

Requête No 10862/84

Pierre SCHENK

contre

SUISSE

RAPPORT DE LA COMMISSION

(adopté le 14 mai 1987)

TABLE DES MATIERES

Page

I.	INTRODUCTION (par. 1 - 13)	1
	A. La requête (par. 2 - 5)	1
	B. La procédure (par. 6 - 9)	2
	C. Le présent rapport (par. 10 - 13)	3
II.	ETABLISSEMENT DES FAITS (par. 14 - 38)	4
	A. Genèse de l'affaire (par. 15 - 19)	4
	B. Utilisation de l'enregistrement litigieux (par. 20 - 34)	5
	C. Législation pertinente (par. 35 - 36)	23
	D. Eléments de droit comparé (par. 37 - 38)	26
III.	ARGUMENTATION DES PARTIES (par. 39 - 53)	28
	A. Le requérant (par. 40 - 46)	28
	B. Le Gouvernement (par. 47 - 53)	31
IV.	AVIS DE LA COMMISSION (par. 54 - 66)	33
	Opinion dissidente de MM. S. TRECHSEL et H. VANDENBERGHE	39
	Opinion concordante de M. H. DANELIUS à laquelle M. A. WEITZEL et Sir Basil HALL déclarent se rallier	41
	ANNEXE I : Historique de la procédure devant la Commission.	42
	ANNEXE II : Décision sur la recevabilité de la requête.....	44
I.	INTRODUCTION	

1. On trouvera ci-après un résumé des faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties à la Commission européenne des Droits de l'Homme, ainsi qu'une description de la procédure.

A. La requête

2. Le requérant, Pierre Schenk, né en 1912, ressortissant suisse, administrateur, est domicilié à Tartegnin (canton de Vaud). Il est représenté par Me Dominique Poncet, professeur, avocat au barreau de Genève. Le Gouvernement défendeur est représenté par son Agent M. Olivier Jacot-Guillarmod, Chef du Service des Affaires internationales à l'Office fédéral de Justice.

3. La requête a trait à l'admission, comme moyen de preuve, d'un enregistrement clandestin d'une conversation téléphonique.

4. En 1981 un nommé R.P., à qui le requérant avait confié plusieurs missions, a pris contact avec Mme Schenk, en instance de divorce, en prétendant qu'il avait été chargé par le requérant de la supprimer. Ils en ont informé le juge d'instruction qui a ouvert une enquête. En exécution d'une commission rogatoire décernée en France, R.P. a été entendu par la police française en présence d'un représentant de la police suisse. R.P. a remis à la police suisse une cassette contenant l'enregistrement d'un entretien téléphonique entre le requérant et R.P., effectué par ce dernier à l'insu du requérant. Cet enregistrement dont la fidélité avait été contestée par le requérant, a été versé au dossier ouvert par le juge d'instruction.

5. Inculpé d'instigation à assassinat, le requérant a bénéficié ensuite d'une ordonnance de non-lieu. Suite à un recours du ministère public le requérant a été cependant renvoyé en jugement devant le tribunal criminel de Rolle.

Par jugement du 13 août 1982 le requérant a été condamné à dix ans de réclusion pour tentative d'instigation à assassinat. Le tribunal s'est fondé en partie sur l'enregistrement litigieux.

Le requérant a formé un recours en cassation alléguant notamment que l'enregistrement n'avait été ni ordonné ni pratiqué par l'autorité compétente et qu'il avait été l'élément principal sur lequel s'était fondé le tribunal de Rolle. Le 15 novembre 1982, la Cour de cassation pénale du canton de Vaud a rejeté le recours.

Contre cet arrêt le requérant a déposé au Tribunal fédéral un recours de droit public et un pourvoi en nullité. Par arrêts du 7 septembre 1983, le Tribunal fédéral a rejeté ces recours.

En décembre 1984, le requérant a bénéficié d'une mesure de grâce partielle, comportant remise de la peine qui restait encore à subir.

B. La procédure

6. La requête a été introduite le 6 mars 1984 et enregistrée le 26 mars 1984. Après un examen préliminaire par le Rapporteur, la Commission a décidé le 4 décembre 1984 de donner connaissance de la requête au Gouvernement défendeur et d'inviter celui-ci à présenter par écrit ses observations sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête (article 42 par. 2 b) du Règlement intérieur).

Le 8 mars 1985, le Gouvernement défendeur a présenté ses observations sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête. Le 11 avril 1985, le Gouvernement a présenté des observations complémentaires. Le conseil du requérant y a répondu le 7 mai 1985. Le 5 juillet 1985, la commission a décidé d'inviter les parties à lui présenter oralement des observations sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête (article 42 par. 3 b) du Règlement

intérieur). Le 12 février 1986, le requérant a présenté des observations complémentaires.

7. Le 6 mars 1986, la Commission a tenu l'audience à laquelle le Gouvernement était représenté par son Agent, M. Olivier Jacot-Guillarmod, Chef du Service des Affaires internationales à l'Office fédéral de la Justice, assisté de M. Clemy Vautier, Juge au tribunal cantonal du canton de Vaud, et de M. Philippe Boillat, du Service des affaires internationales à l'Office fédéral de la Justice. Le requérant qui a assisté personnellement à l'audience, y était représenté par Me Dominique Poncet, professeur, avocat au barreau de Genève, assisté de Me Jean Luthy et Me Eric Stoudmann (Lausanne), et de Me Alain Berger et Me Michel Hottelier (Genève).

Après l'audience et après délibérations la Commission a décidé le 6 mars 1986 de déclarer irrecevable le grief portant sur la confection de l'enregistrement litigieux et de déclarer la requête recevable, pour le surplus, tous moyens de fond réservés.

8. La décision sur la recevabilité a été communiquée le 25 avril 1986 aux parties, conformément à l'article 43 du Règlement intérieur. Les observations du Gouvernement du 3 juin 1986 et du requérant du 11 juin 1986 sur le bien-fondé de la requête sont parvenues les 10 et 13 juin 1986 respectivement. Le Gouvernement a produit le 4 juillet 1986 des pièces complémentaires. Le requérant a présenté le 8 juillet 1986 des commentaires complémentaires. Le 29 octobre 1986, le Gouvernement a soumis à la Commission un complément d'information. Le requérant y a répondu le 5 janvier 1987.

9. Après avoir déclaré la requête recevable, la Commission, conformément à l'article 28 b) de la Convention, s'est mise à la disposition des parties en vue de parvenir à un règlement amiable de l'affaire. Des consultations suivies ont eu lieu avec les parties entre le 11 mars 1986 et le 1er août 1986. Vu l'attitude adoptée par les parties, la Commission constate qu'il n'existe aucune base permettant d'obtenir un tel règlement.

C. Le présent rapport

10. Le présent rapport a été établi par la Commission, conformément à l'article 31 de la Convention, après délibérations et votes, en présence des membres suivants :

MM. C.A. NØRGAARD, Président
J.A. FROWEIN
G. JØRUNDSSON
S. TRECHSEL
B. KIERNAN
A.S. GØZÜBÜYÜK
A. WEITZEL
J.C. SOYER
H. DANELIUS
G. BATLINER
H. VANDENBERGHE
Mme G.H. THUNE
Sir Basil HALL

11. Le texte du présent rapport a été adopté par la Commission le 14 mai 1987 et sera transmis au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, conformément à l'article 31 par. 2 de la Convention.

12. Ce rapport a pour objet, conformément à l'article 31 par. 1 de la Convention :

- (i) d'établir les faits, et
- (ii) de formuler un avis sur le point de savoir si les faits

constatés révèlent de la part de l'Etat intéressé une violation des obligations qui lui incombent aux termes de la Convention.

13. Sont joints au présent rapport un tableau retraçant l'historique de la procédure devant la Commission (ANNEXE I) et le texte de la décision de la Commission sur la recevabilité de la requête (ANNEXE II).

Le texte intégral de l'argumentation écrite et orale des parties ainsi que les pièces soumises à la Commission sont conservés dans les archives de la Commission.

II. ETABLISSEMENT DES FAITS

14. La requête, déclarée recevable à l'exception du grief portant sur la confection de l'enregistrement litigieux, concerne essentiellement l'utilisation de l'enregistrement comme moyen de preuve. Avant d'établir les faits relatifs aux griefs déclarés recevables, il apparaît nécessaire d'exposer brièvement la genèse de l'affaire.

A. Genèse de l'affaire

15. Le requérant s'est marié en 1947. En raison de graves difficultés les époux ont cessé la vie commune et, en 1974, le requérant a déposé une demande de divorce. Celui-ci a été prononcé par un jugement du 10 décembre 1981.

16. Le 28 février 1981, le requérant s'est rendu à Annemasse dans une agence de publicité afin de faire passer, sous le faux nom de Pierre Rochat, domicilié à Lyon, une annonce dont le texte était le suivant :

"Cherche ancien légionnaire ou même genre pour missions occasionnelles, offre avec numéro tél. adresse et curriculum vitae à RTZ 81 poste restante CH Bâle 2."

A la suite de cette annonce le requérant a choisi un certain R.P. qu'il a rencontré à plusieurs reprises et à qui il a confié plusieurs missions, entre autres celles de se rendre à Haïti en mai 1981. R.P. a reçu à plusieurs reprises de l'argent de la part du requérant.

Au début de juin 1981 le requérant a été hospitalisé pour une opération. Arrivé en Suisse le 12 juin 1981, R.P. a téléphoné à Mme Schenk le 18 juin. Il l'a rencontrée le lendemain et lui a indiqué avoir été chargé par le requérant de la supprimer. Après avoir évoqué la possibilité de supprimer le requérant, ou encore que Mme Schenk disparaisse pour permettre à R.P. de toucher une prime, tous deux se sont rendus chez le juge d'instruction du canton de Vaud le 20 juin 1981, qui a ouvert une enquête.

17. Le 20 juin 1981, le juge d'instruction du canton de Vaud a procédé à l'audition de R.P., puis a chargé les inspecteurs Rochat et Messerli de la police de sûreté vaudoise de l'entendre de manière détaillée, ce qui fut fait le jour même.

Le juge a entendu Mme Schenk "verbalement", c'est-à-dire sans établir un procès-verbal de ses déclarations.

R.P. et Mme Schenk ont été réentendus par la police vaudoise le 21 juin 1981.

18. Le 22 juin 1981, le juge a décerné une commission rogatoire en France. Il a demandé que, dans le cadre d'une enquête qu'il instruisait contre inconnu pour tentative d'assassinat, un certain

nombre de recherches fussent faites et que l'inspecteur Messerli fût autorisé à assister aux opérations requises. En particulier, le juge a estimé qu'

"il serait nécessaire de connaître les activités de R.P. de mars à juin 1981 à Paris, de prendre des renseignements sur sa personnalité. Il serait également nécessaire de savoir s'il est vrai que R.P. a vu le nommé Schenk, qu'il aurait rencontré au Grand Hôtel, et avec lequel il serait allé acheter un billet d'avion à destination de Haïti."

Le 23 juin 1981, l'autorité compétente de l'Etat requis, la Brigade criminelle de la Direction de la police judiciaire de Paris, a dressé un procès verbal d'ouverture de la commission rogatoire.

Le 24 juin 1981, en exécution de la commission rogatoire, R.P. a été entendu par la police française en présence de l'inspecteur Messerli de la police vaudoise. Dans son audition R.P. a notamment déclaré ce qui suit :

"M. Schenk Pierre va certainement se manifester prochainement pour me demander des détails au sujet de l'exécution de son épouse Josette Schenk. Il devrait me faire parvenir ou m'apporter l'argent promis, soit 40.000 dollars. Vous m'avez convoqué dans vos locaux et je vous demande de m'orienter au sujet de mon comportement à avoir lorsque M. Schenk me contactera."

19. R.P. s'attendant à un imminent appel du requérant, a installé au domicile de sa mère à Houilles (environs de Paris) un enregistreur à cassettes relié par un micro à l'écouteur secondaire du poste téléphonique. D'une cabine téléphonique de Saint-Loup (Suisse), le requérant a appelé R.P. le 26 juin 1981 vers 9 heures 30. R.P. a enregistré cette communication.

B. Utilisation de l'enregistrement litigieux

a) Remise de la cassette contenant l'enregistrement aux autorités suisses

20. Après avoir effectué le 26 juin 1981 l'enregistrement d'un appel téléphonique du requérant, R.P. a appelé une demi-heure après, c'est-à-dire à 10 heures environ, la Brigade criminelle de Paris où on lui a passé M. Messerli, inspecteur de la police de sûreté vaudoise qui se trouvait à ce moment dans les locaux de la police française et qui avait prévu de regagner Lausanne le même jour par le train de midi.

R.P. a informé M. Messerli que le requérant avait téléphoné et qu'il avait enregistré la conversation. R.P. a fait entendre par téléphone cet enregistrement à M. Messerli et lui a demandé s'il souhaitait qu'il apportât la cassette. M. Messerli a accepté la proposition et en a informé ses collègues français présents. A peu près une heure plus tard, R.P., qui a fait le trajet par les transports publics, s'est présenté dans le bureau de la police française où se trouvaient M. Messerli et ses collègues français. R.P. a remis directement la cassette à M. Messerli.

b) Sort ultérieur de la cassette et procédure suivie jusqu'à l'audience de jugement

21. L'inspecteur Messerli de la police vaudoise qui avait fait un rapport téléphonique le 25 juin 1981 au juge d'instruction du canton de Vaud, a rapporté la cassette à Lausanne le 26 juin 1981. Poursuivant ses opérations dont il avait été chargé par le juge, M. Messerli a fait entendre le 30 juin 1981 l'enregistrement à Mme Schenk pour identification de la voix du requérant. Le même jour, le juge a

décerné un mandat d'amener contre le requérant.

Le 1er juillet 1981, le juge d'instruction a fait procéder à l'arrestation du requérant. Le juge a chargé les inspecteurs de police Rochat et Messerli de procéder à la confrontation entre R.P. et le requérant. Ce jour, l'enregistrement a été passé par les inspecteurs devant le requérant. Le même jour, le juge s'est rendu dans les locaux de la police et a procédé à l'audition du requérant, ainsi qu'à son inculpation. Le juge s'est entretenu aussi avec le défenseur du requérant qui a été autorisé à voir son client.

Le 2 juillet 1981, le juge s'est entretenu avec les inspecteurs qui lui ont fait un rapport sur les résultats de la confrontation entre R.P. et le requérant. Le juge a ordonné la mise en liberté du requérant. Le même jour, les inspecteurs de la police ont remis la cassette au juge qui l'a versé au dossier, sous enveloppe. La cassette est demeurée au dossier sauf pour la réalisation d'une expertise (cf. ci-après).

Le juge a fait établir une retranscription de la cassette, qui a été versée au dossier le 13 juillet 1981. Les inspecteurs Messerli et Rochat ont établi le 6 août 1981, à l'intention du juge d'instruction, un rapport circonstancié de l'affaire. Le 14 août 1981, le dossier a été communiqué à l'avocat du requérant ; il a été restitué le même jour. Le 11 septembre 1981, l'avocat du requérant a requis une expertise aussi complète que possible de la cassette, considérant que l'enregistrement ne restituait pas fidèlement et complètement la conversation téléphonique ; l'avocat a également demandé une enquête complète sur R.P.

Le 23 septembre 1981, le juge d'instruction a fait remettre la cassette, pour examen, à S.K., spécialiste réputé qui dirige une fabrique d'enregistreurs. J.-C. S. de cette maison a procédé avec S.K. à l'expertise. Il a disposé également de l'enregistreur utilisé par R.P., enregistreur qui a été séquestré le 1er octobre 1981 au domicile de R.P. par la police française en présence de M. Messerli, à la suite d'une demande de l'expert. La cassette a été restituée au juge le 29 octobre 1981. Le rapport de l'expert a été communiqué le 19 novembre 1981 au juge.

22. Le 3 février 1982, le juge d'instruction a rendu une ordonnance de non-lieu. Il en résulte ce qui suit :

" ...

Considérant qu'un certain nombre d'indices viennent étayer, à première vue, les accusations de R.P.,

qu'ainsi, il est étrange que Pierre Schenk ait soigneusement caché sa véritable identité à R.P. et cherché à brouiller toutes les pistes menant à lui (recherche d'un légionnaire dans un journal français, annonce sous un faux nom, usage d'une case postale à Bâle, téléphones unilatéraux à R.P., etc.), ...

que l'enregistrement de la conversation téléphonique du 26 juin 1981 entre Pierre Schenk et R.P. n'est certainement ni tronquée, ni altérée,

qu'elle paraît confirmer les accusations de R.P.,

qu'une audition très attentive laisse toutefois subsister un doute quant à une parfaite compréhension entre les interlocuteurs, Pierre Schenk donnant notamment l'impression de ne pas saisir très bien ce que sous-entend R.P.,

que la personnalité de R.P., ses antécédents, les explications et propos tenus à Josette Schenk sont tels qu'on ne peut

accorder une confiance totale à ses explications, ...

qu'en résumé les accusations de R.P. et les indices recueillis paraissent insuffisants pour renvoyer Pierre Schenk en tribunal ; ..."

23. Le ministère public du canton de Vaud a interjeté le 23 février 1982 un recours contre cette ordonnance.

Le requérant a répondu à ce recours par un mémoire du 8 mars 1982. Il considère que le personnage principal n'est pas le requérant, mais R.P. qui selon les renseignements obtenus "a été légionnaire, maître d'hôtel dans la marine militaire, cascadeur, agent de protection, indicateur de la police italienne, employé de cirque, chômeur". Le requérant estime que le ministère public a raison de recommander l'audition de l'enregistrement qui n'est pas, aux yeux du requérant, accablant pour lui. Le requérant estime que R.P. n'était le jour de l'enregistrement qu'un agent provocateur de la police.

Le 21 avril 1982, le tribunal d'accusation du tribunal cantonal du canton de Vaud a décidé de renvoyer le requérant devant le tribunal criminel du district de Rolle comme accusé de tentative d'instigation à assassinat. Le 10 juin 1981, le tribunal d'accusation a ordonné la mise en détention préventive du requérant. Sur recours de celui-ci, le tribunal a ordonné le 22 juin 1982 la mise en liberté du requérant.

c) Audience de jugement

24. L'audience devant le tribunal criminel du district de Rolle a duré du 9 au 13 août 1982. Le tribunal était composé d'un président (magistrat professionnel), de deux juges (magistrats non professionnels, l'un agriculteur et l'autre agriculteur-viticulteur) et de six jurés (quatre agriculteurs, un secrétaire communal et un garde de triage). Le requérant était assisté par son avocat Me J. Luthy.

D'entrée de cause, le requérant a déposé des conclusions incidentes tendant à ce que l'enregistrement litigieux fût écarté du dossier. Le requérant a fait valoir en substance que l'enregistrement n'avait ni été autorisé ou ordonné par l'autorité compétente, ni été pratiqué par celle-ci. Le tribunal a débouté le premier jour d'audience le requérant de ses conclusions incidentes, considérant notamment que l'enregistrement

"a été fait par R.P., l'homme de main mandaté par l'accusé, que cet homme de main a déclaré l'avoir fait dans les circonstances suivantes :

'J'ai mis la cassette dans l'enregistreur que je possédais (...). J'ai relié l'appareil au moyen d'un micro d'origine sur l'écouteur secondaire du poste téléphonique situé dans l'appartement de ma mère. Pour fixer le micro sur l'écouteur, j'ai utilisé du scotch d'emballage, de couleur marron ;'

que cet enregistrement n'a pas été autorisé ou ordonné par l'autorité compétente,

qu'à ce titre, en enregistrant Pierre Schenk à son insu, R.P. pourrait avoir commis l'infraction réprimée par l'art. 179ter CP ;

considérant que ce n'est toutefois pas un motif suffisant d'ordonner le retranchement de cet enregistrement du dossier,

qu'en effet, l'art. 179ter CP n'est applicable que s'il y a une plainte, que Pierre Schenk n'a pas déposée,

qu'ainsi, l'homme de main ne serait de toute façon plus punissable ;

considérant que de toute manière le contenu de l'enregistrement aurait pu figurer au dossier, soit parce que le juge d'instruction aurait mis sous surveillance l'appareil de R.P., soit simplement parce qu'il suffirait d'entendre R.P. comme témoin sur le contenu de l'enregistrement,

qu'entrer dans les vues de l'accusé, reviendrait à supprimer une bonne partie des preuves des dossiers pénaux."

25. Le président a procédé toujours le premier jour d'audience, à l'audition de l'enregistrement. Cette audition a eu lieu en audience publique, dans la salle du tribunal, au moyen d'un lecteur de cassette avec deux haut-parleurs, que le président avait fait installer par une maison spécialisée. L'audition s'est faite en présence des membres du tribunal (qui en ont pris connaissance à cette occasion, à l'exception du président) et des parties.

A l'écoute de la bande enregistrée, on constate qu'une personne inconnue répond à l'appel téléphonique du requérant et lui passe R.P. Le requérant demande à R.P. ce qu'il devient et le dialogue suivant s'engage :

R.P. : Voilà. Le tra...

Requérant : Je me demandais ce que vous fa..., ce que vous deveniez.

R.P. : Oui, non, parce qu'il y a eu des petits problèmes et je n'ai pas, je n'ai pu faire le travail que le 23.

Requérant : Le 23 ?

R.P. : Oui, le lundi 23. Lun..., lun..., je crois que c'était le 23 là.

Requérant : Mais où est-ce que ça c'est passé ?

R.P. : Comment ?

Requérant : Où est-ce que ça c'est passé ?

R.P. : Ben j'ai été chercher des amis en Italie parce que on n'arrivait pas à faire le, parce que comme vous m'aviez dit il y avait comment, il y avait toujours des voisins,

etc... J'y suis allé deux fois et deux fois on m'a vu alors, j'ai attendu qu'elle parte pour aller à la clinique et on a fait un accrochage en voiture ; pour faire le constat, et après ben ben ça c'est passé comme ça. Mais enfin je ne sais pas parce que alors le corps, on a pris la voiture et on l'a et je l'ai porté du côté de Montreux. Je ne sais pas si ça a encore été découvert parce que je ne l'ai pas vu dans la presse ?

Requérant : Mais qu'est-ce que vous allez faire maintenant ?

R.P. : Comment ?

Requérant : Qu'est-ce qui va se passer maintenant ?

R.P. : Ben maintenant je fais le, celui de Paris non ?

Requérant : Hein ?

R.P. : Je fais Paris.

Requérant : Non, mais j'entends au point de vue du travail ?

R.P. : Et bien je ne sais pas moi. Enfin y... y... Le travail a été fait c'est tout.

Requérant : Le travail a été fait et on n'a pas été averti, c'est drôle.

R.P. : Ben moi je n'ai pas vu dans les journaux non plus encore, enfin c'est quand même, comment je dis, c'est je l'ai caché je ne l'ai pas laissé comme ça...

Requérant : Bon, écoutez, c'est pas compliqué, moi je vous rappelle dans, dans 8 jours.

R.P. : Dans 8 jours ?

Requérant : Vous êtes par là dans 8 jours ?

R.P. : Oui, je serai à Paris, oui.

Requérant : Oui oui je je, je vous suis hein ?

R.P. : D'accord.

Requérant : Bon. Parce que moi y on ne sait, on n'a rien appris.

Le téléphone se termine par des salutations.

26. Le ministère public n'a pas fait citer de témoins à l'audience.

Le tribunal a cité d'office à comparaître à l'audience les personnes suivantes : R.P., Mme Schenk et H.R. comme témoins, ainsi que S.K. en qualité d'expert.

La défense a fait citer les témoins suivants : R.F., J.M.-Z. et G.G.

A la seule exception de H.R., qui ne s'est pas présenté, tous les témoins ont été entendus par le tribunal à l'audience du 9 août 1982.

Par ailleurs, J.-C. S., collaborateur de l'expert S.K., a été entendu à la place de ce dernier, lors des audiences des 9 et 10 août 1982.

Il n'a pas été tenu de procès-verbaux des dépositions à l'audience de jugement où les débats se déroulent oralement (cf. art. 325 al. 2 CPP). Le président a donné lecture des pièces qui lui paraissaient nécessaires, à savoir l'arrêt de renvoi du tribunal d'accusation, et tout ou partie de rapports de police, notamment celui du 6 Août 1981, et les rapports de renseignements. Le président a donné lecture de pièces produites par le requérant. Il a donné satisfaction à des demandes de lecture de pièces présentées tant par le procureur général que par la défense. En revanche, il n'a pas donné lecture des dépositions faites en cours d'enquête (cf. art. 341 al. 2 CPP), sauf celle du témoin H.R., absent.

Au cours de l'enquête avaient été entendus les témoins suivants : R.P., Mme Schenk, H.H., H.R. par le juge d'instruction lui-même ; ainsi que H.S., N.F. et C.H., lors de commissions rogatoires, ces dernières auditions concernant l'annonce du requérant faite par l'intermédiaire d'une agence française de publicité et la délivrance à R.P. d'un billet de voyage par une agence française de voyages. Il s'ensuit que R.P. et Mme Schenk ont été entendus à la fois au cours de l'enquête et à l'audience. M. Messerli n'a pas été

cité, d'office ou sur réquisition soit du Ministère public, soit de la défense, à comparaître. Il n'a donc pas été entendu à l'audience.

En vertu du CPP les juges disposent du dossier dès l'ouverture des débats. Exceptionnellement, le président peut le leur communiquer auparavant (art. 333). Il n'a pas été fait usage de cette possibilité en l'espèce. Les jurés disposent également du dossier dès l'ouverture des débats. A la différence des juges, ils ne peuvent en avoir connaissance avant (art. 386).

d) Jugement

27. Par jugement du tribunal criminel de Rolle en date du 13 août 1982, le requérant a été reconnu coupable de tentative d'instigation d'assassinat (cf. art. 24 al. 2 CP). Il a été condamné à la peine minimale légalement possible, soit à dix ans de réclusion.

Il ressort du jugement ce qui suit (1) :

Le 28 février 1981, le requérant s'est rendu à Annemasse (France) dans une agence de publicité afin de faire passer, sous le faux nom de Pierre Rochat, domicilié à Lyon, une annonce dont le texte était le suivant :

"Cherche ancien légionnaire ou même genre pour missions occasionnelles, offre avec numéro tél. adresse et curriculum vitae à RTZ 81 poste restante CH Bâle 2."

A la suite de cette annonce le requérant a choisi R.P., à qui il a confié certaines missions.

La première mission consistait selon R.P. à tuer H.R., une relation d'affaires du requérant ; selon ce dernier, il ne s'agissait que de donner une "correction" à H.R. Le tribunal n'a pas réussi à se forger une conviction au sujet de la mission réellement confiée à R.P. Une autre mission, consistant à donner une "correction" à H.-A. E., soupçonné par le requérant d'avoir des relations avec son épouse, n'a reçu aucun commencement d'exécution.

(1) Les personnes sont désignées par leurs initiales à l'exception du requérant et de Mme Schenk.

28. Le requérant a, d'autre part, confié à R.P. une mission concernant Mme Schenk. On trouvera ci-après le texte du jugement y relatif.

"Selon la version de l'accusé (c'est-à-dire le requérant), R.P. devait le renseigner sur trois points :

"- déterminer quel montant Mme Schenk avait touché dans la succession de son père ;

"- savoir si elle se faisait construire une maison en Haïti ;

"- savoir si elle avait dans ce pays des ressources, notamment en raison d'une liaison qu'il ne connaissait pas.

" Une quatrième chose l'intéressait aussi, soit savoir si son épouse avait eu des contacts avec les milieux des stupéfiants.

" Dans la version de R.P., il s'agissait d'aller en Haïti, d'exécuter Mme Schenk, moyennant paiement de 40 000,- dollars, en égarant les pistes en simulant un viol, un cambriolage, ou un accident. Il est constant qu'à fin avril 1981, Schenk s'est rendu

"avec R.P. dans une agence de voyages à Paris. Il lui a payé par Fr. "8 667,- français, un forfait touristique de quinze jours en Haïti et "lui a remis en outre Fr. 4 000,- suisses, soit environ Fr. 10 000,- "français pour ses frais. R.P. est parti pour Haïti le 27 avril 1981. "Il s'est installé à Port-au-Prince, endroit où Mme Schenk séjourne "les trois-quarts de l'année. Pierre Schenk avait remis à R.P. une "photo de sa femme, pour qu'il puisse l'identifier. Josette Schenk a "quitté Port-au-Prince le 5 mai 1981, et elle est rentrée en Suisse. "Constatant que Josette Schenk n'était pas en Haïti, R.P. a fini son "séjour et il est rentré en France le 11 mai, sans d'ailleurs avoir "obtenu un quelconque renseignement, si ce n'est un seul élément, "inexact, savoir que le mari de Josette Schenk était décédé. De "retour en France, R.P. a été contacté par Schenk à une date qui n'a "pas été établie exactement, mais qui doit être le 14 (selon Schenk), "le 15 ou 16 mai (selon R.P.), Schenk prétend avoir appelé R.P. depuis "la France. C'est possible, encore que ce ne soit pas établi. Mais "il n'est pas établi non plus qu'il l'ait appelé depuis la Suisse. "Lors de ce téléphone, Schenk a appris que R.P. revenait bredouille de "Haïti. Il l'a chargé alors de venir continuer sa mission en Suisse. "Selon R.P., il devait tuer Josette Schenk dans la semaine du 12 au 18 "juin. Selon Schenk, R.P. ne devait justement pas venir cette semaine "en Suisse, parce que c'était la date où la fille de dame Schenk "devait accoucher. Depuis ce moment, il ne semble pas y avoir eu de "contact direct entre Schenk et R.P. jusqu'au 26 juin 1981, date à "laquelle Schenk a téléphoné à R.P. On y reviendra ci-dessous. Le 24 "mai 1981, R.P. a envoyé un télégramme à RTZ 81, télégramme dont la "teneur est la suivante : 'Besoin contacts'. A l'époque, R.P. "ignorait totalement qui se cachait sous l'identité de RTZ 81. "Quelques jours après, soit le 1er juin 1981, alors qu'il entrait à "l'hôpital de St-Loup pour une opération et qu'il avait fait croire à "R.P. qu'il serait absent pour deux mois en Extrême-Orient, Schenk a "envoyé Fr. 3 500,- suisses à R.P. dans une enveloppe expédiée "d'Eclépens à l'adresse RD poste restante, 1003 Lausanne-Gare. "L'accusé a été opéré au début du mois de juin. Le 12 juin, R.P. est "venu en Suisse et s'est mis en quête de Mme Schenk. Il a pris "contact avec elle par téléphone le 18 juin au soir, après avoir pris "la décision, selon ses dires, de renoncer à ce qu'il dit avoir été sa "mission, soit de tuer Mme Schenk, soit parce qu'il devait attendre le "soi-disant retour de RTZ 81 dans deux mois, pour avoir encore de "l'argent, soit parce qu'il se serait rendu compte que quelque chose "ne jouait pas dans les explications que lui avait donné RTZ 81. Le "19 juin, R.P. a rencontré Mme Schenk. Il lui a expliqué qu'il était "chargé de la supprimer. Mme Schenk, effrayée, a demandé à R.P. sur "l'ordre de qui, et après quelques explications, elle dit avoir "réalisé que l'ordre émanait de son mari. R.P. a alors proposé à Mme "Schenk de disparaître quelque temps pour qu'il puisse toucher la "prime. Il lui a suggéré, à défaut, de supprimer l'accusé. "Finalement R.P. et Mme Schenk sont allés raconter leur histoire à la "Police et, le 20 juin 1981, l'enquête démarrait. R.P. a été entendu "le 20 juin en Suisse et le 24 juin par la Police française. Le 26 "juin 1981, ayant reçu le télégramme du 24 mai, Pierre Schenk a "rappelé R.P. depuis l'hôpital de St-Loup. R.P., qui savait que RTZ "81, soit Pierre Schenk, l'appellerait un jour ou l'autre, a installé "une cassette dans l'enregistreur qu'il possédait depuis une année "environ, appartenant à son frère. Il a relié l'appareil au moyen "d'un micro d'origine directement sur l'écouteur secondaire du poste "téléphonique situé dans l'appartement de sa mère. Il a fixé le micro "sur l'écouteur au moyen de scotch. Schenk a appelé depuis une cabine "téléphonique, quand bien même il avait le téléphone dans sa chambre "d'hôpital. Il dit avoir utilisé sept pièces de Fr. 1,- pour cette "communication, mais ce fait n'a pas été établi.

(Suit la retranscription de l'enregistrement cf. par. 25
ci-dessus)

" Le téléphone se termine par des salutations. R.P. l'a reçu "aux alentours de 09 heures 30. A 10 heures il appelait la Brigade

"criminelle de Paris et vers midi, après avoir fait le trajet de
"Houilles à Paris, il apportait la cassette à l'inspecteur chargé de
"l'enquête. Cette cassette a fait l'objet d'une expertise, d'où il
"ressort que :

- "- le ruban de la cassette n'a pas été 'monté', c'est-à-dire édité
" par le moyen traditionnel de coupures et collages ;
- "- les caractéristiques d'enregistrement correspondent exactement à
" l'enregistreur ;
- "- il n'y a pas sur le ruban des restes utilisables d'autres
" enregistrements ;
- "- le bruit de fond de l'enregistrement est très élevé, ce qui est
" normal, vu le genre du matériel utilisé et la technique
" d'enregistrement. Mais il en résulte qu'il n'est pas possible
" d'affirmer qu'il ne s'agit pas d'une copie.

" L'expert a précisé qu'il était imaginable que la conversation
"ait d'abord été enregistrée, puis le ruban ait été 'monté',
"c'est-à-dire que des passages aient été éliminés ou que l'ordre des
"mots ait été modifié, ou que des passages provenant d'autres
"enregistrements aient été ajoutés. Finalement, le ruban ainsi obtenu
"aurait pu être copié sur le magnétophone examiné. L'expert a encore
"précisé n'avoir 'trouvé aucun élément' qui permette de penser qu'il
"s'agisse d'une telle copie ; que cela ne voulait pas dire que cela
"n'en soit pas une, seulement qu'un montage aurait supposé un
"opérateur très compétent, disposant d'un matériel perfectionné, et
"d'un certain temps. A l'audience, l'expert a encore précisé sa
"pensée de la manière suivante : Il expose qu'il a détecté quatre
"points de discontinuité ; qu'il n'a pas pu prouver de coupe ; qu'il
"est quasi-sûr qu'un montage n'a pas pu être fait, un tel montage
"aurait nécessité, même avec un équipement prêt à travailler, une
"journée de travail. L'expert précise encore que, dans l'hypothèse la
"plus favorable, tant en ce qui concerne le matériel à disposition que
"l'endroit où techniquement un passage peut être simplement éliminé la
"suppression d'un élément nécessiterait une heure à une heure et demi
"de travail. Il précise qu'il n'a pas détecté la suppression d'un
"passage.

" Entendu au sujet de cet enregistrement, l'accusé a admis que
"c'était sa voix. Il a déclaré qu'il ne se souvenait pas qu'on ait
"parlé d'un corps et qu'il avait l'impression que l'enregistrement
"avait été raccourci.

" Le tribunal, fondé sur les constatations de l'expert, admet
"que l'enregistrement qui figure au dossier est la réplique fidèle de
"l'entretien du requérant et de R.P. le 26 juin 1981. Il estime,
"compte tenu de l'absence d'indices d'un quelconque maquillage, et du
"peu de temps dont a disposé R.P. entre l'appel téléphonique et la
"remise de la cassette à la police, qu'un montage de la bande est
"exclu. Par ailleurs, compte tenu du fait que l'enregistrement
"contient les salutations initiales et finales, la simple suppression
"du début ou de la fin de l'enregistrement sans montage, n'entre pas
"en ligne de compte.

" Les 23 et 26 juin 1981, R.P. a envoyé deux télégrammes à RTZ
"81, disant, le premier : Lausanne OK. Paris OK avant 30. Besoin US
"d. pour cigarettes, et le second : contrat effectué. Vérifier
"Lausanne-Montreux, pas possible preuves. Attends moitié US d.
"contrat avant HR Paris dispositions. Schenk ne semble pas avoir reçu
"ces télégrammes.

" Recherchant les circonstances générales de la cause, le
"tribunal a constaté que les époux Schenk, séparés par une différence
"d'âge d'une quinzaine d'années, se sont mariés en 1947. Jusqu'en

"1969, il n'est pas apparu que ce ménage ait connu des difficultés
"notables. Il est cependant constant que dame Schenk s'est toujours
"sentie très seule. En mai 1972, alors que dame Schenk était à la
"clinique, l'expert A. est venu lui parler d'un projet de contrat de
"mariage et de pacte successoral que Pierre Schenk avait fait
"préparer. Ce projet qui prévoyait la séparation de biens, stipulait
"pour l'essentiel renonciation par Josette Schenk de tous ses droits
"dans la succession de son mari à la condition qu'elle reçoive au
"décès de celui-ci l'usufruit sa vie durant, d'un dossier de titres
"dont la valeur réelle devait être d'un million et demi au moins, et
"le revenu annuel de Fr. 60 000,- au moins. Il était en outre prévu
"que si l'union conjugale venait à être dissoute pour toute autre
"cause que le décès, Josette Schenk aurait droit à l'usufruit sa vie
"durant, d'un dossier de titres d'une valeur réelle d'un million et
"demi, indexée.

" Josette Schenk a refusé de signer cette convention. En 1973,
"elle a requis des mesures protectrices. La vie commune a pris fin à
"la fin de 1973. Pierre Schenk a ouvert action en divorce en 1974.
"Les conjoints ne se sont revus qu'aux audiences du procès, qui a été
"particulièrement acharné durant plus de sept ans. Au début de
"février 1981, Josette Schenk a changé d'avocat. Ce dernier, semblant
"favorable à une solution définitive dans le cadre d'un divorce, le
"conseil de l'accusé en a informé celui-ci et lui a dit ce qu'il
"entendait faire pour obliger ce nouveau conseil à aborder le problème
"avec Mme Schenk et pour faciliter la préparation de celle-ci à une
"révision de sa position actuelle. Le 8 avril 1981, le conseil de
"l'accusé lui écrivait pour lui dire qu'il espérait pouvoir aboutir
"prochainement à la fixation d'une date pour l'audience de jugement.
"En fait, celle-ci a été tenue le 10 décembre 1981, et le jugement de
"divorce, exécutoire depuis le 2 février 1982, a ratifié une
"convention accordant notamment à l'épouse une somme d'un million et
"demi à titre de liquidation du régime matrimonial et une rente
"viagère mensuelle indexée de Fr. 4 500,-.

" L'instruction a permis d'établir que dès le début de la
"procédure, Pierre Schenk avait des doutes sur la fidélité de son
"épouse, et soupçonnait particulièrement qu'elle avait eu des
"relations avant l'ouverture de la procédure et au début de celle-ci,
"avec un certain E.

.....

" L'accusé a persisté dans sa version selon laquelle R.P. était
"chargé d'obtenir des renseignements, et confirme que dans son idée
"R.P. pouvait se procurer les renseignements de la manière qui lui
"convenait, par exemple en se présentant chez dame Schenk pour un
"motif quelconque et en obtenant, 'soit par la voie sentimentale,
"soit par la voie amicale', les renseignements demandés. Dans une
"audition du 1er juillet 1981, l'accusé a précisé qu'il désirait
"obtenir de R.P. les renseignements requis dans les trente jours si
"possible. A l'audience, il a déclaré que ce n'était pas le cas,
"qu'il avait dit à R.P. qu'il serait absent pour un certain temps, -
"de sorte que celui-ci avait tout le temps - et qu'il avait donné
"comme indication à R.P. qu'il ne fallait pas venir à Lausanne la
"semaine du 12 au 18 juin parce que la fille de dame Schenk allait
"accoucher; qu'enfin il était convenu que R.P. serait payé au
"soi-disant retour de Schenk de l'étranger sur la base des
"renseignements qu'il fournirait. De son côté R.P. a confirmé que sa
"mission en Suisse était de tuer dame Schenk et que voyant qu'il ne
"toucherait plus d'argent de sitôt de RTZ 81, il avait décidé de
"changer de tactique.

" La personnalité de R.P. n'est pas particulièrement facile à
"cerner. Né en 1947, il a exercé différents métiers relativement mal
"définis, il a travaillé comme cascadeur, il a eu différents ennuis
"avec les autorités françaises et italiennes. Il est domicilié

"légalement en Italie, mais en fait à Houilles. Il semble avoir
"parfois collaboré avec la police, en particulier italienne, pour des
"questions de drogue.

" Fondé sur les éléments qui précèdent, le tribunal, dans sa
"majorité, a acquis la conviction que Pierre Schenk a donné à R.P. la
"mission de supprimer Josette Schenk. Le tribunal s'est fondé en
"partie sur l'enregistrement de la conversation téléphonique du 26
"juin 1981. Lorsque R.P. dit qu'il n'a pu faire le travail que le 23,
"l'accusé lui demande à deux reprises où cela s'est passé, ce qui est
"une question ridicule s'il s'agissait d'obtenir des renseignements.
"Lorsqu'au terme d'une longue phrase débitée tout d'un trait et
"manquant singulièrement de ponctuation où il a été question d'un
"corps pris dans la voiture, porté du côté de Montreux et qui n'a pas
"été découvert parce que l'on ne l'a pas vu dans la presse, l'accusé
"ne répond pas 'qu'est-ce que c'est que ce galimatias?', ou 'je n'ai
"rien compris'. Il dit et demande à deux reprises ce qui va se passer
"maintenant. Lorsque R.P. confirme que le travail a été fait,
"l'accusé ne lui dit pas 'dans ce cas envoyez-moi votre rapport' - ce
"qui serait logique dans une mission de renseignements -, mais il lui
"dit, et ceci à deux reprises, 'le travail a été fait et on n'a pas
"été averti, c'est drôle'. A ce sujet, l'accusé a expliqué qu'il
"voulait laisser entendre par là à R.P. que son organisation
"(imaginaire, censée surveiller R.P.) ne l'avait pas averti. Or on
"sait que R.P. n'était pas surveillé dans son travail ; on sait aussi
"que 'l'organisation' n'existait pas ; qu'à l'époque l'accusé
"hospitalisé, ne pouvait savoir si R.P. avait pris contact ou pas avec
"Mme Schenk ; que d'ailleurs à l'époque tel avait bien été le cas, de
"sorte que l'accusé était dans l'impossibilité absolue - dans
"l'optique d'une mission de renseignements - de savoir si R.P. avait
"ou non accompli sa mission de renseignements. Or la réplique de
"l'accusé n'a de sens que si celui-ci sait que le travail n'a pas été
"fait et il ne peut le savoir que si le fait est de notoriété
"publique, par exemple parce que la presse - que R.P. mentionne
"d'ailleurs - en a parlé. Cet élément accrédite à lui seul la version
"de R.P. Mais il y a en outre tous les autres éléments qui ressortent
"du dossier : le luxe incroyable de précautions dont l'accusé s'est
"entouré ; le fait que durant des années l'accusé a été contraint de
"verser une pension à son épouse, alors que les torts de celle-ci, que
"l'accusé connaissait sans pouvoir les prouver, auraient commandé
"probablement une appréciation différente de la situation ; le fait
"que la convention sur effets accessoires allait ratifier cette
"situation ; le fait qu'il est totalement invraisemblable de vouloir
"envoyer un ancien soi-disant légionnaire, sans formation, sans
"culture, sans envergure, en Haïti, puis en Suisse pour obtenir des
"renseignements assez anodins et qui de toute manière n'étaient pas
"d'une utilité évidente dans le cadre du divorce ; le fait qu'après
"l'échec de la mission H.R. et de la mission en Haïti - d'où R.P.
"aurait au moins pu revenir en sachant si Josette Schenk s'était ou
"non fait construire une maison -, il n'y avait aucun motif d'envoyer
"en Suisse ledit R.P., sans aucune relation dans ce pays ; le fait que
"le requérant a dépensé plus d'une dizaine de milliers de francs
"suisses pour obtenir, si l'on suit sa version, des renseignements
"bien anodins ; le fait enfin qu'à aucun moment l'accusé n'a fait mine
"de déposer plainte pour dénonciation calomnieuse.

" L'accusé expose qu'il n'avait aucun motif de tuer H.R. Mais
"objectivement, il n'en avait guère davantage de le faire rosser six
"ans après une prétendue offense, de manière anonyme et au moment de
"l'ouverture de nouveaux pourparlers commerciaux. Que l'engagement de
"détectives privés n'ait pas donné d'excellents résultats ne
"signifiait pas qu'une sorte de légionnaire plus ou moins indicateur
"en donnerait de meilleurs. Dans un bataillon, on n'a pas idée quand
"on est intelligent - et l'accusé l'est - de remplacer l'officier de
"renseignements par le commandant d'une compagnie de grenadiers. Que
"la procédure de divorce soit en passe d'aboutir ne changeait rien au
"fait qu'une liaison établie après huit ans de séparation n'aurait

"plus guère d'effet sur la pension, et que le moment où il faudrait
"liquider le régime matrimonial et payer une pension que Pierre Schenk
"savait obtenue indûment approchait. Le fait que R.P. n'a pas reçu
"d'acomptes importants n'est pas déterminant, dès lors qu'on peut
"comprendre que le commanditaire ait voulu attendre de voir le
"résultat avant de payer. Cette méfiance pourrait d'ailleurs
"expliquer que R.P. ait retourné sa veste. L'accusé estime qu'il
"n'est pas pensable que R.P. n'ait reçu aucun acompte important alors
"qu'il n'avait aucun moyen de retrouver RTZ 81 dont il ignorait
"l'identité. C'est juste dans l'optique d'une mission unique, mais pas
"dans l'optique de plusieurs missions. En outre l'argument est
"applicable aussi à une mission de renseignements. On notera au
"passage que s'il s'était agi de renseignements, peu importe que R.P.
"vienne en Suisse dans la semaine où la fille de dame Schenk devait
"accoucher.

" L'accusé a encore émis des hypothèses, savoir que R.P. aurait
"trafiqué l'enregistrement et l'aurait utilisé plus ou moins avec le
"concours de Mme Schenk. Mais cette hypothèse ne repose sur rien de
"matériel dans le dossier. Il faut encore relever au sujet de
"l'enregistrement que l'accusé, qui est dur d'oreilles (il souffre en
"effet d'une diminution de l'acuité auditive de 50 %), prétend n'avoir
"pas compris ce que disait R.P. au téléphone. Cette version n'est pas
"compatible avec les questions et réponses concises et claires de
"l'accusé, ni avec le fait qu'il ne dit jamais n'avoir pas ou mal
"entendu ce que lui dit son correspondant. C'est donc fondé sur cet
"ensemble d'éléments que le tribunal a acquis la conviction qu'en ce
"qui concerne Mme Schenk, la mission confiée à R.P. était de la tuer.

" En ce qui concerne H.-A. E., la mission de 'correction' n'a
"reçu aucun commencement d'exécution. Quant à la mission H.R., le
"tribunal n'est pas parvenu à se forger une conviction.

" L'enquête ouverte contre l'accusé a abouti à un non-lieu en
"sa faveur. Sur recours du ministère public, l'accusé a été renvoyé
"devant le tribunal criminel de Rolle. Durant l'enquête, il a été
"détenu préventivement durant quinze jours.

" Les renseignements recueillis sur le compte de l'accusé sont
"favorables. Il est honorablement connu à Rolle. Il est propriétaire
"d'une importante fortune. Il n'a jamais eu affaire avec la police et
"n'a jamais été condamné."

e) Procédure devant la Cour de cassation

29. Le requérant a formé un recours en cassation en alléguant
notamment que l'enregistrement litigieux n'avait ni été ordonné ni
praticqué par l'autorité compétente et qu'il avait été l'élément
principal sur lequel s'était fondé le Tribunal criminel de Rolle.

Dans son préavis du 23 septembre 1982 concluant au rejet du
recours, le procureur général du canton de Vaud a considéré que
"l'enregistrement litigieux a été effectué dans le cadre d'une
procédure pénale et à la demande d'agents de la police judiciaire".

30. Le 15 novembre 1982, la Cour de cassation pénale du canton de
Vaud a rejeté le recours. Il ressort de l'arrêt ce qui suit :

Le jugement attaqué indique expressément que le tribunal s'est
fondé en partie sur l'enregistrement litigieux. Il n'est au surplus
pas douteux que celui-ci était de nature à exercer une influence
peut-être décisive, du moins non négligeable, sur l'issue de l'action
pénale.

On ne saurait écarter d'emblée tout moyen de preuve dont la
provenance serait illicite ou délictueuse. Cependant, la recherche de
la vérité ne doit pas se faire au prix du sacrifice de valeurs parfois

plus importantes. Selon la jurisprudence, l'utilisation de moyens de preuve obtenus de manière illégale n'est inadmissible que dans les cas où de tels moyens ne pourraient être obtenus selon le droit en vigueur, mais non si seule a été violée une règle de procédure qui n'était ni destinée ni propre à empêcher la recherche d'une preuve. Mais la distinction faite entre l'illégalité ou l'irrégularité est souvent délicate. Le critère posé par la jurisprudence a été jugé peu satisfaisant par la doctrine. D'une manière générale, on admet qu'il est interdit aux organes de l'enquête d'utiliser la contrainte, les menaces, ou de recourir à de fausses déclarations ou à des questions captieuses.

L'examen de ce qui précède à la lumière de l'article 6 par. 2 de la Convention ne conduit pas à des distinctions différentes. Selon l'article 8 par. 2 de la Convention une ingérence de l'autorité publique dans la vie privée ou la correspondance n'est admissible que dans certaines conditions. Dans l'arrêt *Klass* la Cour européenne des Droits de l'Homme a considéré que l'existence de dispositions législatives accordant des pouvoirs de surveillance secrète de la correspondance, des envois postaux et des télécommunications est, devant une situation exceptionnelle, nécessaire dans une société démocratique. Elle a reconnu, quant au choix des modalités du système de surveillance, que le législateur dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire. Antérieurement, le Comité des Ministres, faisant sien l'avis exprimé par la Commission, a estimé que l'enregistrement sur bande magnétique, à l'insu des participants ou de l'un d'entre eux, d'une conversation privée constituait en principe une ingérence dans la vie privée, mais que l'utilisation, par le tribunal, de l'enregistrement comme moyen de preuve ne violait pas, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, le droit au procès équitable garanti à l'article 6 par. 1 de la Convention (cf. No 2645/65, Annuaire 14 p. 903). Plus récemment, la Commission a noté que quelque regrettable qu'il soit, le fait que, d'une manière générale, les autorités chargées de l'écoute téléphonique n'aient pas pleinement respecté les instructions qui leur avaient été données, ne constitue pas en soi une violation de la Convention, notamment de son article 8 (No 8290/78, déc. 13.12.79, D.R. 18 p. 176). Il n'est pas sans intérêt de noter encore que la Commission a admis, d'une part, que des officiers de police judiciaire recueillent des confidences de personnes ayant un intérêt légitime à garder l'anonymat, sans quoi nombre de renseignements nécessaires à la répression des infractions pénales ne seraient jamais portés à la connaissance des autorités responsables des poursuites, d'autre part, que soient prises en considération des déclarations d'un informateur, alors que l'attention des jurés avait été attirée sur la valeur d'une déclaration non confirmée à l'audience sous la foi du serment et que l'accusé avait pu faire entendre divers témoins contestant l'existence des faits en question (No 8417/78, déc. 4.5.79, D.R. 16 p. 200).

Les règles susmentionnées, concernant les organes de l'enquête, ne sauraient s'appliquer telles quelles aux preuves obtenues illégalement par des personnes privées. Certains procédés inadmissibles de la part de ceux-là ne le seront pas nécessairement pour celles-ci. La doctrine admet par exemple que la victime de menaces ou d'un chantage peut se trouver dans la nécessité, pour en avoir une preuve qui est difficile, de procéder à un enregistrement clandestin des déclarations de l'auteur. En ce qui concerne les actes d'un enquêteur privé, les avis sont partagés. La jurisprudence a laissé la question ouverte.

L'enregistrement par la police d'une conversation téléphonique en Suisse aurait été illicite sans l'autorisation du juge. Mais celle-ci pouvait être octroyée, s'agissant d'une enquête instruite à raison d'un crime, étant donné l'article 179 octies CP. En lui-même, l'enregistrement contesté ne tombe pas sous le coup de l'interdiction de la preuve. Si l'on peut concéder au requérant que, même en l'absence de toute plainte, l'enregistrement privé du téléphone de

R.P. au requérant revêt, en soi, le caractère d'une infraction, on doit en revanche constater que la norme violée, l'article 179bis CP, protège la sphère individuelle et ne tend pas à éliminer des risques d'erreur. Au surplus, si l'on veut recourir à la balance des intérêts et des droits en présence, on constate que, dans la seule mesure de la différence entre une écoute autorisée et un enregistrement qui ne l'est pas, la violation du domaine privé ne doit pas l'emporter sur l'intérêt général à la découverte du coupable d'un crime grave. Quant au moyen utilisé par R.P. pour obtenir les déclarations compromettantes du requérant, il est sans doute contraire aux règles de la bonne foi, du moment qu'il a consisté à présenter mensongèrement la mission du tueur comme accomplie, ce qui revenait, de la part de R.P., à tendre un piège à son interlocuteur. Cependant, si la provocation de l'autorité à commettre une infraction est condamnable, le stratagème conduisant un malfaiteur à avouer un crime ne l'est pas. Ainsi, l'emploi de la violence et même la tromperie pour escroquer une déclaration sont illicites ; en revanche, le recours à une ruse est permis. Il est de pratique fréquente de la part des autorités lorsque la vie de personnes prises en otage est en danger par exemple. Au demeurant, un même procédé peut être licite dans un cas et immoral dans un autre. Il découle de ceci que le moyen utilisé reste en l'espèce dans les limites du tolérable qu'impose la lutte contre le crime. Le mensonge n'a du reste porté que sur un point, savoir l'accomplissement de l'acte envisagé.

En définitive, selon les règles du droit suisse, le moyen de preuve contesté est utilisable, et ne viole pas les droits fondamentaux du requérant. Bien que l'enregistrement ait été effectué et recueilli par la police en France, il est superflu de se préoccuper de droits plus étendus que la législation étrangère pourrait éventuellement accorder. Au demeurant, la France connaît également les écoutes téléphoniques et l'enregistrement des conversations téléphoniques alors même que le Code pénal français réprime lui aussi un tel enregistrement non autorisé par l'autorité compétente. En outre, bien que la France ne punisse pas la tentative d'instigation, la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale aurait permis à la Suisse de requérir une telle surveillance, par commission rogatoire. En effet, contrairement à la Suisse, la France n'a émis aucune réserve subordonnant l'exécution de toute commission rogatoire impliquant une mesure coercitive au caractère punissable de l'acte incriminé dans les deux pays requérant et requis. La surveillance téléphonique est assimilée à une telle mesure.

Le requérant fait encore valoir qu'une écoute officielle eût donné toutes garanties sur le caractère exact et complet de l'enregistrement. Sans doute un enregistrement officiel présente de par sa nature une force probante plus grande que celle d'un enregistrement privé, étant donné les manipulations possibles dans ce second cas. Les circonstances de l'enregistrement étaient toutefois connues en l'espèce, et les juges ont disposé d'un rapport d'expertise pour les besoins de laquelle et la cassette et l'appareil enregistreur ont été examinés. Le tribunal connaissait également le laps de temps écoulé entre la prise de son et la remise de la bande enregistrée à la police. Il pouvait ainsi apprécier la valeur du mode de preuve en regard de son authenticité. Quant à l'usage d'une ruse ou d'un procédé captieux, il est également propre à affecter la force probante des déclarations ainsi recueillies. Les premiers juges ont toutefois été à même d'apprécier l'influence de ce procédé sur la valeur des déclarations du requérant, l'enregistrement ayant en outre porté sur une conversation téléphonique entière. A cet égard également, le moyen de preuve contesté est admissible.

f) Procédure devant le Tribunal fédéral

31. Contre cet arrêt de la Cour de cassation pénale vaudoise le requérant a déposé deux recours au Tribunal fédéral, un recours de droit public et un pourvoi en nullité, aux contenus semblables en ce

qui concerne les griefs sur l'enregistrement téléphonique litigieux.

32. C'est dans le cadre du recours de droit public que furent examinés par le Tribunal fédéral les griefs du requérant contre l'enregistrement litigieux. Ce recours a été rejeté le 7 septembre 1983 (cf. ATF, 109 la 244 et suiv.). Il ressort de l'arrêt ce qui suit :

On peut admettre que les éléments constitutifs de l'infraction prévue à l'article 179ter CP sont réunis en ce qui concerne l'enregistrement litigieux. Cependant R.P. a procédé à cette prise de son en vue de prouver la véracité de ses dires, alors qu'une enquête pénale dirigée contre lui pour tentative d'assassinat était pendante. Si plainte avait été déposée du chef de l'article 179ter, il n'est pas certain que le jugement aurait abouti au prononcé d'une peine. Mais cette question peut demeurer indécise. En effet, les dispositions du Code pénal et de la Loi vaudoise d'application du code pénal (LVCP) relatives aux écoutes téléphoniques ont trait à la définition des écoutes licites et illicites ainsi qu'à la sanction de ces dernières. Elles ne contiennent aucune règle au sujet de leur validité comme preuve dans un procès.

Il est vrai que le droit suisse autorise cette atteinte aux droits de la personnalité et au secret des communications que constituent les écoutes téléphoniques seulement lorsque cette mesure a été ordonnée par l'autorité compétente, approuvée par un juge. En conclure que tout indice provenant d'une écoute non autorisée ne peut en aucun cas être utilisé comme moyen de preuve, serait se montrer trop absolu et conduirait souvent à des résultats absurdes. Il convient dans un tel cas de mettre en balance d'une part l'intérêt de l'Etat à ce que le soupçon concret soit confirmé ou infirmé, et d'autre part l'intérêt légitime de la personne concernée à la sauvegarde de ses droits personnels ; pour ce faire, toutes les circonstances essentielles doivent être prises en considération. En République Fédérale d'Allemagne, la Cour constitutionnelle est arrivée à la même solution (Entscheidungen des BVG, 34 - 1973 - p. 238 ss., notamment 249).

Sont à comparer ici d'une part l'intérêt à confirmer ou infirmer les soupçons concrets d'instigation à assassinat pesant sur Schenk et d'autre part l'intérêt qu'avait ce dernier à ce que sa conversation avec R.P. demeurât secrète. Force est de constater que l'intérêt public à ce que la vérité soit établie au sujet d'un délit impliquant le meurtre d'une personne l'emporte face à l'intérêt de Schenk au secret d'une conversation téléphonique qui ne porte nullement atteinte à sa sphère intime mais se rapporte exclusivement à l'exécution d'une mission confiée à R.P. La protection du domaine secret d'une personne ne saurait impliquer qu'un tel enregistrement soit écarté du dossier pénal alors qu'existent de forts soupçons ayant pour objet un délit très grave.

En outre, il n'est pas sans intérêt de souligner que le droit suisse autorise l'écoute téléphonique d'un individu soupçonné d'être mêlé à un crime. Il la soumet certes à l'autorisation d'un juge, mais l'enregistrement d'une conversation n'est pas en soi un mode de preuve auquel l'Etat aurait renoncé par principe et pour sauvegarder un intérêt supérieur de l'individu. Ce mode de preuve n'est pas à comparer avec le sérum de vérité, la contrainte ou la torture, moyens absolument prohibés par l'ordre public. Dès lors, rien n'aurait empêché juridiquement que le même enregistrement, opéré en Suisse sur la ligne de la cabine téléphonique de l'hôpital où séjournait Schenk, soit réalisé conformément au droit et soit versé au dossier. Il suit de là qu'une atteinte aux droits personnels dont le droit suisse admet qu'elle ne viole pas la constitution - lorsque certaines conditions sont réunies - peut être qualifiée de légère lorsqu'elle aurait pu être ordonnée conformément à l'article 179 octies al. 2 CP (cf. ATF 96 I 440).

En l'espèce, compte tenu du fait que Schenk était fortement soupçonné d'avoir participé à un crime devant entraîner la mort d'une personne, que le juge eût pu ordonner à bon droit l'enregistrement de sa conversation du 26 juin 1981 avec R.P., que c'est ce dernier qui y a procédé alors qu'une enquête était dirigée contre lui pour tentative de meurtre ou assassinat et que cette conversation ne portait pas sur des faits de caractère intime, le tribunal criminel du district de Rolle pouvait refuser d'écartier la bande magnétique du dossier et l'apprécier comme preuve sans violer le droit constitutionnel suisse. En procédant de la sorte, cette autorité n'a pas non plus violé les articles 6 et 8 de la Convention.

33. Le pourvoi en nullité du requérant a été, lui aussi, rejeté par un arrêt de la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral daté du 7 septembre 1983.

g) Mise en liberté du requérant

34. Le requérant a demandé le 6 juillet 1983 une suspension de l'exécution de la peine en raison de son état de santé. Depuis le mois d'août 1983 il a purgé sa peine à l'hôpital gériatrique de Chamblon. Le 7 décembre 1983 le Chef du Département vaudois de la justice, de la police et des affaires militaires a refusé l'interruption de l'exécution de la peine. Un recours de droit administratif du requérant a été rejeté le 21 février 1984 par le Tribunal fédéral.

Le 5 décembre 1984, le requérant a bénéficié d'une mesure de grâce partielle, prise par le Grand Conseil (parlement) du canton de Vaud, comportant remise de la peine qui restait encore à subir, compte tenu en particulier de son état de santé. Il a été remis en liberté le 8 décembre 1984.

C. Législation pertinente

35. &SCode pénal&-

Article 24 :

Celui qui aura intentionnellement décidé autrui à commettre un crime ou un délit encourra, si l'infraction a été commise, la peine applicable à l'auteur de cette infraction.

Celui qui aura tenté de décider une personne à commettre un crime encourra la peine prévue pour la tentative de cette infraction.

Article 179bis :

Celui qui, sans le consentement de tous les participants, aura écouté à l'aide d'un appareil d'écoute ou enregistré sur un porteur de son une conversation non publique entre d'autres personnes,

celui qui aura tiré profit ou donné connaissance à un tiers d'un fait qu'il savait ou devait présumer être parvenu à sa propre connaissance au moyen d'une infraction visée au premier alinéa,

celui qui aura conservé ou rendu accessible à un tiers un enregistrement qu'il savait ou devait présumer avoir été réalisé au moyen d'une infraction visée au premier alinéa,

sera, sur plainte, puni de l'emprisonnement ou de l'amende.

Article 179ter :

Celui qui, sans le consentement des autres interlocuteurs,

aura enregistré sur un porteur de son une conversation non publique à laquelle il prenait part,

celui qui aura conservé un enregistrement qu'il savait ou devait présumer avoir été réalisé au moyen d'une infraction visée au premier alinéa, ou en aura tiré profit, ou l'aura rendu accessible à un tiers,

sera, sur plainte, puni de l'emprisonnement pour un an au plus ou de l'amende.

Article 179quinquies :

N'est pas punissable en vertu de l'article 179bis, 1er alinéa, ni de l'article 179ter, 1er alinéa :

celui qui aura écouté, au moyen d'un poste téléphonique ou d'une installation accessoire autorisée par l'Entreprise des PTT, ou qui aura enregistré sur un porteur de son, une conversation transmise par une installation téléphonique soumise à la régie des téléphones,

celui qui aura écouté, au moyen d'un poste téléphonique ou d'une installation accessoire appartenant à l'installation principale, ou qui aura enregistré sur un porteur de son, une conversation transmise par une installation non soumise à la régie des téléphones.

Article 179octies :

N'est pas punissable celui qui, en vertu d'une autorisation expresse de la loi, ordonne des mesures officielles de surveillance de la correspondance postale, téléphonique ou télégraphique de personnes déterminées ou prescrit l'utilisation d'appareils techniques de surveillance (article 179bis et s.), à condition qu'il demande immédiatement l'approbation du juge compétent.

L'approbation visée au 1er alinéa peut être donnée aux fins de poursuivre ou de prévenir un crime ou un délit dont la gravité ou la particularité justifie l'intervention, ou un acte punissable commis au moyen du téléphone.

36. &-Code de procédure pénale du canton de Vaud&S

Article 12 :

Le tribunal criminel est composé :

1. du président et de deux juges du tribunal de district, désignés par le président ;
2. de six jurés pris dans un arrondissement constitué par le district du for de l'instruction et deux autres districts désignés parmi les plus proches par le Tribunal cantonal.

Article 13 :

Le tribunal criminel connaît :

1. de tout crime ou délit dont la peine paraît devoir être supérieure à six ans de réclusion, non compris les peines accessoires ;
2. de tout crime ou délit politique ne relevant pas de la juridiction fédérale ;
3. de tout autre crime ou délit qu'une loi spéciale place dans sa compétence.

Article 325 :

Les débats sont oraux.

Ils sont, autant que possible, continués sans interruption jusqu'au jugement.

S'ils doivent être interrompus, ils sont repris dans le plus bref délai.

Article 333 :

Dès l'ouverture des débats, les juges peuvent prendre connaissance du dossier.

Lorsque la cause est particulièrement complexe, le président peut communiquer aux juges, avant l'ouverture des débats, tout ou partie du dossier. Les parties en sont informées.

Article 341 :

Le président lit ou fait lire les pièces dont il lui paraît utile de donner connaissance, ainsi que celles dont la lecture est requise par une partie.

Il ne donne toutefois pas connaissance des auditions, à moins que les besoins de l'instruction ne l'exigent.

Article 365 :

Dès la clôture des débats, le tribunal, au complet et assisté du greffier, entre en délibération, rend son jugement, puis le fait rédiger et lire aux parties.

Le tribunal apprécie librement les preuves.

Il prend ses décisions à la majorité. Le président opine le dernier.

Article 386 :

A l'exception de l'article 333, alinéa 2, les règles concernant les juges sont applicables aux jurés et jurés-suppléants.

Si les jurés ou jurés-suppléants violent le secret qu'ils sont tenus de garder sur la délibération et le vote du tribunal, l'article 185 est applicable.

Dans la délibération, les jurés opinent les premiers, dans l'ordre fixé par le sort.

D. Eléments de droit comparé

37. Un avis de droit comparé a été établi par l'Institut Max-Planck de Fribourg-en-Brigau à la demande du Gouvernement défendeur et versé au dossier avec les observations du Gouvernement sur le bien-fondé de la requête.

Dans sa demande adressée à l'Institut le Gouvernement a exposé les faits en ces termes :

"Le 13 août 1982, le requérant Pierre Schenk a été condamné par le Tribunal criminel de Rolle (canton de Vaud) à 10 ans de peine privative de liberté. Le ministère public l'accusait d'avoir essayé de faire assassiner son épouse par personne interposée. Au cours du procès devant le Tribunal de Rolle, un moyen de preuve illégalement acquis a joué un rôle important. L'intermédiaire, un certain P., avait enregistré en France sur bande magnétique, qu'il avait remise

par la suite à un juge d'instruction vaudois, une conversation téléphonique avec son mandant, Schenk. La question qui s'est posée au procès devant le Tribunal criminel de Rolle était de savoir si ce moyen de preuve illégalement obtenu pouvait ou non être admis. Le Tribunal criminel s'est prononcé en faveur de son admission. Cette décision a été confirmée ultérieurement par la Cour de cassation du Tribunal cantonal vaudois et par le Tribunal fédéral suisse."

En outre, le Gouvernement a mis à la disposition de l'Institut les pièces les plus importantes du dossier.

Sur cette base l'Institut a été invité à traiter les points suivants :

- Bref aperçu des règles régissant l'interdiction de certaines preuves (interdiction de la production et de l'appréciation des preuves) pour autant que nécessaire à la compréhension du point suivant ;
- Le Tribunal compétent n'admettrait-il pas comme moyen de preuve une conversation téléphonique enregistrée sur bande magnétique dans un cas comme le présent, et cela éventuellement parce qu'elle aurait été obtenue illégalement ?

En particulier, le Tribunal devrait-il

- apprécier en droit les intérêts juridiques en présence ?
- compte tenu des circonstances de l'affaire, appliquer le principe de proportionnalité et répondre différemment, selon qu'il s'agit d'un délit grave ou non ?

38. Le résultat de l'avis de droit comparé peut se résumer comme suit :

L'Institut a examiné neuf systèmes juridiques représentatifs de l'Europe, ainsi que celui des Etats-Unis. Il n'y a pas de réponse uniforme. Dans la plupart des systèmes juridiques examinés - outre la Suisse concernée par la présente affaire - (Angleterre, Italie, Pays-Bas, Espagne, Suède, U.S.A.), un enregistrement, tel que celui qui fait l'objet de la présente requête, serait admis au rang des preuves admissibles. Dans d'autres pays (République Fédérale d'Allemagne, France, Autriche) la réponse semble plus nuancée, voire incertaine. Pour un pays (Portugal) l'enregistrement serait exclu des débats s'il est de provenance illégale. Il s'ensuit par conséquent qu'il y a une tendance pour admettre un tel enregistrement comme moyen de preuve.

III. &-ARGUMENTATION DES PARTIES&S

39. Il est rappelé que la requête a été déclarée recevable à l'exception du grief portant sur la confection de l'enregistrement. En conséquence, les arguments que les parties ont présentés sur ce dernier point, notamment ceux qui ont trait à la prétendue participation de la police à l'enregistrement, ne sont pas repris dans le résumé ci-après. S'agissant de la partie déclarée recevable de la requête les parties ont présenté, en substance, l'argumentation suivante :

A. Le requérant

40. Le requérant estime que l'utilisation de l'enregistrement litigieux comme moyen de preuve est incompatible avec le droit suisse et la Convention, en particulier avec l'article 6.

Les éléments constitutifs de l'infraction prévue à l'article 179ter CP sont réunies ainsi qu'il a été admis par le Tribunal

fédéral lui-même. La constitution prévoit "l'inviolabilité du secret des lettres et des télégrammes" (article 36 al. 4). Cette garantie qui comprend le secret des communications téléphoniques, est précisée par la loi sur la protection de la vie privée de 1979, modifiant la loi sur la procédure pénale et le code pénal. C'est le juge d'instruction qui est l'autorité judiciaire unique appelée à autoriser les mesures de surveillance (article 179octies CP). Or, l'autorité compétente n'a pas, même implicitement, consenti a posteriori à l'enregistrement. Le juge d'instruction a même prononcé un non-lieu.

41. Pour savoir si l'on peut utiliser des preuves obtenues d'une manière illégale l'on devrait distinguer :

- Les preuves qui ne sont pas admissibles : interdites, elles doivent être écartées.
- Celles qui ne sont pas interdites en soi, mais ont été obtenues par des moyens irréguliers, devant entraîner l'annulation de l'acte : elles seront considérées comme inexistantes ("tamquam non essent").
- Celles qui ne sont pas interdites, ont été obtenues d'une manière irrégulière, sans que cela toutefois ne doive entraîner l'annulation de l'acte irrégulier, car il s'agit d'une observation de "prescriptions d'ordre", alors que ces preuves auraient pu être parfaitement obtenues d'une manière régulière.
- Enfin, les preuves que l'on a pu recueillir d'une manière régulière mais grâce à des déclarations, par exemple, qui auraient, elles, été obtenues d'une manière irrégulière.

L'enregistrement et son utilisation ne remplissent pas les conditions des deux dernières catégories : la violation de la loi et de la Convention ne constitue pas une simple inobservation de "prescription d'ordre" ; cette preuve n'a pas été recueillie d'une "manière régulière". L'enregistrement litigieux et son audition ultérieure doivent être écartés, car constituant une preuve interdite ou annulée (cf. les deux premières catégories susmentionnées).

42. Le requérant a contesté l'authenticité de l'enregistrement. Tout en reconnaissant qu'il s'agissait de sa voix, il a prétendu que la conversation a été tronquée. Le requérant n'a pas encouragé l'audition de la cassette. Il a demandé l'audition au tribunal d'accusation qui était saisi d'un recours du procureur qui se fondait sur la transcription. En revanche, il s'est opposé à l'audition devant le tribunal de jugement. L'expertise n'a pas totalement exclu que des passages aient été éliminés ou que l'ordre des mots ait été modifié, ou que les passages provenant d'autres enregistrements aient été ajoutés.

M. Messerli n'a pas remis immédiatement la cassette au juge, mais six jours plus tard. L'expert ne connaissait pas ce fait. D'autre part, les juges et les jurés se sont fondés sur des affirmations contraires à la vérité sur un point essentiel. Au surplus, M. Messerli témoin essentiel, n'a pas été entendu par le tribunal, pas davantage dans l'instruction en contradiction. La défense n'avait aucune raison de faire citer M. Messerli qui dans son rapport du 6 août 1981 avait considéré que la culpabilité du requérant ne faisait plus de doute. Au surplus, le requérant ignorait alors - ce qui n'est apparu qu'en procédure de cassation - que l'enregistrement avait été organisé par la police (cf. préavis du procureur général du 23 septembre 1982). Les juges et les jurés ont, entre autres, pris connaissance des rapports de M. Messerli qui n'avait pas été entendu à l'audience. Ils se sont donc fondés sur des déclarations qui n'ont pas été faites en audience et qui n'ont pas été soumises à la contradiction en présence des parties.

43. L'audition de l'enregistrement devant le tribunal a eu lieu dans des circonstances contraires à un procès équitable. La salle dans laquelle elle a eu lieu sert aussi aux délibérations. Les conditions d'audition sont donc les mêmes pendant les débats et pendant les délibérations. On aurait dû essayer de restituer au mieux les conditions réelles d'écoute pour déterminer de quelle manière le requérant a pu percevoir les propos de R.P., en installant des écouteurs et en baissant la tonalité pour tenir compte de la surdité du requérant. Or, on a fait le contraire en prévoyant un amplificateur et des haut-parleurs. Les juges et les jurés ont donc entendu l'enregistrement d'une manière inverse à celle perçue par le requérant. Ils entendaient la voix forte et distincte de R.P. et la voix lointaine, à travers le téléphone, du requérant, alors que celui-ci, sourd, n'entendait que la voix lointaine de R.P.

44. En ce qui concerne les dépositions de témoins il y a celles qui sont faites (ou confirmées) à l'audience, celles qui ont été recueillies dans l'instruction préparatoire et qui sont lues à l'audience et celles, également antérieures aux débats, qui ne sont pas lues et dont seul le président aurait connaissance. Selon le Gouvernement, seul le président, mais non les juges, en aurait eu connaissance pour diriger les débats. Soit le jugement est fondé sur des éléments du dossier qui n'étaient pas connus des juges. Soit les juges en ont eu connaissance et ont tenu compte des éléments du dossier qui n'ont pas été soumis à la contradiction. Dans les deux cas le procès n'est pas équitable.

Selon le Gouvernement les juges n'ont pas disposé "directement" du dossier. Or, le Code de procédure pénale prévoit que les juges disposent du dossier dès l'ouverture des débats. Le Gouvernement ne veut pas admettre que le tribunal a connu le dossier dans son intégralité et a fondé sa conviction principalement sur la cassette litigieuse et sur des dépositions non soumises à la contradiction.

45. Si l'on fait abstraction de l'enregistrement le tribunal ne disposait d'aucun moyen de "preuve", hors les déclarations de R.P. Des deux versions en présence le tribunal a choisi la version de R.P. en se basant sur l'enregistrement qui a été l'élément décisif. En violation des règles du procès équitable le requérant a été condamné à la majorité d'une voix.

Le requérant admet la nécessité de la "pesée des intérêts", mais celle-ci aurait dû avoir lieu avant l'écoute téléphonique et non après coup. C'est alors que le juge pourrait apprécier si, pour prévenir ou poursuivre une infraction, on peut porter atteinte à la protection de la vie privée. En cas de nécessité, voire de légitime défense, on peut admettre un enregistrement illicite pour "empêcher" une infraction. En l'espèce, il ne s'agissait pas d'empêcher la commission d'une infraction. D'autre part, le raisonnement fait au titre de la "proportionnalité", selon lequel on doit respecter la loi en cas d'infraction "bénigne", mais qu'on peut la violer lorsque l'infraction est "grave", est inacceptable.

46. En ce qui concerne l'étude de droit comparé produit par le Gouvernement le requérant émet des réserves a) de forme : Elle ne serait pas contradictoire parce que demandée par une seule partie ; l'Institut n'aurait disposé que de renseignements incomplets sur la présente affaire. b) et de fond : La question pertinente n'aurait pas été posée étant donné que le Gouvernement a passé sous silence que l'enregistrement aurait été fait à la demande de la police.

B. Le Gouvernement

47. Le Gouvernement conteste la thèse selon laquelle un moyen de preuve qui n'a pas été obtenu conformément au droit, devrait être

écarté d'emblée, indépendamment de toute autre considération, du procès pénal. Il convient de faire une distinction entre les cas où, d'une part, l'autorité a agi illicitement en vue d'obtenir ou de confectionner un moyen de preuve ultérieurement utilisé par le juge et, d'autre part, le cas où l'acte illicite est le fait d'une personne privée qui a remis ultérieurement le moyen de preuve à l'autorité. En l'espèce, la police n'a joué aucun rôle dans la confection ou dans l'obtention de l'enregistrement. On ne saurait reprocher aux juridictions d'avoir pris en considération l'enregistrement bien qu'il n'eût pas été obtenu conformément au droit.

48. La question de savoir si, au regard de l'article 6, le juge peut utiliser un tel moyen de preuve, relève d'une pesée des intérêts en présence. Le Tribunal fédéral y a procédé. Il a comparé l'intérêt public à confirmer ou à infirmer les soupçons pesant sur le requérant et l'intérêt de celui-ci à ce que sa conversation avec R.P. demeurât secrète. La pesée des intérêts n'a pas été opérée de manière abstraite. Au contraire, le tribunal a considéré comme décisif le fait qu'il était en présence d'un crime grave. En l'espèce, le tribunal a jugé que l'intérêt public - établir la vérité - au sujet d'un crime impliquant l'assassinat d'une personne l'emporte face à l'intérêt privé - intérêt du requérant au maintien du secret d'une conversation qui ne portait d'ailleurs pas atteinte à sa sphère intime.

49. A part la pesée des intérêts le juge qui doit prendre la décision d'utiliser ou non un moyen de preuve qui n'a pas été obtenu conformément au droit, doit agir conformément au principe de la proportionnalité. Si l'on peut concevoir qu'un juge renonce à utiliser un enregistrement illicite en présence d'une infraction bénigne, on peut admettre qu'il l'utilise lorsqu'est en jeu, par exemple, la vie d'une personne.

50. La Commission a, à juste titre, relevé que l'article 6 ne régleme pas la matière des preuves en tant que telles. Elle n'examine pas si les tribunaux ont correctement apprécié les preuves, mais elle examine si elles ont été présentées de manière à garantir un procès équitable.

Le requérant a demandé, sans succès, au tribunal criminel que l'enregistrement fût écarté du dossier. Il n'en a pas moins admis, à un stade antérieur de la procédure, l'authenticité. Il n'a pas contesté que l'enregistrement reproduisit sa voix, se bornant à affirmer, ce que l'expertise a démenti, que la conversation avait été tronquée. Le requérant a même encouragé l'audition de l'enregistrement à un stade de la procédure. Le requérant n'a pas contesté avoir eu la possibilité d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et obtenir la conversation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge.

51. A la différence des dépositions de témoins faites pendant l'enquête, les dépositions faites à l'audience de jugement ne font pas l'objet de procès-verbaux. A l'audience le président ne donne pas connaissance aux membres du tribunal des dépositions faites au cours d'enquête à moins que les besoins de l'instruction ne l'exigent. Les membres du tribunal n'ont pas connaissance de ces dépositions écrites, à l'exception du président (qui en a connaissance pour pouvoir diriger les débats uniquement).

D'autre part, les juges et les jurés du tribunal n'ont pas disposé directement du dossier. Ils se sont fondés sur l'instruction résultant de l'audience de jugement. Il appartient au président, au procureur général et à la défense de faire en sorte qu'ils aient connaissance, outre les auditions faites à l'audience, des pièces nécessaires pour former leur conviction.

52. L'enregistrement litigieux n'a pas constitué le seul moyen de preuve qui a entraîné la conviction des juridictions. Il faut rappeler à cet égard le caractère inhabituel de l'annonce parue dans France Soir - annonce dont le requérant n'a jamais contesté qu'il en fut l'auteur - ainsi que le luxe incroyable de précautions que le requérant a prises pour entrer en contact avec R.P.

En conclusion, l'utilisation par les juridictions de l'enregistrement n'a pas privé le requérant, compte tenu des circonstances particulières de l'affaire, d'un procès équitable au sens de l'article 6.

53. Le Gouvernement relève que l'enregistrement litigieux a été admis comme moyen de preuve par les tribunaux suisses. Un tel enregistrement serait également admis dans la majorité des pays européens. Le Gouvernement se réfère à l'étude de l'Institut Max-Planck de droit pénal étranger et international de Fribourg-en-Brisgau.

IV. &SAVIS DE LA COMMISSION&S

54. La Commission est donc appelée à se prononcer sur le point de savoir si l'utilisation de l'enregistrement litigieux comme moyen de preuve était compatible avec les exigences de l'article 6 par. 1 (Art. 6-1).

La Commission rappelle qu'elle a déclaré irrecevable le grief portant sur la confection de l'enregistrement litigieux. Elle a déclaré la requête recevable pour le surplus.

Le requérant a invoqué l'article 6 par. 1 et 2 et l'article 8 de la Convention (art. 6-1, 6-2, 8).

En ce qui concerne l'article 8 (art. 8), la Commission constate que le grief du requérant a été déclaré irrecevable.

En ce qui concerne l'article 6 par. 2 (art. 6-2), la Commission constate que le requérant s'est plaint que le principe de la présomption d'innocence ait été méconnu au motif que sa culpabilité n'aurait pas été établie "légalement" en raison de l'utilisation d'un enregistrement illégal. Or, cette référence à l'article 6 par. 2 (art. 6-2) résulte d'une interprétation erronée de cette disposition. Cette disposition garantit à un accusé le droit d'être présumé innocent "jusqu'à ce que" sa culpabilité ait été légalement établie. Or, que la culpabilité soit établie à l'issue d'un procès conformément à la loi relève à la vérité de la notion de "procès équitable" visé à l'article 6 par. 1 (art. 6-1).

55. La partie pertinente de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention est libellée ainsi :

"Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle."

L'applicabilité de cette disposition à la présente affaire n'est pas contestée entre les parties.

56. Le grief retenu par la Commission concerne l'administration des preuves et, plus spécialement, l'appréciation de celles-ci. Le requérant soutient en substance que sa condamnation se fonde essentiellement sur l'enregistrement litigieux.

La Commission rappelle tout d'abord qu'elle a pour seule tâche, conformément à l'article 19 (art. 19) de la Convention, d'assurer le

respect des engagements résultant de la Convention pour les Parties Contractantes. En particulier, elle n'est pas compétente pour examiner une requête relative à des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, sauf si et dans la mesure où ces erreurs lui semblent susceptibles d'avoir entraîné une atteinte aux droits et libertés garantis par la Convention. La Commission se réfère sur ce point à sa jurisprudence constante (cf. par exemple No 458/59, déc. 29.3.60, Annuaire 3 pp. 223, 237 ; No 5258/71, déc. 8.2.73, Recueil 43 pp. 71, 77 ; No 7987/77, déc. 13.12.79, D.R. 18 pp. 31, 61).

La Commission souligne que l'appréciation des preuves relève du pouvoir d'appréciation de tribunaux indépendants et impartiaux et ne peut être examinée par la Commission sauf s'il y avait lieu de croire que le juge ait tiré des conclusions de caractère arbitraire ou d'une injustice flagrante des faits qui lui ont été soumis (No 7987/77, déc. 13.12.79, D.R. 18 p. 31).

S'il est vrai que l'article 6 par. 1 (art. 6-1) garantit à toute personne le droit à un procès équitable, cette disposition "ne régleme pas la matière des preuves en tant que telle et notamment leur admissibilité et leur force probante, questions relevant essentiellement du droit interne" (No 7450/76, déc. 28.2.77, D.R. 9 p. 108). La Commission n'examine pas si les tribunaux ont correctement apprécié les preuves, mais elle examine si les moyens de preuve ont été présentés de manière à garantir un procès équitable et elle s'assure que le procès, dans son ensemble, a été conduit de manière à obtenir ce même résultat (No 6172/73, déc. 7.7.75, D.R. 3 p. 77).

La Commission considère que ces considérations s'appliquent spécialement à la procédure devant les juridictions du fond, où des éléments tels que les circonstances de la commission de l'infraction, le contenu des témoignages ainsi que la personnalité de l'accusé, revêtent une importance déterminante aux fins de l'appréciation de sa culpabilité (cf. Colozza et Rubinat c/Italie, rapport Comm. 5.5.83, par. 116).

57. Il n'est pas contesté par le Gouvernement que l'enregistrement litigieux est illégal en droit suisse. Il est illégal du fait qu'il a été pratiqué sans l'autorisation du juge compétent (cf. articles 179ter et octies du Code pénal). Le tribunal criminel de Rolle a considéré que l'enregistrement "n'a pas été autorisé ou ordonné par l'autorité compétente" (cf. par. 24 ci-dessus). La Cour de cassation a estimé que l'on pouvait "concéder au requérant que, même en l'absence de toute plainte, l'enregistrement privé du téléphone de R.P. au requérant revêt, en soi, le caractère d'une infraction" (cf. par. 30 ci-dessus). Enfin, le Tribunal fédéral a constaté que l'on pouvait "admettre que les éléments constitutifs de l'infraction prévue à l'article 179ter CP sont réunis en ce qui concerne l'enregistrement litigieux" (cf. par. 32 ci-dessus).

58. En dépit de son origine illégale au regard du droit suisse, l'enregistrement litigieux a cependant été admis comme preuve par les juridictions suisses.

Pour justifier une telle solution au regard de la Convention le Gouvernement défendeur a produit un avis de droit comparé duquel il ressort qu'une majorité des systèmes juridiques représentatifs de l'Europe admettraient comme moyen de preuve un enregistrement tel que celui faisant l'objet de la présente requête.

Il est vrai que le requérant a émis des réserves de forme et de fond. Mais la Commission considère que celles-ci ne sont pas fondées.

Pour ce qui est des réserves concernant la forme (caractère prétendument non contradictoire de l'avis et information prétendument incomplète fournie à l'Institut) la Commission relève que les parties peuvent présenter toutes observations et offres de preuves qu'elles

jugent utiles (article 45 par. 2 du Règlement intérieur). Le Gouvernement n'était donc pas tenu de consulter le requérant. Le caractère contradictoire est respecté par la faculté qu'a le requérant d'y répondre. La Commission relève d'autre part que le Gouvernement a fourni à l'Institut les documents essentiels, notamment les décisions judiciaires, la requête introductive et la décision sur la recevabilité.

Pour ce qui est des réserves concernant le fond (pertinence de la question posée et omission de mentionner une prétendue instigation de la police) la Commission constate que, dans sa demande à l'Institut, le Gouvernement a clairement précisé que l'enregistrement litigieux a été obtenu illégalement. L'allégation du requérant selon laquelle l'enregistrement aurait été fait à la demande de la police, ne fait plus l'objet de l'examen au fond, le grief portant sur la confection de l'enregistrement ayant été déclaré irrecevable. En conséquence, la question soumise à l'Institut était pertinente.

59. D'ailleurs, sans avoir besoin de s'interroger sur les divers systèmes nationaux et leurs solutions respectives, la Commission constate que la Convention ne contient aucune stipulation, explicite ou implicite, selon laquelle une preuve, obtenue de manière illégale selon le droit interne, devrait être nécessairement écartée des débats.

La Commission considère dès lors que l'admissibilité d'une preuve, obtenue de manière illégale selon le droit interne, ne peut pas être exclue par principe et in abstracto, mais qu'il s'agit seulement de vérifier in concreto si, compte tenu des circonstances spécifiques de l'affaire en cause, le procès présente - au total - le caractère équitable requis par l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention.

60. En l'espèce, il faut remarquer préalablement que l'authenticité de l'enregistrement est tenue pour acquise aux yeux des juridictions saisies. Le requérant a admis que l'enregistrement reproduit sa voix. Sans doute a-t-il prétendu que la conversation était tronquée. Mais l'expertise a permis de rejeter cette prétention. L'expert (représenté par son collaborateur) a été entendu, lors de deux journées d'audience, par le tribunal criminel de Rolle. Celui-ci, adoptant l'avis de l'expert, a estimé que l'enregistrement était la réplique fidèle de l'entretien du requérant et de R.P. le 26 juin 1981 et qu'un montage de la bande était exclu.

61. Par ailleurs, les diverses juridictions ayant statué ont admis en l'espèce que l'enregistrement réalisé par R.P. était admissible comme preuve malgré sa provenance illicite.

Le tribunal criminel de Rolle a considéré que le fait que l'enregistrement n'avait pas été ordonné par l'autorité compétente, n'était pas un motif suffisant pour l'écartier du dossier ; que l'article 179ter CP n'était applicable que s'il y a une plainte, que le requérant n'avait pas déposée ; que de toute manière le contenu de l'enregistrement aurait pu figurer au dossier, soit que le juge d'instruction aurait mis sous surveillance l'appareil de R.P., soit parce qu'il suffirait d'entendre R.P. comme témoin sur le contenu de l'enregistrement ; qu'en écartant l'enregistrement on supprimerait une bonne partie des preuves du dossier.

La Cour de cassation a relevé que l'enregistrement ne tombait pas sous le coup de l'interdiction de la preuve. En recourant à la balance des intérêts et des droits en présence, on constate que, dans la seule mesure de la différence entre une écoute autorisée et un enregistrement qui ne l'est pas, la violation du domaine privé ne doit pas l'emporter sur l'intérêt général à la découverte du coupable d'un crime grave. Le moyen utilisé reste en l'espèce dans les limites du tolérable qu'impose la lutte contre le crime. En définitive, selon les règles du droit suisse, le moyen de preuve est utilisable et ne

viole pas les droits fondamentaux du requérant.

Le Tribunal fédéral a estimé qu'il convenait de mettre en balance l'intérêt de l'Etat à ce que le soupçon soit confirmé ou infirmé et l'intérêt de la personne concernée à la sauvegarde de ses droits personnels. En l'espèce, il fallait comparer l'intérêt à confirmer ou infirmer les soupçons d'instigation à assassinat pesant sur le requérant et l'intérêt du dernier à ce que sa conversation reste secrète. L'intérêt public à ce que la vérité soit établie au sujet d'un délit impliquant le meurtre d'une personne l'emporte face à l'intérêt du requérant au secret de la conversation.

62. En l'espèce donc, les tribunaux suisses ont jugé que l'utilisation de l'enregistrement était admissible au regard du droit suisse et la Commission rappelle que cette situation, au surplus consacrée par une majorité de pays européens, n'est pas en elle-même et par principe contraire à la Convention.

Mais, pour vérifier si l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention a été satisfait en l'espèce, il faut de surcroît rechercher si les exigences du procès équitable ont été respectées concrètement.

63. Tout d'abord, la Commission fait observer que le requérant n'ignorait pas que l'enregistrement était illégal au motif qu'il n'a pas été ordonné par le juge compétent. Le requérant a eu la possibilité de contester, sans succès, l'authenticité de l'enregistrement et, après avoir approuvé pendant la phase de l'instruction l'audition de l'enregistrement, de s'opposer, sans succès, à l'utilisation de l'enregistrement. Il ressort, d'autre part, du dossier que le requérant, dès la phase de l'instruction, ne se faisait pas d'illusion sur le personnage de R.P., sur qui il a d'ailleurs demandé une enquête. Enfin, le requérant n'a pas demandé d'entendre M. Messerli, inspecteur de police chargé de l'enquête et des commissions rogatoires, comme témoin. La Commission estime dès lors que ses droits de défense n'ont pas été méconnus.

64. Quant aux éléments de preuve retenus pour fonder la condamnation, la Commission souligne que le tribunal criminel de Rolle ne s'est pas exclusivement fondé sur l'enregistrement téléphonique. Il a entendu une série de témoins, soit convoqués à la demande de la défense, soit cités d'office, dont Mme Schenk et R.P. De plus, le tribunal a pris soin, en divers endroits de son jugement, de rappeler les éléments extrinsèques, et distincts du contenu de l'enregistrement, qui corroboraient les motifs, tirés de cet enregistrement, de croire à la culpabilité du requérant.

Cela résulte des passages suivants du jugement :

- "Fondé sur les éléments qui précèdent, le tribunal, dans sa majorité, a acquis la conviction que Pierre Schenk a donné à R.P. la mission de supprimer Josette Schenk" (cf. par. 28 ci-dessus, p. 16). Les éléments dont il s'agit et qui s'appuient sur les témoignages de R.P. et Mme Schenk, sont les circonstances générales de la cause (difficultés dans le ménage, séparation des époux Schenk, divorce) et surtout l'in vraisemblance de la version du requérant (simple mission de renseignements).

- "Le tribunal s'est fondé en partie sur l'enregistrement ... il y a en outre tous les autres éléments qui ressortent du dossier : le luxe incroyable de précautions dont l'accusé s'est entouré ; le fait que durant des années l'accusé a été contraint de verser une pension à son épouse, alors que les torts de celle-ci, que l'accusé connaissait sans pouvoir les prouver, auraient commandé probablement une appréciation différente de la situation ; le fait que la convention sur effets accessoires allait ratifier cette situation ; le fait qu'il est totalement invraisemblable de vouloir envoyer un ancien soi-disant légionnaire, sans formation, sans culture, sans envergure,

en Haïti, puis en Suisse pour obtenir des renseignements assez anodins et qui de toute manière n'étaient pas d'une utilité évidente dans le cadre du divorce ; le fait qu'après l'échec de la mission H.R. et de la mission en Haïti - d'où R.P. aurait au moins pu revenir en sachant si Josette Schenk s'était ou non fait construire une maison -, il n'y avait aucun motif d'envoyer en Suisse ledit R.P., sans aucune relation dans ce pays ; le fait que le requérant a dépensé plus d'une dizaine de milliers de francs suisses pour obtenir, si l'on suit sa version, des renseignements bien anodins ; le fait enfin qu'à aucun moment l'accusé n'a fait mine de déposer plainte pour dénonciation calomnieuse" (cf. pp. 16 et 17).

- "C'est donc fondé sur cet ensemble d'éléments que le tribunal a acquis la conviction qu'en ce qui concerne Mme Schenk, la mission confiée à R.P. était de la tuer" (cf. p. 17).

65. Il résulte de ce qui précède que le tribunal criminel de Rolle s'est fondé sur un ensemble d'éléments distincts du contenu de l'enregistrement, - ainsi les témoignages - tous éléments qui fondent les raisons de croire à la culpabilité du requérant.

Il s'ensuit, dans les circonstances spécifiques de l'affaire, que l'utilisation, comme moyen de preuve, d'un enregistrement qui n'avait pas été réalisé conformément au droit suisse, n'est pas contraire à la garantie d'un procès équitable.

Conclusion

66. La Commission conclut, par onze voix contre deux, qu'il n'y a pas eu en l'espèce violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention.

Le Secrétaire
de la Commission

Le Président
de la Commission

(H.C. KRÜGER)

(C.A. NØRGAARD)

Opinion dissidente de MM. S. TRECHSEL et H. VANDENBERGHE

A notre grand regret, nous ne pouvons pas nous rallier à l'opinion de la majorité de la Commission selon laquelle l'utilisation de l'enregistrement illégal d'un entretien téléphonique entre le requérant et R.P. est en conformité avec l'article 6 par. 1 de la Convention pour autant qu'il garantit le droit à un procès équitable. En effet, après mûre réflexion, nous sommes parvenus à la conclusion que la notion de "procès équitable" englobe une exigence générale de légalité.

La question de savoir si dans le cadre d'une instruction pénale les déclarations d'un prévenu ont été obtenues, d'une manière régulière ou non, est d'une importance capitale pour l'équité d'un procès pénal. Ceci est particulièrement vrai lorsque des aveux sont en cause.

En l'espèce il n'est pas contesté que l'enregistrement en question a été confectionné en violation et du droit français et du droit suisse. L'auteur est en principe punissable en droit suisse. Il a violé l'article 179ter du Code pénal suisse (CPS). Il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la question de savoir si le délit a été commis en Suisse au sens des articles 3 et 7 CPS, puisqu'il était dirigé contre un ressortissant suisse et que le CPS s'applique par conséquent en vertu de son article 5. D'autre part, aucun élément de

justification n'est présent. Notamment, R.P. ne peut pas invoquer un état de nécessité. Ce sont le droit de procédure pénale et celui de l'entraide internationale en matière pénale qui régissent la matière et établissent les règles qui permettent à l'Etat d'opérer exceptionnellement une ingérence dans le droit au respect de la vie privée, lorsque certaines conditions sont remplies et en suivant des règles de compétence et de forme.

Nous sommes particulièrement inquiétés par une phrase qui se trouve à la fin du paragraphe 61 du Rapport et qui est tirée de l'arrêt du Tribunal fédéral : "L'intérêt public à ce que la vérité soit établie au sujet d'un délit impliquant le meurtre d'une personne l'emporte face à l'intérêt du requérant au secret de la conversation". D'après ce principe, le Code de procédure pénale est en fait mis hors d'application en raison de considérations d'opportunité, ce qui nous paraît très dangereux. Le droit d'invoquer des garanties de procédure ne peut être accordé en quelque sorte "à la carte", c'est-à-dire selon la nature du délit et la "nécessité" procédurale pour la partie poursuivante d'utiliser une preuve afin de pouvoir "prouver" la culpabilité du prévenu. Par ailleurs, comment justifier un procédé hors la loi dans le but de poursuivre un comportement illégal ? L'adage "ex iniuria ius non oritur" n'a pas seulement une portée juridique, mais sert également l'autorité, la crédibilité et l'honneur des institutions appelées à appliquer le droit.

L'avis de droit produit par le Gouvernement défendeur affirme, il est vrai, que dans la plupart des Hautes Parties Contractantes le moyen de preuve aurait été admis. Il convient cependant de relever deux phrases tirées de l'introduction de cet avis de droit qui en résume le résultat : "Il existe manifestement un lien étroit entre la question initiale et l'appréciation de la légalité ou de l'illégalité de l'enregistrement sur bande magnétique. Dans les pays qui admettraient la bande magnétique comme moyen de preuve, l'enregistrement ne serait pas jugé illégal". En Suisse, par contre, l'illégalité de l'enregistrement est patente. De ce fait, à nos yeux, le poids de l'aspect comparatiste en faveur de la non violation de l'article 6 se trouve considérablement diminué. Par ailleurs, nous n'adhérons pas à la thèse selon laquelle la Convention doit de préférence être interprétée de manière à éviter des divergences avec les ordres juridiques nationaux, bien que ces derniers ne doivent pas être ignorés.

Finalement, nous nous rallions à l'opinion concordante de M. Danelius, à laquelle se joignent M. Weitzel et Sir Basil Hall ; il n'est pas nécessaire, ni d'ailleurs possible, de peser le poids que le tribunal a attribué au moyen de preuve en question ou d'opérer ex post une appréciation des preuves hypothétique en supposant l'inexistence de l'enregistrement litigieux. Il suffit qu'en réalité ce dernier a été retenu comme un élément permettant, serait-ce parmi d'autres, d'établir la culpabilité du requérant.

Pour ces raisons nous sommes arrivés à la conclusion que dans la présente affaire l'article 6 de la Convention a été violé.

Opinion concordante de M. H. DANELIUS

à laquelle M. A. WEITZEL et Sir Basil HALL déclarent se rallier

Je partage l'avis de la majorité de la Commission selon lequel l'article 6 par. 1 de la Convention n'a pas été violé en l'espèce. Par contre je ne peux pas me rallier entièrement aux motifs sur la base desquels la majorité est arrivée à cette conclusion.

Pour répondre à la question de savoir si l'utilisation de

l'enregistrement litigieux comme moyen de preuve était conforme à l'article 6 par. 1, la majorité a estimé nécessaire de rechercher si cet enregistrement constituait le seul élément sur lequel s'est fondé le jugement (cf. par. 64 et 65 du Rapport). Sur la base d'un examen du jugement la majorité a pu constater que tel n'était pas le cas, parce que plusieurs autres éléments avaient contribué à la conclusion que le requérant était coupable de l'infraction dont il était accusé. Par conséquent, la majorité a constaté que l'utilisation de l'enregistrement comme moyen de preuve n'était pas contraire à l'article 6 par. 1.

A mon avis, le caractère équitable du procès ne dépend pas du poids plus ou moins grand que le tribunal, dans sa libre appréciation des preuves, a donné à ce moyen de preuve particulier. La question cruciale est plutôt celle de savoir s'il est conforme à la notion de "procès équitable" d'admettre comme moyen de preuve l'enregistrement d'une conversation avec l'accusé, effectué à son insu et illégal selon la loi nationale.

A cet égard je constate que dans plusieurs pays européens il serait légitime d'utiliser un tel enregistrement comme moyen de preuve, ce qui ressort clairement de l'étude de droit comparé fournie par le Gouvernement suisse. Dans certains pays, un enregistrement effectué par l'un des participants à une conversation téléphonique n'est même pas un acte illégal ; en tout cas celui qui a une conversation - téléphonique ou autre - court toujours le risque que son interlocuteur puisse par la suite être entendu comme témoin sur le contenu de cette conversation, dont il aura éventuellement fait un compte rendu écrit, sténographique ou autre.

Je tiens à ajouter, à cet égard, qu'on ne saurait déduire du fait que la confection de l'enregistrement sur cassette était illicite selon la loi suisse, qu'il serait contraire à l'article 6 par. 1 de la Convention d'utiliser cet enregistrement comme moyen de preuve dans le procès du requérant.

Ma conclusion est donc que le fait que l'enregistrement a été admis comme moyen de preuve n'est pas de nature à rendre le procès inéquitable.

ANNEXE I

HISTORIQUE DE LA PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

Date	Acte
a) Examen de la recevabilité	
6 mars 1984	Introduction de la requête.
26 mars 1984	Enregistrement de la requête.
4 décembre 1984	Décision de la Commission de donner connaissance de la requête au Gouvernement défendeur (article 42 par. 2 b du Règlement intérieur).
8 mars 1985	Observations du Gouvernement sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête.
11 avril 1985	Observations complémentaires du Gouvernement.
7 mai 1985	Observations en réponse du requérant sur la

recevabilité et le bien-fondé de la requête.

- 5 juillet 1985 Délibérations et décision de la Commission de tenir une audience sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête (article 42 par. 3 b du Règlement intérieur).
- 12 février 1986 Observations complémentaires du requérant.
- 6 mars 1986 Audience devant la Commission.
- Représentation des Parties :
Pour le Gouvernement -
MM. O. Jacot-Guillarmod, C. Vautier et
P. Boillat ;
- Pour le requérant -
Mes. D. Poncet, J. Luthy, A. Berger, E. Stoudmann
et M. Hottelier ; le requérant assistait à
l'audience.
- Délibérations et décision de la Commission
sur la recevabilité.

Annexe I

b) Examen du bien-fondé de la requête

- 3 juin 1986 Observations du Gouvernement sur le bien-fondé de la requête.
- 11 juin 1986 Observations du requérant sur le bien-fondé de la requête.
- 4 juillet 1986 Observations complémentaires du Gouvernement.
- 8 juillet 1986 Observations complémentaires du requérant.
- 14 juillet 1986 Délibérations de la Commission.
- 29 octobre 1986 Observations complémentaires du Gouvernement.
- 2 décembre 1986 Délibérations de la Commission.
- 5 janvier 1987 Observations complémentaires du requérant.
- 3 mars 1987 Délibérations de la Commission.
- 5 mai 1987 Délibérations de la Commission sur le projet de rapport, visé à l'article 31 de la Convention, et votes prévus à l'article 52 par. 2 du Règlement intérieur.
- 14 mai 1987 Adoption du rapport.