

BGE 148 IV 82

Bundesgericht (BGE), 2021-10-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_148_IV_82

FR: ATF 148 IV 82

IT: DTF 148 IV 82

Regeste

Regeste Art. 298a ff. StPO; Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG; Zulässigkeit der Beschwerde in Strafsachen gegen einen Entscheid über die Verwertbarkeit von Beweisen, die im Rahmen einer angeblich rechtswidrigen verdeckten Fahndung erhoben wurden. Gesetzliche Regelung und Definition der verdeckten Fahndung, der Observation und der verdeckten Ermittlung gemäss StPO (E. 5.1). Mangels einer *lex specialis* zur Behandlung von Beweismitteln, die im Rahmen einer rechtswidrigen verdeckten Fahndung bzw. rechtswidrigen Observation erhoben wurden, sind diesbezüglich die allgemeinen Bestimmungen zur Erhebung und Verwertbarkeit von Beweisen anwendbar (E. 5.3). Da die in diesem Zusammenhang erhobenen Beweise laut angefochtenem Entscheid weder zurückgegeben noch sofort vernichtet werden sollen, droht kein nicht wieder gutzumachender Nachteil (E. 5.4).

Regeste Art. 298a ss CPP; art. 93 al. 1 let. a LTF; recevabilité d'un recours en matière pénale contre une décision relative à l'exploitabilité des moyens de preuves recueillis dans le cadre de recherches secrètes prétendument illicites. Bases légales et définitions des recherches secrètes, de l'observation et de l'investigation secrète au sens du CPP (consid. 5.1). Faute de disposition légale spécifique quant au sort réservé aux preuves obtenues au cours de recherches secrètes illicites ou d'observation illicite, les dispositions générales sur l'administration et l'exploitation des moyens de preuves s'appliquent dans les deux cas (consid. 5.3). Dès lors que les preuves recueillies dans ce cadre n'ont pas à être restituées, respectivement détruites immédiatement, la décision litigieuse ne crée pas de préjudice irréparable (consid. 5.4).

Regesto Art. 298a segg. CPP; art. 93 cpv. 1 lett. a LTF; ammissibilità di un ricorso in materia penale contro una decisione relativa all'utilizzabilità dei mezzi di prova raccolti nel quadro di indagini in incognito asseritamente illecite. Basi legali e definizioni di indagini in incognito, dell'osservazione e dell'inchiesta mascherata ai sensi del CPP (consid. 5.1). In assenza di disposizioni legali specifiche riguardo alla sorte riservata alle prove ottenute nell'ambito di indagini in incognito illecite o d'osservazione illecita, le disposizioni generali sull'assunzione e l'utilizzabilità dei mezzi di prova si applicano nei due casi (consid. 5.3). Nella misura in cui le prove raccolte in questo ambito non devono essere restituite, rispettivamente distrutte immediatamente, la decisione litigiosa non implica un pregiudizio irreparabile (consid. 5.4).

Erwägungen

E. 5

La question de l'existence d'un préjudice irréparable au sens de l' art. 93 LTF se pose également au regard du droit fédéral. Pour cet examen, il convient de définir quel est le sort

réservé aux preuves obtenues dans le cadre de recherches secrètes illicites (cf. art. 298a ss CPP). Or, à l'instar du droit cantonal, le CPP ne contient aucune disposition spécifique à cet égard.

E. 5.1

Dans son rapport relatif à la réglementation sur les recherches secrètes, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a comparé cette réglementation aux normes applicables à deux autres mesures de surveillance secrètes: l'observation (cf. art. 282 s. CPP) et l'investigation secrète (cf. art. 285a ss CPP ; Initiative parlementaire du 3 février 2012, FF 2012 5167 ss).

E. 5.1.1

Les recherches secrètes consistent, pour les membres d'un corps de police, à tenter d'élucider des crimes ou des délits dans le cadre d'interventions de courte durée où leur identité et leur fonction ne sont pas reconnaissables, notamment en concluant des transactions fictives ou en donnant l'illusion de vouloir conclure de telles transactions (cf. art. 298a al. 1 CPP ; ATF 143 IV 27 consid. 4.1.2); elles sont ordonnées par la police et doivent recueillir l'autorisation du ministère public uniquement si elles se prolongent au-delà d'un mois BGE 148 IV 82 S. 85 (art. 298b al. 2 CPP ; FF 2012 5167, ATF 143 IV 5172 ch. 2.2.2 et 5175 ch. 3.2). Elles ont pour but de permettre aux membres d'un corps de police de procéder à de simples mesures d'investigations, consistant à entrer "en contact avec des personnes cibles sans révéler leur identité ni leur fonction véritables" (FF 2012 5167, 5169 ss).

E. 5.1.2

L'observation vise la surveillance systématique d'événements et de personnes sur la voie publique pendant un certain temps et l'enregistrement des résultats en vue de leur utilisation dans le cadre de la poursuite pénale (cf. art. 282 s. CPP; Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1057, 1235 ch. 2.5.8.3). Dans le cadre de cette activité, les policiers n'ont aucun contact direct avec les personnes qui font l'objet de la surveillance et ils n'agissent que dans l'espace public (GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, in Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse [ci-après: Commentaire romand], 2 e éd. 2019, n° 1 ad art. 282 CPP): il s'agit de l'élément principal distinguant cette mesure des recherches et investigations secrètes (HANSJAKOB/PAJAROLA, in Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung[StPO], 3 e éd. 2020, n° 7 ad art. 282 CPP ; JEANNERET/GAUTIER, Commentaire romand, op. cit., n° 6a ad Intro. art. 285a-298d CPP).

E. 5.1.3

Selon l' art. 285a CPP , il y a investigation secrète lorsque des membres d'un corps de police ou des personnes engagées à titre provisoire pour accomplir des tâches de police nouent de manière trompeuse, sous le couvert d'une fausse identité attestée par un titre (identité d'emprunt), des contacts avec des individus dans l'intention d'instaurer avec eux une relation de confiance et d'infiltrer un milieu criminel afin d'élucider des infractions particulièrement graves. Cette mesure, contrairement aux recherches secrètes, requiert une forme qualifiée de tromperie via l'usage de titres; elle s'étend habituellement sur une plus longue durée, généralement sur plusieurs mois; elle a pour but de permettre l'infiltration du milieu criminel et l'instauration d'une véritable relation de confiance avec la personne visée; enfin, elle doit être autorisée par le Tmc (cf. art. 285a ss CPP ; ATF 143 IV 27 consid. 2.4 et les

références citées; FF 2012 5167, ATF 143 IV 5172 ch. 2.2.2).

E. 5.2

La loi précise expressément ce qu'il advient des preuves recueillies dans le cadre d'une investigation secrète illicite: selon l' art. 289 al. 6 CPP , tous les documents et enregistrements établis pendant l'investigation doivent être immédiatement détruits et les informations BGE 148 IV 82 S. 86 recueillies dans le cadre de l'investigation secrète ne peuvent être exploitées. Toutefois, elle ne contient aucune disposition spécifique sur le sort réservé aux preuves obtenues dans le cadre d'une observation illicite: en l'absence d'une telle norme, jurisprudence et doctrine considèrent que, dans un tel cas, les dispositions générales sur l'exploitation des moyens de preuves obtenus illégalement sont applicables (cf. art. 141 CPP ; arrêts 1B_273/2019 du 3 décembre 2019 consid. 1.2.2; 1B_450/2017 du 29 mars 2018 consid. 1.2.3; HANSJAKOB/PAJAROLA, op. cit., n° 33 ad art. 282 CPP ; GUÉNIAT/CALLANDRET/DE SEPIBUS, op. cit., n° 9 ad art. 283 CPP ; JEANNERET/KUHN, Précis de procédure pénale, 2 e éd. 2018, n. 14119).

E. 5.3.1

La doctrine est en revanche divisée quant au sort à donner aux preuves obtenues dans le cadre de recherches secrètes illicites. Selon SABINE GLESS, l'absence de reconnaissance de la fonction et de l'identité de l'agent aussi bien lors de recherches secrètes que lors d'une investigation secrète plaide en faveur d'une application par analogie de l' art. 289 al. 6 CPP pour combler cette lacune de la loi (SABINE GLESS, in Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung [ci-après: Basler Kommentar], 2 e éd. 2014, n os 54 et 61 ad art. 140 CPP). Au contraire, YVAN JEANNERET et ANDRÉ KUHN proposent d'appliquer la solution retenue en matière d'observations: ils soutiennent ainsi que les moyens de preuves obtenus en violation d'une règle de validité des recherches secrètes constituent des preuves relativement exploitables au sens de l' art. 141 al. 2 CPP (JEANNERET/KUHN, op. cit., n. 14150). JÉRÔME BÉNÉDICT partage la solution proposée par ces auteurs; toutefois, il admet que celle-ci pourrait, suivant les circonstances, ne pas respecter les exigences du "fair trial" (BÉNÉDICT, Commentaire romand, op. cit., n° 24b ad art. 140 CPP). NIKLAUS SCHMID et DANIEL JOSITSCH semblent également se rallier à cette proposition: ils précisent que, dans un tel cas, faute de règle spécifique, les dispositions générales sont applicables (SCHMID/JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3 e éd. 2017, n. 1204n). Il en va de même de THOMAS HANSJAKOB et de UMBERTO PAJAROLA: ces auteurs précisent en effet que sont inexploitables les preuves obtenues lors de recherches secrètes qui auraient dû être interrompues conformément à l' art. 298d al. 1 let. a ou b CPP et que, si celles-ci auraient dû être interrompues selon l' art. 298d al. 1 let. c CPP, BGE 148 IV 82 S. 87 ces preuves sont inexploitables seulement en cas de violations graves (HANSJAKOB/PAJAROLA, op. cit., n° 6 ad art. 298d CPP); ce faisant, ils semblent exclure toute restitution ou destruction immédiate des preuves obtenues en violation (simple) d'une règle de validité des recherches secrètes et plaider en faveur d'une appréciation de l'exploitabilité de celles-ci par le juge de fond.

E. 5.3.2

L'introduction de la réglementation sur les recherches secrètes visait deux objectifs connexes: "d'une part [...] définir clairement dans le CPP les mesures d'investigation qualifiées d'investigation secrète" (uniquement les mesures qui portent atteinte de manière

non négligeable à la situation juridique de la personne visée) et, d'autre part, créer une base légale fondant les mesures d'investigation moins intrusives que des membres de la police non reconnaissables comme tels mènent pour entrer directement en contact avec des personnes cibles" (FF 2012 5167, 5171 ch. 2.1). Le but recherché par le législateur était donc de créer deux mesures de surveillances secrètes distinctes par l'atteinte aux droits fondamentaux qu'elles engendrent afin de ne pas les soumettre aux mêmes règles, mais permettant toutes deux à l'agent engagé d'entrer en contact avec la personne visée par la mesure (cf. FF 2012 5167, 5169 ch. 2.1; JEANNERET/GAUTIER/RYSER, op. cit.). C'est pourquoi, selon certains auteurs, le législateur a défini les recherches secrètes presque par opposition aux investigations secrètes (JEANNERET/GAUTIER, Commentaire romand, op. cit., n° 15 ad art. 298a CPP). Les règles relatives aux recherches secrètes se rapprochent bien plus de celles de l'observation (FF 2012 5167, 5172 ch. 2.2.2). En effet, les conditions permettant d'ordonner ces deux mesures sont similaires; l'art. 298b CPP correspond en grande partie à l'art. 282 CPP, à la différence près qu'il faut des "soupçons" pour fonder des recherches secrètes alors qu'il ne faut que des "indices concrets" pour une observation (cf. art. 282 al. 1 lit. a et 298b al. 1 lit. a CPP; FF 2012 5167, 5175 ch. 3.2). Le législateur en a décidé ainsi, car, selon lui, les recherches secrètes sont plus intrusives que l'observation étant donné que les agents affectés aux recherches secrètes ne se contentent pas d'observer la personne visée mais l'induisent en erreur en communiquant avec elle (FF 2012 5167, 5175 ch. 3.2). Malgré cela, le législateur a apparemment jugé l'atteinte créée par ces mesures suffisamment semblable pour ne soumettre ni l'une ni l'autre à l'autorisation d'un juge et laisser à la police la compétence de les ordonner (art. 282 al. 1 et 298b al. 1 CPP); dans les deux cas, BGE 148 IV 82 S. 88 l'autorisation du ministère public doit être requise uniquement si la mesure se prolonge au-delà d'un mois (art. 282 al. 2 et 298b al. 2 CPP).

E. 5.3.3

Il s'ensuit qu'au vu du but poursuivi par le législateur lors de l'introduction de la réglementation sur les recherches secrètes, la seule ressemblance relevée par SABINE GLESS pour justifier une application de l'art. 289 al. 6 CPP aux moyens de preuves obtenus dans le cadre de recherches secrètes illicites n'est pas suffisante (GLESS, op. cit., n° 61 ad art. 140 CPP). Comme l'a relevé le législateur, l'intensité de la tromperie dans le cadre de recherches secrètes est moins élevée à cause de l'absence de titre; en outre, les droits de défense de l'accusé ne subissent, en principe, aucune limitation étant donné que le nom de l'agent affecté à celles-ci est révélé dans la procédure (cf. art. 288 al. 2 et 298a al. 2 CPP; FF 2012 5167, 5175 ch. 3.2; SANDRA MUGGLI, *Im Netz ins Netz - Pädokriminalität im Internet und der Einsatz von verdeckten Ermittlern und verdeckten Fahndern zu deren Bekämpfung*, 2014, p. 237 ss; JEANNERET/GAUTIER, Commentaire romand, op. cit., nos 26 ss ad art. 298d CPP; TANJA KNODEL, *Basler Kommentar*, op. cit., nos 11 s. ad art. 298a CPP; HANSJAKOB/PAJAROLA, op. cit., n° 9 ad art. 298a CPP). Enfin, l'atteinte à la situation juridique de la personne visée est bien inférieure en matière de recherches secrètes que d'investigation secrète, raison pour laquelle les recherches secrètes ne sont pas conditionnées à l'autorisation du juge et sont ordonnées par la police (FF 2012 5167, 5172 ch. 2.2.2; HANSJAKOB/PAJAROLA, op. cit., n° 16 ad art. 298a CPP). Or, si l'on appliquait l'art. 289 al. 6 CPP aux moyens de preuves obtenus lors de recherches secrètes illicites, la sanction serait identique dans les deux cas. En outre, cette dernière serait plus lourde pour des recherches secrètes illicites qu'en cas d'observations illicites, quand bien même l'atteinte aux droits fondamentaux engendrée par ces mesures est similaire (cf. supra consid. 5.3.2). Au contraire, la similitude de l'atteinte créée par les

recherches secrètes et l'observation, l'absence de nécessité d'une autorisation du juge et de disposition spécifique dans le CPP quant au sort réservé aux preuves obtenues en violation d'une règle de validité de l'une ou l'autre de ces mesures, plaident en faveur d'une solution identique dans les deux cas. C'est pourquoi, en accord avec la doctrine majoritaire, les dispositions générales sur l'administration et l'exploitation des moyens de preuves doivent s'appliquer autant en cas de recherches secrètes illicites qu'en cas d'observation illicite comme BGE 148 IV 82 S. 89 l'a déjà retenu la jurisprudence dans ce dernier domaine (arrêts 1B_273/2019 du 3 décembre 2019 consid. 1.2.2; 1B_450/2017 du 29 mars 2018 consid. 1.2.3).

E. 5.4

Comme les preuves recueillies ne doivent pas être restituées, respectivement détruites immédiatement, la décision litigieuse ne crée pas de préjudice irréparable. Pour le surplus, il convient de relever que l'argumentation du recourant selon laquelle le caractère illicite des moyens de preuves s'imposerait d'emblée dès lors que son maintien en détention se fonderait uniquement sur des preuves qui devraient être retirées du dossier en application de l'art. 141 al. 1 et 5 CPP, n'est pas à même de démontrer l'existence d'un préjudice irréparable. En effet, elle ne relève pas de la problématique de l'illicéité et de l'exploitation de moyens de preuves mais de celle de l'existence de soupçons suffisants au sens de l'art. 221 al. 1 CPP. Or, le recourant perd de vue que c'est au juge de la détention d'apprécier l'existence de ceux-ci. Par ailleurs, il ressort de ce qui précède que le caractère illicite des moyens de preuves litigieux ne s'imposait pas d'emblée.

E. 5.5

Par conséquent, faute de préjudice irréparable, le recours doit être déclaré irrecevable à cet égard.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.