

# **BGer 7B\_102/2024 vom 11. März 2024**

Bundesgericht, 2024-03-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_7B\\_102\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_7B_102_2024)

FR: TF 7B\_102/2024 du 11 mars 2024

IT: TF 7B\_102/2024 del 11 marzo 2024

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le recours en matière pénale ( art. 78 al. 1 LTF ) est ouvert contre une décision relative à la détention provisoire ou pour des motifs de sûreté au sens des art. 212 ss CPP ( ATF 137 IV 22 consid. 1). Selon l'art. 81 al. 1 let. a et b ch. 1 LTF, le recourant, prévenu détenu, a qualité pour recourir et la décision attaquée, en tant que prononcé incident rendu en dernière instance cantonale (cf. art. 80 LTF ), est susceptible de lui causer un préjudice irréparable au sens de l' art. 93 al. 1 let. a LTF (arrêts 7B\_979/2023 du 17 janvier 2024 consid. 1; 7B\_868/2023 du 1

er décembre 2023 consid. 1; 7B\_392/2023 du 15 septembre 2023 consid. 1.1 et les arrêts cités). Pour le surplus, les autres conditions de recevabilité étant réunies, il y a lieu d'entrer en matière.

### **E. 2.1**

Le recourant conteste l'existence de soupçons suffisants de la commission d'une infraction justifiant sa détention provisoire. Il soutient à cet égard qu'une telle constatation ne reposerait que sur l'audition de deux toxicomanes qui n'a été rendue possible que par une fouille et une perquisition illégales de son téléphone mobile et qui serait donc inexploitable.

### **E. 2.2**

Le recours peut être interjeté pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF . Dans la mesure où il applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ), le Tribunal fédéral n'est pas lié par les motifs que les parties invoquent devant lui, ni par la motivation retenue par la décision attaquée; en particulier, il peut admettre ou rejeter un recours en adoptant une autre argumentation juridique que celle de l'autorité précédente ( ATF 146 IV 88 consid. 1.3.2; 145 IV 228 consid. 2.1). Dans ce dernier cas, la nouvelle motivation juridique n'est cependant possible que si elle repose sur des faits constatés dans l'arrêt attaqué ou qui peuvent être ajoutés par un complément conforme à l' art. 105 al. 2 LTF ( ATF 142 I 155 consid. 4.4.3; 136 V 362 consid. 4.1). Il n'est pas nécessaire d'entendre préalablement les parties à ce sujet si elles devaient s'attendre à la motivation adoptée ( ATF 136 III 247 consid. 4; arrêt 1B\_481/2021 du 4 novembre 2021 consid. 2.1).

### **E. 2.3.1**

En vertu de l' art. 197 al. 1 CPP , les mesures de contrainte ne peuvent être prises que si, cumulativement, elles sont prévues par la loi (let. a), des soupçons suffisants laissent présumer une infraction (let. b), les buts poursuivis ne peuvent pas être atteints par des mesures moins sévères (let. c) et elles apparaissent justifiées au regard de la gravité de l'infraction (let. d).

### **E. 2.3.2**

Une mesure de détention provisoire ou pour des motifs de sûreté n'est compatible avec la liberté personnelle ( art. 10 al. 2 Cst. et 5 CEDH) que si elle repose sur une base légale (art. 31 al. 1 et 36 al. 1 Cst.), soit en l'espèce l' art. 221 CPP . Elle doit en outre correspondre à un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité ( art. 36 al. 2 et 3 Cst. ; art. 212 al. 3 et 237 al. 1 CPP). Pour que tel soit le cas, la privation de liberté doit être justifiée par un risque de fuite ou par un danger de collusion ou de réitération (cf. art. 221 al. 1 let. a, b et c CPP). Préalablement à ces conditions, il doit exister des charges suffisantes, soit de sérieux soupçons de culpabilité, à l'égard de l'intéressé ( art. 221 al. 1 CPP ), c'est-à-dire des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis une infraction.

Selon la jurisprudence, il n'appartient pas au juge de la détention de procéder à une pesée complète des éléments à charge et à décharge et d'apprécier la crédibilité des personnes qui mettent en cause le prévenu. Il doit uniquement examiner s'il existe des indices sérieux de culpabilité justifiant une telle mesure. L'intensité des charges propres à motiver un maintien en détention provisoire n'est pas la même aux divers stades de l'instruction pénale; si des soupçons, même encore peu précis, peuvent être suffisants dans les premiers temps de l'enquête, la perspective d'une condamnation doit apparaître avec une certaine vraisemblance après l'accomplissement des actes d'instruction envisageables ( ATF 143 IV 330 consid. 2.1; 143 IV 316 consid. 3.1 et 3.2).

### **E. 2.3.3**

En vertu de l' art. 241 CPP , les perquisitions, fouilles et examens font l'objet d'un mandat écrit. En cas d'urgence, ces mesures peuvent être ordonnées oralement, mais doivent être confirmées par écrit (al. 1). Le mandat indique la personne à fouiller ou les locaux, les documents ou les objets à examiner, le but de la mesure et les autorités ou les personnes chargées de l'exécution (al. 2). Lorsqu'il y a péril en la demeure, la police peut ordonner l'examen des orifices et des cavités du corps qu'il est impossible d'examiner sans l'aide d'un instrument et effectuer des perquisitions sans mandat. Le cas échéant, elle en informe sans délai l'autorité pénale compétente (al. 3).

La perquisition de documents et enregistrements ( art. 246 CPP ) ainsi que, le cas échéant, la levée de scellés subséquente ( art. 248 al. 3 CPP ) sont des actes de procédure qui portent atteinte aux droits fondamentaux, en particulier à la sphère privée des personnes intéressées ( art. 196 al. 1 CPP et 13 al. 1 Cst.). En tant que mesures de contrainte, elles ne peuvent être prononcées que lorsque des soupçons suffisants de la commission d'une infraction pèsent sur le prévenu ( art. 197 al. 1 let. b CPP précité; ATF 141 IV 87 consid. 1.3.1; arrêt 1B\_108/2020 du 25 novembre 2020 consid. 6.2.1). Pour constituer des soupçons suffisants d'une infraction, les indices de la commission de cette infraction doivent être sérieux et concrets ( ATF 141 IV 87 consid. 1.3.1).

### **E. 2.3.4**

L' art. 141 CPP règle l'exploitation des moyens de preuve obtenus illégalement. Les preuves obtenues au moyen de méthodes interdites ( art. 140 CPP ) sont absolument inexploitables. Il en va de même lorsque le CPP dispose qu'une preuve n'est pas exploitable ( art. 141 al. 1 CPP ). Les preuves qui ont été administrées d'une manière illicite ou en violation de règles de validité par les autorités pénales ne sont pas exploitables, à moins que leur exploitation soit indispensable pour élucider des infractions graves (al. 2), cependant que celles qui n'ont été administrées qu'en violation de prescriptions d'ordre le sont (al. 3). Comme l'indiquent sans ambiguïté les textes en langues allemande et italienne de l' art. 141 al. 2 CPP , l'illicéité

visée par cette disposition s'entend de la violation de normes pénales ( in strafbarer Weise ;

in modo penalmente illecito ; JÉRÔME BÉNÉDICT, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2

e éd. 2019, n° 9 ad art. 141 CPP ). L'application de cette norme suppose aussi que le comportement en cause ne relève pas déjà de l' art. 140 CPP . Quant à la délimitation entre règles de validité ( art. 141 al. 2 CPP ) et simples prescriptions d'ordre ( art. 141 al. 3 CPP ), c'est en premier lieu le but de protection de la disposition qui permet de l'opérer lorsque la loi ne le fait pas explicitement. Il s'agit d'une règle de validité si elle revêt une importance telle pour la sauvegarde des intérêts à protéger de la personne concernée qu'elle ne peut atteindre son objectif que moyennant l'invalidation de l'acte de procédure non conforme ( ATF 148 IV 22 consid. 5.5.1). L' art. 141 al. 4 CPP ne sanctionne pas d'une "inexploitabilité absolue" les preuves dérivées, soit celles recueillies grâce à une preuve non exploitable au sens de l'al. 2. Un tel moyen de preuve n'est inexploitable qu'autant qu'il n'aurait pas pu être recueilli sans l'administration de la première preuve (arrêt 6B\_527/2023 du 29 août 2023 consid. 2.1.2). Enfin, les pièces relatives aux moyens de preuves non exploitables doivent être retirées du dossier pénal, conservées à part jusqu'à la clôture définitive de la procédure, puis détruites (al. 5).

### **E. 2.3.5**

Il n'appartient pas au juge de la détention de décider de manière définitive sur le caractère exploitable d'une preuve, cette question incombant en principe au juge du fond ( ATF 143 IV 330 consid. 2.1; arrêt 7B\_868/2023 précité consid. 4.3.1 et les références citées). Cela étant, si la décision d'exclure un moyen de preuve litigieux du dossier est du ressort de la direction de la procédure, respectivement du juge du fond, le juge de la détention vérifie l'existence de soupçons suffisants de culpabilité sur la base des résultats provisoires de l'instruction. Il peut ainsi tenir compte de moyens de preuve figurant au dossier, à moins toutefois que ceux-ci apparaissent d'emblée inexploitables (cf. arrêts 7B\_868/2023 précité consid. 4.3.1; 1B\_648/2022 du 19 janvier 2023 consid. 2.1; 1B\_595/2022 du 23 décembre 2022 consid. 5.1). Au stade de l'instruction, il convient de ne constater l'inexploitabilité de moyens de preuve que dans des cas manifestes (cf. arrêts 7B\_868/2023 précité consid. 4.3.1; 1B\_91/2020 du 4 mars 2020 consid. 2.2; 1B\_234/2018 du 27 juillet 2018 consid. 3.1 et les références citées). Par conséquent, un moyen de preuve peut en principe être pris en considération lors de l'examen de l'existence de sérieux soupçons de culpabilité si son caractère exploitable est à première vue envisageable (cf. arrêts 7B\_868/2023 précité consid. 4.3.1; 1B\_595/2022 précité consid. 5.1; 1B\_159/2022 du 13 avril 2022 consid. 4.1 et les références citées).

### **E. 2.4.1**

En l'espèce, dans son arrêt du 20 décembre 2023 maintenant le séquestre, décision à laquelle elle se réfère dans l'arrêt du 22 décembre 2023 rejetant le recours contre l'ordonnance de refus de mise en liberté du recourant, la cour cantonale a considéré que ce dernier reprochait en vain à la police d'avoir déjà accédé au contenu de son téléphone mobile au moment du séquestre, sans quoi on ne s'expliquait pas pourquoi la police lui avait précisément demandé, pendant son interrogatoire, quel était le code de déverrouillage, ni pourquoi le Ministère public s'était trouvé dans la nécessité de rendre l'ordonnance attaquée (nдр: soit l'ordonnance de perquisition et de séquestre du 28 novembre 2023). C'était donc à

tort que l'intéressé voudrait assimiler les "vérifications simples" du téléphone effectuées à l'arrêt du tram, telles que mentionnées par la police dans le rapport d'arrestation, à une perquisition et à une fouille illégales, faute de mandat du Ministère public.

#### **E. 2.4.2**

L'interpellation du recourant en date du 20 novembre 2023 a eu lieu dans les circonstances suivantes, telles qu'elles ressortent du rapport d'arrestation établi le jour même: "Ce jour, l'attention du soussigné (ndr: le Cpl D. \_\_\_\_\_) s'est portée sur un individu noir africain (identifié ultérieurement comme étant le nommé A. \_\_\_\_\_) lequel prenait le tram de la ligne xxx à l'arrêt 'U. \_\_\_\_\_', en direction de V. \_\_\_\_\_. Le tram arrivant à l'arrêt 'W. \_\_\_\_\_', un contrôle d'identité a été mené à l'extérieur de la rame. Les vérifications simples, faites sur le téléphone de A. \_\_\_\_\_, ont relevé la présence de deux conversations WhatsApp avec les numéros d'appel +41 (...), dont les récents messages dénotaient des rencontres douteuses. Suspectant des activités en lien avec le trafic de cocaïne, A. \_\_\_\_\_ a été acheminé au poste pour la suite de la procédure. Notons que cette interpellation s'inscrit dans le cadre de l'opération TEMBO".

#### **E. 2.4.3**

Il y a lieu de relever d'emblée que pour l'appréhension au sens de l' art. 215 CPP , laquelle sert à déterminer un éventuel lien entre la personne appréhendée et une infraction, la police n'a besoin d'aucun mandat préalable ou autorisation du Ministère public au sens de l' art. 198 al. 1 let. a CPP en relation avec l' art. 241 CPP (cf. JONAS WEBER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 3

e éd. 2023, n° 9 ad art. 198 CPP ). Si la personne appréhendée ne se conforme pas à ses devoirs, découlant de l'art. 215 al. 2 let. b à d CPP, de présenter ses papiers d'identité, les objets qu'elle transporte avec elle, ainsi que d'ouvrir ses bagages ou son véhicule, la police a le droit de perquisitionner les vêtements, les objets qu'elle a sur elle, les bagages et les véhicules sans mandat de perquisition du Ministère public, aux conditions de l' art. 241 al. 3 CPP en relation avec l' art. 250 CPP (cf. Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 pp. 1057 ss, spéc. pp. 1205 s.; FABBRI/INHELDER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, op. cit., n° 30 ad art. 215 CPP ). Ces perquisitions se limitent à la garantie des buts de l'appréhension au sens de l' art. 215 al. 1 CPP (SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 4

e éd. 2023, n° 17 ad art. 215 CPP ). Dans ce sens également, la police, fondée sur l' art. 241 al. 4 CPP , a le droit de fouiller la personne appréhendée sur la base de sa compétence propre, pour des raisons de sécurité, dans le but d'éloigner un danger ( ATF 139 IV 128 consid. 1.2).

#### **E. 2.4.4**

Il résulte du rapport d'arrestation, auquel se réfère la cour cantonale, que c'est en fouillant le recourant et son téléphone mobile que la police a trouvé les contacts de deux toxicomanes avec lesquelles celui-ci avait eu des échanges de messages dénotant des "rencontres douteuses". Même à considérer que la police a procédé de cette manière car l'intéressé était démuné de papiers d'identité et donc parce qu'il existait des indices d'infraction à la loi sur les étrangers (loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005; RS 142.20), ce qui ne ressort pas clairement du dossier, une telle perquisition de documents -

qu'ils soient enregistrés sur un support de données ou présents physiquement sous la forme d'un document écrit (carnet téléphonique) - va au-delà des buts de l'appréhension.

Selon la jurisprudence, le droit de la police de contrôler sans mandat ni autorisation les objets transportés ou les véhicules ne va, en vertu de l' art. 215 al. 2 let . c et d CPP, pas au-delà du devoir de la personne appréhendée de présenter ces objets, ainsi que leur contenu, ou d'ouvrir son véhicule. L'appréhension n'offre aucune base légale pour une perquisition plus approfondie des effets personnels. La fouille du téléphone mobile de la personne appréhendée ne constitue donc pas un contrôle des effets personnels au sens de l' art. 215 al. 2 let . c et d CPP en relation avec l' art. 250 CPP ( ATF 139 IV 128 consid. 1.3).

Ainsi, la fouille du téléphone mobile, qui a été saisi et porté à l'inventaire, n'a pas consisté en des "vérifications simples" au sens retenu dans l'arrêt attaqué, mais constituait bel et bien une perquisition selon l' art. 246 CPP ( ATF 139 IV 128 consid. 1.3, cité d'ailleurs dans l'arrêt de la cour cantonale du 20 décembre 2023 consid. 2.2

in fine [cause 7B\_88/2024]). Peu importe la manière dont la perquisition a eu lieu, soit en particulier que le téléphone mobile ait été déverrouillé à ce moment-là et que l'intéressé n'ait donc pas eu besoin de divulguer le code d'accès de son téléphone.

#### **E. 2.4.5**

La police a procédé à cette perquisition sans mandat. Les circonstances de l'espèce ne permettent pas de retenir un cas de péril en la demeure, étant rappelé que l'appréhension d'une personne ne fonde pas à elle seule un cas de péril en la demeure au sens de l' art. 241 al. 3 CPP , justifiant de pouvoir procéder à une telle mesure sans mandat ( ATF 139 IV 128 consid. 1.5 s.). L' art. 241 al. 3 CPP autorisant une perquisition sans mandat n'est donc pas applicable. La perquisition effectuée en l'occurrence contrevient ainsi à l' art. 241 al. 1 CPP (pour un cas de perquisition sans mandat, cf. arrêt 6B\_490/2013 du 14 octobre 2013 consid. 2.3).

#### **E. 2.5.1**

L'exigence de mandat posée par l' art. 241 al. 1 CPP ne constitue pas toujours une prescription d'ordre dont la violation serait sans effet sur le caractère exploitable des preuves récoltées (cf. consid. 2.3.4

supra ). Il y a en effet lieu de se fonder sur les circonstances concrètes du cas d'espèce (cf. MOREILLON/PAREIN REYMOND, in: Petit commentaire, Code de procédure pénale, 2e éd 2016, n° 17 ad art. 141 CPP ; cf. ég. THORMANN/BRECHBÜHL, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, op. cit., n° 6 ad art. 246 CPP ).

#### **E. 2.5.2**

En l'occurrence, il ne ressort pas des faits constatés par la cour cantonale qu'au moment de la perquisition du téléphone mobile du recourant à la sortie du tram, la police aurait été en possession d'éléments permettant de le soupçonner d'avoir commis - ou d'être sur le point de commettre - une infraction justifiant une telle mesure de contrainte; l'intéressé n'a d'ailleurs pas été retrouvé en possession de drogue au moment de son appréhension. Selon les explications fournies par le TMC dans son ordonnance de mise en détention provisoire, l'opération TEMBO à laquelle se réfère le rapport d'arrestation est "destinée spécifiquement à déstabiliser les réseaux de trafiquants de cocaïne en procédant à des contrôles en divers lieux du canton, soit une mission clairement d'intérêt, de sécurité et de santé publics", les policiers étant "formés pour identifier divers signes laissant penser qu'une personne pourrait

s'adonner au trafic, signes qui peuvent être liés au comportement général d'une personne, à un état de stress et à tout autre élément pertinent relevant des techniques policières (...). Il n'est toutefois aucunement établi que le recourant aurait manifesté l'un de ces "signes"; la référence toute générale à "l'opération TEMBO" ou à des "constatations de police", à défaut d'autres précisions, n'est de ce point de vue pas suffisante.

### **E. 2.5.3**

Dans l'ATF 139 IV 128 précité, il a été jugé que le fait que des fonctionnaires de police aient fouillé dans le téléphone mobile d'une personne appréhendée, respectivement dans les adresses qui y étaient enregistrées, sans disposer d'une autorisation du Ministère public, ne conduisait pas à une interdiction d'exploiter les adresses en question, car la nécessité d'un mandat de perquisition était une simple prescription d'ordre (consid. 1.7). Dans cette affaire, la situation globale lors du contrôle de l'intéressée (lieu d'intervention de la police dans un "bar de contact" notoire dans le cœur du milieu zurichois; forte alcoolisation de la recourante; refus de s'identifier; absence de papiers d'identité) était propre à conclure qu'il existait un soupçon initial à son égard, soit qu'elle séjournait en Suisse sans papiers valables et qu'elle exerçait une activité lucrative non autorisée (consid. 2.2).

Contrairement à ce qui était le cas dans cet arrêt, rien ne permet en l'espèce de retenir que l'appréhension du recourant et la perquisition de son téléphone mobile à la sortie du tram étaient en lien avec des soupçons d'infraction. Par ailleurs, la police ne s'est pas limitée à consulter ledit téléphone, mais a utilisé les numéros résultant de deux conversations WhatsApp qui y figuraient pour identifier les toxicomanes avec lesquelles l'intéressé avait échangé des messages et, par la suite, procéder à leur audition comme personnes appelées à donner des renseignements. Dans ce contexte, la perquisition en tant que telle apparaissait disproportionnée.

### **E. 2.5.4**

La Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) a d'ailleurs récemment condamné la Suisse pour profilage racial, dans le cas d'un Kenyan qui avait été contrôlé et fouillé en 2015 par la police en gare de Zurich alors qu'il n'existait aucun soupçon d'infraction (arrêt CourEDH

Wa Baile c. Suisse du 20 février 2024, req. n

os 43868/18 et 25883/21). Dans sa décision, la CourEDH a estimé que, compte tenu des circonstances du contrôle d'identité (l'intéressé ayant uniquement détourné le regard à l'approche du policier, qui avait alors retenu, sur la base de ce comportement, une suspicion d'infraction à la loi fédérale sur les étrangers) et du lieu où il avait été effectué, le requérant pouvait se prévaloir d'un grief de discrimination fondée sur sa couleur de peau. La CourEDH a notamment admis la violation des art. 8 (droit au respect de la vie privée) et 14 (interdiction de la discrimination) de la convention.

### **E. 2.5.5**

Le fait que le téléphone mobile n'était, au moment de la perquisition, vraisemblablement pas verrouillé au moyen d'un code d'accès n'est pas déterminant en soi, contrairement à ce que retient la cour cantonale. Peu importe également que le recourant ne se soit pas opposé à la perquisition de son appareil. Son silence ne peut pas, sans autre élément et au vu des circonstances de son interpellation, être considéré comme un consentement à cette mesure de contrainte et encore moins à l'utilisation, par la police, des données qui y étaient

enregistrées aux fins de découvrir d'éventuels liens entre lui et les réseaux de trafic de drogue, alors qu'il ignorait les raisons pour lesquelles il venait d'être appréhendé. N'est pas non plus pertinent le fait que, lors de son audition comme prévenu, quelques heures plus tard, le recourant, alors assisté, ait signé l'autorisation de fouille de son téléphone mobile, puisque précisément l'horaire de 16h00 qui y figurait - vraisemblablement apposé par le policier ayant procédé à la perquisition - a été biffé (par le policier ou le recourant, peu importe) et remplacé par l'horaire de 20h30 correspondant au moment de la signature par l'intéressé. Partant, on ne saurait considérer que celui-ci aurait ratifié la perquisition sans mandat à laquelle la police avait procédé lors de son appréhension.

### **E. 2.5.6**

Au vu de ces éléments, l'exigence d'un mandat de perquisition délivré par le Ministère public ne constitue pas en l'espèce une pure formalité, soit une simple prescription d'ordre au sens de l' art. 141 al. 3 CPP .

### **E. 2.6.1**

L' art. 141 al. 2 CPP , dont la teneur a été rappelée ci-avant (cf. consid. 2.3.4

supra ), implique une pesée des intérêts. Plus l'infraction à juger est grave, plus l'intérêt public à la découverte de la vérité l'emporte sur l'intérêt privé du prévenu à ce que la preuve en question ne soit pas exploitée ( ATF 147 IV 9 consid. 1.3.1; 146 I 11 consid. 4.2; 143 IV 387 consid. 4.4; arrêt 6B\_821/2021 du 6 septembre 2023, consid. 1.5.1 non destiné à la publication). Les infractions graves au sens de la loi sont avant tout des crimes ( ATF 147 IV 9 consid. 1.3.1; 146 I 11 consid. 4.2; 137 I 218 consid. 2.3.5.2). Pour déterminer si l'on est en présence d'une infraction grave au sens de l' art. 141 al. 2 CPP , il ne faut pas prendre en compte de manière générale certains éléments constitutifs de l'infraction et les peines abstraites qu'ils entraînent, mais l'ensemble des circonstances du cas concret. Ce qui est déterminant, ce n'est pas la peine dont on est menacé de manière abstraite, mais la gravité de l'acte concret ( ATF 147 IV 16 consid. 6; 147 IV 9 consid. 1.4.2). Il y a lieu de se baser sur des critères tels que le bien juridique protégé, l'ampleur de sa mise en danger ou de sa violation, le mode opératoire et l'énergie criminelle de l'auteur ou le motif de l'acte ( ATF 147 IV 16 consid. 7.2; 147 IV 9 consid. 1.4.2 avec renvois).

### **E. 2.6.2**

Les démarches entreprises par le policier consistant à appréhender le recourant et à perquisitionner son téléphone mobile, sans aucun soupçon préexistant, s'apparentent à une recherche exploratoire ou "fishing expedition". Cette situation se présente en effet lorsque la mesure de contrainte ne repose sur aucun soupçon suffisant mais que la preuve est recueillie au hasard, ce qui est le cas en l'occurrence, au contraire, par exemple, d'une perquisition qui serait effectuée en présence d'éléments permettant de soupçonner l'existence d'un réseau de trafic de stupéfiants dont il conviendrait de déterminer l'ampleur ou de confondre certains des protagonistes (arrêt 6B\_821/2021 précité, consid. 1.3.1 destiné à la publication; VIREDAZ/JOHNER, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, op. cit., n° 5b ad art. 197 CPP ).

Dans l'arrêt récent 6B\_821/2021 précité (consid. 1.5.1 non destiné à la publication), le Tribunal fédéral a considéré que les résultats d'une "fishing expedition" étaient exploitables aux conditions de l' art. 141 al. 2 CPP , c'est-à-dire si l'intérêt public à l'élucidation d'une infraction grave prévaut sur l'intérêt privé à l'inexploitabilité de la preuve (critiques à cet

égard: KATIA VILLARD, in: iusNet, Droit pénal et procédure pénale, du 20 novembre 2023; LUZIA VETTERLI, in: ius.focus 12/2023 p. 28; GUIBAN/KINZER, in: www.crimen.ch/239 du 4 janvier 2024). On ne saurait dès lors considérer que les preuves recueillies lors de la perquisition illégale, de même que les preuves dérivées, seraient manifestement inexploitables - la gravité concrète de l'infraction en question étant incontestable (cf. arrêt 6B\_490/2013 précité consid. 2.4.2) - lorsqu'il s'agit d'examiner l'existence de sérieux soupçons de culpabilité justifiant la détention provisoire (cf. consid. 2.3.5

supra ).

### **E. 2.6.3**

Il appartiendra au juge du fond de procéder à la pesée des intérêts qu'implique l'application de l'art. 141 al. 2 CPP (cf. consid. 2.6.1

supra ), en prenant en considération, d'une part, l'intérêt public à la poursuite d'infractions graves et, d'autre part, l'intérêt privé au respect des droits fondamentaux qui prohibent en particulier le profilage racial (cf. consid. 2.5.4

supra ) et la "fishing expedition" (droit à la liberté personnelle, notamment).

### **E. 2.7**

Au vu de ce qui précède, l'arrêt attaqué échappe à la critique dans son résultat en tant qu'il retient en l'espèce l'existence de charges suffisantes ( art. 221 al. 1 CPP ), étant au surplus rappelé que le recourant, confronté aux déclarations des deux toxicomanes précitées, a concédé avoir reçu de l'une d'elles de l'argent pour lui fournir 2 grammes de cocaïne et avoir été contacté par l'autre pour lui procurer du même stupéfiant. Par ailleurs, les griefs du recourant tirés de l'inexploitabilité des preuves sur la base de l'art. 140 CPP (cf. consid. 2.3.4

supra ) ne trouvent aucune assise dans le dossier, les critiques émises en relation avec le déroulement des auditions policières des deux toxicomanes étant à cet égard insuffisantes pour retenir que le policier aurait eu recours à des "méthodes d'administration de preuves interdites".

### **E. 3.1**

Le recourant ne conteste pas en soi l'existence d'un risque de fuite ( art. 221 al. 1 let. a CPP ), tel que retenu par la cour cantonale; il se borne à soutenir que toute condamnation pour infraction à la LStup serait exclue, en partant du principe que les preuves recueillies à la suite de la fouille et de la perquisition illégales seraient inexploitables, alors que tel n'est pas le cas, comme on vient de le voir. Pour le surplus, c'est sans arbitraire que les juges cantonaux ont retenu que si le recourant était libéré, sa disparition dans la clandestinité serait vraisemblable, au vu de l'absence de statut légal en Suisse et du fait qu'il était démuné, qu'il ne possédait pas de papiers et qu'il vivait d'expédients.

### **E. 3.2.1**

Le recourant indique accepter toute mesure de substitution que le pouvoir judiciaire lui imposerait pour prévenir le risque de fuite. Il soutient en particulier que sous peine d'inégalité de traitement avec d'autres affaires traitant d'infractions à la LStup, il devrait pouvoir être autorisé à "rejoindre son pays tout en restant en contact avec son conseil, avec l'engagement à honorer toute convocation en justice".

### **E. 3.2.2**

Conformément au principe de la proportionnalité ancré à l' art. 36 al. 3 Cst. , il convient d'examiner les possibilités de mettre en oeuvre d'autres solutions moins dommageables que la détention (règle de la nécessité). Cette exigence est concrétisée par l' art. 237 al. 1 CPP , qui prévoit que le tribunal compétent ordonne une ou plusieurs mesures moins sévères en lieu et place de la détention si ces mesures permettent d'atteindre le même but que la détention. Selon l' art. 237 al. 2 CPP , font notamment partie des mesures de substitution la fourniture de sûretés (let. a), la saisie des documents d'identité (let. b), l'assignation à résidence ou l'interdiction de se rendre dans un certain lieu ou un certain immeuble (let. c), l'obligation de se présenter régulièrement à un service administratif (let. d), l'obligation d'avoir un travail régulier (let. e), l'obligation de se soumettre à un traitement médical ou à des contrôles (let. f) et l'interdiction d'entretenir des relations avec certaines personnes (let. g). Cette liste est exemplative et le juge de la détention peut également, le cas échéant, assortir les mesures de substitution de toute condition propre à en garantir l'efficacité ( ATF 145 IV 503 consid. 3.1).

### **E. 3.2.3**

La cour cantonale a considéré que le recourant ne suggérerait pas davantage de mesures de substitution, mais qu'il se contentait de renvoyer, sans développement, à celles déjà prononcées par le TMC, ce qui n'était précisément pas le cas, dans cette affaire. On ne voyait pas quel palliatif amoindrirait le risque susmentionné.

### **E. 3.2.4**

Le recourant, qui se limite à reprendre les motifs développés dans son recours cantonal, ne démontre pas en quoi cette appréciation serait arbitraire. Il soutient que selon la pratique judiciaire genevoise, il ne serait pas expatrié dans son pays d'origine, cela étant selon lui matériellement irréalisable, mais qu'il serait simplement déposé à Genève et invité à quitter la Suisse par ses propres moyens et que, dans ce cas, sa détention ne pourrait nullement être prononcée aux fins de garantir l'exécution de la mesure d'expulsion. Son argumentation se fonde sur une appréciation personnelle de la situation ainsi que sur des éléments qu'il invoque librement; elle est dès lors essentiellement appellatoire et dans cette mesure irrecevable, étant en outre relevé que toute comparaison "dans le cadre d'autres procédures" n'est pas pertinente, compte tenu de la spécificité de chaque affaire. Quant à la mesure de substitution proposée par le recourant, consistant à s'engager à honorer toute convocation en justice, elle n'est pas de nature à l'empêcher, le cas échéant, de s'enfuir à l'étranger ou de passer dans la clandestinité. Partant, elle ne permet pas de faire obstacle au danger de fuite qui a été retenu. Aucune autre mesure n'apparaît par ailleurs sérieusement envisageable.

### **E. 3.2.5**

Au regard de ces éléments, la cour cantonale pouvait, sans violer le droit fédéral, maintenir le recourant en détention provisoire en raison de l'existence d'un risque de fuite qu'aucune mesure de substitution ne permet en l'état de réduire.

### **E. 4.1**

Le recourant reproche à l'autorité précédente d'avoir refusé d'étendre à la procédure de recours le mandat d'office de son défenseur.

### **E. 4.2**

Selon la jurisprudence, le mandat de défense d'office conféré à l'avocat du prévenu pour la procédure principale ne s'étend pas aux procédures de recours contre les décisions prises par la direction de la procédure en matière de détention avant jugement, dans la mesure où l'exigence des chances de succès de telles démarches peut être opposée au détenu dans ce cadre, même si cette question ne peut être examinée qu'avec une certaine retenue. Cela vaut également lorsque le ministère public a, dans le cadre de la procédure principale, désigné un défenseur d'office au prévenu qui se trouve dans un cas de défense obligatoire (art. 132 al. 1 let. a en lien avec l'art. 130 CPP). La désignation d'un conseil d'office pour la procédure pénale principale n'est pas un blanc-seing pour introduire des recours aux frais de l'État, notamment contre des décisions de détention provisoire (arrêt 1B\_516/2020 du 3 novembre 2020 et les références citées).

#### **E. 4.3**

En l'espèce, la cour cantonale n'a pas examiné la question de savoir si les conditions d'une défense d'office étaient réalisées, au motif que le recours était dénué de chances de succès et que le recourant n'avait pas "conclu" à l'assistance judiciaire.

#### **E. 4.4**

On relèvera qu'il s'agissait du premier recours déposé par le recourant en lien avec sa détention provisoire et qu'il n'apparaît pas qu'il était d'emblée dénué de chances de succès, vu les considérations qui précèdent (cf. consid. 2.4 et 2.5

supra). Dans ces conditions particulières, il incombait à la cour cantonale, à tout le moins, d'interpeller le recourant sur la question de sa défense d'office, avant de rendre la décision attaquée (cf. art. 132 CPP).

#### **E. 4.5**

Le recours doit ainsi être admis sur ce point, l'autorité précédente étant invitée à vérifier si les conditions d'une défense d'office sont réalisées en l'espèce pour la procédure de recours contre la décision de refus de mise en liberté du 27 novembre 2023 et, le cas échéant, à statuer à nouveau sur les frais de procédure ainsi que sur l'indemnisation du conseil du recourant.

#### **E. 5**

En définitive, le recourant obtient partiellement gain de cause (cf. consid. 4.5

supra). Il peut ainsi prétendre à une indemnité de dépens réduite, à la charge du canton de Genève (art. 68 al. 1 LTF), ce qui rend sans objet sa demande d'assistance judiciaire dans cette mesure.

Pour le surplus, en tant que le recours portait sur la question de la détention provisoire, il n'était pas d'emblée dénué de chances de succès, si bien que la demande d'assistance judiciaire doit être admise dans cette mesure (art. 64 al. 1 LTF) et Me Cédric Kurth désigné comme avocat d'office pour la procédure fédérale. Le recourant a ainsi droit à la prise en charge de la part des honoraires d'avocat qui excède l'indemnité de dépens réduite à laquelle il peut prétendre (art. 64 al. 2 et 68 al. 1 LTF), étant toutefois rendu attentif à son obligation de rembourser la caisse du Tribunal fédéral s'il retrouve ultérieurement une situation financière lui permettant de le faire (cf. art. 64 al. 4 LTF). Il ne sera pas perçu de frais judiciaires (art. 64 al. 1 LTF).

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