Urteilskopf

104 Ia 448

67. Extrait de l'arrêt du 26 avril 1978 dans la cause X. c. Chambre d'accusation du canton de Genève
Regeste (de):
Auslieferungsvertrag zwischen der Schweiz und Spanien vom 31. August 1883.

- Haftbefehl gegen einen spanischen Anwalt, provisorische Haftentlassung desselben gegen Kaution; dieser war zuerst Wahlverteidiger eines Beschuldigten, wurde dann von diesem als Zeuge angerufen und in dieser Eigenschaft wegen Teilnahme an den seinem Ex-Klienten zur Last gelegten Straftaten verhaftet.

- "Salvus-conductus"-Klausel.

Regeste (fr):
Convention d'extradition entre la Suisse et l'Espagne du 31 août 1883.

- Mandat de dépôt décerné contre un avocat espagnol, puis mise en liberté provisoire moyennant caution de celui-ci, d'abord défenseur de choix d'un inculpé, puis assigné comme témoin par ce dernier et arrête en cette qualité pour complicité aux infractions pour lesquelles est poursuivi son ex-client.

- Clause du "salvus conductus".

Regesto (it):
Trattato d'estradizione tra la Svizzera e la Spagna, del 31 agosto 1883.

- Ordine d'arresto emanato nei confronti di un avvocato spagnolo, poi messo in libertà provvisoria contro cauzione; l'interessato era stato dapprima difensore di fiducia di un imputato, indi citato da questo ultimo come teste ed infine arrestato in tale qualità per complicità nei reati per cui era stato aperto il procedimento penale contro il suo ex cliente.

- Clausola relativa al salvacondotto.

Sachverhalt ab Seite 449

BGE 104 Ia 448 S. 449

L'avocat espagnol X., domicilié à Séville, fut autorisé à plaider devant les tribunaux genevois en faveur de l'accusé Y., contre lequel une information pénale avait été ouverte pour infractions contre le patrimoine. Y., ayant été renvoyé devant la Cour d'assises, requit, avec l'accord de son avocat X., la comparution de celui-ci devant la Cour en qualité de témoin. L'avocat X. reçut, par voie postale à son domicile sévillan, une assignation à comparaître en cette qualité à la requête de l'accusé Y. La reproduction des dispositions pénales applicables aux témoins défaillants figurant sur cette assignation avait été barrée. L'avocat X. comparut et fut entendu en qualité de témoin aux audiences de la Cour d'assises. Lors de la dernière audience, le représentant du Ministère public l'accusa d'être un faux témoin, requit l'ouverture d'une action pénale contre lui, décerna un mandat d'amener à son encontre et fit procéder à son arrestation, motivant le mandat par le fait que l'avocat X. avait été

mis en cause notamment comme coauteur des infractions pour lesquelles Y. était poursuivi et qu'il avait préparé la défense de cet accusé, son client d'alors, à l'occasion de visites en prison, ces actes constituant une prévention de crimes d'escroquerie par métier, de tentatives d'escroquerie ou de complicité de ce crime. L'avocat X. fut ensuite interrogé par le juge d'instruction, qui l'inculpa de complicité d'escroquerie par métier et décerna contre lui un mandat d'arrêt. Quelques jours plus tard, la Chambre d'accusation rendit une ordonnance, décernant

BGE 104 Ia 448 S. 450

contre lui un mandat de dépôt, considérant que la compétence des autorités genevoises pour le poursuivre était établie, dès lors qu'il avait une adresse professionnelle à Genève, où s'était déroulée l'activité délictueuse de l'accusé Y. et qu'il existait des indices suffisants pour présumer qu'il était complice de ces crimes. Lors de la même audience, la Chambre d'accusation, statuant sur une demande de mise en liberté provisoire sans caution, ordonna cette mesure moyennant le versement de la somme de 150 000 fr. à titre de caution. Cette somme fut déposée et l'avocat X. mis en liberté. L'avocat X. forme d'une part un recours de droit public contre l'ordonnance de la Chambre d'accusation décernant le mandat de dépôt, se plaignant en particulier de la violation de la Convention d'extradition conclue entre la Suisse et l'Espagne le 31 août 1883. Il forme d'autre part un recours de droit public contre l'ordonnance rendue par la Chambre d'accusation, ordonnant sa mise en liberté provisoire, tant sur le principe que sur le montant de la caution, en invoquant les mêmes griefs que ceux qu'il avait soulevés contre l'ordonnance décernant le mandat de dépôt. La Chambre d'accusation conclut à l'irrecevabilité des deux recours, subsidiairement à leur rejet. Le Ministère public conclut à leur rejet. Le Tribunal fédéral a admis les deux recours et a annulé les décisions attaquées.

Erwägungen

Extrait des motifs:

3. Invoquant l'art. XV al. 2 de la convention hispano-suisse, le recourant voit une violation de cette disposition dans le fait qu'ayant été cité en Espagne et ayant comparu volontairement à Genève, il a été poursuivi et détenu sous prétexte de complicité dans les faits qui étaient l'objet du procès où il figurait comme témoin; dès lors son arrestation et son inculpation seraient illégales. La Chambre d'accusation fait valoir que le moyen tiré de la violation de la convention n'a été ni soulevé ni invoqué devant elle. Elle ne paraît cependant pas contester de ce fait la recevabilité des recours. Effectivement, dans un recours fondé sur la violation d'un traité international, le recourant n'est pas limité dans la motivation

BGE 104 Ia 448 S. 451

de son recours par les moyens de fait et de droit qu'il a invoqués devant l'autorité cantonale (ATF 102 Ia 79, ATF 101 Ia 534 consid. 1). Il lui est donc loisible de présenter devant le Tribunal fédéral des moyens nouveaux, qu'il n'a pas soulevés devant la Chambre d'accusation.

4. Le procureur général, dont l'argumentation est approuvée par la Chambre d'accusation, fait valoir quant au fond que l'art. XV al. 2 de la convention n'est pas applicable en l'espèce. Il développe l'argumentation

suivante: L'art. XIII de la convention précise que la voie ordinaire, pour l'audition de témoins domiciliés dans l'autre Etat, est la commission rogatoire, qui doit être envoyée par voie diplomatique. L'art. XV traite du cas exceptionnel où la comparution personnelle d'un témoin est nécessaire. Dans ce cas, le gouvernement du pays auquel appartient le témoin l'invitera à se rendre à la citation qui lui sera faite (al. 1). L'alinéa 2 du même article, qu'invoque le recourant, est inséparable de l'alinéa 1; cet article, qui a été repris du Traité franco-suisse de 1869, forme d'ailleurs dans ce traité un seul paragraphe. Cette disposition a pour but d'éviter que la comparution nécessaire d'un témoin, invité par le gouvernement du pays auquel il appartient à se rendre à la citation qui lui est faite à la demande du gouvernement de l'Etat requérant, aboutisse à une extradition déguisée. Or, en l'espèce, ni le juge d'instruction ni le procureur général n'ont estimé nécessaire d'interroger le recourant sur commission rogatoire ni n'ont demandé son inculpation alors que celui-ci bénéficiait à l'époque de tous les avantages rattachés à la charge d'avocat de l'accusé Y.; le procureur général n'a pas requis la citation du recourant à l'audience de la Cour d'assises, car il estimait que sa comparution personnelle et son témoignage n'étaient nullement nécessaires. La lettre de convocation n'a pas été adressée au recourant à la requête du procureur général mais à celle de l'accusé Y., dans des délais excluant toute remise par voie diplomatique. En en prenant connaissance, le recourant a su que son audition était requise par l'accusé et non par le Gouvernement suisse. C'est en application de l'art. 270 de l'ancien Code genevois de procédure pénale (CPP) du 7 décembre 1940 que le recourant a reçu à Séville une lettre de convocation émanant du procureur général. Cette disposition fait obligation au procureur général de faire citer les témoins requis par l'accusé, pour autant que ce dernier

notifie au Parquet la liste de témoins 24 h. au moins avant l'audience. En prenant connaissance de la lettre de convocation, le recourant a su que les dispositions pénales contre les témoins ne lui étaient pas applicables, que cette convocation n'avait pas valeur d'assignation, dès lors que la transmission de la citation n'avait pas été effectuée par la voie diplomatique et qu'il n'avait pas été formellement assigné par l'autorité compétente espagnole. Ayant, d'entente avec son client, abandonné sa qualité d'avocat pour celle de témoin, il savait ne pouvoir bénéficier du "sauf-conduit légal" prévu à l'art. XV de la convention.

5. La question des garanties à fournir aux témoins qui sont appelés à comparaître dans un procès pénal se déroulant dans un Etat autre que celui où ils ont résidence ou auquel ils appartiennent a fait l'objet de nombreuses clauses insérées dans les traités d'extradition et d'entraide judiciaire. Le Traité d'alliance franco-suisse du 27 septembre 1803 a prévu à l'art. 17 - à l'instar de traités antérieurs - la possibilité pour chacun des deux Etats de citer dans les procédures criminelles pour délits graves des témoins de l'autre pays à comparaître en personne devant ses tribunaux. Mais à la demande de la Diète helvétique il a été inséré en outre dans le traité une clause aux termes de laquelle "si le témoin se trouvait complice, il serait renvoyé par-devant son juge naturel, aux frais du gouvernement qui l'aurait appelé" (Abschiede aus den Jahren 1803 bis 1813, 2e éd. 1886, p. 30, No XXI E, p. 594; cf. BILLOT, Traité de l'extradition, Paris 1874, p. 404; BEAUCHET, Traité de l'extradition, Paris 1899, p. 523-4; GARBANI, Die Auslieferung zwischen der Schweiz und Frankreich, thèse Berne 1836, p. 28-29). Cette disposition, la première du genre, a été insérée à nouveau dans le Traité franco-suisse d'extradition de 1828 (BILLOT, loc.cit.). Des dispositions analogues ont été insérées ensuite dans plusieurs traités d'extradition conclus par la Suisse avec d'autres pays, comme celui conclu avec Bade en 1808 (Abschiede, op. cit., p. 557), avec l'Autriche en 1828 (Abschiede 1828 annexe I, p. 2/3), avec la Sardaigne en 1843, avec la Bavière en 1851 (RO III p. 218) et avec l'Autriche en 1855 (RO V, p. 183); (voir LAMMASCH, Auslieferungspflicht und Asylrecht, Leipzig 1887, p. 465; VON MARTITZ, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Leipzig 1888, t. I, p. 255 n. 91).

Cette clause du salvus conductus, d'origine suisse, a été tout naturellement inscrite dans les traités afin d'éviter des extraditions déguisées. Dans la mesure où les traités fixaient les conditions dans lesquelles un pays était tenu de consentir à l'extradition de malfaiteurs dans un autre pays, il convenait d'éviter qu'un témoin, tenu de comparaître dans un autre pays, n'y fût détenu sans que les conditions de fond ou les formalités prévues pour l'extradition soient observées. Par la suite, les différents Etats ont d'une façon générale renoncé à prévoir dans leurs traités d'extradition ou d'entraide judiciaire l'obligation pour des témoins de comparaître à l'étranger, comme cela a été le cas en premier lieu dans le traité belgo-néerlandais de 1843 (cf. VON MARTITZ, loc.cit., et t. II, p. 722, et 725, no 37). On n'en a pas moins maintenu les mêmes garanties à l'égard des témoins résidant dans l'un des Etats, cités dans l'autre et y comparaissant volontairement. Le problème a fait l'objet de négociations difficiles entre la Suisse et l'Italie lors de la discussion du traité d'extradition qui devait remplacer celui qui avait été conclu avec la Sardaigne en 1843. Sur la proposition du Gouvernement suisse, il a finalement été décidé que le témoin ne pourrait jamais être contraint de paraître devant le juge étranger. Lorsque la comparution personnelle d'un témoin serait nécessaire, le gouvernement du pays dont il dépend l'engagerait à obtempérer à l'invitation; si le témoin requis consent à partir, dans aucun cas il ne pourra être arrêté ni molesté pour un fait antérieur à la demande de comparution pendant son séjour forcé dans le lieu où le juge qui doit l'entendre exerce ses fonctions ni pendant le voyage (art. 14 de la convention du 22 juillet 1868, applicable jusqu'à l'entrée en vigueur pour la Suisse et l'Italie de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, RS 12, p. 160, cf. FF 1868 III, p. 444-445 et 869-870). Dans le traité franco-suisse du 9 juillet 1869, le principe de la convention italo-suisse a été repris (art. 14), mais dans une formulation un peu différente, soit dans celle qui avait été prévue dans le traité franco-belge conclu peu auparavant, le 29 avril 1869 (cf. BILLOT, op. cit., p. 491), et c'est cette même formulation qui a été reprise textuellement en 1883 dans le traité hispano-suisse. Si dans la convention conclue avec l'Italie on a visé "ces témoins", c'est-à-dire ceux que leur gouvernement a invités à obtempérer à l'invitation qui leur a été faite, les

traités franco-belge, franco-suisse, belgo-suisse du 24 novembre 1869 (FF 1869 III 510), germano-suisse du 24 janvier 1874 (RS 12, p. 62), hispano-suisse, ainsi que le traité conclu avec l'Autriche-Hongrie le 10 mars 1896 (RS 12, p. 79) ne s'expriment pas de la même façon, ne faisant pas allusion à "ces témoins" mais employant une formule très générale. On a tenu à préciser dans tous ces traités que le témoin ne pourrait être poursuivi ni détenu "sous prétexte de complicité dans les faits, objets du procès où il figure comme témoin". La doctrine, se fondant sur ces traités, a souvent relevé qu'il s'agissait là d'un principe général, applicable dans les rapports d'entraide judiciaire entre Etats, mais l'opinion dominante admet que l'observation de ce principe n'est obligatoire qu'en vertu d'une clause conventionnelle spéciale (cf. BILLOT, op. cit., p. 403; FIORE, Traité de droit pénal international et de l'extradition, Paris 1880, II, p. 773-775; BERNARD, Traité théorique et pratique de l'extradition, Paris 1883, II, p. 649; LAMMASCH, op. cit., p. 865; VON MARTITZ, op. cit., I, p. 262 et II, p. 725; TÖNDURY, Die Auslieferungsverträge der Schweiz und die Bundespraxis in Auslieferungssachen, thèse Zurich 1890, p. 132; SAINT-AUBIN, L'extradition et le droit extraditionnel, Paris 1913, II, p. 946; TRAVERS, Le droit pénal international, Paris 1921, IV, p. 238 ss.; SCHULTZ, Le droit extraditionnel suisse, p. 103 n. 116). Selon LANGHARD cependant, le principe est applicable même sans clause spéciale (Das Schweizerische Auslieferungsrecht, Berne 1910, p. 124). Enfin, le principe figurant dans les différents traités rappelés ci-dessus a été inscrit sous une forme similaire dans la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959, applicable dans les rapports entre la Suisse et les autres Etats liés par cette convention et dont ne fait pas partie l'Espagne. L'art. 12 par. 1 de cette convention est ainsi conçu: "Aucun témoin ou expert, de quelque nationalité qu'il soit, qui, à la suite d'une citation, comparaîtra devant les autorités judiciaires de la Partie requérante, ne pourra être ni poursuivi, ni détenu, ni soumis à aucune autre restriction dans sa liberté individuelle sur le territoire de cette Partie pour des faits ou condamnations antérieurs à son départ du territoire dans la Partie requise." (RO 1967 p. 875.) La même convention prévoit des dispositions analogues à celles que

contiennent les traités bilatéraux, et notamment le traité hispano-suisse, en ce qui concerne la remise des actes de procédure

BGE 104 Ia 448 S. 455

(art. 7) et l'invitation que doit adresser la partie requise au témoin assigné à comparaître à l'étranger (art. 10).

7. Dans le cas présent, c'est à la lumière de la convention de 1883 qu'il y a lieu d'examiner s'il était interdit aux autorités genevoises de procéder à la poursuite et à l'arrestation du recourant après que celui-ci eût comparu en qualité de témoin devant la Cour d'assises. a) Il convient de remarquer tout d'abord que, contrairement à ce que pense le procureur général, il n'apparaît pas qu'il y ait lieu d'accorder une importance décisive au fait que, d'après le texte publié au Recueil officiel, dans le traité franco-suisse de 1869, sur le modèle duquel le traité hispano-suisse a été rédigé (FF 1883 IV 550), la dernière phrase de l'art. 14, concernant le sauf-conduit du témoin, ne constitue pas un paragraphe spécial et séparé du reste de la disposition, concernant notamment l'intervention du gouvernement du pays auquel appartient le témoin. Le texte de la convention hispano-suisse doit d'ailleurs être interprété pour lui-même. b) Sans examiner pour l'instant le lien qui peut exister entre le paragraphe 2 de l'art. XV de la convention et le paragraphe 1er de cette disposition - question sur laquelle il sera revenu plus tard - il faut constater que le paragraphe 2 contient deux exigences. Il faut que le témoin: 1o soit cité dans l'autre pays,
2o comparaisse volontairement devant les juges de l'autre pays. Pour connaître la portée qu'il échet de donner à cette disposition, il convient de rechercher l'interprétation du terme "cité". Le sauf-conduit est-il réservé aux témoins qui ont été cités selon les formes prévues par la convention, c'est-à-dire selon l'art. XIV de celle-ci? Selon cette dernière disposition, lorsque la notification d'un acte de procédure paraît nécessaire, la pièce transmise par voie diplomatique ou directement au magistrat compétent du lieu de la résidence sera signifiée "à personne" par les soins du fonctionnaire compétent. Cette procédure n'a pas été suivie en l'espèce. Le recourant a été porté sur la liste de témoins du 25 novembre 1977 déposée par l'accusé Y. afin que ces témoins soient cités par le procureur général conformément à l'art. 298 aCPP gen. Cette disposition prévoit que les témoins à décharge dont les noms ont été fournis en temps utile par l'accusé doivent être cités, à la

BGE 104 Ia 448 S. 456

requête de ce dernier, par le procureur général. Il appartient à celui-ci de citer l'ensemble des témoins, soit ceux dont l'audition est requise par l'accusé comme ceux qu'il entend faire citer à sa propre requête ou à celle de la partie civile (art. 270 al. 1 CPP). L'accusé peut d'autre part, s'il le désire, faire assigner lui-même, à ses frais, d'autres témoins, à condition d'en avoir notifié 24 h. au moins avant leur examen l'identité au procureur général (art. 270 al. 2 et 4 CPP). La citation du recourant a été effectuée par pli postal, sous la signature d'un huissier du procureur général qui, à la requête de ce dernier, a assigné le recourant à comparaître en personne devant la Cour d'assises, "lui déclarant que faute par lui d'y satisfaire, il sera puni conformément aux peines prévues par le code de procédure pénale". Comme cela a déjà été relevé, la mention des dispositions pénales reproduites à la fin de l'assignation a cependant été biffée. L'ancien code genevois ne fournit pas de précisions quant à la forme de la citation des témoins devant comparaître par-devant la Cour d'assises. On peut cependant admettre qu'il y a lieu d'appliquer par analogie les règles relatives à la citation des témoins devant le juge d'instruction, soit l'art. 118 CPP, aux termes duquel le juge fait citer devant lui les personnes désignées par le Procureur général, par l'inculpé, ou par la dénonciation ou la plainte, ou de toute autre manière "par un huissier

ou par un agent de la force publique. Il peut aussi les convoquer par simple lettre." Au demeurant, la formule officielle imprimée qui a été notifiée au recourant prévoit que la notification a été faite sous pli postal. (On peut ajouter que dans le nouveau Code de procédure pénale du 29 septembre 1977, qui remplace avec effet dès le 3 avril 1978 le Code de 1940 applicable à la présente cause, il a été expressément prévu, à l'art. 256, que les témoins sont cités devant la Cour d'assises "par huissier, par un agent de la force publique ou par voie postale".) c) On peut laisser ouverte la question de savoir si, en fixant dans son art. XIV le mode de procéder pour la notification d'un acte de procédure d'Espagne en Suisse et vice versa, la convention a entendu régler les modalités de transmission d'une façon impérative ou si cette disposition n'a pour but essentiel que d'obliger l'Etat requis à procéder, dans les conditions prévues, à la notification à la demande de l'Etat requérant. Selon certains auteurs, les modalités de transmission sont fixées d'une

manière impérative et l'Etat requérant ne pourrait s'y soustraire (dans ce sens, en ce qui concerne le traité franco-suisse de 1869, dont l'art. 13 est reproduit littéralement dans l'art. XIV de la convention hispano-suisse, TRAVERS, op. cit., IV, p. 274, qui déclare que tous autres modes de transmission sont interdits). Dans une circulaire adressée le 17 mai 1960 aux départements cantonaux de justice et police, le Département fédéral de justice et police a attiré l'attention des autorités cantonales sur le fait que l'expédition à l'étranger d'un acte de procédure par voie postale constitue l'exécution d'un acte officiel sur le territoire d'un Etat étranger, ce qui est inadmissible du point de vue du droit international; il a relevé cependant que ne tombe pas sous le coup d'une telle interdiction la notification par la poste d'actes de procédure en matière civile émanant de tribunaux italiens, du fait que d'après la loi italienne de procédure civile la notification est parfaite par le dépôt de l'acte à la poste, de sorte que la transmission de cet acte par voie postale et sa délivrance au destinataire n'emportent pas d'effets juridiques (cf. Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide 1960, p. 134 ss.). De son côté, le Tribunal fédéral a statué que la notification d'un jugement constitue un acte officiel de l'autorité et que le fait d'y procéder dans un Etat étranger, serait-ce par le moyen d'une lettre recommandée, n'est pas compatible avec le principe de la souveraineté territoriale dudit Etat (ATF ATF 90 IV 53). Mais le Tribunal fédéral a relevé aussi, dans plusieurs arrêts, que les conventions de La Haye sur la procédure civile de 1905 et de 1954, qui ont fixé les modalités de signification des actes judiciaires à l'étranger, ne s'expriment pas sur le point de savoir quelles sont les formes auxquelles doivent se conformer les notifications d'actes judiciaires en matière civile pour déployer des effets juridiques, ce problème étant réglé par la loi de procédure de l'Etat intéressé (ATF 102 Ia 312 /3). Dans son message relatif à l'approbation de la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, dont l'art. 7 prévoit les modalités de transmission d'actes de procédure, le Conseil fédéral s'est exprimé comme suit: "L'article 7 règle la remise d'actes de procédure et de décisions judiciaires en matière pénale, en s'inspirant du régime adopté dans la convention internationale de La Haye relative à la procédure civile... La convention ne se prononce pas sur la validité de la remise d'un document. Elle n'oblige pas les parties contractantes à faire procéder à cette

remise exclusivement par la voie convenue d'une requête aux autorités de l'Etat de domicile du destinataire..." (FF 1966 I 491.) La doctrine n'est cependant pas unanime à ce sujet (cf. HAUSER, Das Europäische Abkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen, RPS 83/1967, p. 238). A supposer qu'en l'espèce l'on doive admettre que la convention hispano-suisse a entendu fixer les modalités de transmission d'une manière impérative, le Gouvernement espagnol, ou, le cas échéant, l'intéressé lui-même auraient peut-être pu se plaindre de

l'inobservation des formalités prévues. Mais tel n'est pas le cas. Le Gouvernement espagnol n'est pas intervenu; le recourant, qui désirait lui-même comparaître, ne s'est pas plaint non plus. Si les autorités genevoises ont commis une informalité en ne respectant pas les règles prévues par la convention, elles ne peuvent elles-mêmes en tirer argument. Au surplus, en l'espèce, la notification ne pouvait entraîner pour l'intéressé l'obligation de comparaître. L'omission des formalités prive seulement l'Etat d'où la notification est issue de la faculté de demander à l'Etat de résidence du témoin d'intervenir auprès de ce dernier pour l'inviter à se rendre à la citation et de lui avancer le cas échéant les frais de voyage, selon l'art. XV, al. 1 de la convention. Mais la comparution du témoin dans le pays où se déroule le procès présuppose son "consentement". Dès lors, la citation, effectuée conformément aux règles du droit cantonal, était pleinement valable, si même elle n'entraînait pas d'obligation pour la personne citée. d) Le procureur général fait cependant valoir que le recourant n'a pas été cité à sa requête et que la convocation adressée à ce dernier ne constituait pas, pour cette raison, une citation au sens de l'art. XV al. 2 de la convention. Il se fonde sur le fait que l'acte de citation porte une mention dactylographiée dont il résulte que le témoin a été cité à la requête de l'accusé Y. Il en déduit qu'en prenant connaissance de cette lettre de comparution, le recourant a su que son audition en qualité de témoin était requise par l'accusé "et non par le Gouvernement helvétique, à la requête des autorités judiciaires genevoises, lesquelles ont toujours considéré que l'audition de l'avocat X. n'était nullement nécessaire". Il est bien exact que la citation adressée au recourant porte la mention à laquelle le procureur général se réfère, à savoir qu'il était l'un des témoins cités par le procureur général à la requête

de l'accusé. Cette mention a pour objet essentiel de constater qu'il s'agissait de l'un des témoins devant être entendus parmi ceux cités par la défense selon l'art. 294 CPP ("les témoins déposent séparément, dans l'ordre établi par le procureur général, par la partie civile et par l'accusé"). Mais pour le surplus un témoin cité à la demande de l'accusé, soit un "témoin à décharge" selon l'art. 298 CPP, se trouve dans la même situation juridique que les autres témoins cités par le procureur général. Il est tenu de se présenter lorsqu'il demeure en Suisse. Si en l'espèce les dispositions pénales applicables aux témoins ont été biffées sur la convocation, cela est dû au fait que ces dispositions ne peuvent frapper les témoins demeurant à l'étranger. L'intimé ne soutient pas que la convocation adressée au recourant aurait revêtu une teneur différente de celle qui a pu être adressée à d'autres témoins cités par le procureur général et se trouvant également domiciliés à l'étranger. Effectivement, le recourant a été entendu devant la Cour d'assises dans les mêmes conditions qu'un autre témoin. Il résulte même du procès-verbal des débats qu'il a été spécialement "averti par M. le Président des peines qu'encourt le faux témoin (art. 307 CP)"; comme les autres témoins, il a été assermenté en conformité de l'art. 294 CPP. On ne saurait donc considérer que le recourant n'était pas un témoin cité à comparaître devant la Cour d'assises en cette qualité.

8. Mais la question principale qu'il y a lieu d'élucider est celle de savoir si la disposition de l'art. XV, 2e alinéa, de la convention hispano-suisse, prévoyant l'immunité du témoin résidant dans un des deux pays et cité dans l'autre pays s'applique à tout témoin régulièrement cité conformément à la loi du pays qui a émis la citation, ou seulement aux témoins qui, ayant été cités selon la procédure spéciale prévue à l'art. XIV, ont fait l'objet de la démarche prévue à l'art. XV, 1er alinéa, c'est-à-dire aux témoins qui ont été invités par le gouvernement du pays de résidence à déférer à la citation. a) On a vu que si le traité italo-suisse de 1868 se référait, au 2e alinéa de l'art. 14, à "ces témoins", soit à ceux qui sont visés par le 1er alinéa du même article, c'est-à-dire à ceux qui ont été invités par le gouvernement dont ils dépendent à obtempérer à l'invitation, ces termes ont été modifiés dans les traités ultérieurs, et notamment dans la convention hispano-suisse, actuellement en cause et où on a, au contraire, utilisé des

termes extrêmement généraux, sans faire référence, expressément en tout cas, aux dispositions qui précèdent: "Aucun témoin, quelle que soit sa nationalité, qui, cité dans l'un des deux pays, comparaîtra volontairement devant les juges de l'autre..." On ne saurait même employer une formulation plus générale que celle-là. Il semble donc, à la lecture de ce texte, que les rédacteurs de la convention aient voulu accorder l'immunité à toute personne qui, ayant été citée à titre de témoin, comparaît volontairement. b) Il convient cependant d'examiner cette disposition à la lumière de son origine historique. Ainsi que cela a été rappelé plus haut, le principe de l'immunité a été prévu tout d'abord à une époque où la comparution d'un témoin dans un autre pays pouvait être rendue obligatoire; il convenait dès lors d'éviter que, par ce biais, ne fût effectuée une extradition déguisée. Par la suite, l'obligation de comparaître a été supprimée et a été remplacée par l'obligation pour le gouvernement requis d'intervenir auprès du témoin pour l'engager à comparaître. On a considéré, tout naturellement, que cette intervention ne pouvait être réclamée que si la garantie de l'immunité était maintenue. C'est pourquoi il a été prévu, dans le traité italo-suisse de 1868, que les témoins auprès desquels le gouvernement est intervenu ("ces témoins") bénéficieraient de la même immunité. Cette restriction expresse quant au cercle des témoins visés a été abandonnée dans le texte des traités ultérieurs, depuis les traités franco-belge et franco-suisse de 1869, notamment dans le texte de la convention hispano-suisse présentement en cause, ainsi d'ailleurs que dans celui de la convention européenne de 1959, qui a repris la même formule: "aucun témoin ou expert, de quelque nationalité qu'il soit, qui, à la suite d'une citation, comparaîtra devant les autorités judiciaires de la Partie requérante..." (Art. 12). Il est évident que le fait de se rendre pour répondre à une citation dans un autre pays, sans y avoir été invité par le gouvernement du pays de résidence, n'enlève pas toute justification à l'exigence du sauf-conduit. En répondant à une citation qu'il a reçue en qualité de témoin et en se rendant à cet effet dans un autre pays, l'individu en question, s'il ne bénéficiait pas d'un sauf-conduit, serait privé du bénéfice des garanties résultant des traités d'extradition, et il apparaît logique de considérer qu'en déférant à cette citation, il doit être mis à l'abri d'une arrestation et de poursuites, comme le Tribunal

fédéral l'avait déjà décidé, dans les rapports intercantonaux, dans son arrêt cité plus haut (ATF 3, p. 245). Tel est d'ailleurs l'avis que le Conseil fédéral a exprimé dans son message quant à l'interprétation sur ce point de la convention européenne. ("D'après la convention, les intéressés jouissent de cette immunité quelle que soit la voie utilisée pour transmettre la citation", FF 1966 I 493.) Mais ce point, de nouveau, n'est pas admis par tous les auteurs; LOMBOIS, qui se réfère aussi bien à la convention européenne qu'aux traités bilatéraux (ainsi qu'à la loi française de 1927 sur l'extradition, qui prévoit, à son art. 33, que le Gouvernement français, saisi de la citation par voie diplomatique, engage le témoin à se rendre à l'étranger, mais la citation n'étant reçue ou signifiée qu'à la condition que le témoin ne puisse être poursuivi ou détenu pour des faits ou condamnations antérieurs), considère que l'immunité est accordée au témoin dès lors que la convocation "a été transmise par la voie de l'entraide entre Etats. Monnaie d'échange de la coopération, cette immunité profite aux individus" (Droit pénal international, Paris 1971, p. 555). c) On peut certes hésiter sur le sens exact qu'il convient de donner à l'art. XV al. 2 de la convention hispano-suisse. Mais, en tenant compte des termes de cette disposition, ainsi que de la comparaison de ce texte avec les textes antérieurs, il apparaît qu'il faut bien considérer que l'immunité qui en découle s'applique à tout témoin qui, ayant été régulièrement cité, a comparu volontairement dans l'autre pays, sans qu'il y ait lieu de se référer au mode de citation prévu à l'art. XIV ni à l'intervention du gouvernement du pays de résidence prévue à l'art. XV al. 1

d) Telle est d'ailleurs la solution qui a été admise d'une façon très générale dans le projet de loi sur l'entraide internationale en matière pénale, présenté à l'Assemblée fédérale par message du 8 mars 1976 (FF 1976 II, p. 497). La Commission d'experts qui a élaboré l'avant-projet de loi s'est exprimée comme suit à ce sujet: "Depuis

longtemps, on a régulièrement prévu, dans les traités sur la matière, les sauf-conduits délivrés aux témoins et aux experts qui, venant de l'étranger, comparaissent devant les autorités de l'Etat requérant, dans une affaire pénale, en vertu d'une citation notifiée dans leur Etat de provenance. L'expérience montre que, lorsqu'un sauf-conduit n'est pas délivré, on donne rarement suite à une telle citation. On ne comprendrait

pas que cette protection ne soit accordée qu'en vertu d'un traité. La clause traditionnelle des traités n'apparaît du reste pas tout à fait suffisante. Elle ne concerne en principe que les témoins et les experts, et seulement lorsqu'ils sont en liberté. Or, des détenus peuvent aussi être des témoins..." (Rapport de la Commission d'experts, p. 61/62.) L'art. 63 du texte proposé par la Commission d'experts a été inséré par le Conseil fédéral dans l'art. 70 du projet de loi, intitulé "sauf-conduit en Suisse" et dont l'al. 1 est ainsi conçu: "Toute personne résidant habituellement à l'étranger et qui en vient pour donner suite à une citation dans une cause pénale, ne peut être l'objet de poursuite ou de restriction à sa liberté individuelle pour des actes antérieurs à son entrée en Suisse." Il s'agirait donc d'un sauf-conduit dont devrait bénéficier toute personne résidant habituellement à l'étranger et qui a été citée à comparaître à titre de témoin, d'expert ou d'inculpé et est venue à cet effet en Suisse - sauf naturellement, en ce qui concerne les inculpés, à raison des infractions mentionnées dans la citation (al. 2). Bien que la loi sur l'entraide internationale n'ait pas encore été adoptée, il semble bien qu'il faille, sur la question actuellement en cause, interpréter les traités conclus par la Suisse à la lumière du principe qui est énoncé dans le projet, à savoir l'immunité du témoin résidant à l'étranger qui s'est rendu en Suisse pour y répondre à une citation, lorsque cette citation répond aux conditions de forme prévues par le droit interne.

9. Il convient dès lors d'appliquer cette interprétation à l'espèce particulière actuellement soumise à l'examen du Tribunal fédéral. A cet effet, il faut remarquer que si, à l'audience de la Cour d'assises du 15 décembre 1977, le représentant du Ministère public a déclaré qu'il accusait le recourant d'être un faux témoin, ce n'est pas sous l'inculpation de faux témoignage que le recourant a été poursuivi et détenu - inculpation qui n'eût pas été incompatible avec les obligations assumées par la Suisse aux termes de la convention - mais bien sous celle de complicité d'escroquerie, c'est-à-dire, pour reprendre les termes de la convention, de complicité dans les faits, objets du procès où il a figuré comme témoin. Certes, l'attitude du recourant, qui, après avoir sollicité et obtenu, sans connaître la langue française, l'autorisation de plaider devant la Cour d'assises et ayant ainsi pu prendre contact avec son client Y. à la prison, a ensuite troqué la qualité de défenseur contre celle de témoin, pouvait paraître suspecte. Il n'en demeure pas moins que le Parquet ayant accepté de citer

le recourant en qualité de témoin et celui-ci, venu sur citation, ayant au surplus été entendu comme tel, le Ministère public devait dès lors respecter l'immunité accordée aux témoins par la convention. S'il estimait que le recourant était complice de l'accusé, il lui appartenait alors d'agir conformément à l'art. IX de la convention, c'est-à-dire d'inviter l'Etat espagnol à poursuivre les crimes ou délits dont le recourant pouvait être prévenu. Le fait que, d'après la loi genevoise, le procureur général paraît tenu de citer tous les témoins indiqués par l'accusé ne saurait modifier la situation juridique; les autorités genevoises ne peuvent en effet éluder l'application de la convention en raison des dispositions de la législation cantonale qui accordent des droits étendus à l'accusé en ce qui concerne l'audition des témoins et qui ne paraissent pas permettre au Président de la Cour ou au procureur général de renoncer, sans l'accord de l'accusé, à un témoin cité à la requête de ce dernier. Le risque ainsi pris par le législateur cantonal doit être pleinement assumé par le canton.

10. Il découle des considérations qui précèdent qu'en ordonnant l'arrestation et l'inculpation du recourant, les autorités genevoises ont violé l'art. XV de la convention hispano-suisse, de sorte que l'ordonnance de la Chambre d'accusation décernant mandat de dépôt doit être annulée. L'annulation de cette ordonnance entraîne par voie de conséquence celle de l'ordonnance du même jour ordonnant la mise en liberté provisoire du recourant moyennant le dépôt de la somme de 150 000 fr. à titre de caution. Le recourant ne pouvait, à l'occasion de sa venue à Genève comme témoin, être ni poursuivi ni détenu pour les faits à raison desquels il a été inculpé, de sorte que la Chambre d'accusation aurait dû le libérer purement et simplement.

11. Les recours étant admis sur cette base, il n'y a pas lieu d'examiner s'ils doivent l'être aussi, comme le recourant le requiert, sur la base de la violation du principe de la liberté personnelle, ainsi que des art. 3 et 12 Cst. gen. qui garantissent cette liberté. Au surplus, ces griefs - tout comme celui de violation de l'art. 4 Cst. - sont motivés uniquement par la violation de la convention hispano-suisse, de sorte qu'ils font double emploi avec le grief principal, qui a été amplement examiné.