

LA LETTRE DU CONSEIL

| ORDRE DES AVOCATS |
| DE GENÈVE |

PERSPECTIVE NEUROBIOLOGIQUE SUR LE RÔLE ET LE FONCTIONNEMENT DE L'AVOCAT: LES BIAIS INCONSCIENTS

Me Jeremy Lack et M. François Bogacz

L'émergence à la fin des années 90 de l'imagerie par résonance magnétique fonctionnelle (IRMf en français, fMRI en anglais) qui permet de visualiser les zones les plus actives du cerveau a eu pour conséquence positive l'engouement d'un public de plus en plus large pour les neurosciences, ou plus précisément pour leur vulgarisation.

Le domaine légal ne fait pas exception à la règle, loin de là, avec de nombreuses réflexions en cours sur l'importance des témoignages¹ ou sur les biais inconscients des avocats, des juges ou des arbitres².

Plutôt que de tenter en quelques mots de résumer l'essentiel de ce qu'un avocat devrait savoir sur le fonctionnement du cerveau pour pratiquer son métier de manière plus efficace, ce qui serait illusoire, nous avons préféré braquer notre projecteur sur un seul principe et dénombrer ses principales conséquences: l'efficacité énergétique du cerveau et sa tendance à créer des biais inconscients.

Ce texte est le fruit d'une analyse rigoureuse de la littérature, de discussions avec le monde scientifique, et avec des chercheurs et praticiens qui essayent de comprendre l'impact des nouvelles découvertes dans les neurosciences sur les procédures judiciaires. Cependant, nous nous devons de souligner à titre de préambule la nature extrêmement complexe du noble organe qui couronne le corps humain, ce qui rend les simplifications impossibles. L'étude du cerveau nous pousse à adopter une attitude extrêmement humble, guidée par un doute sain et constant sur ce que nous pensons apercevoir, et par un questionnement constant par rapport à nous-mêmes, et ce que nous pensons savoir.

La première loi qui régit le fonctionnement du cerveau et qui est évidemment la plus importante comme la plus simple s'énonce comme suit: notre cerveau est conçu pour optimiser sa consommation d'énergie (glucose). Cet objectif est atteint de deux manières: en amont, notre régime alimentaire sophistiqué nous permet d'entretenir des fonctions complexes qui nous distinguent des autres animaux et qui sont extrêmement consommatrices d'énergie et, en aval, notre cerveau fonctionne par défaut dans un mode automatique et «réflexif», lequel mobilise seulement quelques régions et utilise des raccourcis mentaux de tous types (appelés des «heuristiques»), de manière généralement inconsciente³. Ces raccourcis créent des biais cachés que nous allons expliciter dans ce qui suit.

L'application la plus connue du principe d'efficacité énergétique est celui de la survie face au danger: les amygdales, deux petites régions centrales très économes mais très efficaces dans notre cerveau, jouent un rôle permanent de «détecteur de pertinence». Elles comparent ce que nous percevons et plus largement ce que nous expérimentons à des mémoires acquises ou innées, de manière à nous faire réagir en quelques millisecondes, notamment en cas de danger grave, avant même que le cerveau humain n'ait pu avoir une appréciation cognitive ou profonde de la situation.

Ce phénomène enclenche des comportements de lutte ou de fuite, voire des réactions hautement émotionnelles, qui vont empêcher l'activation des zones du cortex préfrontal lesquelles sont justement nécessaires pour une réflexion murie et pondérée. Ce genre de réflexion profonde, par contre, consomme beaucoup plus d'énergie, et n'est pas disponible

quand nos ressources sont épuisées par des schémas de comportement émotionnels de crainte, de lutte ou de fuite. Au fil de notre évolution, le répertoire des amygdales cérébrales s'est notablement élargi et elles ne nous protègent plus seulement par le biais de réflexes innés contre les serpents croisés dans l'ombre d'une forêt, mais également contre toutes sortes de «dangers» de nature sociale, notamment résultant de comportements «intra-groupe» ou «inter-groupes» selon que l'on se sente accepté ou rejeté par un groupe de personnes.

Des études montrent leur rôle actif dans l'évaluation inconsciente du risque associé à de nouvelles rencontres: la première fois que nous rencontrons un étranger, nous analysons automatiquement les traits de son visage selon le niveau de confiance et de domination qu'il nous inspire⁴. Le cerveau active également une heuristique rapide d'évaluation de l'appartenance de cette personne à notre «tribu», ou à une autre qui serait peut-être en compétition avec la nôtre. Tout ceci se passe en quelques microsecondes, bien avant qu'une activation de la réflexion consciente ne soit possible. Nous sommes donc prompts à utiliser des stéréotypes lorsque nous ne savons pas grand-chose sur «l'autre» et enclins à ne pas trop réfléchir au contenu et la manière de penser de l'autre lorsqu'il nous est très similaire, partant de l'idée qu'il partage nos croyances, perceptions et symboles. Ces deux dernières présomptions concernant le fonctionnement des autres créent souvent des polémiques entre confrères, avec leurs clients, ou avec des juges.

Il faut bien accepter que, quelle que soit la situation sociale dans laquelle nous nous trouvons, bien que nous nous efforcions à rester neutres, indépendants

et impartiaux, nous sommes tous biologiquement et inconsciemment biaisés. Comme le disait Anaïs Nin: «Nous ne voyons jamais les choses telles qu'elles sont, nous les voyons telles que nous sommes.» Chaque perception ou pensée est subjective.

En complément des amygdales, les noyaux de la base du cerveau jouent également un rôle critique dans notre mode de pensée automatique, puisqu'ils gèrent nos habitudes, acquises au fil de nos expériences familiales, culturelles et professionnelles. Sans eux, nous devrions constamment réapprendre, calculer, analyser et nos ressources en glucose seraient épuisées quelques minutes après notre réveil.

Nos biais inconscients et nos schémas de réflexion rapides sont donc les conséquences d'un système d'efficacité dans la façon par laquelle nous consommons l'énergie dans nos cerveaux qui crée des points morts dans le champ de vision de tout avocat, client, témoin ou magistrat.

La mémoire est un exemple de l'établissement des «faits» particulièrement dangereux dans ce contexte. Le but de la mémoire chez l'homme n'est pas de se rappeler du passé, mais d'anticiper plus rapidement le futur. La mémoire est donc un outil évolué chez l'homme qui permet de reconnaître des situations et d'activer des heuristiques ou des comportements de façon plus rapide, en consommant moins d'énergie.

Une mémoire est affectée par le contexte émotionnel dans lequel elle a été créée et toute mémoire est donc subjective. Ceci a été récemment reconnu par l'instance judiciaire de l'état du New Jersey aux Etats Unis qui, le 4 septembre 2012, a ordonné qu'un juré doit être informé que le témoignage d'un

¹ Weiser, B. (2012): *New Jersey Court Issues Guidance for Juries about Reliability of Eyewitnesses*. *New York Times*, July 19, 2012.

² Kaster, L. (2012): *Improving Lawyer Judgment by Reducing the Impact of "Client-Think"*. *Dispute Resolution Journal*, vol. 67, no. 1 (Feb.-April 2012).

³ Kahneman, D. (2011): *Thinking, fast and slow*. Macmillan.

⁴ Todorov, A., Said, C. P., Engell, A. D., & Oosterhof, N. N. (2008): *Understanding evaluation of faces on social dimensions*, *Trends in Cognitive Sciences*, 12(12), 455-460. doi:10.1016/j.tics.2008.10.001

témoin qui pense reconnaître un accusé n'est pas nécessairement fiable et peut être facilement biaisé inconsciemment. Les nouvelles instructions aux jurés de cet état américain, qui reprend à son compte les découvertes les plus récentes de la neurobiologie en ce qui concerne l'identification de personnes par des témoins, s'expriment ainsi: «*La mémoire humaine n'est pas infaillible. La recherche a révélé que la mémoire humaine n'est pas comme un enregistrement vidéo qu'un témoin rejoue pour se rappeler ce qui s'est passé. La mémoire est beaucoup plus complexe. Le processus de mémorisation se décompose en trois étapes: acquisition - la perception de l'événement d'origine; rétention - la période de temps qui s'écoule entre l'événement et la récupération partielle d'un éventuel élément d'information; et la récupération - la phase au cours de laquelle une personne se souvient des informations stockées. A chacune de ces étapes, la mémoire peut être affectée par une variété de facteurs.*»⁵ Selon des publications très récentes (et perturbantes), il y aurait un sorte de biais raciste qui aurait évolué chez l'homme et affecté l'objectivité d'un témoin, selon lequel le visage d'une personne d'une autre race est encodée de façon moins précise que pour une personne de la même race.⁶ Ceci implique qu'il y a un risque important de confusion entre des personnes d'une autre race, avec des conséquences et des stéréotypes négatifs. Heureusement, grâce à la neuroplasticité du cerveau (sa capacité d'évoluer en fonction de notre expérience), ce biais néfaste selon lequel les «autres» de la même race «se ressemblent tous» est réversible.

Les fausses mémoires ou les biais inconscients peuvent aussi affecter le fonctionnement des tribunaux, et la façon dont un avocat examine un dossier. Le fait même de représenter un client a déjà un impact sur l'indépendance d'esprit et la capacité de l'avocat à être «objectif». Les avocats ont tendance à surévaluer les positions de leurs clients et de minimiser leurs points faibles, ce de façon inconsciente. En Californie, une recherche a démontré que, dans plus de 2'000 cas jugés dans les tribunaux où une transaction a été offerte au préalable par la partie défenderesse mais refusée par la partie demanderesse, plus de 60% des parties demanderesses ont reçu moins au tribunal de ce que les parties défenderesses avaient offert (une perte moyenne de US\$ 43'000).

Cette erreur d'appréciation provient de l'attitude de l'avocat de la partie demanderesse et ne prend pas en compte les frais supplémentaires des droits de greffe et les honoraires des avocats (auquel cas le «taux d'erreur» est encore plus élevé). Pour les avocats des parties défenderesses, par contre, le «taux d'erreur» de refuser l'offre de la partie demanderesse est plus réduit, soit de 24% mais pour des différences entre l'offre et le jugement plus élevées: en moyenne une perte de US\$ 1.1 million.⁷ Des études supplémentaires ont démontré que ce schéma de surévaluation et de sous-évaluation par les avocats n'est pas un accident géographique, mais une tendance universelle.⁸ Pour les dossiers plus importants, où la valeur en litige est entre US\$ 1-150 million, le coût

⁵ En anglais: "Human memory is not foolproof. Research has revealed that human memory is not like a video recording that a witness need only replay to remember what happened. Memory is far more complex. The process of remembering consists of three stages: acquisition -- the perception of the original event; retention -- the period of time that passes between the event and the eventual recollection of a piece of information; and retrieval -- the stage during which a person recalls stored information. At each of these stages, memory can be affected by a variety of factors." *Revised NJ Jury Instructions on Identification: In-Court and Out-of-Court Identifications*, revised July 19, 2012, page 2, citant le cas *State v. Henderson*, 208 N.J. 208, 245-46 (2011).

⁶ H.D. Lucas et al. (2011): *Why some faces won't be remembered: brain potentials illuminate successful versus unsuccessful encoding for same-race and other-race faces*, *Frontiers in Human Neuroscience* March 2011, Vol. 5, doi: 10.3389/fnhum.2011.00020.

⁷ R. Kiser et al. (2008): *Let's Not Make a Deal: An Empirical Study of Decision Making in Unsuccessful Settlement Negotiations*, *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 5, Issue 3, pp 551-591 (September 2008)

⁸ Randall Kiser (2010): *Beyond Right and Wrong: The Power of Effective Decision Making for Attorneys and Clients*, Springer.

moyen de l'erreur consistant à refuser une offre pour les avocats des parties demanderesses est de US\$ 327'000, tandis que pour les parties défenderesses, le coût moyen de l'erreur est de US\$ 5,326 million.⁹ Ces biais sont en partie émotionnels, mais aussi sociaux, influencés par une notion appelée «réflexion de meute» (en anglais «groupthink»), un phénomène d'ancrage psychologique découlant du fait que l'on est soutenu dans ses convictions par son groupe.¹⁰

Il est possible de combattre ces biais inconscients à travers 10 stratégies, recommandées par Laura Kaster:

1. nommer un «avocat du diable» en interne pour chaque dossier;
2. maintenir des communications constantes et ouvertes avec la partie opposée;
3. inclure le client de façon active dans toute discussion stratégique;
4. faire des «pre-mortems», où l'on s'imagine avoir perdu le cas et où il faut en analyser les motifs;
5. éviter une réflexion de «groupthink» en demandant à chaque membre dans une équipe de donner son avis individuel (par exemple, au préalable par écrit), avant de connaître l'avis des autres;
6. faire un budget détaillé en amont, avec une analyse du temps et de tous les coûts de procédure et frais judiciaires (des avocats ainsi que des experts) pour l'ensemble du dossier;
7. décrire le cas à des confrères neutres et non-impliqués, en leur demandant d'évaluer

les risques;

8. faire des «arbitrages fictifs», devant des tiers nommés comme «tribunal»;
9. maintenir un tableau des risques, des offres et des budgets tout au long du dossier, pour noter les divergences dans le temps;
10. utiliser la médiation plus souvent pour minimiser le risque de «groupthink» du côté de chaque partie.¹¹

Ces exercices demandent une grande concentration, sont contre-intuitifs et puisent dans nos ressources cognitives. Nos ressources mentales sont hélas loin d'être infinies et l'évolution ne nous a pas dotés d'une alarme interne systématique lorsque notre cerveau épuise ses ressources. L'exemple le plus criant de cette réalité vient d'une étude réalisée en Israël auprès de juges d'exécution qui décident des cas de mises en liberté anticipées, et qui montre que ce qui influe le plus la décision des juges n'est pas le type de crime commis, ou les caractéristiques des prisonniers (par exemple, s'ils sont hommes, femmes, chrétiens, juifs ou musulmans), mais l'heure de la journée à laquelle ceux-ci comparaissent devant le tribunal. Ces juges professionnels aguerris perdent systématiquement leur lucidité de jugement juste avant leur pause matinale, avant celle du déjeuner et avant celle de l'après-midi¹², autant de moments de la journée où leurs réserves de sucre dans le système sanguin sont au plus bas. Combien de magistrats sont capables de refuser de prendre des décisions stratégiques aux moments de la journée où leur cerveau manque de ressources, notamment le soir? Or,

⁹ Randall Kiser (2012): "Judgments: How We Reach Them and How We Can Improve Them" lors d'un discours au New Jersey State Bar Association, Dispute Resolution Section, Jan. 24, 2012.

¹⁰ Irving Janis (2012): *Victims of Groupthink* (2d ed. Houghton Mifflin, 1982).

¹¹ Laura A. Kaster (2012), voir note 2, *supra*. Le 10^{ème} de ces stratégies n'est pas explicitement mentionné dans cet article, mais fait partie des enseignements de Kaster, qui préconise l'utilisation de la médiation en général.

¹² Danziger, S., Levav, J., & Avnaim-Pesso, L. (2011): *Extraneous factors in judicial decisions*, *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 108(17), 6889-92. doi:10.1073/pnas.1018033108

combien d'avocats osent suggérer à leurs clients de suspendre une négociation délicate lorsque la nuit arrive, pour éviter de passer en mode totalement automatique?

Et c'est sans mentionner que le contrôle de soi aggrave la situation: dans un contexte culturel nouveau, où nous essayons de nous adapter aux rituels et comportements nouveaux, nous devons gérer non seulement l'apprentissage mais inhiber nos comportements naturels, ce qui comporte aussi un prix énergétique qui sera payé par le cerveau rationnel et cognitif. Le constat dès lors est le suivant: une spirale négative nous guette. Plus nous sollicitons notre néocortex, plus nous manquons d'énergie et plus nous faisons appel à nos modèles mentaux inconscients, à nos émotions et à nos habitudes. Nous pensons encore «penser» au sens noble du terme alors que nous sommes déjà inconsciemment en train de laisser nos systèmes reptiliens et émotionnels nous guider. Nos conclusions cognitives ne sont que le résultat *ex post facto* d'une réflexion invisible et plus rapide, dont nous n'avons même pas conscience.

Une autre conséquence de l'efficacité énergétique de nos cerveaux est potentiellement beaucoup plus positive, mais hélas souvent dédaignée. Nous voulons parler des intuitions et des «règles d'or», appelés «rules of thumb» en anglais, par référence au fait qu'à défaut de d'un outil de mesure tel qu'une règle, l'utilisation du pouce est bien souvent une méthode de mesure acceptable. Les raccourcis mentaux peuvent en effet être très utiles dans certaines situations spécifiques. Les trois prérequis du jugement intuitif dénombrés par l'un des experts de l'intuition, Gerd Gigerenzer¹³, sont les suivants:

1. Une émergence rapide dans la conscience;
2. Des raisons sous-jacentes dont nous ne sommes pas pleinement conscients;
3. Une évidence qui nous pousse à agir.

Cette capacité à «connecter les points» sans utilisation de ressources mentales coûteuses n'est hélas socialement acceptable que dans un nombre restreint de situations, car notre civilisation occidentale porte au pinacle les modèles analytiques complexes et leurs gurus (ingénieurs, analystes financiers, scientifiques, etc.) plutôt que le traitement intuitif, souvent réservé avec dédain au sexe dit «faible». Combien d'avocats osent dire à un client qu'il va perdre son procès sans être capable de lui expliquer pourquoi «par A plus B»?

La culture de la gestion du risque au sein du barreau amène souvent à vouloir rationaliser à outrance les décisions, jusqu'à inventer a posteriori des justifications dites «rationnelles» pour ce qui étaient des intuitions. L'avocat «moderne» ne se doit-il pas de savoir utiliser à bon escient ses deux modes cognitifs: le réflexif et le réfléchif? Peut-il motiver son avis par son raisonnement intuitif ainsi que rationnel? Comment éviter de naufrager lui qui navigue au quotidien dans un océan de données et d'informations? Au risque de pousser la métaphore trop loin, il existe une règle d'or en navigation qui a sauvé la vie de nombreux marins: «lorsque l'angle entre ma route et la position d'un autre navire est constant, la collision est certaine». Pas besoin d'un calculateur puissant. Il suffit de fixer son regard sur l'autre navire et d'estimer l'angle en question. Ainsi, chaque cabinet d'avocats peut recenser et institutionnaliser ses règles d'or les plus effectives, de manière à faire du mode automatique une force plutôt qu'un boulet. Un

¹³ Gigerenzer, G. (2014): *Risk Savvy: How to Make Good Decisions*, Viking Press.

«audit énergétique» apportera une vraie valeur ajoutée à l'activité du cabinet.

Ce principe de l'efficacité énergétique de nos cerveaux a d'autres implications, plus ou moins évidentes, pour les avocats. Tout d'abord, dans une situation nouvelle, qui peut être à la fois génératrice d'anxiété et d'excitation positive, le cerveau humain nous protège automatiquement en activant nos schémas inconscients et nos biais. Il utilise le peu que nous connaissons de la situation et, très souvent, il va combler les trous dans notre connaissance en faisant appel aux meilleures informations à sa disposition. Notre attention se concentre sur le syllogisme juridique et à qui attribuer «la faute».

Les faits ne sont que des perceptions, modulés par des systèmes biologiques qui sont facilement influencés. Cela peut être funeste pour les dossiers de l'avocat qui n'y prend pas garde. Les nouvelles Méthodes Alternatives de Résolution des Conflits (MARC), telles que la médiation facilitatrice et les hybrides (MEDALOA, «Guided Choice», et autres systèmes exploitant la médiation) peuvent prendre en compte ces biais cachés et prendre en considération les effets de meute sur la pensée des parties. Un avocat qui n'a vécu que la résolution de litiges à travers les tribunaux et qui se retrouve plongé dans ce contexte totalement nouveau des MARCs, aura deux alternatives à sa disposition:

(1) ou bien il laisse son mode automatique le guider, auquel cas il risque bien de fonctionner sur la base de présomptions et d'utiliser des techniques et comportements totalement inadaptés au contexte, tels qu'un raisonnement positionnel, utilisant des plaidoiries pour essayer de convaincre le tiers ou la partie adverse;

(2) ou alors il réussit à s'adapter à une nouvelle logique de pensée où plusieurs perspectives coexistent, où les présomptions et biais inconscients de chacun doivent être examinés, et où des solutions créatives qui ne sont pas moulées dans un syllogisme juridique, mais par les intérêts futurs des deux parties (et notamment de son propre client) peuvent être trouvées. Une compréhension de l'impact de la procédure sur le comportement des participants, et comment la procédure fait partie du problème en soit (par exemple, sa tendance à créer des polémiques, escalader le conflit et séparer les gens en groupes opposés) devient alors un atout essentiel.

Dans ce deuxième cas l'avocat aura besoin de beaucoup d'énergie, puisqu'il mobilisera alors la quasi-totalité des régions du néocortex. Il lui faudra venir avec un esprit ouvert, un mode heuristique de découverte, plutôt que stressé et en cherchant à convaincre. Les situations nouvelles ainsi que positionnelles sont épuisantes sur le plan cérébral.

Tout professionnel plongé dans un contexte nouveau, ou dans une situation où son énergie doit se concentrer sur la défense et sur les répliques à donner à ce que son confrère pourrait dire, devrait avoir l'humilité de l'étudiant. Il devrait s'imposer des pauses fréquentes, répéter objectivement ce qu'il vient d'entendre avant de critiquer, et penser non seulement à comment recharger ses batteries (ainsi que celles de son client), mais également comment penser en profondeur à ses propres automatismes de réflexions, ses présomptions, et à ceux de ses confrères. Et tout professionnel plongé dans un contexte connu devrait avoir une autre humilité, celle de considérer que même dans un mode automatique, notre cerveau a également besoin de nombreuses pauses.

Pour conclure, à la lumière ce qui précède, il est aisé de comprendre pourquoi les «insights», ou moments «eurêka» surgissent au petit matin, sous la douche ou dans le bain, plutôt qu'en cours de procédure judiciaire. Cette génération spontanée d'idées et de résolutions de problèmes résulte d'un niveau optimal à la fois de nos ressources mentales et de notre relaxation. Lorsque nous arrivons à faire le vide, à réduire le bruit mental de nos préoccupations, nous améliorons notre concentration et donc notre performance, et pas seulement au petit matin.

A propos des auteurs:

Me Jeremy Lack, MA (Oxon) est un avocat indépendant et médiateur assermenté, inscrit aux barreaux de Londres et de New York. Il est également membre du Comité de la Section des avocats de barreaux étrangers (SABE) de l'Ordre. Il enseigne à l'EPFL et à l'Université de Genève, et agit également comme conseiller juridique chez QUADRANT CHAMBERS (GB) et CHARLES RUSSELL LLP (CH/GB). Il est membre de la Commission de préavis en matière de médiation civile et pénale de la République et Canton de Genève, Co-Président de la Chambre Suisse de Médiation Commerciale (Section Romande), Vice-Président de la Commission indépendante des normes de l'Institut international de la médiation (IMI) et le cofondateur de Neuroawareness avec Francois Bogacz.

M. François Bogacz, MSc est le fondateur et CEO de Neuroawareness Consulting Services (www.neuroawareness.com). Il est un expert dans l'application des neurosciences aux métiers juridiques, de gestion de conflit et de management, et a formé des centaines de professionnels à travers le monde à l'application des neurosciences. Ancien cadre dirigeant de Microsoft, Hitachi et Philips dans le marketing et le «business development», il a également créé plusieurs start-ups en Europe et aux USA dans les domaines du conseil en stratégie et du leadership. Il a suivi une Post-Graduation en Neurosciences du Leadership, est formé aux techniques de créativité d'Edward De Bono, et est un médiateur certifié par l'Institut international de la médiation (IMI).

La neurobiologie nous invite donc à réfléchir à nouveau au métier et au fonctionnement de l'avocat, à penser comment être plus efficace dans la gestion de nos dossiers, et comment mieux assister nos clients à trouver de meilleures solutions, en réfléchissant autrement.

L'IMMÉDIATÉTÉ LIMITÉE DANS LA JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL FÉDÉRAL

Me Daniel Kinzer

Les audiences pénales ont changé à Genève depuis l'introduction du Code de procédure pénale. On passe moins de temps à recueillir des déclarations, mais davantage à les consigner au procès-verbal, puis à les faire relire. Le formalisme progresse, mais l'immédiateté recule.

L'immédiateté implique, selon le Tribunal fédéral, que «le juge [prenne] connaissance des faits essentiels dans la mesure du possible lui-même, directement et sans intermédiaire, lors des débats. L'intime conviction du juge doit s'appuyer sur ses propres perceptions sensorielles»¹. L'immédiateté, jadis marquée à Genève sous l'empire du Code de 1977 et dans certains autres cantons, minoritaires, a été restreinte par le Code de procédure pénale unifié, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011. L'article 350 al. 2 CPP prévoit désormais expressément que le Tribunal de première instance «prend en compte les preuves administrées durant la procédure préliminaire et lors des débats», conférant à la preuve dont le juge ne fait qu'hériter la même valeur qu'à celle qu'il administre. Bien plus, l'art. 308 CPP prévoit qu'en cas de mise en accusation, «[l]e Ministère public établit durant l'instruction l'état de fait [...] de façon à [...] fournir au Tribunal les éléments essentiels lui permettant de juger de la culpabilité du prévenu et de fixer la peine». Il s'agit de permettre au Tribunal «de juger la question de la culpabilité ou de la peine sans devoir procéder à l'administration de preuves supplémentaires»².

Ce nonobstant, le CPP n'a pas entièrement retiré au juge le pouvoir d'administrer des preuves. Selon

l'art. 343 CPP, également applicable en appel par le renvoi de l'art. 405 al. 1 CPP, le juge peut en effet compléter le dossier³ – soit administrer de nouvelles preuves, compléter les preuves existantes ou administrer à nouveau les preuves affectées d'un vice de forme – («l'immédiateté d'appoint») ou réitérer l'administration des preuves qui, même non viciées en la forme, lorsque son administration lors de débats apparaît nécessaire au prononcé du jugement⁴ («l'immédiateté nécessaire»).

L'immédiateté d'appoint a elle-même été limitée par la jurisprudence. Le Tribunal fédéral a jugé que lorsque l'examen sommaire de l'accusation prescrit par l'art. 329 CPP fait apparaître d'emblée qu'un moyen de preuve indispensable n'a pas été recueilli, le Tribunal doit renvoyer le dossier au Ministère public plutôt qu'administrer lui-même la preuve en question. En effet, le législateur a voulu que les preuves soient administrées en priorité par le Ministère public et ce n'est qu'à titre «exceptionnel» que cette tâche incombe au Tribunal. A cela s'ajoute que le Ministère public est a priori «mieux armé» que le Tribunal pour la conduite de l'instruction, qui constitue une de ses tâches principales⁵.

La casuistique révèle qu'en application de ces principes, le dossier a été renvoyé à l'accusation en raison des moyens de preuve manquants suivants: expertise informatique⁶; expertise psychiatrique⁷; transcription et traduction d'écoutes téléphoniques⁸; audition de témoins dans le respect du contradictoire⁹; audition en qualité de témoin de deux per-

¹ ATF 116 Ia 305 consid. 3, traduction libre

² Message CPP, 1246

³ Art. 343 al. 1 et 2 CPP

⁴ Art. 343 al. 3 CPP

⁵ TF, arrêt 1B_302/2011 du 26 juillet 2011, consid. 2.2.2.

⁶ TF, arrêt 1B_302/2011 du 26 juillet 2011

⁷ TF, arrêt 1B_304/2011 du 26 juillet 2011

⁸ TPF, ordonnance SK.2013.31 du 23 janvier 2014 et TPF, décision SK.2013.35 du 15 novembre 2013

⁹ TPF, ordonnance SK.2012.42 du 28 février 2012 in JdT 2013 IV 287, consid. 7.3.