

Le régime juridique des preuves du projet initial à la réalité d’aujourd’hui : du flou à l’obscurité totale

par

Nadja Capus*

Professeure à l’Université de Neuchâtel

I. Introduction.....	3
II. Qualifier un élément recueilli en tant que preuve	4
A. La qualification en tant que preuve – une action négligée dans le CPP	4
B. Les trois critères de qualification.....	6
C. Trois domaines provoquant un passage du flou à l’obscurité totale.....	8
1. Les éléments recueillis par la police	8
2. Les éléments recueillis par le Service de renseignement.....	13
3. Les éléments recueillis par les personnes privées à l’interne des entreprises	16
III. Disqualifier une preuve.....	19
A. Le mélange entre l’administration et l’exploitation	20
B. Un domaine provoquant le passage du flou à l’obscurité totale : la distinction entre règle de validité et de prescription d’ordre	22
1. Les règles de validité	23
2. Les règles de prescription d’ordre.....	28

* L’auteure remercie son assistante Allison Beretta pour la relecture, le professeur Marc Thommen ainsi que le Dr Grégoire Mégevand pour leurs commentaires. La première partie de la contribution a été publiée dans la revue *sui generis* en 2020 : *L’attribution de la qualité de preuve – une action négligée*.

IV. Conclusion.....	29
Bibliographie	32

I. Introduction

1. Le législateur fédéral a une aversion sympathique contre les lois trop détaillées. Lors de l'élaboration du Code de procédure pénale suisse (CPP) par exemple, le professeur Niklaus Schmid, auteur de l'avant-projet, s'est même vu interrogé par le Département fédéral de la Justice sur la quantité d'articles : la question qui se posait était de savoir si on avait « vraiment besoin de réglementer autant dans le détail »¹.
2. Le Code finalement adopté et actuellement en vigueur contient environ 60 articles (art. 10 al. 2 CPP et les art. 139 – 195 CPP, art. 343 CPP, etc.) qui règlent explicitement les moyens de preuve. De plus, le législateur helvétique s'est positionné à l'époque en tant que pionnier en introduisant l'art. 141 CPP, qui aborde l'inexploitabilité de certaines preuves².
3. Toutefois, cette contribution part de l'hypothèse qu'il y a une partie négligée : celle de l'administration des preuves. Pour expliquer cette démarche, nous osons partager une expérience personnelle. En effet, au départ, lorsqu'il a été question de travailler en français en 2016, il a été difficile de saisir le sens donné à cette notion dans cette langue. Il nous semble important de l'évoquer pour souligner la transposition de la même action en allemand : *Beweiserhebung*. La notion allemande fait ainsi ressortir l'existence d'une action intermédiaire entre le recueil de tous les éléments (informations, documents, objets) susceptibles d'être pertinents pour une enquête et leur exploitation en tant que preuve. Autrement dit, parmi tous les éléments recueillis par l'autorité de poursuite, seuls quelques-uns seront érigés ou transformés en preuve. Par conséquent, il se peut que des éléments recueillis ne soient pas transformés, voire même transformables en preuves. Le fait d'écarter un élément recueilli à ce stade déjà a pour effet que la question ultérieure d'(in)exploitabilité d'une preuve ne se pose même pas. Nous aborderons ainsi, dans un premier temps, les bases légales et le traitement jurisprudentiel

¹ De 29 à l'unité ... en route ..., Informations de l'Office fédéral de la justice sur le futur Code de procédure pénale suisse et la procédure pénale des mineurs, Berne mars 2001, 2.

² GLESS, *Rechtsvergleich*, 5.

consacrés à cette transformation que nous appelons *la qualification des éléments en tant que preuve* (II.).

4. Pour éviter toute confusion sémantique, on utilisera la notion de « moyen de preuve » pour désigner uniquement le procédé utilisé pour obtenir une preuve ou, pour reprendre l'art. 140 CPP, la méthode d'administration de la preuve (audition, expertise, etc.), tandis que la notion de « preuve » se référera au résultat de ce procédé une fois matérialisé (procès-verbal d'audition/déclarations, rapport d'expertise, etc.). En ce sens, le titre de l'art. 141 CPP est trompeur, puisqu'il devrait mentionner l'exploitation des preuves et non des moyens de preuves. Cette confusion se retrouve aussi dans la doctrine et la jurisprudence.
5. Ensuite, nous nous focaliserons sur la disqualification de certaines preuves (III.), étape à laquelle la doctrine et la jurisprudence attribuent une grande importance en général, alors que, parallèlement, peu d'attention est accordée à l'action précédente, celle de la qualification en tant que preuve.
6. Ainsi, nous proposons de bien distinguer l'administration de l'exploitation (III.A). La disqualification des preuves doit être exercée selon le système prévu par l'art. 141 CPP. L'approche de base choisie par le législateur consiste notamment en la catégorisation des règles procédurales en deux types : la règle d'ordre et la règle de validité. Par conséquent, il sera fourni une analyse de la jurisprudence depuis 2011, donc depuis l'introduction du CPP, concernant cette distinction (III.B).
7. Pour terminer, nous tirerons notre conclusion quant à la manière dont le législateur, la doctrine et la jurisprudence procèdent à la qualification en tant que preuve et à la disqualification (IV.).

II. Qualifier un élément recueilli en tant que preuve

A. La qualification en tant que preuve – une action négligée dans le CPP

8. Comme évoqué précédemment, il existe une action peu abordée en doctrine et en jurisprudence : la qualification en tant que preuve. C'est plutôt l'exploitation de la preuve qui a su attirer toute

l'attention, alors que cette question ne se pose qu'une fois que l'élément recueilli a été qualifié en tant que preuve.

9. Faire la distinction entre ces deux étapes s'impose d'un point de vue légal (cf. à ce propos également le sous-chapitre B. ci-après) ainsi que d'un point de vue logique. En fait, il n'y a pas de preuve au sens strict qui puisse être recueillie lors d'une enquête, mais seulement des informations, des objets, des traces forensiques, etc., car la notion de « preuve » présuppose une attribution normative d'une fonction précise – attribution qui ne peut être effectuée que si certaines conditions sont remplies³.
10. La question de l'attribution de la qualité de preuve n'est toutefois pas inconnue en droit suisse, mais la discussion qui y est consacrée n'est menée que de manière restreinte. En effet, elle ne cible que l'expertise privée réalisée sur mandat du prévenu : le Tribunal fédéral nie sa transformabilité en preuve au sens propre et refuse ainsi de lui attribuer la qualité d'une preuve⁴.
11. Le fait qu'il s'agisse d'une action distincte de l'exploitation ressort du CPP lui-même. Le sous-chapitre du 4^e titre dédié aux moyens de preuve contient, comme première section du premier chapitre, les deux notions : administration et exploitation. Deux des trois dispositions de cette section traitent de l'administration : l'art. 139 al. 1 (en utilisant « mettre en œuvre »/« einsetzen »/« avvalersi » comme synonymes selon nous) et al. 2, ainsi que l'art. 140 CPP. Ils limitent l'administration en exigeant certains critères (art. 139 al. 1 CPP), en excluant la nécessité (art. 139 al. 2 CPP) ou certaines méthodes de prélèvement (art. 140 CPP).
12. Outre cette section spéciale, il y a onze articles éparpillés dans le Code qui mentionnent cette action d'administration : les art. 3 let. d, 131 al. 3, 141 al. 4, 147, 223, 311 al. 1, 313, 318 al. 2, 332 al. 3, 388 s. CPP. Ils règlent le processus de l'administration : comment il (ne)

³ HO HOCK ; LOEVINGER, 155 s.

⁴ ATF 141 IV 369, consid. 6.2 ; Fribourg, Tribunal cantonal, 502 2018 134 du 7 mai 2019, consid. 3.2.3 ; BSK StPO-HEER, art. 182 N 10 et art. 189 N 6 ; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, *Kommentar StPO 2014-WOHLERS*, art. 182 N 15 ; SCHMID/JOSITSCH, *Praxiscommentar*, art. 182 N 7. Cf. pour la critique de cette jurisprudence ci-après N 45 ss.

faut (pas) procéder, qui doit ou peut y participer et quand on peut procéder à l'administration.

13. Dans la suite de cette contribution, nous focaliserons notre analyse sur les critères qui découlent du CPP et dont la qualification d'un simple élément recueilli en tant que preuve dépend.

B. Les trois critères de qualification

14. Selon l'art. 139 al. 1 CPP, qui est la disposition principale concernant les preuves,

« [l]es autorités pénales mettent en œuvre tous les moyens de preuves licites qui, selon l'état des connaissances scientifiques et l'expérience, sont propres à établir la vérité ».

15. Il résulte de cette disposition que le législateur rattache deux critères à la qualification en tant que preuve d'un élément recueilli par l'autorité de poursuite. Il y a le critère de la licéité, qui se confond, selon le cadre normatif imposé par le législateur, avec les critères d'exploitabilité (cf. partie III.), ainsi que celui de l'aptitude de l'élément à prouver la vérité matérielle. Cette aptitude est constituée par la validité, la fiabilité ainsi que la force de persuasion de l'élément recueilli⁵.
16. Or, il y a un troisième critère dont il devrait être tenu compte dans le contexte de l'art. 139 CPP : le critère supplémentaire de la documentation. En fait, le principe de base impose à l'autorité de documenter tout ce qui n'est pas originairement accompli en la forme écrite dans un dossier, lequel doit obligatoirement être constitué pour chaque affaire pénale⁶.

⁵ LÉVY-BRUHL, 22 : « Prouver, c'est faire approuver » ; cf. également BSK StPO-GLESS, art. 139 N 15 ; à propos de l'accessibilité, la fiabilité et le problème d'interprétation des moyens de preuve techniques, cf. VUILLE/ARNOLD, 64 : la partie non interprétable du code devrait, à leur sens, être écartée du dossier car elle ne remplit pas les conditions de l'art. 139 al. 1 CPP ; cf. le projet de recherche dirigé par la Professeure Joëlle Vuille (FNS n° 176720) qui vise à investiguer comment la loi au sens large encadre le recours aux preuves de nature scientifique afin d'en assurer la fiabilité.

⁶ Cf. art. 100 al. 1 et 76 al. 1 CPP ; JEANNERET/KUHN, N 5010.

17. Cette obligation fondamentale est le corollaire nécessaire du droit d'accéder au dossier⁷ – un droit qui constitue une condition préalable incontournable pour garantir le droit à la défense⁸. Dès lors, tant le droit à un procès équitable⁹ que le droit d'être entendu¹⁰ y sont liés.
18. Le Tribunal fédéral a précisé que cette obligation de documentation ne touche pas seulement l'existence d'un élément en soi, mais également sa production, soit la manière dont il a été recueilli¹¹. Autrement dit, la production des éléments potentiellement transformables en preuve dans une phase ultérieure de la procédure doit être intelligible, traçable¹². Ceci vaut pour tous les éléments recueillis qui pourraient se révéler importants dans la procédure et ainsi transformés en preuves, même si ce n'est qu'avec une faible probabilité. En effet, les autorités chargées de l'enquête et du procès ont l'obligation d'intégrer dans le dossier tous les éléments recueillis ayant un lien avec l'affaire¹³.
19. Nous pouvons donc constater que la question de savoir si de tels éléments sont marqués d'un défaut matériel (en termes de contenu) ou de forme, ainsi que, le cas échéant, la question de savoir si ces défauts donnent lieu à des objections quant à leur exploitabilité ne devrait être posée que dans un deuxième temps¹⁴. Cela signifie qu'il faut d'abord vérifier si les dossiers sont complets et s'ils contiennent toutes les informations nécessaires qui permettent de reconstruire l'obtention des éléments susceptibles d'être transformés en preuve. En cas d'omission de la police ou du ministère public de mentionner

⁷ Cf. art. 3 al. 2 let. c et 107 al. 1 let. a CPP ; BSK StPO-SCHMUTZ, art. 100 N 1 ; JEANNERET/KUHN, N 4027 ss sur les restrictions possibles.

⁸ Art. 32 al. 2 Cst.

⁹ Art. 29 al. 1 Cst., art. 6 par. 1 CEDH.

¹⁰ Art. 29 al. 2 Cst., art. 6 par. 3 CEDH.

¹¹ TF 6B_1368/2017 du 14 juin 2018, consid. 2.3 « *In einem Strafverfahren bedeutet dies, dass die Beweismittel, jedenfalls soweit sie nicht unmittelbar an der gerichtlichen Hauptverhandlung erhoben werden, in den Untersuchungs-akten vorhanden sein müssen und dass aktenmässig belegt sein muss, wie sie produziert wurden, damit die beschuldigte Person in der Lage ist zu prüfen, ob sie inhaltliche oder formelle Mängel aufweisen und gegebenenfalls Einwände gegen deren Verwertbarkeit erheben kann* ».

¹² TF 6B_1368/2017 du 14 juin 2018, consid. 2.3 ; BSK StPO-GLESS, art. 139 N 16.

¹³ TF 6B_1368/2017 du 14 juin 2018, consid. 2.3.

¹⁴ Cf. déjà ATF 129 I 85, consid. 4.1. – à l'époque encore sur la base du droit cantonal.

dans le dossier la source d'un élément recueilli, l'omission pourra être réparée sur demande d'une partie ou du juge, sans que cela n'affecte *ab initio* l'aptitude de l'élément à être qualifié comme preuve.

20. En revanche, il est exclu de parler de preuve concernant des éléments sans une telle trace documentée : ils ne peuvent en aucun cas être transformés en preuve, de sorte que le juge ne peut pas s'appuyer sur un tel élément pour établir la vérité matérielle, comme ce serait le cas pour une preuve. On peut se demander si on devrait alors accorder le statut d'indice aux éléments versés au dossier mais dont la source ne peut être retracée : le cas échéant, l'élément ne serait dès lors pas écarté du dossier et la juxtaposition des ces informations pourrait permettre au juge, par une déduction logique, de considérer un fait comme établi.
21. De toute manière, dans une telle constellation, la question de l'(in-)exploitabilité en tant que preuve ne se pose donc même pas.

C. Trois domaines provoquant un passage du flou à l'obscurité totale

22. Nous analyserons maintenant l'attribution de la qualité de preuve aux éléments recueillis dans trois contextes délicats.

1. Les éléments recueillis par la police

23. Il est incontesté que l'obligation générale de documentation selon l'art. 76 al. 1 en lien avec l'art. 100 al. 1 CPP s'applique à tous les stades de la procédure. En conséquence, elle s'applique également à la procédure d'investigation policière. Cette phase – faisant partie de la procédure préliminaire – est également soumise aux garanties fondamentales de procédure, indépendamment de la question de savoir si la police agit sur mandat ou si elle enquête de sa propre initiative¹⁵.
24. Etonnamment, le Tribunal fédéral est même allé jusqu'à qualifier le rapport de police en tant que tel comme preuve. Apparemment,

¹⁵ CR CPP-HENZELIN/MAEDER MORVANT, art. 15 N 16.

notre Haute Cour a faussement interprété le lien étroit entre la qualification comme preuve et l'obligation de documenter, avec pour résultat la conclusion inverse du sens de l'art. 100 al. 1 let. b CPP : toutes les pièces contenues dans un dossier seraient ainsi *de facto* des preuves¹⁶. Ainsi, le Tribunal fédéral a qualifié le rapport de police comme étant une preuve en soi en raison du fait que la police est une autorité pénale (art. 12 let. a et 15 CPP) qui est obligée de réunir des pièces dans un dossier¹⁷. Cette conclusion est, bien évidemment, incorrecte car bien que le rapport de police mentionne, par exemple, des procès-verbaux d'interrogatoires ou des traces trouvées et conservées, cela ne saurait avoir pour effet de le transformer automatiquement en preuve¹⁸.

25. Malheureusement, malgré les règles explicites selon lesquelles, premièrement, l'autorité pénale est soumise à l'obligation de documentation et, deuxièmement, les éléments recueillis ne peuvent être transformés en preuves que s'ils sont suffisamment documentés, le législateur a préféré, pour le reste de la réglementation, passer au flou, puis à l'obscurité totale.
26. Il existe, par exemple, une démarcation – en soi déjà vague – entre l'investigation policière dans le cadre de l'activité de police judiciaire et la collecte d'informations en tant que police de sûreté¹⁹. Cette obscurité concernant la démarcation touche à l'application de l'obligation de documentation. Il est, par exemple, constaté dans la littérature que la police tenterait de se soustraire à cette obligation, notamment lorsqu'il s'agirait de documenter l'existence et la source d'un premier soupçon. Elle rédigerait ainsi des rapports dissimulés (*verdeckte Rapportierung*) dans une première phase d'enquête²⁰.

¹⁶ TF 1B_1057/2013 du 19 mai 2014, consid. 2.3.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ A tout le moins, le TF a jugé que, si le rapport de police est contesté, celui-ci ne peut être pris en compte que si l'agent chargé du rapport a été confronté à l'accusé et ses questions à ce sujet (*ibid.*, consid. 2.4).

¹⁹ ATF 136 I 87, consid. 3.4 ; ATF 143 I 27, consid. 2.5 ; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, *Kommentar StPO 2014-KELLER*, art. 15 N 13 ; BSK StPO-RHYNER, art. 306 N 5 ss.

²⁰ DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, *Kommentar StPO 2014-KELLER*, art. 15 N 14 ; BÜRGE, 49.

27. Les rapports de police contiennent par exemple de vagues mentions telles que : « les enquêtes de police ont révélé... », « une référence a révélé... ».
28. Face à cette pratique, la doctrine a commencé à se poser la question de savoir si et à quelles conditions de telles informations – recueillies durant l'enquête policière et dans le cadre de la fonction de police de sûreté – peuvent être transformées ensuite en preuve²¹.
29. Constatant l'absence de distinction entre administration et exploitation de la preuve, il est proposé dans la littérature d'ajouter un alinéa à la disposition qui règle l'exploitation (un quatrième à l'art. 141 CPP) pour pallier le défaut de base légale dans le CPP lorsque des éléments sont recueillis par la police hors du cadre d'une procédure pénale mais conformément à la loi régissant le travail de la police²². Lorsqu'ils sont recueillis en violation de la loi, c'est aux cantons de régler le sort de ces éléments²³.
30. Selon notre approche, cependant, il ne peut pas, de toute manière s'agir de preuve (et la question d'exploitabilité ne se poserait ainsi même pas) si l'existence et la production de l'information recueillie par la police ne sont pas suffisamment documentées.
31. Ceci est également valable si le critère principalement appliqué par la doctrine et la jurisprudence pour procéder à une démarcation entre l'enquête policière, selon une loi de police cantonale et l'investigation policière selon le CPP – soit le premier soupçon –

²¹ BSK StPO-GLESS, art. 141 N 38 ; ZIMMERLIN/GALELLA, 374 SS.

²² ZIMMERLIN/GALELLA, 380 : « *Informationen, die aus gesetzeskonform erfolgten polizeirechtlichen Massnahmen resultieren, dürfen als Beweise im Strafverfahren verwertet werden* ».

²³ Il y a apparemment des lois cantonales, qui, par voie de simplification, renvoient à l'art. 141 CPP, applicable à titre de droit cantonal supplétif. Tel est le cas par exemple des cantons de Vaud et du Valais, cf. CR CPP-BÉNÉDICT, art. 141 N 7d.

ferait défaut²⁴. Or, le « premier soupçon » est une notion en soi floue, malgré son importance²⁵.

32. Afin que cette activité policière soit soumise le plus tôt possible au contrôle du ministère public et au respect des garanties judiciaires du CPP, la doctrine opte pour un seuil très bas et est encline à affirmer assez tôt l'existence d'un soupçon (suffisant selon l'art. 197 al. 1 let. b ou grave selon l'art. 269 al. 1 let. a²⁶ ou encore fort selon les art. 207 al. 1 let. d et 221 al. 1 CPP)²⁷.
33. Il est parfaitement justifié que la doctrine et la jurisprudence ne requièrent pas un niveau de précision et de détail très élevé s'agissant du premier soupçon, notamment lorsque la procédure se trouve encore dans une phase précoce. Le degré de certitude peut ainsi être relativisé en fonction de l'étape de la procédure pénale²⁸.
34. Cependant, les exigences concernant la documentation ne devraient pas, elles, être relativisées²⁹. En effet, l'autorité qui doit ordonner ou autoriser une mesure de contrainte liée à la récolte des éléments ou qui doit ultérieurement procéder à un contrôle judiciaire des mesures de contrainte exécutées n'est en mesure de vérifier l'existence d'un tel soupçon – soupçon qui est une condition essentielle pour toute mesure de contrainte³⁰ – que si les éléments recueillis sont inclus dans le dossier. Ce n'est dès lors que des

²⁴ Ni le CPP ni aucune autre loi fédérale ne contient une disposition sur laquelle peut se fonder l'action policière lorsqu'il n'y a pas encore de soupçons concrets d'infraction (PC CPP-MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 298b N 5) ; MAGNIN ; HANSJAKOB, 34 ; ALBERTINI/FEHR/VOSER ; KNODEL, 320 ss ; GIGER ; ATF 140 I 353, consid. 5.1 ; ATF 143 I 27, consid. 2.5 ; TF 6B_1143/2015 du 6 juin 2016, consid. 1.3.1.

²⁵ BÜRGE, 26 s., 37 ss.

²⁶ Cf. TF 1B_230/2013 du 26 juillet 2013, consid. 5.1.

²⁷ ATF 140 I 353, consid. 5.1 ; WEY 2019 ; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, *Kommentar StPO 2014*-HANSJAKOB, art. 298b N 11.

²⁸ CR CPP-VIREDAZ/JOHNER, art. 197 N 5 ; les deux autres critères influençant le seuil du degré du soupçon sont la durée et la sévérité de la mesure de contrainte, cf. BSK StPO-WEBER, art. 197 N 8 et 8a.

²⁹ BÜRGE, 218, 228.

³⁰ Cf. art. 197 al. 1 let. b CPP.

éléments transformés en preuves qui permettront de prouver l'existence du premier soupçon et la manière dont il a été généré³¹.

35. Ainsi, selon notre approche, le point sur lequel l'autorité doit se focaliser n'est ni le degré de certitude que la preuve doit atteindre par rapport à l'existence d'un éventuel soupçon, ni la question de savoir s'il s'agit d'une preuve illicite, ou d'une preuve illicite qui pourrait être toutefois ou néanmoins exploitable. La question à laquelle il faut répondre est tout d'abord de déterminer s'il s'agit d'une preuve tout court. Il n'y a pas, en effet, de preuve selon l'art. 139 al. 1 en lien avec les art. 100 al. 1 et 76 al. 1 et 192 CPP si la documentation de son existence et sa production font défaut³².
36. Or, il se pose la question plus nuancée de savoir avec quelle rigidité l'obligation de documentation devrait être exigée. Une application assez vague semble être acceptée lorsque le stade de la procédure est encore précoce : il est admis que le tribunal des mesures de contrainte peut tenir compte des éléments constatés par la police dans ses rapports, même si ceux-ci ne peuvent pas être davantage étayés³³. Il est clair qu'une telle tolérance envers des éléments présentant un défaut de transparence par rapport à leur production,

³¹ DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, *Kommentar StPO 2014*-KELLER 197 N 7 ; or, dans ce contexte encore, l'utilisation dans la littérature et la jurisprudence des notions est confuse : le législateur, par exemple, utilise dans l'art. 225 al. 4 CPP – en permettant au tribunal des mesures de contrainte de recueillir les preuves immédiatement disponibles susceptibles de confirmer ou d'écarter les soupçons et les motifs de détention – la notion de « preuve », tout comme le Tribunal pénal fédéral lorsqu'il fait constamment référence à l'état des preuves (*Beweislage*) concernant la distinction entre soupçon simple et fort, cf. TPF, 28 janvier 2011, BV.2010.78, consid. 2.2. D'autres sources parlent des indices (CR CPP-VIREDAZ/JOHNER, art. 197 N 5 ; ATF 141 IV 87, consid. 1.3.1 ; HÜRLIMANN, 107 s. ; SCHMID, 550 ; TF 6B_830/2013 du 10 décembre 2013, consid. 1.4).

³² PALUMBO/KUHN, 85 ; cf. OGer ZH SB160065 du 17 juin 2016, consid. 3.4.6.1 et 3.4.6.3 concernant l'exigence de la documentation – sans toutefois en déduire que la qualité de moyen de preuve fait défaut, mais en procédant par le raisonnement décrit auparavant : moyen de preuve illicite car violation de l'art. 141 al. 2 CPP avec conclusion de l'inexploitabilité après avoir effectué une pesée d'intérêts, cf. consid. 3.4.10 et 3.4.10.1.

³³ Comme par ex. l'identité d'un informateur, cf. ATF 142 IV 289, consid. 2.2.3.

sape le pouvoir de contrôle du tribunal des mesure de contrainte – qui, en soi, n'est déjà pas de grande portée dans la pratique³⁴.

37. D'ailleurs, ce problème de démarcation vague et le défaut de documentation y lié sont exacerbés depuis quelques années en raison de deux évolutions : premièrement, à la suite du renforcement de l'activité préventive-répressive de la police, par exemple par les modifications apportées ces dernières années à plusieurs lois cantonales de police, modifications qui étendent les possibilités policières de rechercher à caractère préventif-répressif et recueillir des informations³⁵. Cette activité policière de caractère préventive-répressive est aussi due à l'évolution technique qui permet, entre autres, l'utilisation de logiciels de recherche qui se basent sur des algorithmes (Predpol, Precobs) et qui génèrent une quantité d'informations jamais vues auparavant³⁶. Deuxièmement, le législateur a commencé à inclure dans le CPP des mesures de poursuite pénale à caractère préventif et proactif : les art. 255 ss CPP, les art. 260 ss CPP, l'art. 237 al. 2 let. a et g CPP³⁷.

2. Les éléments recueillis par le Service de renseignement

38. Dans ce sous-chapitre, nous aborderons la question de savoir si et à quelles conditions l'intégration des informations recueillies par le Service de renseignement de la Confédération (ci-après : le SRC) est acceptée dans notre ordre juridique en tant que preuve dans une procédure pénale.
39. A titre de rappel : dans le cadre d'une enquête menée par le SRC, il est accordé beaucoup de liberté et d'intransparence compte tenu du but qui tient dans la sauvegarde d'intérêts nationaux importants tels qu'ils sont mentionnés aux art. 2 et 3 de la Loi fédérale sur le renseignement (LRens).

³⁴ GFELLER/SIEBER, 329 ss.

³⁵ Cf. la correction (restriction des pouvoir intégrés) du TF de deux lois de police cantonales : ATF 140 I 353 (Zurich) et TF 1C_181/2019 du 29 avril 2020 (Berne).

³⁶ CAPUS, *Algorithmes*, 20 ss ; ATF 145 IV 42, consid. 4.2.

³⁷ Cf. ZIMMERLIN/GAIELLA, 378 pour la Suisse ; pour l'exemple des Pays-Bas, cf. COSTER VAN VOORHOUT, 119 ss.

40. Le prix à payer serait, en principe, le respect d'un mur entre les enquêtes menées sur la base de la LRens et les procédures pénales selon le CPP – mur qui s'est cependant écroulé depuis les événements du 11 septembre 2001 aux Etats-Unis. Le fait de fixer des limites très strictes au traitement d'informations avant une poursuite pénale engendrait un certain risque au niveau de la sécurité, ce qui ne semblait plus acceptable³⁸.
41. On nous a assuré à plusieurs reprises dans le Message concernant l'introduction de la loi en vigueur aujourd'hui, que le SRC ne devrait pas assumer un rôle de police auxiliaire³⁹; que les activités préventives du SRC doivent être clairement distinguées des activités répressives des autorités de poursuite pénale; que le SRC n'assume pas de tâches de police ou de procédure pénale; que les activités du SRC et des autorités de poursuite pénale sont complémentaires, mais que les unes ne sont pas le préliminaire des autres, raison pour laquelle leur surveillance relève de domaines différents (le SRC par les instances politiques, les autorités de poursuite pénale par les tribunaux). En conséquence, l'échange d'informations entre le SRC et les autorités de poursuite doit de ce fait obéir à des règles précises⁴⁰.
42. Bien que, évidemment, seule une séparation précise et stricte soit conforme à un Etat de droit, non seulement l'échange des informations entre les différentes autorités, notamment entre le Ministère public de la Confédération et le SRC est renforcé depuis quelques années⁴¹, mais également l'intégration des informations recueillies par le SRC en tant que preuve dans une procédure pénale

³⁸ Cf. les constatations dans le Message du Conseil fédéral du 19 février 2014 concernant la loi sur le renseignement, FF 2014 2029 ss, 2040.

³⁹ *Ibid.*, 2044.

⁴⁰ *Ibid.*, 2067.

⁴¹ Cf. la plateforme TETRA (pour TErrorist TRacking), laquelle est dirigée par Fedpol et qui rassemble le Service de renseignement de la Confédération (SRC), le Ministère public de la Confédération (MPC), le Corps des gardes-frontière (Cgfr) et d'autres autorités. Les objectifs de TETRA s'inscrivent dans la Stratégie de la Suisse pour la lutte contre le terrorisme, approuvée par le Conseil fédéral en 2015.

est largement acceptée dans notre ordre juridique⁴². Le SRC identifie des personnes qui représenteraient une menace concrète pour la sécurité intérieure et extérieure de la Suisse. Il envoie ses rapports contenant de telles informations aux autorités pénales, lesquelles ouvrent des procédures pénales contre ces personnes, par exemple pour transgression à la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées du 12 décembre 2014⁴³, la Loi fédérale sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions du 20 juin 1997⁴⁴, voire les art. 135, 259 ou 260^{ter} CP. Cela entraîne l'ordonnance de mesures de contrainte comme la perquisition du domicile, le séquestre des objets et des documents, la surveillance téléphonique rétroactive ou en temps réel, la détention provisoire, l'audition de personnes⁴⁵.

43. La transmission de telles informations par le SRC aux autres autorités est en effet prévue par la LRens, révisée et entrée en vigueur en septembre 2017. Même la transmission des données provenant de mesures de recherche soumises à autorisation est admise lorsque « ces données comportent des indices fondés relatifs à une infraction dont la poursuite peut donner lieu à une mesure de surveillance comparable en vertu du droit de procédure pénale » (art. 60 al. 3 LRens). On reconnaît ainsi facilement la clause de la présomption de l'autorisation hypothétique – extrêmement vague elle aussi – de l'art. 141 al. 4 CPP. En principe, l'al. 4 de l'art. 60 LRens oblige le SRC à indiquer la provenance des données aux autorités de poursuite pénale. Mais, selon la jurisprudence, il faut respecter le fait que les sources du SRC et d'autres services de renseignement étrangers soient protégées. Selon nos juges fédéraux, dévoiler ces sources afin de pouvoir vérifier, en tant que juge, les informations communiquées serait ainsi superflu car le SRC est

⁴² Cf. COSTER VAN VOORHOUT, 119 ss pour l'analyse du problème dans d'autres pays européens comme les Pays-Bas et l'Angleterre.

⁴³ RS 122.

⁴⁴ RS 514.54.

⁴⁵ TPF SK.2013.39 du 2 mai 2014 et rectification du 22 juillet 2014 ; TF 6B_57/2015 du 27 janvier 2016 ; TF 1B_487/2019 du 11 novembre 2019 – recours contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre pénale de recours, du 30 août 2019, ACPR/654/2019 P/13548/2019 ; TPF SK.2019.63 du 18 décembre 2019.

soumis à un contrôle parlementaire et administratif, qui consiste notamment à vérifier la légalité des activités des services de renseignement. Un tribunal serait donc tout bonnement en droit de supposer que les informations contenues dans un tel rapport sont d'origine légale et il peut se dispenser de contrôler la licéité de la récolte de l'information⁴⁶. En revanche, le Tribunal fédéral semble être plus sceptique envers des informations recueillies par une autorité pénale étrangère lors d'une enquête pénale étrangère, transmises par Interpol : ce n'est que dans un tel contexte qu'il a renvoyé l'affaire à la juridiction inférieure pour que le prévenu soit acquitté⁴⁷.

44. Il s'agit dès lors d'une démarcation vague plus inquiétante encore que la première mentionnée, qui peut être observée à l'interface entre une procédure pénale et l'enquête menée par le SRC.

3. Les éléments recueillis par les personnes privées à l'interne des entreprises

45. Le troisième domaine délicat concerne les sources d'information privées : comment et dans quelles conditions l'intégration des informations recueillies par des personnes privées lors d'une enquête interne à une entreprise peut-elle s'effectuer ?
46. Les sources d'information privées sont devenues d'un intérêt énorme lorsqu'il est question, notamment, d'enquêtes dirigées à l'encontre des entreprises en matière de droit pénal économique⁴⁸. En effet, le seul fait de parvenir à comprendre la structure d'une entreprise prévenue, en particulier s'il s'agit d'une multinationale, représente un grand défi pour le ministère public. D'une part, recueillir et analyser ensuite tous les éléments potentiellement en rapport avec l'affaire excède souvent les ressources humaines et

⁴⁶ TPF SK.2013.39 du 2 mai 2014 et rectification du 22 juillet 2014, consid. 2.7 et TF 6B_57/2015 du 27 janvier 2016, consid. 3.2.2, les deux arrêts sur la base du cadre législatif avant l'entrée en vigueur de la LRens ; cf. pour la base légale actuelle les art. 79 ss LRens.

⁴⁷ TF 6B_323/2019 du 5 février 2020, consid. 1.4.

⁴⁸ MRÁZ, 170 ss ; MÜHLEMANN, *Untersuchungen*, 468 ; WOHLERS/LYNN, 17 ss.

financières d'un ministère public. D'autre part, dans le cadre de procédures pénales simplifiées ou de procédures de l'ordonnance pénale, une entreprise prévenue est, le cas échéant, disposée à coopérer, à soumettre volontairement aux autorités pénales des rapports ainsi que d'éventuels éléments supplémentaires issus de l'enquête interne, car un tel comportement est le moyen le plus prometteur pour parvenir à un accord de procédure⁴⁹. Ainsi, la justice pénale s'est adaptée et le Tribunal fédéral montre une grande tolérance dans l'admission des rapports « internes » d'une entreprise faisant l'objet d'une enquête pénale – tolérance qui est justifiée pour des raisons d'efficacité et de proportionnalité⁵⁰. Ces rapports sont « internes » dans le sens où ils sont le résultat des enquêtes généralement menées par le service juridique ou de conformité (compliance) de l'entreprise concernée ou encore par des cabinets d'audit ou des études d'avocats⁵¹.

47. En appréciant l'utilité de tels éléments recueillis par des employés ou mandataires externes de l'entreprise prévenue, il est proposé – dans l'intérêt de l'efficacité de la procédure – que ces éléments soient pris en considération par les autorités pénales et que celles-ci s'abstiennent même de procéder à des enquêtes supplémentaires de leur propre chef si les résultats de l'enquête interne semblent compatibles avec les conclusions de l'enquête pénale⁵².
48. En cohérence avec l'approche jurisprudentielle de ne pas attribuer la qualité de preuve à une expertise privée mandatée par le prévenu (cf. N 10 *supra*), un tel rapport interne ne devrait pas davantage être considéré comme preuve.

⁴⁹ THORMANN, 100 s. ; MÜHLEMANN, *Mitarbeiterbefragungen*, 117.

⁵⁰ TPF BB.2018.139 du 25 avril 2019, consid. 5.2 ; ATF 142 IV 207, consid. 7.2.2. Dans d'autres situations, un tel rapport peut aussi être saisi par le ministère public au cours d'une perquisition (cf. p. ex. ATF 142 IV 207).

⁵¹ GRAF, *Untersuchungen*, 96 s. ; GRAF, *Beschlagnahmefähigkeit*, 346 s. ; MÜHLEMANN, *Untersuchungen*, 477. Ainsi, l'établissement des faits est perçu par une partie de la doctrine d'être comme une activité forensique typique des avocats et non pas une activité exclusivement attribuée aux autorités pénales selon les art. 139 al. 1 *cum* 311 al. 1 CPP, cf. GRAF, *Untersuchungen*, 100 et les renvois indiqués.

⁵² THORMANN, 124.

49. Lorsqu'il ne s'agit pas d'une preuve, l'élément produit par une partie dans la procédure constitue un simple allégué⁵³.
50. Or, concernant le refus d'attribuer à une expertise privée la qualité de preuve, il faut noter que la jurisprudence n'est en soi pas cohérente : en effet, le Tribunal fédéral, bien que refusant la qualité de preuve, est en même temps d'avis qu'un tel élément doit toutefois être évalué, quelles que soient son origine et sa désignation⁵⁴. Ainsi, selon un avis plus nuancé, la qualification en tant que preuve devrait évidemment être admise, mais c'est l'exploitation ultérieure qui devrait être effectuée de manière particulièrement prudente⁵⁵. On constate dès lors que la doctrine focalise son analyse des expertises privées sur la question de l'exploitation et non celle d'administration en tant que preuve.
51. Il se pose cependant la question de savoir si le rapport interne d'une entreprise prévenue de corruption ou de blanchiment d'argent ou d'autres infractions peut vraiment être assimilé à une expertise privée. Bien qu'il soit probable que de tels rapports expliquent des méthodes d'affaires⁵⁶ ou puissent guider l'interprétation de certaines transactions, on ne saurait attribuer d'emblée cette qualité d'expertise à un tel rapport.
52. Il existe plusieurs alternatives : l'une serait de qualifier le rapport fourni avec le consentement de l'entreprise prévenue comme pièce à conviction au sens de l'art. 192 CPP, ce qui impliquerait qu'il pourrait être ultérieurement exploité librement comme preuve.
53. On pourrait aussi songer à l'application par analogie de l'art. 160 CPP avec la conséquence que le ministère public ou le tribunal devra s'assurer de la crédibilité et demander, le cas échéant, des précisions.
54. Une troisième alternative serait, finalement, l'application par analogie de l'art. 145 CPP selon lequel l'autorité pénale peut, en lieu

⁵³ Dans ce sens : TF 6B_48/2020 du 26 mai 2020, consid. 5.3.

⁵⁴ TF 6B_272/2012 du 29 octobre 2012, consid. 2.3 ; TF 6B_48/2009 du 11 juin 2009, consid. 4.2 ; TF 6B_283/2007 du 5 octobre 2007, consid. 2.

⁵⁵ SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, art. 182 N 7 ; Bâle-Campagne, Tribunal cantonal, 460 2018 374 du 9 avril 2019, consid. 2.

⁵⁶ Par exemple, un rapport pour la FIFA présentant le développement et le système complexe de billetterie, cf. TPF BB.2018.139 du 25 avril 2019, consid. 5.3 et 5.4.

et place d'une audition ou en complément de celle-ci, inviter le comparant à lui présenter un rapport écrit sur ses constatations.

55. Evidemment, il n'est pas non plus exclu, par ailleurs, que l'entreprise prévenue fasse tout simplement l'exercice spontané de son droit d'être entendu selon l'art. 107 al. 1 let. d CPP.
56. En fait, même si le rapport d'une enquête interne décrit un certain état de fait et expose des mesures d'instruction qui ont été mises en œuvre au sein de l'entreprise, il ne s'agit pas d'une enquête menée par les autorités pénales et les éléments ainsi recueillis ne sont pas, par conséquent, « propres à établir la vérité » sans autre formalité au sens de l'art. 139 al. 1 CPP⁵⁷. Même si l'enquête est déléguée à une étude d'avocats ou un cabinet de révision externe, le degré d'indépendance serait à vérifier par les autorités pénales et, en cas de doute, il appartiendrait à l'autorité pénale de confirmer ou infirmer certains éléments du rapport par d'autres pièces à conviction ou par des auditions.

III. Disqualifier une preuve

57. Finalement, lorsqu'un élément recueilli est transformé en preuve car il satisfait aux exigences des art. 139 et 76 al. 1 en lien avec l'art. 100 al. 1 CPP, il n'est pas automatiquement exploitable. En effet, en vertu de l'art. 140 et 141 CPP, il se peut que la question de l'inexploitabilité de la preuve se pose. Le cadre d'analyse imposé par le législateur à ce propos est à la base vague, notamment en ce qui concerne le concept de la distinction entre une règle de validité et celle de prescription d'ordre.
58. Dans ce chapitre nous étudierons les règles d'inexploitabilité qui découlent de ces deux dispositions pertinentes et les analyserons à la lumière/à l'aune de notre approche. On se focalisera ensuite sur la distinction entre une règle de validité et celle de prescription d'ordre telle qu'elle est pratiquée par le Tribunal fédéral.

⁵⁷ Autre avis : RAEDLER, 602.

A. Le mélange entre l'administration et l'exploitation

59. Suivant notre approche, on constate qu'il y a un amalgame entre l'administration et l'exploitation dans l'art. 141 CPP qui provoque, au final, un flou total : la notion de « preuve » est souvent utilisée alors qu'il ne s'agit justement pas d'une preuve car l'attribution de la qualité de preuve est exclue. En effet, certaines de ces règles excluent déjà, en cohérence avec la disposition de base (art. 139 CPP), la transformation en preuve en soi : il ne s'agit dès lors pas d'une disqualification en tant que preuve, mais de règles qui précisent le cadre légal de la transformation en preuve. De tels éléments recueillis ne sont pas transformables en preuve et ainsi la question de l'exploitabilité ne se pose même pas.
60. Ceci est, à notre sens, le cas pour la première règle prévue dans le système législatif actuel : les informations obtenues par certains moyens de preuve – la torture, ou traitements inhumains ou dégradants (art. 141 al. 1 1^{re} phrase CPP *cum* art. 140 CPP) – sont inexploitable. Or, selon notre approche, c'est la qualité de preuve tout court qui ne peut pas être attribuée aux éléments obtenus de cette manière car l'élément ainsi récolté ne satisfait pas les exigences de l'art. 139 CPP.
61. D'un autre côté, il y a des éléments pour lesquels l'attribution de la qualité de preuve doit, en principe, être admissible, selon le législateur, mais pour lesquels, la question de l'exploitation se pose par conséquent. Ceci est le cas pour les preuves énoncées explicitement par le CPP (art. 141 al. 1 2^e phrase CPP)⁵⁸.
62. Il y a ensuite une série de constellations pour lesquelles le législateur n'a pas voulu s'exprimer en détails, mais a toutefois laissé une voie ouverte à la jurisprudence afin qu'elle puisse décider au cas par cas. Le législateur a ainsi introduit deux exceptions, sans pour autant que le cadre ne soit précisé : les éléments recueillis de « manière illicite » – dans le sens « punissable »⁵⁹ – ou en violation d'une

⁵⁸ Cf. pour une liste de ces articles : CR CPP-BÉNÉDICT, art. 141 N 4 ; Fribourg, Tribunal cantonal, 501 2019 46 du 27 janvier 2020, consid. 3.5.3.

⁵⁹ Cf. CR CPP-BÉNÉDICT, art. 141 N 9 à propos de cette notion : « *En réalité, et malgré le terme d' 'illicite' figurant dans la version française de la loi, le législateur s'est référé non pas à*

catégorie spéciale de règles procédurales : les règles de validité (art. 141 al. 2 CPP).

63. Puisqu'il s'agit, dans ces constellations, de preuves défectueuses en tant que ces éléments ne sont qu'exceptionnellement admis pour être transformés en preuves, le législateur a pris le soin d'imposer un contrôle judiciaire supplémentaire : celui de l'exploitabilité. Cette étape normative supplémentaire constitue un garde-fou pour pouvoir renverser la décision précédente qui a amené à la transformation en preuve. En effet, en dépit du fait que le critère de licéité au sens étroit de l'art. 141 al. 2 CPP fasse défaut, la transformation en preuve est permise lorsque deux conditions peu précises sont remplies : d'une part, l'élément recueilli doit être indispensable pour élucider des infractions graves et, d'autre part, il faut pouvoir considérer que, si l'élément en question avait pu être obtenu par des moyens légaux, il aurait été déclaré admissible en tant que preuve⁶⁰.
64. Dès lors, plus le crime soupçonné est grave, plus il est probable que l'on accepte l'administration illicite de l'élément recueilli. Il en émane une logique discutable lorsque l'on sait qu'une procédure pénale devrait être menée d'une manière encore plus diligente quand il s'agit d'un soupçon d'infraction grave⁶¹.
65. L'exploitation, quant à elle, dépend d'une pesée des intérêts. Autrement dit, bien que l'enquête tende à élucider une infraction grave et que l'attribution de la qualité de preuve soit en principe possible, il faut encore que la valeur du bien juridique protégé soit

tout acte contraire au droit, mais aux comportements contraires à la loi pénale. Le choix malheureux de ce terme, dont le sens est différent au CPP 139 I, fait naître une ambiguïté que l'examen des travaux préparatoires et des textes légaux rédigés en allemand et en italien permet de lever sans peine. L'avant-projet parlait en effet de 'preuves (...) obtenues de manière punissable' (AP-CPP 148 I). Quant aux versions finales rédigées dans les deux autres langues officielles, elles sont à cet égard parfaitement limpides : 'Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise ...' – 'Le prove raccolte dalle autorità penali in modo penalmente illecito ...' ».

⁶⁰ Notons que le législateur utilise la notion d'exploitation, notion inadéquate selon notre concept dans ce contexte car celle-ci ne suit qu'ultérieurement. Cf. à propos du test de la question hypothétique ATF 137 I 218, consid. 2.3.4.

⁶¹ THOMMEN/SAMADI, 69 ss.

supérieur à l'intérêt atteint par la manière défectueuse de recueillir l'élément probatoire⁶². Or, la jurisprudence a pris le parti de confronter, dans ce cadre, les intérêts « publics » à la découverte de la vérité à l'intérêt du prévenu déclaré « privé », opinion à laquelle la majorité de la doctrine se joint⁶³. Il s'agit, à notre sens d'une opposition d'intérêts troublante, si on prend en considération qu'il y a, en effet, un intérêt public élémentaire lié à la protection des droits à la défense, à la gestion équitable et formellement correcte d'une procédure pénale - et qu'on ne pourrait ainsi pas lui attribuer exclusivement un caractère privé. En revanche, il existe tout aussi bien un intérêt « privé » à la découverte de la vérité de toute personne faussement suspectée d'avoir commis un crime⁶⁴.

66. Finalement, le législateur a clarifié, à l'art. 141 al. 3 CPP, qu'une violation de règles de prescription d'ordre lors de la récolte des éléments ne s'oppose nullement à – selon notre approche – une transformation en preuve. Ces règles ne protégeraient que le bon déroulement d'une procédure pénale et n'empêcheraient dès lors aucunement l'attribution de la qualité de preuve si aucun des critères (documentation, licéité, validité) de cette attribution normative n'est touché.

B. Un domaine provoquant le passage du flou à l'obscurité totale : la distinction entre règle de validité et de prescription d'ordre

67. Nous avons constaté que le cadre posé par le législateur n'est pas aisé pour régler de manière claire les questions qui se posent en droit de la preuve. Un élément qui contribue à ce flou est notamment

⁶² CR CPP-BÉNÉDICT, art. 141 N 10 renvoyant à l'arrêt ATF 137 I 218, consid. 2.3.4, JdT 2011 I 354.

⁶³ TF 6B_490/2013 du 14 octobre 2013, consid. 2.4.1 ; ATF 137 I 218, consid. 2.3.4, JdT 2011 I 354. Jurisprudence suivie par la majorité de la doctrine ; cf. à titre d'exemple CR CPP-BÉNÉDICT, art. 141 N 10 ; cf. à titre d'exception et de plus sous l'angle du droit comparé : GLESS, *Rechtsvergleich*, notamment 8 s. concernant la tradition en Suisse.

⁶⁴ Nous avons critiqué cette même opposition entre l'intérêt soi-disant public et celui privé à propos de la qualification du droit à un interprète en tant qu'intérêt « privé » du prévenu, cf. CAPUS, *Verdolmetschung*, 399-419.

l'utilisation de deux catégories de règles de procédure : la règle de validité et la prescription d'ordre.

68. Le législateur a sciemment évité de fournir lui-même les définitions de ces deux types de règles et a favorisé une approche casuistique. De plus, il n'a que très rarement précisé quelles dispositions constituent des règles de validité (comme l'art. 177 I CPP) et a laissé le soin à la jurisprudence de trancher la question⁶⁵.
69. Ainsi, ce chapitre est dédié à l'analyse de la jurisprudence depuis 2011 portant sur cette distinction.

1. Les règles de validité

70. En général, la doctrine et la jurisprudence qualifient de règles de validité les dispositions qui protègent le prévenu et/ou la fiabilité des preuves et de règles d'ordre les dispositions légales qui sont uniquement destinées à l'ordonnement de la procédure⁶⁶. Les règles de validité visent à sauvegarder les intérêts légitimes de la personne concernée. Elles tendent essentiellement à protéger le prévenu⁶⁷. L'importance d'une règle de validité est telle que sans l'annulation des actes de procédure, la règle de validité ne peut pas atteindre son but de protection⁶⁸. Se référant à la doctrine dominante⁶⁹, le législateur a considéré dans le Message que

⁶⁵ Message CPP, 1663.

⁶⁶ CR CPP-BÉNÉDICT, art. 141 N 17 ; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, *Kommentar StPO 2014*-WOHLERS, art. 141 N 25 ; BSK StPO-GLESS, art. 141 N 67.

⁶⁷ BSK StPO-GLESS, art. 141 N 67 ; GLESS, *Beweisverbote*, 410.

⁶⁸ CR CPP-BÉNÉDICT, art. 141 N 16 s ; Message CPP, 1163 ; ATF 139 IV 128, consid. 1.6, JdT 2014 IV 15 ; PIQUEREZ/MACALUSO, N 986, p. 344. Voir aussi sur la distinction règle de validité/règle d'ordre et ses limites : GLESS, *Beweisverbote*, 410 ; BSK StPO-GLESS, art. 141 N 74 ss ; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 1047 ss (proposant de tenir compte du cas d'espèce, plutôt que de procéder à un examen abstrait de la nature de la norme enfreinte) ; TF 6B_1039/2014 du 24 mars 2015, consid. 2.3 (précisant que la distinction précitée doit être opérée en prenant en considération le droit à un procès équitable au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH et Cst. 29 I) ; TF 6B_56/2014 du 16 décembre 2014, consid. 3.2.

⁶⁹ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 44 N 51.

« [...] si la disposition en cause revêt une importance telle pour la sauvegarde des intérêts légitimes de la personne concernée qu'elle ne peut atteindre son but que moyennant l'invalidation de l'acte de procédure accompli en violation de cette disposition, on a à faire à une règle de validité »⁷⁰.

71. C'est donc la finalité protectrice d'une norme qui est pertinente pour opérer la distinction entre les deux types de règles⁷¹.
72. En analysant les deux seuls arrêts rendus concernant les violations des exigences formelles sur la tenue des procès-verbaux (art. 76 ss CPP), on peut constater que les circonstances du cas concret sont d'une importance essentielle puisque, s'agissant de la violation de la même disposition, elles entraînent tantôt l'inexploitabilité, tantôt l'exploitabilité de la preuve. En effet, les conséquences de la violation de la même disposition pénale ont été jugées de manière différente par le Tribunal fédéral, en raison des circonstances concrètes du cas individuel.
73. Dans le premier arrêt⁷², une violation des exigences formelles sur la tenue des procès-verbaux (art. 76 ss CPP) a été constatée et le Tribunal fédéral a été appelé à qualifier la règle de l'art. 78 al. 5 CPP qui exige que le procès-verbal d'audition soit lu au prévenu et signé par ce dernier.
74. Dans le cas d'espèce, un procès-verbal avait bien été établi, mais il n'avait pas été lu au prévenu et sa signature faisait défaut. Le Tribunal fédéral a conclu que la règle de l'art. 78 al. 5 CPP impose que le procès-verbal soit lu et signé par le prévenu. Les dispositions relatives à l'enregistrement des auditions sont obligatoires et leur respect est une condition préalable à la validité du procès-verbal. En conséquence, leur violation est une condition à l'exploitabilité des déclarations contenues dans le procès-verbal. Dans la mesure où les dispositions sur la tenue des procès-verbaux sont obligatoires, il ne peut être renoncé à la lecture et à la signature du procès-verbal

⁷⁰ Message CPP, 1163.

⁷¹ Mais la finalité de la norme ne peut être déduite de la norme violée elle-même. Cf. sur ce point : ZEHNDER, N 224.

⁷² TF 6B_492/2012 du 22 février 2013.

d'audition. Il y a donc violation d'une règle de validité et la preuve est inexploitable aux conditions de l'art. 141 al. 2 CPP⁷³.

75. Dans le second arrêt⁷⁴, la même violation (des exigences formelles sur la tenue des procès-verbaux) est constatée car, en l'espèce, l'instance inférieure a enregistré et conservé l'intégralité des dépositions orales à l'audience du Tribunal en première instance sur un support sonore.
76. Au lieu d'un véritable procès-verbal écrit de l'audition, un aperçu du déroulement de l'audition a été établi, qui est en corrélation avec les fichiers sonores et vise à faciliter l'orientation. L'« aperçu du déroulement de l'audience » est un résumé concis des questions posées lors de l'audience, des réponses de l'accusé et des requêtes des parties en indiquant aux références figurant dans le dossier respectif.
77. Le Tribunal fédéral constate ainsi l'absence de trace écrite effective. Il reprend la motivation de l'arrêt précité, à savoir que le procès-verbal sert d'une part de base à l'établissement des faits de l'affaire. D'autre part, il permet de vérifier si les règles de procédure ont été respectées et il garantit ainsi que la procédure soit correcte au regard de l'Etat de droit. Enfin, il permet à la juridiction ainsi qu'à tout organe de recours de contrôler l'exactitude du contenu ainsi que la régularité procédurale d'une décision attaquée. Les dispositions relatives au procès-verbal des interrogatoires sont obligatoires. Leur respect est une condition préalable à la validité du procès-verbal et, selon l'art. 141 al. 2 CPP, une condition préalable à l'exploitation de la déclaration⁷⁵. L'enregistrement avec des supports techniques peut compléter le procès-verbal écrit, mais pas le remplacer. La forme écrite ne peut pas être éludée.
78. Toutefois, le Tribunal fédéral n'en déduit pas le même résultat, à savoir l'inexploitabilité de la preuve. Il s'interroge sur la manière de remédier à cette lacune ; autrement dit il se demande si l'annulation de l'arrêt attaqué en vue d'un nouveau procès constitue une

⁷³ TF 6B_492/2012 du 22 février 2013, consid. 1.5.

⁷⁴ ATF 143 IV 408, JdT 2018 IV 34.

⁷⁵ ATF 142 I 86, consid. 2.2, non trad. au JdT ; TF 6B_893/2015 du 14 juin 2016, consid. 1.4.3 ; TF 6B_492/2012 du 22 février 2013, consid. 1.4 et les réf. cit.

conséquence juridique appropriée au regard du principe de la proportionnalité. Il relève que l'autorité de première instance a enregistré la totalité de l'audience principale sur support audio. Ce support contient une vue d'ensemble des débats et permet à l'utilisateur de naviguer efficacement dans les fichiers sonores. Le Tribunal fédéral considère ainsi que cette constellation laisse apparaître un certain procès-verbal existant dans la procédure. Le défaut de trace écrite peut être facilement corrigé en faisant une copie de l'enregistrement audio. Une transcription combinée avec la vue d'ensemble audio remplit ainsi les fonctions attribuées au procès-verbal dans les procédures pénales (notamment s'agissant du contrôle de l'exactitude du contenu et de la régularité de la procédure). Le Tribunal fédéral conclut que le défaut se limite à un enregistrement sonore qui n'est pas uniquement subsidiaire au support écrit mais qui constitue l'enregistrement principal. Puisque cette lacune peut être facilement corrigée, il n'est pas proportionné d'annuler le jugement attaqué en vue d'un nouveau jugement. Le Tribunal fédéral renvoie la cause à l'autorité cantonale, qui donnera instruction au tribunal de première instance de procéder à la retranscription de l'enregistrement sonore par écrit puis poursuivra la procédure d'appel une fois le document écrit réceptionné.

79. Il ne s'agit pas ici d'un retournement de jurisprudence. Les exigences formelles relatives à la tenue des procès-verbaux sont bien des règles de validité. L'appréciation de l'autorité est bien focalisée sur le but et la finalité de la norme. Toutefois, l'exploitabilité de la preuve semble admise lorsque, malgré une administration contraire aux règles, la norme qui a été violée atteint néanmoins le but de protection visé⁷⁶. Le Tribunal fédéral a ainsi, en quelque sorte, créé une nouvelle catégorie de règles sur l'exploitation des preuves. En effet, lorsqu'il estime que le vice peut être facilement corrigé, alors la violation de la règle de validité n'entraîne pas l'inexploitabilité de la preuve.
80. Le raisonnement auquel procède le Tribunal fédéral et les conclusions auxquelles il aboutit semblent conformes à la volonté du législateur : lorsqu'une norme, qui a une finalité protectrice, est

⁷⁶ ATF 143 IV 408, JdT 2018 IV 34.

violée et qu'il ne peut y être remédié qu'en annulant l'acte de procédure accompli, la preuve doit être qualifiée d'inexploitable. Toutefois, dans le Message, le législateur évoque la finalité protectrice de la norme comme critère de distinction entre les règles de validité et les prescriptions d'ordre. Or, dans l'ATF 143 IV 408, le Tribunal fédéral admet qu'il s'agit d'une norme de validité, constate sa violation, puis (à ce stade seulement) se réfère au critère de la finalité protectrice de la norme pour établir si ce but peut ou non être atteint dans le cas d'espèce. On constate donc que c'est la réalisation de ce but de protection qui a en réalité guidé l'appréciation du Tribunal fédéral et conditionné l'exploitabilité du moyen de preuve.

81. Dans cette optique, on peut questionner la sanction rattachée au défaut de signature dont il est question dans l'arrêt non publié du 10 novembre 2011 (TF 1B_608/2011). Le Tribunal fédéral s'est penché sur le défaut de signature d'une décision attaquée. En vertu de l'art. 80 CPP, les décisions sont prises par écrit et motivées ; elles sont signées par la direction de la procédure et le rédacteur du procès-verbal et signifiées aux parties (par. 2). Seules les décisions et ordonnances de procédure simples n'ont pas besoin d'être spécialement rédigées ou justifiées (par. 3). Les décisions de libération ou d'exécution anticipée ne sont pas de simples décisions et ordonnances de procédure. Il ne peut donc pas être renoncé à la signature. Selon le Tribunal fédéral, il s'agit d'une condition de validité, notamment dans l'intérêt de la sécurité juridique. En effet, la signature manuscrite confirme l'exactitude formelle de la copie et sa conformité avec la décision rendue par le tribunal. La décision contestée n'a pas été signée, de sorte qu'elle doit être annulée.
82. Or, comme on l'a vu précédemment, un vice facilement corrigible ne remet pas en question le but protecteur d'une norme. On voit dès lors mal pourquoi une décision qui serait paraphée *a posteriori* par le juge, qui a lui-même rendu la décision et dont il connaît donc parfaitement le contenu, empêcherait de confirmer l'exactitude formelle de la copie et sa conformité avec la décision rendue. Dès lors, la seule distinction entre règle de validité et prescription d'ordre semble donc insuffisante. De plus, une catégorie de règle hybride a été créée par le Tribunal fédéral : la règle de validité dont la violation n'empêche pas la concrétisation du but de protection qu'elle

contient ou dont le vice est facilement corrigé et qui, partant, autorise l'exploitation de la preuve. On peut légitimement se demander si le flou qu'institue l'art. 141 al. 2 et 3 CPP peut être résolu par des critères précis permettant une distinction claire entre les règles de validité et les règles d'ordre. Tel ne semble pas être le cas puisque, en fonction du cas d'espèce, la violation d'une norme de validité n'empêche pas l'exploitation de la preuve. Force est dès lors d'admettre le constat suivant : « *A bad rule of law is not cured by clarification* »⁷⁷.

2. Les règles de prescription d'ordre

83. De manière générale, on peut constater une nette tendance à favoriser l'exploitabilité des preuves. Certaines dispositions sont tout bonnement qualifiées de règles d'ordre de manière affirmative, sans que l'on puisse réellement saisir les motifs qui conduisent à cette conclusion⁷⁸.
84. Revenons brièvement sur le flou constaté entre l'activité policière préventive et répressive : dans la mesure où les éléments recueillis dans le cadre de l'activité préventive sont admis pour être transformés en preuve dans l'hypothèse où le ministère public aurait eu légalement la compétence d'autoriser ou ordonner une telle collecte, la règle essentielle selon laquelle toute mesure de contrainte

⁷⁷ LOEVINGER, 163, citant le constat de American Law Institute, *Model of Code of Evidence 1942*, Introduction, VIII.

⁷⁸ Audition finale du prévenu (art. 317 CPP) : la jurisprudence et la doctrine sont quasiment unanimes sur la qualification de règle d'ordre de cette disposition, sans toutefois qu'on puisse trouver une motivation pertinente sur cette qualification (TF, FP 2017 302, consid. 3.4.2 ; TF 6B_913/2014 du 24 décembre 2014, consid. 2.4 ; TF 6B_518/2014 du 4 décembre 2014, consid. 5.2 ; TF 6B_276/2013 du 28 avril 2014, consid. 3.2.4 ; CR CPP-GRODECKI/CORNU, art. 317 N 1a ; SCHMID/JOSITSCH, *PraxisKommentar*, art. 317 N 4 ; BSK StPO-STEINER, art. 317 N 4 ; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, *Kommentar StPO 2010-LANDSHUT*, art. 317 N 1 ; TF 6B_228/2018 du 22 août 2018, consid. 1.1, le TF a qualifié le délai de 24 heures de l'art. 274 CPP de règle d'ordre ; la doctrine semble reprendre *verbatim* les considérations du TF, sans discuter sa justification en particulier : CR CPP-MÉTILLE, art. 274 N 24 ; BSK StPO-JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, art. 274 N 4 ; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, *Kommentar StPO 2014-HANSJAKOB*, art. 274 N 4.

nécessite un soupçon préalable n'est alors plus qu'une prescription d'ordre⁷⁹.

85. Ce qui précède va dans le sens des considérations faites dans l'analyse de la partie précédente concernant les règles de validité. Il semble en effet que la solution consistant à tracer des limites claires pour distinguer les règles de validité des prescriptions d'ordre ne soit pas adéquate dans la mesure où ce sont les circonstances concrètes du cas d'espèce qui sont foncièrement décisives. S'y ajoute l'attrait de la solution la plus confortable et pratique : le fait de procéder à la distinction entre les règles de validité et les prescriptions d'ordre au cas par cas a pour résultat que les règles sont très souvent qualifiées de prescriptions d'ordre car une qualification en règle de validité entraînerait l'inexploitabilité du moyen de preuve, laquelle devrait être justifiée⁸⁰.
86. L'approche choisie par le législateur poursuit manifestement le but de rendre la justice plus « juste » dans son résultat en permettant de prendre les constellations du cas concret en considération. Toutefois, elle met à risque la sécurité du droit.

IV. Conclusion

87. Notre analyse nous amène à la conclusion que le Code de procédure pénale contient un cadre légal peu clair en matière du droit de la preuve. Bien que l'on puisse comprendre que le législateur ait opté pour une approche pragmatique, guidé par l'envie de ne pas régler la matière trop en détails et d'éviter trop de formalisme, il a transgressé, à notre sens, les limites de l'acceptable sous l'angle des grands principes de base : l'équité de la procédure pénale et la sécurité juridique.
88. Le problème fondamental réside dans le fait que l'on accorde d'un point de vue dogmatique, législatif et jurisprudentiel trop peu d'attention à l'action normative de transformation ou de qualification des éléments recueillis en preuve. Ainsi, la distinction

⁷⁹ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, *Strafprozessrecht*, 126. Cf. également : ACKERMANN/VOGLER, 180 s.

⁸⁰ BSK StPO-GLESS, art. 141 N 74.

entre l'administration et l'exploitation des preuves passe du flou à l'obscurité totale comme nous avons tenté de le démontrer d'un point de vue dogmatique d'abord puis en pratique par rapport à trois domaines spécifiques.

89. Nous avons tenté d'introduire un concept plus clair en mettant en avant la distinction appliquée par le Code de procédure pénale. Après la récolte des éléments provenant d'une pluralité de sources, il faut qu'ils soient évalués selon les critères prescrits aux art. 139, 76 al. 1 en lien avec l'art. 100 al. 1 CPP. S'ils satisfont à ces critères, la qualité de preuve leur sera accordée. Dans l'hypothèse inverse, il ne s'agit pas d'une preuve tout court – par exemple si la documentation de son existence et sa production font défaut. Le juge ne peut pas, dès lors, s'appuyer sur un tel élément pour établir la vérité matérielle comme ce serait le cas pour une preuve.
90. Selon notre perception, la conséquence liée au refus d'accorder le statut de preuve comparée avec la conséquence liée à la décision d'inexploitabilité pourrait se manifester procéduralement : alors que la question de l'inexploitabilité d'une preuve est réservée au juge du fond⁸¹, la question d'attribution de la qualité de preuve pourra être jugée définitivement par l'instance de recours.
91. Or, l'attribution de qualité de preuve n'implique pas, à ce stade, qu'elle soit d'emblée exploitable. Pour arriver à cette conclusion, il faut appliquer le contrôle prévu par le législateur en vertu de l'art. 141 CPP. Ce n'est qu'après la constatation de son exploitabilité que la preuve est apte à établir la vérité matérielle.
92. La mise en œuvre des dispositions du Code de procédure pénale durant les dix ans qui se sont écoulés depuis son entrée en vigueur montrent que le législateur s'est fourvoyé dans la mesure où il a compté sur la jurisprudence pour le développement d'un cadre plus clair sur la base des dispositions en vigueur. La situation légale en matière du droit de la preuve est devenue quasi inexplicable et met en péril la sécurité juridique.
93. Nous en concluons que, en matière du droit de la preuve, la base légale est insuffisamment munie d'instruments utiles pour garantir

⁸¹ JEANNERET/KUHN, N 9015 s.

une procédure pénale juste, équitable et efficace, en particulier si l'on considère que le Code de procédure pénale contient majoritairement des prescriptions d'ordre – ce que notre analyse de la jurisprudence dégage comme tendance.

Bibliographie

ACKERMANN JÜRIG-BEAT/VOGLER PATRICK, Nachrichtendienst und Strafprozess – zur Verwertbarkeit von Beweisen zwischen Systemen, in : Ackermann/Hilf, TOP SECRET Geheimnisschutz und Spionage, EIZ - Europa Institut Zürich vol. 157, 2015, 161-187

ALBERTINI GIANFRANCO/FEHR BRUNO/VOSER BEAT, Polizeiliche Ermittlung: Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zurich/Bâle/Genève 2008

BÜRGE LUKAS, Polizeiliche Ermittlung und Untersuchung, Charakteristik, Abgrenzungen und Auswirkungen auf die Beschuldigtenrechte, Berne 2018

CAPUS NADJA, Das Recht auf Verdolmetschung in der Strafjustiz, *Revue pénale suisse* 2015 IV, 399-419 (cité : CAPUS, *Verdolmetschung*)

CAPUS NADJA, Des algorithmes à risque dans la justice pénale, *Plaidoyer* 2018/6, 20-23 (cité : CAPUS, *Algorithmes*)

COSTER VAN VOORHOUT JILL E.B., Intelligence as legal evidence Comparative criminal research into the viability of the proposed Dutch scheme of shielded intelligence witnesses in England and Wales, and legislative compliance with Article 6 (3) (d) ECHR, *Utrecht Law Review* 2006 2/2, 119-144

DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, 2^e éd., Zurich 2014 (cité : DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, *Kommentar StPO* 2014-Auteur, art. X N Y)

DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR, *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, 1^{ère} éd., Zurich 2010 (cité : DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, *Kommentar StPO* 2010-Auteur, art. X N Y)

DONATSCH ANDREAS/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/WOHLERS WOLFGANG, *Strafprozessrecht*, 2^e éd., Zurich 2014 (cité : DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, *Strafprozessrecht*)

GFELLER DIEGO R./SIEBER OLIVIA, Zwangsmassnahmengerichte : Thanks for nothing ?, *Revue de l'Avocat* 2019 VIII, 329-333

GIGER HANS, Beweisverwertungsverbot im Strassenverkehrsrecht : Nationale und internationale Beweisgrundsätze im Bereich der Beweiserhebung, *Circulation routière* 2019 II, 4-15

GLESS SABINE, Heiligt der Zweck die Mittel? Beweisverbote im vereinheitlichten eidgenössischen Strafprozess, in: Niggli Marcel Alexander, Hurtado Pozo José, Queloz Nicolas (édit.), *Festschrift für Franz Riklin*, Zurich 2007, 399-414 (cité : GLESS, *Beweisverbote*)

GLESS SABINE, Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverboten – strafprozessuale Wahrheitssuche und ihre Grenzen im Rechtsvergleich, *Revue pénale suisse* 2019 I, 1-31 (cité : GLESS, *Rechtsvergleich*)

GRAF DAMIAN K., Beschlagnahmefähigkeit von Befragungsprotokollen und Ermittlungserzeugnissen interner Untersuchungen, *forumpoenale* 2015 VI, 345-350 (cité : GRAF, *Beschlagnahmefähigkeit*)

GRAF DAMIAN K., Strafprozessuale Verwertbarkeit von Befragungsprotokollen interner Untersuchungen, *forumpoenale* 2016 I, 23-39 (cité : GRAF, *Verwertbarkeit*)

GRAF DAMIAN K., Interne Untersuchungen als Grundlage rascher Verfahren, in : Ackermann Jürg-Beat/Hilf Marianne, *Kurzer Prozess, zu kurzer Prozess – im Wirtschaftsstrafverfahren*, EIZ – Europa Institut Zürich Band/n° 191, 2019, 95-111 (cité : GRAF, *Untersuchungen*)

HANSJAKOB THOMAS, Grenzen und Rahmenbedingungen der verdeckten präventiven Tätigkeit der Polizei, *forumpoenale* 2015 I, 33-36

HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD/HARTMANN KARL, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 6^e éd., Bâle 2005

HO HOCK LAI, *The Legal Concept of Evidence*, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford 2015

HÜRLIMANN CORNELIA, *Die Eröffnung einer Strafuntersuchung im ordentlichen Verfahren gegen Erwachsene im Kanton Zürich : unter Berücksichtigung des Entwurfs zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung*, thèse, Zurich 2006

JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ, *Précis de procédure pénale*, 2^e éd., Berne 2018

JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ/PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE (édit.), Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse, CPP, 2^e éd., Bâle 2019 (cité : CR CPP-Auteur, art. X N Y)

KNODEL TANJA, Verdacht und Verdachtsgrade, Revue de l'Avocat 2019 VIII, 320 ss

LÉVY-BRUHL HENRY, La preuve judiciaire : étude de sociologie juridique, Paris 1964

LOEVINGER LEE, Facts, Evidence and Legal Proof, Western Reserve Law Review 1958 vol. 9 n° 2, 154-175

MAGNIN JOSIANNE, Die Polizei : Aufgaben, rechtsstaatliche Grenzen und Haftung, Zurich/Bâle/Genève 2017

MOREILLON LAURENT/PAREIN-REYMOND AUDE (édit.), Petit commentaire CPP, 2^e éd., Bâle 2016 (cité : PC CPP-Auteur, art. X N Y)

MRÁZ MICHAEL, Kuckuckseier im Strafprozess « Interne Untersuchungen », forumpoenale, numéro spécial 2020, 170-176

MÜHLEMANN DAVID, Fairness und Verwertbarkeit unternehmensinterner Untersuchungen, PJA 2018, 468-479 (cité : MÜHLEMANN, *Untersuchungen*)

MÜHLEMANN DAVID, Unternehmensinterne Untersuchungen und strafprozessuale Verwertbarkeit von Mitarbeiterbefragungen, Zurich/St-Gall 2018 (cité : MÜHLEMANN, *Mitarbeiterbefragungen*)

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (édit.), Schweizerische Strafprozessordnung/Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO, 2^e éd., Bâle 2014 (cité : BSK StPO-Auteur, art. X N Y)

PALUMBO GUGLIELMO/KUHN ANDRÉ, Projet Innocence Suisse – ou lorsque la justice pénale condamne à tort, Revue de l'avocat 2020, 80-86

PIQUEREZ GÉRARD/MACALUSO ALAIN, Procédure pénale suisse, 3^e éd., Genève 2011

RAEDLER DAVID, Les enquêtes internes dans un contexte suisse et américain, Instruction de l'entreprise ou Cheval de Troie de l'autorité ?, Lausanne 2018 (= CEDIDAC 101)

RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Schweizerisches Strafprozessrecht : Sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Bâle 2011

SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Schweizerische Strafprozessordnung – Praxiskommentar, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2018 (cité : SCHMID /JOSITSCH, *Praxiskommentar*)

SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2017 (cité : SCHMID /JOSITSCH, *Handbuch*)

THORMANN OLIVIER, Sicht der Strafverfolgung – Chancen & Risiken, in : Romerio/Bazzani (éds.), Interne und regulatorische Untersuchungen II, Zurich 2016, 91-140

THOMMEN MARC/SAMADI MOJAN, The Bigger the Crime, the Smaller the Chance of a Fair Trial ? Evidence Exclusion in Serious Crime Cases Under Swiss, Dutch and European Human Rights Law, *European Journal of Crime, Criminal law and Criminal Justice* 24 (2016), 65-86

VUILLE JOËLLE/ARNOLD JÜRIG, L'appréciation des preuves techniques en matière de circulation routière – les traces numériques, *Circulation routière* 3/2019, 60-68

WEY GREGOR, Der Anfangsverdacht als Abgrenzungskriterium zwischen den kantonalen Polizeigesetzen und der StPO, *Quid ?*, *Fribourg Law Review* 1/2019, 18-21

WOHLERS WOLFGANG/LYNN VERONICA, Das Anwaltsgeheimnis im Strafverfahren, *recht* 2018, 9-24

ZEHNDER STEPHANIE, Die Heilung strafbehördlicher Verfahrensfehler durch Rechtsmittelgerichte, Schmid Jörg (édit.), *Collection LBR - Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft n° 111*, Lucerne 2016

ZIMMERLIN SVEN/GALELLA MARCO, Aspekte der beweismässigen Verwertbarkeit von polizeirechtlich erhobenen Informationen im Strafverfahren, *forum poenale* 2019 V, 374-380