strafens zu lösen.“

66 Urteil Rn. 70.

67 Urteil Rn. 110.

68 Anders hatte das noch der Große Senat des BGH gesehen (BGHSt 50, 40, 49).

69 Urteil Rn. 71.

70 Urteil Rn. 72; übereinstimmend *Beulke/Stoffer*, JZ 2013, 662, 665.

71 Siehe etwa Urteil Rn. 55, 102, 103.

einer „Verständigung“ die Grundlage für eine Strafmilderung abgeben kann, wird in dem Urteil nicht angesprochen. Gerade zu dieser für eine substantielle Kritik der Absprachenpraxis entscheidenden Frage hätte man sich klare Weichenstellungen des Gerichts erhofft. So kann man einen Hinweis auf verfassungsrechtliche Begrenzungen der „Sanktionsschere“ nur aus der Würdigung des konkreten Falles eines der Beschwerdeführer entnehmen, der wegen zweier Fälle des Raubes mit Waffen verurteilt worden war: Für den Fall eines Geständnisses hatte ihm der Vorsitzende zwei Jahre Freiheitsstrafe mit Bewährung zugesagt, für den gegenteiligen Fall mindestens eine Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren in Aussicht gestellt. Hierin sah der Senat eine

„vor dem Gebot schuldangemessenen Strafens nicht zu rechtfertigende Spannweite zwischen der zugesagten Strafobergrenze für den Fall einer Verständigung auf der einen Seite und der für den Fall einer Verurteilung in einer nach herkömmlicher Verfahrensweise geführten Hauptverhandlung im Raum stehenden Straferwartung auf der anderen Seite“.⁷²

Selbst hier führte allerdings die – nach bisherigen Maßstäben gar nicht einmal exorbitante – Sanktionsschere nicht etwa wegen einer Verletzung des Schuldgrundsatzes zur Aufhebung des Urteils, sondern wegen einer Verletzung der Entscheidungsfreiheit des Angeklagten. So bleibt die materielle Bedeutung des Grundsatzes schuldangemessenen Strafens in Fällen abgesprochener Strafmaße ein dunkler Bereich, der noch der Erleuchtung harrt.

2. So überwiegen bei einer Beurteilung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts letztlich die Defizite. Die in ihrem Kern „bürokratische“ Lösung, die der Senat entwickelt hat, löst die Grundprobleme der Absprachenpraxis nicht und hilft niemandem.

(a) Für die *Justizpraxis* werden lästige formale Hürden aufgerichtet, die jedoch, wenn sich alle Beteiligten einig sind (und bleiben), problemlos zu meistern sind. Die Überwachung der Einhaltung aller Formalien durch die Staatsanwaltschaft ist keine erfolversprechende Schutzmaßnahme, da die Staatsanwaltschaft selbst eine am Erfolg der „Verständigung“ interessierte Partei und daher gewissermaßen institutionell befangen ist.⁷³

(b) Der *Beschuldigte* bleibt dem Druck der Sanktionsschere ausgesetzt, solange die für eine Verweigerung des gewünschten Geständnisses angedrohte Sanktion nicht den „Boden schuldangemessenen Strafens“ verlässt.⁷⁴ Irgendwelche quantitative oder qualitative Grenzen, auf die sich etwa die Verteidigung berufen könnte, hat das Gericht nicht aufgestellt. Es mag sein, dass die Richter in

72 Urteil Rn. 130.

73 Ähnliche Bedenken bei *Beulke/Stoffer*, JZ 2013, 662, 672 und *Frank Meyer*, NJW 2013, 1850, 1851.

74 Urteil Rn. 113.

Zukunft mit einer Quantifizierung der „in Aussicht“ stehenden Strafe größere Vorsicht walten lassen; der Druck auf den Beschuldigten wird aber eher noch höher, wenn ihm in drohenden Floskeln eine Strafe unbestimmter Höhe angedroht wird, falls er sich nicht kooperativ zeigt.⁷⁵ Den eigentlich unerträglichen Missetand, dass nach dem Fehlschlagen eines Verständigungsversuchs dieselben Richter für die Strafmaß-Entscheidung zuständig sind, deren Unmut der Angeklagte durch die Ablehnung des vorgeschlagenen Deals erregt hat, hat weder der Gesetzgeber noch das Bundesverfassungsgericht auch nur der Erwähnung wert gefunden.

(c) Die marginale Stellung des *Verletzten* bei der einverständlichen „Erledigung“ des ihn betreffenden Falles hat sich weder durch das Verständigungsgesetz noch durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts verändert. Dem Verletzten, der sich dem Verfahren nicht als Nebenkläger anschließen kann oder will, bleibt jede formelle Mitwirkung am Verständigungsverfahren versagt. Sein Schutz wird durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts sogar noch gemindert, da das dort hervorgehobene Erfordernis der „Bestätigung“ eines Geständnisses dazu führen kann, dass auch sensible Verletzte häufiger als jetzt auch nach einem Geständnis des Angeklagten noch als Zeugen vernommen werden (müssen).⁷⁶ Die Stellung des Nebenklägers ist nach § 257c StPO insofern günstiger, als er als „Verfahrensbeteiligter“⁷⁷ anzuhören ist und Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Verständigungsvorschlag des Gerichts erhält (§ 257c Abs. 3 Satz 3 StPO). Ein Veto-Recht gegenüber einer „Verständigung“ steht ihm allerdings – im Gegensatz zur Staatsanwaltschaft – nicht zu.⁷⁸ Ein solches Recht ginge auch zu weit, da die Sanktionsentscheidung nicht von der Zustimmung des Verletzten abhängen darf.⁷⁹ Aber insgesamt ist die Stellung des Verletzten im Verständigungsverfahren bemerkenswert schwach ausgestaltet, wenn man bedenkt, dass dieses Verfahren *de facto* dazu dient, die Hauptverhandlung zu ersetzen, in der der Verletzte eigentlich Anerkennung seines Opfer-Seins und damit in gewissem Umfang Genußtuung erfahren soll.

3. Insgesamt wird man sagen müssen, dass das Bundesverfassungsgericht eine – vielleicht die letzte – Chance für eine gründliche Revision der „Verständigung“ unter dem Blickwinkel des Verfassungsrechts vertan hat. Das Gericht

75 Einen Anspruch auf die Benennung einer bei vollständiger Hauptverhandlung drohenden Strafe hat der Angeklagte nicht; siehe BGH StV 2013, 741.

76 *Beulke/Stoffer*, JZ 2013, 662, 665.

77 Vgl. LR/*Stuckenberg*, § 257c Rn. 45.

78 Nach einem Vorschlag des Saarlandes sollte der Nebenkläger bei Verbrechen gegen die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung ein Veto-Recht gegen die Verständigung erhalten (BR-Drucks. 65/3/09 v. 4.3.2009); dieser Vorschlag konnte sich jedoch nicht durchsetzen.

79 Zutreffend *Meyer-Göfner*, § 257c Rn. 24.

hat viel Mühe darauf verwendet, die Flasche, das Etikett und den Korken zu prüfen; dass sich in der Flasche übel-schmeckender Fusel statt edlen Weins befindet, hat es aber nicht wirklich wahrgenommen. Das ist schade; denn das Bundesverfassungsgericht hätte dem Gesetzgeber durchaus mehr zur Pflicht machen können als die Einhaltung von Informationspflichten gegenüber dem Angeklagten. Man hätte beispielsweise das Tor zu einer nicht-unmittelbaren aber dennoch umfassenden Würdigung der Beweise im kontradiktorischen Verfahren öffnen oder vereinfachte Möglichkeiten der „Erledigung“ ohne vollständige Hauptverhandlung schaffen können; solche Möglichkeiten werden jedoch nur angedeutet,⁸⁰ ohne dass die Frage ihrer grundsätzlichen Überlegenheit gegenüber der Absprachenpraxis bezüglich der Wahrung grundlegender Verfahrensprinzipien ausgelotet würde.

So wie das Urteil geschrieben ist, wird es trotz aller verbaler Aufplusterung ziemlich wirkungslos verpuffen. Das grundlegende Problem eines aus der Zeit gefallenen Strafverfahrensrechts (siehe oben I.) ist das Bundesverfassungsgericht nicht angegangen, und der Gesetzgeber wird – trotz der „Bewährungsaufsicht“, unter die ihn der Senat hat stellen wollen – wenig Anlass verspüren, die in § 257c StPO getroffene Regelung in absehbarer Zeit wieder abzuändern. Im übrigen ist ja auch nicht ersichtlich, was er unternehmen sollte, um den Respekt für das Gesetz wiederherzustellen⁸¹ – wenn er nicht das Gesetz endgültig den „Effizienz“-wünschen der Praxis anpassen möchte. Auch der Bundesgerichtshof kann – in den wenigen Fällen, die ihn erreichen – seine Einzelfalljudikatur bezüglich der Absprachenpraxis im wesentlichen fortsetzen. Schon seine ersten Reaktionen auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zeigen, dass er gesonnen ist, die kleinen Schlupflöcher zu nutzen, die ihm das Urteil hinsichtlich der „automatischen“ Aufhebung von Urteilen bei Verletzung der Formalregeln lässt.⁸² Die Praxis der Untergerichte schließlich wird voraussichtlich eine flexible Strategie fahren: Wo es konveniert, wird man die äußerlichen Vorgaben des Gesetzes und des Bundesverfassungsgerichts formularmäßig zu erfüllen trachten; wo nicht, bleibt immer noch der Rückgriff auf die altbewährten ganz informellen Gentlemen's Agreements, die rechtlich nicht haltbar sein mögen, die man aber unter „Profis“ einzuhalten bereit ist.

Insofern kann es sein, dass der Schuss des Bundesverfassungsgerichts nach hinten losgeht: Hinter der Fassade der vorgeschriebenen transparenten „Verständigung“ werden die eigentlichen Verhandlungen am Telefon oder in der Kantine geführt; und gerade wegen der hohen formalen Anforderungen an eine

80 Siehe Urteil Rn. 104.

81 Ähnlich *Kudlich*, ZRP 2013, 162, 163; *Frank Meyer*, NJW 2013, 1850, 1853.

82 Siehe etwa BGH StV 2013, 740 (Urteil beruht nicht auf Unterlassung der nach § 243 Abs. 4 StPO erforderlichen Mitteilung, ob vor der Hauptverhandlung Erörterungen stattgefunden haben).

rechtlich wirksame „Verständigung“ bleibt der Angeklagte hinsichtlich der hinter vorgehaltener Hand gemachten „eigentlichen“ Zusagen erst recht schutzlos.⁸³ Dann hätte man den Teufel mit Beelzebub ausgetrieben.

83 Ähnlich *Knauer*, NStZ 2013, 433, 436.

Le «plaider coupable» français: quel avenir pour l'audience de jugement?

Das französische «plaider coupable»: Was wird aus der Hauptverhandlung?

Im französischen Recht werden zwei Verfahrensformen abgekürzt als „plaider coupable“ (sich schuldig bekennen) bezeichnet, von denen hier nur die „comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité“ (CRPC) und nicht die „composition pénale“ behandelt wird. Die CRPC wurde 2004 eingeführt und ihr Anwendungsbereich 2011 ausgedehnt auf fast alle Übertretungen und Vergehen. Ihre Einführung entspricht der Empfehlung des Europarates, konsensuale Erledigungsformen zu schaffen, um der Überlastung der Justiz abzuhelpfen. Als Vorbild diente die anglo-amerikanische guilty plea.

Das Verfahren der CRPC vollzieht sich in zwei Schritten: Im ersten Schritt schlägt der Staatsanwalt dem geständigen Beschuldigten eine oder mehrere Strafen vor, wobei eine Freiheitsstrafe nicht länger als ein Jahr dauern darf. Ist der Beschuldigte einverstanden, bedarf es in einem zweiten Schritt der Genehmigung („homologation“) durch einen Richter, woraufhin die Strafe sofort vollstreckbar wird. Verweigert der Beschuldigte die Zustimmung oder der Richter die Genehmigung, so wird das Verfahren auf dem herkömmlichen Weg fortgesetzt, wobei das Geständnis und sonstige Erklärungen unverwertbar werden. Gegen die Genehmigungsverfügung kann der Beschuldigte Rechtsmittel einlegen, dem sich der Staatsanwalt anschließen kann; in der zweiten Instanz ist das Geständnis allerdings verwertbar.

Mithin findet bei der CRPC keine klassische Hauptverhandlung statt, sondern nur eine „audience d'homologation“, eine Anhörung, aufgrund derer der Richter über die Genehmigung der vereinbarten Strafe entscheidet und bei der der Staatsanwalt nicht anwesend sein muss. Daran wird deutlich, dass die entscheidende Verfahrensphase vor der Staatsanwaltschaft stattfindet, die daher, so manche Kritiker, „quasi-gerichtliche“ Befugnisse erhalte, während die bloße, womöglich nur minimale oder oberflächliche, Prüfung des bereits entschiedenen Verfahrensergebnisses nicht dem traditionellen Rollenbild des Richters entspreche, obschon er im Vorhinein Richtlinien mit der Staatsanwaltschaft abstimmen kann. Dem Beschuldigten kommt eine im Vergleich zum Normalverfahren einflussreichere Stellung zu, weil die CRPC von seinem Geständnis und seiner Zu-

stimmung zur Sanktion abhängt, während das Opfer außer der Anwesenheit bei der gerichtlichen Anhörung keine Mitwirkungsbefugnisse hat.

Die Bestimmung der Rechtsnatur der richterlichen Anhörung bereitet im französischen Recht Schwierigkeiten. Unklar ist auch, ob eine richtige Verhandlung zur Sache (débat au fond) stattfinden kann, der Beschuldigte etwa Verfahrensfehler rügen darf.

Insgesamt bewirkt die CRPC, die vom Verfassungsrat akzeptiert wurde und inzwischen vielfach als unverzichtbar angesehen wird, eine erhebliche Verschiebung des Schwerpunktes und damit der gesamten Architektur des Strafverfahrens. Künftig wird wohl eine neue Ära beginnen, in der es, aus Gründen der Ersparnis von Zeit und Geld, ein schnelles, informelles Minimalverfahren für geständige Beschuldigte und ein mit allen Garantien versehenes „Kampf“verfahren für den unkooperativen Angeklagten gibt.

Introduction

1. En droit français, la notion de «plaider coupable» peut être utilisée pour désigner toute procédure reposant sur la reconnaissance préalable de sa culpabilité par l'auteur présumé des faits. Sont donc incluses sous ce vocable à la fois la procédure de composition pénale: alternative aux poursuites dite punitive¹ et la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC): procédure rapide de jugement des délits. La présente étude ne traitera que de la seconde procédure sans toutefois complètement exclure la première à laquelle il pourra être fait référence ponctuellement. Introduite par la loi du 9 mars 2004,² la CRPC s'applique depuis la loi du 13 décembre 2011³ à la quasi-totalité des infractions délictuelles⁴ et peut être mise en œuvre aussi bien à l'issue d'une enquête policière qu'au cours d'une information judiciaire.

1 V. par exemple PRADEL (J.), «Une consécration du *plea bargaining* à la française, la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999», *D.* 1999, 36^e cahier, chron. p. 379.

2 Art. 137, L. n° 2004-204 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JO 10 mars 2004.

3 Art. 27, L. n° 2011-1862 relative à la répartition des contentieux et l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, JO 14 déc. 2011.

4 Saisi d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*, le Conseil constitutionnel a déclaré l'extension de la CRPC conforme à la Constitution, v. déc. n° 2011-641 DC 8 déc. 2011, JO 14 déc. 2011. Sont toutefois exclues de cette procédure les cas prévus à l'article 495-16 du Code de procédure pénale ainsi que les infractions visées par les articles 222-9 à 222-31-2 du Code pénal lorsqu'elles sont punies d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à cinq ans (art. 495-7 *C.proc.pén.*). Il convient également de noter que l'article 222-31-1 du Code pénal relatif à l'inceste a été abrogé par le Conseil Constitutionnel, v. Cons. const. déc. n° 2011-163 QPC du 16 sept. 2011.

2. Inspirée du «plaider coupable» anglo-saxon,⁵ la CRPC s'inscrit dans un contexte favorable à l'émergence des procédures accélérées et/ou simplifiées qui se manifeste à un double niveau. D'abord au niveau européen, en raison principalement de la capacité de ces procédures à désengorger les juridictions répressives face à l'augmentation significative du contentieux mettant en avant les lenteurs injustifiées de la justice pénale.⁶ Ensuite au niveau interne, d'une part, grâce aux commissions de réflexion qui se réunissent successivement et qui recommandent le développement des procédures dites de «plaider coupable»⁷ et d'autre part, grâce au succès des procédures pénales sommaires préalablement instituées en droit français. En effet, tout en s'inscrivant dans le prolongement de la composition pénale,⁸ la CRPC s'apparente également à la procédure de l'or-

5 Il est vrai que le «plaider coupable» français s'inspire du *guilty plea* en ce qu'il «introduit une division procédurale entre deux types d'affaires: celles où la culpabilité est reconnue (...), celles où la culpabilité est contestée (...)», PAPADOPOULOS (I.), «*Plaider coupable*», *la pratique américaine, le texte français*, Droit et Justice, PUF, 2004; TALEB (A.), «Les procédures de *guilty plea*: plaider pour le développement des formes de justice «négociée» au sein des procédures pénales modernes». Étude de droit comparé des systèmes pénaux français et anglais, RIDP 2012/1 Vol. 83, p. 89-109; PRADEL (J.), «Le plaider coupable, Confrontation des droits américain, italien et français», RIDC 2-2005, p. 473-491, spéc. p. 475; PRADEL (J.), «Défense pénale et régime de procédure», in *La Défense pénale*, Actes du XIXème congrès de l'Association de droit pénal, Lyon, 19-21 nov. 2009, RPDP 2010 n° spécial, p. 31-38, spéc. p. 37.

6 Ainsi, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a estimé que chaque fois que les traditions constitutionnelles et juridiques le permettaient, il faudrait instituer la procédure des *guilty pleas*, v. Recommandation N° R (87)18 du Comité des ministres des Etats membres concernant la simplification de la justice pénale, § III. a.7-a.8. De même, la position adoptée par la jurisprudence européenne rappelant que ces procédés s'intègrent parfaitement dans le respect de la Convention, a permis de «renforcer l'émergence, en matière pénale, de formes de justice dites consensuelles et négociées». De ce fait, dans deux arrêts notamment, la Cour de Strasbourg a admis que ces formes de justice puissent emporter, en contrepartie des avantages offerts par elles, la renonciation à certaines garanties du procès équitable, v. CEDH, 27 fév. 1980, *Deweert c/ Belgique* (§§ 49-53); CEDH, 20 juin 2002, *Borghini c/ Italie*, req. 54767/00. Il apparaît donc que la «volonté de s'affranchir dans les cas qui s'y prêtent, de la justice imposée, afin de rechercher par l'émergence d'une maturité collective, une solution judiciaire négociée et acceptée par tous» constitue, depuis un certain temps déjà, une priorité européenne, v. RISKIN (L.L.) in OTIS (L.), *La médiation judiciaire*, Actes de la Conférence des 24 et 25 novembre 2003, Editions du Conseil de l'Europe, p. 67.

7 Il est possible de citer la Commission Justice pénale et droits de l'homme qui, dès 1989, préconise de traiter différemment les affaires pénales selon que l'accusé reconnaisse ou non les faits qui lui sont reprochés. Cette commission estime qu'en cas de plaider de culpabilité, la mise en œuvre d'une procédure allégée apparaît appropriée, v. Commission Justice pénale et droits de l'homme, *La mise en état des affaires pénales*, Rapport, La documentation française, 1991. C'est encore la même recommandation qui est formulée deux décennies plus tard, en 2009, dans le rapport Léger rendu par le Comité de réflexion chargé de formuler des propositions visant à réformer la procédure pénale, v. Comité de réflexion sur la justice pénale, rapport Léger du 1^{er} sept. 2009, p. 42; v. également l'avant-projet du futur Code de procédure pénale, 1^{er} mars 2010, disponible sur www.justice.gouv.fr

8 En effet, dans les deux procédures, une rencontre entre l'autorité en charge des poursuites et le

donnance pénale⁹ dans la mesure où le juge statue sans débat contradictoire préalable portant sur la culpabilité de l'accusé et à partir des seuls éléments du dossier que lui a préalablement communiqués le ministère public. Dans le cadre de ces trois procédures, étant rapidement fixés sur leur sort, les prévenus peuvent exécuter la sanction au plus tôt et selon les modalités convenues, afin d'éviter des frais et échapper à l'incertitude d'une audience qu'ils redoutent¹⁰.

3. Il est ainsi avancé que la procédure de CRPC en ce qu'elle ne prévoit qu'une audience d'homologation, permet de s'affranchir de l'audience classique de jugement. Mais qu'en est-il réellement? Pour répondre à cette question, il apparaît indispensable de préciser ce que l'on entend par «audience de jugement» et par «audience d'homologation». Le terme d'«audience» désigne une séance, publique ou non, pouvant être, en général, à la fois consacrée «aux débats, aux plaidoiries ainsi qu'au prononcé des décisions».¹¹ Quant au terme «homologation», il s'agit de l'approbation d'un acte ou d'une convention, par une autorité judiciaire (...), à laquelle est subordonnée l'exécution de cet acte ou de cette convention.¹² Cette approbation judiciaire suppose du juge un contrôle de légalité et souvent un contrôle d'opportunité afin que soit conférée à l'acte homologué la force exécutoire d'une décision de justice.¹³ Quant au terme «jugement», il s'applique en principe aux décisions de justice rendues par les juridictions de droit commun du premier degré. L'audience de jugement a pour objet de déterminer la culpabilité du prévenu et, le cas échéant, la peine que le condamné devra exécuter.

4. De ce fait, il convient de démontrer que l'audience d'homologation de CRPC ne s'apparente pas à une audience classique de jugement qui implique la tenue d'un débat contradictoire sur la culpabilité du prévenu et, en cas de condamnation, sur la peine. Si l'audience de CRPC ne répond pas à la définition d'une

prévenu permet à la première de proposer au second une sanction pénale adaptée après que ce dernier ait reconnu sa culpabilité, v. art. 41-1 à 41-3 *C.proc.pén.*

9 Cette procédure s'applique aux contraventions et aux délits. Pour l'ordonnance pénale contraventionnelle, v. loi n° 72-5 du 3 janvier 1972 tendant à simplifier la procédure applicable en matière de contravention; art. 524 et s. *C.proc.pén.* Cette procédure puise d'ailleurs son inspiration dans l'ordonnance pénale du droit luxembourgeois et dans celle du droit allemand, plus connue sous le nom de '*Strafbefehl*'. Pour l'ordonnance pénale délictuelle, v. loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, JO 10 septembre 2002.

Art. 495 à 495-6 *C.proc.pén.* La dernière modification a été apportée par l'article 26 de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011, op.cit.

10 DANET (J.) et GRUNWALD (S.), *La composition pénale, une première évaluation*, Université de Nantes, L'Harmattan, Paris, 2005 cité par JEAN (J.-P.), *Le système pénal*, Ed. La Découverte, Coll. Repères, 2008, p. 89.

11 CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 9^e éd. 2012, PUF, p. 103.

12 Dictionnaire Larousse disponible sur <http://www.larousse.fr>

13 CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op.cit., p. 507.

audience classique de jugement, les dispositions relatives à la CRPC prévoient pourtant la tenue d'une audience d'homologation. Quelle est donc la nature de cette audience? Quel pourrait être son impact sur l'avenir de l'audience de jugement et plus généralement sur la structure même du procès pénal? Il apparaît que si l'avènement et le développement du «plaider coupable» français, compte tenu des modalités de cette procédure et des rôles de ses acteurs, rompt avec l'audience classique de jugement (I), il n'en reste pas moins que la CRPC prévoit une audience d'homologation. Malgré les difficultés soulevées quant à la nature juridique de l'audience de CRPC, l'introduction de cette procédure conduit, à l'évidence, à de profondes mutations au sein de la procédure pénale française (II).

I. La CRPC: vers la suppression de l'audience classique de jugement

5. Il ressort des dispositions relatives à la CRPC que celle-ci ne permet pas le maintien d'une audience classique de jugement. En témoignent d'abord la spécificité des différentes étapes de cette procédure (A), ensuite le rôle attribué aux intervenants de cette procédure (B).

A. La spécificité des différentes étapes procédurales de la CRPC

6. A l'occasion de la CRPC, il est prévu que le procureur de la République, organe essentiel de la procédure, propose à une personne majeure, ayant reconnu sa culpabilité, d'exécuter une ou plusieurs peines principales ou complémentaires encourues. Lorsqu'une peine d'emprisonnement est proposée, sa durée est au plus égale à la moitié de la peine encourue, sans pouvoir dépasser un an. Lorsqu'une peine d'amende est envisagée, le montant de celle-ci ne peut excéder celui de l'amende encourue. En cas d'accord de la peine proposée, celle-ci doit être homologuée par un magistrat du siège et l'ordonnance d'homologation est immédiatement exécutoire. En cas d'échec de la procédure, «lorsque la personne déclare ne pas accepter la ou les peines proposées ou que le président du tribunal de grande instance ou son délégué rend une ordonnance de refus d'homologation, le procureur de la République saisit, sauf élément nouveau, le tribunal correctionnel» ou requiert l'ouverture d'une information judiciaire.¹⁴

14 V. particulièrement l'art. 495-12 al. 1 *C.proc.pén.*; v. plus généralement les art. 495-7 à 495-16 *C.proc.pén.* Pour une présentation de la procédure, v. par ex. PAPAPOULOS (I.), «*Plaider coupable*», *la pratique américaine, le texte français*, op.cit.; PRADEL (X.), «Présentation théorique» in *Le plaider coupable: journée d'études de la Société Générale des Prisons, RPDP*

7. Lorsque la CRPC est envisagée au cours d'une information judiciaire, il est prévu que le magistrat instructeur puisse renvoyer le dossier de procédure au procureur aux fins de mise en œuvre de la CRPC après que le parquet, la partie civile et le mis en examen reconnaissant les faits, l'aient acceptée. Sur ce point, la circulaire du 20 mars 2012 présentant les dispositions de la loi du 13 décembre 2011 précise les modalités s'agissant de la formulation par les parties, de leur accord au renvoi de l'affaire vers la CRPC et par conséquent, de la renonciation à la voie de jugement classique.¹⁵ En raison de l'élargissement du contentieux orienté vers cette voie procédurale, il est prévu que la CRPC soit désormais expressément envisagée lorsqu'une peine de prison ferme paraît adaptée pour sanctionner le comportement délictuel de l'auteur des faits. Cependant, au regard de la personnalité de l'auteur des faits, un aménagement de cette peine est envisageable.¹⁶ Par ailleurs, une fois l'ordonnance aux fins de CRPC rendue par le juge d'instruction, la procédure suit les mêmes règles que celles relatives à la CRPC mise en œuvre à l'issue de l'enquête policière.¹⁷ Si le juge refuse de rendre une ordonnance aux fins de CRPC ou en cas d'échec de la procédure de CRPC, le mis en examen est renvoyé directement devant la juridiction correctionnelle. Ainsi, la CRPC en ce qu'elle permet d'éviter le renvoi du prévenu devant la juridiction correctionnelle ne nécessite pas la tenue d'une audience classique de jugement.

8. Qu'elle soit mise en œuvre dans le cadre d'une enquête ou d'une information judiciaire, dans tous les cas, la procédure de CRPC comporte deux phases: l'une relative à la proposition de peine du représentant du parquet, l'autre relative à l'audience d'homologation en cas d'acceptation par le prévenu de cette proposition. Cette procédure impose donc d'abord la comparution du prévenu devant le procureur de la République. Ce dernier, après avoir constaté l'identité du prévenu et lui avoir fait connaître les faits qui lui sont reprochés, recueille la déclaration de culpabilité de l'intéressé en présence de son avocat.¹⁸ Au cours de cet entretien, le procureur de la République ou l'un de ses substituts propose à la

2005, n° 2, p. 377; TALEB (A.), «Le point sur la CRPC dans l'avant-projet portant réforme de la procédure pénale: la révolution annoncée aura-t-elle lieu?», *Procédures* 2011, n° 4, Et. 4, p. 5-8.

15 Circulaire du 20 mars 2012 présentant les dispositions de la loi du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, pt. 2.1.2 (BOMJL, 30 mars 2012, JUSD1208381C).

16 Circ. du 20 mars 2012, op.cit., pt. 2.2.

17 En effet, l'article 180-1 du Code de procédure pénale (CPP) renvoie aux dispositions des articles 495-7 à 495-16 CPP.

18 Art. 495-8 al. 4 *C.proc.pén.*; Circ. CRIM 04-12 E8, 2 sept. 2004, op.cit., pts. 2.2 et 2.2.1.; VERNY (E.), «De la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité», *J.-Cl. proc. pén.*, Art. 495-7 à 495-16, fasc. 20, 1^{er} juillet 2006, p. 3, n° 7-8; MOLINS (E.), «Le procureur, nouveau pivot de la justice pénale?» in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Dalloz 2004, p. 379.

personne poursuivie une ou plusieurs peines principales ou complémentaires encourues.¹⁹ Cette première phase constitue la phase principale au cours de laquelle le sort du prévenu est quasiment scellé en raison de la reconnaissance de sa culpabilité et de l'acceptation de la proposition de peine qui s'y rattache.²⁰ Une fois la proposition de peine acceptée par le prévenu, la procédure de CRPC impose que celui-ci soit présenté aussitôt devant un magistrat du siège saisi par le procureur d'une requête en homologation.²¹ Au cours de cette audience, il est prévu que le magistrat du siège vérifie la réalité des faits et leur qualification juridique avant d'homologuer la ou les peines proposées par le parquet. Par ailleurs, ces peines doivent être justifiées au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. L'ordonnance a les effets d'un jugement de condamnation et est immédiatement exécutoire.²² Elle peut faire l'objet d'un appel de la part du condamné. Le ministère public peut, quant à lui, faire appel à titre incident dans les mêmes conditions.²³ A défaut, l'ordonnance a les effets d'un jugement passé en force de chose jugée.

9. Ainsi, malgré quelques similitudes, il apparaît clairement que l'audience d'homologation de la CRPC se distingue de l'audience classique de jugement consacrée à la détermination de la culpabilité et, le cas échéant, à la peine prononcée. Une telle distinction peut également être mise en exergue en raison du rôle attribué à chacun des intervenants de cette procédure.

19 Art. 495-8 al. 1 *C.proc.pén.*; art. 132-24 *C.pén.*

20 La circulaire du 2 septembre 2004 est particulièrement claire sur ce point. Elle indique en effet «que les déclarations par lesquelles la personne reconnaît les faits qui lui sont reprochés sont recueillies par le procureur et que la proposition de peine lui est faite par ce magistrat. Il n'est ainsi pas possible que cette proposition soit réalisée par un délégué du procureur de la République ou par un officier de police judiciaire, contrairement à ce qui est prévu en matière de composition pénale, la procédure de CRPC imposant la comparution de la personne devant le procureur de la République lui-même ou l'un de ses substituts, et confiant à ce seul magistrat le soin de proposer une peine», v. circ. CRIM 04-12 E8 2 septembre 2004, op.cit., pt. 2.2.1.1.

21 Art. 495-9 *C.proc.pén.*

22 Art. 495-11 *C.proc.pén.*

23 Sur ce point, v. Toulouse, 21 nov. 2007, infirmé par Cass. crim. 10 nov. 2010, *Bull. crim.* n° 178 in DELAGE (P.-J.), «Résistances et retournements. Essai de synthèse du contentieux relatif à la procédure de «plaider coupable», RSC 2010, p. 840. Après avoir admis que le parquet puisse relever appel principal d'une ordonnance d'homologation, la Cour de cassation a, en effet, considéré qu'il ne disposait pas de ce droit. Certains auteurs ont alors fait remarquer que cette décision, à première vue favorable à la défense, était susceptible d'emporter des conséquences préjudiciables pour le prévenu notamment lorsqu'il s'agirait pour le parquet de revenir sur une irrégularité commise par l'autorité judiciaire. Toutefois, pour l'instant, il semblerait que cette interprétation ait été utilisée à bon escient, la chambre criminelle ayant jugé qu'à défaut d'appel principal du prévenu, le ministère public ne pouvait aggraver la condamnation passée en force de chose jugée, v. Cass. crim. 29 mars 2011, *Bull. crim.* n° 60.

B. Le rôle attribué aux intervenants de la procédure de CRPC

10. Il convient de distinguer le rôle attribué aux autorités judiciaires²⁴ (1.) de celui attribué aux parties (2.).

1. Le rôle attribué aux autorités dans le cadre de la CRPC

11. Alors que dans une audience classique de jugement, les rôles attribués aux magistrats du parquet et du siège sont clairement délimités, il apparaît qu'au cours de la CRPC, la frontière entre les rôles du procureur et celui du juge tend à se brouiller. En effet, au cours d'une audience correctionnelle classique, la présence du procureur est obligatoire.²⁵ De plus, au cours de cette audience, le parquet est chargé de défendre les intérêts de la société et de démontrer que la culpabilité du prévenu est caractérisée avant de requérir une peine à son encontre. La détermination de la peine, quant à elle, relève de la seule compétence du juge.

12. En revanche, à l'occasion de la CRPC, la présence du procureur est facultative.²⁶ En outre, l'aveu de culpabilité formulé par l'auteur présumé des faits et l'acceptation par ce dernier de la proposition de peine du procureur, rend inutile, outre le débat contradictoire relatif à la culpabilité, tout débat sur la peine. Au cours de l'audience d'homologation de CRPC, le magistrat du siège ne choisit pas la peine «puisque'il doit seulement s'interroger sur (la) justification de celle qui lui est soumise, après coup, une fois qu'elle a été déterminée en dehors de lui: il procède uniquement à son «homologation», c'est-à-dire à un contrôle destiné à conférer force exécutoire à l'accord intervenu entre le parquet et le prévenu»²⁷. Il

24 Par souci de clarté et de pédagogie, ce développement intégrera à la fois le rôle du juge et celui du procureur bien qu'en raison de son statut particulier, le procureur français d'une part, n'est pas considéré comme une autorité judiciaire au sens conventionnel et d'autre part, est une partie à la procédure. Les rôles du juge et du procureur étant intrinsèquement liés, nous estimons qu'ils doivent faire l'objet d'une discussion commune.

25 V. art. 32 *C.proc.pén.* qui prévoit que toutes les décisions sont prononcées en présence du ministère public. V. également Cass. crim. 9 mai 1985, *Bull. crim.* n° 178: à peine de nullité le ministère public ne doit pas s'absenter des débats; Cass. crim. 26 mars 1996, *Bull. crim.* n° 134: «si les articles 32, 486 et 510 du code de procédure pénale exigent que le ministère public, partie nécessaire au procès pénal, soit présent à chaque audience des juridictions de jugement, il résulte de l'article 592 du même code qu'à l'instar des magistrats composant la juridiction, il est présumé avoir assisté à toutes les audiences de la cause, dès lors qu'il a été entendu en ses réquisitions à celle des débats; Cass. crim. 18 janv. 1995, *Bull. crim.* n° 27: «la présence du ministère public s'impose à peine de nullité lors du prononcé de la décision».

26 Art. 495-9 *C.proc.pén.*; Loi n° 2005-847 du 26 juillet 2005 précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, JO 27 juill. 2005.

27 D'après la définition du vocabulaire juridique sous la direction de G. Cornu cité par VALOTEAU (A.), «Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité: une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger?», *Dr. pén.* 2006, Et. 8, p. 10. Le jugement dit

est intéressant de noter que la possible absence du parquet au cours de l'audience de CRPC ne constitue pas une défaillance de ce dernier quant à son emprise sur cette étape procédurale. Bien au contraire, cette absence est révélatrice de la mainmise du parquet dont l'intervention est jugée facultative lors d'une audience au cours de laquelle le juge du siège doit se contenter principalement d'un rôle vérificateur.²⁸ Le procureur possède donc le «premier rôle dans une procédure qu'il a tellement influencée qu'elle peut se terminer sans lui lors de l'audience d'homologation à laquelle il n'est pas tenu d'être présent».²⁹

13. Pour cette raison, certains auteurs estiment que «l'audience se vide du débat sur la culpabilité et sur la peine, l'une et l'autre se déterminant en amont devant le procureur».³⁰ Ainsi, «c'est le procureur de la République qui propose la peine, que le juge du siège ne détermine donc pas personnellement, mais se contente d'homologuer»³¹. Il s'agit donc bien là «d'un contrôle et de rien d'autre»³². A cela s'ajoute que comme pour la procédure de composition pénale, des concertations préalables doivent être organisées en amont de la procédure. Ces concertations doivent notamment s'effectuer entre les magistrats du parquet et leurs collègues du siège. Elles portent, entre autres, sur la nature et les critères de choix des peines qui seront proposées, l'objectif étant qu'«à l'issue de cette concertation soit établi un document écrit récapitulatif de façon synthétique les modalités pratiques de mise en œuvre de la CRPC (...) [ce qui permettra ainsi, dès le stade initial du processus pénal,] la fixation immédiate d'une proposition de sanction»³³.

14. Ainsi, une fois la CRPC engagée, le parquet est omniprésent à toutes les étapes conduisant à l'élaboration de la réponse pénale. Or, dans le cadre de la CRPC, ce phénomène lié au renforcement de l'emprise du parquet est sujet à controverse car il revient «à confier des pouvoirs quasi-juridictionnels à un

d'homologation équivalait alors à un contrôle de conformité. En outre, l'auteur rappelle que l'ordonnance a les effets d'un jugement de condamnation comme le prévoit l'article 495-11 al. 2 du CPP.

28 DESPREZ (F.), «La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: 18 mois d'application à Montpellier» (1^{er} octobre 2004 - 1^{er} avril 2006), *Arch.pol. crim.* 2006/1, n° 28, p. 116; VIENNOT (C.), *Le procès pénal accéléré. Etude des transformations du jugement pénal*, Thèse, op.cit., p. 65.

29 ROUSSEL (G.), *Suspicion et procédure pénale équitable*, Thèse, L'Harmattan 2010, p. 192.

30 GUIDICELLI (A.), «Repenser le plaider coupable», *RSC* 2005 p. 592.

31 VALOTEAU (A.), «Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité», op.cit., p. 9.

32 PRADEL (X.), «Présentation théorique», op.cit., p. 380.

33 Circ. CRIM 04-12 E8, 2 sept. 2004, op.cit., pt. 1.3.3.; Circ. 20 mars 2012, op.cit., pt. 2.2. Il convient de préciser que ces concertations permettent également au parquet et au siège de «s'accorder sur des «barèmes» pour déterminer le domaine du «plaider coupable» et les peines à proposer en fonction des infractions ce qui permet d'atténuer (...) l'«effacement» du juge du siège», v. VALOTEAU (A.), «Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité», op.cit., p. 9.

organe qui ne peut être qualifié d'«autorité judiciaire» au sens de la jurisprudence strasbourgeoise³⁴. Par ailleurs, outre les procédures sommaires classiques telles que la procédure d'ordonnance pénale,³⁵ les procédures dites de «plaider coupable» – CRPC et composition pénale – réduisent considérablement l'office du juge;³⁶ c'est en tout cas ce que soutient une partie de la doctrine. Certains auteurs considèrent, en effet, qu'il ressort de la mise en œuvre des procédures de reconnaissance préalable de culpabilité un contrôle du juge exercé souvent rapidement et dont l'intensité est relâchée au regard de ce que l'on aurait pu imaginer à la lecture des dispositions légales ou de leur interprétation par le Conseil constitutionnel.³⁷

15. C. Saas, par exemple, qui qualifie l'intervention du siège de «rôle d'enregistrement»,³⁸ observe qu'il n'est pas exclu dans la pratique judiciaire que le rôle moteur soit confié au procureur. Il est vrai que compte tenu des difficultés managériales que connaît la justice pénale, il apparaît logique de s'interroger sur la faisabilité et donc sur l'effectivité d'un tel contrôle.³⁹ D'ailleurs, selon cet auteur, si toutes les vérifications étaient effectuées, ces procédures – particulièrement la CRPC – perdraient de leur utilité. Elle en conclut ainsi que le contrôle doit nécessairement être sommaire pour que la CRPC satisfasse aux exigences de célérité et d'efficacité de la procédure pénale; ce pour quoi, en réalité, elle a été

34 BACHELET (O.), «Constitutionnalité de l'extension du champ d'application du «plaider-coupable» ou l'inexorable montée en puissance du parquet», in *Lettre «Actualités Droits-Libertés» du CREDOF*, 21 déc. 2011.

35 Cette procédure restreint en effet le rôle du juge qui consiste, après réception du dossier de procédure transmis par le parquet, à rendre une ordonnance pénale sans débat contradictoire.

36 SCHOUER (C.), «Le premier pas vers la réduction de l'office du juge (entretien avec Jean Danet)», *Justice* 2007, n° 177, p. 10. Expression utilisée par J. Danet à propos de la composition pénale: «La rupture [dans l'évolution de notre procédure pénale] tient dans l'office du juge réduit à [la] validation» de la sanction. Le juge ne choisit plus la sanction mais valide ou non, sans débat, le choix du procureur.

37 VIENNOT (C.), *Le procès pénal accéléré. Etude des transformations du jugement pénal*, Thèse, Dalloz 2012, p. 64.

38 SAAS (C.), «De la composition pénale au plaider-coupable: le pouvoir de sanction du procureur», *RSC* 2004, p. 840–842.

39 En effet, compte tenu de sa charge de travail et des objectifs actuels de la politique gestionnaire, il est permis de douter de la capacité du juge, en pratique, à effectuer un contrôle effectif au regard de la véracité de l'aveu de culpabilité et, par la suite, au regard du caractère adapté de la peine ou de la sanction proposée. En outre, certains auteurs déduisent des taux élevés d'homologation pour la CRPC et de validation pour la composition pénale ainsi que de l'encombrement des audiences, une réticence des juges à refuser d'homologuer ou de valider les propositions de peines ou de sanctions du parquet. Les juges préfèrent donc encore valider ou homologuer plutôt que de risquer de refuser et renvoyer directement l'affaire devant la juridiction déjà encombrée. Sur ce point, v. PERROCHEAU (V.), «La composition pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: quelles limites à l'omnipotence du parquet?», *Droit et société* 2010/1, n° 74, p. 67–68.

créée.⁴⁰ D'autres auteurs estiment qu'au cours de l'audience d'homologation, le contrôle exercé par le juge constitue un contrôle minimal dont l'utilité superficielle⁴¹ latente conduit le juge du siège à se contenter «d'un pouvoir d'appréciation indirect sur la peine sans débat entre l'accusation et la défense»⁴². Il est vrai qu'au regard de l'image classique du juge, le rôle du magistrat du siège, dans la CRPC, s'éloigne «de l'essence même de sa fonction qui, bien au-delà de la reconnaissance par le législateur d'une simple option, consiste à trancher, à dire une vérité réfléchie et non pas préétablie»⁴³. Le recours au juge unique à l'occasion de la CRPC tend d'ailleurs à conforter cette idée.⁴⁴ De ce fait, le juge est en quelque sorte dépossédé d'une partie du «contenu de sa fonction de juger»,⁴⁵

40 *Idem*.

41 DESPREZ (F.), «La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: 18 mois d'application à Montpellier», *op.cit.*, p. 116.

42 MATHIAS (E.), «Alternatives punitives consensuelles, *op.cit.*; DELAGE (P.-J.), «La CRPC: quand la pratique ramène à la théorie», *op.cit.* La même critique est d'ailleurs avancée à propos de la composition pénale.

43 DELAGE (P.-J.), «La CRPC: quand la pratique ramène à la théorie», *op.cit.*

44 Si les dispositions légales ne mentionnent pas expressément le recours au juge unique, celui-ci peut se déduire, de la validation et de l'homologation de la composition pénale et de la CRPC par le magistrat du siège au moyen d'une ordonnance, v. art. 495-9 al. 1 *C.proc.pén.*: «lorsque, en présence de son avocat, la personne accepte la ou les peines proposées, elle est aussitôt présentée devant le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui, saisi par le procureur de la République d'une requête en homologation». Il en est même pour la composition pénale, v. art. 41-2 al. 6 *C.proc.pén.* En effet, nous rejoignons sur ce point le raisonnement de C. Viennot qui, tout en se référant à la définition du terme «ordonnance», indique que «classiquement, ce terme est utilisé lorsque le juge prend une décision à juge unique et non pas au sein d'une formation collégiale», v. VIENNOT (C.), *Le procès pénal accéléré. Etude des transformations du jugement pénal*, Thèse, *op.cit.*, p. 162, note 616. V. également CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, p. 710: «nom donné à certaines décisions émanant d'un juge unique (président de juridiction, juge d'instruction, juge de la mise en état) qui peut revêtir soit un caractère juridictionnel, contentieux (...) ou gracieux (...), soit le caractère d'une mesure d'administration judiciaire (...)». Il apparaît, ainsi, que les fonctions de validation et d'homologation dans le cadre des procédures françaises de «plaider coupable» font partie des attributions du juge unique, v. VIENNOT (C.), *Le procès pénal accéléré. Etude des transformations du jugement pénal*, Thèse, *op.cit.*, p. 162: «le terme d'ordonnance est par ce biais étendu au cas d'une audience aboutissant, dans le cadre de la CRPC, à un jugement», v. par ex. art. 495-11 al. 2 *C.proc.pén.*: «l'ordonnance a les effets d'un jugement de condamnation». Au-delà, il est également permis d'affirmer que le rôle actif du juge peut s'en trouver affecté puisque le recours au juge unique est conditionné par l'absence de complexité de l'affaire et par le simple rôle qui lui est confié et qui consiste à valider ou à rejeter des propositions de sanctions ou de peines qui lui sont soumises comme c'est le cas en matière de composition pénale et de CRPC.

45 SAINT PAU (J.-C.), «Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège?», *Dr. pén.* 2007, Et. 14, p. 13-16; VALOTEAU (A.), «Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité», *op.cit.*, p. 10.

certain auteurs s'interrogeant même sur l'éventuel avènement d'une justice sans juges⁴⁶.

16. Ainsi, la répartition des rôles entre magistrats du siège et du parquet à l'occasion de la CRPC permet de distinguer l'audience d'homologation de l'audience classique de jugement. Par ailleurs, le rôle attribué aux parties à l'occasion de cette procédure permet également d'affirmer que l'audience de CRPC ne constitue pas une audience classique de jugement.

2. Le rôle attribué aux parties dans le cadre de la CRPC

17. A la différence de la procédure traditionnelle conduisant à la tenue d'une audience classique de jugement, la CRPC comme son nom le suggère, met au premier plan l'auteur présumé des faits, du moins au cours de la phase de proposition de peine. La victime, quant à elle, est relayée au second plan.

18. Au cours de la CRPC, il revient à l'auteur présumé des faits d'une part, de reconnaître sa culpabilité et d'autre part, d'accepter la sanction qui lui est proposée. En raison de cette double intervention à la fois sur le terrain de la culpabilité et sur le terrain de la sanction, le délinquant est «associé» aux décisions des autorités de poursuite et de jugement. Il «devient coauteur de la décision de justice et ne peut plus, [en principe], en contester le bien-fondé»⁴⁷. Il est ainsi, un sujet actif, un acteur du processus judiciaire. Par ailleurs, puisque son consentement est exigé, si le prévenu ne peut imposer le recours à cette procédure, il peut s'y opposer. Autrement dit, «l'auteur dispose d'un pouvoir procédural non négligeable puisque par le biais de son consentement il joue un rôle actif (...) en ce qui concerne les modalités de son jugement et la peine qui lui sera appliquée»⁴⁸. Ainsi, cette nouvelle collaboration ou du moins cette intervention du délinquant au cours du processus judiciaire qu'induit la CRPC, rompt incontestablement avec la conception traditionnelle française du procès pénal. De plus, la circulaire du 20 mars 2012 prévoit que les droits de la défense soient renforcés par la désignation rapide d'un conseil afin notamment de favoriser l'information préalable du prévenu et de son conseil sur la proposition de peine envisagée par les parquets et d'assurer un débat anticipé et réfléchi sur cette dernière.⁴⁹ La mise en œuvre effective de cette procédure est donc conditionnée

46 BENHAMOU (Y.), «L'avènement d'une justice sans juges?», *Justice* 2005, n° 182, p. 15 – 18.

47 JEAN (J.-P.), «Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal», *AJ pénal* 2006, p. 473. L'auteur précise qu'à la double condition qu'il ait une connaissance effective de ses droits et qu'il puisse être assisté par un avocat, le prévenu sait aussi bien qu'un juge ce qui est opportun pour lui.

48 ANTOINE (V.), *Le consentement en procédure pénale*, Thèse sous la direction du professeur THOMAS (D.), Université Montpellier I, 2011, p. 66.

49 Circ., op.cit., pt. 2.2.

par l'acceptation de la peine proposée par le prévenu et *a fortiori* par l'acceptation de la CRPC par ce dernier. En revanche, si la CRPC suppose nécessairement une compression de l'avant-procès pénal au cours duquel le prévenu joue un rôle déterminant, son rôle apparaît logiquement réduit au cours de l'audience d'homologation puisque ce dernier n'a plus qu'à confirmer sa position.

19. Quant à la victime, il semble qu'à l'exception du droit à l'information assuré aux différentes phases du processus pénal,⁵⁰ ses intérêts ne soient pris en compte que dans leur dimension indemnitaires⁵¹. En effet, à l'occasion de la CRPC, il est prévu que la victime n'intervienne qu'au stade de l'audience d'homologation à laquelle elle est invitée à comparaître pour se constituer partie civile et demander réparation de son préjudice.⁵² La victime n'est pas supposée intervenir au stade préalable de la proposition de peine. Or, en raison de son extrême rapidité, la CRPC ne permet pas toujours à la victime d'être prête à temps afin de faire valoir ses droits lors de l'audience d'homologation.⁵³ Dans une telle situation, il ne lui reste plus qu'à user de la citation directe sur les intérêts civils pour obtenir des dommages et intérêts au regard du préjudice subi.⁵⁴ Toutefois cette audience à juge unique statuant sur les seuls intérêts civils ne fait pas l'unanimité. Pour certains auteurs, elle est «littéralement bâclée, car aucun échange ne se fait et la victime n'est pas écoutée alors qu'elle compte sur un véritable procès pour faire le deuil du préjudice subi à la suite de l'infraction concernée»⁵⁵. Sans aller jusque-là, il est vrai que si la citation directe sur les intérêts civils permet de satisfaire l'objectif indemnitaires de la victime, elle ne permet que cela. Ainsi alors que le droit à réparation de la victime ne vise pas seulement une réparation financière mais a une finalité davantage punitive, cette dimension punitive semble être «réduite à néant» puisque la victime est privée de son droit de déclencher l'action publique.⁵⁶

50 Art. 40-2 et 495-13 al. 1 *C.proc.pén.*

51 NIANG (B.), *Le «plaider coupable» en France et aux Etats-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, Thèse sous la direction du professeur LAZERGES (C.), Paris I, 2010, p. 480 et p. 505; VIENNOT (C.), *Le procès pénal accéléré. Etude des transformations du jugement pénal*, Thèse, op.cit., p. 531.

52 Art. 495-13 al. 1 *C.proc.pén.*

53 COLOMB (J.-L.), «Les failles de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité», *Gaz. Pal.* 2011 n° 365, p. 21 et s.; VIENNOT (C.), *Le procès pénal accéléré. Etude des transformations du jugement pénal*, Thèse, op.cit., p. 470. L'auteur se réfère aux procédures accélérées en citant notamment le cas de la comparution immédiate mais ce constat d'extrême rapidité de l'intervention judiciaire peut également, selon nous, concerner la CRPC.

54 Art. 495-13 al. 3 *C.proc.pén.*

55 COLOMB (J.-L.), «Les failles de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité», *Gaz. Pal.* 2011 n° 365, p. 21 et s.

56 VIENNOT (C.), *Le procès pénal accéléré. Etude des transformations du jugement pénal*, Thèse, op.cit., p. 492.

20. La CRPC est donc organisée de manière à «indemniser la victime sans pour autant que celle-ci ne puisse faire obstacle à l'efficacité et la célérité des réponses pénales»⁵⁷. Par conséquent, selon un auteur, la dimension vindicative de l'action publique n'est plus dans le cadre de cette procédure.⁵⁸ Dans ces conditions, la victime ne dispose d'aucune prérogative sur l'action publique et si elle participe au processus, cette participation demeure largement passive sur le plan pénal.⁵⁹ Pour ces raisons, il est avancé que la victime dispose d'un rôle accessoire et occupe une place secondaire dans le cadre de la procédure de «plaider coupable»⁶⁰. La célérité et l'efficacité de la réponse pénale que suppose la CRPC, comme plus généralement toute procédure accélérée et simplifiée s'inscrivant dans le cadre des politiques pénales managériales, ne permettent donc pas d'offrir à la victime les mêmes droits que dans une procédure classique ce qui fait dire à certains auteurs que la victime ne dispose, en réalité, que de «droits procéduraux symboliques»⁶¹.

21. En raison de ces spécificités, il ressort que l'audience de CRPC ne peut être rapprochée d'une audience classique de jugement. Pourtant, il existe bel et bien une audience. Mais il s'agit d'une audience d'un nouveau genre.

57 Comme plus généralement de l'ensemble des procédures accélérées, v. VIENNOT (C.), *Le procès pénal accéléré. Etude des transformations du jugement pénal*, Thèse, op.cit., p. 531.

58 *Idem*. C'est également la position du professeur Fourment qui estime qu'au cours de l'audience d'homologation relative à la CRPC, «le débat ne porte que sur l'action publique. Cette audience n'emporte pas débat contradictoire entre les parties élargies à la partie civile laquelle ne paraît pas pouvoir «corroborer» l'action publique», v. FOURMENT (F.), «La place de la victime dans la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité», *Gaz. Pal.* 31 déc. 2011 n° 365, p. 14 et s.

59 NIANG (B.), *Le «plaider coupable» en France et aux Etats-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, Thèse, op.cit., p. 505.

60 Selon le professeur Fourment, le bilan concernant la place de la victime dans la CRPC est mitigé. En effet, il estime que si le droit à réparation n'est pas sacrifié (les modalités de l'action publique sont sans effets sur celles de l'action civile), en revanche la place de la victime apparaît bien secondaire, ses attentes et ses prérogatives sont restreintes dans le cadre de la procédure de CRPC qui se veut être un instrument de «conduite de la politique de l'action publique», expression empruntée par F. Fourment à l'art. 35 al. 2 *in fine C.proc.pén.* in FOURMENT (F.), «La place de la victime dans la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité», op.cit., p. 14 et s. V. également Circ. n° CRIM 04-12 E8, 2 sept. 2004, op.cit., pt. 4.1.1.2: «à la différence des pratiques couramment répandues lorsque la victime comparait à l'audience du tribunal correctionnel, le procureur de la République, qui n'est en principe pas présent lors de la phase d'homologation, ne pourra pas utilement conseiller la victime dans sa demande lorsque celle-ci ne sait pas comment faire valoir des droits».

61 VIENNOT (C.), *Le procès pénal accéléré. Etude des transformations du jugement pénal*, Thèse, op.cit., p. 465. C'est également la position de S. Corioland qui, dans sa thèse, estime que la procédure de CRPC «n'est pas tournée vers la victime», v. CORIOLAND (S.), *La place de la victime dans le procès pénal*, Thèse sous la direction du professeur STRICKLER (Y.), Université de Strasbourg, 2009, spéc. p. 319.

II. La CRPC: vers l'institution d'une audience d'un nouveau genre

22. La procédure de CRPC implique incontestablement l'avènement d'une audience spécifique, d'une audience sui generis. Cependant, les contours de l'audience d'homologation que les dispositions de la CRPC prévoient demeurent insaisissables. En conséquence, il convient, dans un premier temps, de souligner les difficultés liées à l'identification de la nature juridique de l'audience de CRPC (A). Néanmoins, la CRPC, en ce qu'elle met en place une audience nouvelle, amorce un bouleversement du schéma traditionnel relatif à l'organisation procédurale française (B).

A. Les difficultés liées à l'identification de la nature juridique de l'audience de CRPC

23. En premier lieu, ces difficultés résultent des ambiguïtés relatives au rôle du juge de l'homologation dont il apparaît difficile de dire si celui-ci se distingue du rôle traditionnellement attribué au magistrat du siège dans le cadre d'une audience classique. (1.). En second lieu, ces difficultés résultent des ambiguïtés relatives aux rôles des parties au cours de l'audience d'homologation de la CRPC et soulèvent, là encore, un certain nombre de questionnements (2.).

1. Les ambiguïtés relatives au rôle du juge au cours de l'audience de CRPC

24. S'agissant de la distribution des pouvoirs accordés aux magistrats du siège et du parquet et notamment du constat de l'omnipotence du procureur dans le cadre de la CRPC, certains auteurs estiment que le magistrat du siège conserve tout de même sa fonction de juger. F. Molins, par exemple, considère que dans le cadre de la CRPC, la décision demeure de la «compétence du juge qui, à travers son pouvoir d'homologation n'est pas un acteur passif mais un acteur à part entière qui aura la charge de contrôler à la fois la légalité mais aussi l'opportunité de la mesure»⁶². De même, J.-F. Beynel estime, pour sa part, que le juge joue un

62 MOLINS (F.), «Le procureur, nouveau pivot de la justice pénale», op.cit., p. 383; PERROCHEAU (V.), «La composition pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité», op.cit., p. 66; AMBROISE-CASTEROT (C.), «Le consentement en procédure pénale» in Mélanges offerts à Jean Pradel, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas 2006, p. 42. Le contrôle formel résulte en effet du rôle confié au juge de valider ou de rejeter la proposition en matière de composition pénale ou de CRPC. Quant au contrôle d'opportunité, il s'agit pour le juge de s'assurer que la peine ou la sanction est adaptée

rôle plus important qu'il n'y paraît. Cet auteur explique, en effet, que contrairement aux procédures correctionnelles classiques dans le cadre desquelles le magistrat du siège n'a pas la maîtrise des poursuites mais se contente de juger les affaires qui lui sont soumises, en matière de CRPC, le juge s'engage, par le biais de concertations préalables avec le parquet, dans un «dialogue positif et constructif» lui permettant de «développer sa propre politique judiciaire»⁶³. Pour d'autres auteurs, l'homologation par le juge constitue une garantie essentielle dont la réalité est subordonnée à la nécessité d'une collaboration entre le siège et le parquet. Le succès de cette procédure résulte donc de cette collaboration entre les acteurs du processus judiciaire.⁶⁴ De ce fait, malgré le glissement opéré de la fonction de jugement à celle de contrôle, la fonction de juger demeure entre les mains du magistrat du siège. Pour cette raison, «le juge pénal qui valide ou homologue dit le droit, il le fait simplement dans la limite de la seule fonction de contrôle que la loi lui assigne dans ces cas»⁶⁵. La fonction juridictionnelle de juge s'en trouve ainsi renforcée tant du point de vue de son rôle processuel, que du point de vue de son rôle substantiel car d'une part, le juge gagne en impartialité et d'autre part, il se positionne comme l'ultime rempart des libertés individuelles.⁶⁶

notamment au regard des faits et de la personnalité du prévenu. V. également Circ. 2 sept. 2004, op.cit., pt. 2.3.3.1.

63 BEYNEL (J.-F.), «La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: approche pratique. *Verbatim* d'un président de TGI», *Gaz. Pal.* 31 déc. 2011, n° 365, p. 18 et s. L'auteur précise que dans les procédures classiques, il ne peut exercer un rôle de filtre comme c'est le cas en matière de CRPC: «quand vous êtes en correctionnelle (...) vous jugez ce que l'on vous donne à juger (...). Vous ne pouvez pas dire au début de l'audience; «ça je ne le jugerai pas, ça je vais le juger». Vous vous taisez et vous jugez. C'est votre boulot. Dans la CRPC, vous pouvez ouvrir votre «bouche». Pour homologuer, il faut que le procureur ait l'assurance que les juges vont homologuer. Cela ne servirait absolument à rien de lancer une CRPC, si le magistrat ne l'homologuait pas. Et c'est là que le juge retrouve une place (...). C'est d'ailleurs ce que préconise la circulaire du 2 sept. 2004, v. Circ. 2 sept. 2004, op.cit., pts. 1.2.2.3, 1.3.3, 2.3.3.1.3. Il est effectivement logique de considérer que la CRPC perdrait toute utilité si le parquet décidait de recourir à cette procédure tout en risquant un refus d'homologation parce qu'en amont, l'absence de concertation entre le siège et le parquet, aura empêché la détermination du caractère opportun de cette voie procédurale. Il est ainsi exigé que «dans le cadre des concertations préalables menées entre les magistrats du siège et du parquet pour la mise en place de la CRPC, des critères soient dégagés pour permettre des propositions de peines susceptibles de faire l'objet d'une homologation».

64 PERROCHEAU (V.), «La composition pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, op.cit., p. 65 – 70», spéc. p. 70. L'auteur formule le même constat s'agissant de la composition pénale et estime à propos des alternatives aux poursuites que le juge «est partie intégrante du processus (...). Sa participation est essentielle dans la mesure où le siège joue un véritable rôle de garde-fou».

65 CAPDEPON (Y.), «Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale: juge ou contrôleur?», *Dr. pénal*, sept. 2007, Ét. 15, p. 19. L'auteur en déduit donc que «la fonction de juger, que celle-ci soit classique ou réside dans un simple contrôle, demeure un monopole réservé au juge du siège».

66 D'ailleurs dans le langage courant, contrôler peut signifier «dominer (...) diriger un phé-

C'est d'ailleurs ce que suggère la circulaire du 2 septembre 2004 qui énonce que le rôle du juge dans la procédure de CRPC est cardinal.⁶⁷

25. Ainsi, l'interprétation et l'appréciation des dispositions légales et réglementaires relatives au rôle du juge français dans la procédure de CRPC divergent. Alors que la majorité de la doctrine estime que la CRPC conduit, dans une certaine mesure, à «l'affaiblissement de la force symbolique de la justice»⁶⁸ dans la mesure où le juge est dessaisi des prérogatives de fond qui sont traditionnellement les siennes,⁶⁹ d'autres auteurs estiment, au contraire, que cette procédure permet de renforcer la fonction de juger. Que l'on en déduise un affaiblissement ou un renforcement du rôle du juge, une chose est certaine «le rôle d'«homologateur», si on estime que c'est une tâche importante, n'est pas un rôle qui place le juge dans sa position traditionnelle, c'est-à-dire celle du débat contradictoire, public avec des arguments autour de pièces communiquées à l'ensemble des parties et que le juge tranche (...)»⁷⁰. Il s'agit donc clairement d'une autre manière de juger. Toutefois il est difficile d'affirmer jusqu'à quel point le rôle du juge de l'homologation s'éloigne de celui du juge traditionnel. Dans la mesure où la nature précise de l'audience d'homologation ne peut être déterminée, il n'est pas possible de la distinguer pleinement de celle de l'audience classique. L'étude de la place occupée par les parties dans la CRPC impose de formuler le même constat.

nomène ou un processus (...) ou encore avoir sous son autorité, sous son pouvoir», ce qui tend à placer le juge dans une position de supériorité. V. Dictionnaire Larousse, <http://www.larousse.fr>

67 Circ., op.cit., pt. 2.3.3.: «Le rôle du président ou du juge délégué dans la procédure de CRPC est évidemment cardinal puisque c'est à ce magistrat, dont l'intervention était constitutionnellement indispensable afin d'assurer le respect du principe de séparation des autorités de poursuites et des autorités de jugement, qu'il revient d'homologuer ou non les peines proposées par le parquet. Comme cela résulte notamment de la décision du Conseil constitutionnel, le président ou le juge délégué devra se prononcer en toute indépendance et à la suite d'un examen attentif de la procédure sur la requête du procureur de la République, après avoir vérifié un certain nombre de conditions qui soit résultent expressément de la loi, soit ressortent de l'économie générale de la nouvelle procédure».

68 MATHIAS (E.), «Alternatives punitives consensuelles, leurres et travers de la répression volontaire», *Gaz. Pal.* sept. 2006, n° 245, p. 2 et s.

69 BEAUME (J.), «Le parquet: après trois décennies, la nécessité d'un nouvel équilibre» in ANGIOLINI (E.) et al, *Quel avenir pour le ministère public?*, Sous l'égide de la Cour de cassation, Dalloz 2008, p. 167.

70 BEYNEL (J.-F.), «La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: approche pratique», op. cit. L'auteur confie d'ailleurs qu'avec la CRPC sa marge de manœuvre est plus étroite.

2. Les ambiguïtés relatives aux rôles des parties dans la CRPC

26. *S'agissant du prévenu*, certaines ambiguïtés relatives à la place occupée par ce dernier et qui ne permettent pas de distinguer l'audience de CRPC de l'audience classique, peuvent être relevées. D'un côté, certaines modalités de la procédure distinguent l'audience de CRPC de l'audience de jugement classique. Comme nous l'avons précédemment souligné, le prévenu doit consentir à la mise en œuvre de cette procédure. Préalablement à tout accord, s'il le souhaite, il peut s'entretenir avec son conseil hors présence du procureur de la République et demander, avant de prendre sa décision, à bénéficier d'un délai de réflexion, compris entre dix et vingt jours à compter de la proposition.⁷¹ Le prévenu dispose même de la faculté de demander lui-même ou par l'intermédiaire de son avocat par lettre recommandée avec accusé de réception adressée au procureur à bénéficiaire de cette procédure.⁷² Une telle participation du prévenu au cours du processus pénal ne se trouve pas dans le cadre d'une procédure pénale traditionnelle à l'issue de laquelle se tient une audience classique de jugement. De plus, il est prévu que le prévenu puisse interjeter appel de l'ordonnance d'homologation et ainsi exercer «un ultime droit de rétractation».⁷³ Or, dans ce cas, le parquet ne dispose pas du droit de relever appel principal d'une ordonnance d'homologation.⁷⁴

27. D'un autre côté, certaines modalités de la CRPC la rapprochent de l'audience classique de jugement. En effet, en cas d'échec de la CRPC, le procès-verbal faisant état de l'aveu de culpabilité du prévenu ne peut, à peine de nullité de la procédure, «être transmis à la juridiction d'instruction ou de jugement, et ni le ministère public, ni les parties ne peuvent faire état devant cette juridiction des déclarations faites ou des documents remis au cours de la procédure»⁷⁵. Or cette

71 Art. 495-8 in fine et art. 495-10 *C.proc.pén.* combinés.

72 Art. 495-15 al. 1 *C.proc.pén.*

73 Expression de F. Molins, v. MOLINS (F.), «Plaidoyer pour le «plaider coupable»: des vertus d'une peine négociée», *AJ pénal* 2003, p. 61; v. art. 495-11 al. 3 *C.proc. pén.*

74 Art. 495-11 al. 3 *C.proc.pén.*; Crim. 10 nov. 2010, *Bull. crim.* n° 178; Circ. n° CRIM 04-12 E8, 2 sept. 2004, op.cit., pt. 3.1.2.1. Ceci n'est pas le cas dans le cadre d'un appel d'un jugement correctionnel, v. art. 500 et 500-1 *C.proc.pén.* Par ailleurs, alors que dans une procédure classique, l'appel a un effet suspensif, «l'ordonnance d'homologation ayant les effets d'un jugement immédiatement exécutoire, l'appel n'empêche pas la mise à exécution, ou la continuation de l'exécution, de la ou des peines qui ont été homologuées», v. Circ. n° CRIM 04-12 E8, 2 sept. 2004, op.cit., pt. 3.1.2.2. V. art. 506 *C.proc.pén.* pour la procédure classique.

75 Art. 495-14 al. 2 *C.proc.pén.*: Cass. crim. 17 sept. 2008, *Bull. crim.* n° 192; Cons. const. 10 déc. 2010, op.cit. Néanmoins, la jurisprudence a estimé qu'en cas de jugement de culpabilité rendu par la juridiction répressive selon une procédure classique sans qu'il n'ait été porté atteinte aux intérêts du prévenu, les juges du fond ne s'étant pas fondés sur cet élément pour asseoir leur conviction sur la culpabilité, le procès-verbal versé au dossier ne peut entraîner la nullité des poursuites, v. Cass. crim. 30 nov. 2010, *Bull. crim.* n° 190.

disposition ne s'étend pas au cas de l'appel de l'ordonnance d'homologation.⁷⁶ Ainsi, comme à l'issue d'une audience classique, il pourra être fait référence à la procédure antérieure devant la juridiction d'appel. Sur ce point, la circulaire du 2 septembre 2004 indique en effet que «rien n'interdit (...) à la cour, au cours des débats et dans les motifs de son arrêt, de faire référence au contenu de l'ordonnance d'homologation et d'en tenir compte pour prendre sa décision»⁷⁷. Autrement dit, les dispositions applicables au cas d'échec de la CRPC ne s'appliquent pas en cas d'appel de l'ordonnance d'homologation qui suit les mêmes règles que l'appel en matière correctionnelle.

28. Enfin, certains auteurs estiment que la phase d'homologation de la CRPC «regroupe l'audience sur la culpabilité et l'audience sur la peine» et ajoutent dans le même temps que cette phase n'a pour objet qu'«un contrôle rapide de légalité et éventuellement de proportionnalité auquel fait suite le recueil de la confirmation de l'aveu de l'acceptation de la peine»⁷⁸. D'autres auteurs estiment que «la procédure de plaider coupable devrait permettre de remettre la peine au centre des débats ce qui n'était pas toujours le cas dans l'audience correctionnelle et permettre de revaloriser l'audience correctionnelle en n'y portant que les affaires pour lesquelles elle est nécessaire et susceptible d'apporter une véritable valeur ajoutée»⁷⁹. Il est donc difficile de déterminer d'une part, si la phase d'homologation suppose un débat et d'autre part, si tel est le cas, l'objet de ce débat. Ceci résulte en réalité des ambiguïtés portant sur la nature de la phase de l'homologation. Alors qu'*a priori* dans la CRPC, le rôle du juge consiste à contrôler et vérifier la véracité de l'aveu ainsi que le caractère proportionné et adapté de la peine, le législateur se réfère à cette phase en utilisant le terme d'«audience». Or ce terme désigne une séance pouvant être à la fois consacrée aux débats et au prononcé des décisions.⁸⁰ La logique d'efficacité justifiant l'institution et l'extension du champ d'application de la CRPC voudrait que la position excluant tout débat, soit la plus probable ce qui, au demeurant, conforterait la thèse de la distinction entre audience d'homologation et audience classique. Là encore, cette

76 Dans la mesure où selon la Cour de cassation, les nullités doivent être soulevées *in limine litis* au cours de la phase d'homologation de la CRPC (v. Cass. crim. 22 février 2012, n° 11-82786, *Bull. crim.* n° 52, note *infra* n° 82), il est possible d'envisager que l'appel visera essentiellement à contester la peine prononcée dans le cadre de la CRPC.

77 Circ. n° CRIM 04-12 E8, 2 sept. 2004, *op.cit.*, pt. 3.1.2.2. La circulaire indique par ailleurs que «la cour statue de la même manière que si, saisie sur l'appel d'une condamnation prononcée par le tribunal correctionnel, elle avait annulé le jugement de ce tribunal et évoqué l'affaire. Elle ne peut en effet ni confirmer ni infirmer l'ordonnance d'homologation, qui, même si elle en a les effets, n'est pas un jugement».

78 V. par ex. NIANG (B.), *Le «plaider coupable» en France et aux Etats-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, Thèse, *op.cit.*, p. 485, n° 438.

79 MOLIN (F.), «Le procureur, nouveau pivot de la justice pénale?» in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, *op.cit.*, p. 383.

80 CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, p. 103.

solution ne semble pas convaincre la Cour de cassation qui a pu juger au visa de l'article 385 du code de procédure pénale, que l'audience d'homologation de la CRPC instaurait un débat au fond.⁸¹ La chambre criminelle assimile ainsi l'audience d'homologation de la CRPC à l'audience classique.

29. *S'agissant de la victime*, les dispositions relatives à la CRPC prévoient d'abord que le procureur lors de la phase de proposition de peine détermine «la nature et le *quantum* de la ou des peines (...) conformément aux dispositions de l'article 132-24 du code pénal»⁸². Ces dispositions prévoient que «la nature, le *quantum* et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions». Ensuite, au cours de l'audience d'homologation, il importe de relever comme l'a indiqué le Conseil constitutionnel dans sa décision de 2 mars 2004, que «(...) le président du tribunal de grande instance (...) pourra refuser l'homologation s'il estime que (...) la situation de la victime ou (...) justifient une audience correctionnelle ordinaire; qu'il ressort de l'économie générale des dispositions contestées que le président du tribunal de grande instance pourra également refuser d'homologuer la peine proposée si les déclarations de la victime apportent un éclairage nouveau sur les conditions dans lesquelles l'infraction a été commise ou sur la personnalité de son auteur»⁸³. La position de la victime est donc prise en compte par le procureur lors de la phase de proposition de peine. Elle est également prise en compte par le juge au cours de l'audience d'homologation puisque la victime peut faire des déclarations qui pourront influencer sur la décision de refus d'homologation.

30. Cependant, les intérêts de la victime n'apparaissent pas en tant qu'éléments

81 Cass. crim. 22 février 2012, n° 11-82786, *Bull. crim.* n° 52. Sur ce point, v. HAAS (M.), «Reconnaître, c'est se défendre», *Dr. pén.* 2012, n° 4, Comm. 59; GALLOIS (J.), «CRPC: l'audience d'homologation instaure un débat au fond», *AJ pénal* 2012, p. 236. Dans cette espèce, le prévenu a soulevé l'exception de nullité de la garde à vue dont il avait fait l'objet après avoir interjeté appel de l'ordonnance d'homologation de la CRPC. La Chambre criminelle, cassant l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes, a déclaré irrecevable, pour cause de forclusion, l'exception de nullité, faute de n'avoir pas été soulevée *in limine litis*, c'est à dire avant que ne débute l'audience d'homologation de la CRPC. Au regard de la spécificité de la procédure de CRPC, certains auteurs dont M. Haas considèrent que cette solution est contestable et soulignent que si un débat au fond peut se tenir, ce dernier ne doit pas s'apparenter à une défense au fond. Au-delà, cette solution illustre la difficulté juridique que pose la nature de l'audience d'homologation.

82 Art. 495-8 al. 1er *C.proc.pén.*

83 Cons. const., déc. 2 mars 2004, n° 2004-492, Consid. 107 confirmé par Cons. const., déc. n° 2011-641 DC 8 déc. 2011, op.cit., Consid. 16. V. également Circ. 20 mars 2012 présentant les dispositions de la loi du 13 décembre 2011, op.cit., pt. 2.

à prendre en considération en cas d'homologation par le juge de la proposition de peine. En effet, les dispositions du code de procédure pénale disposent que

«l'ordonnance par laquelle le [juge] (...) décide d'homologuer la ou les peines proposées est motivée par les constatations, d'une part, que la personne, en présence de son avocat, reconnaît les faits qui lui sont reprochés et accepte la ou les peines proposées par le procureur de la République et d'autre part, que cette ou ces peines sont justifiées par regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur»⁸⁴.

Autrement dit, si la position de la victime peut servir à éclairer le juge et fonder un refus d'homologation, l'inverse ne semble pas possible. Cette différenciation de traitement, outre le fait qu'elle crée «une rupture d'égalité entre les parties»,⁸⁵ ne permet pas de déterminer avec clarté le rôle joué par la victime au cours de la phase d'homologation de la CRPC afin de pouvoir ou non la distinguer de la place qu'elle occupe dans le cadre d'une audience classique. De ce fait, si l'audience d'homologation ne correspond pas à une audience classique de jugement, la détermination de la nature de cette audience apparaît difficile à appréhender.

31. Au-delà, en dépit de ces questionnements, il apparaît que l'extension du champ d'application de la CRPC a conduit à de profondes mutations au sein même de la procédure pénale française.

B. La CRPC: vers une nouvelle conception du procès pénal

32. L'avant-procès pénal constitue certainement, à l'heure actuelle, la phase la plus fragile et la plus difficile à organiser de manière durable.⁸⁶ Sujette à de multiples réformes, cette étape procédurale est pour certains auteurs en proie à une instabilité chronique,⁸⁷ pour d'autres, elle constitue un terrain propice à de profondes mutations bouleversant l'ensemble de la procédure pénale, y compris celle de la sacro-sainte phase du jugement pénal, offrant ainsi une nouvelle conception de l'architecture procédurale⁸⁸. Dans ce contexte, l'émergence et le

84 Art. 495-11 al. 1er *C.proc.pén.*

85 FOURMENT (F.), «La place de la victime dans la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité», *op.cit.*, p. 14 et s. Selon le professeur Fourment, cette omission crée également une incertitude quant à la place des intérêts de la victime dans la détermination de la nature et du *quantum* de la ou des peines au stade final de la CRPC.

86 PRADEL (J.), «La mise en état des affaires pénales. Propos sceptiques sur le rapport de la Commission Justice pénale et droits de l'homme (juin 1990)», *D.* 1990, *chron.*, p. 301 et s.

87 ROUX (M.), «Le rôle des acteurs dans la phase préparatoire du procès pénal contemporain: analyse et perspectives» in Collectif, *Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles*, PUAM, 2011, vol. XXII, p. 146 et s.

88 VIENNOT (C.), *Le procès pénal accéléré: étude des transformations du jugement pénal*, Thèse, *op.cit.*; BINET-GROSCLAUDE (A.), *L'avant-procès pénal: étude comparée Angleterre-France*, Thèse, *op.cit.*, spéc. p. 23.

développement de la CRPC contribuent assurément à restructurer le procès pénal. Cette restructuration se manifeste d'abord, par une compression de la phase préparatoire, ensuite par une réduction de la phase décisive en raison de la compression de l'avant-procès et de la césure du procès pénal.⁸⁹ L'ensemble de ces mutations favorise alors un transfert du centre de gravité du procès.

33. S'agissant de la phase préparatoire, la nouvelle économie pénale qui vise à gérer l'ensemble des services publics comme s'il s'agissait d'une entreprise privée a désormais imprégné, tous les stades du processus judiciaire et particulièrement celui de l'avant-procès pénal. En conséquence, «la politique criminelle française s'inscrit désormais dans une logique d'efficacité s'appuyant sur des indicateurs de performance»⁹⁰. La mise en place du traitement en temps réel (TTR) des infractions pénales en France en atteste. De plus, la CRPC contribue assurément à cette compression de l'avant-procès pénal en raison des pouvoirs relatifs à la proposition de peine confiés au procureur. La compression de l'avant-procès pénal résulte donc d'une part, de ce que le temps du parquetier empiète sur celui du policier et d'autre part, de ce que le temps du parquetier empiète sur celui du juge. La phase préparatoire est ainsi aménagée en vue d'une adaptation à la nouvelle économie pénale.⁹¹ Dans ce contexte, la CRPC trouve un terrain fertile à son développement puisqu'elle vise à renforcer l'efficacité procédurale par la suppression ou l'aménagement de certaines phases du processus pénal. Aux côtés d'autres procédures sommaires, elle constitue une solution adaptée au ralentissement du processus judiciaire. Pour cette raison, le recours à la CRPC est encouragé dans le cadre de la mise en place de cette logique gestionnaire.

34. S'agissant de la phase décisive, à l'occasion de la CRPC, l'audience de jugement est amputée de l'audience de culpabilité ce qui provoque une césure du procès pénal. La reconnaissance de sa culpabilité par l'auteur des faits conduit en effet à une disjonction entre l'audience sur la culpabilité et l'audience sur la peine. La tenue d'une audience de jugement classique n'est plus nécessaire puisque seule l'audience sur la peine demeure. Ce phénomène en droit français est nouveau en ce sens que jusqu'à présent, il ne concernait que des domaines particuliers.⁹² La césure du procès pénal est donc consommée dans le cadre de la

89 Voire même une suppression de la phase décisive pour ce qui est de la composition pénale. Celle-ci implique en effet une compression extrême de l'avant-procès pénal, conduisant purement et simplement à la suppression de la phase de l'audience.

90 JEAN (J.P.), *Le système pénal*, op.cit., p. 56; DANET (J.), *Justice pénale, le tournant*, op.cit., p. 157.

91 BINET-GROSCLAUDE (A.), *L'avant-procès pénal: étude comparée Angleterre-France*, Thèse, op.cit., p. 15 et 356 et s. Cette nouvelle économie pénale est elle-même fondée sur une nouvelle gestion du temps de la réponse pénale intégrant des objectifs de rentabilité dans le traitement de la criminalité.

92 Il existe, toutefois, des hypothèses dans lesquelles la césure est possible. C'est le cas lorsque

CRPC qui peut dorénavant concerner la plupart des délits. Par ailleurs, si la CRPC a pour conséquence une suppression ou une «marginalisation de l'audience contradictoire»,⁹³ et avec elle un abandon du rituel judiciaire,⁹⁴ elle induit nécessairement une nouvelle manière de juger. Or cette nouvelle manière de juger conduit à l'apparition d'une nouvelle manière de sanctionner car la culpabilité étant acquise, le débat se déplace naturellement vers la sanction. Cette affirmation est d'ailleurs confortée par le fait que le dispositif de la CRPC combiné à la logique gestionnaire, a permis au moyen de concertations préalables, l'apparition d'une tendance à la «barémisation» des décisions de justice.

35. Dans ce contexte, la CRPC opère un transfert du centre de gravité du procès. En raison de cette compression des phases préparatoire et décisive, la

celle-ci est imposée «non par la technique procédurale, mais à des fins de politique criminelle», v. PRADEL (J.), *Droit pénal comparé*, 3^e éd., 2008, op.cit., p. 423. Le professeur Pradel cite, en droit français, l'exemple de l'ajournement du prononcé de la peine «lorsqu'il apparaît que le reclassement du coupable est en voie d'être acquis, que le dommage causé est en voie d'être réparé et que le trouble résultant de l'infraction va cesser», v. art. 132-60 et s. *C.pro-c.pén.* V. également SAAS (C.), *L'ajournement du prononcé de la peine*, Thèse sous la direction du professeur DELMAS-MARTY (M.), Université Panthéon Sorbonne-Paris I, Dalloz, 2004, p. 6 et s. Dans cette étude, l'auteur reprend les propos de G. Roujou de Boubée qui établit une comparaison entre l'ajournement du prononcé de la peine et la césure du procès pénal puisque dans les deux cas il y existe une dissociation entre culpabilité et sanction. Enfin, il est à noter que la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs introduit le principe de la césure du procès pénal dans l'ordonnance du 2 février 1945. Dans ce cas, la «césure» permet un jugement plus rapide sur la culpabilité et l'action civile, tout en donnant à la juridiction du temps pour recueillir les renseignements de personnalité utiles au prononcé d'une réponse pénale adaptée. L'audience sur la sanction doit avoir lieu au plus tard dans un délai de six mois. Sur ce point, v. art. 50 de la loi, *JORF* du 11 août 2011 ayant introduit un chapitre III ter au sein de l'ordonnance de 1945. Il convient de rappeler que cette disposition est le résultat de la prise en compte de la proposition 57 du rapport rendu par la Commission présidée par le recteur et professeur A. Varinard préconisant une césure de la procédure. Cette proposition a donc largement inspiré les articles 24-5 à 24-8 de l'ordonnance de 1945 tels qu'introduits par la loi du 10 août 2011. Sur ce point, v. VARINARD (A.) (dir.), *Entre modifications raisonnables et innovations fondamentales: 70 propositions pour adapter la justice pénale des mineurs* (2009), op.cit., p. 25: «La commission propose, dans l'hypothèse de faits reconnus, une césure de la procédure entre, d'une part, au cours de la première audience, la déclaration de culpabilité et la décision sur intérêts civils et, d'autre part, lors de la seconde audience, la décision sur le prononcé d'une sanction éducative ou d'une peine. Cette dernière décision intervient au terme d'une mesure d'investigation sur la personnalité et/ou d'une mesure probatoire dont la durée ne peut excéder six mois».

93 VIENNOT, *Le procès pénal accéléré: étude des transformations du jugement pénal*, Thèse, op.cit., p. 370 et s.

94 DESPREZ (F.), *Rituel judiciaire et procès pénal*, Thèse sous la direction du professeur Didier Thomas, LGDJ, 2009, p. 349 et s. L'auteur consacre en effet une partie de son étude à l'absence de rituel judiciaire due à la reconnaissance des faits et inclut dans cette étude des développements relatifs à la justice consensuelle en traitant notamment des procédures françaises de composition pénale et de CRPC.

contradiction ne se manifeste plus au stade de l'audience pénale. A l'occasion de la CRPC, le contradictoire, sans être supprimé, se déplace en amont et en aval du procès. Ainsi, alors que le propre de l'audience est, en principe, la contradiction ou, à tout le moins, la discussion, dans la CRPC, la contradiction est déplacée dans le temps et dans l'espace. Elle a donc lieu en amont du procès, au cours de la proposition de peine, non plus dans une salle d'audience mais dans le bureau du procureur ou de son représentant.⁹⁵ Elle se manifeste également en aval du procès en cas d'appel. Ce déplacement de la contradiction dans le temps et dans l'espace conduit naturellement à un déplacement des sujets de la contradiction. Dans la CRPC, cette contradiction ne concerne plus le juge et le défendeur mais ce dernier et le procureur.⁹⁶ La CRPC modifie donc en profondeur non seulement l'audience de jugement mais également l'ensemble des phases du processus pénal et laisse entrevoir le nouveau visage de la justice pénale.

Conclusion

36. Depuis les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 2 mars 2004⁹⁷ en passant par la présence du ministère public rendue facultative lors de l'audience d'homologation,⁹⁸ jusqu'à la validation par le Conseil constitutionnel de l'officialisation du procédé de la double convocation et de l'extension du champ d'application de la CRPC,⁹⁹ cette procédure de «plaider coupable» se situe toujours, même après quelques années, au cœur de l'actualité judiciaire. Elle semble toutefois avoir trouvé sa place dans notre procédure pénale. Ainsi désormais, en raison de son application à la quasi-totalité des délits, il est permis d'affirmer que dans son principe, elle n'est plus contestée puisqu'elle constitue une stratégie rentable permettant de traiter un nombre d'affaires important dans un laps de temps très court tout en offrant une

95 DECHENAUD (D.), «Le contradictoire et les procédures pénales accélérées», p. 114 – 118 in RIBEYRE (C.) (dir.), *Le contradictoire dans le procès pénal, Nouvelles perspectives* – Actes du colloque organisé le 8 décembre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles de Grenoble (ISCG), Ed. Cujas.

96 *Idem.*

97 Cons. const. n° 2004-492 DC, op.cit.

98 Loi n° 2005-847 du 26 juillet 2005 précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, JO 27 juill. 2005.

99 Art. 129, Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, JO 13 mai 2009; Cons. const. 10 déc. 2010, n° 2010-777 QPC; JO 11 déc. 2010; TALEB (A.), «La CRPC: une clarification législative née du pragmatisme jurisprudentiel, A propos de la loi n° 2009-526, 12 mai 2009, de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures», *RPDP* 2010, p. 43. Pour ce qui est de la double extension de la CRPC en matière correctionnelle par la loi du 13 décembre 2011, v. *supra*, note 4.

certaine prévisibilité quant à l'issue finale de l'affaire. Dès lors, il est fort probable que les procédures simplifiées parmi lesquelles les procédures reposant sur une reconnaissance préalable de culpabilité, pourtant longtemps stigmatisées, voire diabolisées en raison des risques liés au respect des droits de l'accusé, continuent à se développer dans les prochaines années. C'est d'ailleurs ce qu'a préconisé en 2009 le comité de réflexion présidé par P. Léger.¹⁰⁰ En effet, en même temps qu'était prévue l'extension de la CRPC en matière correctionnelle, l'introduction d'une procédure criminelle allégée en cas de reconnaissance par l'accusé de sa culpabilité a été envisagée.¹⁰¹

37. De ces développements, deux observations peuvent être formulées. Premièrement, il apparaît que le principe même du «plaider coupable» en France n'est plus discutable. Sur ce point, nous rejoignons la position du professeur Pradel adoptée, il y a quelques années, mais dont le caractère topique doit être souligné: le «plaider coupable» est devenu aujourd'hui compte tenu des contraintes de divers ordres auxquelles sont soumises les justices pénales «un moyen absolument indispensable à une bonne gestion de la justice pénale»¹⁰². Deuxièmement, ce sont les modalités d'application du «plaider coupable» qui peuvent être sujettes à caution. Il convient donc de veiller à ce que la légitimité ne soit pas sacrifiée à l'efficacité à l'occasion de la mise en œuvre de la CRPC.

38. Dans ce contexte, quels seraient les contours possibles de l'organisation future de la procédure française? D'abord, s'agissant de la phase préliminaire ou de l'avant-procès selon les appellations, celle-ci serait gouvernée par un mi-

100 Suite à l'annonce le 7 janvier 2009 par le président de la République de la suppression du juge d'instruction ainsi que de la réforme de l'ensemble de la procédure pénale, un comité de réflexion a été mis en place «en vue de redonner une cohérence au Code de procédure pénale et de répondre à la fois aux exigences d'une lutte plus efficace contre toutes les formes de délinquance et à un respect accru des droits des mis en cause et des victimes», v. MATSOPOULOU (H.), «A propos du rapport d'étape du Comité de réflexion sur la justice pénale», *JCP G*, 2009, n° 13, 156. Après avoir rendu un pré-rapport puis un rapport d'étape sur la phase préparatoire du procès pénal les 6 mars et 1^{er} septembre 2009, le comité présidé par M. l'avocat général, P. Léger a rendu le 1^{er} mars 2010 un avant-projet du futur Code de procédure pénale. Parmi les propositions formulées par le comité, était envisagée, entre autres, l'institution d'une procédure d'assises allégée en cas de reconnaissance préalable de culpabilité de l'accusé, v. TALEB (A.), Le point sur la CRPC dans l'avant-projet portant réforme de la procédure pénale: la révolution annoncée aura-t-elle lieu?, *Procédures*, 2011, n° 4, Et. 4, p. 5-8.

101 V. rapp. Léger, op. cit., p. 42-43. Si cette procédure venait à être instituée, le rôle du juge français se rapprocherait davantage du rôle du juge traditionnel dans la mesure où telle que prévue, la procédure criminelle se distingue de la CRPC et prévoit une véritable audience de jugement s'agissant de la détermination de la peine. Mais dans la CRPC comme dans la procédure criminelle, la césure du procès pénal est consommée puisque l'audience relative à la culpabilité est supprimée.

102 PRADEL (J.), «Le plaider coupable, Confrontation des droits américain, italien et français», op.cit., p. 490.

nistère public dont les pouvoirs seraient régulièrement accrus et son autonomie augmentée.¹⁰³ Au cours de cette première phase seraient menées des investigations plus ou moins approfondies en fonction de la complexité de l'affaire, de la gravité des faits et du plaidoyer de l'accusé. Ensuite s'agissant de la phase de jugement, celle-ci varierait en fonction de la culpabilité de l'accusé. Ainsi, d'un côté, en cas de contestation de culpabilité, une procédure «garantiste»¹⁰⁴ serait prévue au cours de laquelle l'ensemble des droits au procès équitable y compris le principe du contradictoire et la présomption d'innocence seraient préservés. De l'autre côté, en cas de reconnaissance de culpabilité, la procédure mise en œuvre serait une procédure minimaliste, «une justice informelle, rapide et discrète»¹⁰⁵ au cours de laquelle l'individu qui plaiderait coupable renoncerait à certains droits du procès équitable. La culpabilité étant acquise, seule une audience relative à la peine serait nécessaire. Cette procédure minimaliste conduirait à la remise en cause du procès pénal traditionnel en raison d'une part, de la césure entre l'audience de culpabilité et l'audience sur la peine et d'autre part, de l'importance donnée à la détermination de la sanction. Le rôle de la défense devrait toutefois être renforcé pour contrebalancer les pouvoirs donnés au procureur et la neutralité de l'autorité de jugement.

39. Dès lors, il serait possible de distinguer «les procédures de combat» qui correspondent aux procédures de jugement classiques, «des procédures apaisées» au sein desquelles figurent, entre autres, la CRPC¹⁰⁶ d'autant que d'une part, entre la justice minimaliste et la justice «garantiste», «la justice correctionnelle classique dont on perçoit le champ d'application, notamment sous sa forme collégiale, est en rétrécissement continu»¹⁰⁷ et d'autre part, la CRPC est aujourd'hui applicable aussi au cours d'une information judiciaire. Il n'est donc pas exclu que cette justice correctionnelle traditionnelle vienne à disparaître à moyen terme. De plus, si la procédure de CRPC en matière criminelle venait à être instituée, la distinction entre procédure «garantiste» et procédure minimaliste pourrait être consommée.

40. Il semblerait donc que nous soyons entrés dans une nouvelle ère, une ère transitionnelle au cours de laquelle la justice pénale négociée tend à prendre le pas sur la justice pénale imposée. Pour des raisons essentiellement de temps et d'argent, la viabilité de la justice traditionnelle fondée sur le rituel judiciaire

103 VOLFF (J.), «Les évolutions de la procédure pénale en Europe après 1945», *Dr. pénal* 2007, Et. 19.

104 Terme emprunté à J.-P. Jean, v. JEAN (J.-P.), *Le système pénal*, op.cit., p. 56.

105 CHARVET (D.), «Réflexions autour du plaider coupable», *D.* 2004, p. 2517.

106 PRADEL (J.), «Défense pénale et régime de procédure», in *La défense pénale*, op.cit., p. 31 – 38. Au cours de cette procédure, comme au cours de la composition pénale, le débat se situe non entre l'avocat et le poursuivant mais entre l'avocat et le défendeur, *ibidem*, p. 37.

107 CHARVET (D.), «Réflexions autour du plaider coupable», op.cit., p. 2517.

s'exprimant à l'occasion d'une audience classique de jugement, semble être remise en cause tant elle n'offre plus, à l'heure actuelle, de perspectives d'évolution réalistes pour les justices pénales modernes.

VII. Die Rolle der Laienrichter /
La participation des citoyens

Die Rolle der Laienrichter

Le rôle des juges non professionnels

C'est sur le modèle français qu'ont été introduits en Allemagne les juges non professionnels, même s'ils ne participent plus aujourd'hui qu'au jugement des affaires pour lesquelles une peine d'un certain quantum est attendue. Leur entrée dans les prétoires remonte à l'époque de la réception. Après une brève éclipse, la réforme de la procédure pénale au 19^{ème} siècle consacra un double système: celui de la cour d'assises (Schwurgerichtssystem) d'un côté, dans lequel les douze jurés se prononçaient exclusivement sur la culpabilité, la peine étant, le cas échéant, décidée par les trois juges professionnels, et celui de l'échevinage (Schöffengerichtssystem) de l'autre, dans lequel le juge professionnel et ses deux échevins tranchaient ensemble sur la culpabilité et la peine. Cette distinction a été supprimée par la réforme du ministre Emminger de 1924 qui transforma de facto la cour d'assises en une cours d'échevins formée de trois juges et de six jurés. La participation des citoyens à l'administration de la justice pénale fut abrogée en 1939, avant d'être rétablie, sous la forme qu'elle connaît encore aujourd'hui, en 1945.

Elle a toujours été discutée. Le professeur Kühne s'en est fait le pourfendeur en réfutant les arguments en faveur d'une telle participation (caractère démocratique de la justice, meilleure qualité des décisions rendues et meilleure acceptation de celles-ci par la population). L'opinion ne convainc pas. La participation des citoyens s'inscrit dans la continuité du principe de publicité de la justice et permet à celle-ci d'être plus proche de la population. Rendre la justice pénale n'est pas seulement appliquer la règle de droit; l'expérience de vie du citoyen peut être un enrichissement. Même si les juges non professionnels jouent un rôle moins actif que les juges de métier, leur participation est loin d'être insignifiante: pour emporter leur voix, ces derniers devront d'abord les convaincre de la justesse de leur point de vue. Aussi conviendrait-il de permettre aux juges non professionnels d'avoir eux aussi accès au dossier de la procédure. Enfin, si la participation de simples citoyens à l'administration de la justice a un coût, celui-ci demeure moins élevé que celui découlant de l'embauche de juges professionnels. Le juge non professionnel est finalement à la fois le représentant du peuple et celui de l'accusé

dans le procès; il remplit de ce fait un rôle de prévention, générale et spéciale, de la criminalité.

Il convient de se féliciter que le système de l'échevinage soit celui qui a perduré en Allemagne, car l'on ne peut séparer la reconnaissance de la culpabilité du prononcé de la peine. La signature à Bruxelles en 2012 d'une Charte des juges non professionnels doit également être approuvée. Cette charte fixe les conditions d'une meilleure qualité de la justice rendue par les citoyens. Il importe néanmoins de veiller à ce que le juge non professionnel reste un non professionnel de la justice et ne se confonde pas avec l'expert.

I. Einführung in die Problematik

Es kann kaum ein Thema geben, das sich besser für eine deutsch-französische Strafrechtstagung geeignet hätte als die Frage der Laienbeteiligung im Strafverfahren. Denn es war das französische Vorbild, nach dem sich in Deutschland das Geschworenengericht trotz kontroverser Diskussion etablierte.¹

Allerdings hat sich das System der Laienbeteiligung in Deutschland nicht vollständig durchgesetzt.² Heute nehmen in Deutschland beim Amtsgericht Laien an den Verhandlungen nur dann teil, wenn das Amtsgericht als Schöffengericht zuständig ist. Im Übrigen ist eine Beteiligung von Laienrichtern auch in den Großen Strafkammern vorgesehen. Nicht dagegen findet eine Bürgerbeteiligung statt, wenn das Verfahren in die Zuständigkeit des Amtsrichters als Einzelrichter fällt. Erst ab einer erhöhten Straferwartung ist daher die Laienmitwirkung in Deutschland etabliert.³

Nicht unähnlich ist das System in Frankreich. Dort kennt man mit der Cour d'assises ein Jurygericht, dem ein Berufsrichter vorsitzt und dem im Übrigen sechs Laienbeisitzer angehören und das erstinstanzlich für mittlere und schwere Kriminalität zuständig ist.⁴

Bei alledem darf nicht übersehen werden, dass die Laienbeteiligung im deutschen Strafprozess eine lange Geschichte hat.⁵ Bereits in der Rezeptionszeit

1 Zutreffend Kühne, FS Amelung, 2009, S. 659.

2 Hier und im Folgenden Weckerling-Wilhelm in Hans-Peter Maruschke (Hrsg.), Laienrichter in Japan, Deutschland und Europa, 2005, S. 21 ff.; Benz, Zur Rolle der Laienrichter im Strafprozeß, 1982; Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 116 ff.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 6 Rn. 15 ff.

3 Vgl. hierzu insgesamt Kühne (Fn. 2), Rn. 116 ff.; Kindhäuser, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 1 ff.

4 Vgl. dazu ebenfalls Kühne (Fn. 1), S. 661.

5 Vgl. Satzger, Jura 2011, 519; Kühne (Fn. 1), S. 658 f.; Grube, Richter ohne Robe, Laienrichter in Strafsachen im deutschen und anglo-amerikanischen Rechtskreis, 2005, S. 35 ff.; Ebert, Jura

nahm der Laienrichter eine beherrschende Rolle im Strafprozess ein. Im Polizeistaat der absolutistischen Zeit wurde dieser gänzlich durch den beamteten Berufsjuristen ersetzt.⁶ Erst die Reform des Strafprozesses im 19. Jahrhundert brachte eine Wiedereinführung des Laienrichtertums mit sich, wobei man von einer Zweispurigkeit der Laienbeteiligung sprechen konnte. Zum einen gab es das Schwurgerichtssystem und zum anderen das Schöffengerichtssystem:⁷

Im Schwurgerichtssystem herrschte eine Trennung von Richteramt und Geschworenenamt vor. Denn dort hatten zwölf Geschworene allein, d.h. ohne Mitwirkung der Berufsrichter, im Wege eines Wahrspruchs in geheimer Beratung über die Schuldfrage zu befinden. Anschließend übermittelte ein sog. Obmann diesen Wahrspruch ohne jede Begründung den drei Berufsrichtern.⁸ Diese hatten unter Zugrundelegung des Wahrspruchs auf Freisprechung oder Verurteilung zu erkennen und gegebenenfalls die Strafe zu bestimmen.

Im Schöffengerichtssystem existierte eine derartige Trennung nicht. Vielmehr wirkte hier der Vorsitzende als Berufsrichter mit zwei Schöffen im Kollegialgericht zusammen, das sowohl über die Schuld als auch über die Straffrage befand.⁹

Die Trennung von Schwurgerichtssystem und Schöffengerichtssystem bestand bis zum Jahre 1924 fort und wurde in diesem Jahr durch die sog. *Emmingersche Reform* (benannt nach dem Reichsjustizminister *Emminger*, der für die Reform im Wege einer Notverordnung verantwortlich zeichnete) beseitigt.¹⁰ Diese *Emmingersche* Verordnung hob das Schwurgericht in der ehemals bestehenden Form auf.¹¹ Lediglich die Bezeichnung Schwurgericht blieb erhalten. Es handelte sich dabei aber nunmehr in Wahrheit um ein großes Schöffengericht, das sich aus drei Berufsrichtern und sechs Geschworenen zusammensetzte.¹² Die eigentliche Trennung von Richter- und Geschworenenbank, die das frühere Schwurgerichtssystem ausmachte, gehörte ab diesem Zeitpunkt der Vergangenheit an.

Auch der Nationalsozialismus änderte an dem Bestand dieses Schöffengerichtssystems zunächst nichts. Im Gegenteil wurde anfänglich der Eindruck erweckt, dass der Bürger als Volksrichter Teil der Strafrechtspflege sei.¹³ Die

1996, 242 ff.; *Baderschneider*, Der Bürger als Richter, 2010, S. 5 ff.; *Benz* (Fn. 2), S. 15 ff.; *Weckerling-Wilhelm* (Fn. 2), S. 21 ff.

6 Vgl. *Satzger*, Jura 2011, 519; *Weckerling-Wilhelm* (Fn. 2), S. 21.

7 *Weckerling-Wilhelm* (Fn. 2), S. 22.

8 Vgl. ebenda, S. 21 ff.

9 Vgl. *KK/Hannich*, 6. Aufl. 2008, § 29 Leitsatz 1. Siehe auch *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, § 5 Rn. 15; *Satzger*, Jura 2011, 519.

10 Vgl. zu dieser Verordnung auch *Peters*, Strafprozeß, 4. Aufl. 1985, § 18 II.

11 *Duttge*, JR 2006, 358.

12 *Weckerling-Wilhelm* (Fn. 2), S. 22 f.

13 Vgl. ebenda, S. 23.

überraschend erlassene Verordnung über Maßnahmen auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung und der Rechtspflege vom 1.9.1939 beendete jedoch die Laiengerichtbarkeit abrupt. Die bis dahin bestehenden Schöffengerichte wurden nunmehr durch den Amtsrichter ersetzt und die Schwurgerichte durch Strafkammern.

Erst nach 1945 ist die Laienmitwirkung wieder in unser Rechtssystem eingeführt worden und seither unverändert geblieben.

Was die Bestellung anbelangt,¹⁴ so werden Schöffen aufgrund von Vorschlagslisten der Gemeinden (§§ 36 ff. GVG) durch den Schöffenwahlausschuss (§§ 40, 77 GVG) für die Dauer von jeweils fünf Jahren gewählt. Die Reihenfolge der Teilnahme der Schöffen an den einzelnen Sitzungstagen wird sodann ausgelost (§§ 45, 77 Abs. 3 Satz 1 GVG).

II. Die Kontroverse um die Beteiligung von Laienrichtern in der deutschen Strafrechtspflege

Bis heute ist die Beteiligung von Laienrichtern im Strafverfahren umstritten geblieben.¹⁵ Dies gilt sowohl für das deutsche als auch für das französische Strafverfahren. Als ein besonderer Gegner der Beteiligung hat sich in der jüngeren Vergangenheit *Kühne* hervorgetan. Er fasst zusammen, dass es für eine Rechtfertigung der Teilnahme von Schöffen am Strafverfahren im Wesentlichen drei Argumente gibt:¹⁶

Erstens das Demokratieprinzip, wonach die Mitwirkung von Staatsbürgern die Teilhabe an der öffentlichen Staatsmacht fördert.¹⁷

Zweitens die Steigerung der Qualität der Rechtsprechung in Form und Ergebnis.¹⁸ *Kühne*¹⁹ erläutert dies näher mit den Stichworten Bürgernähe, Gegenwartsbezug, Rechtsempfinden und Plausibilitätskontrolle.²⁰

Und schließlich drittens ein volkspädagogischer Effekt, da die Schöffenbeteiligung die Akzeptanz von Rechtsprechung durch die Bürger erhöhe, die

14 Zum Verfahren der Bestellung vgl. detailliert *Benz* (Fn. 2), S. 65 ff.; *Lilie*, FS Rieß, 2002, S. 307 ff.; *Klaus*, Ehrenamtliche Richter, 1972, S. 23 ff.; *Uetomi* in: Hans-Peter Maruschke (Hrsg.) (Fn. 2), S. 8 ff.

15 Vgl. statt vieler *Volk*, ZRP 2004, 63 f.

16 Vgl. *Kühne* (Fn. 1), S. 663 ff.

17 Vgl. *Feuerbach*, Betrachtungen über das Geschworenen-Gericht, 1813, S. 169 ff.; *Mittermaier*, Die gesetzliche Beweistheorie in ihrem Verhältnis zu Geschworenengerichten, in: Neues Archiv, Bd. 13 (1843), 120 ff.; *Vultejus*, ZRP 2004, 63; *Lieber*, RoHR 1999, 44.

18 *Peters* (Fn. 10), S. 118; *Jung*, FS 150 Jahre LG Saarbrücken, 1985, S. 317, 331; *Dölling*, FS Reinhard Böttcher, 2007, S. 41, 45 ff.

19 *Kühne* (Fn. 1), S. 663.

20 *Peters* (Fn. 10), S. 119.

Rechtskenntnisse des Volkes verbessere und zur Verinnerlichung von Strafrechtsnormen beitragen und zugleich generalpräventiv wirken könne.²¹

Diesen Vorteilen setzt *Kühne* jedoch entgegen, dass das Bundesverfassungsgericht die Beteiligung von juristischen Laien an der Justiz niemals als Forderung aus dem Demokratieprinzip angesehen habe.²² Auch sei eine Steigerung der Qualität der Rechtsprechung nicht zu erwarten, weil nicht ersichtlich sei, wie die Wertung der Laien die Überzeugung der Bevölkerung besser treffen solle. Schließlich sei auch ein volkspädagogischer Effekt nicht zu erwarten: Eine höhere Akzeptanz sei empirisch nicht gesichert; die Rechtskenntnis des Volkes werde nicht gesteigert, da sich das Verhalten der Schöffen nicht durch Willen und Befähigung zu missionarischem Wirken auszeichne. *Kühne* schließt daher mit der klaren Stellungnahme:

„Nach alledem ist die Beteiligung von Laien an der Strafrechtspflege zur Erreichung besserer Urteile nicht hilfreich. Eher sind Befürchtungen begründet, durch Laienrichter könnten vermehrt emotional belastete und nicht der Rechtslage entsprechende Entscheidungen ergehen.“²³

III. Stellungnahme zu Einfluss und Nutzen der Laienbeteiligung in der Strafrechtspflege

Wenn man zunächst einen genaueren Blick auf die drei Gesichtspunkte wirft, die hauptsächlich für eine Laienbeteiligung im Strafprozess vorgebracht werden, so können die Einwände, die demgegenüber vorgebracht werden, nicht überzeugen. Ich möchte dies im Wesentlichen auf vier Argumente gründen:

1. Erstens kann nicht geleugnet werden, dass ein Justizsystem, das eine Laienbeteiligung vorsieht, volksnäher ausgestaltet ist. Dabei muss man nicht von vornherein davon ausgehen, dass ein solches System dazu führen würde, dass das Volk die Rechtsprechung besser versteht. Auch ist es richtig, dass der Schöffe selbstverständlich nicht das juristische Wissen hat, das einen Berufsrichter auszeichnet.²⁴ Aber dennoch lässt sich nicht bestreiten, dass die Laienbeteiligung eine Kontrollfunktion erfüllt, indem durch sie eine gegebenenfalls im

21 Ähnliche Argumente finden sich auch bei allen Befürwortern der Laienbeteiligung, vgl. statt vieler *Roxin*, Strafrechtsverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 7 Rn. 16; *Dölling*, (Fn. 18), S. 41, 48; *Jung* (Fn. 18), S. 317, 331; *Schroeder*, NJW 1983, 141. Vgl. auch *Machura*, Fairneß und Legitimität, 2001, S. 306 ff. zum Zusammenhang von Fairneß, Legitimität und Partizipation.

22 BVerfGE 42, 208.

23 Vgl. hier und im Folgenden *Kühne* (Fn. 1), S. 665 ff.

24 Die Kontrollfunktion der Laienrichter betont auch *Jung*, FS Kühne, 2013, S. 256, wenn es bei ihm heißt: „their mere presence exercises a control function“.

Übrigen fehlende Öffentlichkeit hergestellt wird. So heißt es bereits bei *Eb. Schmidt*:

„Gerade die Mitwirkung unter voller Richterverantwortung läßt den Laien erkennen oder doch fühlen und ahnen, was von einem Richter verlangt wird und um was es ‚in der Sache‘ der Justiz geht. Auf diese Weise wird für das Wesen der Justiz mehr Verständnis verbreitet als durch die Einrichtung der Öffentlichkeit“.²⁵

Gerade durch die Laienwirkung wird, worauf *Kern* zutreffend hingewiesen hat, „die Öffentlichkeit, die das Vertrauen des Volkes in seine Rechtspflege fördern soll, bis ins Beratungszimmer ausgedehnt“.²⁶ Man wird aber sogar noch über das von *Kern* Gesagte hinausgehen können. Denn die Schöffenbeteiligung stellt die Öffentlichkeit für den Gesamtprozess her, die mangels Interesses der Allgemeinheit vielfach fehlt.

2. Zweitens wird man auch nicht verhehlen können, dass der Berufsrichter sicherlich bei der Entscheidungsfindung eine leitende Funktion ausübt.²⁷ Hieraus aber zu schließen, dass die Laienbeteiligung sinnlos sei, wäre vorschnell.²⁸ Denn wer die Bühne des Strafprozesses lediglich als einen Ort begreift, in dem Rechtsfragen zu erörtern sind, der verkürzt seine Bedeutung. So handelt es sich etwa bei der so wichtigen Strafzumessung nicht um eine reine Rechtsfrage, sondern um eine vielschichtige Abwägung, in die auch Gesichtspunkte der allgemeinen Lebenserfahrung einfließen können. Hier kann der Laienrichter eine ausschlaggebende Rolle spielen. Nun ist es zwar gewiss so, dass auch der Berufsrichter als Mensch im Leben steht. Jedoch wird dieser den Gesichtspunkt der Strafzumessung immer vor dem Hintergrund seines juristischen Wissens betrachten und weniger aus dem Blickwinkel des Bürgers, der von der Staatsgewalt betroffen ist.²⁹ Der Laie „kennt das Leben und Wesen des Volkes, da er mitten in ihm steht“,³⁰ möglicherweise besser als der Berufsrichter. Insofern ist *Jung* Recht zu geben, wenn er das Verhältnis von Berufs- und Laienrichter jüngst mit dem höchst anschaulichen Gegensatz von „Professionalität und gesundem Menschenverstand“ umschrieben hat.³¹ Darüber hinaus wird die Beteiligung von Laien unter Umständen auch dazu führen, dass sich der Berufsrichter an-

25 Vgl. *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Teil I, 1952, Rn. 572.

26 *Kern*, Gerichtsverfassungsrecht, 3. Aufl. 1959, S. 122 f.

27 Vgl. hierzu vor allem *Roxin/Schünemann* (Fn. 2), § 6 Rn. 15 ff. Eindringlich etwa auch *Lilie* (Fn. 14), S. 309 ff., der bemängelt, man mute den Schöffen Unmögliches zu, wenn sie ein Recht sprechen sollen, das sie nicht kennen; vgl. ähnliche Argumente bei *Duttge*, JR 2006, 360.

28 Gegen eine solche Schlussfolgerung auch *Jung* (Fn. 24), S. 254 f.

29 In diesem Sinne auch *Jung*, Richterbilder – Ein interkultureller Vergleich, 2006, S. 78; *Vul-tejus*, ZRP 2004, 63; *Huber*, JuS 2009, 406.

30 *Schorn*, Der Laienrichter in der Strafrechtspflege, 1955, S. 3.

31 *Jung* (Fn. 24), S. 254: „Professionalism vs. Common Sense“.

gemessen zurücknimmt. Hier kommt wieder das Kriterium der Öffentlichkeitsbeteiligung in den Blickpunkt.

3. Drittens begründet die immer wieder zu lesende Behauptung, dass der Laienrichter nur passiv am Prozess teilnehme,³² in Wahrheit keinen Nachteil, der das System der Schöffenbeteiligung als solches anführt. Vielmehr ist dies möglicherweise ein Vorwurf, der den beteiligten Berufsrichtern zu machen ist, denen die Aufgabe zusteht, „im Laienrichter Interesse, Liebe, Freude und Verantwortungsgefühl für sein Ehrenamt zu wecken und zu erhalten“.³³

Und selbst wenn die Laienbeteiligung im Prozess vielfach von Passivität geprägt sein sollte,³⁴ wäre es dennoch falsch, davon auszugehen, dass ihre Beibehaltung für den Berufsrichter keine Vorteile brächte. Sicherlich wird dem Berufsrichter innerhalb des Strafprozesses immer die Hauptverantwortung treffen,³⁵ obwohl oder gerade weil sich die nach § 263 Abs. 1 StPO erforderliche 2/3-Mehrheit nur über die Stimmen der Laienrichter erzielen lässt. Der ausschlaggebende Vorteil einer solchen das Abstimmungsergebnis beeinflussenden Laienbeteiligung besteht jedoch darin, dass der Berufsjurist dem Laienrichter bereits in der Beratung seine Urteilsgründe veranschaulichen muss.³⁶ Er muss also Richtigkeit und Geltungsgrund der Entscheidung dem in juristischer Unwissenheit befangenen Laien näherbringen.³⁷ Scheitert der Berufsrichter in diesem Bemühen, muss ihm dies sichtbarer Beweis dafür sein, die Begründung noch einmal zu überdenken und gegebenenfalls neu zu formulieren, um sie auch dem Täter, der regelmäßig ebenfalls ein Laie sein wird, verständlich zu machen. Der Laienrichter antizipiert damit in der Beratung die Rolle des Täters. Die Bedeutung des Laien in dieser Funktion kann daher überhaupt nicht hoch genug geschätzt werden.

Allerdings wird man den Laienrichter aus seiner Rolle als passiver Teilnehmer nur dann befreien können, wenn man ihn dem Berufsrichter so weit wie möglich gleichstellt. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die bislang vorherrschende Auffassung, wonach die Schöffen keinerlei Aktenkenntnis besitzen dürfen, sondern sich ein Bild von der Schuld- und Straffrage allein aus dem

32 Vgl. zur symbolischen Präsenz im Widerstreit mit aktiver Partizipation auch *Jung* (Fn. 24), S. 256.

33 *Schorn* (Fn. 30), S. 4.

34 Vgl. hierzu *Benz* (Fn. 2), S. 116 ff.; *Zwiehoff* in: Hans-Peter Marutschke (Hrsg.), (Fn. 2), S. 36 f.; *Hillenkamp*, FS Kaiser, 1998, S. 1437 f.; *Duttge*, JR 2006, 361 f.

35 Vgl. dazu auch *Jung* (Fn. 24), S. 255 f.

36 Vgl. zu diesem Gesichtspunkt auch *Eb. Schmidt* (Fn. 25), Rn. 572.

37 Dass sich Laienrichter in den Beratungen vergleichsweise stark einbringen, zeigt dabei die empirische Untersuchung von *Machura* (Fn. 21), S. 228. Vgl. auch *Glöckner/Dickert/Landsberg/Scholz/Schönfeldt*, Entscheidungsverhalten von Schöffen, Forschungsbericht, S. 23.

Verlauf der Hauptverhandlung machen dürfen.³⁸ Der BGH hat diesen Standpunkt lange Zeit geteilt und damit begründet, dass der Laie – im Gegensatz zum Berufsrichter – im Falle der Aktenkenntnis nicht mehr in der Lage sei, den Prozess unbefangen aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung zu beurteilen. Deshalb hat es der BGH³⁹ etwa als Verstoß gegen den Grundsatz der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens angesehen, dass ein Schöffe einem armamputierten Richter im Prozess die Akten umgeblättert und dabei auch nur beiläufig Kenntnis von deren Inhalt genommen hat. Eine derartige Zurücksetzung des Laienrichters engt jedoch seine Mitwirkungsmöglichkeiten im Prozess zu sehr ein, weil er auf diese Weise nur beschränkt in die Lage versetzt wird, aus dem Ermittlungsverfahren herrührende Widersprüche in der Hauptverhandlung aufzudecken und offenzulegen. Auch entsprechen Zurücksetzungen dieser Art nicht dem Willen des Gesetzgebers, der in § 249 Abs. 2 Satz 1 StPO ein Absehen von der Verlesung eines Schriftstücks nur zulässt, wenn die „Richter und Schöffen“ vom Wortlaut der Urkunde oder des Schriftstücks Kenntnis genommen haben. Die Strafprozessordnung signalisiert damit in eindeutiger Form, dass sie nicht von einer prinzipiellen Voreingenommenheit des Laienrichters kraft Aktenkenntnis ausgeht. Es entspricht daher zu Recht der heute h.L.,⁴⁰ dass auch dem Laienrichter Aktenkenntnis zuzusprechen ist. In diese Richtung weisen auch zwei Entscheidungen des BGH, wonach die Überlassung von Tonbandprotokollen einer Telefonüberwachung an den Schöffen ebenso zulässig sein soll, wie Verlesung eines mit Sachverhaltsermittlungen begründeten Beschlusses.⁴¹ Zwar wird dem sich durch diese Entscheidungen abzeichnenden Rechtsprechungswandel in der Literatur mit Blick auf die Gefahr einer Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung kraft Voreingenommenheit zum Teil nachdrücklich widersprochen.⁴² Jedoch ist dem entgegenzuhalten, dass es gerade die Aufgabe des Berufsrichters ist, derartigen Gefahren im Einzelfall vorzubeugen. Dass dies nur Berufsrichtern möglich sein soll, lässt sich demgegenüber empirisch nicht nachweisen. Im Übrigen bedeutet es eine noch größere Gefahr für die Wahrheitsfindung, wenn der Schöffe dazu verdammt ist, den Verlauf der Hauptverhandlung in Unkenntnis der Ermittlungsergebnisse zu verfolgen.

38 Vgl. BGHSt 42, 191 mit Anm. *Beulke*, JuS 1997, 1072; BGHSt 43, 36 mit Anm. *Lunnebach*, StV 1997, 452; *Katholnigg*, NSTZ 1997, 507; *Martin*, JuS 1997, 948; *Imberger-Bayer*, JR 1999, 299.

39 BGHSt 13, 73 = JR 1961, 30 m. zust. Anm. *Eb. Schmidt*.

40 Vgl. *Roxin/Achenbach*, Strafprozessrecht (PdW), 16. Aufl. 2006, S. 229; *Dehn*, NSTZ 1997, 607 f.; *Hellmann*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 661; *Duttge*, JR 2006, 360; LR/*Gittermann*, 26. Aufl. 2010, § 30 GVG Rn. 4 ff.; *Katholnigg*, JR, 1999, 297; *Meyer-Gofßner*, § 30 GVG Rn. 2; *Schreiber*, FS Welzel, 1974, S. 953; *Volk*, FS Dünnebieber, 1982, S. 382 f.; *Hillenkamp* (Fn. 34), S. 1457; *Zwiehoff* in Hans-Peter Marutschke (Hrsg.) (Fn. 2), S. 43 f.

41 BGHSt 43, 36 m. Anm. *Katholnigg*, NSTZ 1997, 506 und *Lunnebach*, StV 1997, 452.

42 Vgl. *Roxin/Schünemann* (Fn. 2), § 46 Rn. 6 f.

4. Schließlich darf auch viertens nicht übersehen werden, dass die Mitwirkung von Laienrichtern in der Strafrechtspflege den staatlichen Haushalt zwar intensiv belastet – man denke hier nur an die Zahl der Arbeitstage, an denen die Laienrichter durch ihre Präsenz im Strafverfahren ihrer beruflichen Tätigkeit entzogen sind –,⁴³ jedoch wären die Kosten bei Ersetzung der Schöffen durch Berufsrichter weitaus größer. Denkbar wäre daher allenfalls eine ersatzlose Streichung der Schöffenbeteiligung. Jedoch wäre auch dies mit einem nicht zu vernachlässigenden Nachteil verbunden. Denn die Besetzung des Gerichts mit Berufs- und Laienrichtern verdeutlicht dem Angeklagten die Bedeutung des Prozesses in seiner gesamten Dimension. Gerade in der großen Strafkammer mit ihrer Beteiligung von drei bzw. zwei Berufsrichtern und zwei Schöffen (§ 76 Abs. 1 und 2 GVG) tritt dem Angeklagten Wert und Notwendigkeit des Strafprozesses in besonderer Weise vor Augen. Eine Reduzierung der Zahl der Richter würde also auch hier zu einer möglichen Einbuße des Gewichts des Strafurteils führen.

5. Fasst man die soeben angeführten vier Argumente zusammen, so wird fünftens deutlich, dass der Laienrichter in Wahrheit eine Doppelrolle ausfüllt, in der er zugleich als Repräsentant der Öffentlichkeit und des Täters in Erscheinung tritt: Als Vertreter der Öffentlichkeit, weil er deren Anwesenheit im Hauptverfahren bis in die Beratung hinein garantiert, und als Vertreter des Täters, weil er dessen rechtliche Unkenntnis im Prozess widerspiegelt. So korrespondiert die prozessuale Laienbeteiligung in sinnfälliger Weise mit der general- und spezialpräventiven Wirkung des materiellen Strafrechts. Denn das Laienwesen im Strafverfahren hat auf diese Weise zum einen eine generalpräventive Bedeutung, indem der Staat sein strafrechtliches Wirken gegenüber seinen Bürgern bis in die Beratung hinein offenlegt und damit zur gesellschaftlichen Akzeptanz von Strafurteilen beiträgt. Zum anderen hat die Laienbeteiligung aber auch einen spezialpräventiven Nutzen, weil sie dem Angeklagten nicht nur den Wert des Strafprozesses vor Augen führt, sondern darüber hinaus auch der Urteilsklarheit dient, die es dem Täter erleichtert, sich in die Bestrafung zu fügen.

IV. Neuere Entwicklungen im Bereich der Laienbeteiligung im Strafverfahren

Der aus dem angloamerikanischen Raum stammenden Idee einer Trennung von Geschworenenbank, die über die Schuldfrage zu entscheiden hat, und Richter-

43 Auf diesen Gesichtspunkt hat bereits *Schorn* (Fn. 30), S. 4 hingewiesen.

bank, die über die Straffrage zu befinden hat,⁴⁴ ist zu widersprechen. Sie würde zurückführen zu dem System, das bis zur *Emmingerschen* Verordnung im Jahre 1924 galt. Aber eine solche getrennte Entscheidung über Schuld- und Straffrage ist abzulehnen. Denn über die Straffrage kann vernünftig nur derjenige urteilen, der sich in allen Einzelheiten auch mit der Schuldfrage befasst hat.⁴⁵ Zu Recht hat sich daher im heutigen Strafrecht das System des Schöffengerichts und nicht das alte System des Schwurgerichts durchgesetzt.

Bedeutsam ist jedoch ein anderer Gesichtspunkt: Immer wieder sind Peinlichkeiten im Hinblick auf die Schöffenbeteiligung bekannt geworden. So wird von schlafenden, abwesenden oder völlig überforderten Schöffen gesprochen.⁴⁶ Beispielhaft hierfür ist auch das Verfahren gegen den norwegischen rechtsextremistischen Massenmörder *Breivik* gewesen. Dort hatte sich ein Schöffe unter der Richterbank während der Verhandlung mit Videospiele abgelenkt.⁴⁷ Zu Recht hat aber *Jung* bereits im Jahre 1985 darauf hingewiesen, dass die Laienbeteiligung trotz gelegentlicher Fehlleistungen ein unverzichtbarer Bestandteil im System der Strafrechtspflege bleiben muss.⁴⁸ Dies wird auch von der in Deutschland vorherrschenden Meinung bis heute so gesehen.

Jedoch haben siebzehn europäische Fachverbände wegen Missständen wie im Fall *Breivik* im Jahre 2012 in Brüssel die „Europäische Charta der ehrenamtlichen Richter“ unterzeichnet.⁴⁹ Sie soll eine Grundlage für ehrenamtliche Richtertätigkeit in Europa liefern und Mindestbedingungen festlegen. Ziel der Europäischen Charta soll es sein, dass der Sachverstand von Laienbeteiligten gestärkt werden soll, so dass in Zukunft nicht nur die Lebenswirklichkeit, sondern auch Sachverstand in die Urteile einfließen können soll. Für Strafverfahren könnte dies etwa bedeuten, dass künftig im Strafprozess vermehrt Mediziner, Psychologen und Steuerberater oder ähnliche Berufsgruppen tätig werden sollten. Diese könnten, so die Idee der Charta, Sachverständigengutachten besser nachvollziehen und auf diese Weise eigenes Wissen in den Prozess einführen.⁵⁰

44 Vgl. *Feuerbach* (Fn. 17), S. 198; *Elser*, Die Rolle der Verfahrensbeteiligten im deutschen und amerikanischen Strafprozess im Rechtsvergleich, 2013, S. 25; vgl. hierzu außerdem *Eb. Schmidt* (Fn. 25), Rn. 447 sowie *Roxin/Schünemann* (Fn. 2), § 6 Rn. 16.

45 Vgl. *Eb. Schmidt* (Fn. 25), Rn. 448.

46 Vgl. *Benz* (Fn. 2), S. 122 f.; *Baur*, FS Kern, 1968, S. 50 ff.; *Rüping*, JR 1976, 272; *Klaus* (Fn. 14), S. 59 Nr. 31; *Joecks*, StPO, 3. Aufl. 2011, § 338 Rn. 9.

47 <http://www.welt.de/vermischtes/article106428196/Schoeffe-spielt-Solitaire-bei-Breivik-Prozess.html>, aufgerufen am 21.9.2013.

48 Vgl. *Jung* (Fn. 18), S. 331; diese Ansicht wird auch in *Jung* (Fn. 29), S. 78 aufrechterhalten.

49 <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/europaeische-charta-der-ehrenamtlichen-richter-unterzeichnet/>, aufgerufen am 21.9.2013.

50 Vgl. auch *Zwiehoff* in: Hans-Peter Maruschke (Hrsg.) (Fn. 2), S. 42 f., die bei Wirtschaftsprozessen Laienrichter aus dem „Kreise im Wirtschaftsleben erfahrener Personen“ heran-

Einer solchen Entwicklung ist jedoch entschieden zu widerraten. Der Laie muss in Wahrheit Laie bleiben. Denn die Gefahr einer Beteiligung von Bürgern, die mit Sachkenntnis ausgestattet sind, besteht darin, dass deren Wissen nicht öffentlich in die Hauptverhandlung einfließt, sondern unter Umständen erst geheim im Beratungszimmer. Dies hätte aber eine zerstörerische Wirkung auf die anerkannten Kontrollprinzipien des Strafverfahrens zur Folge. Im Übrigen würde eine solche Änderung auch zu einer Verwischung der Grenzen der Verfahrensbeteiligten führen. Der Unterschied zwischen Sachverständigen einerseits und (Laien-)Richtern andererseits würde nämlich auf diese Weise eingeebnet. Ganz abgesehen hiervon sind auch Laienrichter mit Sachverstand in der notwendigen Anzahl kaum zu finden. Eine Umstellung des Systems würde daher vermutlich dazu führen, dass nur zum Teil sachverständige Richter gewonnen werden könnten. Dies aber wäre mit dem Gleichheitsgrundsatz in keiner Weise zu vereinbaren und würde weitere Gefahren für den Strafprozess mit sich bringen.

V. Resümee

Mein Beitrag sollte deutlich machen, dass die Mitwirkung von Laien im Strafprozess für die deutsche Strafrechtspflege allgemein nützlich und im Besonderen für den Berufsrichter von Vorteil ist. Der Satz: „Das einzige Argument, das für die Laienbeteiligung spricht, ist die Tatsache, dass es sie gibt“,⁵¹ trifft daher nicht zu. Vielmehr sprechen die Möglichkeiten der positiven Einflussnahme auf Verfahren und Urteil für eine Einbindung des Bürgers in den Strafprozess. Die prozessuale Laienbeteiligung spiegelt dabei die materiell-rechtlichen Zielsetzungen der General- und Spezialprävention wider, indem der Schöffe im Strafverfahren zugleich als Repräsentant der Öffentlichkeit und des Täters in Erscheinung tritt (näher oben III.5.). Wünschenswert wäre daher sogar eine Ausweitung der Laienbeteiligung auf sämtliche Strafverfahren, auch wenn die gesetzgeberische Entscheidung für einen Verzicht bei Prozessen vor dem Amtsrichter angesichts des geringeren Gewichts der dort verhandelten Straftaten zumindest verständlich ist. Denn dieses geringere Gewicht hat auch zur Folge, dass die Gesichtspunkte der Spezial- und Generalprävention nicht in gleichem Maße durch das Verfahren befördert werden müssen. Es schadet daher in geringerem Maße, wenn für die Kleinkriminalität⁵² keine Laienbeteiligung

ziehen möchte, um das „Kompetenzgefälle im Verhältnis zu den juristisch versierten Berufsrichtern zu minimieren“.

51 Volk (Fn. 40), S. 389; ders., ZRP 2004, 63; zust. Duttge, JR 2006, 363.

52 Vgl. Roxin/ Schünemann (Fn. 2), § 6 Rn. 18.

vorgesehen ist. Jenseits dieses Kriminalitätsfeldes bleibt es aber dabei, dass Bemühungen, die auf Abschaffung des Schöffengerichtssystems gerichtet sind, keine Unterstützung finden sollten.

Citoyens-asseurs: chronique d'une mort annoncée

Laienbeisitzer: Die Chronik eines angekündigten Todes

Die Französische Revolution hat das Justizsystem des Landes erheblich verändert, namentlich durch die Beteiligung der Bürger an der Rechtsprechung durch Einführung der für Verbrechen zuständigen Schwurgerichte. Konservativen Kreisen in der Politik, aber auch in der Justiz selbst, ist die Laienbeteiligung seit damals ein Dorn im Auge, weshalb immer wieder versucht wurde, sie zurückzudrängen, wenn sie sich schon nicht ganz beseitigen lässt. Der bisher erheblichsste Rückschnitt fand 1941 unter dem Vichy-Regime statt mit der Umwandlung der Geschworenen in Schöffen. Pläne, die erstinstanzlichen Schwurgerichte durch Schöffengerichte mit geringerer Laienzahl zu ersetzen, wie es unlängst etwa der Leger-Bericht und ein Gesetzentwurf aus dem Jahr 2010 vorsahen, scheiterten nur an der Auflösung des Parlaments.

Als weiteres Beispiel für dieses seit langem verfolgte Bestreben konservativer Rechtspolitik, die Laien aus der französischen Justiz zu verdrängen, kann das Gesetz vom 10. 8. 2011 gelten, auf dessen Grundlage Pilotprojekte über die Laienbeteiligung u. a. bei den für Vergehen zuständigen tribunaux correctionnels durchgeführt wurden. Der Ende Februar 2013 darüber von zwei Mitgliedern des Kassationshofs verfasste Bericht bewertete das Experiment als gescheitert, das kurz darauf auch beendet wurde. Der Bericht stellt die Laien – die ähnlich den deutschen Schöffen zu zweit neben drei Berufsrichtern saßen – als unselbstständig und völlig von der Meinung der Berufsrichter abhängig dar, was nicht verwundere, da sie für ihre Aufgabe nicht qualifiziert seien. Außerdem sei der gewünschte Justizentlastungseffekt nicht eingetreten, im Gegenteil, die Verfahren dauerten länger und kosteten mehr.

Aufgrund der Ausgestaltung der Laienbeteiligung war dieses Ergebnis vorhersehbar, allerdings ist sowohl die Auswertung der Daten durch die Berichterstatter im einzelnen zweifelhaft als auch ihre Unabhängigkeit, denn die Laienbeteiligung wurde auch deshalb eingeführt, weil die Politik die bisher den Berufsrichtern vorbehaltene Aburteilung von Vergehen als zu lax ansah. Die Berichterstatter vom Kassationshof vermerken mit Befriedigung, dass die Laienbeteiligung zu keiner Verschärfung des Strafniveaus geführt habe.

Insgesamt bleibt zu befürchten, dass die Justiz von der öffentlichen Aufgabe zum Managementproblem mutiert und unter dem Deckmantel der Kosteneffizienz das demokratische Element des Laienrichtertums – vielleicht sogar die Demokratie selbst – in Frankreich gefährdet ist.

Le 28 février 2013, deux magistrats de la Cour de Cassation, respectivement avocat général et premier avocat général, ont rendu leur rapport relatif à l'expérimentation des citoyens assesseurs dans les ressorts des cours d'appel de Dijon et de Toulouse.¹ Ces derniers avaient été institués par une loi du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs. Deux citoyens assesseurs étaient appelés à siéger aux côtés des trois magistrats professionnels dans les affaires correctionnelles pour juger certaines atteintes aux personnes punies d'au moins cinq ans d'emprisonnement. Etabli sur la foi du rapport présenté par les deux magistrats, un arrêté du 18 mars 2013 a mis fin à l'expérimentation des citoyens assesseurs aux motifs «qu'en dépit de certains aspects positifs réels, la réforme des citoyens assesseurs a augmenté le coût de la justice et allongé les délais d'audiencement sans que l'image de la justice ne s'en trouve améliorée»².

D'un certain point de vue, la lecture de ce rapport n'apporte aucun enseignement, en ce sens que tout ce qui y figure, exceptées peut-être les considérations qui tiennent aux différentes manières dont les TGI ont mis en œuvre cette réforme, avait été anticipé autant par ceux qui avaient participé aux débats législatifs que par ceux qui avaient eu à commenter le dispositif de la loi du 10 août 2011. Autrement dit, il ne manque à ce rapport que son véritable titre: *citoyens assesseurs: chronique d'une mort annoncée*.

Tous ceux qui ont prophétisé l'échec de l'expérimentation des citoyens assesseurs tireront peu de gloire de l'avoir fait. Le cœur de mon propos n'est pas en effet de prétendre que cet échec était prévisible: il est de dire qu'il était planifié.

Le juriste consciencieux a en effet tendance à oublier, absorbé qu'il est par son laborieux travail de commentaire des textes législatifs et des décisions jurisprudentielles, qu'une loi est aussi un instrument politique. En l'occurrence, un coup d'œil sur les travaux préparatoires permet de mettre à jour la *ratio legis* de la loi sur les citoyens assesseurs: pour le dire de manière brutale, celle-ci est une étape supplémentaire dans le processus de suppression du jury d'assises.

1 X. Salvat et D. Boccon-Gibod, *Rapport à Madame la garde des sceaux, ministre de la justice sur l'expérimentation des citoyens assesseurs dans les ressorts des cours d'appel de Dijon et Toulouse*. Consultable en ligne à l'adresse suivante: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/134000144/0000.pdf>

2 Arrêté du 18 mars 2013, JORF n° 0069 du 22 mars 2013, p. 4897, texte n° 12.

La participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale : un marché de dupes

Eradiquer les expressions formelles d'une justice populaire en matière criminelle est l'un des plus anciens objectifs de la droite française, car il est né avec le jury révolutionnaire lui-même.³ Pour n'évoquer ici qu'un épisode récent de la reconquête des privilèges ancestraux attachés à une magistrature criminelle exercée par des professionnels, il suffit de mentionner qu'une proposition de loi du 1er avril 2010 envisageait la création de tribunaux d'assises départementaux de première instance. Ces tribunaux étaient destinés à remplacer les «cours d'assises de premier degré, celles-ci demeurant pour examiner l'affaire en appel»⁴. Outre l'argument spécieux de la lutte contre la correctionnalisation judiciaire, l'exposé des motifs justifiait cette proposition par la volonté d'accélérer le cours de la justice et de désengorger les tribunaux : «ce système de double cour d'assises s'avère en effet extrêmement lourd. Il est sans aucun doute coûteux. Il mobilise beaucoup d'énergie, de temps et d'argent»⁵. Si le mobile affiché du désengorgement de la justice criminelle est un argument récurrent dont personne ne prend véritablement la mesure,⁶ je me contenterais pour l'instant de souligner que cette proposition reprenait certaines dispositions d'un projet soutenu par Jacques Toubon en 1995 et qui prévoyait le jugement des crimes en premier ressort par un tribunal d'assises départemental composé de trois magistrats et de cinq jurés et, en appel, par une cour d'assises formée de trois magistrats d'un grade supérieur à ceux de première instance et de neuf jurés.⁷

Bien que voté par les deux assemblées, ce projet n'avait pu voir le jour en raison de la dissolution de l'assemblée nationale, mais il ne marquait pas pour autant la fin des attaques portées à l'institution républicaine du jury populaire.

Il est en effet piquant d'observer l'invariable stratégie adoptée par l'aile droite du parlement autant que par les exécutifs conservateurs qui se sont succédés depuis l'instauration du jury : parce qu'il n'est pas possible d'attaquer de front cette institution, la droite française poursuit son œuvre patiente de démantèle-

3 Pour un aperçu historique des préventions de la magistrature à l'encontre du jury, cf J. Ferrand, «La justice aux sans-culottes! Propos libres sur la loi du 10 août 2011 et ses glossateurs», *Revue de l'Institut Rhône-Alpin de Sciences criminelles*, n° 3, 2012, Les éclaircisseurs du pénal, p. 281 – 325.

4 Proposition de loi n° 2421 tendant à la création d'un tribunal d'assises départemental, enregistrée à la présidence de l'assemblée nationale le 1er avril 2010, Exposé des motifs, p. 3.

5 Proposition de loi n° 2421 tendant à la création d'un tribunal d'assises départemental ..., Exposé des motifs, p. 2.

6 Cf. infra, *De la concurrence des modèles judiciaires : justice technicienne versus justice citoyenne*.

7 Proposition de loi n° 2421 tendant à la création d'un tribunal d'assises départemental ..., Exposé des motifs, p. 3.

ment d'un jury qui, à chaque réforme, perd un peu plus de ses attributs populaires. A ce titre, l'écart entre la proposition de loi d'avril 2010 et le projet Toubon est très significatif dans la mesure où les 5 jurés de 1995 ont laissé la place, 15 ans plus tard, à deux modestes assesseurs.

Au reste ceux qui n'auraient pas conscience de ce processus et qui s'évertuent à défendre cette institution moribonde tireront le plus grand profit à se remémorer les grandes étapes de la déchéance progressive de la justice citoyenne. A cette époque si délicate pour les libertés qu'était le régime de Vichy, un avocat célèbre, Maurice Garçon, s'offusquait déjà de la mise à mort programmée du jury français :

«le 25 novembre 1941, une loi d'une hypocrisie rare porta un coup fatal à l'institution. On n'osa pas dire qu'on supprimait purement et simplement les jurés par crainte peut-être d'un soulèvement de l'opinion. On les laissa subsister pour la forme. On peut dire que pratiquement, depuis 1941, il n'y a plus de jury en France. Le président accompagné de deux magistrats apparaît nécessairement aux jurés entouré d'un prestige qui ne leur laisse pas leur indépendance. Il les écrase de sa prétendue expérience qui tolère mal la contradiction tout en affectant de les considérer comme souverains»⁸.

Aujourd'hui, de tels propos ne rencontreraient que l'écho, tant il est acquis par les acteurs du monde judiciaire autant que par l'opinion publique que le jury est une institution qui, à quelques réserves près, donne pleine et entière satisfaction.⁹

Poursuivant son travail de sapes, la droite française contemporaine a élaboré une stratégie d'une grande finesse : puisqu'il n'est pas possible de faire tomber le jury en l'attaquant de front, alors il faut le prendre à revers en sapant le peu de crédit qu'il lui reste encore. Quel est le meilleur moyen pour ce faire ? Certainement pas de rappeler ce qu'est le jury dans la tradition française, à savoir un gage de la vitalité démocratique puisqu'il associe le citoyen à l'exercice d'une prérogative essentielle de la vie publique, tout comme ce dernier est associé à l'exercice de la fonction législative par la fiction du bulletin de vote. Le meilleur moyen de parvenir à ses fins est de situer le débat sur un tout autre terrain que celui de la légitimité démocratique. Et quel meilleur terrain que celui de la compétence technique requise pour juger ? Dès lors, le cri de ralliement de tous les adversaires du jury tient dans un slogan, slogan d'autant plus efficace qu'il apparaît, dans la manière dont il est posé, absolument incontestable : «juger est un métier».

Ce mot d'ordre accompagne toutes les politiques répressives depuis la Ré-

8 Cité par Y. Corneloup, «L'hermine et la vertu», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2010/1, p. 119.

9 Pour une étude récente et sérieuse de la pratique du jury populaire, cf. A. Jellab et A. Giglio, *Des citoyens face au crime. Les jurés d'assises à l'épreuve de la justice*, Presses Universitaires du Mirail, 2012.

volution. Certes, il n'est pas possible d'en retracer ici l'histoire, mais une anecdote permettra de fixer les idées : en ces autres instants délicieux de notre histoire commune, le tristement célèbre accusateur public devant le tribunal révolutionnaire s'emportait en ces termes : «*Qu'on me donne les noms de ces bougres-là (il voulait dire les jurés); on ne peut compter sur rien avec ces gens-là; voilà des affaires sûres qui nous pètent dans les mains.*»¹⁰ Fouquier a répété à différentes fois des propos semblables, lorsqu'il est arrivé que des citoyens ont été acquittés.

Après deux années de fonctionnement du jury, on s'émouvait donc déjà de l'incompétence crasse de citoyens incapables de relayer la politique répressive impulsée par les autorités. Moins de deux ans après l'institution du jury, on s'employait de nouveau à faire croire que juger était un métier, et que les citoyens en étaient incapables. On comprendra par conséquent quels bénéfices on a pu tirer de ce genre de slogan et par suite, pourquoi la loi du 10 août 2011 est peut-être l'un des plus ingénieux chevaux de Troie pour tous ceux qui souhaiteraient voir disparaître le jury.¹¹

Qui entend apprécier l'économie générale de cette loi doit la situer dans la perspective multiséculaire du sabotage du jury dont la manifestation contemporaine la plus explicite est sans doute celle qui s'était exprimée dans le rapport Léger.¹² Si ce dernier envisageait de «développer l'échevinage en matière correctionnelle»,¹³ il insistait surtout sur la nécessité de remplacer «la cour d'assises du premier degré par un tribunal criminel, comprenant un nombre moindre de jurés, soumis à une procédure plus souple et moins formaliste que la procédure actuelle»,¹⁴ à charge de maintenir la cour d'assises en appel. Mieux, ou pire chacun jugera, et toujours dans le but prétendu de raccourcir «des délais d'audiencement qui nuisent à la qualité de la justice»,¹⁵ le comité s'interrogeait «sur la nécessité de maintenir le principe de l'oralité» et présentait «l'obligation de

10 Buzet et Roux, *Histoire parlementaire de la Révolution française. Procès de Fouquier-Tinville*, Paulin libraire, 1837, t. 34, p. 467.

11 C. Gissinger-Bosse, «L'impact de la participation citoyenne sur l'institution judiciaire: une innovation en audience correctionnelle?», *Socio-logos. Revue de l'association française de sociologie* [En ligne], 7 | 2012, mis en ligne le 27 mars 2012, Consulté le 16 mai 2012. URL: <http://socio-logos.revues.org/2656>.

12 *Rapport du comité de réflexion sur la justice pénale* remis au président de la république et au premier ministre le 1er septembre 2009, consultable en ligne: www.justice.gouv.fr/art_pix/1_sg_rapport_leger2_20090901.pdf

13 Rapport du comité de réflexion sur la justice pénale, *op.cit.*, p. 33. Il était certes envisagé de permettre «à des magistrats non professionnels d'exercer des fonctions judiciaires», mais il n'était pas question que ces derniers fussent majoritaires dans une formation de jugement. Tout au plus le comité de réflexion envisageait-il de réunir un magistrat, un juge de proximité et un citoyen (*Ibid.*).

14 Rapport du comité de réflexion sur la justice pénale, *op.cit.*, p. 37.

15 Rapport du comité de réflexion sur la justice pénale, *op.cit.*, p. 36.

motiver les arrêts d'assises»¹⁶ comme une «évolution inéluctable»¹⁷. Telles étaient les propositions qui devaient former la substance de la loi du 10 août 2011, celle-ci allant d'ailleurs plus loin dans le démantèlement du jury criminel que les membres les plus intransigeants du comité n'avaient osé l'espérer. En effet, alors que certains avaient estimé que «toute réduction du nombre de jurés constituait un recul démocratique»,¹⁸ la loi consacra ladite réduction en première instance et en appel!

On comprendra par conséquent que, contrairement à ce que laissait croire son intitulé, l'économie générale de la loi du 10 août 2011 ne tendait nullement à renforcer la participation des citoyens¹⁹ et que, par conséquent, l'institution des citoyens-asseesseurs n'était qu'un immense jeu de dupes.

Il est en effet évident, et le rapport rendu à Madame le garde des sceaux l'atteste, que les conditions dans lesquelles fut alors établie la participation des citoyens à l'exercice de la justice correctionnelle ne pouvait que conduire au constat dressé dans un rapport qui, en de nombreux endroits, souligne leur dépendance à l'égard des juges professionnels. Ici, les rapporteurs observent que «les citoyens assesseurs, appelés à siéger le temps de quelques audiences, [sont] complètement dépendants des magistrats professionnels»;²⁰ là, ils remarquent que «le dispositif instauré (...) n'offre pas la garantie de voir les affaires examinées par de véritables «juges»²¹. Au regard des conditions dans lesquelles le dispositif légal avait placé les citoyens assesseurs, les rapporteurs pouvaient-ils constater autre chose que ce qu'ils décrivent?

«Nous avons très nettement perçu que le citoyen assesseur n'est pas dans une situation lui permettant d'exercer en toute liberté d'esprit et de connaissance une fonction de juge»²². «Confrontés à des questions juridiques complexes, parfois relativement à la qualification des faits, plus souvent pour le prononcé de la peine»,²³

16 Rapport du comité de réflexion sur la justice pénale, *op.cit.*, p. 37.

17 Rapport du comité de réflexion sur la justice pénale, *op.cit.*, p. 38.

18 Rapport du comité de réflexion sur la justice pénale, *op.cit.*, p. 37.

19 Les rapporteurs en sont d'ailleurs conscients dans la mesure où ils jugent utile de rappeler que «Le Parlement n'a pas retenu le projet du gouvernement en ce qu'il visait à substituer au jury de jugement de première instance une formation citoyenne simplifiée composée de trois magistrats et de deux citoyens assesseurs. La loi a cependant réduit le nombre des jurés siégeant en première instance (six au lieu de neuf) et en appel (neuf au lieu de douze), ce qui peut surprendre dans un texte voulu pour renforcer la participation citoyenne» (X. Salvat et D. Boccon-Gibod, Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 15).

20 X. Salvat et D. Boccon-Gibod, Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 4.

21 X. Salvat et D. Boccon-Gibod, Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 5.

22 X. Salvat et D. Boccon-Gibod, Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 61.

23 *Ibid.*

les magistrats officiant à leurs côtés n'étaient-ils pas appelés à les décrire «comme plutôt effacés», «suivistes»²⁴ et à relever «leur tendance à s'en remettre à l'appréciation des juges professionnels»²⁵? Dès lors, la conclusion s'imposait de manière si évidente que les deux magistrats instructeurs avaient jugé bon de la présenter dès les premières pages de leur rapport :

«Juger, c'est appliquer la loi, donc la connaître. C'est aussi, en matière pénale, choisir parmi les peines que la loi autorise celle qui est adaptée à chaque situation et à chaque personnalité. Pareille démarche demande des connaissances et de l'expérience; elle exige un juge bien formé et bien informé»²⁶.

Placés dans une situation foncièrement différente de celle des assises,²⁷ les citoyens assesseurs ne pouvaient jouer un autre rôle que celui dans lequel on les avait cantonnés. Le rapport ne pouvait dès lors que conclure: *juger est un métier*. Chacun appréciera – avec ironie ou cynisme – le destin tragique d'un rapport commandé par un gouvernement qui adopte les conclusions que le précédent gouvernement, d'un autre bord politique, lui impose.

On ne peut au demeurant que sourire à l'idée des dividendes qu'en retirera la droite française à la prochaine alternance politique lorsqu'elle assènera le discours suivant à ses adversaires médusés :

«nous avons voulu mettre le citoyen au cœur de la justice et vous, vous avez enterré l'expérimentation que nous avons engagée sur le jury correctionnel. Le rapport commandé par la chancellerie de Madame Taubira a établi clairement que juger était un métier. Vous êtes dès lors malvenu à protester contre ce que nous vous proposons d'adopter aujourd'hui, un tribunal criminel départemental composé de magistrats».

Poisson d'avril diront les quelques cyniques qui auront gardé la mémoire des batailles antérieures. Echech diront les amateurs d'un jeu de stratégie. Le mat viendra au prochain coup. Voilà la toile de fond sans laquelle il est impossible d'apprécier ce rapport à sa juste valeur.

S'il faut donc garder cela en tête pour pénétrer les arcanes du jeu politicien contemporain, encore faut-il ne pas en rester prisonnier et tenter de comprendre,

24 X. Salvat et D. Boccon-Gibod, Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 62.

25 X. Salvat et D. Boccon-Gibod, Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 63.

26 X. Salvat et D. Boccon-Gibod, Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 4.

27 Il faut rendre justice aux rapporteurs de l'avoir clairement établi: «Précisons, pour nous en être longuement entretenus avec des magistrats ayant l'expérience des tribunaux citoyens et de la cour d'assises, que toute comparaison avec les jurés est ici dépourvue de pertinence, parce que les règles de procédure rigoureuses ordonnant l'oralité des débats donnent aux jurés une pleine connaissance des faits de la cause et de la personnalité des accusés, parce que le temps long d'un procès d'assises offre à chaque juré celui de la réflexion, et parce que les règles de la majorité donnent au jury le pouvoir de décision» (X. Salvat et D. Boccon-Gibod, Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 5). On consultera également sur ce même point les pages 48 et 49 du rapport.

toujours en s'appuyant sur l'étude attentive de ce rapport, pourquoi le scénario de politique fiction précédemment esquissé à toutes les chances de voir le jour. Au-delà du jeu des alternances politiques, une force sourde œuvre en effet à la consécration d'une justice garantie par un savoir-faire technique. Porté par les acteurs d'une culture judiciaire aujourd'hui sûre de sa force, le triomphe d'une justice experte et professionnelle est d'autant plus inéluctable qu'il s'appuie sur les ressorts corporatistes d'une communauté particulièrement intéressée à faire valoir et reconnaître que *juger est un métier*.

Les préventions corporatistes à l'endroit des formes citoyennes d'exercice de la justice pénale

On ne peut comprendre la situation contemporaine de la France sans revenir brièvement sur le moment fondateur que fut la Révolution française. Comment s'est-elle comportée à l'égard de la communauté des juristes? Si on pouvait ressusciter un homme de loi de la fin du XVIII^e siècle afin de lui demander de caractériser le projet judiciaire de l'assemblée constituante, il aurait sans doute beaucoup de difficultés à décrire ce que fut le raz-de-marée révolutionnaire: arbitrage, élection des juges, tribunaux de famille, jurés populaires en matière criminelle, et il s'en fallut de rien pour que le jury ne triomphât en matière civile²⁸! Pour reprendre ici à mon compte le titre suggestif d'une étude portant sur une partie de la justice civile de la Révolution, le mot d'ordre de la période pourrait se résumer à cette formule: *les juristes ou comment s'en débarrasser*²⁹.

Quelle est, depuis lors, l'histoire de cette communauté bannie dans les premières années de la Révolution, si ce n'est celle d'une longue et patiente reconquête du territoire concédé? Qu'on pense à la Cour de Cassation, complètement inféodée au corps législatif, et qu'on voulait réduire à un simple rouage administratif; qu'on pense au parquet dont chaque acte aurait dû être soumis à la surveillance de citoyens notables; qu'on pense au développement d'une justice civile dont certains différends se réglaient à la bonne franquette, c'est-à-dire au cabaret ... Quant au jury, son histoire est à elle seule le témoignage de ce traumatisme originel. Cette longue reconquête s'accomplit sous nos yeux sans qu'on ne s'en émeuve, pour la raison que chacun y participe avec une conscience plus

28 Pour plus de détails, J.-P. Royer et al., *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 4^e éd. 2010, p. 251 – 317.

29 J.-L. Halperin, «La composition des tribunaux de famille sous la Révolution: ou les juristes, comment s'en débarrasser?», *La famille, la loi, l'État: de la Révolution au Code civil*, Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson, Actes du séminaire, Paris, 1989, p. 292 – 304.

ou moins aiguë de la situation. Une culture juridique est ainsi à l'œuvre et une étude plus fine du rapport le démontre amplement.

Il y aurait beaucoup à dire sur la manière dont les deux avocats généraux ont instruit le dossier, mais une phrase suffira à en rendre compte: «Nous n'avons pu, faute de temps, assister qu'une heure durant à une audience citoyenne mais nous avons bénéficié des comptes-rendus détaillés des magistrats du siège et du parquet qui ont participé à ces audiences»³⁰. Autrement dit, le rapport a été établi sur la foi de l'écrit, sur la foi de comptes-rendus dressés par leurs collègues, documents qui sont aux rapports officiels, ce que les procès-verbaux sont aux dossiers des magistrats du parquet. On ne s'étonnera donc pas que le dossier ait été instruit à charge, mais à charge contre qui ou contre quoi? Contre les citoyens assesseurs, puisque c'est d'eux qu'il s'agit ici.

Au regard des formes d'exercice de leurs fonctions qui avaient été prévues par la loi du 10 août 2011, la participation de citoyens n'avait pourtant guère besoin de cela. Ce texte et son décret d'application les avaient mis dans une dépendance et une subordination telles que le rapport ne pouvait que constater ce phénomène. La méthodologie adoptée par les deux magistrats rapporteurs est ici en cause car il aurait été nécessaire, pour accorder une valeur scientifique à ce rapport, de poser ce truisme comme hypothèse de travail. Faute de l'avoir fait, le lecteur sera porté à croire que la faiblesse, l'incapacité, la dépendance voire l'incompétence relevées par les rapporteurs est le fait du citoyen en tant que tel, et non le résultat de la situation dans laquelle il a été placé pour exercer sa fonction d'assesseur. Il était donc aisé d'en pointer les défaillances, ce que les rapporteurs ne manquent d'ailleurs pas de faire dès que l'occasion leur en est donnée.

«On peut très nettement douter que les citoyens assesseurs, appelés à siéger le temps de quelques audiences, complètement dépendants des magistrats professionnels pour la partie technique de la procédure, soient véritablement libres du choix de leurs décisions».³¹

«Il apparaît dès lors, encore une fois sans remettre en cause la bonne volonté des citoyens assesseurs, que les conditions ne sont pas réunies pour les regarder comme des juges libres dans leurs décisions».³²

Voilà qui achèvera de convaincre les plus réticents! Après un tel réquisitoire, qui pourra contester que *juger est un métier*?

Le *quidam* qui serait convaincu que les usages qui sévissent dans les tribunaux sont hors de toute critique ferait bien de considérer que le rapport présenté par les deux hauts magistrats de la cour de cassation arborent tous les vices inhérents

30 X. Salvat et D. Boccon-Gibod, Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 1.

31 X. Salvat et D. Boccon-Gibod, Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 4.

32 X. Salvat et D. Boccon-Gibod, Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 5.

à l'instruction menée par écrit, pratique qui, faut-il le rappeler, est au cœur de la justice correctionnelle en France. Ces vices sont particulièrement sensibles lorsqu'on instruit à charge, c'est-à-dire lorsque l'on cherche à mettre en avant certains éléments, et que l'on veut taire ceux qui pourraient contrarier, sinon détruire, la vérité qu'on cherche à établir. Or qui cherche activement, finit toujours par trouver.

Les exemples ne manquent pas en ce domaine. L'un des plus topiques est celui tenant à l'implication des citoyens-asseesseurs. Après avoir avancé sans aucune preuve qu'ils s'étaient rendus au tribunal par peur de la sanction qu'ils encourraient en cas de défaillance,³³ le rapport met en valeur un questionnaire de satisfaction réalisé par le tribunal de Mâcon. A son sujet, le rapport écrit qu'il est

«riche d'enseignements : observons d'abord que sur 37 citoyens assesseurs concernés, 22 seulement ont répondu, ce qui contient une indication sur l'engagement de ceux qui n'ont pas même daigné répondre. Constatons ensuite que (...) sur 22 citoyens assesseurs, 11 disent ne pas s'être sentis à l'aise dans leurs fonctions ou ont préféré ne pas répondre»³⁴.

En clair, les citoyens sont peu impliqués, affirmation qui n'a d'autre fonction que celle d'accréditer l'argument de la menace de la sanction avancé *in limine*, car le rapport souligne en d'autres endroits la forte implication des citoyens dans la mission qui leur a été confiée. Plus grave, pour des magistrats qui vantent les mérites de la procédure écrite et l'indépendance du juge, est le fait qu'ils ne restituent pas les informations contenues en annexes³⁵ : à la question «vous êtes-vous senti à l'aise dans vos fonctions de citoyen assesseur?», 6 répondent qu'ils ne l'ont pas été, 5 s'abstiennent, et 11 disent avoir été à l'aise.³⁶ C'est donc la proportion exactement inverse à celle affichée dans le rapport. Dans leur volonté d'appuyer leur vérité sur des chiffres, les deux magistrats instructeurs ont pris quelques libertés avec les faits, en élaborant une formule qui pourrait tomber sous le coup d'une qualification pénale. En affirmant que «11 disent ne pas s'être

33 «Les défections ont été très rares. Il semble, à cet égard, que la simple mention de la peine encourue au cas de refus d'accomplir son devoir citoyen ait été fortement incitative, même si en pratique aucune poursuite n'a été engagée». (X. Salvat et D. Boccon-Gibod, Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 41). Cette phrase est topique de la croyance, très répandue au sein de la communauté des juristes, de l'effet dissuasif de la sanction. Ce pont aux ânes est à ce point ancré dans les mentalités judiciaires qu'il résiste à plusieurs siècles d'observations en tous genres, lesquelles n'ont toujours pas réussi à venir à bout d'une croyance inoculée sur les bancs d'une faculté de droit.

34 X. Salvat et D. Boccon-Gibod, Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 64.

35 Mais qui lit les annexes des rapports officiels?

36 Annexes au Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 131. Nous utilisons ici le rapport complet publié à la documentation française et disponible en ligne. Pour ceux qui disposeraient des seuls annexes, la page de référence est la page 59. A toutes fins utiles, j'indiquerai désormais entre parenthèses la page renvoyant au seul document des annexes.

sentis à l'aise dans leurs fonctions»³⁷, les magistrats rapporteurs incluent, grâce à la construction subtile de leur phrase, les 5 qui ont préféré s'abstenir de répondre. Si l'élément matériel de l'infraction peut ainsi donner lieu à discussion (du moins pour celui qui chercherait à chicaner), l'élément moral ne pose en revanche aucune difficulté. Les deux rapporteurs ont délibérément manipulé les chiffres pour tenter de parvenir à leurs fins. Ils ont tu le fait que 64 % des personnes qui se sont exprimées, soit près des 2/3, se sont senties à l'aise dans les fonctions de citoyen assesseur. Mais il ne s'agit là que d'un exemple parmi d'autres. Les magistrats ont également passé sous silence le fait que 13 citoyens sur les 16 qui s'étaient exprimés (soit la modeste proportion de 81,25 %) ont dit ne pas avoir rencontré de difficulté particulière dans la prise de décision³⁸. Voilà un élément qu'il était vital de taire pour qui voulait démontrer que *juger était un métier!*

Les magistrats rapporteurs nourrissaient-ils quelques scrupules d'avoir ainsi falsifié un élément de preuve, pour qu'ils jugeassent utile de compenser leur méfait par une considération susceptible de nuancer leurs propos, ainsi que le suggère l'adverbe *cependant* placé en tête de leur phrase?

«Notons cependant qu'un questionnaire établi à Chalon-sur-Saône (annexe 9/2) aboutit à des résultats *sensiblement différents*: le taux de réponse est de 56 sur 60 citoyens, lesquels ont répondu à 59 % qu'ils n'ont pas de difficultés à prendre des décisions et à 72 % que la présence des citoyens assesseurs doit continuer (annexe 9/2)»³⁹.

Le *quidam* pourra se faire une idée du sérieux de l'instruction et de la pertinence de l'écrit lorsqu'il tentera de retrouver les informations auxquelles renvoie le rapport. Non seulement le questionnaire visé au rapport n'est pas celui produit dans l'annexe 9/2 (annexe qui concerne l'avis des magistrats du TGI de Chaumont⁴⁰), mais les citoyens assesseurs de Chalon-sur-Saône sont en réalité ceux de Chaumont dont l'avis a été recueilli dans l'annexe 9/3. Qu'importe après tout, diront les partisans de l'enquête menée sur la foi du dossier écrit, l'erreur est humaine. Et qui donc peut bien se soucier de ce genre de détail? Si le souci du détail est justement ce qu'on est en droit d'attendre de magistrats professionnels, le plus grave est encore à venir.

N'en déplaise à ces deux professionnels de l'enquête que sont les deux éminents rapporteurs, les résultats du vrai-faux questionnaire de Chalon-sur-Saône ne sont pas «*sensiblement différents*» de celui de Macôn. Mieux, ils les confirment

37 X. Salvat et D. Boccon-Gibod, Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 64.

38 Annexes au Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 131 – 132 (p. 60).

39 X. Salvat et D. Boccon-Gibod, Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 64.

40 Par suite, lorsque le rapport renvoie à la même page aux «8 magistrats de Chalon-sur-Saône dont l'avis est censé figurer à l'annexe 9/3», le *quidam* traduira qu'il s'agit des magistrats de Chaumont dont l'avis figure à l'annexe 9/2. Ainsi en va-t-il de toute instruction menée par écrit: elle est sujette à erreur matérielle. Comme le dit l'adage populaire, le diable est dans le détail.

et, de fait, élément incontestable bien qu'il heurte la sensibilité partisane des deux magistrats rapporteurs, ils infirment ce que le rapport s'emploie à vouloir imposer. Une étude minutieuse du rapport et des rares annexes qu'on a bien voulu lui adjoindre révélerait encore bien des surprises mais, à ce stade, il suffit d'inviter le *quidam* à le consulter. Il sera sans doute rassuré de constater qu'un chercheur de l'université a confirmé les assertions des magistrats professionnels chargés d'examiner le dossier des citoyens assesseurs.

Une question néanmoins le taraudera peut-être: les deux magistrats rapporteurs manquaient-ils à ce point d'assurance pour qu'ils jugeassent opportun de faire ratifier leurs conclusions par une universitaire? Rechercher une caution scientifique, alors que la méthodologie suivie déroge gravement aux usages universitaires, n'est-ce pas le signe d'un retour du refoulé? N'est-ce pas justement parce qu'il décèle, à la lecture du rapport, un vrai soulagement à la voir ainsi valider les conclusions des magistrats instructeurs,⁴¹ que le *quidam* aura de bonnes raisons de suspecter la teneur des propos qu'elle est censée cautionner⁴²?

Après cette brève enquête, le *quidam* aura compris que si aucun chercheur indépendant n'a mené une investigation digne de ce nom pour évaluer le dispositif des citoyens assesseurs (dispositif au demeurant largement vicié par les dispositions de la loi du 10 août 2011), l'arrêt programmé de cette expérimentation aura laissé comme unique trace un rapport officiel qui ne présente pas les garanties de rigueur, d'indépendance et d'impartialité que l'on est en droit d'attendre de ce genre de document. Mais pouvait-il en être autrement, les rapporteurs missionnés étant à la fois juge et partie? Peut-être n'est-ce pas pour rien que l'on a toujours veillé à séparer les fonctions d'instruction et de jugement.

Si la lecture du rapport remis à Madame la ministre de la justice permet ainsi de prendre conscience des déterminations qui en obèrent le sens et la portée, son analyse lexicologique révèle, par-delà les intérêts corporatistes défendus par les magistrats rapporteurs, des aspects plus inattendus qui dépassent les mesquineries du jeu politicien et de l'opportunisme carriériste qui l'accompagne trop souvent.

41 X. Salvat et D. Boccon-Gibod, Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 67 et s.

42 Il ne s'agit pas ici de douter de la sincérité de la caution (le propre d'une caution est de répondre de la défaillance de celui qui la sollicite), mais d'interroger la manière dont les magistrats rapporteurs ont mobilisé son propos.

De la concurrence des modèles judiciaires : justice technicienne versus justice citoyenne

J'avais jugé utile d'insister, dès l'introduction, sur l'argument du désengorgement qui était censé justifier la proposition faite le 1er avril 2010 de supprimer le jury criminel en première instance. Pris dans son sens premier, ce terme me paraît être le signe d'une quête de compétitivité qui n'est pas seulement liée aux contraintes budgétaires comme on le croit trop souvent. Nombreuses sont en effet les expressions qui, dans le rapport, témoignent du fait désormais incontestable que la justice pénale contemporaine est gouvernée par une logique de management.⁴³ «Maîtrise des flux» et gestion des «stocks» jouent non seulement un rôle direct sur l'opportunité des qualifications⁴⁴ – ce qui est déjà un élément particulièrement inquiétant –, mais il est significatif de souligner les nombreux paragraphes du rapport qui contiennent une appréciation sur les «prix» et les «coûts»⁴⁵ qu'impliquerait le maintien, voire l'extension, de cette expérimentation. On comprendra volontiers que les décisionnaires du moment s'occupent de ce qui n'avait guère préoccupé leurs prédécesseurs, mais l'essentiel n'est pas là. Ce qui est particulièrement digne d'intérêt, ce sont des phrases qui passeraient inaperçues, si l'on ne prenait pas le temps de les considérer pour ce qu'elles sont : l'expression d'une logique concurrentielle gouvernée par des exigences de rentabilité digne des biens échangés sur les marchés privés. Le rapport indique qu'en effet,

«le procureur de Foix, en accord avec les magistrats du siège, a privilégié pour les affaires classiques une procédure de jugement sans audience, à savoir la composition pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Cette politique [a permis de] réduire le nombre de dossiers correctionnels classiques soumis au tribunal correctionnel et [de libérer] un temps d'audience suffisant pour le jugement des 42 dossiers citoyens»⁴⁶.

Derrière les nécessités pratiques tenant à la mise en œuvre de la réforme imposée par la loi du 10 août 2011, on voit poindre deux modèles gouvernés par deux ordres de temporalités concurrentiels. Tandis que le modèle organisé autour des citoyens assesseurs est volontiers présenté comme chronophage, notamment en raison d'une expansion du temps nécessaire au développement d'une oralité contradictoire, le modèle concurrent reposant sur la composition pénale et la CRPC est quant à lui apprécié selon des critères fort peu compatibles avec ceux qui sont censés présider au fonctionnement du service public de la justice, si tant

43 J. Danet, *La justice pénale entre rituel et management*, PUR, 2010.

44 X. Salvat et D. Boccon-Gibod, Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 37.

45 X. Salvat et D. Boccon-Gibod, Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 57 et 58.

46 X. Salvat et D. Boccon-Gibod, Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 34.

est que cette expression ait encore un sens aujourd'hui. Dans le marché judiciaire de la concurrence, le rapport prend le parti du modèle professionnel car il croit bon d'en souligner le «résultat remarquable quant à la performance de la juridiction»⁴⁷. Le *quidam* pourra sans doute le déplorer, mais le jeu de la concurrence a fini par éradiquer jusqu'à l'idée même qu'il est non seulement possible, mais surtout souhaitable, de faire autrement. S'il fallait en apporter la preuve, il suffirait de soumettre à la perspicacité du lecteur cette phrase qui figure dans les conclusions du rapport:

«Sauf de très rares exceptions, tous s'accordent à déclarer la participation des citoyens sans effet sur le cours de la justice et à déplorer qu'un tel déploiement d'efforts ne puisse déboucher, à moyens constants, que sur la dégradation de la performance de la juridiction»⁴⁸.

Si une telle affirmation emporte l'adhésion immédiate du *quidam* et qu'elle ne suscite en lui rien d'autre qu'un silence recouvert du sceau de l'évidence, alors on pourra affirmer sans crainte de se tromper que les règles de la concurrence ont fini, comme souvent, par en fausser le jeu et qu'elles ont permis le triomphe d'un modèle désormais exportable à tous les niveaux de la société.

Que l'accent soit ainsi mis sur la performance, – par deux magistrats qui ne sont en charge d'aucun mandat électif et qui, *a priori*, n'ont pas à se prononcer sur la révision générale des politiques publiques –, indique que la justice pénale contemporaine est encore en situation de concurrence et qu'elle cherche à l'emporter sur un autre modèle. Mais quel est ce modèle, si l'on veut bien considérer qu'elle se trouve en situation de monopole?

Il n'y a pas à chercher bien loin les premiers éléments de réponse à une question que personne ne pose jamais véritablement en ces termes. Le modèle judiciaire concurrent est celui qui prétend qu'il n'est pas nécessaire d'être un professionnel pour bien juger, que juger requiert du temps, que le devoir de juger doit demeurer le privilège du citoyen assisté, parce que cela est nécessaire, par des juristes professionnels chargés d'assurer la continuité du service public de la justice. C'est ce modèle qu'auraient pu incarner les citoyens assesseurs s'ils n'avaient pas été pris en otage par le jeu des alternances et des sombres manœuvres politiciennes. C'est ce modèle qu'incarne le jury d'assises, avec toutes les réserves que faisait déjà valoir un mauvais garçon qui avait du mal à avaler la pastille en ce jour funeste de novembre 1941. A y regarder de plus près en effet, la justice professionnelle n'est pas tout à fait en situation de monopole: la gestion des crimes lui échappe encore, mais pour combien de temps?

Que la suppression des citoyens-assesseurs passe aujourd'hui pour une me-

47 *Ibid.*

48 X. Salvat et D. Boccon-Gibod, Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 69.

sure anecdotique⁴⁹ constitue peut-être l'une des plus grandes méprises de ce début de XXI^e siècle. Cette question excède en effet la dimension technique avec laquelle les juristes se plaisent, en toute innocence, à la considérer. Elle est, au sens noble du terme, politique, même si son traitement est dévoyé par les règles du jeu politicien. A ce titre, on ne peut que déplorer la naïveté avec laquelle les hauts magistrats ont traité cette affaire. Leur empressement à répondre aux piques de l'ancien locataire de l'Élysée en cherchant à démontrer qu'ils avaient du cœur à quelque chose de pathétique et, pour tout dire, d'inquiétant.

Il est en effet topique de constater l'insistance avec laquelle les magistrats rapporteurs rappellent la stigmatisation des juges que l'ancien président de la république française avait mis en scène à des fins purement électoralistes. Le rapport fait ainsi état de «l'allocution publique prononcée le 26 janvier 2012 à Dijon à l'occasion de la mise en place des juridictions citoyennes», allocution dans laquelle le chef de l'exécutif «associait clairement la réforme à la dénonciation du «laxisme» dont étaient censés faire preuve les magistrats professionnels»⁵⁰. Un tel contexte explique sans doute pourquoi le rapport indique dès ses premières lignes qu'«aucun élément ne permet de penser que les décisions rendues sont plus sévères»⁵¹. Autrement dit, les magistrats seraient au moins aussi cléments que les citoyens, même si dans certains ressorts, les magistrats enquêteurs ont constaté «une moindre sévérité en raison de l'empathie que les citoyens assesseurs pourraient manifester à l'endroit de certains prévenus»⁵². Ne manquant pas une occasion de restaurer leur image autant que leur honneur bafoué,⁵³ les magistrats rapporteurs concluront fièrement que «si l'on considère les deux objectifs attendus de la réforme, nous pouvons affirmer que celui, plus ou moins avoué, d'une aggravation des sanctions pénales a été clairement manqué»⁵⁴. Autant dire que la joute qui aura un instant opposé la magistrature à l'ancien gouvernement se sera soldé par un retour au *statu quo ante*, les magistrats instructeurs ayant fait du rapport l'instrument idoine de leur réhabilitation politique.

49 Outre les éléments que j'ai fait valoir précédemment, ce caractère anecdotique doit beaucoup aux circonstances qui ont présidé à son instauration, puis à sa suppression. Beaucoup n'y verront qu'une mesure initiée par un gouvernement de droite, puis supprimée par un gouvernement de gauche. L'alternance politique tiendra donc lieu d'explication principale, bien que la fin des citoyens-asseesseurs soit le signe d'un processus séculaire rétif aux injonctions budgétaires qui semblent gouverner les orientations de la politique contemporaine.

50 X. Salvat et D. Boccon-Gibod, Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 13.

51 X. Salvat et D. Boccon-Gibod, Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 3.

52 *Ibid.*

53 «Personne n'est en tout cas venu dire que les citoyens assesseurs seraient plus sévères que les juges professionnels» (X. Salvat et D. Boccon-Gibod, Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 48).

54 X. Salvat et D. Boccon-Gibod, Rapport à Madame la garde des sceaux, *op.cit.*, p. 69.

Il n'en demeure pas moins qu'à ce petit jeu, la victime collatérale est le citoyen, et à travers lui, la démocratie. D'abord sacrifié sur l'autel des ambitions électoralistes d'un président en difficulté dans les sondages, il est ensuite instrumentalisé afin d'assurer la sauvegarde des intérêts corporatistes d'une magistrature en quête d'opinions favorables. Telle était bien, d'emblée, la chronique d'une mort annoncée. Toutefois par delà la disparition programmée, puis décrétee, des citoyens-asseurs, s'annonce celle, prochaine, du jury, et avec lui, celle de la démocratie. Certains penseurs en ont déjà dressé le tableau clinique,⁵⁵ et d'autres ne tarderont pas à la déclarer en état de mort cérébrale. Mais qu'importe, les médecins de demain sont déjà à son chevet.

55 La littérature des dix dernières années est riche de titres à ce sujet. A ce sujet, je citerai, entre autres, M. Gauchet, *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002; J. Rancière, *La haine de la démocratie*, Paris, La fabrique, 2005; P. Rosanvallon, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006; G. Agamben, A. Badiou et al., *Démocratie, dans quel état?*, Paris, La fabrique, 2009; A. Brossat, *La démocratie*, Al Dante, 2013.

Rapport de synthèse / Schlussbetrachtung

Lohnende Objekte eines Vergleichs sind nur solche Rechte, die einander weder zu ähnlich noch zu fremd sind, sondern sowohl genügend Ähnlichkeiten als auch Unterschiede aufweisen wie das deutsche und das französische Strafprozessrecht. Beide Rechte gehören nicht nur zum selben Rechtskreis, sondern sind genetisch verwandt, können aber wohl nicht mehr als Zwillinge, sondern eher als leibliche Vettern gelten.

Mit Blick auf das Generalthema dieser Tagung ist zunächst festzustellen, dass beide Rechte im Prozess nach der Wahrheit suchen und die Hauptverhandlung der zentrale Ort dieser Wahrheitssuche ist. Die Rolle des verhandlungsleitenden und inquirierenden Richters ist in beiden Rechten ähnlich. Ähnlich ist auch das Bestreben, Beweise möglichst aus der unmittelbaren Quelle zu schöpfen, auch wenn das französische Recht dies anders nennt und mehr Ausnahmen zulässt; der größte Unterschied liegt darin, dass in Frankreich ein solches Unmittelbarkeitsprinzip der Sache nach nur im Schwurgerichtsverfahren existiert, jedoch nicht in den Verfahren wegen Vergehen und Übertretungen vor Korrekional- und Polizeigerichten. Der Nachweis der Ordnungsgemäßheit der Beweisaufnahme wird im deutschen Recht vom mit fast absoluter Beweiskraft ausgestatteten Protokoll erbracht, dessen Aufgabe, obgleich Vorbild für die deutsche Regelung, in Frankreich wiederum je nach Verfahrenstyp anders ausfällt und teilweise vom Urteil selbst erfüllt wird. Während das deutsche Recht nach Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverböten unterscheidet, kennt das französische Recht nur irreguläre Verfahrensakte, die nach den differenzierten Regeln prozessualer Nichtigkeit annulliert und dann aus der Gerichtsakte entfernt werden können.

Im Interesse der Verfahrensbeschleunigung haben beide Rechte konsensuale Erledigungsformen ausgebildet im Gefolge der amerikanischen guilty plea, jedoch mit jeweils deutlich abweichender Ausgestaltung. Während das deutsche Recht die seltene, vielleicht einzigartige, Regelung gewählt hat, den Richter an der Verständigung zu beteiligen, sie sogar initiieren zu lassen, macht im französischen Recht der Staatsanwalt einen Sanktionsvorschlag, den der Beschuldigte annehmen kann oder nicht. Ein charge bargaining kennen beide Rechte nicht; in

Frankreich kommen nur Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr in Frage, aber auch Maßregeln wie Führerscheinentzug. In beiden Rechten sind die konsensualen Formen notwendig, um die Masse einfacher Fälle zu bewältigen; mit Augenmaß gehandhabt können sie, ungeachtet mancher Einwände, sehr nützlich sein.

Das demokratische Element wird durch die grundsätzliche Öffentlichkeit des Verfahrens gewahrt, die freilich auch Gefahren birgt. Für bestimmte Zwecke erlaubt das französische Recht Aufzeichnungen sowie Videokonferenzschaltungen, etwa bei weit entfernten Verfahrensbeteiligten, welche das deutsche Recht, wenn auch in geringerem Umfang, ebenfalls kennt.

Insgesamt hat sich in den letzten Jahrzehnten die Hauptverhandlung im Strafprozess in beiden Rechten drastisch gewandelt, vor allem durch die neuen Verfahrens- und Erledigungsformen sowie aufgrund neuer Technik. Die Entwicklung wird weitergehen und es bleibt zu hoffen, dass die verfassungs- und menschenrechtlichen Anforderungen als Konstante erhalten bleiben und eine Verbindung mit den Neuerungen eingehen.

1. Comparer deux droits, et par exemple deux droits pénaux, est une activité passionnante, mais pleine d'embûches: les contextes historiques, sociaux, économiques, moraux et religieux diffèrent systématiquement. Il est devenu banal de le répéter depuis que Montesquieu l'a écrit dans son ouvrage *L'esprit des lois* (1748).

Alors peut-on d'un point de vue scientifique, objectif, rechercher les similitudes et les différences entre deux droits? Il n'y a pas de réponse unique et il convient, semble-t-il, de faire une distinction fondée sur le degré de rapprochement entre les deux ensembles. Si ceux-ci sont vraiment éloignés – ceux de l'Allemagne et de la France d'une part et d'autre part celui de l'Amazonie par exemple – la comparaison est absolument impossible, sauf à émettre d'affligeantes banalités. Si au contraire les deux ensembles sont extrêmement proches – celui de l'ancien Code genevois de procédure pénale et celui de la France par exemple – la comparaison est dénuée d'intérêt. D'où il résulte que l'on ne peut comparer deux droits que s'il y a beaucoup de ressemblances, mais aussi d'importantes différences.

2. Tel est bien le cas de l'Allemagne et de la France sur le plan de la procédure pénale. La base est commune dans une large mesure puisque le droit napoléonien a été étendu à l'Allemagne du moins à sa partie occidentale au début du XIX^{ème} siècle. Même si l'Allemagne s'est dotée en 1877 d'un Code de procédure pénale propre, des traits communs apparaissent encore: le ministère public allemand est proche de celui de la France, la procédure reste assez inquisitoire. A cela, se sont ajoutés sous la double influence conventionnelle et constitutionnelle le principe de l'état de droit (*Rechtsstaatsprinzip*) et celui voisin du procès équitable. Sur un plan plus historique, on notera cependant un moindre poids de la victime de

l'infraction en Allemagne qu'en France, le principe de la légalité de la poursuite en Allemagne (*Legalitätsprinzip*) contre celui de l'opportunité en France encore que les deux concepts se rapprochent aujourd'hui, les Allemands criblant la légalité d'exceptions alors que les Français en arrivent depuis 2004 à poser la règle et sinon de la poursuite obligatoire, au moins celle de la réponse pénale obligatoire. Et puis bien sûr, les Allemands ont abandonné le juge d'instruction en 1975 alors que la France le conserve.

Ainsi à parcourir les grands principes il apparaît que nos deux droits ne sont plus des frères jumeaux, mais des demi-frères, voire des cousins germains. N'appartiennent-ils pas en effet l'un et l'autre au système dit romano-germanique (ou continental européen, ou de droit écrit).

3. S'agissant plus particulièrement de l'audience de jugement, objet des quatrièmes rencontres du droit pénal franco-allemand, il faudra se demander si cette impression générale d'une proximité certaine des deux ensembles vaut encore. La question se pose à la fois sur le plan organique et sur celui de la procédure. On ne dira que quelques mots du premier pour réserver l'essentiel de nos explications au second.

Même si l'*organisation judiciaire* est différente en Allemagne et en France, on retrouve des principes identiques.

- D'abord celui du juge unique pour les petites affaires (*Amtsgericht*, juge de police et tribunal correctionnel à juge unique) et celui du collège pour les affaires plus complexes (*Landgericht*, tribunal correctionnel en formation collégiale, Cour d'assises); parfois d'ailleurs le système collégial est imparfait comme le montre l'exemple français du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention qui se contrôlent réciproquement.
- Ensuite celui de la participation citoyenne, les citoyens quand ils apparaissent n'étant jamais seul, car il y a toujours un élément professionnel. Ces deux principes ont suscité des discussions sans fin. Le collège a contre lui le coût financier et pour lui une meilleure justice selon un avis majoritaire et c'est ainsi qu'à partir de 2014, les juges d'instruction français seront systématiquement trois pour toutes affaires. Quant à l'appel aux citoyens, il n'empêche pas que les juges professionnels pèsent plus que les simples citoyens, les premiers étant notamment chargés de la rédaction de la décision.

Sur le plan fonctionnel, la phase de l'audience de jugement est essentielle car c'est elle qui constitue le dénouement du procès pénal. Elle est le moment où les preuves qui n'étaient jusque-là que des possibilités deviennent des certitudes judiciaires. Comme le dit la Cour de Strasbourg «les débats à l'audience sont le cœur du procès»¹. Mais comment s'opère cette mutation du matériel probatoire?

1 CEDH, 10 janvier 2013, § 65, *Agnelet c. France*.

Elle s'effectue selon certains principes – ceux de vérité, de célérité et de nécessité – dont il faut voir comment ils sont compris ici et là.

I – Le principe de vérité

4. Rappelons-le d'emblée, le grand principe directeur est celui de la recherche de la vérité. Ce principe imprègne déjà la phase préparatoire, mais est plus important encore lors du début de la phase de jugement. La CEDH rappelle «que l'article 6 § 3 d) consacre le principe selon lequel avant qu'un accusé puisse être déclaré coupable, tous les éléments à charge doivent en principe être produits devant lui en audience publique, en vue d'un débat contradictoire. Ce principe ne va pas sans exceptions, mais on ne peut les accepter que sous réserve des droits de la défense; en règle de générale, ceux-ci commandent de donner à l'accusé une possibilité adéquate et suffisante de contester les témoignages à charge et d'en interroger les auteurs soit au moment de leur déposition: soit à un stade ultérieur»². L'importance de l'audience de jugement au regard de la recherche de la vérité est donc éclatante.

De là, trois conséquences, le rôle assuré par le juge (président), la règle de l'immédiateté et l'exigence de loyauté.

A – Le rôle du juge

5. Dans les deux droits, la procédure d'audience est d'essence inquisitoriale: si les parties présentent leurs preuves, en appelant au besoin tous témoins au soutien de leur cause, c'est le juge qui, non seulement dirige les débats, mais surtout participe à la recherche de la première. Cependant, le point de vue diffère selon les droits.

En *droit allemand*, l'audience est vraiment dominée par le juge qui doit rechercher activement les preuves. Selon le § 244 StPO, «en vue d'établir la vérité, la Cour doit d'office étendre la preuve à tous les faits et moyens de preuve qui sont nécessaires à la prise de la décision». Même si les alinéas suivant de ce § apportent des restrictions à ce principe, par exemple si l'appel à une preuve supplémentaire apparaît superflu, le principe est bien celui du rôle actif du juge et même du devoir de celui-ci de rechercher les preuves, en complétant les preuves déjà recueillies en amont de l'audience. Le droit allemand parle de vérité matérielle (*materielle Wahrheit*) au sens d'une vérité qui ne se fonde pas sur des faits

2 CEDH, arrêt du 15 décembre 2011, *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, § 118.

présentés par le ministère public ou la défense. La Cour n'est pas liée par les déclarations des parties. La procédure n'est donc pas une procédure de parties.

En *droit français*, le président possède également un rôle important dans la recherche de la preuve. Mais il ne s'agit plus d'un devoir, mais seulement d'un pouvoir, d'une possibilité. En matière criminelle, l'article 310 CPP parle du «pouvoir discrétionnaire» du président des assises: celui-ci «est investi d'un pouvoir discrétionnaire en vertu duquel il peut, en son honneur et en sa conscience, prendre toutes mesures qu'il croit utiles pour découvrir la vérité ...». En matière criminelle, correctionnelle et contraventionnelle, le président peut poser des questions aux témoins, comme le peuvent aussi les parties; le tribunal peut aussi ordonner un supplément d'informations (art. 468 CPP), voire ordonner un transport sur les lieux (art. 456 CPP).

B – La règle de l'immédiateté

6. Voilà un principe expressément énoncé en Allemagne, qui ne se retrouve pas en France encore que les règles soient très proches. En Allemagne, la règle de l'immédiateté est affirmée par le § 250 StPO:

«si la preuve d'un fait repose sur sa perception par une personne, celle-ci doit être interrogée lors des débats. L'interrogatoire ne peut être remplacé ni par la lecture du procès-verbal lors d'une audition antérieure, ni par un récit».

Les témoins, et c'est pareil pour les experts, doivent être entendus *viva voce*. L'idée est que la vérité s'obtient mieux par la présence du témoin devant la cour car des questions pourront lui être posées. L'immédiateté permet l'exercice du contradictoire. La règle est si forte qu'on a pu écrire que toute personne ayant assisté à l'audience pourrait être en mesure de rendre le jugement à la place du tribunal.

La règle n'est cependant pas absolue ainsi que l'indique le § 251 (al. 1 et 2) StPO. Il s'agit d'une liste d'exceptions qui se trouvaient déjà dans la version primitive du Code (en 1877) mais qui se sont développées depuis pour des raisons d'efficacité. Voici les principales: le défendeur et son conseil acceptent la lecture d'un témoignage dont l'auteur est absent; le témoin est décédé; le document ou la précédente déclaration se réfère à l'existence ou au montant d'un dommage financier, ce qui a pour but d'éviter de faire un interrogatoire des personnes dans les très nombreuses affaires à caractère uniquement pécuniaire; le témoin ou l'expert ne peut venir déposer pour cause de maladie; le témoin ou l'expert est éloigné du tribunal et sa présence à l'audience ne peut être raisonnablement exigée compte tenu de l'importance du litige.

En France, la doctrine ne parle pas d'immédiateté. Mais l'idée existe tout de

même que témoins et experts doivent déposer devant le tribunal. Toutefois une distinction doit être faite.

Devant la Cour d'assises, le principe s'applique nettement (art. 331 CPP). Le témoin doit donc déposer et le président ne peut donner lecture de sa déposition sauf s'il est absent ou s'il a terminé sa déposition orale décide la jurisprudence. Il est vrai que certains arrêts apportent des assouplissements à la règle de l'audition obligatoire: ainsi le président peut de mémoire, faire allusion à un rapport d'expertise avant l'audition du technicien; de même le président peut donner lecture de la déposition d'une partie civile, faite au cours de l'instruction au motif que la partie civile n'est pas un témoin, ce qui est techniquement exact, mais ce qui va à l'encontre de la jurisprudence de la CEDH qui a créé une théorie autonome (et large) du concept de témoin.

Devant les juridictions correctionnelles et de police, la règle de l'audition *viva voce* n'existe pas et aucun texte ne le prévoit. Certes en pratique les parties convoquent bien des témoins et ceux-ci sont alors entendus. Mais rien n'interdit au président de lire les dépositions d'un témoin, faite au cours de l'enquête ou de l'instruction. Et en appel, l'usage est de ne jamais convoquer de témoins. Sauf exception.

En conclusion, le droit français ne se rapproche du droit allemand qu'en matière criminelle. Mais dans les deux droits, l'audition des témoins est en recul si l'on songe notamment à ces procédures simplifiées que sont l'ordonnance pénale (inventée par les Allemands en 1900 et appliquée en France à partir de 1972) et la composition pénale.

C – L'exigence de loyauté

7. On ne peut atteindre la vérité que si la preuve a été obtenue loyalement. De là quelques dispositions et beaucoup de jurisprudence. Deux questions se posent: comment constater la loyauté à l'audience et comment sanctionner la déloyauté si les règles normales n'ont pas été respectées?

8.1. La *preuve de la loyauté* est assurée par un document écrit qui relate l'essentiel du déroulement de l'audience.

En *droit français*, on doit une nouvelle fois distinguer entre les affaires correctionnelles (et de police) et les affaires criminelles. En matière correctionnelle (et de police) le greffier tient des notes d'audience et, plus précisément il «tient note du déroulement des débats et spécifiquement, sous la direction du président, des déclarations des témoins ainsi que des réponses du procureur» (art. 453 CPP). Cependant, les notes d'audience n'ont pas d'intérêt, les notes ne faisant foi que jusqu'à preuve contraire car seul le jugement fait foi jusqu'à inscription de faux; et, selon la jurisprudence, il ne peut être détruit par des notes contraires;

enfin, toujours selon la jurisprudence, l'irrégularité des notes d'audience n'opère aucune nullité.

Plus important est le procès-verbal des débats, propres aux affaires criminelles (art. 378 CPP). Par ce document, le greffier «constate l'accomplissement des formalités prescrites», ensuite de quoi il le signe avec le président. Le procès-verbal ne contient pas les déclarations des accusés et des témoins, sauf si le président l'ordonne (art. 379 CPP). A l'inverse des notes d'audience, le procès-verbal des débats fait foi jusqu'à inscription de faux: de la sorte si une formalité n'est pas indiquée au procès-verbal, elle est censée n'avoir pas été accomplie et si, au contraire, elle est indiquée elle est censée avoir été accomplie. Bref, comme l'a rappelé la chambre criminelle dès le 6 septembre 1816, le procès-verbal présente «un caractère solennel d'exactitude, de vérité». Evidemment en cas d'absence de procès-verbal, les débats et l'arrêt sont nuls.

Ainsi il y a toujours une pièce qui fait foi jusqu'à inscription de faux en ce qu'elle prouve l'accomplissement des formalités et actes d'instruction à l'audience, c'est le procès-verbal des débats en matière criminelle et c'est la décision au fond en matière correctionnelle et de police.

En *droit allemand*, marqué ici nettement par le droit français, la question est traitée aux §§ 271 et s. StPO sur le «protocole». On retrouve les données du procès-verbal des débats d'assises et notamment la distinction entre ce qui figure au protocole (censé avoir été accompli) et ce qui n'y figure pas (censé ne pas l'avoir été). Le protocole fait également preuve jusqu'à inscription de faux, il y a donc une présomption de vérité quasi absolue. En conséquence, le juge d'appel s'appuie sur le protocole rédigé par le greffier de première instance.

9.2. La *sanction de la déloyauté* pose de redoutables difficultés où s'entremêlent les droits nationaux et celui de Strasbourg. A cet égard, il est intéressant d'évoquer deux arrêts de la CEDH concernant l'Allemagne. Dans l'affaire *Jalloh* (11 juillet 2006), l'Allemagne est condamnée pour administration d'un vomitif à un passeur de drogue, ce qui pour les juges de Strasbourg caractérise une violation des articles 3 et 6 Conv. EDH. Concrètement, le ministère public avait fait poser une sonde nasale gastrique et administré au passeur (mulet) un vomitif – quatre policiers étant nécessaires pour l'opération – pour faire régurgiter les substances illicites ensachées et ingérées. La CEDH estima que l'appel au procédé n'était pas indispensable car il aurait été possible d'attendre la fin du processus digestif pour démontrer la présence effective de cocaïne. L'affaire *Gäfgen* (1^{er} juin 2010) est également intéressante. Un individu soupçonné d'avoir enlevé l'enfant d'un opposant avait été menacé de sévices par les policiers s'il ne leur indiquait pas le lieu où l'enfant se trouvait (alors qu'il était déjà mort). Mais cette fois, l'Allemagne a échappé à la condamnation car la procédure, dans son ensemble était régulière.

Cela rappelé, les deux droits que nous comparons diffèrent ici profondément

du moins sur les principes, beaucoup moins sur le problème particulier de la preuve subséquente.

10. a) Sur les *principes*, on doit donc opposer France et Allemagne, même si les problèmes auxquels in doit faire face sont les mêmes, avec l'exemple du terrorisme qui invite à s'interroger sur la recevabilité (ou plutôt l'irrecevabilité) de l'adage «La fin justifie tous les moyens».

Considérons d'abord le *droit allemand*. Le principe directeur est celui d'une distinction entre les interdictions en matière de collecte ou obtention de la preuve (*Beweiserhebungsverbote*) et les prohibitions relatives à l'utilisation de la recevabilité de la preuve viciée (*Beweisverwertungverbote*). Ces deux catégories de prohibition ont pour objet la protection des libertés individuelles, plus indirectement la moralisation de la preuve et l'incitation à «discipliner les autorités de poursuite».

Dans la première catégorie, on trouve l'interdiction de retenir certains éléments de fond comme la mention de condamnation exclue du casier judiciaire et l'appel à des moyens de preuve comme la torture ou l'hypnose (§ 136a StPO).

Dans la seconde catégorie, relative à la recevabilité des preuves viciées, des preuves vont être déclarées invalides, irrecevables, par exception au principe de la liberté de la preuve. Cette seconde catégorie découle souvent de l'application des premières interdictions: par exemple une preuve obtenue par hypnose, déjà insusceptible d'être obtenue est en outre irrecevable. Mais il arrive aussi qu'une preuve pouvant être obtenue régulièrement ne sera pas recevable. Citons à ce titre le droit pour les proches de ne pas témoigner en justice (§ 252 StPO). Citons aussi l'interdiction de violer les principes tirés de la loi fondamentale comme le respect des droits de la personnalité et, sur ce point précis, la Cour constitutionnelle (BVerfG) a fait œuvre d'interprétation de façon subtile. C'est ainsi qu'elle a décidé que sont irrecevables les preuves touchant au «noyau dur» de la personnalité, encore qu'elle a estimé qu'un journal intime ne fait pas partie de ce «noyau dur».

Les choses se sont compliquées ces dernières années car il est maintenant décidé qu'il n'y a pas d'automatisme entre les deux phases de la preuve: en clair l'irrégularité dans l'obtention d'une preuve n'entraîne plus forcément, automatiquement son irrecevabilité. Les juges de la Cour fédérale de justice (BGH) fait appel à l'idée de «mise en balance» *in concreto* entre les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la protection de la dignité de la personne poursuivie et l'intérêt général poursuivi par le ministère public.

On observera enfin que les pièces viciées ne sont pas retirées du dossier. L'irrégularité affecte seulement les pouvoirs du juge de jugement: celui-ci ne pourra pas utiliser ces pièces. En France au contraire, les pièces nulles sont matériellement enlevées du dossier et vont dormir d'un sommeil éternel dans les locaux du greffe. Le droit français s'attache donc à l'acte plus qu'aux pouvoirs du juge.

S'agissant précisément du *droit français*, l'approche est différente. Deux techniques sont appliquées, fondées sur la considération de la morale et l'autre sur les conséquences de l'irrégularité.

La morale et plus précisément la loyauté mélangée à la considération des droits de la défense conduit à une extension des nullités. Le Code d'instruction criminelle de 1808 ne connaissait que des nullités textuelles (ou formelles), énumérées par certains articles relatifs à certaines formalités. Mais la jurisprudence, au cours du XIX^{ème} siècle a ajouté les nullités substantielles (ou virtuelles) qui sont nécessaires à l'exercice d'une bonne justice sans être prévues par un texte «à peine de nullité». Ce système a été consacré par le CPP en 1959, où coexistaient les nullités textuelles et les nullités substantielles (art. 170 et s. CPP).

D'un autre côté, une réforme de 1975 a créé un article 802 au sein du CPP, qui subordonne l'annulation à l'existence d'un grief, c'est-à-dire d'un préjudice éprouvé par une partie, le plus souvent la personne poursuivie. Ce texte a été imaginé pour réduire le nombre de procédures annulées, ce qui était une catastrophe pour la justice, tant était fort le zèle de certains avocats plus soucieux des intérêts de leur client que de l'image de la justice: en effet on en arrivait à faire tomber un énorme dossier suite à une méconnaissance purement formelle. La jurisprudence appliqua l'article 802 très souvent, tout en l'excluant pour les seules nullités d'ordre public (sur la compétence et la prescription de l'action publique notamment).

11. b) On doit dire aussi quelques mots sur la question particulière de la *preuve subséquente*. La question est simple, l'irrecevabilité d'une preuve peut-elle s'étendre aux preuves dérivées? Un suspect a passé irrégulièrement des aveux et a dit aux enquêteurs que l'arme dont il avait fait usage était caché derrière un tas de fumier, que les enquêteurs vont saisir. L'irrégularité de la déclaration s'étend-elle à la saisie? On pense aussitôt à la théorie américaine du *Fruit of the Poisonous Tree*, très libérale.

Les deux droits se rapprochent cette fois sensiblement. Le droit allemand utilise la théorie de l'effet lointain (*Fernwirkung*) par l'effet de laquelle ne sont exclues que les preuves immédiatement concernées par le vice et, par exemple, des enregistrements illégaux ne font pas obstacle à la recevabilité d'aveux ultérieurs. Très rarement est appliquée la théorie opposée de «l'effet lointain».

Le droit français raisonne de façon très proche en utilisant un critère tiré de la causalité: une preuve subséquente n'est annulée que si elle découle d'un acte lui-même irrégulier. Cette jurisprudence se fonde sur une lecture assez large de l'article 206 al. 2 CPP propre il est vrai à la chambre de l'instruction, mais qui peut être entendu aux juridictions de jugement et qui décide que si elle découvre une cause de nullité, la chambre «prononce la nullité de l'acte qui en est entaché et, s'il y échet, celle de tout ou partie de la procédure ultérieure».

On comprend cette politique du contournement relatif des nullités qui s'est

créé dans un souci de ne pas perdre trop de temps. C'est évoquer déjà le principe de célérité.

II – Le principe de célérité

12. Ce second principe se manifeste de plusieurs façons. A côté de la sanction des irrégularités, entendue strictement et déjà évoquée, il faut citer ce principe qui veut que l'audience, une fois commencée, se déroule jusqu'à son terme sans perte de temps. Le droit allemand connaît le principe de concentration (*Konzentrationsprinzip*) (§ 229 StPO): un ajournement du procès ne peut pas être ordonné en principe pour une période de plus de trois semaines (fins de semaine comprises) et après dix jours, il peut y avoir une interruption unique de trente jours et pas plus. En France l'article 307 CPP consacre pour la Cour d'assises le principe de la continuité des débats en décidant que

«les débats ne peuvent être interrompus et doivent continuer jusqu'à ce que la cause soit terminée par l'arrêt de la Cour d'assises. Ils peuvent être suspendus pendant le temps nécessaire au repos des juges, de la partie civile et de l'accusé».

Le droit européen fait écho ainsi à la disposition de l'article 6 § 1 Conv. EDH qui entend que le procès se déroule «dans un délai raisonnable», ce qui est vague il est vrai.

Le plus important, et qui a été largement développé ces deux jours est le plaider coupable (dit souvent *plea bargaining*). Il faut en étudier les origines et la technique dans nos deux législations.

A – Origines du plaider coupable

13. L'apparition de cette procédure accélérée est due à un double phénomène: 1° La montée de la délinquance non suivie d'une augmentation corrélative du nombre des juges, ceux-ci allant se trouver submergés en raison du principe du contradictoire qui implique l'audition de tous les témoins et experts à l'audience; 2° L'inutilité du contradictoire dans une foule d'affaires dans lesquelles les faits sont simples et reconnus. D'où l'idée d'accélérer la procédure en créant un «accord» entre poursuivant et accusé sur la peine, cet «accord» devant ensuite être homologué par un juge et cette homologation constituant une décision de condamnation, tout comme les décisions classiques rendues après débat contradictoire.

L'origine de cette institution semble être américaine et être apparu au moment de la guerre de Sécession, dans les années 1860. La désorganisation de la vie

sociale était telle qu'il devenait impossible de maintenir le système contradictoire avec convocation de tous les témoins.

Progressivement, le plaider coupable se développa dans les divers pays du *common law*. Il gagna ensuite l'Europe centrale. Le Code italien de 1988 le consacra sous la forme du *patteggiamento*. A son tour la France le consacra par une loi de 2004 sous l'appellation de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), sous-entendu comparution devant un juge homologateur (art. 495-7 et s. CPP). En Allemagne les débuts furent, contrairement à la France, pratiqués et prétoriens: des accords entre les parties et le juge se produisaient, que le juge ensuite homologuait; plus précisément dans des affaires difficiles, c'est le juge qui proposait aux parties un arrangement en leur indiquant une fourchette de peine et en cas d'accord, il entérinait sa proposition. La jurisprudence admis le procédé par une loi de 2009 (§ 257c StPO).

On va voir que nos deux droit diffèrent en réalité profondément alors pourtant que l'objectif de célérité est le même. On peut d'ailleurs dire sans grand risque d'erreur qu'il y a autant de plaider coupable qu'il y a de législations!

B – Technique du plaider coupable

14. On comparera nos deux législations à trois égards: au regard du domaine, de l'initiative et du fonctionnement du plaider coupable.

15. 1. Le *domaine* de l'institution diffère d'un droit à l'autre. En France, la CRPC était et reste encore limitée aux délits: une loi de 2004 exigeait que le délit soit puni au maximum de cinq années d'emprisonnement, plafond porté par une autre loi de 2011 à dix ans, sauf rares exceptions. L'optique diffère en Allemagne où, comme il a déjà été dit, ce sont pour les graves affaires complexes que les juges ont imaginé le recours à des accords. Aujourd'hui, le plaider coupable allemand s'applique à toutes espèces d'infractions, quelle que soit leur gravité. Observons que le point de vue est identique aux Etats-Unis: un accusé encourant la peine de mort peut nouer un *plea bargaining* et c'est ainsi que les condamnés à mort sont systématiquement ou quasi systématiquement des personnes ayant reconnu leur culpabilité moyennant un rabais de peine.

16. 2. L'*initiative* du plaider coupable diffère plus profondément encore dans nos deux droits. En France, elle ne vient jamais du juge, mais du procureur de la République (art. 495-8 CPP), voire de l'auteur des faits lorsqu'il a été convoqué en justice par une voie classique: en ce cas, selon l'article 495-15 CPP, le prévenu peut demander au procureur d'appliquer la CRPC, ce qui lui assurerait une publicité bien plus discrète puisque si l'audience d'homologation est publique, il n'y a en fait personne pour y assister.

En Allemagne, il faut se souvenir que, historiquement, c'était le juge qui

proposait aux parties un arrangement. La loi de 2009 s'en souvient: aujourd'hui l'initiative peut venir soit du juge, soit du ministère public, soit même de l'accusé. On aura noté que l'Allemagne est l'un des très rares pays, sinon le seul, où c'est le juge qui peut initier le plaider coupable.

17. 3. Le plus délicat reste le *mécanisme* de l'institution. Il y a certes quelques points communs entre les deux droits: 1° Il faut un aveu de culpabilité de la part du prévenu; 2° Il n'y a pas de négociations sur les charges et par exemple en cas de vol qualifié, il n'y a pas de débat pour que ne soit retenu qu'un vol simple, ce qui diffère du droit américain; 3° C'est le juge qui a toujours le dernier mot puisque c'est lui qui homologue l'accord, s'il le veut bien. Pour le reste, les dissemblances sont nombreuses.

- En Allemagne, il y a une négociation entre le juge (qui propose une fourchette de peine) et les parties alors qu'il n'en va pas de même en France: dans ce droit, le procureur interroge le prévenu, et au vu de ses déclarations lui propose une peine qu'il accepte (alors le prévenu est présenté devant le juge qui peut homologuer l'accord) ou qu'il refuse (alors le procureur fait appel à un procédé «classique»). Il faut dire que la négociation est de l'essence historique de l'institution.
- En Allemagne, le plaider coupable se greffe sur une procédure «classique» et c'est en cours de procédure que le juge ou une partie en vient à proposer un accord. En France au contraire, c'est le procureur qui d'emblée use de la CRPC comme il aurait pu user d'une autre voie. Le seul cas où en France la CRPC se greffe sur une procédure préexistante est celui déjà vu de l'article 495-15.
- En Allemagne, l'accord ne peut porter que sur la privation de liberté ou l'amende alors qu'en France il peut porter aussi sur une mesure de sûreté comme le retrait du permis de conduire.
- En Allemagne, le juge est lié par l'accord (qui peut comporter un maximum et un minimum) puisqu'il y participe. En France, la loi a adopté le parti du tout ou rien: le juge accepte l'accord tel quel sans pouvoir le modifier ou au contraire le rejette.

Voici donc une procédure qui en dépit de ses différences selon les législations constitue une révolution procédurale pénale. Elle est louangée pour sa simplicité et pour l'économie de temps qu'elle procure aux juges. Certes, des esprits lui manifestent une certaine hostilité car le prévenu renonce à sa présomption d'innocence et au débat contradictoire. Mais si elle est maniée avec discernement, elle rend de grands services. Les Américains, inventeurs du *plea bargaining* sont unanimes à le défendre puisque seulement 10 % des affaires sont plaidées, ce qui veut dire que sans le *plea bargaining*, la justice pénale devrait déposer le bilan. D'ailleurs la Cour suprême américaine a validé l'institution. Il en est de mêmes en Allemagne et en France.

En un sens, le plaider coupable apparaît donc comme une nécessité. Cette idée a d'ailleurs d'autres facettes.

III – Le principe de nécessité

18. Le mot de nécessité est un peu vague et sauf à évoquer l'état de nécessité n'a pas de sens technique précis. On l'utilisera tout de même à deux égards. Mais nos deux droits – et beaucoup d'autres – consacrent une nécessité à la fois démocratique et géographique. Cette assertion appelle quelques remarques.

A – La nécessité démocratique

19. La justice étant rendue au nom du peuple implique la publicité des audiences. Le principe démocratique appelle une procédure qui se déroule *coram populo*, surtout en matière pénale où les libertés individuelles sont en cause plus qu'ailleurs. Certes la publicité a-t-elle donnée lieu à d'intenses débats. D'un côté, on invoque en sa faveur un «droit» du public à l'information, les nouvelles judiciaires étant des nouvelles comme les autres; il faut tout de même reconnaître que si l'on parle de «droit», il ne s'agit pas d'un droit subjectif, susceptible de donner lieu à une action en justice. D'un autre côté, la publicité peut conduire en vedettariat de certains accusés et plus généralement peut nuire à la sérénité de la justice. Ce débat montre que la publicité des audiences est un principe soumis à des exceptions. Le droit européen des droits de l'homme le montre bien puisque l'article 6 § 1 Conv. EDH pose le principe de publicité tout en y apportant quelques exceptions (comme la nécessité de protéger un secret d'Etat ou la vie privée). Dans l'ensemble nos deux droits consacrent la publicité.

En *France*, ce principe est proclamé plusieurs fois dans le CPP. Et même l'article 308 autorise le président des assises à ordonner que

«les débats feront l'objet en tout ou partie, sous son contrôle, d'un enregistrement sonore. Il peut également, à la demande de la victime ou de la partie civile, ordonner que l'audition ou la déposition de ces derniers fassent l'objet ... d'un enregistrement audiovisuel».

De tels enregistrements peuvent être utiles en cas d'appel. En outre une loi de 1985 a prévu l'enregistrement de certains procès pour constituer des archives historiques de la justice. Et depuis 1985, près d'une dizaine de procès ont été ainsi enregistrés, de l'affaire *Barbie* à l'affaire *AZF* (une vingtaine d'homicides involontaires suite à l'explosion à Toulouse d'une usine chimique).

B – La nécessité géographique

20. Il est des procès qui éclatent dans l'espace et c'est même de plus en plus le cas. Un témoin ou un prévenu demeure à 500 kilomètres du tribunal. Doit-on faire venir ce témoin au tribunal pour l'entendre. Ne peut-on pas l'entendre à distance par visioconférence (ou vidéoconférence)? On perçoit aussitôt les enjeux: en faveur du procédé technique on invoquera une économie financière, l'évitement du risque de fuite, la sécurité du témoin ou prévenu; à son encontre, on soulignera le manque de spontanéité de telles déclarations et les difficultés techniques sans oublier celles tirées de la confidentialité et de l'accord (ou du refus) de la personne.

En *France*, le procédé de la vidéoconférence apparaît d'abord à l'extrême fin du XX^{ème} siècle pour des personnes se trouvant à Saint-Pierre et Miquelon, petits îlots proches du Canada et loin de la France, puis à l'Île de la Réunion. Bientôt une loi de 2001 légalisera cette technique (art. 706-71 CPP). Cette loi sera modifiée plusieurs fois, toujours dans le sens d'une extension à des situations toujours plus nombreuses: auditions et confrontations effectuées au cours de l'enquête ou de l'instruction, puis devant la juridiction de jugement, puis pour le débat contradictoire préalable au placement en détention provisoire, à l'interrogatoire du président des assises avant le début de l'audience, à l'interrogatoire par le procureur ou le procureur général d'une personne arrêtée en vertu d'un mandat d'amener ou d'un mandat d'arrêt ... Le texte prévoit encore que l'avocat de la personne impliquée peut se trouver soit auprès de la personne, soit auprès de la juridiction procédant à l'audition.

En *Allemagne*, la vidéoconférence n'est pas ignorée non plus, quoique de façon moins intense qu'en France. Selon le § 247a StPO, l'audition peut se faire par vidéoconférence lorsque le témoin risquerait pour sa vie s'il déposait face au prévenu.

Conclusion

21. Tels sont exprimés quelques-uns des traits majeurs de l'audience de jugement en Allemagne et en France. En quelques décennies, une véritable métamorphose s'est produite, notamment avec les nouvelles formes de poursuite comme le plaider coupable ou avec de nouvelles techniques comme la vidéoconférence. L'évolution n'est certainement pas terminée, mais il subsistera, on peut l'espérer une constante: ce sont les exigences constitutionnelles et conventionnelles. Un alliage devra se faire entre ces impératifs (l'état de droit, le procès équitable) et les nécessités nouvelles issues de la technique et de l'évolution (qualitative et quantitative) de la criminalité.

Autoren / Auteurs

Bock, Stefanie

Akademische Rätin a.Z. an der Georg-August-Universität Göttingen

Ferrand, Jérôme

Maître de conférences à l'Université Pierre-Mendès-France, Grenoble

Frister, Helmut

Professor an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Jäger, Christian

Professor an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Jung, Heike

em. Professor an der Universität des Saarlandes

Leblois-Happe, Jocelyne

Professeur à l'Université de Strasbourg

Lelieur, Juliette

Maître de conférences à l'Université de Strasbourg

Moreau, Christine

Conseiller référendaire à la Cour de cassation

Müller, Egon

Justizrat, Rechtsanwalt, Honorarprofessor an der Universität des Saarlandes

Pin, Xavier

Professeur à l'Université Jean Moulin de Lyon

Pradel, Jean

Professeur émérite de l'Université de Poitiers, ancien juge d'instruction

Schmoeckel, Mathias

Professor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Stuckenberg, Carl-Friedrich

Professor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Taleb, Akila

Maître de conférences en droit privé à l'Université du Sud Toulon Var

Walther, Julien

Maître de conférences HDR à l'Université de Lorraine

Weigend, Thomas

Professor an der Universität zu Köln