

Faculté de droit et de criminologie

L'admission quasi-systématique des preuves illicites, due au régime de nullité de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, appauvrit-elle les droits fondamentaux du prévenu ?

Analyse du régime de nullité des preuves irrégulières ou illégales en droit de la procédure pénale en perspective avec les droits du prévenu

Auteur : **Amélie BODDIN**

Promoteur : **Suliane NEVEU**

Année académique 2020-2021

Master en Droit à finalité
spécialisée, Justice civile et pénale

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment **<http://www.uclouvain.be/plagiat>**.

Remerciements

Je remercie mes parents, mes grands-parents, Florent, Séverine, Arnaud et Lola pour leur présence et leur soutien durant ces cinq années d'études. Merci aussi à Marine d'avoir été là, sans elle, les cours et les blocus n'auraient pas été les mêmes. J'adresse également un merci tout particulier aux deux relectrices de ce mémoire pour le temps précieux qu'elles ont passé ainsi que leurs conseils.

Je remercie ma promotrice, Suliane NEVEU, qui m'aura donné envie d'intégrer un volet plus pratique dans ce mémoire grâce à son regard de juge d'instruction. Je la remercie également pour ses conseils et ses encouragements.

Merci aux Professeur.e.s de la faculté qui ont réussi à me transmettre cette passion du droit et une envie inconditionnelle d'en apprendre toujours plus.

Les derniers remerciements que j'adresse vont vers les trois professionnels que j'ai pu rencontrer et interviewer pour mes recherches. Rencontrer une juge d'instruction, un substitut du Procureur du Roi et un officier de police judiciaire fut une grande chance et l'éclairage qu'ils ont pu m'apporter sur la réalité de terrain a été fondamental pour me forger un point de vue bien informé. Je les remercie chaleureusement pour le temps qu'ils ont accepté de me consacrer.

Table des matières

INTRODUCTION GENERALE ET PRESENTATION DE LA QUESTION DE RECHERCHE	1
TITRE I^{ER}. NOTIONS INTRODUCTIVES	3
CHAPITRE 1^{ER}. LA NOTION DE PREUVE ILLEGALE OU IRRÉGULIERE EN DROIT DE LA PROCEDURE PENALE.....	3
SECTION 1. LA PREUVE ILLEGALE.....	3
SECTION 2. LA PREUVE IRRÉGULIERE.....	3
CHAPITRE 2. QUELQUES PRINCIPES RÉGISSANT LA PREUVE EN DROIT BELGE.....	3
SECTION 1. LA CHARGE DE LA PREUVE	3
SECTION 2. LA PREUVE LIBRE	4
SECTION 3. LA PREUVE SPÉCIALEMENT RÉGLEMENTÉE	5
SECTION 4. LA NÉCESSAIRE CONTRADICTION DE LA PREUVE	5
CHAPITRE 3. LES DROITS DU PRÉVENU	5
SECTION 1. LES DROITS DE LA DÉFENSE	5
SOUS-SECTION 1. LA NOTION.....	5
SOUS-SECTION 2. LES DROITS COMPRIS PAR LA NOTION DE « DROITS DE LA DÉFENSE »	6
§ 1 ^{er} . Le droit au contradictoire.....	6
§ 2. La présomption d'innocence	6
§ 3. Le droit au silence.....	6
§ 4. Le droit à l'assistance d'un avocat.....	7
SOUS-SECTION 3. LES DROITS DE LA DÉFENSE ET LA PREUVE OBTENUE IRRÉGULIÈREMENT	8
SECTION 2. LE DROIT A UN PROCES ÉQUITABLE	8
SECTION 3. L'INTERDICTION DE LA TORTURE ET DES TRAITEMENTS INHUMAINS OU DÉGRADANTS	9
SECTION 4. DE QUELQUES AUTRES DROITS FONDAMENTAUX EN LIEN AVEC LA PREUVE ILLICITE.....	9
TITRE II. LE RÉGIME DES NULLITÉS DE LA PREUVE IRRÉGULIERE OU ILLEGALE EN DROIT DE LA PROCEDURE PENALE ..	10
CHAPITRE 1^{ER}. HISTORIQUE	10
SECTION 1. LE RÉGIME INITIAL DES PREUVES ILLEGALES OU IRRÉGULIÈRES : UNE INTERDICTION DE PRINCIPE	10
SOUS-SECTION 1. L'INTERDICTION DE PRINCIPE	10
SOUS-SECTION 2. LES PREMIERS TEMPERAMENTS	11
SECTION 2. D'UNE INTERDICTION DE PRINCIPE A UNE AUTORISATION DE PRINCIPE : L'ARRÊT ANTIGONE	12
SOUS-SECTION 1. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL D'ANVERS DU 11 AVRIL 2003	12
SOUS-SECTION 2. LE SPECTACULAIRE REVIREMENT DE JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION DU 14 OCTOBRE 2003	13
SOUS-SECTION 3. QUELQUES ARRÊTS D'AFFINEMENT DE LA JURISPRUDENCE ANTIGONE	14
§ 1 ^{er} . Le ralliement de la chambre francophone de la Cour de cassation à la jurisprudence Antigone.....	14
§ 2. Les précisions des critères retenus par l'arrêt Antigone : les arrêts du 23 mars 2004 et du 24 avril 2013	15
SECTION 3. L'ABSENCE DE RÉACTION LÉGISLATIVE DURANT DIX ANS : LES DIVERSES TENTATIVES DE CODIFICATION	16
SOUS-SECTION 1. LES PROPOSITIONS DE LOI INITIALES DE MONSIEUR LANDUYT	16
§ 1 ^{er} . La proposition de loi du 15 septembre 2009.....	16
§ 2. La proposition du 29 juillet 2010.....	17
§ 3. Les amendements à la proposition de loi du 29 juillet 2010.....	18
SOUS-SECTION 2. LA PROPOSITION DE LOI DES MESDAMES VAN CAUTER ET LAHAYE-BATTHEU	19
SOUS-SECTION 3. LA PROPOSITION DE LOI DE MADAME BECQ ET MONSIEUR TERWINGEN	19
SOUS-SECTION 4. SYNTHÈSE	19
CHAPITRE 2. LE DÉTAIL DU RÉGIME DESORMAIS APPLICABLE AUX PREUVES RECUEILLIES DE FAÇON IRRÉGULIERE OU ILLEGALE	20
SECTION 1. DIX ANS APRÈS : LA LOI DU 24 OCTOBRE 2013 INTRODUISANT UN RÉGIME DES NULLITÉS DE LA PREUVE IRRÉGULIERE OU ILLEGALE.....	20
SECTION 2. L'ARTICLE 32 DU TITRE PRÉLIMINAIRE DU CODE DE PROCEDURE PENALE : UNE COURTE LISTE LIMITATIVE ..	21
SECTION 3. LES CRITÈRES DE REJET D'UNE PREUVE ILLICITE	21
SOUS-SECTION 1. LES CRITÈRES PRÉCÉDEMMENT ÉTABLIS PAR LA JURISPRUDENCE SONT-ILS ÉVINCES PAR L'ARTICLE 32	

DU TITRE PRELIMINAIRE DU CODE DE PROCEDURE PENALE ?	22
SOUS-SECTION 2. LES TROIS CONDITIONS REPRISES DANS L'ARTICLE 32 DU TITRE PRELIMINAIRE DU CODE DE PROCEDURE PENALE	24
§ 1 ^{er} . Le respect des conditions formelles prescrit à peine de nullité	24
§ 2. L'irrégularité entachant la fiabilité de la preuve	25
§ 3. L'usage d'une preuve contraire au droit à un procès équitable.....	26
SECTION 4. LES CONSEQUENCES DE LA NULLITE D'UNE PREUVE ILLICITE.....	27
SECTION 5. LES PREUVES SPECIALEMENT REGLEMENTEES : D'UNE EXCLUSION DE L'APPLICATION DU TEST ANTIGONE A UNE APPLICATION DE L'ARTICLE 32 DU TITRE PRELIMINAIRE DU CODE DE PROCEDURE PENALE	28
SECTION 6. LE TRAITEMENT DES PREUVES ILLICITES DANS LE PROJET DE NOUVEAU CODE DE PROCEDURE PENALE	29
CHAPITRE 3. LES PREUVES ILLICITES DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE	30
SECTION 1. LA POSITION ANTERIEURE A LA LOI DU 24 OCTOBRE 2013	30
SECTION 2. LA POSITION DE LA COUR DEPUIS L'ADOPTION DE LA LOI DU 24 OCTOBRE 2013	30
CHAPITRE 4. REGARD CRITIQUE	32
SECTION 1. CRITIQUE DE LA PERTINENCE DES CRITERES RETENUS	32
SOUS-SECTION 1. LE CRITERE DES FORMES PRESCRITES A PEINE DE NULLITE : UNE INEFFECTIVITE NAVRANTE	32
SOUS-SECTION 2. LE CRITERE DE LA FIABILITE DE LA PREUVE : CONFUSION ENTRE VALEUR PROBANTE ET ADMISSIBILITE DE LA PREUVE	33
SOUS-SECTION 3. LE CRITERE DU PROCES EQUITABLE : UNE NOTION TROP FLUCTUANTE ?.....	34
SECTION 2. LES RISQUES QU'ENTRAINE LE NOUVEAU REGIME.....	34
TITRE III. LA PREUVE ILLICITE ET LES DROITS DU PREvenu	37
CHAPITRE 1^{er}. LA PREUVE ILLICITE ET LES DROITS DU PREvenu DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME.....	37
SECTION 1. L'ARRET SCHENK C. SUISSE	37
SECTION 2. L'ARRET LEE DAVIES C. BELGIQUE.....	38
SECTION 3. L'ARRET KALNENIENE C. BELGIQUE	40
SECTION 4. L'ARRET JALLOH C. ALLEMAGNE	41
SECTION 5. L'ARRET GÄFGEN C. ALLEMAGNE.....	42
CHAPITRE 2. L'INCIDENCE DU REGIME DE NULLITE DE LA PREUVE IRRÉGULIERE OU ILLEGALE SUR LES MOYENS D'ENQUETE ET LES DROITS DU PREvenu	42
SECTION 1. LA QUESTION DES PERQUISITIONS IRRÉGULIERES.....	42
SECTION 2. LA VIOLATION DU DROIT AU SILENCE ET LA NON-ASSISTANCE DE L'AVOCAT EMPORTENT-ELLES VIOLATION DU DROIT AU PROCES EQUITABLE ET EXCLUSION DE LA PREUVE ?	45
SECTION 3. LES PROVOCATIONS POLICIERES ET METHODES PARTICULIERES DE RECHERCHE	50
SOUS-SECTION 1. LES PROVOCATIONS POLICIERES	50
SOUS-SECTION 2. LES METHODES PARTICULIERES DE RECHERCHE.....	51
SECTION 4. LA TORTURE OU LES TRAITEMENTS INHUMAINS ET DEGRADANTS : SESAME INCONDITIONNEL A LA VIOLATION DU DROIT A UN PROCES EQUITABLE ?	52
SECTION 5. LA VIOLATION DU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT	56
SECTION 6. L'ECOUTE, LA PRISE DE CONNAISSANCE ET L'ENREGISTREMENT IRRÉGULIER DE (TELE)COMMUNICATIONS PRIVEES.....	60
CONCLUSION ET REPONSES A LA QUESTION DE RECHERCHE	61
ANNEXE I. ENTRETIEN AVEC JEAN-FRANÇOIS MULQUIN, OFFICIER DE POLICE JUDICIAIRE, REALISE LE 17 MARS 2021	65
ANNEXE II. ENTRETIEN AVEC THIEBAUD RUTH, SUBSTITUT DU PROCUREUR DU ROI DE MONS, REALISE LE 26 MARS 2021	72
ANNEXE III. ENTRETIEN ANONYME AVEC UNE JUGE D'INSTRUCTION DE MONS, REALISE LE 29 MARS 2021	78
BIBLIOGRAPHIE	91
LÉGISLATION.....	91
LEGISLATION INTERNATIONALE	91
LEGISLATION NATIONALE	91
JURISPRUDENCE	92

JURISPRUDENCE EUROPEENNE ET INTERNATIONALE	92
JURISPRUDENCE NATIONALE	94
DOCTRINE	96
.....	104

« La notion de régularité de la preuve renvoie aux exigences de loyauté dans la recherche des preuves, supposant le respect de la personne, de la dignité humaine, des principes généraux du droit et des droits de la défense¹. »

N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE

¹ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, 4^e éd., Limal, Anthemis, 2019, p. 457.

Introduction générale et présentation de la question de recherche

1. Le 14 octobre 2003, un arrêt de la Cour de cassation lança le début d'une longue saga qui trouva son épilogue finale dix ans plus tard, dans une loi du 24 octobre 2013 codifiant l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale. Du jour au lendemain, les certitudes furent bousculées : la preuve irrégulière était désormais admissible. Entre partisans et opposants de cette révolution, le sujet fit couler beaucoup d'encre dans la doctrine, tantôt saluant le courage de la Cour de cassation d'admettre l'idée que la preuve est de plus en plus difficile à récolter sans heurts dans une procédure pénale foisonnante ; tantôt maudissant notre haute Cour au titre que les droits du prévenu se voyaient amenuisés. C'est cette doctrine partagée qui nous a conduits à nous intéresser au régime des nullités de la preuve illicite en matière pénale, en essayant de mettre en parallèle celui-ci avec les différents droits fondamentaux du prévenu. Ainsi, le présent mémoire sera divisé en trois grands titres.

2. Tout d'abord, dans un Titre I^{er}, nous verrons quelques notions introductives pour bien cerner le concept de preuve irrégulière ou illégale, les principes qui entourent le droit de la preuve en droit pénal belge ainsi que les différents droits fondamentaux du prévenu, et notamment ce que recouvrent les droits de la défense (sans prétendre à l'exhaustivité sur cette dernière notion). Ensuite, dans un Titre II, nous aborderons le régime des nullités de la preuve irrégulière. Nous serons amenés à faire un détour historique pour voir ce qui avait cours par le passé car il nous semble que la codification de l'article 32 du Titre préliminaire ne peut être comprise que dans une perspective d'ensemble. Dans ce titre, nous verrons aussi ce qu'il en est des preuves spécialement réglementées, de l'opinion de notre Cour constitutionnelle sur le nouveau régime et nous finirons par poser un regard critique, notamment quant aux critères retenus pour exclure une preuve illicite. Finalement, dans un Titre III, nous serons amenés à étudier, premièrement, les droits du prévenu et la preuve illicite dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Deuxièmement, nous étudierons ces droits au regard de l'admission des preuves irrégulières ou illégales. Nous ferons cela en abordant diverses méthodes d'enquête ou moyens utilisés pour établir l'existence d'une infraction dans le chef d'un suspect et les implications que les illicéités commises dans le cours de ces devoirs ont sur la preuve, via l'application de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale.

3. Les grands exposés théoriques n'aidant pas toujours à se faire une idée réelle des incidences pratiques d'une règle, l'on suivra dans ce mémoire une question de recherche qui

est la suivante : *l'admission quasi-systématique des preuves illicites, due au régime de nullité de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, appauvrit-elle les droits fondamentaux du prévenu ?* L'on étudiera le régime de nullité des preuves irrégulières de l'article 32 tout en tentant de percevoir les implications d'une telle codification sur les moyens susceptibles d'être invoqués par la défense. L'on verra en effet que là où, avant 2003, un prévenu pouvait tout bonnement demander à ce que soit d'office écartée la moindre preuve illégale ou irrégulière, aujourd'hui, celui-ci doit désormais soumettre l'élément de preuve à une règle de trois pour savoir s'il sera écarté ou non. À cette question, l'on peut tenter d'apporter différentes hypothèses de réponses qu'il s'agira de confirmer ou d'infirmer à l'issue de nos recherches, dans la conclusion. Listons-en d'emblée quelques-unes :

- La codification de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale appauvrirait les droits du prévenu en ce que ses trois critères sont quelque peu « imprévisibles » voire « inopérants » ;
- La codification de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, en ce qu'il permet l'admissibilité d'un grand nombre de preuves illicites, pourrait mener à des excès de la part des enquêteurs et impacter les droits du prévenu ;
- La codification de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale appauvrirait les droits du prévenu en ce que ses trois critères ne concernent pas la majorité des actes d'information ou d'instruction ;
- La codification de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale n'appauvrirait pas les droits de la défense en ce que le « vide législatif » précédant son adoption n'apportait pas de sécurité juridique ;
- La codification de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale n'appauvrirait pas les droits de la défense en ce que l'intérêt public à la poursuite des faits pénalement répréhensibles serait plus fondamental ;
- La codification de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale n'appauvrirait pas les droits du prévenu car il ne fait que s'adapter à une procédure pénale de plus en plus foisonnante et complexe, ne permettant plus d'appliquer l'exclusion d'office d'un élément entaché d'irrégularité ou d'illégalité.

Dès lors que la question de recherche ainsi que ses quelques hypothèses de réponses sont posées, nous pouvons, à présent, entrer dans le vif du sujet.

Titre I^{er}. Notions introductives

4. Avant d'entrer dans l'étude de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale ainsi que du sort des preuves illicites dans différentes situations pratiques, commençons par indiquer quelques notions introductives afin de faciliter la compréhension du lecteur.

Chapitre 1^{er}. La notion de preuve illégale ou irrégulière en droit de la procédure pénale

Section 1. La preuve illégale

5. La preuve illégale est celle qui méconnaît explicitement une prescription légale². On la retrouve plus généralement dans le régime des preuves spécialement réglementées où l'on a de réelles prescriptions à suivre pour la récolte de la preuve.

Section 2. La preuve irrégulière

6. La preuve irrégulière se différencie de la preuve illégale en ce qu'elle ne méconnaît pas une prescription légale. En effet, la preuve irrégulière ne fait que méconnaître un principe général de droit, une jurisprudence bien établie ou encore une règle non-écrite³. C'est une preuve qui est incompatible avec les règles substantielles de la procédure pénale. La preuve irrégulière est aussi celle qui est « inconciliable (...) avec le respect des droits de la défense »⁴.

Chapitre 2. Quelques principes régissant la preuve en droit belge

Section 1. La charge de la preuve

7. En droit belge, la charge de la preuve repose sur la partie poursuivante⁵ qui joue dès lors un rôle central dans la manifestation de la vérité. Il lui appartient d'établir l'existence de

² J. DE CODT, « La nouvelle loi sur les nullités : un texte inutile ? », *Rev. dr. pén.*, 2014/3, p. 253 ; N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.*, p. 457 ; N. COLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUCHE, « Les dernières évolutions concernant les preuves irrégulières en matière pénale », in *La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques* (sous la coord. de B. FOSSEPREZ et A. PÜTZ), Liège Anthemis, 2013, p. 9 ; M.-A. BEERNAERT, « Antigone : les prémices de l'arrêt du 14 octobre 2003 », in *La jurisprudence Antigone sous le triple axe, pénal, social et fiscal* (sous la dir. de S. SCARNA), Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, p. 13 ; N. COLETTE-BASECQZ, « Nullité de la preuve en matière pénale / quoi de neuf ? », *Le Pli juridique*, liv. 32, 2015, p. 28.

³ J. DE CODT, « La nouvelle loi sur les nullités : un texte inutile ? », *op. cit.*, p. 253 ; M.-A. BEERNAERT, « Antigone : les prémices de l'arrêt du 14 octobre 2003 », *op. cit.*, p. 13 ; Fr. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales* (sous la dir. de Fr. KUTY et D. MOUGENOT), Liège, Anthemis, 2008, pp. 11 et 12 ; Fr. KUTY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *J.T.*, 2005/20, p. 350 ; P. THEVISSIN, « Preuve en droit pénal », in *Postal Mémoires : lexique du droit pénal et des lois spéciales*, Malines, Kluwer, 2009, pp. P.184/09 et P.184/10.

⁴ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.*, p. 457 ; N. COLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUCHE, *op. cit.*, p. 9 ; M.-A. BEERNAERT, « Antigone : les prémices de l'arrêt du 14 octobre 2003 », *op. cit.*, p. 13 ; N. COLETTE-BASECQZ, « Nullité de la preuve en matière pénale / quoi de neuf ? », *op. cit.*, p. 18.

⁵ A savoir le Ministère public ou la partie civile. Ceci fut confirmé par la Cour constitutionnelle. N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.*, p. 439 ; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 4^e éd., Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, p. 1137 ; O. MICHIELS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, Limal,

l'infraction et de tous ses éléments, en en rapportant la preuve⁶. A cet égard, le juge est également un acteur de taille en ce qu'il peut demander des mesures supplémentaires pour obtenir des preuves⁷. En conséquence du principe, le prévenu peut se contenter d'avoir une attitude passive et ne pas collaborer à l'établissement de la vérité⁸. Cela se déduit notamment des articles 6, § 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme et 14, § 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁹. De ce principe de la charge de la preuve découle une conséquence fondamentale dans notre droit : la présomption d'innocence¹⁰.

Section 2. La preuve libre¹¹

8. Toutes les méthodes permettant de récolter des preuves à propos de l'auteur d'une infraction ou de l'infraction ne sont pas spécialement visées par des lois particulières. Cela signifie donc que de telles méthodes ne sont pas soumises à une quelconque autorisation d'un magistrat, ne doivent pas respecter un formalisme particulier et ne visent pas non plus à mettre en lumière une infraction particulière¹². Ainsi, en principe, tout élément de preuve peut être retenu tant qu'il est rationnel, reconnu par la raison et l'expérience afin de forger la conviction d'un juge¹³ et qu'il ait fait l'objet de la contradiction entre les parties¹⁴. L'énumération des

Anthemis, 2015, p. 302 ; R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, 5^{de} vol., Anvers, Maklu, 2012, p. 967 ; M.-A. BEERNAERT, N. COLETTE-BASECQZ, C. GUILLAIN, L. KENNES, P. MANDOUX, M. PREUMONT et D. VANDERMEERSCH, *Introduction à la procédure pénale*, 7^e éd., Bruxelles, La Charte, 2019, pp. 304 et 305.

⁶ R. ANDERSEN, A. BERNARD, Baron CHARLES, J. DE GRAVE, Baron DU JARDIN, P.-A. FORIERS, Vicomte HAYOIT DE TERMICOURT, Baron MAHAUX et L. SIMONT, « Chapitre II. - Les principes généraux du droit qui gouvernent les procédures », in *Répertoire pratique du droit belge : complément 11*, 1^{er} éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 386 ; B. DEJEMEPPE et L. KENNES, « Le contrôle par la Cour de cassation de la régularité de la preuve – Développements récents », in *La preuve : questions spéciales* (sous la dir. de Fr. KUTY et D. MOUGENOT), Liège, Anthemis, 2008, p. 66 ; O. MICHIELS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, op. cit., p. 316 ; M. MARTY, *La légalité de la preuve dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 109.

⁷ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 8^e éd., Bruges, La Charte, 2017, p. 1184.

⁸ C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale. Tome 1, Principes généraux*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2018 p. 98 ; M.-A. BEERNAERT, N. COLETTE-BASECQZ, C. GUILLAIN, L. KENNES, P. MANDOUX, M. PREUMONT et D. VANDERMEERSCH, op. cit., p. 305.

⁹ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, op. cit., pp. 1180, 1182 et 1183 ; R. ANDERSEN, A. BERNARD, Baron CHARLES, J. DE GRAVE, Baron DU JARDIN, P.-A. FORIERS, Vicomte HAYOIT DE TERMICOURT, Baron MAHAUX et L. SIMONT, op. cit., p. 386.

¹⁰ P. THEVISSSEN, op. cit., pp. P.185/01 et P.185/03.

¹¹ Il ne faut pas confondre la preuve libre et la liberté de la preuve, cette dernière signifiant que le juge est libre d'accorder la force probante qu'il souhaite aux preuves qui se présentent à lui. Selon certains auteurs, comme Fr. LUGENTZ, cette liberté s'est étendue depuis 2003 avec l'admission des preuves irrégulières. Fr. LUGENTZ, *La preuve en matière pénale : sanction des irrégularités*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 13 et 27.

¹² *Ibid.*, p. 13 ; J. DE CODT, « Preuve pénale et nullités », *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, n° 6, p. 636 ; R. VERSTRAETEN, op. cit., pp. 977 et 978.

¹³ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, op. cit., p. 1193 ; P. THEVISSSEN, op. cit., p. P.185/05.

¹⁴ Il faut tout de même noter que certains éléments de preuve ne peuvent servir de base à une condamnation de manière exclusive mais doivent, en outre, être appuyés par d'autres éléments. N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, op. cit., p. 447 ; O. MICHIELS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, op. cit., p. 475 ; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, op. cit., p. 1142 ; M.-A. BEERNAERT, N. COLETTE-BASECQZ, C. GUILLAIN, L. KENNES, P. MANDOUX,

différents moyens de preuve proposée par l'article 154 du Code d'instruction criminelle n'est donc pas exhaustive¹⁵.

Section 3. La preuve spécialement réglementée

9. Certains éléments de preuve ont été spécialement réglementés par le législateur. A titre d'exemple, l'on peut citer les analyses A.D.N., le contrôle de vitesse ou encore le contrôle d'imprégnation alcoolique d'un conducteur¹⁶.

Section 4. La nécessaire contradiction de la preuve

10. Il découle des droits de la défense que le juge, lorsqu'il tend à fonder sa conviction sur un moyen de preuve, doit s'assurer que celui-ci fut bien soumis à la contradiction. Ce principe implique que chaque partie ait eu la possibilité de contredire les divers éléments soumis au juge et d'avoir, éventuellement, pu demander des devoirs complémentaires¹⁷.

Chapitre 3. Les droits du prévenu

Section 1. Les droits de la défense

Sous-section 1. La notion

11. Les droits de la défense¹⁸ sont un principe de droit fondamental qui ne souffre aucune exception. Ils s'appliquent devant toutes les juridictions et il n'est pas nécessaire que le législateur l'ait prévu expressément ou en ait réglé l'exercice. Les articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques consacrent les garanties des droits de la défense. Comme tout principe général de droit, les droits de la défense ont un caractère supplétif¹⁹. En outre, selon la Cour constitutionnelle, les droits de la défense visent surtout à assurer l'égalité des armes entre le prévenu et l'autorité ainsi que la préparation utile de sa défense²⁰.

M. PREUMONT et D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, pp. 307 et 308.

¹⁵ R. ANDERSEN, A. BERNARD, Baron CHARLES, J. DE GRAVE, Baron DU JARDIN, P.-A. FORIERS, Vicomte HAYOIT DE TERMICOURT, Baron MAHAUX et L. SIMONT, *op. cit.*, p. 386 ; S. CUYKENS, D. HOLZAPFEL et L. KENNES, *La preuve en matière pénale*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 14.

¹⁶ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.*, p. 447 ; P. THEVISSSEN, *op. cit.*, pp. P.185/07 et P.185/08.

¹⁷ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1195 ; S. CUYKENS, D. HOLZAPFEL et L. KENNES, *op. cit.*, pp. 17 et 18 ; C. De Valkeneer, *Manuel de l'enquête pénale*, *op. cit.*, pp. 75 et 76 ; J. DE CODT, « Preuve pénale et nullités », *op. cit.*, p. 637.

¹⁸ Pour une étude approfondie des droits de la défense, voy. S. BERBUTO et P. THEVISSSEN, « Droits de la défense - l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Postal Memorialis : lexique du droit pénal et des lois spéciales* (X), Malines, Kluwer, mis à jour en mai 2012, pp. D204/01 à D.204/28.

¹⁹ R. ANDERSEN, A. BERNARD, Baron CHARLES, J. DE GRAVE, Baron DU JARDIN, P.-A. FORIERS, Vicomte HAYOIT DE TERMICOURT, Baron MAHAUX et L. SIMONT, *op. cit.*, p. 376.

²⁰ O. MICHIELS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, *op. cit.*, p. 305 ; M.-A. BEERNAERT, N. COLETTE-BASECQZ, C. GUILLAIN, L. KENNES, P. MANDOUX, M. PREUMONT et D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, pp. 14 et 15.

12. Ces derniers peuvent revêtir un double aspect. D'une part, pour la personne poursuivie par l'autorité pénale, il s'agit de la possibilité de faire valoir tous ses moyens de fait ou de droit et de s'exprimer librement à cet effet. D'autre part, pour la justice et la société elle-même, les droits de la défense sont un moyen d'instruction et une source de vérité judiciaire, constituant de la sorte une garantie essentielle de procédure. Car en effet, il ne pourrait y avoir de justice là où la défense ne fut pas pleine et entière²¹.

Sous-section 2. Les droits compris par la notion de « droits de la défense »

§ 1^{er}. Le droit au contradictoire

13. Le principe du contradictoire fait corps avec le principe des droits de la défense²². Cette identité s'explique par la nécessité d'une contradiction des débats afin de permettre l'effectivité des droits de la défense. Ceci implique notamment que la personne poursuivie ait droit à un avocat ; soit informée des charges qui pèsent sur elle ; dispose du temps nécessaire pour préparer sa défense ; que l'égalité des armes soit respectée ; qu'elle puisse discuter et contester les preuves recueillies²³.

§ 2. La présomption d'innocence

14. A la différence du principe du contradictoire qui ne fait qu'un avec le principe des droits de la défense, la présomption d'innocence est érigée en principe général du droit distinct des droits de la défense par la Cour de cassation. Celle-ci est expressément consacrée par l'article 6, § 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme et fait partie intégrante du droit à un procès équitable. En outre, la violation de la présomption d'innocence entraînerait *de facto* la violation du principe des droits de la défense. Finalement, la présomption d'innocence implique que le juge ne donne pas l'impression de parti pris avant de rendre verdict sur la culpabilité, ce qui est intimement lié à son devoir d'impartialité²⁴.

§ 3. Le droit au silence

15. Le droit au silence découle de la présomption d'innocence. Le prévenu a le droit de garder le silence, depuis le début de la procédure et jusqu'à la fin du procès s'il le souhaite. Il s'agit d'un principe général de droit. On le trouve dans le Pacte international relatif aux droits

²¹ *Ibid.*, p. 382.

²² Il s'agit d'ailleurs de l'interprétation donnée par la Cour de cassation.

²³ R. ANDERSEN, A. BERNARD, Baron CHARLES, J. DE GRAVE, Baron DU JARDIN, P.-A. FORIERS, Vicomte HAYOIT DE TERMICOURT, Baron MAHAUX et L. SIMONT, *op. cit.*, pp. 382 et 383.

²⁴ La Cour européenne des droits de l'Homme a elle-même indiqué, notamment dans l'arrêt Capeau c. Belgique du 13 janvier 2005, que le juge devait avoir cette attitude face au prévenu et ne pas préjuger de la culpabilité. *Ibid.*, p. 383 et 384 ; B. DEJEMEPPE et L. KENNES, *op. cit.*, pp. 66 à 68 ; M. MARTY, *op. cit.*, p. 109 ; S. BERNEMAN, « L'admissibilité de la preuve dans un système continental : le modèle belge », *R.D.P.C.*, 2007, p. 300.

civils et politiques²⁵ et il fut consacré dans notre Code d'instruction criminelle depuis la loi *Salduz*²⁶. Grâce à ce droit, le prévenu n'est pas tenu de collaborer à l'administration de la preuve et il ne peut être contraint de faire des déclarations qui contribueraient à son auto-incrimination²⁷. Finalement, le droit au silence implique que le prévenu ne puisse être auditionné sous serment et qu'il puisse mentir ou nier les faits lorsqu'il est interrogé²⁸.

§ 4. Le droit à l'assistance d'un avocat

16. Le droit du prévenu à l'assistance d'un avocat gît dans l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, plus précisément en son paragraphe 3, point c²⁹. Cela fait partie des exigences essentielles du droit à un procès équitable et notre Cour constitutionnelle eut indiqué que ce droit faisait partie intégrante des droits de la défense³⁰.

Le droit à l'assistance d'un avocat fut également consacré par la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt *Salduz c. Turquie* du 27 novembre 2008³¹. Ainsi, dès son premier interrogatoire, toute personne a le droit d'être assistée par un avocat qu'elle aura choisi ou commis d'office³². Ce droit, octroyé à toute personne accusée³³, découle de différents droits

²⁵ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 14, § 3, g) ; Fr. LUGENTZ, « Les effets de la nullité de la preuve irrégulière », note sous Bruxelles (mis. acc.), 11 avril 2014, *Rev. dr. pén. crim.*, 2015, p. 177 ; M.-A. BEERNAERT, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. Trim. D.H.*, 2006/69, p. 83 ; M.-A. BEERNAERT, N. COLETTE-BASECQZ, C. GUILLAIN, L. KENNES, P. MANDOUX, M. PREUMONT et D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, pp. 12 et 13.

²⁶ Code d'instruction criminelle, articles 47bis, § 1er, d) et § 2, 2° et 2° ; Loi du 13 août 2011 modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assistée par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté, *M.B.*, 5 septembre 2011, p. 56347.

²⁷ Cependant, le silence peut parfois emporter des conséquences sur la conviction du juge qui peut en tirer des conclusions ou l'utiliser au titre de présomption de l'homme. B. DEJEMEPPE et L. KENNES, *op. cit.*, p. 68 ; H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1206 ; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *op. cit.*, p. 1134.

²⁸ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.*, pp. 442 et 443 ; R. ANDERSEN, A. BERNARD, Baron CHARLES, J. DE GRAVE, Baron DU JARDIN, P.-A. FORIERS, Vicomte HAYOIT DE TERMICOURT, Baron MAHAUX et L. SIMONT, *op. cit.*, p. 386 ; M.-A. BEERNAERT, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 83 à 88.

²⁹ Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, article 6.3, c qui dispose : « Tout accusé a droit notamment à : (...) c. se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ».

³⁰ O. MICHIELS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, *op. cit.*, p. 559 ; C. const., 13 novembre 2014, n° 165/2014, www.const-court.be (22 février 2021)

³¹ Cour eur. D.H., arrêt *Salduz c. Turquie* du 27 novembre 2008, <https://www.echr.coe.int> (22 février 2021).

³² Ce droit doit également être respecté lors de l'interrogatoire devant un juge d'instruction. Cour eur. D.H., arrêt *Dayanan c. Turquie* du 13 octobre 2009, <https://www.echr.coe.int> (22 février 2021) ; Cass., 15 décembre 2010 (B. R., J., J. / M.O., M.A., H.A.), juportal.be (23 février 2021).

³³ L'on entend ici le terme "accusé" au sens large, c'est-à-dire toute personne suspectée dans une enquête pénale (suspect, inculpé, prévenu, accusé) et non au sens strict, c'est-à-dire le fait que la personne soit renvoyée devant la Cour d'assises par un arrêt de la Chambre des mises en accusation.

à savoir : le droit à l'information, le droit de garder le silence ainsi que le droit de ne pas s'auto-incriminer. Il s'agit d'un droit personnel du prévenu³⁴.

Sous-section 3. Les droits de la défense et la preuve obtenue irrégulièrement

17. L'utilisation d'une preuve illicite n'entraîne pas nécessairement violation des droits de la défense. Quant au sort à réserver à ces preuves, la Cour européenne des droits de l'Homme ne prend pas fermement position. Elle s'astreint à prendre en compte la procédure dans son ensemble afin de vérifier si elle fut équitable. L'admissibilité des preuves relevant du droit interne, la Cour de Strasbourg, lors de son contrôle, ne se bornera qu'à regarder si le requérant a pu contester l'authenticité des preuves et s'opposer à leur utilisation, estimant qu'il n'est pas nécessaire d'exclure, par principe, toute preuve illicite. Elle regarde également si la condamnation se fonde sur d'autres éléments ainsi que l'influence de la preuve irrégulière sur les poursuites³⁵.

18. Chez nous, la Cour de cassation, depuis un arrêt *Antigone*, n'admet la nullité d'une preuve illicite que dans trois cas particuliers, dont l'un d'eux est précisément la violation du procès équitable, auquel l'on peut rattacher les droits de la défense. L'absence de nullité automatique de la preuve illicite implique que la violation des droits de la défense n'emporte plus d'office écartement et nullité de la preuve.

Section 2. Le droit à un procès équitable

19. Le droit à un procès équitable est garanti par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en son article 6, § 1^{er}³⁶. Les droits de la défense font partie intégrante de celui-ci³⁷.

20. Quant aux preuves irrégulières, la Cour européenne des droits de l'Homme estime que l'article 6 n'a pas vocation à en réglementer l'admissibilité dès lors que cela relève de la

³⁴ Ainsi, il ne peut être opposé par ce dernier à un complice ou un coauteur qui l'aurait incriminé dans ses propres déclarations, quand bien même ces déclarations auraient été faites sans la présence d'un avocat. H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1199.

³⁵ O. MICHIELS et A. JACOBS, « Les implications de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme sur les preuves. La jurisprudence *Salduz* et l'arrêt *Gäfgen* », *J.T.*, 2011/9, n° 6427, p. 157 ; S. CUYKENS, D. HOLZAPFEL et L. KENNES, *op. cit.*, pp. 256, 257 et 266.

³⁶ Ce dernier dispose que : « 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. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales, la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

³⁷ Fr. LUGENTZ, « Les effets de l'irrégularité de la preuve dans la procédure pénale. Trois ans d'application de la loi du 24 octobre 2013 », *J.T.*, 2017/4, p. 68.

souveraineté de chaque Etat³⁸. Le procès équitable n'implique donc pas obligatoirement l'utilisation de preuve licite.

Section 3. L'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants

21. La preuve obtenue en violation de l'interdiction de la torture ou des traitements inhumains et dégradants se doit d'être écartée car l'équité même du procès se trouve entachée dans un tel cas³⁹. Cependant, suite aux enseignements de l'arrêt *Gäfgen c. Allemagne*, la règle ne semble plus aussi limpide que précédemment⁴⁰ et nous aborderons cela dans le Titre III de la présente recherche, auquel nous renvoyons déjà le lecteur⁴¹.

Section 4. De quelques autres droits fondamentaux en lien avec la preuve illicite

22. L'on pense ici tout particulièrement au droit à la vie privée et à l'inviolabilité du domicile. Quant au droit à la vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour de Strasbourg a déjà bien affirmé qu'une preuve recueillie en violation de ce droit, bien qu'illégale, n'entraînait pas nécessairement une violation du droit à un procès équitable. Comme à son habitude, la Cour indique que si les éléments ont pu être effectivement contredits, la procédure dans son ensemble restait équitable⁴². L'on se permettra de rejoindre ici quelques opinions dissidentes rendues lors d'arrêts validant l'utilisation de preuve violant l'article 8. Nous partageons le point de vue selon lequel ne pas exclure de tel élément de preuve revient à compromettre l'effectivité même de l'article précité. Comment dissuader les autorités chargées de la poursuite de ne pas bafouer ce droit si l'illégalité n'est pas sanctionnée ?⁴³ En outre, l'on peut ajouter que la Cour de cassation n'a, depuis le début de sa jurisprudence *Antigone*, jamais sanctionné de nullité un élément de preuve violant le droit à la vie privée⁴⁴.

³⁸ S. CUYKENS, D. HOLZAPFEL et L. KENNES, *op. cit.*, p. 256.

³⁹ L. KENNES et D. HOLZAPFEL, « La déloyauté d'un enquêteur peut justifier l'écartement des procès-verbaux rédigés par celui-ci sans pour autant impliquer l'irrecevabilité des poursuites », note sous Cass., 25 mars 2020, *J.L.M.B.*, 2020, n° 31, p. 1472.

⁴⁰ R. ANDERSEN, A. BERNARD, Baron CHARLES, J. DE GRAVE, Baron DU JARDIN, P.-A. FORIERS, Vicomte HAYOIT DE TERMICOURT, Baron MAHAUX et L. SIMONT, *op. cit.*, p. 390.

⁴¹ Voy. Titre III, §§ 83 ainsi que §§ 102 à 107 du présent mémoire.

⁴² Voy. Titre III et l'étude de différents arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme (§§ 76 à 83). O. MICHIELS et A. JACOBS, *op. cit.*, p. 159 ; M.-A. BEERNAERT, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : nouvel état de la question », in *La théorie des nullités en droit pénal* (sous la dir. de I. Bouioulkief et P. Dhaeyer), Limal, Anthemis, 2014, p. 79.

⁴³ Spécialement : Cour eur. D.H., opinion dissidente du juge LOUCAIDES sous l'arrêt *Khan c. Royaume-Uni* du 12 mai 2002, <https://www.echr.coe.int> (1^{er} mars 2021). D'autres opinions dissidentes appuient notre propos : Cour eur. D.H., opinion dissidente de la juge TULKENS sous l'arrêt P.G. et J.H. c. Royaume-Uni du 25 septembre 2001, <https://www.echr.coe.int> (1^{er} mars 2021) et Cour eur. D.H., opinion dissidente du juge SPIELMANN sous l'arrêt *Bykov c. Russie* (G.C.) du 10 mars 2009, <https://www.echr.coe.int> (1^{er} mars 2021). M.-A. BEERNAERT, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : nouvel état de la question », *op. cit.*, pp. 79 et 80 ; S. CUYKENS, D. HOLZAPFEL et L. KENNES, *op. cit.*, p. 259.

⁴⁴ Elle indiqua d'ailleurs, dans un arrêt de 2018, que l'atteinte au droit à la vie privée n'implique pas nullité. Cass.

Titre II. Le régime des nullités de la preuve irrégulière ou illégale en droit de la procédure pénale

Chapitre 1^{er}. Historique

Section 1. Le régime initial des preuves illégales ou irrégulières : une interdiction de principe

Sous-section 1. L'interdiction de principe

23. L'on enseignait, traditionnellement, que jamais le juge pénal ne pouvait utiliser une preuve illégalement ou irrégulièrement recueillie afin de fonder sa décision concernant la condamnation d'un prévenu. Il découlait de ce principe que les preuves illicites devaient être écartées des débats ainsi que les éléments qui en étaient la conséquence directe⁴⁵. Cette tendance était acceptée tant en doctrine qu'en jurisprudence et rien ne semblait la remettre en cause. L'on put lire, notamment dans un arrêt de la Cour de cassation du 10 décembre 1923, précédé des conclusions de Monsieur l'avocat général Paul LECLERCQ que : « La police judiciaire (...) recherche les crimes, les délits et les contraventions, en rassemble les preuves et en livre les auteurs aux tribunaux chargés de les punir. *Dans l'accomplissement de cette mission, les agents, chargés de cette police, ne peuvent, précisément parce qu'ils n'existent que pour faire respecter la loi, accomplir aucune action illégale.* (...) Quand l'administration prétend tirer profit du renseignement obtenu à l'aide de cette illégalité, elle oublie que la chose frugifère étant une action illégale, toutes les conséquences qu'elle en tire contre l'homme qui en a été la victime, sont entachées du même vice d'illégalité. *N'existant que pour assurer le respect de la loi, l'administration se nie elle-même en voulant s'appuyer sciemment sur les*

(2^e ch.), 20 mars 2018 (I.S.), www.juportal.be (24 mars 2021). L. KENNES et D. HOLZAPFEL, *op. cit.*, 1473.

⁴⁵ Fr. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », *op. cit.*, pp. 8 à 10, 14 et 15 ; A. MASSET, « Jurisprudence Antigone », in *La justice: enjeux et perspectives de demain – Justitie : vraagstukken en perspectieven voor morgen* (sous la dir. de E. BOYDENS et R. DE BAERDEMAEKER), Limal, Anthemis, 2013, p. 17 ; P. MONVILLE et D. HOLZAPFEL, « Chapitre 2. – Antigone : les évolutions législative et jurisprudentielle en droit pénal... un bilan navrant et sévère !!! », in *L'évolution de la jurisprudence Antigone sous le triple axe, pénal, social et fiscal* (sous la dir. scientifique de S. SCARNA), Bruxelles, Larcier, 2016, p. 22 ; A. MASSET, « Les preuves illégales et irrégulières en matière pénale : 8 ans d'application du test Antigone », in *Bewijs in strafzaken : wetenschappelijke en juridische verkenning van hedendaagse aspecten van nationaal en europees strafrecht m.b.t. bewijs – La preuve en droit pénal : approche scientifique et juridique de quelques aspects actuels du droit national et européen de la preuve en matière pénale* (J.-P. BEAUTHIER, D. FLORE, A. MASSET, B. RENARD, Ph. TRAEST, G. VERMEULEN), Bruxelles, La Charte, 2011, p. 3 ; L. KENNES, *La preuve en matière pénale*, vol. 1, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 49 ; Fr. KUTY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *op. cit.*, pp. 349 et 350 ; S. VANDROMME, « Uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs : van automatisme naar verplichte toepassing van de Antigoon-toetsing », note sous Cass., 12 octobre 2005, *Vigiles*, 2006/3, p.106 ; A. MASSET, « Preuves pénales irrégulières ou illégales : quelles conséquences en droit de la circulation routière ? », in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2012* (P. LECOCQ, M. DAMBRE, A. BERTHE, B. BIEMAR, S. BOUFFLETTE, e.a.), Bruxelles, La Charte, 2012, p. 151 ; F. VAN VOLSEM, « Antigoon geen spook maar een reddende engel bij de foutieve uitvoering van een correct bevolen tapmaatregel », note sous Cass., 19 juin 2007, *R.A.B.G.*, 2008, n° 7, p. 440 ; P. THEVISSEN, *op. cit.*, p. P.185/11.

*illégalités commises par ses agents (...).*⁴⁶ »⁴⁷ (souligné par nous). L'on se rattache d'emblée à la thèse de Monsieur l'avocat général. Il nous semble que dans un état, tel que le nôtre, afin de promouvoir une justice « juste » et respectueuse des lois, les autorités elles-mêmes doivent commencer par respecter les prescrits légaux. Il reviendrait quasiment à la négation de la justice que d'accepter qu'une autorité, dans le but d'infliger une sanction à un suspect, puisse elle-même méconnaître le droit.

Sous-section 2. Les premiers tempéraments

24. Malgré cette jurisprudence bien établie, l'on put tout de même constater, à partir des années 90, que des tempéraments furent apportés à l'interdiction de principe d'utilisation d'une preuve irrégulière, au travers de différents arrêts rendus par la Cour de cassation⁴⁸. Le premier tempérament eût pour objet d'admettre au dossier des preuves recueillies de façon irrégulière ou illégale lorsqu'elles étaient le fait d'un particulier⁴⁹ et qu'elles respectaient une double condition⁵⁰. Le second tempérament lui, permit que la communication d'un délit, dont le

⁴⁶ Cass. (2^e ch.), 10 décembre 1923, *Pas.*, 1924, p. 67, concl. Av. gén. P. LECLERCQ.

⁴⁷ J. VAN DONINCK, « Onrechtmatig bewijs in strafzaken: van dogmatisme naar pragmatisme », in *La justice: enjeux et perspectives de demain – Justitie : vraagstukken en perspectieven voor morgen* (sous la dir. de E. BOYDENS et R. De BAERDEMAEKER), Limal, Anthemis, 2013, p. 3 ; P. MONVILLE et D. HOLZAPFEL, « Chapitre 2. – Antigone : les évolutions législative et jurisprudentielle en droit pénal... un bilan navrant et sévère !!! », *op. cit.*, pp. 22 et 23 ; C. DE VALKENEER, « Que reste-t-il du principe de légalité de la preuve ? Variations autour de quelques arrêts récents de la Cour de cassation », note sous Cass, 2 mars 2005, *Rev. dr. pén.*, 2005, n° 6, p. 685.

⁴⁸ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1202 ; Fr. KUTY, « Le droit de la preuve au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Questions d'actualités de droit pénal et de procédure pénale : colloque organisé à Mons le 27 mai 2005* (Conférence du Jeune Barreau de Mons, sous la présidence de J. MESSINNE), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 57 et 58 ; S. BERNEMAN, « Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal: Een inleiding tot het Antigoonarrest van 14 oktober 2003 », *T. Straf.*, 2004, n° 1, p. 2 ; F. DERUYCK, « Wat krom is, wordt recht. Over de bruikbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs », in *Strafrecht en strafprocesrecht* (L. ARNOU, J. DELMULLE, e.a.), Malines, Kluwer, 2006, p. 204.

⁴⁹ Il s'agit de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 janvier 1990 : Cass. (2^e ch.), 17 janvier 1990 (Dutry), *Pas.*, 1990, I, p. 588. Dans le même sens, nous avons également l'arrêt du 17 avril 1991 et nous renvoyons le lecteur à une note pour de plus amples développements sur ce dernier : C. DE VALKENEER, « De l'illégalité commise par un tiers dans l'administration de la preuve », note sous Cass., 17 avril 1991, *Rev. dr. pén. crim.*, n°1, pp. 104 à 109 ; P. DHAeyer, « Le régime général des nullités des preuves irrégulières en Belgique et à l'étranger », in *La théorie des nullités en droit pénal* (sous la dir. de I. BOUIOUKLIÉV et P. DHAeyer), Limal, Anthemis, 2014, p. 8 ; Fr. KUTY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *op. cit.*, p. 351 ; C. DE VALKENEER, « Que reste-t-il du principe de légalité de la preuve ? Variations autour de quelques arrêts récents de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 686 ; P. TRAEST, « Recente tendenzen in het bewijsrecht in strafzaken », in *Strafrecht? – Strafrecht: actuele tendenzen* (L. ARNOU, T. DESCHÉPPER, I. LARMUSEAU, M. MINNAERT, B. ROELANDTS, J. ROMBAUT, P. TRAEST et J. VAN DEN BERGHE), Anvers, Maklu, 2001, pp. 263 et 264 ; F. DERUYCK, *op. cit.*, p. 204.

⁵⁰ Premièrement, que la preuve illicite ne soit pas le fait de l'autorité chargée de l'enquête, de la constatation et de la poursuite des infractions, ni le fait du dénonciateur, ni le fait du particulier qui communique la preuve aux autorités. Deuxièmement, l'irrégularité n'eût pu être commise dans le but de communiquer les faits à l'autorité de poursuite. O. MICHIELS et G. FLAQUE, « Les éléments de preuves recueillis à l'étranger : essai de synthèse », *J.L.M.B.*, 2014/9, pp. 415 et 416 ; P. DHAeyer, « Le régime général des nullités des preuves irrégulières en Belgique et à l'étranger », *op. cit.*, p. 8 ; M.-A. BEERNAERT, « Antigone : les prémices de l'arrêt du 14 octobre 2003 », *op. cit.*, p. 15 ; C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, *op. cit.*, p. 85 ; Fr. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », *op. cit.*, pp. 20 à 22 ; A. MASSET, « Jurisprudence Antigone », *op. cit.*, p. 17 ; A. MASSET, « Les preuves illégales et irrégulières en matière pénale : 8 ans d'application du test Antigone », *op. cit.*, p. 3 ; F. DERUYCK, *op. cit.*, p. 204.

dénonciateur avait eu connaissance de façon irrégulière, n'invalide pas la procédure et n'affecte pas la régularité de la preuve⁵¹.

Section 2. D'une interdiction de principe à une autorisation de principe : l'arrêt Antigone

Sous-section 1. La décision de la Cour d'appel d'Anvers du 11 avril 2003

25. Les faits ayant mené à la saga Antigone sont d'une simplicité déconcertante : une simple fouille de véhicule, contrevenant au prescrit de l'article 29 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police. La décision d'appel fut rendue le 11 avril 2003 par la Cour d'appel d'Anvers, pour donner lieu, quelques mois plus tard, à l'arrêt Antigone de la Cour de cassation.

Le défendeur, en l'espèce, avait été contrôlé par la police et lors de sa fouille, les agents découvrirent ses clefs de voiture. Suite à cette découverte, ces derniers décidèrent de fouiller le véhicule stationné dans la rue. C'est ainsi qu'une arme chargée, et dont le numéro de série était limé, fut trouvée dans la voiture du défendeur. Sans entrer plus amplement dans le détail de la décision de la Cour d'appel – à laquelle nous renvoyons le lecteur –, cette dernière constata qu'« il n'existait pas de motifs raisonnables (...) pour admettre que le véhicule du demandeur avait servi pour une des raisons énumérées à l'article 29 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police⁵² ». Cette constatation revenait à dire que la *fouille* du véhicule était *illégale*. À ce stade, si l'on suivait l'enseignement classique de la Cour de cassation, dès lors que la fouille était illicite, les preuves en découlant devaient être écartées. Le défendeur soutenait d'ailleurs que la fouille du véhicule était nulle suite au non-respect de l'article 29 de la loi sur la fonction de police et, dès lors, demandait son acquittement étant donné qu'aucune preuve régulière n'existait au dossier. Ce ne fut pas le chemin emprunté par la Cour d'appel d'Anvers. En effet, cette dernière estima que la défense de Y.D. ne pouvait être retenue. Elle indiqua que « la sanction de l'exclusion des preuves devrait être réservée aux cas dans lesquels la fiabilité des preuves a été compromise par l'illégalité⁵³ ». Or, dans le présent arrêt, la Cour d'appel d'Anvers constata effectivement que la fouille du véhicule menant à la découverte de l'arme était illicite. Cependant, elle indiqua qu'il ne fut pas contesté que le défendeur avait acheté et placé l'arme dans son véhicule de son propre chef, sans aucune intervention de la police. Dès lors, selon elle, la fouille illégale ne pouvait être de nature à affecter la fiabilité de la preuve. Elle ajouta

⁵¹ O. MICHIELS et G. FLAQUE, *op. cit.*, p. 416 ; M.-A. BEERNAERT, « Antigone : les prémices de l'arrêt du 14 octobre 2003 », *op. cit.*, pp. 16 et 17 ; Fr. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », *op. cit.*, pp. 24 à 26 ; A. MASSET, « Jurisprudence Antigone », *op. cit.*, p. 17 ; A. MASSET, « Les preuves illégales et irrégulières en matière pénale : 8 ans d'application du test Antigone », *op. cit.*, p. 3 ; A. MASSET, « Preuves pénales irrégulières ou illégales : quelles conséquences en droit de la circulation routière ? », *op. cit.*, p. 153.

⁵² Anvers, 11 avril 2003, *T. Strafr.*, 2004, liv. 2, p. 147, traduction libre ; L. KENNES, *Manuel de la preuve en matière pénale*, 2^e éd., Malines, Kluwer, 2009, pp. 52 et 53.

⁵³ Anvers, 11 avril 2003, *T. Strafr.*, 2004, liv. 2, p. 147, traduction libre.

de plus que « l'intervention de la police ne doit pas non plus être considérée comme une violation grave des principes de régularité de la procédure, par laquelle il a été porté délibérément atteinte et au mépris flagrant des intérêts du prévenu, à son droit à un procès équitable⁵⁴ ». Dès lors, elle accepta de prendre en compte les preuves illégales afin de confirmer la condamnation de Y.D.

Sous-section 2. Le spectaculaire revirement de jurisprudence de la Cour de cassation du 14 octobre 2003

26. Le 14 octobre 2003, la chambre néerlandophone de la Cour de cassation rendit son célèbre arrêt *Antigone* dans lequel elle confirma la décision de la Cour d'appel d'Anvers⁵⁵. Dans cet arrêt édifiant, l'on passa d'une *interdiction de principe* à une *autorisation de principe*. Là où, auparavant, aucune question ne se posait et que l'on écartait d'office la preuve irrégulière ou illégale, l'on appliqua désormais la règle exactement inverse. Ce revirement de jurisprudence marqua la fin de l'exclusion automatique d'une preuve recueillie de façon irrégulière ou illégale⁵⁶. Il s'agira, à partir de 2003, de ne pas écarter une preuve irrégulière ou illégale à moins que celle-ci ne rencontre l'un des trois cas cités par l'arrêt, à savoir (1) lorsque le respect de forme prescrite à peine de nullité a été violé ; (2) lorsque la preuve perd sa fiabilité du fait de son irrégularité ; ou (3) lorsque l'usage d'une telle preuve est contraire au droit à un procès équitable⁵⁷.

⁵⁴ Anvers, 11 avril 2003, *T. Strafr.*, 2004, liv. 2, pp. 147 et 148, traduction libre.

⁵⁵ Cass. (2^e ch.), 14 octobre 2003 (D.Y.), *Pas.*, 2003, liv. 9-10, p. 1607, concl. Av. gén. M. DE SWAEF ; N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.*, p. 459.

⁵⁶ N. COLETTE-BASECQZ, « L'admissibilité des preuves irrégulières au regard du droit à un procès équitable : la jurisprudence "Antigoon" sous la loupe de la Cour européenne des droits de l'Homme », note sous Cour eur. D.H., 28 juillet 2009, *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, pp. 325 ; Fr. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », *op. cit.*, pp. 27 et 28 ; Fr. KUTY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *op. cit.*, p. 352 ; Fr. KUTY, « Le droit de la preuve au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 75.

⁵⁷ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.*, pp. 460 et 461 ; O. MICHIELS et G. FLAQUE, *op. cit.*, p. 416 ; D. VANDERMEERSCH, « La jurisprudence "Antigoon" : évolution, remise en question et perspective de consécration légale », in *Actualités en droit pénal* (C. GUILLAIN, L. KENNES, D. DE BECO, S. CUYKENS, M. GIACOMETTI et P. MONVILLE), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 7 et 8 ; O. KLEES, « La preuve en droit pénal : une évolution de la jurisprudence ou 50 nuances d'Antigone ? », note sous Cass., 18 janvier 2017, *Rev. dr. pén. crim.*, 2017, p. 641 ; P. DHAeyer, « Mais où est donc passée la nullité ? Les preuves irrégulières en droit pénal et leur usage en matière d'impôts. État de la question en Belgique et regard sur le droit néerlandais », *R.G.C.F.*, 2007/3, pp. 157 et 158 ; N. COLETTE-BASECQZ, « Nullité de la preuve en matière pénale / quoi de neuf ? », *op. cit.*, p. 31 ; C. DE VALKENNEER, *Manuel de l'enquête pénale*, *op. cit.*, p. 78 ; Fr. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », *op. cit.*, p. 8 ; L. KENNES et D. HOLZAPFEL, *op. cit.*, p. 1471 ; J. VAN DONINCK, *op. cit.*, p. 4 ; P. MONVILLE et D. HOLZAPFEL, « Chapitre 2. – Antigone : les évolutions législative et jurisprudentielle en droit pénal... un bilan navrant et sévère !!! », *op. cit.*, p. 24 ; A. MASSET, « 3 - Le régime des nullités en procédure pénale », in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 100 et 101 ; D. VANDERMEERSCH, « La purge des nullités et le règlement de la procédure », in *La théorie des nullités en droit pénal* (sous la dir. de I. BOUIOUKLIEV et P. DHAeyer), Limal, Anthemis, 2014, p. 113 ; D. DECKER, « Antigoon vooruit ? Straatsburg heeft geen bezwaar tegen de antigoonrechtspraak », *Vigiles*, 2009/5, p. 201 ; R. VERSTRAETEN, *op. cit.*, pp. 1004 et 1005 ; S. Berneman, « Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal: Een inleiding tot het Antigoonarrest van 14 oktober 2003 », *op. cit.*, p. 28 ; F. VAN VOLSEM, *op. cit.*, p. 442 ; P. THEVISSSEN, *op. cit.*, p. P.185/13 ; S. GUENTER et F. SCHUERMAN, « Enkele recente Antigoon-evoluties en de toepassing ervan op een

27. C'est ainsi que les cours et tribunaux, comme les juridictions d'instruction⁵⁸, se virent obliger d'appliquer les trois critères du test Antigone aux preuves irrégulières ou illégales, au risque de voir leur décision réformée par la Cour de cassation s'ils ne l'avaient pas effectué⁵⁹.

Sous-section 3. Quelques arrêts d'affinement de la jurisprudence Antigone

§ 1^{er}. Le ralliement de la chambre francophone de la Cour de cassation à la jurisprudence Antigone

28. Lors d'un nouvel arrêt important en date du 2 mars 2005⁶⁰, la chambre francophone de la Cour de cassation se rallia à son homologue néerlandophone⁶¹. Sans avoir égard ici plus amplement aux faits, il est important de relever que la Cour a fait expressément mention des critères Antigone. Elle indiqua, en outre, qu'elle avait déjà elle-même affiné ses critères dans des arrêts du 23 mars 2004 et du 16 novembre 2004⁶², où il fut jugé que la preuve obtenue en violation d'un droit fondamental issu de la Convention européenne des droits de l'Homme ou de la Constitution n'était pas en soi inadmissible. Cet arrêt valida donc entièrement l'enseignement Antigone et la nouvelle approche à réserver à la nullité des preuves irrégulières ou illégales⁶³. Elle ajouta, dans l'arrêt présent, deux éléments d'appréciation que le juge pourra utiliser lors de son appréciation : « Que, lorsque l'irrégularité commise ne compromet pas le droit à un procès équitable, n'entache pas la fiabilité de la preuve et ne méconnaît pas une formalité prescrite à peine de nullité, le juge *peut*, pour décider qu'il y a lieu *d'admettre des*

oregelmatige observatie en/of infiltratie », note sous Gand (mises acc.), 25 juin 2013, *T. Straf.*, 2013/5, p. 329.

⁵⁸ Bien que, depuis un arrêt du 3 avril 2012, la Cour de cassation semblait estimer que la preuve irrégulière ou illicite, ainsi que les éléments directs qui en découlaient, ne pouvaient être écartés par une juridiction d'instruction que s'il y avait une violation d'une forme prescrite à peine de nullité ou s'il y avait violation du droit à un procès équitable. Cass. (2^e ch.), 3 avril 2012 (I. 17 burgerlijke partijen, II. 62 burgerlijke partijen / Aartsbisdom Mechelen-Brussel, G.D.), *Pas.*, 2012, liv. 4, p. 745. D. VANDERMEERSCH, « La purge des nullités et le règlement de la procédure », *op. cit.*, p. 114.

⁵⁹ Ceci fut notamment illustré dans un arrêt du 12 octobre 2005 où la Cour indiqua qu'une preuve illicite « *ne doit donc être écartée*, outre le cas de la violation d'une forme prescrite à peine de nullité, *que* lorsque son obtention est entachée d'un vice de nature à lui ôter sa fiabilité ou à compromettre le droit à un procès équitable » (souligné par nous). D. VANDERMEERSCH, « La jurisprudence "Antigoon" : évolution, remise en question et perspective de consécration légale », *op. cit.*, p. 14 ; Cass. (2^e ch.), 12 octobre 2005, *Pas.*, 2005, liv. 9-10, p. 1905.

⁶⁰ Il était question d'un vol perpétré par la demanderesse sur son lieu de travail et constaté au moyen d'une vidéosurveillance inconnue de cette dernière. Elle invoquait la violation de certains de ses droits fondamentaux. Pour de plus amples détails, voir : C. DE VALKENEER, « Que reste-t-il du principe de légalité de la preuve ? Variations autour de quelques arrêts récents de la Cour de cassation », *op. cit.*, pp. 690 à 695.

⁶¹ F. DERUYCK, *op. cit.*, p. 209.

⁶² Cass. (2^e ch.), 23 mars 2004 (B.E.), *Pas.*, 2004, liv. 3, p. 500 ; Cass. (2^e ch.), 16 novembre 2004 (B.M.), *Pas.*, 2004, liv. 11, p. 1795 ; C. DE VALKENEER, « Que reste-t-il du principe de légalité de la preuve ? Variations autour de quelques arrêts récents de la Cour de cassation », *op. cit.*, pp. 688 et 689. Nous renvoyons le lecteur à l'étude de L. KENNES pour plus de détails sur ces arrêts : L. KENNES, *Manuel de la preuve en matière pénale*, *op. cit.*, pp. 54 à 58.

⁶³ P. DHAeyer, « Le régime général des nullités des preuves irrégulières en Belgique et à l'étranger », *op. cit.*, p. 11 ; N. COLETTE-BASECQZ, « Nullité de la preuve en matière pénale / quoi de neuf ? », *op. cit.*, p. 32 ; L. KENNES, *La preuve en matière pénale*, *op. cit.*, pp. 68 à 70.

*éléments irrégulièrement produits, prendre en considération, notamment, la circonstance que l'illicéité commise est sans commune mesure avec la gravité de l'infraction dont l'acte irrégulier a permis la constatation, ou que cette irrégularité est sans incidence sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgressée*⁶⁴ » (souligné par nous).

§ 2. Les précisions des critères retenus par l'arrêt Antigone : les arrêts du 23 mars 2004 et du 24 avril 2013

29. Tout d'abord, quelques mois après le revirement de jurisprudence, un nouvel arrêt du 23 mars 2004 donna des précisions quant à l'appréciation de la violation du droit à un procès équitable. La Cour de cassation y énonça qu'il appartient au juge d'apprécier si l'usage de la preuve illicite est contraire au droit à un procès équitable. Pour ce faire, elle ajoute trois sous-critères susceptibles d'être pris en considération lors de son appréciation : (1) la circonstance que l'autorité ait commis intentionnellement l'acte illicite ; (2) la circonstance que la gravité de l'infraction recherchée dépasse largement la gravité de l'illicéité commise (critère de proportionnalité) ; et (3) la circonstance que la preuve illicite ne concerne qu'un élément matériel de l'existence de l'infraction⁶⁵. Ces trois sous-critères ne sont que facultatifs étant donné qu'elle indiqua : « (...) le juge peut prendre en considération *notamment* (...) » (souligné par nous)⁶⁶. En outre, il faut adjoindre aux trois sous-critères précités, un quatrième qui fut énoncé par la Cour de cassation dans son arrêt Manon. Il s'agit du critère du caractère formel

⁶⁴ Cass. (2^e ch.), 2 mars 2005 (C. / S.P.R.L. Le chocolatier Manon), *Pas.*, 2005, liv. 3, pp. 509 à 511, concl. Av., gén. D. VANDERMEERSCH ; M.-A. BEERNAERT, N. COLETTE-BASECQZ, C. GUILLAIN, L. KENNES, P. MANDOUX, M. PREUMONT et D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, pp. 310 et 311.

⁶⁵ Cass. (2^e ch.), 23 mars 2004 (B.E.), *Pas.*, 2004, liv. 3, p. 503 ; N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.*, p. 462 ; O. MICHIELS et G. FLAQUE, *op. cit.*, p. 418 ; D. VANDERMEERSCH, « La jurisprudence "Antigoon" : évolution, remise en question et perspective de consécration légale », *op. cit.*, p. 10 ; M.-A. BEERNAERT, « Antigone, le principe et "l'idéal de justice" », *J.L.M.B.*, 2014/29, p. 1375 ; P. DHAEYER, « Mais où est donc passée la nullité ? Les preuves irrégulières en droit pénal et leur usage en matière d'impôts. État de la question en Belgique et regard sur le droit néerlandais », *op. cit.*, p. 158 ; C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, *op. cit.*, p. 79 ; Fr. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », *op. cit.*, pp. 38, 39, 49 à 51 ; L. KENNES, « L'impertinente Antigone ou le défaut de pertinence du critère d'équité du procès pour décider de l'exclusion d'une preuve irrégulière », *J.T.*, 2018/1, n° 6713, pp. 2 et 3 ; J. VAN DONINCK, *op. cit.*, p. 10 ; A. MASSET, « Les preuves illégales et irrégulières en matière pénale : 8 ans d'application du test Antigone », *op. cit.*, pp. 8, 9, 11 et 12 ; Fr. KUTY, « Le droit de la preuve au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 87 ; F. SCHUERMANS, « Antigoon geen vrijgeleide voor onbehoorlijk politieoptreden: trekt cassatie de teugels aan? », *T. Straf.*, 2009, n° 3, p. 153 ; F. VAN VOLSEM, *op. cit.*, pp. 441 et 442.

⁶⁶ Dans un arrêt ultérieur du 28 mai 2013, la Cour de cassation a bien indiqué que le juge *pouvait* utiliser les sous-critères pour apprécier l'atteinte au droit à un procès équitable suite à l'utilisation de la preuve irrégulière mais qu'il restait souverain et n'y était donc pas obligé. Elle a surtout insisté sur le fait que l'appréciation de la gravité de l'infraction par rapport à la gravité de l'illicéité ne devait pas obligatoirement être utilisée. Cass. (2^e ch.), 28 mai 2013 (74 burgerlijke partijen / Aartsbisdom Mechelen-Brussel, kardinaal Godfried Danneels), *Pas.*, 2013, liv. 5, p. 1209 ; Fr. KUTY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *op. cit.*, pp. 354 et 355 ; N. COLETTE-BASECQZ, « L'admissibilité des preuves irrégulières au regard du droit à un procès équitable : la jurisprudence "Antigoon" sous la loupe de la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 325 ; S. VANDROMME, *op. cit.*, p. 107 ; S. GUENTER et F. SCHUERMANS, *op. cit.*, p. 329.

de l'irrégularité qui consiste en ce que ladite irrégularité « est sans incidence sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgressée »⁶⁷.

30. Ensuite, l'arrêt Conrad de la Cour de cassation⁶⁸ du 24 avril 2013 ajouta un nouveau critère au test Antigone : le critère des preuves violant les formalités substantielles touchant à l'organisation des cours et tribunaux du point de vue de leur organisation. Il s'agit de respecter l'organisation des cours et tribunaux quant à la répartition de leurs attributions respectives⁶⁹.

Section 3. L'absence de réaction législative durant dix ans : les diverses tentatives de codification

Sous-section 1. Les propositions de loi initiales de Monsieur LANDUYT

§ 1^{er}. La proposition de loi du 15 septembre 2009

31. La première proposition de loi, après toute la saga judiciaire brièvement exposée ci-dessus, fut déposée par Monsieur Renaat LANDUYT, le 15 septembre 2009. Celle-ci était fort bien différente de la loi qui sera finalement adoptée quatre ans plus tard, le 24 octobre 2013. Cette proposition de loi consistait à modifier le Code d'instruction criminelle en son article 407 afin d'y ajouter deux alinéas, se lisant comme suit :

« Quelle que soit la formalité omise ou irrégulièrement accomplie, aucun acte d'instruction ou de procédure ne peut être déclaré nul si la nullité n'est pas formellement prononcée par la loi.

Le juge ne peut déclarer nul un acte d'instruction ou de procédure que si l'omission ou l'irrégularité dénoncée nuit concrètement aux intérêts légitimes de la partie contre laquelle l'instruction est menée ou contre laquelle l'acte a été accompli.⁷⁰ »

Le but de ces nouveaux alinéas était d'éviter au maximum une nullité de la preuve illicite car, selon Monsieur LANDUYT, le non-aboutissement d'une procédure pénale suite à la

⁶⁷ Cass. (2^e ch.), 2 mars 2005 (C. / S.P.R.L. Le chocolatier Manon), *Pas.*, 2005, liv. 3, p. 515, concl. Av. gén. D. VANDERMEERSCH ; L. KENNES, *La preuve en matière pénale*, *op. cit.*, pp. 62 à 64 ; N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.*, p. 466 ; O. MICHIELS et G. FLAQUE, *op. cit.*, p. 418 ; Fr. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », *op. cit.*, p. 39 ; J. VAN DONINCK, *op. cit.*, p. 10.

⁶⁸ Il s'agissait d'un prévenu se prévalant de la nullité d'une preuve obtenue suite à une visite domiciliaire autorisée par le mauvais juge (un juge de police). Les juges d'appel avaient admis cette preuve irrégulière mais la Cour de cassation cassa cette décision.

⁶⁹ Pour une note détaillée de l'arrêt du 24 avril 2013, nous renvoyons le lecteur à C. DE VALKENEER, « Les règles substantielles de la procédure pénale : la jurisprudence Antigone s'enrichit d'un nouveau critère ou la construction tortueuse d'un régime de preuve aux voies assez impénétrables », note sous Cass., 24 avril 2013, *Rev. dr. pén. crim.*, 2013, n° 11, p. 1008 à 1018. Cass. (2^e ch.), 24 avril 2013 (M.K.A.H., M.K.A.S., e.a. / F.A., B.S.R.W., e.a.), *Pas.*, 2013, liv. 4, p. 939, concl. Av. gén. D. VANDERMEERSCH ; N. COLETTE-BASECQZ, « Nullité de la preuve en matière pénale / quoi de neuf ? », *op. cit.*, p. 35 ; N. COLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUCHE, *op. cit.*, p. 12 ; P. DHAeyer, « Le régime général des nullités des preuves irrégulières en Belgique et à l'étranger », *op. cit.*, p. 12 ; A. MASSET, « Les preuves illégales et irrégulières en matière pénale : 8 ans d'application du test Antigone », *op. cit.*, p. 7 ; P. MONVILLE et D. HOLZAPFEL, « Chapitre 2. – Antigone : les évolutions législative et jurisprudentielle en droit pénal... un bilan navrant et sévère !!! », *op. cit.*, p. 28.

⁷⁰ Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2008-2009, n° 52-2163/1, pp. 5 et 7.

violation de formalités exaspérait terriblement les citoyens qui ne comprenaient pas que le non-respect d'une règle de forme mène à une nullité⁷¹. Le substitut du Procureur du Roi de Mons, que nous avons pu interroger, rejoint d'ailleurs ce point de vue⁷².

32. Bien que constatant que les preuves irrégulières n'étaient plus toujours sanctionnées par la nullité depuis la jurisprudence Antigone, Monsieur le député afficha l'objectif de transposer en droit de la procédure pénale les règles applicables en droit processuel civil, à savoir qu'il ne peut y avoir de nullité sans grief⁷³. Selon lui, « la nullité pour cause de grief concret garantit (...) le droit à un procès équitable »⁷⁴.

33. Le Conseil d'Etat rendit un avis à propos de cette proposition, indiquant dans sa conclusion qu'elle devait faire l'objet d'un réexamen approfondi et qu'elle ne semblait donc pas aboutie⁷⁵.

§ 2. La proposition du 29 juillet 2010

34. La première proposition de loi de 2009 fut déclarée caduque le 7 mai 2010. Cependant, le 29 juillet 2010, Renaat LANDUYT redéposa la même proposition⁷⁶. Elle reprenait mot pour mot celle que nous avons évoquée ci-dessus.

35. Cette proposition de loi sera modifiée dans les années postérieures à 2010 et ne sera donc pas adoptée comme telle⁷⁷. Nous pensons que cela est heureux. En effet, son champ d'application aurait été fortement restreint, au vu du peu de nullités textuelles dans notre procédure pénale. Une telle législation aurait supposé que le législateur revoie entièrement le Code d'instruction criminelle ainsi que le Titre préliminaire du Code de procédure pénale, pour y ajouter çà et là la sanction de nullité en cas de non-respect des formalités. Nous ne sommes d'ailleurs pas les seuls à penser que ce texte aurait été trop attentatoire et l'on peut dès lors citer

⁷¹ L. KENNES, « L'enquête pénale à l'épreuve de la loi "pot-pourri II", purge des nullités », in *Le Pli juridique*, 2019, n° 47, p. 30.

⁷² Entretien avec T. RUTH, substitut du Procureur du Roi de Mons, réalisé le 26 mars 2021, Annexe II, p. 73.

⁷³ N. COLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUCHE, *op. cit.*, p. 29 ; A. MASSET, « Jurisprudence Antigone », *op. cit.*, p. 26 ; H. FUNCK, « L'irrégularité touchant à l'organisation des cours et tribunaux n'est plus automatiquement une cause de nullité en matière pénale. La loi du 24 octobre 2013, frein à l'arrêt de cassation du 24 avril 2013 », *Chron. D.S.*, 2013, liv. 8, p. 401.

⁷⁴ Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2008-2009, n° 52-2163/1, pp. 2 et 3.

⁷⁵ Dans un souci de concision, nous renvoyons le lecteur à cet avis s'il désire plus de détails : Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, Avis du Conseil d'Etat ° 47 320/2, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2163/2. P. DHAEYER, « Le régime général des nullités des preuves irrégulières en Belgique et à l'étranger », *op. cit.*, pp. 22 et 23 ; A. MASSET, « Jurisprudence Antigone », *op. cit.*, p. 26.

⁷⁶ Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, *Doc. parl.*, sess. extr. 2010, n°53-0041/1 ; N. COLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUCHE, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁷ Aucune modification de l'article 407 du Code d'instruction criminelle ne fut donc votée.

une phrase de Jean DE CODT qui nous indiquait que : « Le nouvel article 32 a (...) [une] fonction qui consiste à écarter d'autres solutions moins heureuses⁷⁸ ».

§ 3. Les amendements à la proposition de loi du 29 juillet 2010

36. Le 29 novembre 2012, le député LANDUYT déposa le premier amendement à sa proposition de loi du 29 juillet 2010. C'est dans celle-ci qu'il proposa l'introduction de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale en lieu et place d'une modification de l'article 407 du Code d'instruction criminelle. La justification de cette modification est issue de l'avis du Conseil d'Etat se montrant perplexe quant à l'utilisation des principes de droit processuel privé en droit de la procédure pénale. Pour remédier à cette difficulté, Monsieur LANDUYT proposa de s'appuyer sur la jurisprudence Antigone afin de lui conférer un ancrage législatif⁷⁹. Ainsi, une preuve irrégulière pourrait désormais être prise en compte par les cours et tribunaux, à moins que la nullité ne soit expressément prévue ; que la fiabilité de la preuve soit atteinte ; ou que l'utilisation de la preuve soit contraire au droit à un procès équitable. Quant à ce dernier critère, le député renvoya à la jurisprudence de la Cour de cassation établie depuis un arrêt de 2004 (précédemment cité). Monsieur le député indiqua que les « arrêts "d'affinement" » étaient également visés, ce qui revint à nous indiquer que même si la loi est adoptée, les critères établis dans la jurisprudence restent totalement valables.

37. Le but affiché, en reprenant textuellement l'arrêt Antigone, était d'éviter la censure de la nouvelle loi par les juridictions suprêmes de notre Royaume ou encore par la Cour européenne des droits de l'Homme⁸⁰.

38. Ce texte, après discussion en Commission de la justice de la chambre, fut adopté en séance plénière le 10 janvier 2013 et envoyé au Sénat. Des amendements y furent déposés, notamment suite à l'avis de la Cour de cassation⁸¹. Il aurait été heureux de garder au moins le critère des formes substantielles touchant à l'organisation des cours et tribunaux, comme

⁷⁸ J. DE CODT, « La nouvelle loi sur les nullités : un texte inutile ? », *op. cit.*, p. 248.

⁷⁹ N. COLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUCHE, *op. cit.*, pp. 32 et 33 ; P. DHAeyer, « Le régime général des nullités des preuves irrégulières en Belgique et à l'étranger », *op. cit.*, p. 21.

⁸⁰ Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, Amendement n° 1, *Doc. parl.*, sess. ord. 2011-2012, n° 53-41/2. L'article 32 tel qu'il y était proposé se lisait comme suit :

« La nullité et l'exclusion d'un élément de preuve obtenu irrégulièrement ne peuvent être décidées que si :

— le respect des conditions formelles concernées est prescrit à peine de nullité, ou ;

— l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve, ou ;

— l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable »

⁸¹ Cette dernière estimait que le critère de la violation des formes substantielles touchant à l'organisation des cours et tribunaux devait être maintenu ainsi qu'elle indiqua que l'article 32 ne devrait pas s'appliquer aux preuves recueillies à décharge. Un article 33 était également prévu afin de prévoir que la preuve légale ne respectant pas les formalités prévues par la loi se voyait déchu de sa force probante. Projet de loi modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités, Rapport fait au nom de la Commission de la justice, Avis de la Cour de cassation, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-1924/3, pp. 15 à 19.

suggéré par la Haute Cour. Cependant, la demande de la Cour de cassation ne fut pas entendue et la Chambre adopta le projet de loi le 26 septembre 2013, dans des termes quasiment identiques à ceux utilisés dans le texte initialement voté. Le 24 octobre 2013, le texte obtint la sanction royale et fut publié au Moniteur belge en date du 12 novembre 2013⁸².

Sous-section 2. La proposition de loi des Mesdames VAN CAUTER et LAHAYE-BATTHEU

39. Cette proposition de loi avançait l'idée de ne pas exclure automatiquement la preuve irrégulière mais de le faire en fonction des circonstances de l'espèce et des intérêts concrets du prévenu. Trois sanctions étaient proposées en cas d'irrégularité⁸³. Le juge aurait disposé, ici, d'une large marge de manœuvre en fonction des circonstances de l'espèce⁸⁴. La proposition de loi de Mesdames VAN CAUTER et LAHAYE-BATTHEU s'inspirait du Code d'instruction criminelle néerlandais où gît le principe de la réparation de l'omission impliquant que l'on ne sanctionne les omissions formelles que lorsqu'aucune autre réparation n'est possible⁸⁵.

Sous-section 3. La proposition de loi de Madame BECQ et Monsieur TERWINGEN⁸⁶

40. Cette dernière proposition de loi reprenait le Livre 1^{er} du projet de loi Grand Franchimont mais fut malheureusement disjointe à la demande de l'un de ses auteurs⁸⁷. Elle visait à insérer une deuxième partie dans le Titre préliminaire du Code de procédure pénale, concernant les principes généraux de la procédure pénale⁸⁸. Plusieurs dispositions traitaient des nullités et nous renvoyons le lecteur aux travaux préparatoires afin d'en prendre connaissance⁸⁹. Il est dommage que cette proposition n'ait pas abouti dans la mesure où la réflexion semblait plus poussée ici que dans les propositions précitées.

Sous-section 4. Synthèse

41. L'adoption du projet de loi LANDUYT semblait, finalement, le plus propice, non pas tant vis-à-vis de son contenu mais plutôt pour des raisons pragmatiques. D'abord car les preuves irrégulières récoltées à l'étranger se voyaient appliquer un régime calqué sur la jurisprudence Antigone. Comment aurait-il pu être justifié d'appliquer deux régimes différents

⁸² N. COLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUCHE, *op. cit.*, pp. 40 à 42.

⁸³ (1) La réduction de la peine ; (2) l'exclusion de la preuve ou (3) l'irrecevabilité de l'action publique.

⁸⁴ Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, Rapport fait au nom de la Commission de la justice par Mesdames Carina VAN CAUTER et Sophie de WIT, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 53-0041/3, p. 6 ; H. FUNCK, *op. cit.*, p. 401.

⁸⁵ N. COLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUCHE, *op. cit.*, p. 30 ; P. DHAEYER, « Le régime général des nullités des preuves irrégulières en Belgique et à l'étranger », *op. cit.*, p. 23.

⁸⁶ Proposition de loi insérant, dans le Titre préliminaire du Code de procédure pénale, une deuxième partie concernant les principes généraux de la procédure pénale, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 53-2236/1.

⁸⁷ Projet de loi contenant le Code de procédure pénale, *Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 51-2138/1, pp. 3 à 10.

⁸⁸ N. COLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUCHE, *op. cit.*, pp. 31 et 32 ; H. FUNCK, *op. cit.*, p. 401.

⁸⁹ Proposition de loi insérant, dans le Titre préliminaire du Code de procédure pénale, une deuxième partie concernant les principes généraux de la procédure pénale, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 53-2236/1, « Chapitre 4. Les causes de nullité », articles 38 à 43, pp. 11 à 13.

aux preuves irrégulières provenant, d'une part, de l'étranger et d'autre part, de Belgique ? Cela aurait pu conduire à un constat de discrimination par la Cour constitutionnelle étant donné qu'aucune justification objective et raisonnable n'aurait existé pour justifier une telle différence⁹⁰.

42. Ensuite, il faut se rendre compte de la difficulté d'adopter une législation en la matière et cela s'illustre par la durée des discussions ainsi que les tentatives ratées de codification. Le but du législateur ne résidait donc pas dans une volonté de réduire les droits du prévenu mais plutôt dans celui d'ancrer dans la loi le seul consensus possible. Cependant, il nous semble qu'il aurait été peut-être plus judicieux de laisser la Cour de cassation continuer son œuvre et la juge d'instruction que nous avons pu interroger dans le cadre de nos recherches rejoint d'ailleurs cette opinion⁹¹.

Chapitre 2. Le détail du régime désormais applicable aux preuves recueillies de façon irrégulière ou illégale

Section 1. Dix ans après : la loi du 24 octobre 2013 introduisant un régime des nullités de la preuve irrégulière ou illégale

43. La loi du 24 octobre 2013 fut adoptée et modifia le Titre préliminaire du Code de procédure pénale pour y introduire un nouveau chapitre contenant un article unique : l'article 32. Ce dernier consacre la jurisprudence Antigone⁹², en laissant, hors de son texte, les sous-critères dégagés par la Cour de cassation au fil des années précédentes. Cependant, ces derniers sont normalement toujours applicables selon Monsieur LANDUYT⁹³.

44. Certains auteurs de doctrine se demandent quelle est la réelle utilité de cette consécration, qui n'amène rien de plus sur le fond par rapport à la jurisprudence⁹⁴. En outre, selon d'autres auteurs, cette codification de la jurisprudence Antigone aurait cadencé un travail non-abouti de la Cour de cassation, l'empêchant de continuer à faire évoluer son enseignement dans le domaine de la preuve illicite alors que l'on se trouve dans une matière

⁹⁰ N. COLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUCHE, *op. cit.*, p. 37 ; Fr. LUGENTZ, « La sanction de l'irrégularité de la preuve en matière pénale après la loi du 24 octobre 2013 », *J.T.*, 2015/8, p. 189 ; A. MASSET, « 3 - Le régime des nullités en procédure pénale », *op. cit.*, p. 99.

⁹¹ Lors de notre interview avec une juge d'instruction, celle-ci nous a indiqué qu'elle se demandait aussi quelle était l'utilité d'une telle codification et qu'il aurait peut-être mieux valu ne rien faire pour que la Cour de cassation puisse continuer à affiner ses critères. Nous rejoignons son avis. Entretien avec une juge d'instruction de Mons (anonyme), réalisé le 29 mars 2021, Annexe III, pp. 84 et 85.

⁹² N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.*, p. 476 ; C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, *op. cit.*, p. 78.

⁹³ Nous renvoyons le lecteur à ce qui fut développé dans le Titre II, Chapitre 1^{er}, section 3, sous-section 1, §§ 31 38.

⁹⁴ J. DE CORDT, « La nouvelle loi sur les nullités : un texte inutile ? », *op. cit.*, pp. 246 et 266.

incertaine et mouvante⁹⁵. L'on peut dès lors se demander si le législateur a réellement pensé aux implications qu'une telle législation amènerait et, surtout, s'il s'est demandé ce qu'il voulait vraiment comme état de droit⁹⁶.

Section 2. L'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale : une courte liste limitative

45. L'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, se situant dans un nouveau chapitre intitulé « Des nullités », énonce :

« La nullité d'un élément de preuve obtenu irrégulièrement n'est décidée que si :

- le respect des conditions formelles concernées est prescrit à peine de nullité, ou;
- l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve, ou;
- l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable. »

46. Cet article fut immédiatement applicable aux poursuites en cours et non définitivement jugées⁹⁷. Suivant celui-ci, le juge n'a d'autres choix que de conserver une preuve irrégulière ou illégale à moins qu'elle ne rencontre l'un des trois critères énumérés – comme il devait déjà le faire sous l'ère Antigone⁹⁸. Il s'agit donc d'une liste fermée⁹⁹.

Section 3. Les critères de rejet d'une preuve illicite

47. Depuis la codification de la jurisprudence Antigone dans l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, le juge se trouve face à une obligation d'admettre une preuve irrégulière ou illégale sauf dans trois situations¹⁰⁰ que nous allons détailler ci-dessous. L'on indiquera d'emblée qu'il nous semble regrettable que le juge soit face à une telle obligation. Il nous aurait semblé plus judicieux, dans une optique de protection des droits du

⁹⁵ L. KENNES et D. HOLZAPFEL, *op. cit.*, p. 1472 ; N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.*, p. 481.

⁹⁶ C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, *op. cit.*, p. 108.

⁹⁷ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1203 ; N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.*, p. 481 ; C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, *op. cit.*, p. 89 ; P. MONVILLE et D. HOLZAPFEL, « Chapitre 2. – Antigone : les évolutions législative et jurisprudentielle en droit pénal... un bilan navrant et sévère !!! », *op. cit.*, p. 29 ; Fr. LUGENTZ, « La sanction de l'irrégularité de la preuve en matière pénale après la loi du 24 octobre 2013 », *op. cit.*, p. 185 ; H. FUNCK, *op. cit.*, p. 403 et 404 ; Cass. (2^e ch.), 14 mai 2014 (B. C. C.), *Pas.*, 2014, liv. 5, p. 1175 ; Cass. (2^e ch.), 23 septembre 2015 (M.K.A.H., M.K.A.S., M.K.A.R., e.a. / F.A., B.S.R.W., Le centre fédéral pour l'analyse des flux migratoires, e.a.), *Pas.*, 2015, liv. 9, pp. 2159 et 2166, concl. Av. gén. D. VANDERMEERSCH.

⁹⁸ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.*, p. 476 ; C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, *op. cit.*, p. 89.

⁹⁹ Contrairement à ce qui a cours avec l'article 13 de la loi du 9 décembre 2004, réglant les preuves illicites recueillies à l'étranger, qui offre une liste ouverte pour l'exclusion (bien que reprenant les mêmes critères d'Antigone). N'ayant pas l'opportunité de traiter de cette thématique dans la présente recherche, nous renvoyons le lecteur vers deux ouvrages : Fr. LUGENTZ, *La preuve en matière pénale : sanction des irrégularités*, *op. cit.*, pp. 235 à 264 (particulièrement le Titre III – Régularité des actes accomplis dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale) et Fr. LUGENTZ, « Entraide judiciaire internationale en matière pénale – L'examen de la régularité des preuves recueillies à l'étranger au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation à propos de l'administration de la preuve », note sous Cass., 30 avril 2014, *Rev. dr. pén. crim.*, 2014, liv. 7-8, pp. 843 à 862.

¹⁰⁰ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1204 ; L. KENNES et D. HOLZAPFEL, *op. cit.* p. 1472.

prévenu et de loyauté, de plutôt lui « permettre » d'écarter la preuve dans ces trois cas voire dans d'autres qui lui sembleraient justifiés. Ceci forge l'une de nos hypothèses de réponse à notre question de recherche : la liste limitative de l'article 32, obligeant le juge à conserver des preuves illicites n'entrant pas dans l'une des trois conditions y énumérées, appauvrit les droits du prévenu¹⁰¹. Il est plus opportun de laisser au juge la discrétion de sélectionner les preuves. L'article serait peut-être dès lors plus en accord avec les droits de la défense si la possibilité était ouverte, pour le juge, d'écarter une preuve dans d'autres cas que les trois possibilités énoncées depuis l'arrêt Antigone. Prenons l'hypothèse d'une preuve violant une disposition légale ou même encore, la Constitution. Elle ne pourra être écartée que si ladite violation est prescrite à peine de nullité, si elle entache la fiabilité de la preuve ou si son utilisation est contraire au droit à un procès équitable¹⁰². Cela nous semble aller un pas trop loin car il nous paraît essentiel, pour une justice qui se veut démocratique, d'utiliser des moyens de preuve non entachés d'illégalité. Il semble illégitime de prétendre à la condamnation d'un individu sur la base d'éléments illégaux. Pour rendre l'image la plus simple possible, cela revient à s'abaisser à son niveau et nous doutons de l'opportunité d'une telle façon de procéder.

Sous-section 1. Les critères précédemment établis par la jurisprudence sont-ils évincés par l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale ?

48. Si une preuve est obtenue en méconnaissance d'une règle substantielle touchant à l'organisation des cours et tribunaux, dès lors qu'un tel critère n'est pas prévu dans l'article 32, elle ne pourra être déclarée nulle par le juge pour ce simple fait. Pourtant, avant l'adoption de la loi du 24 octobre 2013, ce type de preuve irrégulière était écartée d'office par la Cour de cassation. L'on put ainsi lire dans un arrêt du 24 avril 2013 : « *Substantielle*, touchant à l'organisation des cours et tribunaux au point de vue de la répartition de leurs attributions respectives, l'irrégularité (...) n'est pas de celles que le juge pourrait refuser de sanctionner au motif qu'aucun texte ne commine la nullité, que la preuve reste fiable ou que son utilisation ne compromet pas le caractère équitable du procès¹⁰³ » (souligné par nous). Ces règles semblaient à ce point impérieuses qu'elles échappaient au test Antigone, pourtant déjà bien établi dans la jurisprudence de la Cour de cassation en 2013. Par leur substantialité même, elles ne pouvaient pas donner lieu à couverture par l'application des trois critères Antigone. Lors de

¹⁰¹ Le juge se trouve en effet face à une liste fermée lorsqu'il utilise l'article 32. N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.*, p. 476.

¹⁰² H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1213.

¹⁰³ Cass. (2^e ch.), 24 avril 2013 (M.K.A.H., M.K.A.S., e.a. / F.A., B.S.R.W., e.a.), *Pas.*, 2013, liv. 4, p. 929, concl. Av. gén. D. VANDERMEERSCH ; C. DE VALKENEEER, « Les règles substantielles de la procédure pénale : la jurisprudence Antigone s'enrichit d'un nouveau critère ou la construction tortueuse d'un régime de preuve aux voies assez impénétrables », *op. cit.*, p. 1010 ; S. GUENTER et F. SCHUERMANS, *op. cit.*, pp. 330 et 331.

la réforme de 2013, la Cour de cassation proposa d'ajouter cet élément dans l'article 32 mais cette proposition ne fut pas retenue par le Parlement¹⁰⁴. Il est regrettable, selon nous ainsi que d'autres auteurs, que tel ne fut pas le cas. Notamment car ces règles participent à protéger les droits fondamentaux des justiciables et qu'elles touchent à l'ordre public¹⁰⁵. Il est important de respecter les minimas d'organisation et de compétences de chacun, d'autant que ces règles ne sont pas toujours prescrites à peine de nullité et donc pas toujours susceptibles de permettre l'écartement de la preuve illicite au regard du nouvel article 32¹⁰⁶. Dans un arrêt du 23 septembre 2015, postérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 24 octobre 2013, la Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion d'indiquer que la violation d'une règle substantielle touchant à l'organisation des cours et tribunaux ne rentrait pas dans le premier cas de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale. Dès lors, la seule possibilité d'exclure une preuve qui méconnaîtrait de telles règles substantielles est d'indiquer qu'elle violerait le droit à un procès équitable. Cependant, la Cour eut souligné que toute violation d'une règle de compétence n'impliquait pas nécessairement une telle violation¹⁰⁷.

49. Bien que ce sous-critère de la violation des règles substantielles touchant à l'organisation des cours et tribunaux ne fut pas retenu par le législateur, d'autres sous-critères dégagés par la Cour de cassation ont toujours leur pertinence et particulièrement le critère de la proportionnalité entre l'illégalité commise par l'autorité et l'infraction reprochée au prévenu¹⁰⁸. C'est ainsi que, dans l'affaire du prince de Croÿ¹⁰⁹, le *critère de proportionnalité* a reçu une *force obligatoire* par la Cour de cassation¹¹⁰. Elle a en effet considéré qu'une décision

¹⁰⁴ Pour justifier la non-retention de ce critère, les rédacteurs de la proposition de loi ont avancé comme explication qu'ils souhaitent éviter un excès de formalisme. Avis de la Cour de cassation relatif au projet de loi modifiant le Titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités, *Doc. parl.*, Sén., 2012-2013, N° 5-1924/3, pp. 17-18 ; S. GUENTER et F. SCHUERMANS, *op. cit.*, pp. 333 et 334.

¹⁰⁵ O. MICHIELS et G. FLAQUE, *op. cit.*, pp. 420 et 421 ; C. DE VALKENEEER, « Les règles substantielles de la procédure pénale : la jurisprudence Antigone s'enrichit d'un nouveau critère ou la construction tortueuse d'un régime de preuve aux voies assez impénétrables », *op. cit.*, p. 1015.

¹⁰⁶ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1215 ; N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.*, p. 476.

¹⁰⁷ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.*, pp. 476 et 477 ; Cass. (2^e ch.), 23 septembre 2015 (M.K.A.H., M.K.A.S., M.K.A.R., e.a. / F.A., B.S.R.W., Le centre fédéral pour l'analyse des flux migratoires, e.a.), *Pas.*, 2015, liv. 9, pp. 2167 et 2168, concl. Av. gén. VANDERMEERSCH.

¹⁰⁸ Ceci fut d'ailleurs indiqué par le député LANDUYT dans sa proposition de loi.

¹⁰⁹ Cass. (2^e ch.), 30 avril 2014 (Le procureur général près la Cour d'appel de Bruxelles, Etat belge / D.C.S., D.W.E. e.a.), *Pas.*, 2014, liv. 4, p. 1024.

¹¹⁰ Ce critère avait déjà reçu une force obligatoire sous l'ère de la jurisprudence Antigone. M.-A. BEERNAERT, « Antigone, le prince et "l'idéal de justice" », *op. cit.*, pp. 1372 et 1374 ; N. COLETTE-BASECQZ, « Nullité de la preuve en matière pénale / quoi de neuf ? », *op. cit.*, p. 41. Nous renvoyons, pour plus de développements, à M. VAN BRUSTEM et E. VAN BRUSTEM, « Régularité des preuves recueillies à l'étranger à l'aune du test de proportionnalité et procès équitable », note sous Cass., 30 avril 2014, *R.G.C.F.*, 2014, liv. 2, pp. 132 à 138 ainsi qu'à B. DE SMET, « De regelmatigheid van bewijs afkomstig uit het buitenland, de eed van de verdachte en te laat neergelegde conclusies », note sous Cass., 30 avril 2014, *R.W.*, 2015, liv. 28, pp. 1104 à 1108.

écartant une preuve irrégulière au motif que celle-ci porte atteinte au droit à un procès équitable ne serait pas légalement justifiée s'il n'est pas tenu compte de la gravité de l'infraction commise par le prévenu. Ceci semble curieux pour certains auteurs, auxquels l'on se rattache, ainsi qu'au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, étant donné que c'est au regard des infractions les plus graves que le droit à un procès équitable doit être le plus effectif. Or l'application de ce critère reviendrait à sanctionner l'irrégularité d'une preuve moins lourdement lorsque l'on se trouve face aux peines les plus importantes¹¹¹.

50. Pour conclure, il faut ajouter que la Cour de cassation continue à interpréter et à faire évoluer sa jurisprudence. Dès lors, des incertitudes demeurent quant aux sous-critères applicables¹¹².

Sous-section 2. Les trois conditions reprises dans l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale

§ 1^{er}. Le respect des conditions formelles prescrit à peine de nullité

51. La première condition énoncée par l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale est la méconnaissance d'une forme prescrite à peine de nullité. Il s'agit des formes dont le législateur a prévu expressément, dans un texte, que leur violation entraînerait la sanction de nullité¹¹³. Malheureusement, ces formes sont peu nombreuses¹¹⁴, et notamment dans le cadre de l'instruction¹¹⁵, ce qui nous conduit à penser que l'article 32 sur ce point est quelque peu inutile et ne suffira pas à garantir effectivement les droits d'un prévenu.

¹¹¹ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.*, p. 477.

¹¹² D. VANDERMEERSCH, « La jurisprudence "Antigone" : évolution, remise en question et perspective de consécration légale », *op. cit.*, p. 54 ; A. MASSET, « Jurisprudence Antigone », *op. cit.*, p. 27.

¹¹³ L'on peut citer : le respect de la loi sur l'emploi des langues (article 40 de la loi du 15 juin 1935) ; les auditions de témoins sous couvert d'anonymat complet (articles 86bis, § 4 et 86ter, dernier alinéa C.I.Cr.) ; la prestation de serment de témoins entendus à l'audience (articles 155 C.I.Cr.) ; la saisie immobilière (article 35bis, alinéa 1^{er} C.I.Cr.) ; les ordonnances rendues sur requête en devoirs complémentaires (article 61quinquies, § 2, alinéa 2 C.I.Cr.). Au titre de condition dont la forme n'est pas prescrite à peine de nullité, l'on peut citer l'interdiction pour le juge d'instruction d'instruire d'autres faits que ceux pour lesquels il a été saisi. Ainsi, s'il y a méconnaissance de sa saisine, l'irrégularité pourrait éventuellement entacher la fiabilité des preuves ou l'usage desdites preuves pourraient être déclarées contraires au droit à un procès équitable mais il ne pourrait certainement pas y avoir violation d'une forme prescrite à peine de nullité. N. COLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUCHE, *op. cit.*, pp. 11 et 12 ; D. DE BECO, « Les actes d'instruction prescrits à peine de nullité », in *La théorie des nullités en droit pénal* (sous la dir. de I. BOUIOUKLIEV et P. DHAeyer), Limal, Anthemis, 2014, p. 129 ; N. COLETTE-BASECQZ, « Nullité de la preuve en matière pénale / quoi de neuf ? », *op. cit.*, p. 32 ; Cass. (2^e ch.), 10 juin 2014 (Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Antwerpen / V.V.B., E.D.L.C.D. e.a.), *Pas.*, 2014, liv. 6-7-8, p. 1459.

¹¹⁴ L. KENNES et D. HOLZAPFEL, *op. cit.* p. 1472 ; A. MASSET, « Jurisprudence Antigone », *op. cit.*, p. 20 ; L. KENNES, *La preuve en matière pénale*, *op. cit.*, p. 51 ; P. MONVILLE et D. HOLZAPFEL, « Chapitre 2. – Antigone : les évolutions législative et jurisprudentielle en droit pénal... un bilan navrant et sévère !!! », *op. cit.*, p. 31 ; Fr. KUTY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *op. cit.*, p. 353 ; S. VANDROMME, *op. cit.*, p. 108.

¹¹⁵ Comme les perquisitions, domaine hautement sensible et dont les formes ne sont pas prescrites à peine de nullité, comme nous le montre notamment un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 28 avril 2008. D. DE BECO, *op. cit.*, p. 128 ; S. DE DECKER, « Waar wordt aan de deur geklopt ? Over een huiszoekingsbevel met een "verkeerd" huisnummer », note sous Anvers, 23 avril 2008, *Vigiles*, 2009/1, pp. 32 et 33.

Les hypothèses sont rares... et se raréfient ! En effet, par exemple, avant 2016, les écoutes téléphoniques étaient prescrites à peine de nullité¹¹⁶. Le législateur, ces dernières années, s'est astreint à supprimer de plus en plus de ces formes, semblant se méfier de cette sanction. Dès lors, pourquoi l'inclure dans l'article 32 ?

52. Ajoutons, finalement, un élément important. Dans le domaine du respect de la vie privée, ces formalités sont inexistantes¹¹⁷ alors pourtant qu'il s'agit d'un domaine sensible.

§ 2. L'irrégularité entachant la fiabilité de la preuve

53. La fiabilité d'une preuve concerne, de façon générale, la confiance qu'un juge peut placer en un élément qui lui est rapporté afin de fonder sa conviction. Certains auteurs estiment que la fiabilité concerne avant tout des critères externes, le respect de règles formelles¹¹⁸. La Cour de cassation, elle, semble plutôt s'être positionnée en faveur d'une interprétation large de la fiabilité, qui concernerait également l'incidence réelle de l'irrégularité sur la preuve¹¹⁹. Toujours suivant la Cour de cassation, l'on ne peut écarter une preuve en raison d'une atteinte à sa fiabilité que si celle-ci est due à l'irrégularité qui a été commise pour l'obtenir¹²⁰. Étant donné que la fiabilité d'un élément de preuve relève de l'appréciation du juge, la décision d'écarter ledit élément relève du pouvoir de la juridiction de jugement¹²¹ qui doit apprécier concrètement si la méconnaissance de formalités se fait ressentir sur la fiabilité de la preuve¹²². En outre, notons qu'il est légitime d'attendre du juge qu'il ne tienne pas compte d'une preuve non-fiable, indépendamment du fait qu'elle soit licite ou non¹²³.

Au titre d'exemple d'atteinte à la fiabilité, l'on peut citer un arrêt de Cour d'appel qui écarta des procès-verbaux dressés par différents policiers au cours d'une enquête. Il s'agissait de procès-verbaux reflétant fortement le préjugé des enquêteurs, où ils laissaient transparaître leur parti-pris et un manquement flagrant de la présomption d'innocence des cinq prévenus. L'on peut tirer de cet arrêt qu'un manque de loyauté de la part des policiers peut entraîner la

¹¹⁶ Ancien article 90*quater*, § 1^{er}, alinéa 2, modifié par la loi pot-pourri II ; N. COLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUCHE, *op. cit.*, pp. 11 et 12 ; D. DE BECO, *op. cit.*, pp. 129 et 133 à 139.

¹¹⁷ L. KENNES et D. HOLZAPFEL, *op. cit.*, p. 1472.

¹¹⁸ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1205.

¹¹⁹ Cass. (2^e ch.), 26 mai 2015 (Procureur des Konings bij de Rechtbank van Eerste Aanleg te Mechelen / J.G.P.L.), *Pas.*, 2015, liv. 5, p. 1361.

¹²⁰ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1205 ; Cass. (2^e ch.), 8 janvier 2014 (V.J., R.S.), *Pas.*, 2014, liv. 1, p. 36, concl. Av. gén. D. VANDERMEERSCH.

¹²¹ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1205 ; S. GUENTER et F. SCHUERMANS, *op. cit.*, p. 330.

¹²² L. KENNES et D. HOLZAPFEL, *op. cit.*, p. 1472.

¹²³ Fr. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », *op. cit.*, p. 35.

nullité des preuves pour cause d'un manque de fiabilité¹²⁴. L'on se réjouit de cette décision, estimant que son enseignement permet de mieux encadrer l'intervention policière¹²⁵.

§ 3. L'usage d'une preuve contraire au droit à un procès équitable

54. La circonstance selon laquelle la preuve irrégulière ou illégale entacherait le droit à un procès équitable s'apprécie de façon fort large. Pour apprécier l'équité du procès suite à l'admission d'un élément de preuve irrégulier, le juge devra regarder la procédure dans son ensemble et ne se focalisera donc pas uniquement sur l'élément illicite. Ainsi, l'on regardera si les droits de la défense du prévenu ont été correctement observés ; s'il a eu la possibilité de contester l'élément de preuve litigieux et de s'opposer à son authenticité ; de contredire la preuve ; de vérifier, au fond, si les éléments irréguliers sont de nature à porter atteinte à la crédibilité des divers éléments en cause. Dès lors, l'on pourra considérer qu'il y a violation du procès équitable seulement dans un cas où le prévenu n'a pas pu utilement contester les éléments de preuve problématiques et si ceux-ci entraînent le risque de fonder une condamnation sur « des éléments douteux »¹²⁶. Et lorsque le juge écartera un élément de preuve illicite sur base du critère du droit à un procès équitable, il devra être en mesure de justifier légalement cette décision¹²⁷. En outre, la Chambre des mises en accusation, amenée à apprécier si l'utilisation d'une preuve irrégulière serait contraire au droit à un procès équitable, peut prendre en considération le caractère non-intentionnel ou excusable de l'acte irrégulier¹²⁸. Finalement, ajoutons que le critère de la mise en balance de l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée et de l'intérêt du prévenu à se voir opposer des preuves régulières est obligatoire¹²⁹.

55. Dans un arrêt du 25 mars 2020 précité, la Cour de cassation a jugé que la déloyauté d'un enquêteur, durant la phase préliminaire du procès, n'entraînait pas forcément une atteinte irréversible au droit à un procès équitable. Il faut dès lors, pour chaque cas d'espèce, apprécier

¹²⁴ L. KENNES et D. HOLZAPFEL, *op. cit.*, pp. 1469 et 1470 ; Cass. (2^e ch.), 25 mars 2020 (LE PROCUREUR GENERAL PRES LA COUR D'APPEL DE LIEGE / EL G. B., M. D., B. A., e.a.; AJ. A.), *J.L.M.B.*, 2020, p. 1461 et ss.

¹²⁵ Bien que nous ayons vu dans l'entretien réalisé avec l'officier de police judiciaire que ce genre de cas est rare. Entretien avec J.-F. MULQUIN, officier de police judiciaire, réalisé le 17 mars 2021, Annexe I, p. 66 et 70.

¹²⁶ Cass. (2^e ch.), 4 mars 2015 (Le procureur-général près la Cour d'appel de Liège / S. A.), *Pas.*, 2015, liv. 3, p. 552.

¹²⁷ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1206.

¹²⁸ Cass. (2^e ch.), 12 décembre 2018 (D.Y.), www.juportal.be (19 février 2021).

¹²⁹ Ceci a été confirmé après la codification de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale dans un arrêt de la Cour de cassation du 30 avril 2014. En outre, les sous-critères pour apprécier la violation du droit à un procès équitable développé dans le Titre II, Chapitre 1^{er}, section 2, sous-section 3 (§§ 28 à 30) ont toujours leur pertinence ici et peuvent continuer à être utilisés. L. KENNES, « L'impertinente Antigone ou le défaut de pertinence du critère d'équité du procès pour décider de l'exclusion d'une preuve irrégulière », *op. cit.*, p. 2 ; L. KENNES et D. HOLZAPFEL, *op. cit.*, p. 1474 ; N. COLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUCHE, *op. cit.*, p. 15.

les circonstances dans leur ensemble et se demander si la tenue d'un procès équitable est encore possible ultérieurement¹³⁰. Dès lors, l'on se demande comment l'on peut empêcher des enquêteurs de procéder à des devoirs d'enquête de façon déloyale ?¹³¹

Section 4. Les conséquences de la nullité d'une preuve illicite

56. La sanction attachée à l'illicéité d'une preuve tombant dans l'un des trois cas de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale est la nullité. Tout l'enjeu de cet article est donc de rendre cette nullité non-systématique¹³². La conséquence première de cette sanction est que la preuve nulle sera écartée des débats ainsi que tous les autres éléments de preuve qui en découlaient directement. Si, sans la preuve initiale, les autres éléments n'auraient pas pu être recueillis, ils devront être écartés¹³³. La conséquence de la nullité d'une preuve n'est donc pas l'irrecevabilité de l'action publique qui naît, elle, de la commission même de l'infraction¹³⁴.

57. La constatation de la nullité d'un élément de preuve illicite par le juge du fond ne l'oblige pas à retirer ces pièces de dossier mais simplement à ne pas les prendre en compte pour fonder sa conviction. Il en va différemment si la nullité est prononcée par une juridiction d'instruction¹³⁵. Dans ce cas, le ou les élément(s) nul(s) sont retirés du dossier et déposés au greffe de la juridiction¹³⁶. Ajoutons que ces pièces peuvent encore être utilisées, s'il s'agit d'un

¹³⁰ L. KENNES et D. HOLZAPFEL, *op. cit.*, 1471 ; Cass. (2^e ch.), 25 mars 2020, précité, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1461.

¹³¹ Cette question trouve sa réponse dans l'arrêt même : par la constatation d'une atteinte à la fiabilité de la preuve, comme nous l'avons abordé dans la sous-section précédente. Encore faut-il réussir à démontrer cette atteinte...

¹³² Fr. LUTGENZ, *La preuve en matière pénale. Sanction des irrégularités*, *op. cit.* p. 15 ; C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, *op. cit.*, 2018, p. 98 ; Fr. KUTY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *op. cit.*, p. 350.

¹³³ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, pp. 1216 et 1217 ; C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, *op. cit.*, p. 105 ; Fr. LUGENTZ, *La preuve en matière pénale : sanction des irrégularités*, *op. cit.*, p. 197.

¹³⁴ Depuis un arrêt du 18 janvier 2017, la Cour de cassation fait une différence entre la conséquence de l'irrégularité entrant dans l'une des trois hypothèses de l'article 32 et la conséquence de la nullité sur la recevabilité des poursuites. Ainsi, pour déboucher sur l'irrecevabilité de l'action publique, il faut que la nullité des éléments irréguliers et, par conséquent, leur écartement des débats ne soient pas suffisants pour offrir un procès équitable au prévenu. Il conviendrait, à nouveau, d'appliquer le critère de proportionnalité, obligatoire depuis 2014. Cass. (2^e ch.), 18 janvier 2017, *Rev. dr. pén.*, 2017, pp. 630 à 640 ; L. KENNES, « L'impertinente Antigone ou le défaut de pertinence du critère d'équité du procès pour décider de l'exclusion d'une preuve irrégulière », *op. cit.*, p. 4 ; Fr. LUGENTZ, *La preuve en matière pénale : sanction des irrégularités*, *op. cit.*, pp. 206 et 207 ; H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1217 ; N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.*, pp. 457 et 458 ; N. COLETTE-BASECQZ, « Nullité de la preuve en matière pénale / quoi de neuf ? », *op. cit.*, p. 30 ; Cass. (2^e ch.), 30 mars 2010 (Procureur-generaal bij het hof van Beroep te Antwerpen / J.J.K., S.J.L.V. e.a.), *Pas.*, 2010, liv. 3, p. 1058 ; Cass. (2^e ch.), 8 avril 2014 (M.P.V. / Federaal agentschap voor de veiligheid van de voedselketen), *Pas.*, 2014, liv. 4, p. 928 ; Cass. (2^e ch.), 8 avril 2014 (I. W.L.C.R.; II. J.D.), *Pas.*, 2014, liv. 4, p. 940.

¹³⁵ Code d'instruction criminelle, articles 131 (en ce qui concerne la décision de la Chambre du conseil lors du règlement de la procédure) et 235bis (en ce qui concerne la décision de la Chambre des mises en accusation).

¹³⁶ Notons que ces pièces peuvent demeurer au dossier si l'acte est seulement, pour partie, entaché d'irrégularités, moyennant l'effacement des éléments illicites. Ceci fut énoncé par la Cour de cassation. Cass., 30 octobre 2013 (D'O. L., S.R., D.M. e.a.), *Pas.*, 2013, liv. 10, p. 2099, concl. Av. gén. VANDERMEERSCH ; Fr. LUGENTZ, *La preuve en matière pénale : sanction des irrégularités*, *op. cit.*, p. 197 ; H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A.

élément à décharge¹³⁷. Et n'oublions pas un élément important émanant de l'article 235bis du Code d'instruction criminelle : une fois les griefs invoqués devant la Chambre des mises en accusation, ceux-ci ne peuvent plus être réitérés devant la juridiction de fond¹³⁸. Pourtant, selon la juge d'instruction interrogée, des griefs sont rarement invoqués devant eux ou une juridiction d'instruction mais le sont plutôt au fond¹³⁹.

Section 5. Les preuves spécialement réglementées : d'une exclusion de l'application du test Antigone à une application de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale

58. Au terme de la codification de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, le critère de l'exclusion d'une preuve légale¹⁴⁰ dont les formalités substantielles n'ont pas été respectées ne fut pas retenu par le législateur. Antérieurement, pourtant, le test Antigone ne s'appliquait pas aux preuves spécialement réglementées¹⁴¹. Malheureusement – à notre sens –, le législateur n'a pas retenu ce critère. Dès lors, aujourd'hui, la Cour de cassation estime que l'article 32 s'applique à tout type de preuve, indépendamment du fait qu'elle soit ou non spécialement réglementée¹⁴².

59. Là où l'on aurait pu croire que dans une telle situation de méconnaissance d'une disposition légale régissant le mode de preuve, l'on tomberait automatiquement sous le coup du deuxième tiret de l'article 32, à savoir l'atteinte à la fiabilité de la preuve, la Cour de cassation se montre plus restrictive. En effet, elle considère que bien que le juge puisse se rendre compte que la fiabilité de la preuve ait pu être entachée suite au non-respect des formalités qui entouraient sa récolte, elle estime que pour qu'elle puisse être écartée, il s'agit pour la défense

BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1217.

¹³⁷ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.*, p. 457 ; Fr. LUGENTZ, *La preuve en matière pénale : sanction des irrégularités*, *op. cit.*, pp. 200 à 202.

¹³⁸ Fr. LUGENTZ, *La preuve en matière pénale : sanction des irrégularités*, *op. cit.*, p. 203.

¹³⁹ Entretien avec une juge d'instruction de Mons (anonyme), réalisé le 29 mars 2021, Annexe III, pp. 82 et 83.

¹⁴⁰ Pour cette notion, nous renvoyons le lecteur au Titre I, Chapitre 2, section 3 du présent mémoire (§ 9).

¹⁴¹ L'on estimait, en effet, que la qualité même de la preuve, en raison de la méconnaissance des règles et conditions qui la régissent, était entachée, viciée et l'on ne pouvait dès lors utiliser une telle preuve lors du procès pénal. O. MICHIELS et G. FLAQUE, *op. cit.*, p. 418 ; D. VANDERMEERSCH, « La jurisprudence "Antigoon" : évolution, remise en question et perspective de consécration légale », *op. cit.*, p. 31 ; N. COLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUCHE, *op. cit.*, p. 25 ; N. COLETTE-BASECQZ, « Nullité de la preuve en matière pénale / quoi de neuf ? », *op. cit.*, p. 35 ; C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, *op. cit.*, p. 81 ; A. MASSET, « Les preuves illégales et irrégulières en matière pénale : 8 ans d'application du test Antigone », *op. cit.*, p. 13 ; N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.*, p. 468 ; A. MASSET, « Preuves pénales irrégulières ou illégales : quelles conséquences en droit de la circulation routière ? », *op. cit.*, pp. 156 et 157.

¹⁴² Ceci est dû au fait que l'on ne trouve pas de différence entre les deux modes de preuve au sein même de l'article 32. Cass. (2^e ch.), 8 avril 2014 (L.H.C.V.), *Pas.*, 2014, liv. 4, p. 922 ; Cass. (2^e ch.), 14 mai 2014 (B. C. C.), *Pas.*, 2014, liv. 5, p. 1175 ; N. COLETTE-BASECQZ, « Nullité de la preuve en matière pénale / quoi de neuf ? », *op. cit.*, p. 40 ; O. MICHIELS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, *op. cit.*, p. 480 ; C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, *op. cit.*, p. 89 ; N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.*, p. 481.

de démontrer, en plus, que la *fiabilité est effectivement compromise* suite à cette méconnaissance¹⁴³. Le standard est placé encore un rang plus haut, voire trop haut, et il paraît difficile pour le prévenu de démontrer l'atteinte effective à la qualité intrinsèque de la preuve¹⁴⁴. Les droits du suspect semblent dès lors encore appauvris.

Section 6. Le traitement des preuves illicites dans le projet de nouveau Code de procédure pénale

60. La Commission de réforme de la procédure pénale fait la proposition suivante¹⁴⁵ : renverser le régime, actuellement en vigueur, de l'admissibilité de principe des preuves irrégulières. Le projet prévoit trois cas de figure : (1) l'exclusion obligatoire ; (2) l'exclusion de principe et (3) l'exclusion facultative. Pour ce qui concerne *l'exclusion obligatoire*, l'on vise les preuves obtenues en violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme ou les preuves ayant été obtenues sans autorisation préalable du juge de l'enquête. Ensuite, l'on trouve une *exclusion de principe* de la preuve violant certains droits fondamentaux¹⁴⁶. L'on vise, en l'occurrence : les droits de la défense, le droit à l'intégrité des personnes, le droit à la vie privée, le secret des sources journalistiques et les règles régissant l'organisation des cours et tribunaux. Ces preuves irrégulières sont en principe écartées sauf si trois conditions cumulatives sont rencontrées¹⁴⁷. Finalement, l'on a les *exclusions facultatives* qui concernent les autres preuves irrégulières, dont l'atteinte à d'éventuels droits fondamentaux semble moins impérieuse¹⁴⁸.

61. Le Substitut du Procureur que nous avons rencontré nous avait indiqué de nous référer aux travaux de la réforme du droit de la procédure pénale car, s'il n'y avait pas de changement dans le domaine des nullités des preuves irrégulières, c'est que le système fonctionnait¹⁴⁹. En l'occurrence, l'on semble vouloir changer de paradigme, bien qu'en permettant certaines illicéités. Cela laisse donc penser que le régime actuel de l'article 32 ne semble pas le plus propice...

¹⁴³ Cass. (2^e ch.), 26 mai 2015 (Procureur des Konings bij de Rechtbank van Eerste Aanleg te Mechelen / J.G.P.L.), *Pas.*, 2015, liv. 5, p. 1361.

¹⁴⁴ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1214.

¹⁴⁵ Cette dernière nous semble d'ailleurs appropriée et plus opportune que l'actuel article 32 du Titre préliminaire.

¹⁴⁶ Ceci nous semble plus en adéquation avec l'idée d'un état de droit.

¹⁴⁷ Premièrement, l'irrégularité ne découle pas d'une méconnaissance consciente ou inexcusable du droit protégé. Deuxièmement, l'atteinte au droit protégé est moindre par rapport au poids de l'intérêt public à la poursuite. Troisièmement, l'utilisation de la preuve ne porte pas atteinte à l'« intégrité de la Justice ».

¹⁴⁸ M.-A. BEERNAERT, « Le nouveau Code de procédure pénale en projet : quelques lignes de force », in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale* (sous la dir. de V. FRANSSSEN et A. MASSET), Liège, Anthémis, 2019, pp. 158 à 160.

¹⁴⁹ Entretien avec T. RUTH, substitut du Procureur du Roi de Mons, réalisé le 26 mars 2021, Annexe II, p. 76.

Chapitre 3. Les preuves illicites dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle

Section 1. La position antérieure à la loi du 24 octobre 2013

62. La Cour constitutionnelle, dans un arrêt du 22 décembre 2010¹⁵⁰, a validé la jurisprudence Antigone en indiquant que celle-ci n'était pas contraire aux diverses dispositions constitutionnelles^{151,152}. En outre, dans un autre arrêt du 27 juillet 2011, la Cour constitutionnelle a réitéré sa position avalisant la jurisprudence Antigone, en indiquant que la preuve irrégulière ne doit pas être prise en compte uniquement lorsqu'elle entache la fiabilité de la preuve ou qu'elle viole le droit à un procès équitable¹⁵³.

Section 2. La position de la Cour depuis l'adoption de la loi du 24 octobre 2013

63. Le 23 janvier 2019, la Cour constitutionnelle rendit un arrêt sur questions préjudicielles, notamment à propos du nouvel article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale¹⁵⁴. Dans cette affaire, les prévenus estimaient que l'article 32 du Titre

¹⁵⁰ C. C., 22 décembre 2010, n° 158/2010, www.const-court.be (15 octobre 2020). Pour une analyse complète de l'arrêt, nous renvoyons à : H. BERKMOES, « Het grondwettelijk hof geeft zijn zegen aan de antigoonrechtspraak : een commentaar bij het arrest nr. 158/2010 van 22 december 2010 », *Vigiles*, 2011/2, pp. 11 à 17 et F. SCHUERMANS, « Na Straatsburg betoneert nu ook Grondwettelijk Hof de Antigoon-rechtspraak », note sous C. const., 22 décembre 2010, *R.A.B.G.*, 2011/8, pp. 580 à 585.

¹⁵¹ N. COLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUCHE, *op. cit.*, p. 26 ; P. DHAeyer, « Le régime général des nullités des preuves irrégulières en Belgique et à l'étranger », *op. cit.*, p. 20 ; N. COLETTE-BASECQZ, « Nullité de la preuve en matière pénale / quoi de neuf ? », *op. cit.*, p. 38 ; A. MASSET, « Jurisprudence Antigone », *op. cit.*, p. 23 ; A. MASSET, « Les preuves illégales et irrégulières en matière pénale : 8 ans d'application du test Antigone », *op. cit.*, p. 10 ; O. MICHIELS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, *op. cit.*, pp. 121 à 123 et 477 à 478 ; Fr. LUGENTZ, « La sanction de l'irrégularité de la preuve en matière pénale après la loi du 24 octobre 2013 », *op. cit.*, p. 189.

¹⁵² Selon certains auteurs, la position de la Cour constitutionnelle était source d'insécurité juridique car elle laissait place à une trop grande marge d'appréciation de la part des juges et contrevenait au principe de légalité puisque c'est au législateur de déterminer le sort à réserver aux preuves illicites et non au juge, ce qui était le cas avant l'adoption de la loi du 24 octobre 2013. N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.*, p. 475.

¹⁵³ La Cour indique que la Cour européenne des droits de l'Homme a admis que dans certaines circonstances, l'utilisation d'une preuve irrégulière pouvait mener à la violation de l'article 6, § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme. Cette violation s'apprécie au regard de l'ensemble de la procédure. C. Const., 27 juillet 2011, n°139/2011, www.const-court.be (15 octobre 2020) ; O. MICHIELS et G. FLAQUE, *op. cit.*, p. 419 ; O. MICHIELS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, *op. cit.*, pp. 322 et 478 ; A. MASSET, « Jurisprudence Antigone », *op. cit.*, p. 23 ; A. MASSET, « Les preuves illégales et irrégulières en matière pénale : 8 ans d'application du test Antigone », *op. cit.*, p. 10 ; A. MASSET, « Preuves pénales irrégulières ou illégales : quelles conséquences en droit de la circulation routière ? », *op. cit.*, p. 166 ; S. GUENTER et F. SCHUERMANS, *op. cit.*, p. 330.

¹⁵⁴ Les questions furent posées par le tribunal de première instance de Louvain, siégeant en degré d'appel, dans deux affaires qui concernaient le roulage (l'une pour le non-respect d'interdiction de stationnement et l'autre pour le non-respect de la vitesse maximale autorisée). Le tribunal de première instance de Louvain se prononçait dans ces affaires après que deux condamnations prononcées par le tribunal de première instance de Bruxelles furent cassées par la Cour de cassation dans deux arrêts du 13 décembre 2016. Le deuxième volet de la question est celui qui nous intéresse et il était formulé comme suit : « L'article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, inséré par la loi du 24 octobre 2013 modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, dans la mesure où cette disposition considère exclusivement la preuve obtenue en violation du droit à un procès équitable, tel qu'il est prévu par l'article 6 de

préliminaire du Code de procédure pénale violait le principe d'égalité en ce que seule la violation du droit à un procès équitable pouvait mener à la nullité d'un élément de preuve illégal ou irrégulier, alors que les autres droits fondamentaux ont la même valeur que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La différence de traitement entre le droit à un procès équitable et les autres droits n'étaient pas justifiés selon ces derniers. Si l'on en suit leur thèse, le système de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale établirait une hiérarchie entre les différents droits fondamentaux alors qu'il ne devrait pas en exister pas. Le citoyen devrait pouvoir s'attendre à ce que toute preuve violant l'un de ses droits fondamentaux soit sanctionnée par la nullité. En outre, les requérants indiquèrent une autre interprétation de l'article 32¹⁵⁵, qui pourrait, elle, être conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution.

64. Le Conseil des ministres répondit à ces arguments en indiquant que le but du législateur, en consacrant l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, était de codifier la jurisprudence Antigone. L'idée était de concilier la nécessité d'une procédure pénale efficace avec les droits du prévenu. De plus, le Conseil des ministres estima que la question préjudicielle reposait sur une prémisse erronée¹⁵⁶ car pour l'application du critère du procès équitable, aucune exclusion d'office n'est prévue étant donné la prise en compte de l'ensemble de la procédure. Le Conseil des Ministres indiqua également que l'obtention d'une preuve en violation d'un droit fondamental satisfera, dans de nombreuses situations, à l'un des trois critères de l'article 32, ce qui permettra d'écarter l'élément litigieux¹⁵⁷. En dernier lieu, le Conseil des Ministres appuya sa thèse par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg validant le régime Antigone. La réponse des requérants à ce dernier argument fut intéressante et, dès lors, nous la reproduisons ici : « (...) La thèse du Conseil des ministres selon laquelle la Cour

la Convention européenne des droits de l'homme, comme une preuve nulle, tandis qu'une preuve obtenue en violation d'autres droits fondamentaux, tels que le droit au respect de la vie privée ou des données à caractère personnel prévu par les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ou par l'article 22 de la Constitution et tels que l'interdiction de la torture prévue par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, n'entraîne pas l'exclusion de la preuve, bien que ces derniers droits fondamentaux soient eux aussi des droits fondamentaux qui, en outre, ont la même 'valeur' que le droit à un procès équitable ? ». C. Const, 23 janvier 2019, n° 4/2019, www.const-court.be (20 octobre 2020).

¹⁵⁵ Une interprétation selon laquelle une violation des articles 22 de la Constitution, 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, ou 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne entraîne automatiquement une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Cependant, l'on se doit d'indiquer ici que cette dernière hypothèse n'est pas retenue par la Cour européenne des droits de l'Homme elle-même, qui considère qu'une violation d'un droit fondamental n'entraîne pas nécessairement la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme (nous renvoyons le lecteur au Titre III à cet égard).

¹⁵⁶ La question laisse entendre qu'une preuve violant le droit à un procès équitable serait d'office nulle.

¹⁵⁷ L'on ne peut se rallier à cette thèse, la jurisprudence semble d'ailleurs montrer le contraire – rares sont les cas où la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme entraîne la nullité de la preuve. En outre, le Conseil des ministres lui-même ne donne aucun exemple pour soutenir sa thèse (A.8.2.2.).

européenne des droits de l'homme admettrait la jurisprudence "Antigone" ne peut être suivie. La Cour européenne dit très clairement qu'il s'agit d'une *compétence nationale* et *examine uniquement si l'appréciation porte atteinte aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme*. En conséquence, *si la réglementation actuelle contenait une inégalité*, la Cour européenne *ne la soulèverait pas*, étant donné qu'elle n'est *pas compétente pour le faire*¹⁵⁸ » (souligné par nous).

65. Malheureusement, la Cour constitutionnelle ne se prononcera pas sur la question qui lui fut posée, estimant que sa réponse n'était manifestement pas utile à la solution du litige que devait rendre le juge *a quo*. Dès lors, la Cour constitutionnelle semble maintenir sa position depuis 2010, ayant considéré que la jurisprudence Antigone était constitutionnelle, elle ne déclare pas ici l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale inconstitutionnel.

Chapitre 4. Regard critique

Section 1. Critique de la pertinence des critères retenus

Sous-section 1. Le critère des formes prescrites à peine de nullité : une ineffectivité navrante

66. L'on se doit de déplorer, en premier lieu, le critère de « la forme prescrite à peine de nullité ». L'on peut se demander si le législateur, avant de couler ce critère dans la loi, s'est réellement posé la question de la portée de celui-ci. Il n'existe, en effet, que peu de formes prescrites à peine de nullité en droit de la procédure pénale¹⁵⁹. Là où elles étaient plus nombreuses par le passé, elles sont de plus en plus supprimées au fur et à mesure des diverses réformes. En outre, l'esprit du Code d'instruction criminelle est que la violation d'une forme substantielle entraîne la nullité. La sanction n'a donc été inscrite textuellement que dans les cas qui semblaient « moins graves » mais que l'on voulait tout de même sanctionner¹⁶⁰.

67. Il faut ajouter à cela que le Conseil d'Etat¹⁶¹ lui-même indique que nombre d'irrégularités portant sur les différents modes de preuve ou leur mode d'obtention ne sont pas prescrites à peine de nullité alors pourtant que leur importance est telle que seule la nullité

¹⁵⁸ C. Const., 23 janvier 2019, n° 4/2019, www.const-court.be (20 octobre 2020), point A.8.2.2., p. 12.

¹⁵⁹ D. VANDERMEERSCH, « La jurisprudence "Antigoon" : évolution, remise en question et perspective de consécration légale », *op. cit.*, p. 50 ; Fr. LUGENTZ, « La sanction de l'irrégularité de la preuve en matière pénale après la loi du 24 octobre 2013 », *op. cit.*, pp. 189 et 190 ; A. MASSET, « 3 - Le régime des nullités en procédure pénale », *op. cit.*, p. 105 ; M.-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », *J.L.M.B.*, 2005/25, pp. 1102 et 1103.

¹⁶⁰ N. COLETTE-BASECQZ, « Nullité de la preuve en matière pénale / quoi de neuf ? », *op. cit.*, p. 32.

¹⁶¹ Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, Avis du Conseil d'Etat, n°47 320/2, *Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, ° 52-2163/1, p. 3.

constitue une sanction appropriée¹⁶². Il en résulte, dès lors, que ce critère ne s'appliquera quasiment jamais¹⁶³ et cela pose la question de son effectivité.

68. Nous nous demandons si l'admission des preuves illicites et, par conséquent, la codification de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale appauvrit les droits du prévenu. Il semble qu'au vu de la quasi non-effectivité du premier critère de l'article précité, amputant un premier moyen d'obtenir la nullité de la preuve illicite, les droits du prévenu soient effectivement réduits. Le critère est inopérant. Cela se relève non seulement après un examen des formes prescrites à peine de nullité dans notre Code de procédure pénale mais également par le peu de jurisprudence disponible en application de ce critère.

Sous-section 2. Le critère de la fiabilité de la preuve : confusion entre valeur probante et admissibilité de la preuve

69. Quant au critère de la fiabilité de la preuve, le législateur paraît plutôt avoir confondu les concepts. Si l'on y songe, la fiabilité semble plutôt se rattacher à la valeur probante d'une preuve : un juge ne peut fonder sa conviction sur une preuve non fiable¹⁶⁴. Dès lors, la question de son éventuelle irrégularité n'importe que peu. En effet, l'on estime que le juge appréciera la fiabilité de l'élément qu'il a devant lui avant même de se poser la question de sa régularité. Et quand bien même il se positionnerait d'abord sur la régularité, en admettant que la preuve soit régulière, il pourrait ensuite totalement l'ignorer car elle lui semblerait non fiable, manquant de valeur probante. Dès lors, la fiabilité est plutôt un critère s'appliquant aux preuves de manière générale et non spécialement à une preuve illicite. Se pose dès lors la question de la réelle utilité de ce critère... Pour appuyer le fait que ce critère est peu opérant, l'on peut indiquer que jusqu'en 2016, aucune décision de jurisprudence faisant application de ce dernier ne pouvait être trouvée, d'après les auteurs de doctrine¹⁶⁵. Depuis lors, seules deux décisions en ont fait une application effective, menant à la nullité¹⁶⁶.

¹⁶² N. COLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUCHE, *op. cit.*, p. 39 ; A. MASSET, « 3 - Le régime des nullités en procédure pénale », *op. cit.*, p. 105.

¹⁶³ Nous n'avons, d'ailleurs, pu trouver aucune décision de jurisprudence faisant une application de l'article 32 en ce volet de la forme prescrite à peine de nullité, ce qui démontre son ineffectivité.

¹⁶⁴ L. KENNES, « L'enquête pénale à l'épreuve de la loi "pot-pourri II", purge des nullités », *op. cit.*, p. 31 ; N. COLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUCHE, *op. cit.*, p. 14 ; N. COLETTE-BASECQZ, « Nullité de la preuve en matière pénale / quoi de neuf ? », *op. cit.*, pp. 32 et 33 ; P. MONVILLE et D. HOLZAPFEL, « Chapitre 2. – Antigone : les évolutions législative et jurisprudentielle en droit pénal... un bilan navrant et sévère !!! », *op. cit.*, p. 33 ; Fr. LUGENTZ, « La sanction de l'irrégularité de la preuve en matière pénale après la loi du 24 octobre 2013 », *op. cit.*, p. 190 ; M.-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », *op. cit.*, p. 1103 ; Fr. KUTY, « Le droit de la preuve au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *op. cit.*, pp. 80 et 81.

¹⁶⁵ P. MONVILLE et D. HOLZAPFEL, « Chapitre 2. – Antigone : les évolutions législative et jurisprudentielle en droit pénal... un bilan navrant et sévère !!! », *op. cit.*, p. 33.

¹⁶⁶ Dans les autres arrêts consultés, l'argument fut toujours rejeté. L'un des deux arrêts en question est celui de la Cour de cassation du 25 mars 2020. Cass. (2^e ch.), 25 mars 2020, précité, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1461 ; Corr. Flandre

Sous-section 3. Le critère du procès équitable : une notion trop fluctuante ?

70. Le critère de l'atteinte au procès équitable permettant d'écarter une preuve irrégulière ou illégale est également problématique. À l'instar des deux critères précédents, l'on peut se poser la question de son effectivité. La notion de procès équitable est fluctuante, variant au gré des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme. Surtout, cette notion semble fort restrictive au niveau probatoire car la Cour de Strasbourg n'admet que peu d'hypothèses où la preuve, bien qu'illicite, porterait atteinte à l'équité du procès¹⁶⁷.

71. En outre, ajoutons que l'équité de la procédure est évaluée dans son ensemble et non uniquement au regard des preuves problématiques. Cela réduit également les possibilités d'exclure une preuve illicite pour atteinte au droit à un procès équitable. Si le prévenu a pu contester utilement la preuve irrégulière, celle-ci ne devra pas forcément être déclarée nulle suite à son illicéité¹⁶⁸. Ce n'est donc pas une garantie suffisante des droits de la défense.

Section 2. Les risques qu'entraîne le nouveau régime

72. À notre sens, et ce point de vue semble être partagé par d'autres auteurs¹⁶⁹, il aurait été utile d'ajouter au moins un critère dans l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale : celui permettant d'écarter la preuve obtenue sciemment en méconnaissance de la loi par les autorités. C'est en effet un risque provoqué par le nouveau régime. Là où, avant 2003 et l'arrêt *Antigone*, toute preuve irrégulière ou illégale était nulle, ici, les cas où elles peuvent l'être sont réduits à peau de chagrin. Lorsque l'on avait une interdiction de principe d'utiliser une preuve illicite, il y avait moins de risques que les autorités chargées de l'enquête méconnaissent délibérément les règles. Or, désormais, suite au manque de sanctions des irrégularités ou illégalités avec l'autorisation de principe qu'institue l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, les autorités risquent de se permettre beaucoup plus de comportements irréguliers qu'auparavant. Comme deux auteurs le résument très bien : soit le policier posera l'acte irrégulier pour obtenir la preuve, en sachant que le juge pourra l'utiliser ; soit il ne posera pas cet acte mais n'obtiendra dès lors aucune preuve. Le danger de

orientale (div. Gand), 21 février 2019, *R.A.B.G.*, 2020, liv. 10, p. 825.

¹⁶⁷ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1206 ; N. COLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUCHE, *op. cit.*, pp. 14 et 15 ; A. MASSET, « Les preuves illégales et irrégulières en matière pénale : 8 ans d'application du test *Antigone* », *op. cit.*, p. 35 ; M.-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », *op. cit.*, pp. 1103 à 1105.

¹⁶⁸ N. COLETTE-BASECQZ, « Nullité de la preuve en matière pénale / quoi de neuf ? », *op. cit.*, p. 33 ; A. MASSET, « 3 - Le régime des nullités en procédure pénale », *op. cit.*, p. 106. Nous renvoyons le lecteur à la contribution de Fr. LUGENTZ pour quelques commentaires au sujet de ce critère : Fr. LUGENTZ, « La sanction de l'irrégularité de la preuve en matière pénale après la loi du 24 octobre 2013 », *op. cit.*, spécialement pp. 191 et 192.

¹⁶⁹ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1216.

la dérive est donc présent¹⁷⁰. La fin ne justifie pas les moyens et pour reprendre une formule qui nous semble plus qu'opportune : « une justice qui ne respecte plus les règles fondamentales qui la sous-tendent ne mérite plus le vocable de "justice" »¹⁷¹¹⁷². Les garanties à observer lors de l'utilisation de divers moyens d'enquête ne peuvent être respectées que si une sanction s'attache à leur irrespect, or tel ne semble plus le cas sous l'ère de l'article 32 du Titre préliminaire. L'on réduit non seulement les droits de toute personne poursuivie mais des citoyens en général. Comme le relève à juste titre Christian DE VALKENEER, le « système de preuve constitue un *indicateur de la protection qu'une société accorde à des valeurs fondamentales* [puisqu'il est destiné à garantir] l'effectivité des règles autorisant (...) des atteintes à des droits individuels aux fins d'administration de la preuve » (souligné par nous). À son instar, l'on considère qu'un système trop permissif est dangereux. En suivant de tels idéaux, l'on risque d'en arriver à un amenuisement de plus en plus important des droits fondamentaux de chaque citoyen¹⁷³.

73. L'on peut songer ici à l'arrêt dans l'affaire de la KBLux, où des preuves avaient été obtenues illégalement, par des procédés tout à fait déloyaux où la police, ainsi que le magistrat instructeur, avaient orchestré la découverte de documents¹⁷⁴. Si donc, avant même l'adoption de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, les autorités se permettaient *parfois* des procédés irréguliers pour arriver à leurs fins, qu'en sera-t-il désormais avec une admission quasiment systématique des preuves illicites ? L'on se permet de douter des procédés qui pourraient être mis en œuvre par ces dernières dans leur recherche de la vérité, au détriment des droits du prévenu. L'article 32 fait craindre que les autorités de poursuite et de recherche des infractions soient moins regardantes quant aux formalités entourant l'accomplissement des divers actes d'information et d'instruction. La récolte des preuves risque d'être moins rigoureuse. Il semble difficile de décourager des enquêteurs à respecter toutes les formalités et à fournir des preuves régulières s'ils savent qu'il y a peu de risques qu'à l'issue d'un procès, la procédure soit considérée comme déloyale ou non-équitable. L'on parle tout de même ici de la

¹⁷⁰ B. DEJEMEPPE et L. KENNES, *op. cit.*, p. 73.

¹⁷¹ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1216.

¹⁷² D. VANDERMEERSCH, « La jurisprudence "Antigoon" : évolution, remise en question et perspective de consécration légale », *op. cit.*, pp. 57 et 58 ; N. COLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUCHE, *op. cit.*, pp. 19 et 20.

¹⁷³ C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, *op. cit.*, p. 107 ; C. DE VALKENEER, « Les règles substantielles de la procédure pénale : la jurisprudence Antigoon s'enrichit d'un nouveau critère ou la construction tortueuse d'un régime de preuve aux voies assez impénétrables », *op. cit.*, p. 1016.

¹⁷⁴ N'ayant pas le place pour entrer dans le détail de l'affaire, nous renvoyons le lecteur curieux aux arrêts en question. Cass. (2^e ch.), 31 mai 2011 (Le procureur général près la Cour d'appel de Bruxelles, Etat belge / W.D., S.C., B.J.-M. e.a.), *Pas.*, 2011, liv. 5, p. 1571, concl. Av. gen. GENICOT ; Cass. (2^e ch.), 17 janvier 1990 (Dutry), *Pas.*, 1990, I, p. 588 ; F. NICAISE, « L'admissibilité de la preuve en droit pénal », *Le Pli juridique*, 2010, n° 13, pp. 7 et 8.

violation possible de droits fondamentaux¹⁷⁵. Est-ce que la recherche de la vérité et la poursuite des infracteurs doivent peser plus lourd que les divers droits du prévenu ? L'on se permet d'en douter.

74. Malgré ces craintes, nos rencontres avec un officier de police judiciaire ainsi qu'avec un substitut du Procureur du Roi et une juge d'instruction nous permettent de nuancer le propos. En effet, selon l'enquêteur interrogé, bien que certains soient parfois tentés de ne pas respecter les règles applicables, ils ne représentent qu'une minorité au sein des services de police. Les enquêteurs recherchent, en premier lieu, la manifestation de la vérité mais surtout, ils désirent que leur dossier puisse aboutir. Ils savent que pour ce faire, ils doivent éviter au maximum les irrégularités¹⁷⁶. Selon le substitut du Procureur du Roi de Mons, les policiers sont d'ailleurs très bien formés et parfois même plus réticents à procéder à certains actes qu'un Procureur du Roi lui-même, en se demandant s'ils ont bien le droit de faire ce qu'ils font¹⁷⁷. La juge d'instruction que nous avons pu rencontrer partage ce même avis et, surtout, nous indique qu'ils sont là comme garants de la procédure et de la régularité. La volonté d'un juge d'instruction est de rendre un bon dossier, purgé de ses irrégularités, ce qui le pousse à procéder à nouveau à certains actes pour obtenir la vérité et surtout, à exclure les preuves irrégulières¹⁷⁸. Ainsi, la pratique semble contrebalancer les craintes académiques et théoriques que nous avons pu lire lors de nos recherches.

Bien que nous soyons pour partie rassurés, nous maintenons notre position suivant laquelle l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, en permettant la non-sanction de la violation de droits fondamentaux lors de la récolte des preuves, constitue par lui-même une atteinte aux droits des prévenus. Sur ce point, seule une modification de la loi, dans la visée de ce que propose la réforme du Code de procédure pénale, nous semble appropriée.

¹⁷⁵ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.*, pp. 482 et 483 ; Fr. LUGENTZ, *La preuve en matière pénale : sanction des irrégularités*, *op. cit.*, pp. 204 et 205.

¹⁷⁶ Entretien avec J.-F. MULQUIN, officier de police judiciaire, réalisé le 17 mars 2021, Annexe I, pp. 65 et 70.

¹⁷⁷ Entretien avec T. RUTH, substitut du Procureur du Roi de Mons, réalisé le 26 mars 2021, Annexe II, pp. 72 et 73.

¹⁷⁸ Entretien anonyme avec une juge d'instruction de Mons, réalisé le 29 mars 2021, Annexe III, pp. 80, 81, 83, 84 et 89.

Titre III. La preuve illicite et les droits du prévenu

75. Pour entamer ce Titre III, nous proposons au lecteur un extrait des conclusions précédant l'arrêt *Manon*, rendues par l'Avocat général VANDERMEERSCH : « Il est (...) des libertés et des droits fondamentaux dont on ne peut relativiser les violations sous peine de les banaliser : dans ces hypothèses, seule l'exclusion de la preuve peut venir sanctionner adéquatement l'irrégularité commise. Je songe ici notamment à la preuve recueillie suite à une perquisition ou une écoute illégale, à la preuve obtenue en violation du secret professionnel, du droit au silence ou des droits de la défense (...). Comme la protection de ces droits ne s'identifie pas nécessairement au droit à un procès équitable, il me paraît essentiel de poser ici une balise supplémentaire : *la preuve devrait être exclue en cas de violation des libertés et droits fondamentaux lorsque la valeur protégée représente, dans une société démocratique, une valeur supérieure à celle de l'efficacité de la justice pénale (...)*¹⁷⁹ » (souligné par nous).

Chapitre 1^{er}. La preuve illicite et les droits du prévenu dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

Section 1. L'arrêt *Schenk c. Suisse*

76. La Cour européenne des droits de l'Homme se prononça l'une des premières fois sur l'incidence des preuves illégales sur le procès équitable dans l'arrêt *Schenk c. Suisse*. Il s'agissait d'enregistrements de conversations téléphoniques opérés illégalement par un particulier, ayant permis d'appuyer la condamnation de Monsieur SCHENK¹⁸⁰. Bien qu'il y eût contravention au droit à la vie privée ici, la Cour renonça à examiner les faits sous l'angle de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Elle opéra le contrôle plutôt sous l'angle du procès équitable et commença son arrêt par indiquer que s'il était de sa compétence de garantir le respect de l'article 6, il ne lui revenait par contre pas de se prononcer sur l'admissibilité des preuves, compétence relevant du droit interne de chaque Etat¹⁸¹. Elle indiqua, ensuite, qu'il ne s'agissait pas d'exclure par principe les preuves illégales mais d'avoir égard à l'équité de la procédure dans son ensemble. Dès lors, *l'illégalité n'entraîne pas*

¹⁷⁹ Cass. (2^e ch.), 2 mars 2005 (C. / S.P.R.L. Le chocolatier Manon), *Pas.*, 2005, liv. 3, concl. Av., gén. D. VANDERMEERSCH, p. 511.

¹⁸⁰ Il fut condamné pour tentative d'instigation à un assassinat. Nous renvoyons le lecteur à l'arrêt pour de plus amples développements des antécédents de la cause ainsi qu'à l'ouvrage précédemment cité de S. CUYKENS, D. HOLZAPFEL et L. KENNES, pp. 236 à 239. Cour eur. D.H., arrêt *Schenk c. Suisse* du 12 juillet 1988, <https://www.echr.coe.int> (29 novembre 2020).

¹⁸¹ Fr. GOOSSENS et W. VANDEHOLE, « La vision de Strasbourg sur les menaces de torture pendant l'audition des suspects par la police et les preuves qui en résultent : l'arrêt *Gäfgen* contre Allemagne du 1^{er} juin 2010 », *Vigiles*, 2011/4, p. 140.

nécessairement l'iniquité. Le juge n'est donc pas tenu de n'admettre *que* des preuves régulières pour que la procédure soit équitable. La Cour estima, en effet, qu'il était nécessaire de s'interroger, pour chaque cas, sur la procédure dans son ensemble afin de juger de son équité ou non. Pour que l'équité soit respectée, il est nécessaire que le prévenu dispose de la possibilité de contester la preuve irrégulière et s'opposer à son utilisation. La Cour conclut, finalement, que la circonstance suivant laquelle la preuve litigieuse n'est pas le seul élément fondant la culpabilité du prévenu revêt une importance particulière.

Cet enseignement revint donc à laisser champ libre aux Etats quant à la façon dont ils traitent la preuve illicite et son éventuelle sanction¹⁸².

Section 2. L'arrêt *Lee Davies c. Belgique*

77. Dès avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 octobre 2013, la Cour européenne des droits de l'Homme eut l'occasion de se prononcer sur la jurisprudence *Antigone* et ses critères. Dans un arrêt *Lee Davies c. Belgique* rendu le 28 juillet 2009¹⁸³, la Cour de Strasbourg avalisa la position de notre Cour de cassation, estimant que le nouveau sort réservé à la preuve illicite n'était pas contraire à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁸⁴. Les preuves illégales contrevenaient ici à un droit fondamental : l'article 8 de la Convention. En l'espèce, la Cour n'eut pas suivi les arguments du requérant¹⁸⁵. Elle rappela que l'article 6 de la Convention ne réglementait pas l'admissibilité des preuves car

¹⁸² S. CUYKENS, D. HOLZAPFEL et L. KENNES, *op. cit.*, pp. 240 à 242 ; M.-A. BEERNAERT, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 91 ; B. DE SMET, *Nietigheden in het strafproces*, Anvers, Intersentia, 2011, pp. 19 et 20.

¹⁸³ Cour eur. D.H., arrêt *Lee Davies c. Belgique* du 28 juillet 2009, <https://echr.coe.int> (3 octobre 2020). Dans cet arrêt, il fut question d'une condamnation pénale du chef de trafic de drogue fondée sur des preuves illicites. Des policiers étaient entrés dans l'entrepôt du requérant et des parties communes de l'immeuble sans disposer d'un mandat de perquisition. Les preuves servant de base à l'action publique ne reposaient que sur les saisies effectuées lors de la visite litigieuse. Le requérant soutenait ainsi que son droit à un procès équitable était violé étant donné que l'action reposait sur des preuves irrégulières. Selon lui, les parties perquisitionnées auraient dû être considérées comme un domicile et il y avait, dès lors, violation de l'article 8 de la CEDH. Pour une analyse plus détaillée de l'arrêt, nous renvoyons à F. SCHUERMANS, « Antigoonrechtspraak nu definitief in de fase van de rustige vastheid ? », note sous Cour eur. D.H., 28 juillet 2009, *R.A.B.G.*, 2010/1, pp. 17 à 24. S. DE DECKER, « Antigoon vooruit ? Straatsburg heeft geen bezwaar tegen de antigoonrechtspraak », *Vigiles*, 2009/5, p. 202.

¹⁸⁴ N. COLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUCHE, *op. cit.*, pp. 26 à 28 ; P. DHAeyer, « Le régime général des nullités des preuves irrégulières en Belgique et à l'étranger », *op. cit.*, p. 20 ; N. COLETTE-BASECQZ, « Nullité de la preuve en matière pénale / quoi de neuf ? », *op. cit.*, p. 35 ; C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, *op. cit.*, pp. 83 et 84 ; A. MASSET, « Jurisprudence *Antigone* », *op. cit.*, pp. 22 et 23 ; A. MASSET, « Les preuves illégales et irrégulières en matière pénale : 8 ans d'application du test *Antigone* », *op. cit.*, pp. 9 et 10 ; O. MICHIELS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, *op. cit.*, p. 322 ; A. MASSET, « 3 - Le régime des nullités en procédure pénale », *op. cit.*, pp. 103 et 104 ; R. VERSTRAETEN, *op. cit.*, pp. 2006 et 1007 ; A. MASSET, « Preuves pénales irrégulières ou illégales : quelles conséquences en droit de la circulation routière ? », *op. cit.*, pp. 165 et 166 ; F. SCHUERMANS, « Antigoonrechtspraak nu definitief in de fase van de rustige vastheid ? », *op. cit.*, p. 17.

¹⁸⁵ Pour appuyer sa demande, Monsieur *Lee Davies* tirait d'ailleurs argument des opinions minoritaires de la Cour dans ses arrêts *Schenk c. Suisse* et *Khan c. Royaume-Uni* dans lesquelles il était indiqué qu'une procédure ne pouvait être considérée comme équitable dès lors qu'une autre disposition de la Convention était violée.

cette matière relevait de la souveraineté des états¹⁸⁶. Elle indiqua, en outre, que l'équité de la procédure devait être appréciée dans son ensemble et que, pour ce faire, il fallait notamment avoir égard au respect des droits de la défense, à savoir, regarder si le requérant s'était vu « offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation¹⁸⁷ ». Elle ajouta qu'il fallait prendre en compte « la qualité de l'élément de preuve, y compris le point de savoir si les circonstances dans lesquelles il a été recueilli font douter de sa fiabilité ou de son exactitude¹⁸⁸ ». Ce dernier point fait écho à ce que le substitut du Procureur du Roi de Mons a pu nous dire sur une perquisition effectuée en flagrant délit : si les éléments sont là, bien qu'il ait discussion sur la notion de flagrance, les preuves existent, elles ne sont pas trafiquées¹⁸⁹.

En l'espèce, la Cour européenne des droits de l'Homme a indiqué que le requérant s'était vu offrir la possibilité de contester les éléments étant donné qu'il avait eu l'occasion de remettre les divers éléments litigieux en cause devant les trois degrés de juridiction. Si le tribunal correctionnel avait choisi d'écarter les preuves suite à leur irrégularité, la Cour d'appel les avait ensuite acceptées en procédant à une étude minutieuse de la cause¹⁹⁰. Il a ainsi été constaté que l'irrégularité n'avait pas eu de conséquence sur la qualité des éléments de preuve recueillis et qu'aucune sanction n'était attachée à ces irrégularités par la loi. En outre, la Cour avait procédé au test de proportionnalité imposé par notre Cour de cassation, à savoir que l'infraction était plus grave que l'illicéité commise par les policiers. Ainsi, au terme de cet examen, la Cour de Strasbourg décida que l'article 6, § 1^{er} de la Convention n'avait pas été violé¹⁹¹.

78. L'on se permettra de se montrer nuancé par rapport à cette jurisprudence. Il nous semble que lorsque se trouve en question la violation de droits fondamentaux, l'on ne peut se permettre de les laisser sans sanction. Nous sommes plutôt en accord avec les opinions

¹⁸⁶ M.-A. BEERNAERT, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : nouvel état de la question », *op. cit.* p. 69 ; N. COLETTE-BASECQZ, « L'admissibilité des preuves irrégulières au regard du droit à un procès équitable : la jurisprudence "Antigoon" sous la loupe de la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, pp. 328 et 329 ; F. SCHUERMANS, « Antigoonrechtspraak nu definitief in de fase van de rustige vastheid ? », *op. cit.*, p. 19 ; S. GUENTER et F. SCHUERMANS, *op. cit.*, p. 330.

¹⁸⁷ Elle reprend donc ici les arguments qu'elle avait déjà énoncés dans l'arrêt Schenk c. Suisse précité (§ 76). Cour eur. D.H., arrêt Lee Davies c. Belgique du 28 juillet 2009, <https://echr.coe.int> (3 octobre 2020), § 42 ; O. MICHIELS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, *op. cit.*, p. 323 ; S. GUENTER et F. SCHUERMANS, *op. cit.*, p. 330.

¹⁸⁸ Cour eur. D.H., arrêt Lee Davies c. Belgique du 28 juillet 2009, <https://echr.coe.int> (3 octobre 2020), § 42 ; O. MICHIELS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, *op. cit.*, p. 323.

¹⁸⁹ Entretien avec T. RUTH, substitut du Procureur du Roi de Mons, réalisé le 26 mars 2021, Annexe II, p. 74.

¹⁹⁰ Cour eur. D.H., arrêt Lee Davies c. Belgique du 28 juillet 2009, <https://echr.coe.int> (3 octobre 2020), § 49.

¹⁹¹ M.-A. BEERNAERT, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : nouvel état de la question », *op. cit.*, pp. 78 et 79 ; N. COLETTE-BASECQZ, « Nullité de la preuve en matière pénale / quoi de neuf ? », *op. cit.*, pp. 36 et 37.

minoritaires émises dans les arrêts *Schenk* et *Khan* selon lesquels l'on ne peut considérer une procédure comme équitable à partir du moment où la Cour constate la violation d'un autre article de la Convention¹⁹². Comment garantir l'effectivité des droits inscrits dans cette dernière si leur violation ne mène à aucune sanction ? Les autorités chargées de la poursuite pourraient se montrer moins vigilantes vis-à-vis du respect de ces droits ou les bafouer en connaissance de cause.

79. En liant cette jurisprudence à notre droit, l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale pourrait amoindrir les droits du prévenu en ce qu'il ne contient aucune garantie que les droits fondamentaux soient respectés. Bien que l'infraction puisse être grave, il ne nous semble pas justifié de faire primer l'intérêt de l'Etat à la poursuite des infractions par rapport aux droits garantis à tout citoyen, et *a fortiori* à un accusé. D'autre part, et suite à nos diverses rencontres dans le cadre de ce mémoire, l'on se rend également compte de la difficulté de respecter toutes les règles de notre procédure foisonnante ainsi que le fait que certaines illicéités ne remettent pas forcément en cause la réalité du constat. L'on ne parlait pas, ici, de preuves inventées mais de constatations émanant d'une perquisition non-autorisée¹⁹³. Finalement, l'on constate aussi que nos policiers tentent, le plus souvent, de respecter les procédures car l'issue d'un acquittement suite à des irrégularités leur laisse un goût d'inachevé¹⁹⁴.

Section 3. L'arrêt Kalnéniené c. Belgique

80. En 2017, la Cour de Strasbourg confirma ses jurisprudences antérieures et rendit un arrêt en conformité avec ses enseignements précédents. Elle ajouta, tout de même, divers éléments à son appréciation en énonçant de façon plus explicite certains critères, à savoir que : l'irrégularité n'a pas été commise intentionnellement par les autorités¹⁹⁵ ; le requérant est poursuivi pour des faits particulièrement graves ; les éléments litigieux ne concernent que des preuves matérielles ; la culpabilité repose sur d'autres éléments à charge que les preuves illicites ; le prévenu a eu l'occasion de contester les éléments de preuve litigieux et de s'opposer à ce que ceux-ci soient utilisés devant les différents degrés de juridiction¹⁹⁶.

81. L'on se trouvait ici à nouveau dans un cas de perquisition irrégulière et la requérante alléguait que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme avait été violé. En

¹⁹² Egalement avec les conclusions de l'avocat général VANDERMEERSCH précédent l'arrêt Manon précité (§ 75).

¹⁹³ Les constatations auraient été les mêmes si le mandat avait été décerné régulièrement.

¹⁹⁴ Entretien avec T. RUTH, substitut du Procureur du Roi de Mons, réalisé le 26 mars 2021, Annexe II, pp. 72 et 75 ; Entretien avec J.-F. MULQUIN, officier de police judiciaire, réalisé le 17 mars 2021, Annexe I, p. 70 ; Entretien anonyme avec une juge d'instruction de Mons, réalisé le 29 mars 2021, Annexe III, p. 90.

¹⁹⁵ Ce critère fut dégagé par notre Cour de cassation depuis 2004, déjà.

¹⁹⁶ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *op. cit.*, pp. 472 et 473.

l'espèce, la Cour de Strasbourg approuva l'argument. Elle ne put que constater que les juridictions nationales avaient confirmé que la perquisition litigieuse était effectivement irrégulière¹⁹⁷ et qu'il y avait donc une violation de l'article 8 de la Convention¹⁹⁸. Après ce constat, la Cour s'attarda alors sur le volet de l'équité de la procédure. Elle valida explicitement l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, rappelant les enseignements *Antigone* et indiquant que ses critères furent, depuis l'arrêt *Lee Davies*, consacrés légalement. Elle énonça ensuite les critères précités¹⁹⁹.

Après cela, elle rappela que la violation de l'article 8 n'impliquait pas nécessairement la méconnaissance du droit à un procès équitable. La Cour indiqua en effet que : « (...) L'admission de preuves obtenues en violation de l'article 8 de la Convention ne se heurte pas en soi aux exigences du droit à un procès équitable (...)»²⁰⁰. Elle reprit alors ses précédents enseignements, en signalant que les éléments de preuve ne faisaient pas douter de leur fiabilité et que la requérante eut pu contester les divers éléments litigieux devant les trois degrés de juridiction nationaux. Elle ajouta alors que la condamnation était également fondée sur d'autres éléments. Elle en conclut ainsi à la non-violation de l'article 6, § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme et valida, à nouveau, l'utilisation des preuves irrégulières²⁰¹.

Section 4. L'arrêt *Jalloh c. Allemagne*

82. Dans cet arrêt *Jalloh c. Allemagne*, il s'agissait de la plainte d'une personne ayant été obligée d'ingurgiter, de force, un émétique. Selon monsieur JALLOH, ce traitement était dégradant, constituant une contrainte physique ainsi qu'une violation de son droit à ne pas s'auto-incriminer²⁰².

En l'espèce, la Cour de Strasbourg condamna l'Allemagne pour violation des articles 3 et 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. L'administration de l'émétique, permettant d'obtenir les preuves, constituait effectivement un traitement dégradant. Il s'agissait

¹⁹⁷ Cette dernière avait été effectuée sans mandat d'un juge d'instruction.

¹⁹⁸ Puisque, pour être conforme à l'article 8, § 2 CEDH, une perquisition doit être conforme à la loi et qu'elle ne l'était pas (puisqu'opérée sans mandat d'un juge d'instruction), la Cour ne pouvait que constater la violation de l'article 8. Cour eur. D.H., arrêt *Kalnéniené c. Belgique* du 31 janvier 2017, <https://echr.coe.int> (3 octobre 2020), §§ 32, 34, 38, 39, 40.

¹⁹⁹ Elle fit ceci après avoir regardé l'examen réalisé par la Chambre des mises en accusation et valida ainsi les critères de la gravité de l'infraction, du fait que l'illégalité n'ait pas été commise de façon intentionnelle et que les éléments ne concernaient que des éléments de preuve matérielle (§ 49 de l'arrêt).

²⁰⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Kalnéniené c. Belgique* du 31 janvier 2017, <https://echr.coe.int> (3 octobre 2020), § 50.

²⁰¹ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1203.

²⁰² En l'espèce, le requérant avait avalé la drogue qu'il possédait pour ne pas qu'on la trouve sur lui. L'émétique avait été administré afin de la récupérer. Cela le forçait, d'une part, à vomir par une contrainte physique. Et d'autre part, cela ne lui permettait pas de bénéficier de son droit à ne pas s'auto-incriminer puisque le médicament lui fit régurgiter l'élément incriminant, l'empêchant de nier. Cour eur. D.H., arrêt *Jalloh c. Allemagne* du 11 juillet 2006, <https://www.echr.coe.int> (3 octobre 2020) ; B. DE SMET, *Nietigheden in het strafproces*, *op. cit.*, p. 23.

d'un petit trafiquant de rue et l'intérêt à la poursuite avait donc été jugé moindre par rapport au recours à une méthode comme celle utilisée ici. Selon la Cour, l'utilisation des preuves issues du traitement dégradant rendait le procès inéquitable²⁰³.

Section 5. L'arrêt Gäfgen c. Allemagne

83. Nous verrons cette décision²⁰⁴ plus avant dans le prochain chapitre²⁰⁵ et dès lors, nous nous bornons à n'en donner que l'enseignement général ici. En l'espèce, il s'agissait d'un renseignement obtenu à la suite d'un traitement inhumain. Cependant, la déclaration obtenue de la sorte n'aurait pas eu d'incidence directe sur le verdict de culpabilité de l'accusé ainsi que sur la peine qui lui fut infligée. Dès lors, la Cour européenne des droits de l'Homme en avait conclu à la non-violation du droit à un procès équitable. En adoptant un tel raisonnement, la Cour consacra sa fameuse *théorie de la rupture de la chaîne de causalité*²⁰⁶.

Chapitre 2. L'incidence du régime de nullité de la preuve irrégulière ou illégale sur les moyens d'enquête et les droits du prévenu

Section 1. La question des perquisitions irrégulières

84. La question des perquisitions irrégulières est intimement liée aux articles 15 et 22 de notre Constitution ainsi qu'à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui protègent le droit à la vie privée et par incidence, la protection du domicile. Nous nous demandons si l'obtention d'une preuve en violation de ces droits ne devrait pas mener à l'exclusion automatique de celle-ci. Ce point de vue n'est pas celui adopté par la Cour européenne des droits de l'Homme²⁰⁷ qui ne sanctionne pas nécessairement la violation de l'article 8 de la Convention. Et, étant donné qu'en Belgique, aucune disposition concernant les visites domiciliaires n'est prescrite à peine de nullité, la sanction éventuelle des preuves irrégulières devra être examinée à l'aune des deux seconds tirets de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, sans exclusion automatique²⁰⁸.

²⁰³ A. MASSET, « Les preuves illégales et irrégulières en matière pénale : 8 ans d'application du test Antigone », *op. cit.*, p. 26 ; M.-A. BEERNAERT, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 92 à 93 ; F. SCHUERMANS, « Antigoonrechtspraak nu definitief in de fase van de rusitge vastheid ? », *op. cit.*, p. 21.

²⁰⁴ Cour eur. D.H., arrêt Gäfgen C. Allemagne du 1^{er} juin 2010, <https://echr.coe.int> (3 octobre 2020).

²⁰⁵ Voy. infra. §§ 102 à 107.

²⁰⁶ N. COLETTE-BASECQZ, « Nullité de la preuve en matière pénale / quoi de neuf ? », *op. cit.*, p. 38 ; A. MASSET, « Les preuves illégales et irrégulières en matière pénale : 8 ans d'application du test Antigone », *op. cit.*, p. 27 ; B. DE SMET, *Nietigheden in het strafproces*, *op. cit.*, pp. 23 et 24. Pour une étude approfondie de la décision et de ses implications, nous renvoyons à la contribution précitée de Fr. GOOSSENS et W. VANDEHOLE, dans *Vigiles*.

²⁰⁷ Nous renvoyons le lecteur au Chapitre 1^{er} du présent Titre dans lequel nous avons traité de différents arrêts (§§ 75 à 83).

²⁰⁸ Peu de temps après son entrée en vigueur, une décision de jurisprudence validait déjà l'utilisation de preuves issues d'une perquisition irrégulière car ces dernières ne tombaient pas dans l'un des trois cas d'exclusion énoncés

85. Lors d'un récent arrêt du 29 mai 2019, la Cour de cassation valida l'utilisation d'une preuve issue d'une perquisition irrégulière et ne la déclara pas nulle. Il s'agissait, en l'espèce, d'un inculpé détenu, dont le mandat d'arrêt avait été décerné « du chef de détention illicite de stupéfiants manifestement destinés à la vente ». L'on put voir, dans les pièces de procédure, qu'une visite domiciliaire avait été réalisée chez ce dernier, dans le cadre d'une autre instruction à son égard, et qui avait mené à la découverte des stupéfiants. Le mandat d'arrêt du suspect était basé sur ladite découverte. La perquisition dont question était irrégulière car le mandat ne mentionnait que la ville, la rue et le numéro d'un immeuble à appartements multiples. Le dossier ne permettait pas de connaître les motifs de la perquisition. En l'espèce, les juges d'appel ont considéré ce mandat de perquisition comme irrégulier et comme constituant une atteinte à l'inviolabilité du domicile. Cependant, par l'application de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, les preuves ne furent pas écartées.

Dans son moyen de cassation, l'inculpé invoquait notamment la violation de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale. Il estimait que les preuves issues de cette perquisition irrégulière devaient être déclarées nulles, alors que les juges d'appel les avaient admises. Il soutenait, notamment, que puisque l'irrégularité avait été commise au début de l'enquête, elle vidait d'emblée les droits de la défense et il ne fallait plus procéder au traditionnel examen de proportionnalité pour apprécier l'atteinte au droit à un procès équitable. La Cour de cassation répondit à cet argument en indiquant que « de la seule circonstance qu'une irrégularité a été commise à l'ouverture de l'enquête, il ne suit pas nécessairement qu'elle vide d'emblée de sa substance même les droits de la défense de l'inculpé ». En outre, le demandeur en cassation soutenait que le critère utilisé par la Cour d'appel, selon lequel il avait pu valablement contester les éléments de preuve litigieux, ne devait pas être appliqué car il ne s'agissait pas d'une irrégularité d'ordre formel mais d'une irrégularité qui l'empêchait concrètement de vérifier s'il était la cible du mandat de perquisition et les raisons conduisant les enquêteurs à perquisitionner son domicile. Il estimait que ne pas sanctionner une telle

par l'article. Il s'agissait, en l'espèce, d'une perquisition réalisée dans un hangar sans mandat de perquisition et sans que le propriétaire ne donne son consentement préalable et écrit pour la pratiquer. La Cour de cassation a estimé que les formalités n'étaient pas prescrites à peine de nullité, que la fiabilité des éléments de preuve n'était pas atteinte du fait de l'irrégularité et qu'il n'y avait pas d'atteinte au droit à un procès équitable suite à l'utilisation de ces éléments. En outre, la Cour a indiqué dans cet arrêt que l'irrégularité était purement formelle et ne portait aucune atteinte à la liberté protégée par la norme transgressée. L'on voit ici l'application du test de proportionnalité et des sous-critères déjà établis par la Cour de cassation avant l'entrée en vigueur de l'article 32. Cass. (2^e ch.), 5 novembre 2014 (K.D. / Q.J., C.A., G.V.), *Pas.*, 2014, liv. 11, pp. 2452 ; C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, *op. cit.*, pp. 563 et 564 ; P. MONVILLE et D. HOLZAPFEL, « Chapitre 2. – Antigone : les évolutions législative et jurisprudentielle en droit pénal... un bilan navrant et sévère !!! », *op. cit.*, pp. 37 et 38 ; S. DE DECKER, « Waar wordt aan de deur geklopt ? Over een huiszoekingsbevel met een "verkeerd" huisnummer », *op. cit.*, pp. 33 et 34.

irrégularité revenait à donner un message aux enquêteurs : vous ne serez pas sanctionnés d'aller « à la pêche aux informations ». Nous nous rallions à ce point de vue. La Cour de cassation, par contre, jugea le moyen irrecevable. Dans un autre moyen, le prévenu indiquait que l'irrégularité avait une incidence effective sur les droits protégés par la norme, à savoir l'inviolabilité du domicile et le droit au respect de la vie privée. À nouveau, nous ne pouvons que nous rallier à la thèse du demandeur, qui nous semble juste. Cependant la Cour, elle, estima qu'aucune obligation, fut-elle légale ou conventionnelle, n'obligeait la juridiction d'instruction à écarter des preuves issues d'une perquisition jugée irrégulière et que dès lors, le moyen manquait en droit. En définitive, le pourvoi fut donc rejeté²⁰⁹.

86. Nous ne pouvons que regretter la décision de la Cour de cassation. En effet, nous sommes d'avis qu'effectivement, ne pas déclarer nulles les preuves issues d'une telle perquisition irrégulière donne un certain message aux autorités de poursuite : qu'importe que votre mandat ne donne pas les motifs sur lesquels il repose ni les informations de base permettant à un justiciable de vérifier s'il est bien la cible de ce dernier car, bien qu'irrégulier, les preuves qui en seront la suite ne seront pas déclarées nulles. Il nous semble que c'est effectivement courir le risque d'une « pêche aux informations » qui n'est pas justifiable dans une société démocratique, même dans un objectif de poursuite de l'auteur d'une éventuelle infraction. De plus, nous sommes également d'avis que valider des preuves issues d'une perquisition irrégulière revient à priver purement et simplement un citoyen de son droit à la non-violation de son domicile et à son droit à la vie privée. Il s'agit – devons-nous le rappeler – de droits fondamentaux. Certes, parfois, des entorses à ces derniers sont requises mais il n'en reste pas moins qu'elles doivent être strictes et encadrées. Dès lors, permettre leur violation sans sanction revient à ne pas garantir leur effectivité. La conclusion à laquelle nous mène cet arrêt est limpide : l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale est inefficace pour protéger un suspect d'une entorse à ses droits à la vie privée et à la protection du domicile dès lors que les preuves issues de la violation de tels droits ne semblent pas pouvoir entrer dans l'une de ses trois hypothèses de nullité²¹⁰.

87. D'autres arrêts de cassation se prononçant sur le sort des preuves issues de perquisitions irrégulières ont été rendus depuis 2013 et l'on ne peut en trouver un qui aboutisse à la nullité des preuves qui en sont la suite. En 2015, la Cour indiquait que, bien que les règles

²⁰⁹ Cass. (2^e ch.), 29 mai 2019 (B.Y.), www.juportal.be (17 février 2021). Nous pouvons noter que les réponses de la Cour de cassation sont en adéquation avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

²¹⁰ Le projet de nouveau Code de procédure pénale semble apporter une réponse efficace à cette difficulté par les diverses exclusions qu'il prévoit. Nous renvoyons le lecteur au Titre II, Chapitre 2, section 6 (§§ 60 et 61) où nous avons traité de la question.

de compétence étaient méconnues et que la perquisition fut irrégulière, les preuves en découlant ne devaient pas être écartées. Elle indiqua d'ailleurs expressément que la violation d'une règle de compétence n'entraînait pas d'office la violation du droit à un procès équitable²¹¹.

Section 2. La violation du droit au silence et la non-assistance de l'avocat emportent-elles violation du droit au procès équitable et exclusion de la preuve ?

88. Le *droit au silence* est, selon la Cour européenne des droits de l'Homme²¹², contenu de façon implicite dans la Convention et tout prévenu doit se voir rappeler ce dernier²¹³. Dès lors que le droit au silence fait partie intégrante du droit à un procès équitable, il semblerait que ce dernier soit violé au cas où une preuve issue de la violation dudit droit serait produite en justice. Cependant, il n'est pas aisé de déterminer dans quels cas le droit au silence est violé²¹⁴. Là où il pourrait sembler simple de se dire que la violation du droit au silence tomberait sous le troisième critère de l'article 32, il sera beaucoup moins aisé de déterminer, en amont, l'effective violation du droit au silence. Dès lors, les droits du prévenu semblent à nouveau foulés aux pieds. Est-ce à dire que cela est dû à la codification de l'article 32 ? Oui et non. Sans cette codification, le test Antigone serait toujours applicable et l'on rencontrerait les mêmes difficultés. D'un autre côté, il participe à l'appauvrissement des droits car si le législateur avait plus amplement réfléchi avant de codifier ces « nullités », des solutions auraient pu être trouvées afin de répondre à cette problématique. Or, force est de constater que l'article 32 n'a pas été pensé sur le fond mais a plutôt été désiré afin d'éviter des complications dans la procédure pénale. Ou peut-être est-il l'illustration du fait que le législateur n'était pas prêt à faire autrement que de codifier la jurisprudence Antigone...

89. Concernant le *droit à l'assistance d'un avocat*, le célèbre arrêt *Salduz c. Turquie* de la Cour européenne des droits de l'Homme a énoncé le principe selon lequel l'avocat devait être présent dès l'arrestation judiciaire du suspect et en particulier lorsque les déclarations faites lors des interrogatoires sans la présence de l'avocat pouvaient être déterminantes pour la suite de la procédure. Dès lors, dans un cas où un suspect se trouverait arrêté et interrogé dans les premières quarante-huit heures de sa privation de liberté sans la présence de son conseil, son

²¹¹ Cass. (2^e ch.), 23 septembre 2015 (M.K.A.H., M.K.A.S., M.K.A.R., e.a. / F.A., B.S.R.W., Le centre fédéral pour l'analyse des flux migratoires, e.a.), *Pas.*, 2015, liv. 9, p. 2159, concl. Av. gén. D. VANDERMEERSCH.

²¹² Cour eur. D.H., arrêt *Funke c. France* du 25 février 1993, <https://www.echr.coe.int> (27 janvier 2021), § 44. La Cour de cassation, dans un arrêt du 27 septembre 2018, estima également que c'est une composante du droit à un procès équitable. Cass., 27 septembre 2018 (M.L.L. / Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, Ordre des Barreaux Francophones et Germanophone de Belgique), www.juportal.be (27 janvier 2021).

²¹³ Notamment : Cour eur. D.H., arrêt *Navone et autres c. Monaco* du 24 octobre 2013, <https://www.echr.coe.int> (28 janvier 2021), § 76.

²¹⁴ M.-A. BEERNAERT, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : nouvel état de la question », *op. cit.*, p. 73.

droit à l'assistance d'un avocat serait violé. Ce propos peut être appuyé par un autre arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme, à savoir l'arrêt *Dayanan c. Turquie*. Elle y énonça qu'un prévenu, privé de liberté, doit bénéficier de l'assistance d'un conseil dès le départ, sans avoir égard à l'interrogatoire subi²¹⁵. *A contrario*, il faut comprendre qu'un suspect non-privé de liberté ne devrait pas nécessairement être accompagné d'un avocat pour que les droits de la défense soient respectés, à condition que celui-ci soit dûment informé de ses droits à garder le silence ainsi que de ne pas s'auto-incriminer²¹⁶.

90. Cependant, comme la Cour le fait à d'autres égards, elle regarde la procédure dans son ensemble afin de vérifier qu'il n'y ait pas eu d'atteintes au procès équitable du prévenu. Ainsi, la simple non-assistance d'un avocat ne pourrait pas constituer, par elle-même, une violation de l'article 6 de la Convention²¹⁷. En outre, il est à noter que l'avocat se trouve ici dans un rôle de garant des droits. Il ne s'agit pas pour lui d'intervenir ou de répondre à la place de son client mais bien de vérifier que les garanties minimales du procès équitable soient respectées²¹⁸.

91. Il résulterait d'un tel interrogatoire irrégulier que le juge ne pourrait tirer du dossier, au titre de preuve, des éléments qui furent divulgués par le prévenu. L'idée est que le suspect privé de liberté ou entendu dans le cadre d'une instruction se trouve en position de vulnérabilité et qu'il doit dès lors bénéficier de la présence de son avocat. L'on ne peut apprécier la culpabilité d'une personne placée dans une telle position de vulnérabilité si elle n'est pas accompagnée d'un conseil, capable de garantir l'effectivité de ses droits²¹⁹.

²¹⁵ Que cet interrogatoire soit réalisé par les services de police ou un juge d'instruction. M.-A. BEERNAERT, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : nouvel état de la question », *op. cit.*, p. 76 ; O. MICHIELS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, *op. cit.*, pp. 169 et 170.

²¹⁶ L'on semble pouvoir dégager ceci de l'arrêt *Zdravko Petrov c. Bulgarie* de la Cour européenne des droits de l'homme où elle indique que le fait que le prévenu n'ait pas bénéficié d'un avocat lors de son premier interrogatoire ne portait pas atteinte à ses droits de la défense dès lors, en plus, que sa condamnation se fondait sur des déclarations réalisées plus tard dans la procédure et en présence de l'avocat. Cour eur. D.H., arrêt *Zdravko Petrov c. Bulgarie* du 23 juin 2011, <https://www.echr.coe.int> (28 janvier 2021), § 47.

²¹⁷ Malgré cela, la Cour semble nous indiquer qu'elle donne une attention particulière au respect de ce droit étant donné qu'il est directement relié à un autre: le respect du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. O. MICHIELS et A. JACOBS, *op. cit.*, pp. 153 et 154 ; O. MICHIELS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, *op. cit.*, pp. 166 et 167.

²¹⁸ Notamment, vérifier qu'il ne soit pas fait pression sur le suspect. O. MICHIELS et A. JACOBS, *op. cit.*, p. 154 ; S. CUYKENS, D. HOLZAPFEL et L. KENNES, *op. cit.*, p. 232.

²¹⁹ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1198. L'on peut citer ici également l'arrêt *Brusco c. France* qui énonce qu'une distinction juridique artificielle ne pourrait servir à méconnaître le droit à l'assistance d'un avocat. En l'espèce, une personne était suspectée par les autorités judiciaires d'avoir participé à une infraction alors que les policiers l'avaient entendue en tant que témoin, en la faisant prêter serment. Cependant, cette dernière était suspectée et devait donc bénéficier du droit à l'assistance d'un avocat. Si tel n'est pas le cas, l'article 6 serait violé et l'on tomberait dans l'un des trois cas d'application de l'article 32. Une telle preuve illégale serait donc déclarée nulle et écartée. Cour eur. D.H., arrêt *Brusco c. France* du 14 octobre 2010, <https://www.echr.coe.int> (28 janvier 2021) ; O. MICHIELS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en*

92. La sanction de la violation d'un droit à ce point impérative, permettant le respect du procès équitable, est donc logiquement que le juge ne puisse utiliser la moindre déclaration faite au titre de preuve. L'on devrait donc tomber ici dans l'application de la troisième hypothèse de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale²²⁰. Suivant la jurisprudence *Salduz*, une restriction automatique et systématique du droit d'être assisté par un avocat constitue en soi une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme²²¹. Cependant, en Belgique, une telle restriction n'existe pas²²².

93. Il faut tout de même nuancer le principe en ce sens que toute violation du droit à l'assistance d'un avocat ou du droit au silence n'emportera pas nécessairement la nullité de la preuve tirée des déclarations faites en méconnaissance de ces dits droits. Tout d'abord, les déclarations faites par un prévenu, sans la présence de son avocat, qui incrimineraient un co-prévenu, peuvent être utilisées par le juge si ce dernier n'a pas fait valoir de violation de son droit à l'assistance d'un avocat et si pour apprécier sa culpabilité, le juge ne s'est pas fondé exclusivement sur lesdites déclarations²²³. Ensuite, l'on peut utiliser, au titre de preuve, des déclarations faites par un prévenu de façon spontanée, sans contrainte et ce même si son avocat n'était pas présent physiquement durant l'audition, à condition qu'il ait pu s'entretenir avec celui-ci préalablement²²⁴. Finalement, le droit à un procès équitable ne sera pas nécessairement violé si les déclarations faites par le prévenu n'ont pas été déterminantes dans sa condamnation. En effet, il se peut tout à fait que, bien que des déclarations aient été recueillies en violation du droit à l'assistance d'un avocat lors des premiers interrogatoires, la condamnation soit basée sur d'autres constatations matérielles issues de l'enquête. Dès lors, il ne pourrait pas y avoir violation du droit à un procès équitable²²⁵. Décortiquons cette dernière solution de deux manières : d'une part, les preuves recueillies suite à des déclarations faites en violation du droit

procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?, op. cit., p. 171.

²²⁰ Il est évident qu'une telle preuve illicite n'entraîne pas l'irrecevabilité de l'action publique qui naît, elle, de la commission même de l'infraction. L. KENNES et D. HOLZAPFEL, op. cit., p. 1472 ; H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, op. cit., p. 1199. ; Cass. (2^e ch.), 8 avril 2014 (M.P.V. / Federaal agentschap voor de veiligheid van de voedselketen), *Pas.*, 2014, liv. 4, p. 928. ; Cass. (2^e ch.), 8 avril 2014 (I. W.L.C.R.; II. J.D.), *Pas.*, 2014, liv. 4, p. 940.

²²¹ O. MICHIELS et A. JACOBS, op. cit., p. 156.

²²² La loi requiert effectivement la présence de l'avocat dès le début de la procédure. Loi modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assisté par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté, *M.B.*, 5 septembre 2011, p. 56347 ; Code d'instruction criminelle, article 47bis.

²²³ P. MONVILLE et D. HOLZAPFEL, « La question des nullités, *Salduz* et mandat d'arrêt », in *La théorie des nullités en droit pénal* (sous la dir. de I. BOUIOUKLIEV et P. DHAeyer), Limal, Anthemis, 2014, pp. 60 et 61 ; S. CUYKENS, D. HOLZAPFEL et L. KENNES, op. cit., pp. 225 et 226 ; C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, op. cit., p. 252 ; L. KENNES et D. HOLZAPFEL, op. cit., p. 1472 ; Fr. LUGENTZ, « Les effets de la nullité de la preuve irrégulière », op. cit., p. 179.

²²⁴ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, op. cit., p. 1199.

²²⁵ O. MICHIELS et A. JACOBS, op. cit., p. 156.

à l'assistance d'un avocat et, d'autre part, les preuves recueillies indépendamment des déclarations du prévenu entendu sans la présence de son avocat.

94. Qu'en est-il, tout d'abord, du sort des preuves recueillies à la suite de déclarations auto-incriminantes faites par le prévenu lors d'un interrogatoire sans la présence de son avocat ? La réponse à cette première question semble plutôt simple et ne pourrait être différente selon nous. Lorsque le prévenu a fait des déclarations auto-incriminantes au cours de son ou ses interrogatoire(s) et que celles-ci ont été faites en violation de son droit à l'assistance d'un avocat, le juge du fond n'aura d'autre choix que de les écarter. Aucune condamnation ne pourra être prononcée sur la seule base de ces déclarations²²⁶. Il semble également que les déclarations ne pourraient *pas non plus* être utilisées en combinaison avec d'autres éléments de preuve pour condamner un prévenu²²⁷. Nous entrons dès lors dans le champ d'application de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale et de l'un de ses cas de nullité de la preuve illicite²²⁸. Cependant, l'on se doit de se montrer perplexe suite à un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles²²⁹ qui prit en considération, « à titre surabondant », les déclarations incriminantes faites par un prévenu sans la présence de son avocat. En lien avec l'esprit de cet arrêt, indiquons que l'exclusion des déclarations incriminantes faites par un suspect en violation de son droit à l'assistance d'un avocat n'a qu'une portée assez limitée. Comme a pu le faire remarquer Frédéric LUGENTZ, ces éléments peuvent toujours être utilisés comme un indice de culpabilité et permettre l'accomplissement de devoirs particuliers. Il en découlera ainsi des preuves irrégulières²³⁰ et l'article 32 sera inutile dans de telles hypothèses.

95. Qu'en est-il, alors, du sort des preuves recueillies indépendamment des déclarations auto-incriminantes faites par un prévenu lors d'un interrogatoire sans la présence de son

²²⁶ Cette obligation gît dans l'article 47bis, § 6, 9) du Code d'instruction criminelle. L'on se permettra de se montrer perplexe quant au « seul » qui laisse entendre que de telles déclarations peuvent donc être utilisées avec d'autres... En outre, la Cour européenne des droits de l'Homme nous a elle-même indiqué que la privation de la présence d'un conseil constituait une violation du droit à un procès équitable.

²²⁷ Un arrêt de la Cour constitutionnelle constate effectivement la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme dans un tel cas. Cependant, cet arrêt ayant été rendu avant l'adoption de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, l'on ne peut affirmer avec certitude qu'il s'applique toujours. C. const., 14 février 2013, n° 7/2013, www.const-court.be (22 février 2021), B.60.1 ; N. COLETTE-BASECQZ et I. BEKHOUCHE, *op. cit.*, p. 25 ; P. MONVILLE et D. HOLZAPFEL, « La question des nullités, *Salduz* et mandat d'arrêt », *op. cit.*, pp. 55 à 57 ; N. COLETTE-BASECQZ, « Nullité de la preuve en matière pénale / quoi de neuf ? », *op. cit.*, p. 30.

²²⁸ Si la procédure ne reposait que sur ces preuves irrégulières se posera la question de la recevabilité de l'action publique, l'irrégularité entachant l'ensemble de la procédure. O. MICHIELS et A. JACOBS, *op. cit.*, pp. 156 et 157.

²²⁹ Ceci fut d'ailleurs validé par la Cour de cassation. Il semblerait dès lors utile que les procès-verbaux d'auditions soient retirés du dossier pour éviter que le juge ne soit influencé par ces éléments. Ceci implique que la nullité soit soulevée au moment du règlement de la procédure. Bruxelles (14^e ch. corr.), 3 décembre 2013, arrêt n° 1361, inédit (cité dans P. MONVILLE et D. HOLZAPFEL, « La question des nullités, *Salduz* et mandat d'arrêt », *op. cit.*, p. 58) ; P. MONVILLE et D. HOLZAPFEL, « La question des nullités, *Salduz* et mandat d'arrêt », *op. cit.*, pp. 58 et 59.

²³⁰ Fr. LUGENTZ, *La preuve en matière pénale : sanction des irrégularités*, *op. cit.*, p. 30.

avocat ? La réponse est ici moins limpide. Étant donné que l'accusation reposerait sur d'autres éléments que les déclarations du suspect recueillies illégalement, il suffirait au juge du fond de fonder la condamnation du prévenu uniquement sur les autres éléments matériels contenus au dossier. Si le prévenu a été mis en mesure de présenter ses moyens de défense, si les déclarations n'ont pas eu d'influence sur la procédure qui s'est déroulée ensuite contre lui, si elles n'ont pas eu de rôle dans la condamnation ou la détermination du taux de la peine, l'action publique sera tout à fait recevable. La Cour européenne des droits de l'Homme, comme à son habitude, n'examinera que la procédure dans son ensemble afin de vérifier que les exigences minimales du procès équitable furent respectées. L'on peut également ajouter, bien que nous développerons cela plus avant dans la section 4²³¹, que l'arrêt *Gäfgen c. Allemagne* semble appuyer cette solution. En consacrant sa théorie de la rupture de la chaîne de causalité afin de ne pas admettre la violation du droit à un procès équitable alors que l'article 3 de la Convention était indéniablement méconnu, l'on peut désormais douter de la possible déclaration de violation de l'article 6 pour le non-respect du droit à l'assistance d'un avocat. Pour le dire de façon différente : si même la violation d'un droit aussi impérieux que l'interdiction des traitements inhumains et dégradants ne mène pas d'office à l'iniquité du procès, comment la simple audition d'un prévenu en méconnaissance du droit à l'assistance d'un avocat, qui n'a pas servi de base à la condamnation, pourrait, elle, le faire²³² ? Evidemment, nous ne sommes pas en faveur de cette solution mais au vu des enseignements de la Cour de Strasbourg, il ne nous semble pas possible de tirer une autre réponse. Et ceci, confronté à la codification de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale ne nous mène pas à une autre issue. En outre, l'on doute de l'étanchéité parfaite entre, d'une part, les déclarations irrégulières et, d'autre part, les autres éléments matériels du dossier. Comment être sûr que les éléments matériels postérieurs à l'audition d'un prévenu aient pu être recueillis de façon tout à fait indépendante des éléments qui furent déclarés par le prévenu sans la présence de son avocat ? Selon nous, cette simple question permet de remettre en cause tout le régime et d'appuyer l'inefficacité de l'article 32 face aux preuves illicites dans un tel cas.

96. En conclusion, et pour synthétiser le propos, l'on se doit donc de faire une différence entre la violation du droit à l'assistance d'un avocat en tant que telle et l'utilisation au titre de preuve des déclarations réalisées par le suspect. À s'en tenir à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, si méconnaissance du droit à l'assistance d'un avocat il y eut, il faut se référer à la suite de la procédure avant de conclure à la violation du droit à un procès équitable. Si les

²³¹ Voy. infra. §§ 102 à 107.

²³² O. MICHIELS et A. JACOBS, *op. cit.*, pp. 157 et 158.

déclarations irrégulières sont utilisées au titre de preuve pour fonder une condamnation, il y a violation du droit à un procès équitable et dès lors, l'article 32 pourrait être invoqué afin d'obtenir la nullité de ces éléments. *A contrario*, si les déclarations ne sont pas utilisées par le juge, il ne pourrait être question d'une violation du droit à un procès équitable. Notre Cour de cassation semble partager la même opinion. Dès lors, il nous semble que l'article 32 ne pourrait pas toujours être invoqué utilement. Et comme l'on a pu le souligner plus haut, les éléments irréguliers restants au dossier pourraient éventuellement influencer le juge du fond²³³... Ce qui nous amène à conclure sur l'idée que les droits du prévenu seraient, à nouveau, amoindris.

Section 3. Les provocations policières et méthodes particulières de recherche

Sous-section 1. Les provocations policières

97 Les provocations policières consistent au fait de pousser un individu à commettre une infraction. Sans le comportement du policier, le prévenu n'aurait pas commis de fait délictueux. L'on rencontre généralement ce genre de provocation dans le cadre des méthodes particulières de recherche, où elles sont d'ailleurs proscrites. Selon l'article 47*quater* du Code d'instruction criminelle, la sanction s'attachant à un tel fait est l'irrecevabilité de l'action publique. Cependant, dans un arrêt du 21 décembre 2004, la Cour constitutionnelle, alors encore Cour d'arbitrage, a annulé cette disposition²³⁴. Néanmoins, demeure toujours l'article 30, alinéa 2 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale qui indique que la provocation rend l'action publique irrecevable²³⁵. Selon Frédéric LUGENTZ, il ne s'agit pas de preuve irrégulière en cas de provocation mais d'irrégularité dans la manière dont l'infraction est portée à la connaissance des autorités et, dès lors, l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale n'aurait pas vocation à s'appliquer ici²³⁶. Outre cette sanction de l'irrecevabilité des poursuites, l'on se doit de respecter les enseignements de la Cour de cassation et notamment se demander si les autorités n'ont pas simplement créé l'opportunité de

²³³ P. MONVILLE et D. HOLZAPFEL, « La question des nullités, *Salduz* et mandat d'arrêt », *op. cit.*, pp. 65 et 66.

²³⁴ Il semblerait que cette annulation soit plutôt due à la « définition » donnée à la provocation dans l'article plutôt qu'à la sanction qui s'y attachait. J. DE CODT, *Des nullités de l'instruction et du jugement*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 108 à 110.

²³⁵ H. VAN BOSSUYT et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *La preuve en procédure pénale*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 41 ; P. DE HERT et P. HERBOTS, « De provocatie levert altijd onrechtmatig bewijs op en vergt de uitsluiting van al het bewijs, inclusief dit van de begeleidende bewijselementen », note sous Cour eur. D.H., 5 février 2008, *Vigiles*, 2008/3, p. 144 ; S. GUENTER et F. SCHUERMANS, *op. cit.*, p. 334.

²³⁶ Cependant, cet article s'applique pour les éléments précédant la provocation ou qui n'y sont pas directement liés, alors que ce n'était pas le cas précédemment. Fr. LUGENTZ, *La preuve en matière pénale : sanction des irrégularités*, *op. cit.*, pp. 141 et 207 ; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *op. cit.*, p. 1157 ; A. MASSET, « 3 - Le régime des nullités en procédure pénale », *op. cit.*, p. 104 ; P. DE HERT et P. HERBOTS, *op. cit.*, p. 147.

commettre librement l'infraction. Dans un tel cas, il n'y aura pas irrecevabilité des poursuites²³⁷.

98. N'oublions pas d'avoir égard à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur cette problématique. Celle-ci considère, en effet, que le droit à un procès équitable serait anéanti, *ab initio*, dans le cas où des preuves issues de provocation policière seraient utilisées. Dès lors, de telles preuves irrégulières pourraient être écartées sur base du troisième critère de l'article 32 du Titre préliminaire, si l'action publique n'est pas déclarée irrecevable sur base de l'article 30 du même Code. L'article 32 ne semble donc pas diminuer les droits du prévenu dans une telle hypothèse et répond utilement au problème. Cependant, nous attirons l'attention du lecteur sur la difficulté de rapporter la preuve de la provocation policière²³⁸.

Sous-section 2. Les méthodes particulières de recherche

99. Pour ce qui concerne les méthodes particulières de recherche, comme l'observation ou l'infiltration, il faut noter que les formes qu'elles doivent respecter ne sont pas prescrites à peine de nullité. Dès lors, lorsqu'irrégularité il y aurait, elles seraient analysées à l'aune des deux autres critères de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale. Ainsi, par exemple, la Chambre des mises en accusation de Mons a eu l'occasion de se pencher sur

²³⁷ F. LUGENTZ, *La preuve en matière pénale : sanction des irrégularités*, *op. cit.*, p. 208 ; Cass., 26 février 2014 (B.A., B.H., B.H., E. M.A.), *Pas.*, 2014, liv. 2, p. 507.

²³⁸ Par exemple, la Cour européenne des droits de l'Homme pratique un double test pour déterminer s'il y a eu des provocations policières. Premièrement, le contrôle substantiel qui consiste à se demander si l'accusé aurait commis l'infraction sans la provocation du policier. A cette fin, elle vérifie s'il y avait de bonnes raisons de soupçonner le prévenu d'avoir commis ou de vouloir commettre une infraction. Elle regarde, par ailleurs, si le prévenu n'a pas subi de pressions le poussant à commettre l'infraction, comme le fait de faire preuve d'insistance caractérisée ou encore en lui proposant de l'argent. La Cour, dans ce test, estime que la preuve incombe à la partie poursuivante lorsque les allégations du prévenu ne sont pas dénuées de vraisemblance. Différents arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme auxquels nous renvoyons le lecteur traitent de ces questions : Cour eur. D.H., arrêt Teixeira de Castro c. Portugal du 9 juin 1998, <https://www.echr.coe.int> (2 février 2021) ; Cour eur. D.H., arrêt Vanyan c. Russie du 15 décembre 2005, <https://www.echr.coe.int> (2 février 2021) ; Cour eur. D.H., arrêt Ramanauskas c. Lituanie (G.C.) du 5 février 2008, <https://www.echr.coe.int> (2 février 2021) ; Cour eur. D.H., arrêt Malinas c. Lituanie du 1^{er} juillet 2008, <https://www.echr.coe.int> (2 février 2021). Deuxièmement, le contrôle procédural qui revient à se demander si le prévenu a pu soulever l'hypothèse de la provocation policière et en débattre. Elle fait cela lorsqu'elle ne peut aboutir à la conclusion que les provocations policières ont effectivement eu lieu à l'issue de son contrôle substantiel. Ce qui importe ici, aux yeux de la Cour, est que les allégations du prévenu soient examinées dans une procédure contradictoire, en exposant les raisons de l'opération policière, l'étendue de l'implication de la police et la nature des éventuelles incitations ou pressions. Nous renvoyons à nouveau le lecteur vers divers arrêts de la Cour sur ce point : Cour eur. D.H., arrêts Fitt c. Royaume-Uni et Jasper c. Royaume-Uni du 16 février 2000, <https://www.echr.coe.int> (2 février 2021) ; Cour eur. D.H., arrêt Bannikova c. Russie du 4 novembre 2010, <https://www.echr.coe.int> (2 février 2021) ; Cour eur. D.H., arrêt Lagutin et autres c. Russie du 24 avril 2014, <https://www.echr.coe.int> (2 février 2021). L'on peut voir la difficulté pour le prévenu d'apporter la preuve de la provocation et donc l'incapacité de l'article 32 pour l'aider face à ces preuves éventuellement irrégulières. C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, *op. cit.*, p. 346 ; M.-A. BEERNAERT, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : nouvel état de la question », *op. cit.*, pp. 70 à 73 ; M.-A. BEERNAERT, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 82 et 83 ; S. DE DECKER, « Antigoon vooruit ? Straatsburg heeft geen bezwaar tegen de antigoonrechtspraak », *op. cit.*, p. 203.

des observations irrégulières et de valider celles-ci car aucun des trois cas de l'article 32 n'étaient rencontrés²³⁹.

100. Il faut souligner, en outre, que nous parlons ici de mesures portant fortement atteinte aux droits fondamentaux d'une personne. De surcroît, en tant que prévenu, les droits de la défense sont d'emblée restreints étant donné que l'accès au dossier confidentiel n'est pas permis. Au vu de cette confidentialité, la possibilité pour un prévenu d'invoquer effectivement une irrégularité est déjà fortement réduite. Il doit s'en remettre au contrôle qui sera opéré par la Chambre des mises en accusation.

101. Il s'agit de garder cette double idée en tête : difficulté d'invoquer une irrégularité de façon effective *et* critères restrictifs d'un article trop peu regardant des droits du prévenu. Avant l'entrée en vigueur de l'article 32, la Cour de cassation analysait les irrégularités inhérentes aux méthodes particulières de recherche au regard des formes substantielles touchant à l'organisation des cours et tribunaux. Cependant, ce critère ne fut pas repris par la loi du 24 octobre 2013. Dès lors, qu'en tirer comme conclusion ? L'on pourrait éventuellement demander la nullité, devant le juge du fond, sur base de la troisième hypothèse de l'article 32 : l'atteinte au droit à un procès équitable. Cependant, au vu du raisonnement à tenir en pareil cas, rien ne permet d'être sûr que la preuve irrégulière sera écartée²⁴⁰. Il n'y aura donc jamais de nullité automatique. À nouveau, l'on peut le regretter. Peut-être aurait-il fallu réfléchir à ces questions particulières avant de simplement codifier, en tant que théorie des nullités, l'enseignement de la Cour de cassation de 2003 ? L'on peut, à nouveau, voir que le législateur n'a pas réfléchi aux conséquences pratiques de la disposition qu'il a adoptée et que c'est encore la protection du prévenu qui en souffre. Si l'on peut comprendre la nécessité de poursuivre les infractions, l'on peut également se demander s'il ne faudrait pas prescrire à peine de nullité les formalités entourant les méthodes particulières de recherche, afin d'en garantir leur respect et l'écartement des preuves illicites en découlant.

Section 4. La torture ou les traitements inhumains et dégradants : sésame inconditionnel à la violation du droit à un procès équitable ?

102. S'il y a bien un domaine où la preuve irrégulière devrait entraîner la violation du droit à un procès équitable, c'est celui de la méconnaissance de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme à savoir l'interdiction de la torture ou des traitements inhumains et dégradants²⁴¹. Selon le résumé de la Professeure BEERNAERT, l'on peut synthétiser

²³⁹ Mons (mis. acc.), 23 décembre 2014, *J.T.*, 2105, p. 580.

²⁴⁰ Fr. LUGENTZ, *La preuve en matière pénale : sanction des irrégularités*, *op. cit.*, pp. 142 à 146.

²⁴¹ O. MICHIELS et A. JACOBS, *op. cit.*, pp. 160 et 161.

la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur cette matière en trois points : (1) l'article 6 est violé si des déclarations obtenues en violation de l'article 3 sont utilisées pour fonder une condamnation ; (2) l'article 6 est violé si des preuves matérielles obtenues suite à la torture sont utilisées au procès ; et (3) l'utilisation de preuves matérielles recueillies suite à des traitements inhumains ou dégradants n'implique pas toujours une violation de l'article 6²⁴².

103. Au regard du droit belge, il n'y aura pas d'exclusion automatique de la preuve irrégulière violant l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme. En effet, malgré la violation d'un droit fondamental, il faut, pour être exclue, que la preuve irrégulière rentre dans l'un des trois critères énoncés dans l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale. D'instinct, l'on pourrait se dire que la torture ou les traitements inhumains ou dégradants portent atteinte au droit à un procès équitable.

Une telle intuition est remise en cause par l'arrêt *Gäfgen* de la Cour européenne des droits de l'Homme. Il s'agissait, dans cette affaire, d'une preuve irrégulière obtenue suite à un traitement dégradant et la menace d'utiliser la torture. En l'espèce, Monsieur GÄFGEN avait enlevé un petit garçon. Après avoir retrouvé l'homme, les policiers tentèrent de faire parler celui-ci afin de retrouver l'enfant en vie. Pour ce faire, la police allemande brandit la menace d'utiliser diverses méthodes impliquant des traitements inhumains et dégradants voire même la torture²⁴³, ce qui avait suffi à faire parler Monsieur GÄFGEN. La déclaration fut donc extorquée à l'aide d'un traitement que l'on peut qualifier d'inhumain. Cependant, la Cour estima que cet élément n'avait pas eu d'impact au niveau du verdict de culpabilité et du prononcé de la peine, de telle sorte que, bien qu'il puisse y avoir une violation de l'article 3 de la Convention, l'article 6, § 1^{er}, lui, n'était pas concerné. Cet arrêt consacra la *théorie de la rupture de la chaîne de causalité*. Ainsi, il est permis de prendre en compte une preuve illégale, issue d'un traitement inhumain ou dégradant, pour autant que celle-ci n'ait pas d'incidence directe sur la peine et la culpabilité. En l'espèce, bien que les déclarations de Monsieur GÄFGEN furent obtenues sous

²⁴² M.-A. BEERNAERT, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : nouvel état de la question », *op. cit.*, pp. 80 et 81 ; S. CUYKENS, D. HOLZAPFEL et L. KENNES, *op. cit.*, p. 175.

²⁴³ Entre autres, la menace d'utiliser la technique de la « simulation de noyade » qui consiste à plonger le visage d'une personne dans une bassine d'eau froide pendant un certain temps. Monsieur Gäfgen avait également reçu des coups durant son interrogatoire, il avait été menacé d'être enfermé dans une cellule avec deux hommes noirs à la forte carrure pour qu'ils lui infligent des sévices sexuels, également menacé de subir de « vives souffrances » par un policier spécialement entraîné et sous la surveillance du médecin de la police afin que les traitements ne laissent aucune trace, et on l'avait aussi menacé de lui administrer un « sérum de vérité ». L'on ne peut dire s'il y avait une véritable volonté de la police allemande d'infliger ces traitements mais quoiqu'il en soit, la menace avait suffi. Cour eur. D.H., arrêt Gäfgen C. Allemagne du 1^{er} juin 2010, <https://echr.coe.int> (3 octobre 2020), §§ 15, 20, 47.

la menace de la torture, celui-ci eut réitéré ses aveux devant le tribunal régional de Francfort, ce qui suffisait à fonder un verdict de culpabilité²⁴⁴.

104. Ce qui est surtout interpellant ici, c'est l'écartement, par le tribunal allemand, des déclarations faites par Monsieur GÄFGEN sans écarter les preuves matérielles qui en furent la suite²⁴⁵. Cela signifie donc que si l'utilisation d'aveux suite à un traitement inhumain ou dégradant constitue une violation du droit à un procès équitable, l'utilisation d'éléments matériels qui en sont la suite ne conduit pas forcément à l'iniquité de la procédure dans son ensemble.

À titre de comparaison, l'on peut repenser à l'arrêt *Jalloh c. Allemagne*²⁴⁶ où là, la Cour avait conclu à la violation de l'article 6. Pour ce faire, elle avait opéré une balance entre l'intérêt à la poursuite et les droits de l'accusé²⁴⁷. Dès lors, si l'on en suit le raisonnement de la Cour, quant au volet « traitement inhumain ou dégradant », l'on se doit de faire un test de proportionnalité entre la gravité du traitement et la gravité de l'infraction²⁴⁸. Un traitement inhumain ou dégradant pour une « petite » infraction conduirait à l'iniquité de la procédure mais pas dans le cas d'une affaire plus importante. L'on peut se poser la question de la légitimité de cette différence de traitement et souligner, en outre, que c'est pourtant face aux peines (et donc aux infractions) les plus graves que la Cour demande le plus de garanties... alors qu'elle semble faire totalement l'inverse ici. Dès lors, les preuves postérieures et issues d'un traitement inhumain ou dégradant ne devront pas toujours être déclarées nulles au regard de l'article 32, dernier tiret du Titre préliminaire, étant donné que leur utilisation n'entraîne pas systématiquement iniquité de la procédure. L'on entre donc dans de la casuistique et une large marge d'appréciation laissée au juge du fond, ce qui ne semble pas garantir particulièrement les droits d'un prévenu... Notons que le même raisonnement ne pourrait être appliqué au volet « torture » contenu dans l'article 3. En effet, les arrêts précités ne concernent que les traitements inhumains. Si l'on reprend le classement de la Professeure BEERNAERT, l'utilisation de preuves impliquant la torture serait contraire à l'article 6 et donc rendue effectivement nulle par l'article 32, troisième tiret du Titre préliminaire du Code de procédure pénale.

105. D'une part, l'enseignement de l'arrêt *Gäfgen* nous semble aller beaucoup trop loin et restreindre de façon beaucoup trop importante les droits du prévenu lors de l'utilisation de

²⁴⁴ O. MICHIELS et A. JACOBS, *op. cit.*, p. 157 ; M.-A. BEERNAERT, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : nouvel état de la question », *op. cit.*, p. 81.

²⁴⁵ Comme la découverte du corps de l'enfant.

²⁴⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Jalloh c. Allemagne* du 11 juillet 2006, <https://www.echr.coe.int> (3 octobre 2020), § 105.

²⁴⁷ S'agissant d'un simple petit trafiquant de rue, l'infraction était moindre par rapport aux méthodes utilisées (administration de force d'un émétique).

²⁴⁸ S. CUYKENS, D. HOLZAPFEL et L. KENNES, *op. cit.*, pp. 164 à 166.

preuves irrégulières. Il nous paraît plus que nécessaire, dans un état de droit, de se refuser à ce qu'une preuve puisse être issue de la torture, ou d'un traitement inhumain ou dégradant. L'essence même de l'interdiction faite aux États gisant dans l'article 3 se doit d'être impérativement respectée, sans la moindre possibilité de dérogation. L'article 3 ne souffre aucune restriction et même lorsque la vie de quelqu'un est en jeu, même celle d'un enfant, l'on ne peut recourir à de tels traitements. L'on peut se demander si la raison présidant à la décision de la Cour dans l'arrêt *Gäfgen* ne relève pas plutôt d'une volonté d'éviter l'incompréhension de la population allemande face à un constat de violation de l'article 6 de la Convention. Cependant, un tel affect ne garantit pas les droits du prévenu et cela est problématique. L'on se doit de rendre la justice de façon impartiale, indépendante, raisonnée et non de se laisser dicter par des émotions ou sentiments – ô combien légitimes. Cette décision nous inquiète, en ce que l'on peut se demander jusqu'où les autorités pourraient aller dans un tel dossier afin d'obtenir des informations, encore plus aujourd'hui, si elles se disent qu'il n'y a pas de grand risque à tenter de telles méthodes. Lors de notre entretien avec un officier de police judiciaire, et après lui avoir fait état de cet arrêt, il nous a indiqué que de tels procédés pourraient être tentés avec de tels personnages, citant notamment Marc Dutroux²⁴⁹. En outre, il faut indiquer que les policiers allemands ont été « sanctionnés » pour leur conduite... sauf que ce fut loin d'être dissuasif, et la Cour elle-même en rend compte. En effet, les policiers n'ont été condamnés qu'à des peines d'amendes modiques et assorties de sursis. Une telle sanction ne comporte pas un effet suffisamment dissuasif pour se prémunir contre de nouvelles violations de la Convention.

106. D'autre part, le raisonnement tenu par la Cour européenne des droits de l'Homme nous semble contradictoire avec l'enseignement classique qu'elle donne quant au sort des preuves irrégulières. En effet, dans de multiples arrêts, rendus avant et après l'affaire *Gäfgen*, la Cour affirme qu'elle tient compte de la procédure dans son ensemble afin de vérifier si le procès fut équitable. Dès lors que, dans l'affaire examinée, les preuves étaient issues de la violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, il nous semble qu'une grande partie de la procédure était non-équitable par ce fait même et la simple réitération des aveux devant le tribunal allemand ne pouvait suffire à effacer ce qui s'était passé auparavant. De plus, peut-on sincèrement affirmer que le prévenu avait encore la possibilité de choisir une autre ligne de défense que d'avouer, au vu des éléments découverts suite aux premières déclarations²⁵⁰ ? Il n'est pas question ici de dénier la réalité des faits mais simplement

²⁴⁹ Malgré cela, il nous a indiqué qu'il fallait savoir garder la tête froide. Entretien avec J.-F. MULQUIN, officier de police judiciaire, réalisé le 17 mars 2021, Annexe I, p. 69.

²⁵⁰ N. COLETTE-BASECQZ, « Nullité de la preuve en matière pénale / quoi de neuf ? », *op. cit.*, p. 38.

de constater que les éléments du dossier ont été constitués sur base de la violation de l'article 3 de la Convention et qu'aucune autre stratégie de défense n'était possible. Il y a, selon nous, violation du droit à un procès équitable en l'espèce. Comme a pu nous le dire, à juste titre, la juge d'instruction que nous avons rencontrée : la fin ne justifie pas les moyens²⁵¹.

107. Finalement, l'on peut quand même porter un certain espoir en notre état de droit et notre procédure pénale. En effet, bien que l'on ne conclura pas forcément à une atteinte du droit à un procès équitable suite à l'utilisation d'une preuve contrevenant à l'article 3, dans son volet « traitement inhumain et dégradant », l'on peut se dire qu'à tout le moins, la fiabilité de la preuve pourrait sembler altérée dans un tel cas. Dès lors, l'on se permet d'avancer le fait que si la défense invoquait l'article 32, deuxième tiret de Titre préliminaire du Code de procédure pénale, les déclarations seraient écartées. Il pourrait en aller de même si ces déclarations étaient obtenues par la tromperie ou la violence²⁵².

Section 5. La violation du secret professionnel de l'avocat

108. Le secret professionnel est contenu en l'article 458 du Code pénal. Cependant, dans l'état actuel de notre droit, rien ne semble indiquer que la violation de celui-ci devrait d'office mener à la nullité de l'élément de preuve qui en découle²⁵³. Là où, avant la loi du 24 octobre 2013²⁵⁴, la Cour de cassation ne laissait pas de doute quant à l'écartement de telles preuves étant donné qu'elle les considérait illicites²⁵⁵, le nouvel article 32 ne permet plus de tenir pour vraie cette ancienne jurisprudence. Il est en tout cas certain que le secret professionnel n'est pas prévu à peine de nullité (premier critère de l'article 32) et l'on ne voit pas non plus comment la fiabilité de la preuve pourrait être entachée (second critère de l'article précité)²⁵⁶. Dès lors, il ne nous reste qu'à nous rabattre sur le critère du procès équitable qui pourrait être le seul critère applicable en l'espèce²⁵⁷.

109. Il semblerait, selon la doctrine, qu'une condamnation se basant sur une preuve issue de la violation du secret professionnel irait à l'encontre des droits de la défense²⁵⁸. De cette considération, l'on pourrait donc tirer la conclusion qu'une telle preuve pourrait être

²⁵¹ Quoique cette dernière admette que, dans un tel cas, elle dirait à ses policiers d'obtenir l'information par tous les moyens possibles. Entretien anonyme avec une juge d'instruction de Mons, réalisé le 29 mars 2021, Annexe III, p. 86.

²⁵² Fr. LUGENTZ, *La preuve en matière pénale : sanction des irrégularités*, op. cit., p. 30.

²⁵³ L. KENNES et D. HOLZAPFEL, op. cit., p. 1473.

²⁵⁴ Et même avant l'arrêt Antigone.

²⁵⁵ B. DEJEMEPPE et L. KENNES, op. cit., p. 89.

²⁵⁶ Fr. LUGENTZ, « Les effets de l'irrégularité de la preuve dans la procédure pénale. Trois ans d'application de la loi du 24 octobre 2013 », op. cit., p. 65.

²⁵⁷ Fr. LUGENTZ, *La preuve en matière pénale : sanction des irrégularités*, op. cit., p. 171.

²⁵⁸ A. DE NAUW et F. KUTY, « La violation du secret professionnel » in *Manuel de droit pénal spécial* (sous la coord. de A. DE NAUW et F. KUTY), 2018, Liège, Kluwer, p. 669.

rendue nulle sur pied de l'article 32, troisième tiret du Titre préliminaire du Code de procédure pénale. Mais dès lors que l'on se fonderait sur cette hypothèse, encore faut-il se rendre compte que l'on devrait utiliser les sous-critères qui s'y appliquent²⁵⁹. La tentative d'écarter la preuve violant le secret professionnel sur base de la violation du droit au procès équitable est traitée comme toutes les autres²⁶⁰. Une conclusion s'en tire : il n'existera jamais, sous l'ère de l'article 32, une nullité automatique d'une preuve tirée de la violation du secret professionnel. Si la Cour de cassation a déjà pu dire que l'utilisation d'une telle preuve était contraire aux droits de la défense, elle n'a jamais indiqué qu'elle devait être exclue d'office²⁶¹.

110. L'on peut citer ici une décision de la Cour de cassation qui semble affirmer l'irrégularité d'une preuve livrée en violation du secret professionnel et sa conséquence : la nullité de l'élément litigieux. L'on doute par contre de la généralisation de la solution suite à la particularité de l'affaire.

En l'occurrence, un avocat déposa plainte contre une ancienne cliente pour harcèlement, et, aux fins d'appuyer celle-ci, utilisa des informations dont il disposait à son égard grâce à sa qualité de conseil. Lors du règlement de la procédure, la Chambre des mises en accusation avait estimé qu'il « n'[était] pas certain » que les juges auraient eu connaissance des éléments de preuve litigieux s'il n'y avait pas eu, *a priori*, violation du secret professionnel par le plaignant. Dès lors, selon elle, il y avait atteinte irréversible au droit à un procès équitable de la défenderesse, ce qui l'amena à prononcer l'irrecevabilité des poursuites. Nous rejoignons son raisonnement. Cependant, ce ne fut pas l'avis partagé par la Cour de cassation qui censura la décision²⁶² sauf en ce qu'il y avait effectivement violation du secret professionnel de l'avocat (et par conséquent, preuve illégale)²⁶³. L'avocat général, dans l'arrêt, indiqua bien qu'il y avait une telle violation ainsi qu'irrégularité des éléments de preuve en découlant. Selon la Cour de cassation, il fallait y appliquer l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale et déclarer la nullité des éléments irréguliers uniquement s'ils rencontraient les hypothèses de

²⁵⁹ Il s'agira de mettre en balance l'atteinte au droit du prévenu avec la gravité de son infraction et la nécessité de poursuites dans l'intérêt général ; l'on devra également regarder la procédure dans sa globalité afin d'apprécier les conséquences de l'utilisation d'une telle preuve irrégulière ; en outre, l'on vérifiera que le prévenu a bien pu contester l'élément litigieux et si l'irrégularité pouvait éventuellement être réparée.

²⁶⁰ Fr. LUGENTZ, « Les effets de l'irrégularité de la preuve dans la procédure pénale. Trois ans d'application de la loi du 24 octobre 2013 », *op. cit.*, p. 66.

²⁶¹ *Ibid.* ; L. KENNES, « L'enquête pénale à l'épreuve de la loi "pot-pourri II", purge des nullités », *op. cit.*, p. 31.

²⁶² La décision, en l'espèce, était l'irrecevabilité des poursuites. La Cour la censura, considérant d'une part, que le raisonnement était fondé sur une hypothèse et d'autre part, qu'il ne justifiait pas en quoi il n'était pas possible pour le juge du fond de statuer en conformité avec les droits de la défense de la défenderesse.

²⁶³ Cass. (2^e ch.), 18 janvier 2017, *Rev. dr. pén. crim.*, 2017, pp. 630 à 640, avec concl. Av. gén. M. NOLET DE BRAUWERE ; O. KLEES, « La preuve en droit pénal : une évolution de la jurisprudence ou 50 nuances d'Antigone ? », *op. cit.*, p. 642 à 644 et 647 ; L. KENNES, « L'impertinente Antigone ou le défaut de pertinence du critère d'équité du procès pour décider de l'exclusion d'une preuve irrégulière », *op. cit.*, p. 2 à 4.

l'article précité. Dès lors, quel sort doit-on réserver aux preuves irrégulières issues de la violation du secret professionnel ? L'arrêt examiné indique que l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale doit être appliqué dans ce cas précis mais l'on voit que l'irrégularité ne tombe pas dans ses trois hypothèses. En outre, la doctrine ne semble pas pouvoir tirer un enseignement général et solide de cette décision²⁶⁴.

111. L'on peut également étudier le secret professionnel de l'avocat à l'aune des perquisitions qui pourraient se dérouler à son cabinet. Commençons par indiquer que, selon certains, la perquisition d'un cabinet d'avocats pourrait constituer une violation des droits de la défense et par conséquent, une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme²⁶⁵. En outre, l'arrêt *Niemietz* de la Cour européenne des droits de l'Homme est plus que pertinent sur cette question et nous en relatons ici l'enseignement, sans entrer plus amplement dans le détail des faits²⁶⁶. La Cour a pu y indiquer que les perquisitions portant atteinte au secret professionnel pouvaient avoir une répercussion sur la bonne administration de la justice et dès lors, sur les garanties de l'article 6 Convention européenne des droits de l'Homme. Un cabinet d'avocats doit recevoir une certaine protection lorsqu'une perquisition y a lieu, compte tenu des éléments qui peuvent y être trouvés et du secret à respecter. Cependant, dans cet arrêt, la Cour s'est plus axée sur l'article 8 de la Convention en indiquant qu'une atteinte au secret professionnel se répercutait d'abord sur le droit à la vie privée ainsi que sur la bonne administration de la justice. En second lieu, si cette atteinte au secret professionnel a des répercussions telles qu'elle entrave le droit au procès équitable, la Cour pourrait alors en déduire une violation de l'article 6 de la Convention²⁶⁷. Cet enseignement est intéressant mais ne semble pas pouvoir offrir une protection certaine à un prévenu dès lors que, comme l'on a pu le dire plus haut, une violation de l'article 8 n'entraîne pas nécessairement une violation de l'article 6 et la Cour de Strasbourg, elle-même, ne conclut pas à une violation dudit article dans cette cause²⁶⁸. Il faudra alors que la perquisition litigieuse porte véritablement atteinte à l'équité de la procédure pour que les preuves récoltées soient déclarées nulles sur base de l'article 32.

²⁶⁴ O. KLEES, « La preuve en droit pénal : une évolution de la jurisprudence ou 50 nuances d'Antigone ? », *op. cit.*, p. 651 à 653 ; O. MICHIELS, « Le secret professionnel de l'avocat : rapide tour d'horizon autour d'une triple thématique », *Rev. Fac. Droit ULg*, 2018, n° 1, p. 212 ; P. HENRY, « Harpocrate contre Astrée : l'avocat entre confiance et transparence », in *La transparence : une obligation ou un atout pour l'avocat*, Limal, Anthémis, 2019, pp. 64 à 67.

²⁶⁵ B. DEJEMEPPE et L. KENNES, *op. cit.*, p. 86.

²⁶⁶ Nous renvoyons à cet égard le lecteur à l'arrêt lui-même (Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz* c. Allemagne du 16 décembre 1992, <https://www.echr.coe.int> (13 février 2021)) ainsi qu'à l'ouvrage précité de S. CUYKENS, D. HOLZAPFEL et L. KENNES, pages 392 à 401.

²⁶⁷ S. CUYKENS, D. HOLZAPFEL et L. KENNES, *op. cit.*, pp. 358 et 359 ; T. Moreau, « Chapitre XXV - La violation du secret professionnel » in *Les infractions - Volume 5*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 719.

²⁶⁸ B. DEJEMEPPE et L. KENNES, *op. cit.*, p. 86.

112. À l'issue de cette brève étude du sort des preuves violant le secret professionnel, l'on ne peut que regretter le traitement qui y est réservé aujourd'hui. Selon nous, l'application de l'article 32 revient, à nouveau, à appauvrir les droits du prévenu. À quoi bon protéger l'échange entre un avocat et son client, si c'est pour ensuite permettre l'utilisation de tels éléments devant un tribunal ? D'une part, l'irrégularité, quoiqu'avérée, ne débouche pas nécessairement sur une violation du droit à un procès équitable. Et quand bien même cela serait le cas, étant donné que l'article 32, troisième tiret s'applique classiquement, l'on appliquera toujours le sous-critère consistant à mettre en balance l'intérêt du prévenu à se voir opposer des éléments de preuve réguliers avec celui de la société à ce que les infractions soient effectivement poursuivies²⁶⁹. L'on peut craindre que, trop souvent, l'intérêt public l'emportera au détriment du suspect. Pourtant, cela reste douteux. En effet, à l'estime de Maître KLEES et nous le rejoignons entièrement tant il résume notre pensée, un prévenu a toujours intérêt à ce que les preuves qu'on lui oppose aient été légalement recueillies. Et la société dans son ensemble a, elle aussi, intérêt à être certaine que la procédure pénale lui offrira ce à quoi elle est destinée : la garantie du respect des droits fondamentaux et des libertés individuelles²⁷⁰. Il reste, dès lors, à espérer un changement de la loi : insérer cette hypothèse particulière dans l'article 32 ? ; prescrire la violation du secret professionnel à peine de nullité, à tout le moins dans le cas des avocats ? ; instaurer le principe que les preuves violant le secret professionnel sont hors du champ d'application de l'article 32 et nécessairement à écarter ? Cette dernière hypothèse est notamment retenue par Madame COLETTE-BASECQZ²⁷¹.

La réflexion doit donc se faire afin de pouvoir garantir effectivement les droits de la défense et, à nouveau, l'on ne semble pas avoir réfléchi aux impacts réels de la codification. Au vu de son importance prépondérante dans une société démocratique, afin de garantir que chaque personne bénéficie sans crainte des conseils d'un avocat et pour s'assurer que les droits de la défense ne soient pas d'emblée vidés, il faut reconsidérer la question de la place à accorder aux preuves illégales issues d'une violation du secret professionnel. Le statut impérieux du secret professionnel énoncé par la Cour constitutionnelle²⁷² depuis plus de dix ans n'a pas de sens si les preuves issues de sa violation sont admissibles en justice.

²⁶⁹ O. KLEES, « La preuve en droit pénal : une évolution de la jurisprudence ou 50 nuances d'Antigone ? », *op. cit.*, pp. 644 ; O. MICHIELS, « Le secret professionnel de l'avocat : rapide tour d'horizon autour d'une triple thématique », *op. cit.*, p. 213.

²⁷⁰ O. KLEES, « La preuve en droit pénal : une évolution de la jurisprudence ou 50 nuances d'Antigone ? », *op. cit.*, pp. 645 et 646.

²⁷¹ N. COLETTE-BASECQZ, « Nullité de la preuve en matière pénale / quoi de neuf ? », *op. cit.*, pp. 30 et 31.

²⁷² C. const., 10 juillet 2008, n° 102/2008, www.const-court.be (26 février 2021).

Section 6. L'écoute, la prise de connaissance et l'enregistrement irrégulier de (télé)communications privées

113. Nous nous situons ici les articles 90^{ter} et suivants du Code d'instruction criminelle. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 février 2016, le sort des preuves tirées d'une telle mesure s'avérant irrégulière était simple, même avec les critères restrictifs de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale : la nullité. En effet, suivant le paragraphe 1^{er}, second alinéa de l'ancien article 90^{quater}, la méconnaissance des formes prescrites par cet article l'était à peine de nullité. Cependant, depuis la loi pot-pourri II, ce n'est plus le cas²⁷³. Il s'agira, dès lors, pour le juge d'éventuellement déclarer nul un élément de preuve et l'écarter du dossier, lorsque l'irrégularité entache la fiabilité de la preuve ou lorsqu'il est porté atteinte au droit à un procès équitable²⁷⁴, ce qui amenuise fortement les chances d'obtenir la sanction de nullité. Ainsi, lorsque nullité il y avait si l'ordonnance ne répondait pas aux formes prescrites, notamment d'indiquer les indices quant à une infraction déterminée, l'on pouvait véritablement empêcher la « pêche aux informations » ou les écoutes exploratoires²⁷⁵. Malheureusement, rien n'est moins sûr aujourd'hui et cela nous semble une ingérence fort importante dans les droits du prévenu. D'une part, d'abord, face à ses droits de la défense mais également face à ses droits fondamentaux, notamment le droit au respect de la vie privée.

114. La Cour de cassation, en 2016 notamment, a eu l'occasion de confirmer que l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale s'appliquait en cette matière²⁷⁶. La Cour de cassation indiqua de façon limpide : « la sanction du défaut de motivation d'une ordonnance (...) ne doit s'apprécier qu'au regard des critères énoncés à l'article 32 (...) »²⁷⁷.

115. Dans un registre proche de celui que nous évoquons ici, notre Cour suprême, en 2014 déjà, indiquait que seul l'article 32 s'appliquait pour sanctionner une irrégularité²⁷⁸. L'on peut donc redouter le manque de rigueur lors de l'utilisation de telles méthodes, dont des preuves irrégulières pourraient découler et qui risqueraient de ne pas se voir sanctionnées suite à l'application de l'article 32.

²⁷³ C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, op. cit., p. 107, note de bas de page n° 227.

²⁷⁴ Fr. LUGENTZ, *La preuve en matière pénale : sanction des irrégularités*, op. cit., p. 130 ; Cass. (2^e k.), 29 mai 2018 (M.P., A.R.A., S.P., e.a.), www.juportal.be (19 février 2021).

²⁷⁵ J. DE CODT, *Des nullités de l'instruction et du jugement*, op. cit., p. 50.

²⁷⁶ Il s'agissait, en l'occurrence, d'un défaut de motivation de l'ordonnance rendue sur base de l'article 90^{ter}.

²⁷⁷ Cass. (2^e ch.), 20 avril 2016 (Le procureur général près la Cour d'appel de Mons / B.N., B.B., W.G., e.a.), www.juportal.be (19 février 2021).

²⁷⁸ Cass. (2^e ch.), 28 mai 2014 (Le procureur général près la Cour d'appel de Liège / A.A., A.N., T.M., E.H.S.), *Pas.*, 2014, liv. 5, p. 1336, concl. Av. gén. D. VANDERMEERSCH ; P. MONVILLE et D. HOLZAPFEL, « Chapitre 2. – Antigone : les évolutions législative et jurisprudentielle en droit pénal... un bilan navrant et sévère !!! », op. cit., p. 37.

Conclusion et réponses à la question de recherche

116. Nous avons tenté, au travers de ce mémoire, d'étudier l'histoire qui a mené à l'adoption de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale et les implications que cela a sur les droits du prévenu et les moyens qu'il peut utiliser pour sa défense. Nous avons commencé par un Titre introductif où l'on a pu établir les notions importantes dans le domaine : nullité, irrégularité, illégalité, principes entourant la preuve en matière pénale, les droits de la défense, le procès équitable, les droits fondamentaux du prévenu, etc.

117. L'on a ensuite enchaîné sur un second Titre, dans lequel nous avons d'abord retracé l'historique du régime classique de la preuve illicite. Passant d'une interdiction de principe de son utilisation à une autorisation de principe par l'arrêt *Antigone*, divers critères ont ensuite été établis en jurisprudence pour apprécier le sort à réserver à ces preuves irrégulières. Jusqu'à ce que des discussions se fassent jour au Parlement, tentant d'apporter une réponse législative à ce qu'il convenait de faire dans ce domaine aussi complexe qu'important. La preuve est, en effet, au centre du droit pénal et les questions de sa licéité impactent toute la procédure.

Nous avons ainsi pu voir, au travers des diverses propositions de loi, que la question était épineuse mais qu'une réalité s'imposait : la difficulté grandissante de la procédure pénale exigeait de revoir le sort réservé aux irrégularités qui touchaient à la preuve. Les débats furent âpres, tentant d'apporter une solution innovante, basée sur d'anciens projets, ou encore s'inspirant de droit étranger comme celui des Pays-Bas. Finalement, la seule solution semblant s'imposer était celle de l'adoption d'une loi en conformité avec la jurisprudence de notre Cour Suprême, afin de permettre une plus grande adhérence des cours et tribunaux au régime établi. Aurait-ce été par frilosité ou plutôt par bon sens ? L'article 32 semblait, en effet, le seul consensus possible entre nos représentants et surtout, le régime étant appliqué depuis de longues années dans la pratique, l'on se demandait s'il était opportun de faire autrement. L'on adopta ainsi la loi du 24 octobre 2013 introduisant un nouveau chapitre dans le Titre préliminaire du Code de procédure pénale. Nous pensons, à l'instar de la juge d'instruction rencontrée au cours de nos recherches et d'autres auteurs de doctrine, qu'un tel article n'aurait pas dû être adopté pour laisser à notre Cour de cassation la possibilité d'encore préciser sa jurisprudence. Selon d'autres, comme le substitut du Procureur du Roi ou l'officier de police judiciaire avec qui nous avons pu échanger, le régime retenu était la bonne solution et il ne faut pas en changer.

L'on a tout de même pu voir, au travers de notre étude, que les trois critères retenus sont fort restrictifs et peu efficaces, comme en témoigne le peu de jurisprudence appliquant

utilement l'article 32 pour écarter une preuve. En outre, le manque d'efficacité de l'article 32 se révèle aussi par le fait qu'il ne soit que peu invoqué, comme cela nous fut affirmé par le substitut du Procureur du Roi de Mons. Serait-ce parce que la défense sait que son invocation a peu de chances d'aboutir ? Serait-ce parce que les irrégularités dans la collecte des preuves sont rares, comme nous l'ont avancé le substitut ou l'officier de police judiciaire ? Nous nous permettons de laisser la question ouverte afin de permettre au lecteur de se faire sa propre opinion.

Dans ce Titre II, nous avons également abordé la jurisprudence de nos deux Cours suprêmes. Nous avons ainsi remarqué, d'une part, que la Cour constitutionnelle valida complètement la jurisprudence Antigone ainsi que l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, estimant qu'aucune violation du droit au procès équitable ou d'autres droits fondamentaux était avérée. D'autre part, au travers de plusieurs arrêts de la Cour de cassation, nous avons vu, ô combien il était compliqué, d'aboutir à la nullité d'une preuve, au vu des critères si restrictifs qui sont imposés. Finalement, nous avons conclu cette partie par l'espoir que porte le projet de nouveau Code de procédure pénale ainsi que des considérations critiques que nous ne réitérerons pas ici.

118. Tout cela nous a menés à un troisième Titre, certainement le plus intéressant pour la pratique. Nous l'avons entamé par une étude de divers arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme. Cette dernière nous apporte, en effet, beaucoup d'éléments sur le sort à réserver aux preuves illicites, constatant rarement une violation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales suite à une méconnaissance d'un autre droit contenu dans cette dernière.

Nous avons poursuivi, dans un second chapitre, par l'analyse de diverses méthodes ou moyens d'enquête, comme nous les avons appelés, et leur répercussion sur la question des preuves irrégulières. Nous avons ainsi pu voir que rare était la preuve irrégulière qui se voyait sanctionnée. L'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale s'avère peu utile lorsque des preuves sont irrégulières à la suite de devoirs illicites. Tantôt, parce que peu de moyens étudiés (perquisition, écoute, secret professionnel, méthodes particulières de recherche, violation du droit à l'assistance d'un avocat) sont prescrits à peine de nullité, ce qui exclut déjà un moyen de défense basé sur l'article 32 pour obtenir la nullité d'une preuve. Tantôt car le critère de la violation du procès équitable est difficilement décelable. L'on a pu voir, avec l'arrêt *Gäfgen*, que même lors de traitements inhumains et dégradants, l'utilisation de preuves, quoiqu'illégales sur le fond (car faisant suite aux déclarations extorquées), ne violait pas l'article 6 de la Convention. En outre, la mise en balance de l'intérêt de la société à la poursuite

contre celui du prévenu à se voir opposer des preuves régulières penche trop souvent en faveur de la première. Ce qui s'avère paradoxal puisque l'intérêt de tout citoyen est de se voir garantir une procédure effective et respectueuse des divers droits. À quoi bon en ériger si c'est pour admettre leur violation ?

119. Finalement, nous nous devons d'indiquer que les rencontres que nous avons faites avec des acteurs du monde pénal nous ont permis de relativiser les craintes que nous avions en lisant la doctrine. En effet, l'article 32 semble constituer un recul dans les droits du prévenu, offrant trop de laxisme dans la collecte des preuves et permettant aux autorités d'être moins regardantes quant au respect de diverses formalités. Cependant, nous avons pu nous rendre compte que l'objectif des policiers, quoique parfois tentés d'enfreindre les règles, est avant tout de respecter la procédure pour permettre la condamnation effective d'une personne, sans prendre le risque de voir leur dossier couler pour des irrégularités. En outre, nous avons, dans notre procédure, des garde-fous comme le juge d'instruction, qui est là pour encadrer l'action des services de police et veiller au respect des formalités lors des divers devoirs. Leur volonté n'est pas la vérité à tout prix mais plutôt de veiller au respect des procédures et à ce qu'aucune irrégularité ne soit contenue au dossier. Cela peut arriver, l'erreur étant humaine et elle l'est d'autant plus lorsque l'on remarque la complexité grandissante des règles qui nous entourent.

120. Ainsi, après ce rapide tour de notre étude, il nous reste à tenter de répondre à notre question de recherche, qui – pour rappel – était celle-ci : *l'admission quasi-systématique des preuves illicites, due au régime des nullités de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, appauvrit-elle les droits du prévenu ?* Notre réponse ne sera pas tout à fait tranchée car elle dépend de l'illicéité en jeu. Selon nous, les droits du prévenu sont réduits par le régime de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale et l'admission quasi-systématique des preuves illicites *lorsque celles-ci violent un droit fondamental*. Lorsque le droit à la vie privée est violé, impliquant une ingérence dans la protection du domicile ou dans des conversations privées, il nous semble que l'article 32 du Titre préliminaire ne permet pas une sanction adéquate. Il en va de même en cas de traitements inhumains et dégradants, de l'utilisation de la menace lors d'interrogatoire, de la provocation qui est parfois difficile à prouver, de la violation du secret professionnel ou de l'assistance de l'avocat. Admettre ces preuves illégales appauvrit les droits du prévenu. Ces droits fondamentaux sont importants et leur effectivité ne peut être garantie qu'en offrant une sanction adéquate à leur violation : la nullité des éléments de preuve en découlant.

En outre, les *critères fluctuants et quelque peu imprévisibles* de l'article 32 nous poussent tout de même à penser qu'une réponse systématique ne sera jamais donnée et donc,

cela réduit les moyens de défense susceptibles d'être utilisés. Il y a donc une incidence sur les droits du prévenu. Cependant, cela n'est pas dû uniquement à la codification elle-même mais existait déjà sous l'ère de la jurisprudence Antigone.

Finalement, nous pensons toujours que l'article 32 appauvrit quelque peu les droits en ce que la *majorité des actes d'enquête* ne voient pas leurs formalités prescrites à peine de nullité et nous avons vu la difficulté d'invocation des deux autres critères (fiabilité et procès équitable).

121. Par contre, *l'article 32 s'avère une réponse plutôt utile dans le cas de « petites » irrégularités*, dans les actes de procédure par exemple, dues notamment à la complexité grandissante de la procédure pénale. L'on pense notamment à l'hypothèse où il manquerait une signature sur un mandat de perquisition, par exemple. Dans le cas d'irrégularités qui ne portent pas fondamentalement atteinte à la protection d'un droit, l'article 32 et son régime des nullités de la preuve illicite n'appauvrissent pas les droits du prévenu. Dans ces hypothèses, il est même heureux. Il peut, en effet, être fâcheux de faire tomber toute une procédure pour une irrégularité d'une preuve qui ne porte pas une réelle atteinte au prévenu mais qui est simplement utilisée pour tenter d'échapper à une condamnation, sans réelle revendication. Comme les professionnels que l'on a pu rencontrer durant nos recherches nous l'ont exprimé – et grâce à eux –, l'on valide l'application de l'article 32 pour des irrégularités formelles.

Finalement, il semble surtout qu'il faille relativiser cette crainte d'un impact sur la pratique des policiers dans leur récolte des preuves car les experts de terrain rencontrés nous démontrent que ces cas sont rares et la codification de l'article 32 ne paraît pas avoir modifié la façon dont se comportent les enquêteurs.

122. Nous concluons ainsi cette étude, en étant plus nuancé dans notre position que ce que nous l'étions en commençant nos recherches et ceci notamment grâce aux rencontres réalisées avec des magistrats et policier. Nous formons le vœu de voir le projet du nouveau code de procédure pénale se concrétiser car celui-ci semble rencontrer au mieux notre question de recherche et la réponse teintée que nous y avons apportée. En effet, ce dernier se basera sur une exclusion de principe des preuves irrégulières, notamment lorsque celles-ci violent des droits fondamentaux du prévenu tout en acceptant, dans certains cas et notamment lorsque l'irrégularité n'est que formelle, la preuve illicite. Dès lors, nous n'avons plus qu'à scruter les futures évolutions législatives en attendant de pouvoir, pourquoi pas, en commenter leur pratique dans quelques années.

Annexe I. Entretien avec Jean-François MULQUIN, officier de police judiciaire, réalisé le 17 mars 2021

- Question Amélie Boddin (A. B.) : « Quelle est votre fonction exacte ? »

Réponse de J.-F. MULQUIN (J.-F. M.) : « Je suis premier inspecteur principal OPJ à la police fédérale de Charleroi. Je suis en fait à la police fédérale de Mons mais je suis détaché à Charleroi dans la cellule d'enquête sur les tueries du Brabant Wallon. »

- A. B. : « Que pensez-vous du fait d'utiliser une preuve obtenue irrégulièrement ou illégalement ? »

J.-F. M. : « Je pense que si cela peut être tentant par moment quand on voit qu'un dossier n'aboutit pas, il ne faut pas céder à cette tentation. C'est vrai que quand on est policier, on a des dossiers qui ont une certaine ampleur et qui peuvent durer des mois voire des années. Quand on voit certaines choses et que l'on ne parvient pas à obtenir la vérité, les éléments d'une certaine façon, on serait tenté de le faire. Le problème, c'est que si pour une raison X ou Y, ça viendrait à être découvert, tout le travail serait anéanti pour rien. En plus, je pense qu'un avocat vérifie toujours la procédure avant même de se demander s'il est coupable. C'est l'aspect le plus facile pour défendre son client avant de faire autre chose. Et puis, il n'y a pas que ça. Il y a l'avocat mais l'on pourrait aussi avoir un collègue qui pourrait avoir envie de dire qu'on n'a pas obtenu les éléments de façon légale et le chef d'enquête pourrait se retrouver avec des sanctions, comme ça c'est d'ailleurs vu récemment dans la presse d'ailleurs. »

- A. B. : « Lorsqu'on lit un peu sur le sujet des preuves illicites et son régime de nullité, les inquiétudes qui reviennent souvent sont justement que sur le terrain, les enquêteurs se disent que comme ils peuvent désormais utiliser des preuves irrégulières, ils pourraient être moins attentifs lorsqu'ils posent leurs actes d'enquête par rapport à avant. »

J.-F. M. : « Je pense, ou alors peut-être pour les tout nouveaux, moi ça fait trente-cinq ans que je suis policier et on en change pas sa façon de travailler. On continue comme avant. Je ne sais pas comment on enseigne cela dans les écoles de police à l'heure actuelle mais moi je n'ai pas

vu de changement. Maintenant, en questionnant d'autres personnes, peut-être qu'ils auraient un autre avis. »

- A. B. : « Vous arrive-t-il, à vous ou à vos collègues, de poser des actes d'enquête sans respecter les conditions légales nécessaires (autorisation du Ministère public ou du juge d'instruction, par exemple) ? Si oui, diriez-vous que cela est rare, occasionnel, fréquent, régulier ? »

J.-F. M. : « Alors, je ne l'ai jamais fait personnellement. En tout cas, dans la recherche illégale de la preuve, lorsque j'étais jeune policier, j'ai participé à une opération où un collègue avait téléphoné pour se faire passer pour un acheteur de drogue, ce qui s'apparentait à de la provocation policière. Mais bon, ça ne rentre même pas dans le cadre de la provocation policière car toute façon, l'auteur aurait quand même vendu mais à l'époque, on ne pouvait pas le faire comme ça.

C'est connu que certains profitent parfois d'un certain vide juridique ou plutôt l'impossibilité de vérifier certaines procédures. Ce qui me vient en tête, c'est l'observation. Dans le cadre d'une observation systématique, elle doit être demandée à un juge si elle dure plus de cinq jours consécutifs ou plus de cinq jours non-consécutifs sur un mois. Le souci, c'est que si on a vraiment envie de surveiller quelqu'un car on a envie de savoir ce qu'il fait puisqu'on est sûr qu'il fait quelque chose, on peut avoir envie de le surveiller plus que cinq jours. Et à partir du moment où on a l'élément qui nous intéresse, dire que l'observation n'a en fait commencé que depuis trois jours. C'est assez tentant puisque c'est impossible à vérifier. Enfin, à l'heure actuelle, ça pourrait être possible. Car chaque fois qu'on prend un véhicule de service, on doit remplir une feuille de service. Donc c'est clair qu'un magistrat pourrait demander si les véhicules sont sortis, etc. On peut quand même inventer une adresse ou autre donc il y a quand même moyen de ne pas vérifier ça.

En venant de Mons, il y a peu de temps, je peux citer l'exemple avec un collègue qui a eu des ennuis devant le tribunal car il avait une relation avec la femme d'un suspect. Donc là aussi les avocats ont demandé d'écarter toutes les preuves reliées au suspect. Il avait promis des choses à certains suspects. C'est aussi une façon de rechercher illégalement la preuve. Si tu me dis les choses, tu auras un bracelet électronique ou d'autre chose, alors qu'on ne peut pas proposer ça, c'est une façon d'obtenir une preuve irrégulière. Comme dans toute profession il y a des bons et des moins bons mais nous représentons le bras armé de la justice et nous ne pouvons pas nous permettre tout et n'importe quoi. »

- A. B. : « Par exemple, est-ce que vous diriez qu'au niveau des perquisitions ou ce genre de choses, est-ce que ça pourrait arriver ? Ou rentrer dans le domicile d'une personne, hors cas de flagrant délit, et sans l'autorisation nécessaire du juge d'instruction ? »

J.-F. M. : « Ça me paraît difficilement concevable. Risquer de perdre son boulot pour ça. Ce que j'ai connu, ce sont des perquisitions dans un autre régime linguistique où le mandat n'était pas dans la bonne langue. Et là, j'ai dit que ça ne servait à rien de la faire car le mandat n'était pas le bon. Donc le juge a dû nous faxer un mandat dans la zone de police la plus proche pour qu'on aille le chercher et faire la perquisition. »

- A. B. : « Que pensez-vous de la jurisprudence Antigone (arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2003), et depuis 2013, de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale qui ont instauré l'obligation d'écarter les preuves obtenues irrégulièrement/illégalement uniquement dans trois cas précis (méconnaissance de formalités prescrites à peine de nullité ; atteinte à la fiabilité de la preuve ; atteinte au droit à un procès équitable) ? Expliquez-moi s'il vous semble juste/bien ou non d'utiliser des preuves irrégulières ; si vous trouvez que cela impacte les droits d'un suspect/prévenu/inculpé. »

J.-F. M. : « Je ne sais pas trop quoi répondre à cette question. D'un point de vue policier, oui, forcément car si dans un dossier on est certain que la personne a fait des choses. Enfin, vous me direz, si on a d'autres preuves, on pourrait écarter celle-là. Le fait que la loi admette la preuve, lorsqu'on est certain que les faits sont commis, c'est utile et on le ferait parfois. Maintenant c'est certain que pour l'avocat, pour défendre son client, c'est un peu plus compliqué. Est-ce que ça impacte sur les droits de la défense ? J'ai envie de dire non puisque la loi le permet, les droits de la défense sont respectés. Je ne pense pas que ça peut poser de problème mais si c'est le cas, il faudrait revoir la loi. »

- A. B. : « Pensez-vous que le régime précédent 2003 (inadmissibilité de principe d'une preuve irrégulière) était mieux ou moins bien que celui qui existe actuellement (admissibilité de principe d'une preuve irrégulière) ? »

J.-F. M. : « Le nouveau système me semble plus juste pour la société. J'ai été pendant quelques années avec une greffière de Cour d'assises et j'ai assisté à pas mal d'audiences. Et quand on entend à certaines audiences qu'il existe déjà des éléments allant vers la culpabilité d'un suspect et qu'on ne doit pas remettre en cause tout un dossier si la preuve de la culpabilité a été apportée de façon irrégulière si et seulement si elle aurait pu être apportée de façon régulière. J'ai une irrégularité mais on aurait quand même pu l'avoir de façon régulière alors pour moi c'est juste. Car ce sont des procès qui coûtent cher à la société et la justice a déjà beaucoup de retard en Belgique, donc si on doit toujours recommencer à cause de petites choses comme ça. Donc je pense effectivement que le système est bien fait. »

- A. B. : « J'aimerais votre avis peut-être sur un cas plus particulier. Si je vous parle du fait qu'aujourd'hui, on pourrait admettre une preuve qu'un policier aurait obtenu en menaçant le suspect de le frapper, de lui faire boire un « sérum de vérité », est-ce que c'est juste pour vous ? »

J.-F. M. : « Là, je pense que la preuve serait écartée quand même. »

- A. B. : « Visiblement, la Cour européenne des droits de l'Homme a admis dans un dossier ce type de preuve. Donc il semble qu'en Belgique, on pourrait en utiliser. »

J.-F. M. : « En tout cas, en ce qui concerne les coups, moi je suis assez strict là-dessus puisque j'ai déjà fait des déclarations contre des collègues quand j'étais en intervention. Il ne faut pas faire ce genre de choses. Il faut faire les choses proprement. Moi, j'écarterais tout ce qui est coups, menaces, etc. Maintenant, si d'un autre côté, la preuve obtenue aurait pu l'être de façon normale, est-ce qu'il faut vraiment l'écarter ? Si on arrive à prouver qu'on aurait pu avoir les preuves d'une autre façon, sans utiliser des coups envers le suspect, ça ne devrait peut-être pas écarté. Je ne sais pas réellement vous dire. »

- A. B. : « Le cas dont je vous parle c'était en Allemagne, un homme qui avait enlevé un petit garçon et afin de savoir où il était caché, les policiers l'ont notamment frappé et l'ont menacé d'autres sévices et il a fini par avouer car il était sous la contrainte. Ça a été admis par la Cour européenne des droits de l'Homme. Est-ce que ça vous semble quand même correct ? »

J.-F. M. : « Là, vous montez sur la corde sensible. Les enfants, on n'y touche pas. Donc, moi je dirais que non. J'ai déjà présenté des pédophiles devant des juges et on n'a pas forcément envie de les traiter convenablement. Mais voilà, non. Maintenant, je ne sais pas. Est-ce qu'il aurait pu avoir le renseignement d'une autre façon ? C'est assez tentant d'être plus rude avec ce genre de personnes quand on voit l'actualité qu'il y a eu en Belgique avec Dutroux. Quand on a des enfants soi-même, quand on sait qu'un enfant a disparu, je peux comprendre les policiers qui ont fait ça même si je pense que je n'aurais pas fait ça. J'ai eu des cours d'audition où on nous a montré des auditions filmées de Fourniret, il faut être accroché comme enquêteurs pour réussir à faire ça totalement convenablement. »

- A. B. : « Pouvez-vous me dire si vous avez vu une différence dans la façon de collecter des éléments de preuve avant 2003 et après 2003 ; ainsi qu'avant 2013 et après 2013 ? »

J.-F. M. : « Je suis dans un service d'enquête depuis 2005, donc avant 2003, j'étais en intervention et donc ça ne touche pas réellement aux preuves. Et l'avant/après 2013, je dirais non aussi car nous, on n'a pas changé notre façon de travailler. On a déjà vécu suffisamment avec Salduz. »

- A. B. : « Vous me parlez de Salduz donc je rebondis là-dessus. Est-ce qu'à ce niveau, vous pouvez me dire si ça arrive souvent ou non que quelqu'un soit entendu sans qu'il ait pu s'entretenir avec son avocat avant ? »

J.-F. M. : « Je n'ai pas souvenir de ça. Mais le juge a déjà autorisé cela, pas d'avocats contactables. Il y avait un problème, je pense, avec la permanence Salduz. Donc, ça s'est déjà fait mais avec l'autorisation du juge. »

- A. B. : « Avez-vous été informé, en 2013, sur l'application de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale et ses implications ? Cette question fait écho à une question précédente afin de pouvoir affirmer ou infirmer que cet article influe sur les pratiques d'enquête. »

J.-F. M. : « Alors, je n'en ai vraiment plus souvenir depuis 2013 mais ça doit être le cas car on reçoit régulièrement des mails avec les modifications législatives. Chaque fois qu'il y a une

nouvelle COL, une nouvelle loi, on les reçoit. En tout cas à Mons parce que c'est vrai qu'ici à Charleroi, on n'a pas tout le temps. Ça dépend de l'endroit où vous travaillez. »

- A. B. : « Lorsque vous posez des actes d'enquête, quelle vous semble être votre préoccupation première : respecter la procédure et les droits qui s'y rattachent ou plutôt collecter tous les éléments permettant d'élucider les faits (même si cela implique de ne pas respecter certaines conditions légales) ? »

J.-F. M. : « Pour moi, c'est toujours le respect des procédures. Comme j'ai vécu avec une greffière et que dans un dossier, je me mets toujours à la place de l'avocat. D'ailleurs, mes collègues râlent souvent car je dis qu'il faut rendre un dossier impeccable à la justice, qu'on ne peut pas être attaqué par un avocat et donc ils me trouvent parfois un peu strict là-dessus. Mais on serait content d'avoir fini un dossier avec tout sur papier sauf qu'on va arriver aux assises, tomber face à un grand avocat qui va tout casser et ça sert à rien. Donc oui, il faut respecter les procédures en premier lieu. »

- A. B. : « Est-ce que la fin justifie les moyens ? »

J.-F. M. : « Non. »

- A. B. : « Ce que vous me dites est quand même très rassurant, par rapport aux craintes qu'on peut avoir en lisant l'article et ce qu'on peut lire dans la doctrine. Donc je suis rassurée et contente de l'avoir entendu. »

J.-F. M. : « Mais attention que je vais avoir cinquante-cinq ans. Si vous demandez cela à certains jeunes collègues, ça ne sera pas forcément pareil. »

- A. B. : « Pensez-vous que l'on devrait modifier l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale ou le régime actuellement mis en place sur la nullité des preuves irrégulières/illégales vous semble le plus approprié ? »

J.-F. M. : « Moi je pense que la façon de faire actuelle est bonne mais il est clair qu'en tant qu'enquêteur, on voudrait toujours avoir plus de possibilités dans la recherche de la vérité. On nous compare souvent à d'autres pays. Il n'y a pas que dans ce domaine-là. Ils ont beaucoup

plus de libertés aux Etats-Unis également. Maintenant, c'est au législateur à trouver un juste milieu. Je pense qu'ils peuvent encore améliorer un peu les choses en Belgique, ne fut-ce que comparer à ce qu'ils font en France, on est parfois un petit peu écœuré d'avoir des dossiers avec des collègues français. Et pas uniquement pour cet article-là, pour la recherche des preuves mais j'ai eu un dossier où j'ai dû aller en France, on rentre dans le bureau du collègue, sur son ordinateur, il a sa carte avec l'itinéraire des balises placées, il a ses écoutes téléphoniques, il a tout. En Belgique, il faut aller dans les chambres d'écoute pour faire des écoutes téléphoniques. On a les renseignements d'une balise après, on ne voit pas la voiture qui voyage, on sait avoir un accès direct aux informations mais via un ordinateur sécurisé des unités spéciales. Enfin, ils ont plein de choses comme ça et plein de possibilités législatives qu'on n'a pas chez nous. Je pense qu'en France, ils sont moins cadenassés que chez nous. Maintenant, est-ce que c'est une bonne chose ? Je n'en sais rien mais c'est comme ça. »

- A. B. : « J'ai fait le tour de mes questions mais si vous avez quelque chose à ajouter, je vous écoute. »

J.-F. M. : Je n'ai pas vraiment d'autres choses à ajouter. Il est vrai qu'aujourd'hui, on parle de dérives ou de violences policières, je pense qu'avec les jeunes qui rentrent dans la police, ils ont parfois plus l'impression qu'on leur donne une partie de pouvoir. Et peut-être qu'ils ne vous donneraient pas les mêmes réponses que moi. Egalement, d'un arrondissement à l'autre, la pratique doit être différente. Et si vous posiez ces mêmes questions à des enquêteurs en terrorisme, leurs réponses seraient aussi différentes. Quand on voit le nombre de morts que ça peut faire, les enjeux, c'est peut-être plus compliqué de toujours respecter toutes les règles lors de l'enquête.

Annexe II. Entretien avec Thiebaud RUTH, substitut du Procureur du Roi de Mons, réalisé le 26 mars 2021

Le texte ci-dessous constitue une prise de note au vol lors de l'entretien réalisé avec Monsieur le substitut du Procureur du Roi.

- Question Amélie Boddin (A. B.) : Quelle est votre fonction exacte ?

Réponse de Thiebaud RUTH (T. B.) : Je suis substitut du Procureur du Roi au parquet de Mons, division Mons.

- A. B. : J'ai indiqué à Monsieur RUTH que je travaillais sur le régime de nullité des preuves irrégulières ou illégales, en tentant de relier cela aux droits du prévenu, me demandant si cet article avait un impact sur leurs droits, s'ils étaient amoindris. Après lui avoir indiqué ceci, je l'ai laissé s'exprimer librement sans réellement poser de questions afin d'avoir son avis.

T. B. : Le substitut du Procureur du Roi Thiebaud RUTH ne sait pas réellement dire si l'article 32 a une réelle implication sur la pratique : à son sens, les preuves irrégulières ne se voient pas régulièrement. Selon lui, cet article, comme d'autres, c'est bien mais il s'agit plus de quelque chose de « théorique » car ça se présente de manière rare dans la pratique. Il faut déjà déterminer ce qu'est une preuve irrégulière. Et surtout, ils font très attention avant, dans la récolte des preuves, de ne pas récolter sciemment des éléments irréguliers ou illégaux.

Monsieur RUTH nous donne l'exemple d'un contrôle d'un véhicule. La loi sur la fonction de police prévoit des critères stricts mais ça n'est pas certain que cela soit toujours respecté. Il dit, par exemple, que peut-être que l'on risque de plus se faire contrôler si l'on est avec une casquette dans une vieille voiture plutôt qu'en costume-cravate dans une Audi A5. Pourtant, pour fouiller un véhicule, il faut des indices. Il y a un certain instinct qui fait qu'on fouille. Si une personne tente de faire demi-tour à la vue d'un contrôle de police ou si une forte odeur de stupéfiants se dégage du véhicule, ce sont des comportements qui font que l'on va plus fouiller un véhicule. Cependant Monsieur RUTH ajoute que les policiers sont formés sur ces questions-là et se remettent en question sur la manière dont ils récoltent les preuves. Notamment, les

policiers avec lesquels il travaille reprennent souvent les dossiers une fois qu'ils ont été jugés pour voir ce qu'ils auraient dû faire différemment, les incidences de leur manière de récolter des preuves. Parfois, les policiers sont même plus frileux que les magistrats pour poser certains actes, c'est en tout cas l'expérience que Monsieur RUTH a déjà pu rencontrer durant les gardes. Il y a beaucoup de discussions entre eux où ils se posent la question sur la manière de faire, de ne pas outrepasser ce qu'ils devraient faire.

Monsieur RUTH nous indique donc qu'il y a peu de cas de preuves irrégulières et surtout délibérément récoltées de façon irrégulière.

L'impression de Monsieur RUTH, c'est que la jurisprudence Antigone est issue du fait qu'à la base, il y a des dossiers où, si on est trop formaliste, une preuve irrégulière est écartée, ça fait tomber tout le dossier et ça fait mauvais genre au niveau de l'opinion publique. L'opinion publique se dit qu'on laisse une personne « coupable » sans sanction juste pour une preuve qui a dû être écartée alors que fondamentalement, la personne a commis les faits.

- A. B. : Je suis intervenue pour indiquer à Monsieur RUTH que c'était d'ailleurs ce que l'on trouvait dans l'exposé des motifs de la loi qui a mené à l'adoption de l'article 32 : l'opinion publique ne comprenait pas que des procédures n'aboutissaient pas pour une telle question.

T. B. : Monsieur RUTH rebondit donc là-dessus en indiquant que le législateur se dit que ça fait mauvais genre, d'où la codification, en effet.

Un exemple récent qu'il peut me citer, c'est Sven MARY qui, dans un dossier, peut-être d'ailleurs l'un de ceux concernant les attentats, a plaidé une nullité sur l'emploi des langues. Cependant, ça n'a pas été admis.

Il explique également qu'il lui est déjà arrivé d'aller avec un juge d'instruction en perquisition car le juge devait s'y rendre mais il n'avait pas le numéro de l'immeuble ou pas le bon numéro pour ce faire. Donc, il s'est rendu sur place avec le juge d'instruction.

- A. B. : J'ai indiqué à Monsieur RUTH l'existence de la jurisprudence strasbourgeoise qui peut en arriver à permettre des preuves qui sont contraires en soi à l'article 3 de la

Convention européenne des droits de l'Homme, si un prévenu a été un peu malmené en interrogatoire ou autre. Puisque la Cour européenne des droits de l'Homme ne semble pas exclure d'office ce type de preuve et qu'avec l'article 32 en Belgique, l'on peut en arriver désormais à admettre de telles preuves.

T. B. : Monsieur RUTH me répond que l'on parle de tout ça, des violences policières mais c'est plutôt un mythe. Les policiers sont là, à plusieurs généralement, lors d'un interrogatoire et ils font les choses convenablement. Il ajoute d'ailleurs qu'il y a des contraintes depuis la mise en place des lois Salduz, qui ont d'ailleurs semble-t-il plus d'implications que la codification de la jurisprudence Antigone. Il dit que depuis la mise en place Salduz, parfois, en pleine nuit, l'on appelle un avocat parce que quelqu'un est arrêté et qu'il faut avoir l'assistance d'un avocat avant le premier interrogatoire. Que généralement, l'avocat ne se déplace pas mais donne des conseils par téléphone soit en disant de ne pas répondre aux questions, soit en disant de dire la vérité si ce sont des faits de moindre ampleur. L'avocat dit aussi généralement de le faire rappeler si jamais il y a une présentation au juge d'instruction qui se fait. Mais il ne se déplace plus. Et les policiers sont conscients de ces contraintes. L'on voit d'ailleurs de plus en plus de demandes pour que les interrogatoires soient toujours filmés lorsque l'avocat n'est pas présent, notamment pour pouvoir démontrer qu'il n'y a pas eu de pressions de la part des policiers, que l'interrogatoire s'est déroulé dans les règles.

Monsieur RUTH en revient donc à l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale et indique qu'il est peu appliqué, qu'il y a des erreurs humaines mais uniquement de temps et temps ou des discussions d'opportunité sur la façon d'interpréter les choses, par exemple, la notion de flagrant-délit. Ça peut être des points qui sont discutés car on n'a pas la même conception de la notion. On fait une perquisition en flagrant-délit, l'on découvre de la drogue et beaucoup de coupures de billets. Ce sont les preuves que l'on récolte. Il pourrait arriver qu'un avocat conteste le cas de flagrance et qu'un tribunal conclut au fait que ça n'a effectivement pas été réalisé pas dans les conditions. Mais les faits restent là, on va dire que la preuve est irrégulière mais on n'a pas trafiqué la preuve, on a défoncé la porte et on a constaté qu'il y avait de la drogue et de l'argent. Avant, ça faisait tomber toute la procédure et c'est fâcheux.

Monsieur RUTH revient à nouveau sur le fait qu'il rencontre très peu de dossiers où la question se pose, c'est rarement soulevé. En outre, il indique qu'il entend parfois les avocats dire qu'ils

sont privés d'un moyen, que maintenant, toutes les preuves sont valables et que donc, on les prive d'une carte à jouer.

Le substitut indique qu'il y a une réelle différence entre la théorie et la pratique. La théorie, ce que disent les chercheurs, les universitaires, la doctrine, où ils expriment des craintes et la pratique, qui est beaucoup moins inquiétante puisqu'on rencontre rarement dans les dossiers un cas de preuve irrégulière qui se présente.

Monsieur RUTH ajoute que les services de police sont très professionnels et très encadrés également. Ils ne posent pas des actes irréguliers volontairement et sciemment. Par contre, il ajoute que la preuve est libre en droit pénal et donc, il n'y a pas de nécessité de preuve avec beaucoup de formalités généralement, surtout dans les petits dossiers. Les policiers ont une formation solide en cette matière et ils n'ont pas d'intérêt à magouiller dans une enquête.

Monsieur le substitut en vient à me parler du procès Hakimi qui a eu lieu il y a peu, dont le jugement est désormais frappé d'appel. C'était toute une série de personnes poursuivies notamment pour des homejacking. Un des enquêteurs, dans cette histoire, a tenté de séduire la compagne d'un des prévenus. Il lui donnait quelques informations, notamment quant à des perquisitions qui devaient se mener, Monsieur RUTH n'a pas les détails exacts mais donc l'idée est qu'il donnait plus ou moins des informations à cette dame, tout en dirigeant l'enquête, car il tentait de la séduire et ne voulait pas qu'elle ait de problème. Il a donc été plaidé, dans ce dossier, qu'il y avait un problème d'irrégularité car l'enquêteur n'était pas impartial et cela posait question. Dès lors, dans ce dossier, le tribunal a considéré qu'il y avait irrecevabilité des poursuites face à l'un des prévenus, suite au fait que l'enquêteur était partial.

Monsieur RUTH dit quand même que faire annuler des poursuites ou prononcer un acquittement car une preuve est irrégulière dans le dossier et que tout repose là-dessus, c'est problématique.

Il ajoute à nouveau que les policiers sont des personnes très formées et peut-être même mieux que les magistrats qui arrivent au parquet. Les policiers sont formés sur de telles questions précises et les enjeux. Ils font attention à les respecter.

En outre, Monsieur dit qu'il y a également peut-être un effet au niveau des avocats, que c'est peut-être pour cela que l'article 32 est peu invoqué devant lui. Peut-être que les policiers

cherchent moins car il n'y a plus toujours une réelle incidence du fait d'une preuve irrégulière. Peut-être que ça n'est plus nécessairement soulevé sauf lorsqu'il s'agit d'une preuve manifestement irrégulière car ça n'en vaut pas la peine sinon. Ils sont peut-être moins attentifs à rechercher les irrégularités. Egalement, peut-être que les avocats sont moins bien formés sur les irrégularités.

Ça n'arrive pas de trafiquer une preuve pour les policiers. Il y a tout de même des enjeux de carrière, des sanctions, notamment au disciplinaire donc non, ça n'arrive pas.

- A. B. : Que pensez-vous du fait d'utiliser une preuve obtenue irrégulièrement ou illégalement ?

T. B. : Monsieur RUTH dit que les craintes sont théoriques et ne se vérifient pas dans la pratique des dossiers. Par contre, les craintes de l'exposé des motifs (le fait que l'opinion publique ne comprenne pas que l'on ne poursuive pas pour des irrégularités) semblent atteintes. Monsieur RUTH est plus pour cette optique-là, de l'exposé des motifs. L'article 32 est un juste milieu, une dose de bon sens. On a l'habitude de tirer grossièrement sur les droits de la défense et ça décrédibilise ce combat légitime. Il y a des garde-fous dans notre procédure pénale. L'usage fait par les gens qui pratiquent la matière, lorsqu'ils invoquent des irrégularités et l'atteinte aux droits de la défense, est plus opportuniste que garante de la procédure. Les citoyens ont intérêt à ce que les gens soient jugés et condamnés, non pas qu'ils s'en sortent parce qu'ils ont les moyens de mettre sur leur dossier l'avocat qui cherche les irrégularités. L'on retrouve un peu le même débat qu'en matière de criminalité fiscale. On essaie de faire traîner les choses.

Monsieur RUTH rappelle qu'il ne le voit pas en pratique, il ne peut pas citer de dossier où on lui a opposé l'article 32, ça reste théorique.

Il dit qu'il faut également regarder avec le projet de nouveau code de procédure pénale. Si les choses ne changent pas fondamentalement, ça veut quand même bien dire que dans la pratique, ça fonctionne et qu'il n'y a pas d'atteinte disproportionnée aux droits.

Quant à la codification de l'article 32, Monsieur RUTH nous dit qu'il s'agit d'une pratique générale du législateur de suivre la jurisprudence, écouter les cours et tribunaux et ensuite codifier en fonction.

- A. B. : Pensez-vous que le régime précédent 2003 (inadmissibilité de principe d'une preuve irrégulière) était mieux ou moins bien que celui qui existe actuellement (admissibilité de principe d'une preuve irrégulière) ?

T. B. : Monsieur RUTH a indiqué plus haut qu'il trouvait que le régime de l'article 32 était approprié, qu'il est problématique qu'une procédure soit mise à néant pour une preuve irrégulière que l'on écarte, les autres preuves qui s'appuyaient sur celles-ci tombent aussi et la procédure est anéantie.

- A. B. : Pensez-vous qu'il y a eu une différence dans le respect des formalités pour récolter des preuves après 2003 étant donné que la plupart des éléments sont admissibles, nonobstant une irrégularité ?

T. B. : Monsieur RUTH ne peut pas répondre à cette question car il n'était pas substitué à l'époque et ne peut donc pas s'avancer sur le sujet.

- A. B. : Pensez-vous que l'on devrait modifier l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale ou le régime actuellement mis en place sur la nullité des preuves irrégulières/illégales vous semble le plus approprié ?

T. B. : Monsieur RUTH ne pense pas que l'on devrait modifier l'article 32. Il est, selon lui, peu utilisé en pratique et donc ça montre aussi qu'il n'a pas une grande incidence.

Annexe III. Entretien anonyme avec une juge d'instruction de Mons, réalisé le 29 mars 2021

La juge d'instruction que nous avons interrogée dans le cadre du présent mémoire souhaitait rester anonyme et, dès lors, nous parlerons d'elle en indiquant simplement « Madame la juge d'instruction ».

- Question Amélie Boddin (A. B.) : « Votre fonction exacte ? »

Réponse de Madame la juge d'instruction (M^{me} la J.I.) : « Je suis juge d'instruction au tribunal de première instance de Mons. »

- A. B. : « Que pensez-vous du fait d'utiliser une preuve obtenue irrégulièrement ou illégalement ? »

M^{me} la J.I. : « C'est déloyal par rapport à la défense, déjà. Maintenant, il y a preuve illégale et preuve illégale. Si c'est une preuve illégale car il manque une signature sur un document qui existe, je vous dirai que si c'est une ordonnance, par exemple, et qu'elle est motivée, j'imagine que dans ce contexte-là, ce n'est pas une preuve tout à fait illégale mais une preuve sur laquelle il manque un élément matériel : ça, c'est un élément. C'est la seule chose, le cas échéant, que l'on pourrait tolérer. Maintenant, une preuve qui est sciemment obtenue en contravention avec la loi, c'est totalement déloyal et je ne peux pas le tolérer. »

- A. B. : « Ma prochaine question est sur la différence dans la pratique. Je ne sais pas depuis combien de temps vous êtes juge d'instruction ? »

M^{me} la J.I. : « Depuis vingt-et-un ans. »

- A. B. : « Alors, vous avez peut-être vu une différence dans la pratique, avant et après la décision en 2003 de l'arrêt Antigone ? »

M^{me} la J.I. : « Je n'ai pas vu de différence. Il n'y a pas eu de la différence dans la pratique. Je ne me suis jamais autorisée à utiliser des preuves illégales. Et c'est un risque en plus, c'est un

risque énorme parce que c'est le juge du fond qui appréciera. Quand un problème se pose, on ne va pas se dire « oh tant pis, je le fais quand même, il y a Antigone ». Car si ça ne passe pas auprès du juge du fond, tout le dossier est par terre et on aura travaillé pendant des mois et des mois, ça aura coûté de l'argent au contribuable tant au niveau de la justice mais au niveau police aussi, pour finir par arriver à rien du tout. »

- A. B. : « Donc, au niveau des juges d'instruction, la pratique n'a pas changé après l'arrêt ? »

M^{me} la J.I. : « Non. »

- A. B. : « Etant donné que vous me dites qu'il n'y a pas de différence dans la pratique, au niveau simplement théorique, est-ce que vous trouvez que c'était mieux avant 2003 : le fait que l'on n'admettait jamais une preuve si elle était illégale ou irrégulière ou est-ce que c'est mieux maintenant, qu'elle soit admise quand même dans beaucoup de cas ? »

M^{me} la J.I. : « C'est mieux maintenant car dans certains dossiers, justement, ça met en l'air des dossiers de très grande envergure pour une erreur matérielle. Ça mettait en péril des dossiers d'envergure qui contenaient parfois une erreur matérielle ce qui n'arriverait plus maintenant. Pour autant que les critères soient là. »

- A. B. : « Donc, disons, si c'est une petite irrégularité car il manque une signature, ça, ce n'est pas très grave ? »

M^{me} la J.I. : « Non. »

- A. B. : « Mais imaginons un cas où la preuve aurait été délibérément récoltée, par les services de police, en sachant qu'ils ne respectaient pas les prescrits légaux ? »

M^{me} la J.I. : « Ça ne passerait pas. »

- A. B. : « En lisant la jurisprudence, il y a quand même des cas où ça n'est pas réellement sanctionné et la preuve est admise dans ce genre de cas. Notamment vis-à-vis du critère

du procès équitable, comme on prend en compte toute la procédure, on se dit que ce n'est pas juste pour cet élément-là que le procès équitable est atteint, il y a d'autres éléments donc on n'exclut pas cette preuve irrégulière et on la garde. Donc, je me demandais à ce niveau-là, est-ce que vous trouvez cela correct ? »

M^{me} la J.I. : « Je ne peux pas vous dire ça dans la généralité, il faudrait que vous me donniez un cas concret. Là, en terme général, pour moi, ça ne passe pas. Je ne peux pas vous dire plus. La fin ne justifie pas les moyens. Jamais. »

- A. B. : « Lorsque vous posez des actes pour récolter des preuves, quelle vous semble être votre préoccupation première : respecter la procédure et les droits qui s'y rattachent ou plutôt collecter tous les éléments permettant d'élucider les faits (en omettant parfois de respecter des conditions légales) ? Ça n'est pas "la fin justifie les moyens". »

M^{me} la J.I. : « Respecter la procédure, bien sûr. »

- A.B. : « Dans des dossiers particulièrement sensibles, où on veut vraiment aboutir à quelque chose, parfois, à force de chercher, on ne commet pas l'une ou l'autre irrégularité ? »

Réponse de la juge d'instruction : « Non. »

- A. B. : « Trouvez-vous qu'avec la procédure pénale telle qu'en l'état, il est de plus en plus difficile de respecter toutes les formalités prescrites lorsque l'on collecte des preuves et que dès lors, il arrive plus facilement que l'on commette une erreur ? »

M^{me} la J.I. : « Elle est très lourde la procédure pénale. En fait, on a d'un côté une charge de la preuve où tout fait farine au moulin car la preuve est libre en droit pénal belge. D'un autre côté, les formalités sont tellement démultipliées qu'en fait, ça contrecarre le principe de la liberté de la preuve. »

- A. B. : « Vous arrive-t-il de devoir tenter de régulariser des éléments qui ont été récoltés précédemment, notamment dans la phase d'information par les policiers ou par le Procureur du Roi ? »

M^{me} la J.I. : « Oui. »

- A. B. : « Est-ce que ça arrive souvent ? Notamment car les policiers ou le Procureur du Roi sont ceux qui interviennent en premier lieu. »

M^{me} la J.I. : « Ça arrive. D'ailleurs, il y a peu de temps, la défense s'est offusquée du mauvais coup que je leur avais fait. Le dossier arrive à l'instruction avec, au préalable, une méthode d'enquête faite par le parquet puisque ça, ils peuvent faire. Je me rends compte que la motivation de cette méthode particulière, elle est bancal. Donc, je refais une ordonnance qui a cours à partir du moment où je suis saisie du dossier. Je remotive sur base des éléments du dossier que j'ai sans utiliser ce qui a été obtenu via la MPR faite par le parquet comme ça je suis sûre qu'au moins, je nettoie ma procédure. Et puis on arrive aux arrestations. Première plaidoirie d'un grand avocat pénaliste qui conteste la méthode particulière mais tout tout tout. Mais j'avais délivré un mandat d'arrêt donc on était à la chambre du conseil dans les cinq jours pour la liberté du mandat d'arrêt. J'ai maintenu que j'avais raison et le Code de procédure m'autorise à saisir moi-même la Chambre des mises en accusation. Normalement, on purge les nullités de la méthode particulière de recherche qu'à la clôture de l'instruction, avant le renvoi devant le tribunal correctionnel. Il y a un article dans le Code de procédure pénale qui m'autorise à saisir moi-même la Chambre des mises en accusation pour une évaluation provisoire. Et la partie adverse est allée en appel. Moi, j'ai introduit une requête devant la Chambre des mises en accusation pour qu'ils évaluent la légalité de la méthode particulière de recherche, ce qu'ils ont fait et ils m'ont donné raison. Provisoirement, ils m'ont donné raison et ils ont re-purgé les nullités à la fin. Mais ça veut dire que l'on ne pouvait plus invoquer cet argument-là devant la chambre du conseil pour dire que c'est illégal. Evidemment, ils m'en ont voulu parce que je leur coupais toute une partie de leurs moyens de plaidoirie sous le nez. Mais pour moi, ça me semblait indispensable. A partir du moment où c'est quand même un gros dossier de criminalité organisée, je ne pouvais pas laisser moisir en prison, pendant six mois, des gens qui risquaient d'avoir une détention inopérante en bout de course si jamais on estimait à la fin que ce n'était pas justifié. Et là, à partir du moment où je l'ai fait dès le début de la procédure, d'abord, j'étais confortée dans mes choix. »

- A. B. : « Dans la jurisprudence, j'ai pu lire que parfois, des perquisitions n'étaient pas réalisées dans les règles. Est-ce que ça a pu vous arriver ou est-ce que vous avez pu avoir écho d'un collègue à qui ça a pu arriver ? »

M^{me} la J.I. : « J'ai régulièrement refusé de délivrer des mandats d'arrêt à la suite de visites domiciliaires, entre guillemets, qui s'apparentaient plus à une perquisition qu'à autre chose car il n'y avait pas de flagrant délit. Et j'ai invalidé l'acte qui avait été posé par les services de police. Mais à partir du moment où ils ont le mandat, il n'y a rien à dire. »

- A. B. : « Mais pour vous, dans votre pratique, vous faites réellement cela dans les règles ? Comme vous m'avez dit, vous faites tous attention à la procédure. »

M^{me} la J.I. : « Très honnêtement, je ne connais pas de juge d'instruction qui ne fasse pas ça dans les règles. »

- A.B. : « Est-ce que vous pensez que le régime actuel a un impact sur la pratique des avocats ? Par exemple, qu'ils sont moins formalistes dans les dossiers et recherchent moins les irrégularités car ils se disent que toute preuve est admise (quasiment tout le temps). »

M^{me} la J.I. : « Ils le sont plus je trouve. Je n'ai jamais eu autant de contestations. En fait, ils se rendent compte que quand un dossier est mal parti pour eux, le seul moyen de le foutre en l'air, c'est de trouver la nullité. Ils cherchent parfois pas trop bien car parfois, nous-mêmes on se rend compte qu'on a fait une erreur, qu'on a fait un copier-coller qui n'aurait pas dû être. Ça n'a pas vraiment d'impact mais c'est là. Mais ils sont beaucoup plus procéduriers qu'avant. »

- A. B. : « Je vous pose cette question car j'ai pu voir un Procureur du Roi et il me disait que c'était très rare que devant lui, on invoque l'article 32, que c'est rare qu'on dise devant eux qu'il y a une preuve irrégulière. »

M^{me} la J.I. : « Oui oui, ça c'est vrai. Car en réalité, ça ne sera jamais le juge d'instruction qui devra trancher. C'est toujours le juge du fond. Donc, l'invoquer devant nous, ça n'a pas d'utilité. Donc éventuellement, devant la chambre du conseil mais souvent, même la chambre du conseil ne va pas trancher. Elle va juste dire si le mandat d'arrêt était illégal ou non.

D'ailleurs, dans le dossier dont je vous ai parlé, elle n'a pas tranché sur le fond. Elle a dit que pour elle, le mandat d'arrêt était légal. Les indices de culpabilité qui sont retenus par madame la juge d'instruction, ils existent. La question de savoir si la MPR est bonne ou mauvaise, je suis une juridiction d'instruction et le Code ne me donne pas la compétence de connaître de la validité de la MPR. La seule personne, la seule institution qui est compétente pour statuer sur la validité de la MPR, c'est la Chambre des mises en accusation. Et donc j'ai cherché pour trouver l'article qui me permettait de demander si ma MPR était légale ou pas. D'abord, je gagne en crédibilité, ça c'est une chose. Et la deuxième, c'est qu'après, leur argumentaire est foutu. C'est le jeu du chat et de la souris mais avec des arguments légaux. La Chambre des mises en accusation me l'a validé et je pense que la Cour de cassation aussi. Je pense qu'ils sont allés en cassation. »

- A. B. : « Est-ce que vous pensez qu'on devrait modifier l'article 32 tel qu'il existe aujourd'hui ? Est-ce que vous trouvez que les trois cas d'exclusion, c'est-à-dire le fait que la formalité soit prescrite à peine de nullité, le fait que ça entache la fiabilité de la preuve ou le fait que ça aille à l'encontre du droit à un procès équitable, est-ce que vous trouvez que c'est suffisant ? Ou y aurait-il des éléments à ajouter ? »

M^{me} la J.I. : « Non, c'est suffisant comme ça. »

- A. B. : « Vous ne pensez pas, par exemple, que l'on pourrait rajouter que si les formalités sont sciemment méconnues, la preuve devrait d'office être exclue ? »

M^{me} la J.I. : « Non. Parce que, justement, ce serait considérer que le juge n'a pas joué son rôle. Ça, c'est mettre le doigt dans l'engrenage de ceux qui pensent que les juges d'instruction font tout et n'importe quoi alors que ce n'est pas le cas justement. Si on est là, c'est pour que tout ça soit vérifié. »

- A. B. : « Ma question était plus dirigée vers l'idée que si des services chargés de l'enquête, je pense à la police, posent un acte sciemment en méconnaissance ? »

M^{me} la J.I. : « C'est au juge à le voir. Il faut le voir. »

- A. B. : « Donc vous estimez que c'est à vous, au juge d'instruction ensuite saisi, de se rendre compte qu'il y a des irrégularités et ensuite régulariser ou enlever les pièces problématiques ? »

M^{me} la J.I. : « Tout à fait. Maintenant, s'ils le font en connaissance de cause, alors, très honnêtement... Les cas que j'ai eus, je ne pense pas qu'ils l'aient fait sciemment. En réalité, plus on va en rajouter, on ne sait pas tout faire rentrer dans un cadre. Il faut arrêter de croire que plus on va en mettre dans la loi, plus ça va aller. Ça va être moins facile justement. Car il suffira de sortir d'un petit bout d'ongle de la loi pour que ça soit fini et qu'on ne parle plus du dossier. Donc, non. Il faut laisser à la jurisprudence son rôle. Je vais donner un exemple. J'entendais récemment avec tout ce qu'on entend à la télé, un groupe de personnes critiquer le fait qu'un crime de sang, c'est un homicide, en disant "pourquoi est-ce qu'on appelle ça un homicide ? Car lorsque c'est une femme, on parle toujours d'homicide". Mais oui car en réalité, la racine latine c'est "homo" mais pas "homme" au sens d'être doté des attributs masculins mais l'être humain. Donc, c'est un homicide. Quel que soit l'homicide, c'est horrible. Retirer la vie à quelqu'un, c'est horrible. Que ce soit un homme ou une femme. Et donc, dès que c'est une femme, ce sont les propos extrêmes que j'ai entendus, il faudrait appeler ça un féminicide. Non ! Un féminicide, c'est tuer une femme parce que c'est une femme. Le Code Napoléon est à ce point bien fait qu'on part quand même, pour un assassinat, de perpétuité à, maintenant, trois ans. Ça nous laisse soit, avec l'acceptation de circonstances atténuantes, à accepter ou non. Il suffit que le jury dise qu'on accepte les circonstances atténuantes pour qu'on descende jusqu'à trois ans. On a quand même de perpétuité jusqu'à trois ans. Et la motivation légale des arrêts de Cour d'assises, désormais, qui permet de dire pourquoi on aurait retenu la perpétuité. Et là, on peut dire qu'on l'a fait car il s'agit d'un assassinat commis sur une femme parce que c'est une femme. Donc il y a toute une série de critères dont on n'a pas besoin. Le code est super bien fait. Plus on va mettre des critères comme ça, plus on va restreindre, alors que le but c'est d'étendre, le cadre. Et on va s'enfermer dans un cadre qui va nous bloquer à un moment ou à un autre. Car s'il manque un des éléments essentiels de l'infraction, hop, la circonstance aggravante ne sera pas retenue. Donc je pense qu'il y a des qualifications qui n'ont pas lieu d'être. »

- A. B. : « Pour rebondir un peu sur tout ça, de dire que le code est bien fait et qu'il y a également la jurisprudence qui est là. Est-ce que vous pensez que c'était nécessaire de

codifier l'article 32 étant donné que l'on avait la jurisprudence de la Cour de cassation ? »

M^{me} la J.I. : « Non. Moi, je ne l'aurais pas fait, je n'aurais pas fait une loi avec ça. »

- A. B. : « D'autant plus que la Cour de cassation continuait à faire évoluer ses critères, à les affiner ? »

M^{me} la J.I. : « Justement, c'est ça. Ça permettait à la jurisprudence de s'affiner et de mettre en place une doctrine par rapport à cela. Maintenant, on est dans un cadre. »

- A. B. : « Tout à fait. Lorsqu'on regarde la jurisprudence, la Cour de cassation a tout de même élaboré beaucoup de critères qu'on pouvait prendre en compte et j'ai l'impression qu'à la limite, c'était peut-être mieux avant qu'on codifie l'article 32 car désormais, on semble vraiment restreint. On ne sait même pas si on peut encore réellement utiliser ce que la jurisprudence avait pu dire sur certains critères, la façon de les utiliser. Donc c'est peut-être plus restreint. »

M^{me} la J.I. : « Je pense qu'il suffit d'aller voir dans l'exposé des motifs, je pense que ça devrait être inscrit. »

- A. B. : « Oui, dans l'exposé des motifs, le député ayant proposé la loi semble dire qu'on peut continuer à utiliser les critères d'appréciation qui avaient été dégagés par la Cour de cassation. Mais pour revenir sur votre avis, c'était quand même mieux de ne pas codifier ? »

M^{me} la J.I. : « Oui, je pense que ce n'était pas utile d'en faire un article. »

- A. B. : « Je ne sais pas si vous connaissez la jurisprudence Gäfgen de la Cour européenne des droits de l'Homme. C'était par rapport à des traitements inhumains et dégradants commis par des policiers sur un suspect, ils l'avaient violenté et menacé de lui faire subir de graves sévices, etc. C'était dans un dossier particulier car un enfant avait été enlevé et les policiers faisaient cela pour essayer de savoir où était l'enfant. Sous la pression de ces traitements, Monsieur Gäfgen a fini par dire où il se trouvait.

Au final, il a été jugé sur base de toutes ces preuves qui ont pu être récoltées suite à ses aveux qui ont été extorqués. Au final, la Cour européenne des droits de l'Homme a validé cela. Le fait que l'on ait obtenu des aveux comme ça et qu'ils aient quand même servi dans l'enquête. Quel est votre avis à ce sujet ? »

M^{me} la J.I. : « Et bien ça dépend de la manière dont les aveux ont été extorqués. Si ça a vraiment été sous la torture ou que sais-je... »

- A. B. : « Il a réellement reçu des coups, il a été menacé de lui donner des sérums de vérité, etc. »

M^{me} la J.I. : « Et c'est objectivité ? »

- A. B. : « Oui, dans l'arrêt, ça l'est. Il a reçu des coups mais on le menaçait également de faire venir des hommes qui sauraient lui faire du mal sans que ça laisse de trace, etc. »

M^{me} la J.I. : « Et ça se passe où cela ? »

- A. B. : « En Allemagne. Et je vous parle de cette jurisprudence car étant donné que la Cour européenne des droits de l'Homme a dit que ça n'allait pas forcément à l'encontre du droit à un procès équitable d'avoir tout de même utilisé les preuves au final. Maintenant, avec l'article 32 qui nous dit qu'on exclut les preuves si elles sont contraires au droit à un procès équitable et que sur ce cas, la Cour a pu dire l'inverse, ça n'aurait pas un impact ? »

M^{me} la J.I. : « C'est-à-dire que, qu'est-ce que c'est le droit à un procès équitable ? C'est le fait de pouvoir, pour le mis en cause, s'expliquer de manière contradictoire sur les aveux qu'il a donnés. Ces aveux ont permis quoi ? De retrouver l'enfant. Donc, en réalité, ce n'est pas tant les aveux que l'on fait... Enfin, je vais aller loin dans le raisonnement. Je vous dirais que moi, à la place, bien que je ne sais pas si le dossier a été mis à l'instruction. Je sais que j'aurais dit à mes policiers « par la porte ou par la fenêtre mais je veux savoir où est ce même pour le retrouver vivant ». Après, on l'acquitte parce que ses aveux ont été extorqués, je dirais que je

m'en fous car dans un dossier comme celui-là, ce qui est important pour moi, c'est qu'on retrouve le gosse vivant. Donc ça, c'est mon raisonnement.

Alors, la question d'après, c'est de se demander si on peut le condamner quand même. Je dirais qu'en réalité, il a pu s'exprimer de manière contradictoire sur le fait que les aveux ont été extorqués. Mais l'essentiel, c'est que l'enfant, on l'a retrouvé où ? A l'endroit où il l'a indiqué. »

– A. B. : « Oui, et il était décédé... »

M^{me} la J.I. : « Et il était décédé... Donc voilà. Je pense que ça a joué. »

– A. B. : « Je pense que c'est cela aussi qui fait que la Cour européenne des droits de l'Homme a "validé". C'est vrai que ça aurait été difficile pour l'opinion publique. »

M^{me} la J.I. : « Il y a toujours des affaires d'opportunité. A la Cour de cassation aussi. Je viens encore d'en lire un avec lequel je ne suis absolument pas d'accord. C'est un vieil arrêt. C'est sur le délai d'appel. C'est un dossier qui vient devant la chambre du conseil, il est confirmé. L'inculpé forme appel de la décision de la chambre du conseil devant la Chambre des mises en accusation et entre temps, il se désiste de son appel. Et la Chambre des mises en accusation acte le désistement d'appel mais parfois, dans certains dossiers, se positionne sur l'affaire. Elle dit « la présente décision, la détention préventive est maintenue pour un mois ou deux mois ». Ici, elle ne dit rien du tout, ce qui veut dire qu'elle ne s'est pas positionnée. Il y a donc désistement d'appel, on revient à la décision de la chambre du conseil. Pour moi, ça, c'est un raisonnement loyal de ce qui se passe. À nous, juges d'instruction, d'aller lire l'arrêt de la Chambre des mises et voir si elle s'est positionnée par rapport au délai. Oui, on suit la Chambre des mises. Non, on en revient à ce que disait la Chambre du conseil. Et la Cour de cassation dit "non non, pas du tout". À partir du moment où la Chambre des mises en accusation s'est réunie, on est reparti pour un mois ou deux mois à dater de cette décision. Je trouve que ce n'est pas logique. Car un désistement d'appel, ça ne sert à rien alors de se désister. Donc moi, j'ai dit à mon greffier « tu refixes dans le délai d'un mois de la décision ». Car j'estime que ce n'est pas juste sinon. Et il y a encore des avocats qui ne connaissent pas cette jurisprudence car je suis convaincue qu'ils l'ont fait dans ce but-là, d'obtenir qu'on allait fixer dans le mois de la décision de la Chambre des mises et qu'ils obtiendraient la main levée du mandat d'arrêt. Il y a des avocats qui le font exprès. Tous les moyens sont bons.

Donc, oui, il y a des arrêts d'opportunité. Alors voilà. La question est : qu'est-ce qui fonde la décision du juge ? Est-ce que ce sont les aveux ? »

- A. B. : « Non, pas totalement. Surtout qu'il a été indiqué qu'on se basait non pas sur les aveux obtenus lors des traitements inhumains et dégradants mais sur les éléments recueillis ensuite durant l'enquête. Cependant, ils ont tout de même obtenu ces éléments-là car il y avait eu les aveux tout d'abord... Il semblerait que, dans tous les cas, si on peut établir qu'on aurait obtenu les éléments matériels de toute façon, indépendamment des aveux, on doit quand même admettre et ne pas se poser la question. Si on n'avait vraiment pas pu les avoir, se posent des questions. »

M^{me} la J.I. : « J'imagine que là, on n'aurait pas pu savoir où se trouvait l'enfant sans avoir des indications de la part de cet homme. C'est comme une personne qui indiquerait qu'elle a bien tué une personne et qu'elle a enterré le corps à tel endroit. Certes, elle pourrait rétracter ses aveux mais ça n'empêche que si on sait où le corps est, c'est un élément essentiel de l'inculpation. Moi, je ne mets jamais dans la motivation de mon mandat d'arrêt que l'un de mes indices de culpabilité, ce sont les aveux de l'inculpé, jamais. Je mets "outre les déclarations de l'inculpé en présence de son conseil". »

- A. B. : « Les aveux perdent tout de même de leur force, j'ai l'impression, avec les autres moyens dont on dispose, on semble moins se fier aux preuves orales. »

M^{me} la J.I. : « Oui. Mais ça dépend. En matière de viol par exemple, c'est compliqué. A partir du moment où la personne est en aveux, on va les utiliser car c'est souvent la parole de l'un contre la parole de l'autre dans ce genre de dossier. On essaiera de les vérifier au maximum pour éviter une rétractation mais voilà. »

- A. B. : « D'accord, merci. J'en viens à ma dernière interrogation. Des formalités prescrites à peine de nullité, il n'y en a plus énormément aujourd'hui. Est-ce que vous pensez que ce critère là, ça n'aurait pas dû être les critères des formalités substantielles touchant à l'organisation des cours et tribunaux, comme avait pu l'établir la Cour de cassation ? Par exemple, le fait que si on ne respecte vraiment pas la saisine du juge d'instruction ou autre, est-ce que ce type de preuve devrait d'office être exclue ? Si on ne respecte vraiment pas les règles de base d'attribution des compétences des cours et

tribunaux, le fait que le juge d'instruction ait telles compétences, que le Procureur du Roi en ait telles autres. Si on ne respecte vraiment pas ça et qu'on a des preuves obtenues par des personnes qui ne devraient pas, est-ce qu'on les garde ? »

M^{me} la J.I. : « Ça m'est arrivé de faire des ordonnances contraires motivées là-dessus. Par exemple, un Procureur du Roi qui fait de l'identification de téléphonie. Il m'avait ensuite demandé un mandat d'arrêt sur base du repérage de la téléphonie qu'il avait fait tout seul un mois avant. Il peut le faire en cas d'urgence seulement mais il doit me demander de valider dans les vingt-quatre heures, ce qu'il n'avait pas fait. Donc, j'ai annulé et je lui ai renvoyé son dossier. »

- A. B. : « Donc ça arrive quand même que des dossiers arrivent avec des éléments qui ne sont pas corrects ? »

M^{me} la J.I. : « Oui et la première chose qu'on fait lorsqu'on reçoit le dossier, c'est se demander si on est bien compétent territorialement, si on est bien saisi de tout. De quoi suis-je exactement saisi ? C'est d'ailleurs arrivé à l'une de mes collègues récemment. Elle a inculpé, car elle avait assez, de vol avec meurtre et de faux informatique. Or, le faux informatique, elle n'était pas saisie initialement. Donc, son inculpation de faux informatique, la chambre du conseil lui a fait la remarque. Et elle a dit qu'elle ne s'était pas rendue compte dans l'élan de la descente, etc. Et moi, je lui ai dit que lorsqu'elle s'en était rendue compte lors de sa descente, elle aurait dû le mettre dans son procès-verbal de descente. Car là, du coup, elle pouvait être saisie verbalement en disant « nous constatons qu'il y a un faux informatique dont nous sommes saisis verbalement par le Procureur du Roi ». Et comme ça, c'était régularisé. Mais ça, c'est l'expérience. Il y a une différence entre un juge d'instruction avec vingt-et-un ans de bouteille et un juge d'instruction avec deux ans de bouteille. Ça c'est clair que ça fait. »

- A. B. : « Je n'ai pas d'autres questions à vous poser mais si vous désirez me donner votre avis ou une anecdote, libre à vous. »

M^{me} la J.I. : « Non pas réellement sauf que c'est bien la preuve que le juge d'instruction a encore toute son utilité malgré tout ce que certains en pensent. Et qu'on instruit bien à charge et à décharge. C'est une phrase hypocrite où dans la mesure où, dès qu'on inculpe quelqu'un, on n'est plus à décharge. Mais ça le reste tout de même. Car ça arrive qu'un inculpé dise "non

madame la juge, je n'ai pas fait ce que vous me reprochez". Et s'il y a des éléments, on leur montre. Mais il continue à dire que non. On inculpe. On place éventuellement sous mandat d'arrêt. L'avocat fait son travail et demande de faire tel ou tel devoir. Et c'est cela instruire à décharge. Oui, les devoirs que vous me demandez, je vais les faire. Je n'attends même pas une requête Franchimont. Je vais les faire. Se rendre compte qu'effectivement, à l'heure des faits, la personne n'était manifestement pas sur place et lever le mandat d'arrêt immédiatement. Ça aussi, c'est instruire à décharge. Partir du postulat qu'à partir du moment où on dirige une enquête, on n'instruit plus à décharge, c'est faux et c'est réellement méconnaître le travail du juge d'instruction au quotidien. Mais ceux qui disent ça, ils restent dans leur bureau même avec beaucoup de talent. C'est l'esprit de la réforme et de ces pseudos-enquêtes. Et si on était juge de l'enquête, on serait juste des juges tamponneurs. »

- A. B. : « Je vous remercie beaucoup pour cette entretien madame la juge. Ça fait réellement évoluer mon point de vue car ça montre tout de même que les craintes et préoccupations qu'on peut lire en théorie ne se vérifient pas réellement dans la pratique car j'ai pu vous entendre vous, un officier de police judiciaire ainsi qu'un Procureur du Roi. »

M^{me} la J.I. : « Mais il n'est pas rare que des policiers, dans des enquêtes qui ne sont pas les miennes, me téléphonent en me disant « on peut faire ça madame la juge ? », « vous pensez qu'on peut aller jusque là ? » car un autre magistrat leur a donné des instructions. Et ils se posent la question. Donc, c'est dire que même des policiers essaient d'être garants de la loyauté du dossier qu'ils sont en train de monter. Il y a des policiers qui me disent « voilà ce que j'ai pour demander une écoute, est-ce que vous pensez que vous aurez assez avec ces éléments-là pour motiver une ordonnance d'écoute ou de méthode particulière, une infiltration, etc. ? ». Et donc on discute, on analyse et je dis oui ou non. Non, à ce stade-ci, je n'ai pas assez donc on va refaire de la téléphonie, on va refaire des tas de choses. Même les policiers viennent demander. Donc oui, il y en a qui font un peu à leur mode mais lorsqu'ils ne font pas bien les choses, il faut recadrer cela et essayer de sauver son dossier légalement. »

Bibliographie

Législation

Législation internationale

Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, articles 3, 6, 8, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, signé à New-York le 16 décembre 1966, approuvé par la loi du 15 mai 1981, article 14, *M.B.*, 6 juillet 1983, p. 8806.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.C.E.*, 18 décembre 2000, C 364, articles 7, 8.

Législation nationale

Constitution coordonnée du 17 février 1994, articles 15, 22, *M.B.*, 17 février 1994, p. 4054.

Code pénal du 8 juin 1867, article 458, *M.B.*, 9 juin 1867, p. 3133.

Code d'instruction criminelle du 17 novembre 1808, articles 35*bis* alinéa 1^{er}, 47*bis*, 47*quater*, 61*quinquies*, § 2, alinéa 2, 86*bis* § 4, 86*ter* dernier alinéa, 90*ter* à 90*decies*, 131, 154, 155, 235*bis*, 407, *M.B.*, 27 novembre 1808, p. 0.

Loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du code de procédure pénale, articles 30, 32, *M.B.*, 25 avril 1878, p. 1265.

Loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire, article 40, *M.B.*, 22 juin 1935, p. 4002.

Loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, article 29, *M.B.*, 22 décembre 1992, p. 27124.

Loi du 9 décembre 2004 sur la transmission policière internationale de données à caractère personnel et d'informations à finalité judiciaire, l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90*ter* du Code d'instruction criminelle, article 13, *M.B.*, 24 décembre 2004, p. 86573.

Loi du 13 août 2011 modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assistée par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté (dite loi Salduz), *M.B.*, 5 septembre 2011, p. 56347.

Loi du 24 octobre 2013 modifiant le titre préliminaire du code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités, *M.B.*, 12 novembre 2013, p. 84999.

Loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, articles 66, 67, 68, *M.B.*, 19 février 2016, p. 13130.

Projet de loi contenant le Code de procédure pénale, *Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 51-2138/1.

Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2008-2009, n° 52-2163/1.

Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, Avis du Conseil d'Etat n° 47 320/2, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2163/2.

Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, *Doc. parl.*, sess. extr. 2010, n°53-0041/1.

Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, Amendement n° 1, *Doc. parl.*, sess. ord. 2011-2012, n° 53-41/2.

Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, *Doc. parl.*, sess. ord. 2012-2013, n° 53-0041/2.

Proposition de loi insérant, dans le Titre préliminaire du Code de procédure pénale, une deuxième partie concernant les principes généraux de la procédure pénale, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 53-2236/1.

Projet de loi modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités, Rapport fait au nom de la Commission de la justice, Avis de la Cour de cassation, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-1924/3.

Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, Rapport fait au nom de la Commission de la justice par Mesdames Carina VAN CAUTER et Sophie DE WIT, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 53-0041/3.

Jurisprudence

Jurisprudence européenne et internationale

Cour eur. D.H., arrêt Niemietz c. Allemagne du 16 décembre 1992, <https://www.echr.coe.int> (13 février 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Funke c. France du 25 février 1993, <https://www.echr.coe.int> (27 janvier 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Teixeira de Castro c. Portugal du 9 juin 1998, <https://www.echr.coe.int> (2 février 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Schenk c. Suisse du 12 juillet 1988, <https://www.echr.coe.int> (29 novembre 2020).

Cour eur. D.H., arrêts Fitt c. Royaume-Uni et Jasper c. Royaume-Uni du 16 février 2000, <https://www.echr.coe.int>.

Cour eur. D.H., arrêt Capeau c. Belgique du 13 janvier 2005, <https://www.echr.coe.int> (25 février 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Vanyan c. Russie du 15 décembre 2005, <https://www.echr.coe.int> (2 février 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Jalloh c. Allemagne du 11 juillet 2006, <https://www.echr.coe.int> (3 octobre 2020).

Cour eur. D.H., arrêt Ramanauskas c. Lituanie (G.C.) du 5 février 2008, <https://www.echr.coe.int> (2 février 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Malinas c. Lituanie du 1^{er} juillet 2008, <https://www.echr.coe.int> (2 février 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Salduz c. Turquie du 27 novembre 2008, <https://www.echr.coe.int> (22 février 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Lee Davies c. Belgique du 28 juillet 2009, <https://echr.coe.int> (3 octobre 2020).

Cour eur. D.H., arrêt Dayanan c. Turquie du 13 octobre 2009, <https://www.echr.coe.int> (22 février 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Gäfgen c. Allemagne du 1^{er} juin 2010, <https://echr.coe.int> (3 octobre 2020).

Cour eur. D.H., arrêt Brusco c. France du 14 octobre 2010, <https://www.echr.coe.int> (28 janvier 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Bannikova c. Russie du 4 novembre 2010, <https://www.echr.coe.int> (2 février 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Zdravko Petrov c. Bulgarie du 23 juin 2011, <https://www.echr.coe.int> (28 janvier 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Navone et autres c. Monaco du 24 octobre 2013, <https://www.echr.coe.int> (28 janvier 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Lagutin et autres c. Russie du 24 avril 2014, <https://www.echr.coe.int> (2 février 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Kalnéniené c. Belgique du 31 janvier 2017, <https://echr.coe.int> (3 octobre 2020).

Cour eur. D.H., opinion dissidente du juge Loucaides sous l'arrêt Khan c. Royaume-Uni du 12 mai 2002, <https://www.echr.coe.int> (1^{er} mars 2021).

Cour eur. D.H., opinion dissidente de la juge Tulkens sous l'arrêt P.G. et J.H. c. Royaume-Uni du 25 septembre 2001, <https://www.echr.coe.int> (1^{er} mars 2021).

Cour eur. D.H., opinion dissidente du juge Spielmann sous l'arrêt Bykov c. Russie (G.C.) du 10 mars 2009, <https://www.echr.coe.int> (1^{er} mars 2021).

Jurisprudence nationale

Cass. (2^e ch.), 10 décembre 1923, *Pas.*, 1924, p. 67, concl. Av. gén. P. Leclercq.

Cass. (2^e ch.), 17 janvier 1990 (Dutry), *Pas.*, 1990, I, p. 588.

Cass. (2^e ch.), 14 octobre 2003 (D.Y.), *Pas.*, 2003, liv. 9-10, p. 1607, concl. Av. gén. M. De Swaef.

Cass. (2^e ch.), 23 mars 2004 (B.E.), *Pas.*, 2004, liv. 3, p. 500.

Cass. (2^e ch.), 16 novembre 2004 (B.M.), *Pas.*, 2004, liv. 11, p. 1795.

Cass. (2^e ch.), 2 mars 2005 (C. / S.P.R.L. Le chocolatier Manon), *Pas.*, 2005, liv. 3, p. 505, concl. Av., gén. D. Vandermeersch.

Cass. (2^e ch.), 12 octobre 2005, *Pas.*, 2005, liv. 9-10, p. 1904.

Cass. (2^e ch.), 30 mars 2010 (Procureur-generaal bij het hof van Beroep te Antwerpen / J.J.K., S.J.L.V. e.a.), *Pas.*, 2010, liv. 3, p. 1058.

Cass., 15 décembre 2010 (B. R., J., J. / M.O., M.A., H.A.), juportal.be (23 février 2021).

Cass. (2^e ch.), 31 mai 2011 (Le procureur général près la Cour d'appel de Bruxelles, Etat belge / W.D., S.C., B.J.-M. e.a.), *Pas.*, 2011, liv. 5, p. 1571, concl. Av. gen. Genicot.

Cass. (2^e ch.), 3 avril 2012 (I. 17 burgerlijke partijen, II. 62 burgerlijke partijen / Aartsbisdom Mechelen-Brussel, G.D.), *Pas.*, 2012, liv. 4, p. 745.

Cass. (2^e ch.), 24 avril 2013 (M.K.A.H., M.K.A.S., e.a. / F.A., B.S.R.W., e.a.), *Pas.*, 2013, liv. 4, p. 929, concl. Av. gén. D. Vandermeersch.

Cass. (2^e ch.), 28 mai 2013 (74 burgerlijke partijen / Aartsbisdom Mechelen-Brussel, kardinaal Godfried Danneels), *Pas.*, 2013, liv. 5, p. 1209.

Cass., 30 octobre 2013 (D'O. L., S.R., D.M. e.a.), *Pas.*, 2013, liv. 10, p. 2099, concl. Av. gén. Vandermeersch.

Cass. (2^e ch.), 8 janvier 2014 (V.J., R.S.), *Pas.*, 2014, liv. 1, p. 36, concl. Av. gén. D. Vandermeersch.

Cass., 26 février 2014 (B.A., B.H., B.H., E. M.A.), *Pas.*, 2014, liv. 2, p. 507.

Cass. (2^e ch.), 8 avril 2014 (L.H.C.V.), *Pas.*, 2014, liv. 4, p. 922.

Cass. (2^e ch.), 8 avril 2014 (M.P.V. / Federaal agentschap voor de veiligheid van de voedselketen), *Pas.*, 2014, liv. 4, p. 928.

Cass. (2^e ch.), 8 avril 2014 (I. W.L.C.R.; II. J.D.), *Pas.*, 2014, liv. 4, p. 940.

Cass. (2^e ch.), 30 avril 2014 (Le procureur général près la Cour d'appel de Bruxelles, Etat belge / D.C.S., D.W.E. e.a.), *Pas.*, 2014, liv. 4, p. 1024.

Cass. (2^e ch.), 14 mai 2014 (B. C. C.), *Pas.*, 2014, liv. 5, p. 1175.

Cass. (2^e ch.), 28 mai 2014 (Le procureur général près la Cour d'appel de Liège / A.A., A.N., T.M., E.H.S.), *Pas.*, 2014, liv. 5, p. 1336, concl. Av. gén. D. Vandermeersch.

Cass. (2^e ch.), 10 juin 2014 (Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Antwerpen / V.V.B., E.D.L.C.D. e.a.), *Pas.*, 2014, liv. 6-7-8, p. 1459.

Cass. (2^e ch.), 5 novembre 2014 (K.D. / Q.J., C.A., G.V.), *Pas.*, 2014, liv. 11, pp. 2452.

Cass. (2^e ch.), 4 mars 2015 (Le procureur-général près la Cour d'appel de Liège / S. A.), *Pas.*, 2015, liv. 3, p. 552.

Cass. (2^e ch.), 26 mai 2015 (Procureur des Konings bij de Rechtbank van Eerste Aanleg te Mechelen / J.G.P.L.), *Pas.*, 2015, liv. 5, p. 1361.

Cass. (2^e ch.), 23 septembre 2015 (M.K.A.H., M.K.A.S., M.K.A.R., e.a. / F.A., B.S.R.W., Le centre fédéral pour l'analyse des flux migratoires, e.a.), *Pas.*, 2015, liv. 9, p. 2159, concl. Av. gén. D. Vandermeersch.

Cass. (2^e ch.), 20 avril 2016 (Le procureur général près la Cour d'appel de Mons / B.N., B.B., W.G., e.a.), www.juportal.be (19 février 2021).

Cass. (2^e ch.), 18 janvier 2017, *Rev. dr. pén.*, 2017, pp. 630 à 640.

Cass. (2^e ch.), 20 mars 2018 (I.S.), www.juportal.be (24 mars 2021).

Cass. (2^e k.), 29 mai 2018 (M.P., A.R.A., S.P., e.a.), www.juportal.be (19 février 2021).

Cass., 27 septembre 2018 (M.L.L. / Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, Ordre des Barreaux Francophones et Germanophone de Belgique), www.juportal.be (27 janvier 2021).

Cass. (2^e ch.), 12 décembre 2018 (D.Y.), www.juportal.be (19 février 2021).

Cass. (2^e ch.), 29 mai 2019 (B.Y.), www.juportal.be (17 février 2021).

Cass. (2^e ch.), 25 mars 2020 (LE PROCUREUR GENERAL PRES LA COUR D'APPEL DE LIEGE / EL G. B., M. D., B. A., e.a.; AJ. A.), *J.L.M.B.*, 2020, p. 1461.

Anvers, 11 avril 2003, *T. Strafr.*, 2004, liv. 2, p. 147.

Bruxelles (14^e ch. corr.), 3 décembre 2013, arrêt n° 1361, inédit.

Corr. Flandre orientale (div. Gand), 21 février 2019, *R.A.B.G.*, 2020, liv. 10, p. 825.

Doctrine

ANDERSEN R., BERNARD A., Baron CHARLES, DE GRAVE J., Baron DU JARDIN, FORIERS P.-A., Vicomte HAYOIT DE TERMICOURT, Baron MAHAUX et SIMONT L., « Chapitre II. - Les principes généraux du droit qui gouvernent les procédures », in *Répertoire pratique du droit belge : complément 11*, 1^{er} éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 371 à 404.

BEERNAERT M.-A., « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », *J.L.M.B.*, 2005, n° 25, p. 1094 à 1109.

BEERNAERT M.-A., « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. Trim. D.H.*, 2006, n°69, pp. 81 à 105.

BEERNAERT M.-A., « Antigone, le prince et "l'idéal de justice" », obs. sous Cass., 30 avril 2014, *J.L.M.B.*, 2014, liv. 29, pp. 1369 à 1377.

BEERNAERT M.-A., « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : nouvel état de la question », in *La théorie des nullités en droit pénal* (sous la dir. de I. BOUIOUKLIEV et P. DHAeyer), Limal, Anthemis, 2014, pp. 69 à 90.

BEERNAERT M.-A., « Antigone : les prémices de l'arrêt du 14 octobre 2003 », in *La jurisprudence Antigone sous le triple axe, pénal, social et fiscal* (sous la dir. de S. SCARNA), Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 11 à 20.

BEERNAERT M.-A., « Le nouveau Code de procédure pénale en projet : quelques lignes de force », in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale* (sous la dir. de V. FRANSEN et A. MASSET), Liège, Anthémis, 2019, pp. 133 à 162.

BEERNAERT M.-A., COLETTE-BASECQZ N., GUILLAIN C., KENNES L., MANDOUX P., PREUMONT M. et VANDERMEERSCH D., *Introduction à la procédure pénale*, 7^e éd., Bruxelles, La Charte, 2019.

BERBUTO S. et THEVISSSEN P., « Droits de la défense - l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Postal Memorialis : lexique du droit pénal et des lois spéciales* (X), Malines, Kluwer, mis à jour en mai 2012, pp. D204/01 à D.204/28.

BERKMOES H., « Het grondwettelijk hof geeft zijn zegen aan de antigoonrechtspraak : een commentaar bij het arrest nr. 158/2010 van 22 december 2010 », *Vigiles*, 2011/2, pp. 11 à 17.

BERNEMAN S., « Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal: Een inleiding tot het Antigoonarrest van 14 oktober 2003 », *T. Straf.*, 2004, n° 1, pp. 2 à 39

BERNEMAN S., « L'admissibilité de la preuve dans un système continental : le modèle belge », *R.D.P.C.*, 2007, pp. 298 à 343.

BOSLY H.-D., VANDERMEERSCH D. et BEERNAERT M.-A., *Droit de la procédure pénale*, 8^e éd., Bruges, La Charte, 2017.

COLETTE-BASECQZ N., « L'admissibilité des preuves irrégulières au regard du droit à un procès équitable : la jurisprudence "Antigoon" sous la loupe de la Cour européenne des droits de l'Homme », note sous Cour eur. D.H., 28 juillet 2009, *Rev dr. pén. crim.*, 2010, pp. 324 à 335.

COLETTE-BASECQZ N., « Nullité de la preuve en matière pénale / quoi de neuf ? », *Le Pli juridique*, liv. 32, 2015, pp. 28 à 42.

COLETTE-BASECQZ N. et BEKHOUCHE I., « Les dernières évolutions concernant les preuves irrégulières en matière pénale », in *La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques* (sous la coord. de B. FOSSEPREZ et A. PÜTZ), Limal, Anthemis, 2013, pp. 9 à 42.

COLETTE-BASECQZ N. et BLAISE N., *Manuel de droit pénal général*, 4^e éd., Limal, Anthemis, 2019.

CUYKENS S., HOLZAPFEL D. et KENNES L., *La preuve en matière pénale*, Bruxelles, Larcier, 2015.

DE BECO D., « Les actes d'instruction prescrits à peine de nullité », in *La théorie des nullités en droit pénal* (sous la dir. de I. BOUIOUKLIEV et P. DHAeyer), Limal, Anthemis, 2014, pp. 127 à 148.

DE CODT J., *Des nullités de l'instruction et du jugement*, Bruxelles, Larcier, 2006.

DE CODT J., « Preuve pénale et nullités. », *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, n° 6, pp. 634 à 666.

DE CODT J., « La nouvelle loi sur les nullités : un texte inutile ? », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2014, n°3, pp. 245 à 266.

DE DECKER S., « Waar wordt aan de deur geklopt ? Over een huiszoekingsbevel met een "verkeerd" huisnummer », note sous Anvers, 23 avril 2008, *Vigiles*, 2009/1, pp. 32 à 34.

DE DECKER S., « Antigoon vooruit ? Straatsburg heeft geen bezwaar tegen de antigoonrechtspraak », *Vigiles*, 2009/5, pp. 201 à 204.

DE HERT P. et HERBOTS P., « De provocatie levert altijd onrechtmatig bewijs op en vergt de uitsluiting van al het bewijs, inclusief dit van de begeleidende bewijselementen », note sous Cour eur. D.H., 5 février 2008, *Vigiles*, 2008/3, pp. 140 à 147.

De NAUW A. et KUTY Fr., « La violation du secret professionnel » in *Manuel de droit pénal spécial* (sous la coord. de A. DE NAUW et Fr. KUTY), 2018, Warerloo, Kluwer, p. 668 à 716.

DE SMET B., *Nietigheden in het strafproces*, Anvers, Intersentia, 2011.

DE SMET B., « De regelmatigheid van bewijs afkomstig uit het buitenland, de eed van de verdachte en te laat neergelegde conclusies », note sous Cass., 30 avril 2014, *R.W.*, 2015, liv. 28, pp. 1104 à 1108.

DE VALKENEER C., « De l'illégalité commise par un tiers dans l'administration de la preuve », note sous Cass., 17 avril 1991, *Rev. dr. pén. crim.*, n°1, pp. 104 à 109.

DE VALKENEER C., « Que reste-t-il du principe de légalité de la preuve ? Variations autour de quelques arrêts récents de la Cour de cassation », note sous Cass, 2 mars 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, n° 6, pp. 685 à 695.

DE VALKENEER C., « Les règles substantielles de la procédure pénale : la jurisprudence Antigoon s'enrichit d'un nouveau critère ou la construction tortueuse d'un régime de preuve aux voies assez impénétrables », note sous Cass., 24 avril 2013, *Rev. dr. pén. crim.*, 2013, n° 11, pp. 1008 à 1018.

DE VALKENEER C., *Manuel de l'enquête pénale. Tome I, Principes généraux*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2018.

DEJEMEPPE B. et KENNES L., « Le contrôle par la Cour de cassation de la régularité de la preuve – Développements récents », in *La preuve : questions spéciales* (sous la dir. de Fr. KUTY et D. MOUGENOT), Liège, Anthemis, 2008, pp. 63 à 104.

DERUYCK F., « Wat krom is, wordt recht. Over de bruikbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs », in *Strafrecht en strafprocesrecht* (L. ARNOU, J. DELMULLE, e.a.), Malines, Kluwer, 2006, pp. 201 à 231.

DHAEYER P., « Mais où est donc passée la nullité ? Les preuves irrégulières en droit pénal et leur usage en matière d'impôts. État de la question en Belgique et regard sur le droit néerlandais », *R.G.C.F.*, 2007, n° 3, pp. 155 à 166.

DHAEYER P., « Le régime général des nullités des preuves irrégulières en Belgique et à l'étranger », in *La théorie des nullités en droit pénal* (sous la dir. de I. BOUIOUKLIEV et P. DHAEYER), Limal, Anthemis, 2014, pp. 7 à 36.

FRANCHIMONT M., JACOBS A. et MASSET A., *Manuel de procédure pénale*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012.

FUNCK H., « L'irrégularité touchant à l'organisation des cours et tribunaux n'est plus automatiquement une cause de nullité en matière pénale. La loi du 24 octobre 2013, frein à l'arrêt de cassation du 24 avril 2013 », *Chron. D.S.*, 2013, liv. 8, pp. 401 à 405.

GOOSSENS Fr. et VANDEHOLE W., « La vision de Strasbourg sur les menaces de torture pendant l'audition des suspects par la police et les preuves qui en résultent : l'arrêt Gäfgen contre Allemagne du 1^{er} juin 2010 », *Vigiles*, 2011/4, pp. 140 à 150.

GUENTER S. et SCHUERMANS F., « Enkele recente *Antigoon*-evoluties en de toepassing ervan op een oregelmatige observatie en/of infiltratie », note sous Gand (mis. acc.), 25 juin 2013, *T. Straf.*, 2013/5, pp. 329 à 335.

HENRY P., « Harpocrate contre Astrée : l'avocat entre confidence et transparence », in *La transparence : une obligation ou un atout pour l'avocat*, Limal, Anthémis, 2019, pp. 55 à 93.

KENNES L., *La preuve en matière pénale*, vol. 1, Bruxelles, Kluwer, 2005.

KENNES L., *Manuel de la preuve en matière pénale*, 2^e éd., Malines, Kluwer, 2009.

KENNES L., « L'impertinente Antigone ou le défaut de pertinence du critère d'équité du procès pour décider de l'exclusion d'une preuve irrégulière », *J.T.*, liv. 1, 2018, n° 6713, p. 2 à 9.

KENNES L., « L'enquête pénale à l'épreuve de la loi "pot-pourri II", purge des nullités », in *Le Pli juridique*, 2019, n° 47, pp. 30 et 31.

KENNES L. et HOLZAPFEL D., « La déloyauté d'un enquêteur peut justifier l'écartement des procès-verbaux rédigés par celui-ci sans pour autant impliquer l'irrecevabilité des poursuites », note sous Cass., 25 mars 2020, *J.L.M.B.*, 2020, n° 31, p. 1468 à 1476.

KLESS O., « La preuve en droit pénal : une évolution de la jurisprudence ou 50 nuances d'Antigone ? », note sous Cass., 18 janvier 2017, *Rev. dr. pén. crim.*, 2017, pp. 640 à 655.

KUTY Fr., « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *J.T.*, 2005, n° 20, pp. 349 à 355.

KUTY Fr., « Le droit de la preuve au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation » in *Questions d'actualités de droit pénal et de procédure pénale : colloque organisé à Mons le 27 mai 2005* (Conférence du Jeune Barreau de Mons, sous la présidence de J. MESSINNE), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 53 à 108.

KUTY Fr., « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales* (sous la dir. de Fr. KUTY et D. MOUGENOT), Liège, Anthemis, 2008, pp. 7 à 62.

LUGENTZ Fr., « Entraide judiciaire internationale en matière pénale – L'examen de la régularité des preuves recueillies à l'étranger au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation à propos de l'administration de la preuve », note sous Cass., 30 avril 2014, *Rev. dr. pén. crim.*, 2014, liv. 7-8, pp. 843 à 862.

LUGENTZ Fr., « La sanction de l'irrégularité de la preuve en matière pénale après la loi du 24 octobre 2013 », *J.T.*, 2015, n° 8, pp. 185 à 195.

LUGENTZ Fr., « Les effets de la nullité de la preuve irrégulière », note sous Bruxelles (mis. acc.), 11 avril 2014, *Rev. dr. pén. crim.*, 2015, pp. 177 à 184.

LUGENTZ Fr., « Les effets de l'irrégularité de la preuve dans la procédure pénale. Trois ans d'application de la loi du 24 octobre 2013 », *J.T.*, 2017, n° 4, pp. 61 à 68.

LUGENTZ Fr., *La preuve en matière pénale : sanction des irrégularités*, Limal, Anthemis, 2017.

MARTY M., *La légalité de la preuve dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Larcier, 2016.

MASSET A., « Les preuves illégales et irrégulières en matière pénale : 8 ans d'application du test Antigone », in *Bewijs in strafzaken : wetenschappelijke en juridische verkenning van hedendaagse aspecten van nationaal en europees strafrecht m.b.t. bewijs – La preuve en droit pénal : approche scientifique et juridique de quelques aspects actuels du droit national et européen de la preuve en matière pénale* (J.-P. BEAUTHIER, D. FLORE, A. MASSET, B. RENARD, Ph. TRAEST, G. VERMEULEN), Bruxelles, La Charte, 2011, pp. 1 à 35.

MASSET A., « Preuves pénales irrégulières ou illégales : quelles conséquences en droit de la circulation routière ? », in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2012* (P. LECOCQ, M. DAMBRE, A. BERTHE, B. BIEMAR, S. BOUFFLETTE, e.a.), Bruxelles, La Charte, 2012, pp. 149 à 190.

MASSET A., « Jurisprudence Antigone », in *La justice: enjeux et perspectives de demain – Justitie : vraagstukken en perspectieven voor morgen* (sous la dir. de E. BOYDENS et R. DE BAERDEMAEKER), Limal, Anthemis, 2013, pp. 15 à 30.

MASSET A., « 3 - Le régime des nullités en procédure pénale », in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 97-130.

MICHIELS O., *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, Limal, Anthémis, 2015.

MICHIELS O., « Le secret professionnel de l'avocat : rapide tour d'horizon autour d'une triple thématique », *Rev. Fac. Droit ULg*, 2018, n° 1, pp. 205 et 214.

MICHIELS O. et FLAQUE G., « Les éléments de preuves recueillis à l'étranger / essai de synthèse », *J.L.M.B.*, 2014, liv. 9 pp. 413 à 426.

MICHIELS O. et JACOBS A., « Les implications de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme sur les preuves. La jurisprudence Salduz et l'arrêt Gäfgen », *J.T.*, 2011/9, n° 6427, pp. 153 à 161.

MONVILLE P. et HOLZAPFEL D., « La questions des nullités, *Salduz* et mandat d'arrêt », in *La théorie des nullités en droit pénal* (sous la dir. de I. BOUIOUKLIEV et P. DHAeyer), Limal, Anthemis, 2014, pp. 37 à 68.

MONVILLE P. et HOLZAPFEL D., « Chapitre 2. – Antigone : les évolutions législatives et jurisprudentielles en droit pénal... Un bilan navrant et sévère !!! », in *L'évolution de la jurisprudence Antigone sous le triple axe, pénal, social et fiscal* (sous la dir. scientifique de S. SCARNA), Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 21 à 41.

MOREAU T., « Chapitre XXV - La violation du secret professionnel », in *Les infractions – Volume 5* (sous la dir. de H.-D. BOSLY et C. De VALKENEER), 1^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 685 à 726.

NICAISE F., « L'admissibilité de la preuve en droit pénal », *Le Pli juridique*, 2010, n° 13, pp. 4 à 9.

SCHUERMANS F., « Antigoon geen vrijgeleide voor onbehoorlijk politieoptreden: trekt cassatie de teugels aan? », *T. Straf.*, 2009, n° 3, pp. 152 à 158.

SCHUERMANS F., « Antigoonrechtspraak nu definitief in de fase van de rusitge vastheid ? », note sous Cour eur. D.H., 28 juillet 2009, *R.A.B.G.*, 2010/1, pp. 17 à 24.

SCHUERMANS F., « Na Straatsburg betoneert nu ook Grondwettelijk Hof de *Antigoon*-rechtspraak », note sous C. const., 22 décembre 2010, *R.A.B.G.*, 2011/8, pp. 580 à 585.

THEVISSSEN P., « Preuve en droit pénal », in *Postal Mémoires : lexique du droit pénal et des lois spéciales*, Malines, Kluwer, 2009, pp. P.185/01 à P.185/24.

TRAEST P., « Recente tendenzen in het bewijsrecht in strafzaken », in *Straf recht? – Strafrecht: actuele tendenzen* (L. ARNOU, T. DESCHEPPER, I. LARMUSEAU, M. MINNAERT, B. ROELANDTS, J. ROMBAUT, P. TRAEST et J. VAN DEN BERGHE), Anvers, Maklu, 2001, pp. 251 à 276.

VAN BOSSUYT H. et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *La preuve en procédure pénale*, Bruxelles, Larcier, 2010.

VAN BRUSTEM M. et VAN BRUSTEM E., « Régularité des preuves recueillies à l'étranger à l'aune du test de proportionnalité et procès équitable », note sous Cass., 30 avril 2014, *R.G.C.F.*, 2014/2, pp. 132 à 138.

VAN DONINCK J., « Onrechtmatig bewijs in strafzaken : van dogmatisme naar pragmatisme », in *La justice: enjeux et perspectives de demain – Justitie : vraagstukken en perspectieven voor morgen* (sous la dir. de E. BOYDENS et R. DE BAERDEMAEKER), Limal, Anthemis, 2013, pp. 1 à 14.

VAN VOLSEM F., « Antigoon geen spook maar een reddende engel bij de foutieve uitvoering van een correct bevolen tapmaatregel », note sous Cass., 19 juin 2007, *R.A.B.G.*, 2008, n° 7, pp. 440 à 447.

VANDERMEERSCH D., « La jurisprudence "Antigoon" : Évolution, Remise en question et perspective de consécration légale », in *Actualités en droit pénal* (GUILLAIN C., KENNES L., DE BECO D., CUYKENS S., GIACOMETTI M. et MONVILLE P.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 7 à 58.

VANDERMEERSCH D., « La purge des nullités et le règlement de la procédure », in *La théorie des nullités en droit pénal* (sous la dir. de I. BOUIOUKLIEV et P. DHAEYER), Limal, Anthemis, 2014, pp. 91 à 126.

VANDROMME S., « Uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs : van automatisme naar verplichte toepassing van de Antigoon-toetsing », note sous Cass., 12 octobre 2005, *Vigiles*, 2006/3, pp. 106 à 110.

VERSTRAETEN R., *Handboek strafvordering*, 5^{de} vol., Anvers, Maklu, 2012.

