

[AZA 0/2]

1P.520/2000

le COUR DE DROIT PUBLIC

27 octobre 2000

Composition de la Cour: Mme et MM. les Juges Aemisegger,
Président, Favre et Pont Veuthey, suppléante.
Greffier: M. Kurz.

Statuant sur le recours de droit public
formé par

F. _____, représenté par Me Lionel Halpérin, avocat stagiaire à Genève,

contre

l'arrêt rendu le 2 août 2000 par la Chambre pénale de la Cour de justice du canton de Genève dans la cause qui oppose le recourant au Procureur général du canton de Genève;

(procédure pénale;

droit d'interroger un témoin à charge)

Vu les pièces du dossier d'où ressortent
les faits suivants:

A.- Le 11 avril 2000, le Tribunal de police de Genève a reconnu F. _____ coupable d'infractions graves à la loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants (LStup, RS 812. 121) et l'a condamné à 4 ans de réclusion ainsi qu'à 15 ans d'expulsion du territoire de la Confédération.

B.- Sur appel du condamné, la Chambre pénale de la Cour de justice a confirmé ce jugement par arrêt du 2 août 2000. Elle a rappelé que F. _____ était poursuivi pour avoir réceptionné et vendu à Fribourg 200 g de cocaïne environ, pour s'être préparé à y recevoir une seconde livraison de l'ordre de 380 g destinés à la vente, pour être venu chercher à Genève, le 22 octobre 1999, accompagné de M. _____ et D. _____, une valise censée contenir 3,4 kg de cocaïne, amenés de Rio de Janeiro par S. _____, elle-même coïnculpée pour ce fait.

Concernant ce troisième chef d'accusation, la Chambre pénale a relevé que la police avait interpellé S. _____ dans un hôtel de Genève, alors qu'elle était en possession d'une valise à double fond contenant 3,492 kg de cocaïne, d'une pureté de 56%. Reconnaisant les faits, cette dernière avait indiqué que la seule instruction qu'elle avait reçue à Sao Paulo, d'un dénommé Paul, était de prendre une chambre d'hôtel dès son arrivée à Genève. La police genevoise avait alors pris des dispositions pour identifier les éventuels appels téléphoniques destinés à S. _____. Elle a demandé aux portiers de l'hôtel d'avertir les agents chargés de l'enquête en cas d'appels et leur a transmis, dans ce but, le numéro de téléphone mobile d'un des agents. Ce numéro a été communiqué "par erreur" à un inconnu qui tentait de joindre S. _____.

Comme plusieurs personnes ont ensuite appelé cet agent, celui-ci s'est surnommé "Peter", afin de rester en contact avec les trafiquants. Le 21 octobre 1999, un dénommé M. _____ a appelé "Peter" pour convenir d'un rendez-vous à proximité de la gare, et prendre livraison de la valise. Le 22 octobre, "Peter" a apporté la valise au rendez-vous fixé; M. _____ l'a prise, puis a rejoint à la gare B. _____ et D. _____, avant que ces trois personnes ne soient arrêtées par la police. A la suite de diverses déclarations, B. _____, surnommé A. _____, en réalité F. _____, a indiqué qu'il avait reçu un appel d'un dénommé I. _____, exploitant d'un coffee-shop à Amsterdam, qui lui avait demandé de convaincre S. _____ de retourner en Hollande avec la valise contenant 3 kg de cocaïne, pour une "commission" de 8'000 à 10'000 fr. Il avait ensuite contacté M. _____, qui parlait un peu le français, et l'avait chargé d'arranger la rencontre à Genève avec "Peter".

La cour cantonale a retenu que l'audition de l'agent infiltré comme témoin ne paraissait pas pertinente dans la mesure où ses révélations étaient établies "à satisfaction de droit" et non contestées par l'appelant. De plus, cet agent était "devenu infiltré involontairement", lorsque le numéro de son

téléphone mobile avait été communiqué "par erreur" à un correspondant de S._____. F._____ avait alors appelé sans succès ce numéro, avant d'être contacté par l'agent infiltré qui lui avait seulement dit avoir constaté qu'on avait cherché à le joindre et qu'il devait rappeler plus tard, le soir, pour atteindre S._____. A ce moment, l'agent infiltré a répondu que l'intéressée ne voulait pas lui parler. En se bornant à réceptionner les appels téléphoniques destinés à S._____ et à remettre la valise de cocaïne à M._____ et aux autres participants, selon des modalités fixées par ces derniers, l'agent infiltré avait joué un rôle purement passif, ne faisant pas obstacle à la poursuite pénale, et ne pouvant qu'entraîner un effet minime sur la mesure de la peine infligée; le Tribunal de police en avait implicitement tenu compte, en arrêtant cette dernière à 4 ans de réclusion, peine qui devait être confirmée.

C.- Agissant le 25 août 2000 par la voie du recours de droit public, F._____ demande au Tribunal fédéral d'annuler l'arrêt de la Chambre pénale du 2 août 2000, et de le mettre au bénéfice de l'assistance judiciaire. Il invoque en substance la violation de l'art. 6 § 3 let. d CEDH, en raison du refus de la juridiction cantonale d'entendre comme témoin l'agent infiltré, pour déterminer avec précision le degré d'influence de celui-ci sur son activité délictuelle. Il voit aussi une violation du droit d'être entendu dans ce que la Chambre pénale n'a pas mentionné l'existence d'écoutes téléphoniques réalisées en violation des art. 8 § 1 et 2 CEDH, 13 al. 1 Cst. et 184A ss du code de procédure pénale genevois (CPP/GE).

La Chambre pénale se réfère à son arrêt et le Procureur général n'a pas déposé d'observations.

Considérant en droit :

1.- Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis, notamment en ce qui concerne le recours de droit public (ATF 126 I 81 consid. 1 p. 83 et les arrêts cités).

a) Au vu des arguments soulevés, seule la voie du recours de droit public est ouverte en l'espèce, dans la mesure où le recourant n'invoque pas uniquement l'art. 6 § 3 let. d CEDH - quant au refus de l'audition de l'agent infiltré - pour se plaindre de la fixation de la peine qui pourrait, à son avis, être réduite (ATF 118 IV 115 consid. 2a p. 118/119 et les arrêts cités).

b) Le recourant est personnellement touché par l'arrêt attaqué qui confirme notamment sa condamnation à 4 ans de réclusion. Il a un intérêt personnel, actuel et juridiquement protégé à ce que cet arrêt soit annulé et a, partant, qualité pour recourir selon l'art. 88 OJ (ATF 125 I 394 consid. 4a p. 397; 125 II 86 consid. 5b p. 97 et les références).

Pour le surplus, le recours répond aux conditions de recevabilité du recours de droit public, de sorte qu'il convient d'entrer en matière sur le fond.

2.- Le recourant reproche à la juridiction intimée d'avoir refusé d'entendre l'agent infiltré comme témoin - à charge et à décharge - auquel il n'avait pas été confronté, en violation de son droit de le faire interroger consacré aux art. 29 al. 2 Cst. et 6 § 3 let. d CEDH.

a) Selon cette dernière disposition, tout accusé a le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la convocation et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge. La jurisprudence a admis que le même droit découlait de l'art. 4 aCst. (aujourd'hui art. 29 al. 2 Cst. ; ATF 125 I 127 consid. 6b p. 132-133; 124 I 274 consid. 5b p. 284; 121 I 306 consid. 1b p. 308 et les arrêts cités). Il s'agit d'une règle concrétisant le droit à un procès équitable garanti par l'art. 6 § 1 CEDH (ATF 125 I 127 consid. 6a p. 131-132; 121 I 306 consid. 1b p. 308; 116 la 289 consid. 3b p. 292).

Les éléments de preuve doivent en principe être produits en présence de l'accusé lors d'une audience publique, en vue d'un débat contradictoire (ATF 125 I 127 consid. 6b p. 132-133). Cette règle tend à assurer l'égalité des armes entre l'accusateur public et la défense (ATF 121 I 306 consid. 1b p. 308; 104 la 314 consid. 4b p. 316). Il n'est toutefois pas exclu de prendre en compte des dépositions recueillies durant la phase de l'enquête, pour autant que l'accusé ait disposé d'une occasion adéquate et suffisante de contester ces témoignages à charge et d'en interroger ou d'en faire interroger les auteurs (ATF 125 I 127 consid. 6b p. 132-133 et les arrêts cités). L'accusé ne peut en principe exercer qu'une seule fois le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge (ATF 125 I 127 consid. 6c/ee p. 136-137; 124 I 274 consid. 5b p. 285; 121 I 306 consid. 1b

p.

308; 120 la 48 consid. 2b/aa p. 50; 118 la 457 consid. 2b/aa p. 459 et les arrêts cités).

Concernant l'audition d'un agent infiltré en qualité de témoin, la jurisprudence du Tribunal fédéral l'a admise, à la suite de celle de la Cour européenne des droits de l'homme, dans la mesure où l'intérêt légitime des autorités de police était pris en compte par la protection de l'anonymat de l'agent, afin de garantir sa sécurité et son efficacité dans des enquêtes ultérieures. Les mesures nécessaires doivent être prises pour que l'autorité judiciaire puisse s'assurer de l'identité du témoin anonyme, et vérifier qu'il n'y a pas de substitution de personne avant de permettre l'interrogatoire par les parties, singulièrement par l'accusé (ATF 125 I 127 consid. 6c/ff et 6d p. 137 ss et les références; ATF 121 I 306 consid. 1b p. 309 et les arrêts cités; JAAC 1998, p. 940, no 107).

L'exercice du droit d'interrogatoire des témoins est soumis aux dispositions de la loi de procédure applicable, qui peut poser des conditions de forme et de délai. L'éventuelle renonciation, expresse ou tacite, à ce droit, doit être établie de manière non équivoque et s'entourer d'un minimum de garanties (ATF 121 I 30 consid. 5f p. 37-38).

De façon générale, la question de savoir si le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge - ou à décharge - est respecté, doit être examinée dans chaque cas en fonction de l'ensemble de la procédure et des circonstances concrètes de l'espèce.

b) En l'occurrence, au terme d'une appréciation anticipée des preuves, qui n'est en principe pas contraire à la garantie du droit d'être entendu lorsque le juge retient sans arbitraire que sa conviction est déjà forgée à partir des éléments établis et réunis dans le dossier (ATF 125 I 417 consid. 7 p. 430 et les arrêts cités; ATF 124 I 208 consid. 4a p. 211 et les références; 274 consid. 5b p. 285-286 et les références), la cour cantonale a considéré que l'agent infiltré avait joué un rôle purement passif ne correspondant en rien à celui d'un agent provocateur et ne faisant aucun obstacle à la poursuite pénale. Tout au plus a-t-elle estimé que l'intervention de cet agent n'a pu entraîner qu'un effet très restreint sur la peine, dont le Tribunal de police avait implicitement tenu compte en prononçant la réclusion pour 4 ans, en l'absence de tout autre facteur de diminution, alors que la peine susceptible d'être prononcée par le Tribunal de police s'élevait à 5 ans de réclusion au maximum. En effet, l'art. 6 § 3 let. d CEDH n'exclut pas de refuser l'interrogatoire d'un témoin parce que la déposition sollicitée n'est pas pertinente ou parce que les faits sont déjà établis à la suite d'une appréciation anticipée des preuves, réalisée dans les conditions mentionnées ci-dessus.

c) La Chambre pénale a retenu que l'audition de l'agent infiltré n'apparaissait pas pertinente dans la mesure où ses révélations étaient suffisamment établies et non contestées par l'appelant. Elle a également remarqué que F. _____ avait pris contact avec l'agent et non pas l'inverse, et qu'il avait décidé lui-même de répondre favorablement à la demande de son correspondant en Hollande, et de récupérer la valise de stupéfiants contre une rémunération très importante; il avait enfin organisé le rendez-vous avec l'agent infiltré, après avoir requis l'assistance de M. _____. Dans ces circonstances, la cour cantonale pouvait, au terme d'une appréciation anticipée du témoignage de l'agent infiltré dénommé Peter, considérer que ce dernier n'avait pas instigué l'appelant et que son rôle était resté très limité. Cependant, conformément à la jurisprudence (ATF 121 I 306 consid. 1c p. 310), même si le rôle du prénommé Peter semble avoir été très modeste et si l'on peut raisonnablement douter que son audition puisse modifier la décision rendue, en l'absence d'éléments de preuve déterminants venant contredire l'appréciation anticipée, rien ne permet d'exclure que son interrogatoire en qualité de témoin révélerait un rôle plus important que l'intervention minime qui lui est prêtée en l'état du dossier. Dans ces conditions, le recourant a le droit de faire entendre ce témoin, dans les limites fixées par la jurisprudence pour assurer sa sécurité et son efficacité dans des enquêtes ultérieures, afin de déterminer avec précision le degré d'influence éventuelle de celui-ci sur celui-là, notamment dans la perspective de la fixation de la peine.

Ainsi, en refusant d'auditionner l'agent infiltré Peter, la Chambre pénale a violé le droit constitutionnel invoqué, motif pour lequel son arrêt doit être annulé.

3.- Vu le sort réservé à la décision de la juridiction cantonale, qui devra statuer à nouveau, après avoir entendu comme témoin l'agent infiltré, le Tribunal fédéral est dispensé d'examiner plus avant les autres moyens soulevés par le recourant.

a) Il rappellera toutefois, en ce qui concerne l'appréciation des preuves, que le juge dispose d'une

grande latitude, limitée par l'interdiction de l'arbitraire (ATF 120 la 31 consid. 2b p. 38; 118 la 28 consid. 1b p. 30; 116 la 85 consid. 2b p. 88 et les références). Le Tribunal fédéral n'intervient que si le juge a abusé de son pouvoir d'appréciation, en particulier lorsqu'il admet ou nie un fait pertinent en se mettant en contradiction évidente avec les pièces et éléments du dossier, lorsqu'il méconnaît des preuves pertinentes ou qu'il n'en tient arbitrairement pas compte, lorsque les constatations de fait sont manifestement fausses ou encore lorsque l'appréciation des preuves se révèle manifestement insoutenable (ATF 124 I 208 consid. 4 p. 211 et les arrêts cités).

b) En l'espèce, le recourant se plaint de ce que la Cour de justice n'a pas mentionné l'existence d'écoutes téléphoniques auxquelles la police a procédé le 21 octobre 1999. Il soutient que la transcription de ces écoutes, illégales, aurait permis d'établir le rôle secondaire qu'il aurait joué dans ce transport de stupéfiants, puisque la conversation qu'il avait eue avec le dénommé I. _____ le 21 octobre 1999 aurait démontré qu'il avait été informé à cette date seulement de l'existence de la valise et de son contenu, ainsi que de la rémunération qui avait été prévue pour sa collaboration.

A cet égard, à l'audience du 20 juin 2000, le recourant a déclaré devant la Chambre pénale ce qui suit:

"J'ai ensuite rappelé le soir, mais "Peter" m'a dit que S. _____ ne voulait pas me parler. J'ai alors téléphoné à I. _____ en lui demandant ce que c'était cette histoire. Il m'a indiqué qu'il s'agissait d'aller chercher une valise contenant de la drogue. Je lui ai demandé ce que je gagnerai. Il m'a dit 8'000 fr. que je pourrai obtenir en conservant une partie de la drogue dans la valise pour réaliser ce profit.

A la police, on m'a fait écouter ma conversation avec I. _____ telle que relatée ci-dessus et on m'a dit que je ferais mieux d'avouer".

La Chambre pénale a repris presque textuellement la déclaration du recourant dans son considérant 5 consacré à la discussion juridique des faits, la seule différence résidant dans l'estimation de sa rémunération, évaluée à 10'000 fr.

d'après une allégation de l'intéressé faite devant le Tribunal de police. La cour cantonale a donc retenu les rapports entre I. _____ et le recourant selon la description que ce dernier en a donnée, de sorte qu'elle ne saurait être accusée d'avoir apprécié arbitrairement ses déclarations, lesquelles rendaient inutile toute autre investigation à ce sujet, et ceci dans le respect du droit d'être entendu du recourant (ATF 125 I 417 consid. 7 p. 430; 124 I 208 consid. 4a p. 211; 274 consid. 5b p. 285/286 et les références, déjà cités).

c) Quant à l'illégalité des écoutes téléphoniques, ces dernières ne sont pas prises en considération par la Cour de justice comme un élément à charge, et ce qui les concerne ressort (ou ressortira) tant des déclarations déjà faites par le prévenu que des dépositions des témoins entendus ou à auditionner, soit notamment de celles de l'agent infiltré dénommé "Peter". Au vu des circonstances du cas, soit de l'arrestation de S. _____ avec la valise de stupéfiants et des instructions téléphoniques qu'elle devait recevoir une fois arrivée à Genève, il paraît très vraisemblable que l'écoute d'un téléphone portable d'une personne déterminée, pendant une très courte période, remplisse les conditions de l'art. 184A CPP/GE, qui actualise les principes développés par la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH, arrêt Lambert c. France du 24 août 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-V p. 2230 ss, § 22-30). De plus, indépendamment de la ratification éventuelle par le Juge d'instruction des mesures de surveillance téléphonique prises, dans l'urgence, par la police, la jurisprudence n'exclut pas, par principe et in abstracto, l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale (CourEDH, arrêt Schenk c. Suisse du 12 juillet 1988, Série A, vol. 140, § 6-49).

4.- Vu l'issue du recours, aucun émolument n'est perçu et la demande d'assistance judiciaire devient sans objet.

Le canton de Genève est dispensé du paiement d'un émolument, mais devra verser la somme de 1000 fr. au recourant à titre de dépens (art. 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral :

1. Admet le recours de droit public.
2. Annule l'arrêt de la Chambre pénale de la Cour de justice, du 2 août 2000.
3. Dit qu'il n'est pas perçu d'émolument judiciaire, et que le canton de Genève paiera au recourant la somme de 1000 fr. à titre de dépens.
4. Déclare sans objet la demande d'assistance judiciaire.
5. Communique le présent arrêt en copie au mandataire du recourant, au Procureur général et à la Chambre pénale de la Cour de justice du canton de Genève.

Lausanne, le 27 octobre 2000 KUR/col
Au nom de la le Cour de droit public
du TRIBUNAL FEDERAL SUISSE:
Le Président, Le Greffier,