

Le second argument invoqué par la défense en vue d'écarter les pièces relatives à l'audition de Marine R. repose sur le contenu de l'audition de la mineure telle qu'elle est transcrite dans le procès-verbal 1572/2007 de la police judiciaire fédérale de Verviers. La défense soutient que l'audition de Marine R. aurait dû être interrompue conformément à l'article 95, alinéa 2, du code d'instruction criminelle.

Ce dernier énonce :

« A tout moment au cours de l'audition enregistrée, le mineur peut demander d'interrompre l'enregistrement. Cette demande est immédiatement suivie d'effet et actée au procès-verbal ».

A la lecture de l'audition de Marine R., il apparaît que celle-ci a indiqué une première fois à l'inspecteur de police qui l'entendait : « je voudrais bien arrêter d' parler ... ». Une seconde fois, elle dira : « je veux arrêter d' parler et je veux aller avec maman ... ».

Il ressort sans aucun doute possible de ces deux phrases que Marine R. avait effectivement demandé d'interrompre l'enregistrement. Ces demandes n'ont pourtant pas été suivies d'effet et l'audition de la mineure s'est poursuivie.

Le texte de l'article 95 du code d'instruction criminelle étant clair en prescrivant l'interruption immédiate de l'audition du mineur à la demande de celui-ci, l'inspecteur de police qui a effectué l'audition de Marine R. n'a pas respecté l'article 95 du code d'instruction criminelle en l'espèce.

Pour les deux motifs qui viennent d'être développés ci-avant, le tribunal décidera d'écarter du dossier répressif les pièces 3 et 12 relatives à l'audition vidéo-filmée de Marine R. ainsi que tous les éléments du dossier qui reposent sur ces mêmes pièces :

Quant aux faits ...

Par ces motifs, ...

Au niveau pénal :

Dit non établies à charge du prévenu Francis R. les préventions A1 et B2 telles qu'elles sont libellées à la citation ;

Le renvoie, dès lors, acquitté des poursuites dirigées contre lui de ces chefs et délaisse à l'Etat les frais de sa mise à la cause ;

Ordonne la jonction au dossier de procédure des pièces à conviction déposées au greffe du tribunal correctionnel de Verviers sous les n° 611/07, 612/07 et 1070/07.

Au niveau civil :

Se déclare incompétent pour connaître de la constitution de partie civile de Muriel Q., agissant en qualité d'administratrice légale des biens de la personne de sa fille Marine R., dirigée contre le prévenu Francis R.

Siég. : MM. **J.-P. Dumoulin, P. Lebrun** et **S. Charlier**. Greffier : Mme **M. Lecolle**.

Plaid. : M^e **J. Baivier**.

J.L.M.B. 09/796

Observations

L'écarterment des pièces recueillies par le juge d'instruction et l'annulation de l'audition vidéo-filmée d'un mineur victime d'abus sexuel : deux questions pour deux solutions distinctes

1. Le jugement prononcé par le tribunal correctionnel de Verviers tranche deux demandes formulées par la défense. La première portait sur le retrait d'auditions réalisées par le juge d'instruction. A l'appui de son moyen, le prévenu avançait que ces pièces se rapportaient à des faits étrangers à ceux repris à la citation. La seconde concluait à l'annulation de l'audition vidéo-filmée d'une mineure victime d'abus sexuels au motif que les articles 93 et 95 du code d'instruction criminelle n'avaient pas été respectés.

A ces deux questions, la juridiction verviétoise y réserve deux réponses distinctes. C'est sur l'examen de ces deux moyens de défense et le sort qui leur a été donné que nous allons focaliser notre attention.

A. Les pièces étrangères aux faits repris à la citation qui résultent des investigations menées par le juge d'instruction

2. La saisine du juge d'instruction est réelle. Il s'ensuit qu'il appartient à ce magistrat d'instruire uniquement à l'égard du fait dont il est saisi contre tous les auteurs, coauteurs ou complices de ce fait même s'ils ne sont pas expressément nommés dans le réquisitoire de la partie publique ou dans la plainte de la partie civile¹. Dans le cadre de sa mission, et notamment pour être éclairé sur la personnalité d'un inculpé², le magistrat instructeur peut prescrire tous les devoirs qui lui sembleront utiles dans la mesure où ses investigations demeurent limitées aux faits qui fondent sa saisine³. Partant, dès l'instant où le juge d'instruction recueille des renseignements concernant des faits dont il n'est pas saisi et qui sont susceptibles de constituer un crime ou un délit, il lui appartient d'en informer immédiatement le procureur du Roi⁴. La Cour de cassation précise néanmoins que la présence au dossier de l'instruction de pièces relatives à des faits non compris dans l'acte de saisine n'entraîne pas nécessairement la nullité des poursuites exercées en raison de ces faits. En effet, si le juge d'instruction ne peut se livrer à propos desdits faits à des actes d'instruction proprement dits, il peut, en revanche, recueillir à leur sujet, par des actes d'information, tout renseignement utile à la manifestation de la vérité⁵.

Rien de nouveau sous le soleil serait-on tenté de dire. C'est, dès lors, à notre estime, à bon droit que le tribunal correctionnel a décidé que les pièces recueillies par le juge d'instruction et dont le but était de permettre de mieux cerner la personnalité du prévenu ne devaient pas être écartées des débats.

Le jugement commenté, même s'il n'en est pas question, nous paraît être l'occasion de nous interroger sur la possibilité pour le ministère public de se prévaloir de pièces d'un dossier distinct qui est soit à l'instruction, soit à l'information.

B. Les pièces étrangères aux préventions reprises à la citation qui sont le fait du ministère public

3. L'article 28bis, paragraphe premier, du code d'instruction criminelle précise que l'information est conduite sous la direction et l'autorité du procureur du Roi et qu'il en assume la responsabilité⁶. En d'autres termes, le procureur du Roi dirige l'information, dont il a, au demeurant, le monopole⁷, sous la surveillance du procureur général⁸.

1. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Larcier, 3^e édition, 2009, p. 431 et 432.

2. H. D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, La charte, 5^e édition, 2008, p. 690.

3. Le juge d'instruction ne peut outrepasser sa saisine : voy. par exemple, Cass., 27 juin 1995, *R.D.P.*, 1996, p. 420 ; Cass., 17 juin 1998, *Bull.*, 1998, p. 757.

4. Voy. les articles 56, paragraphe premier, alinéa 6, et 29 du code d'instruction criminelle.

5. Cass., 22 octobre 2003, *J.T.*, 2004, p. 120.

6. Dans le rapport fait au nom de la commission de la justice concernant le projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction (*Doc. parl.*, Ch., session ord. 1996-1997, n° 857/17, p. 68), il est précisé que le mot « responsabilité » n'a en l'occurrence pas de signification pénale, civile ou disciplinaire. Il est encore précisé que le professeur FRANCHIMONT confirme cette analyse et donne sa préférence au terme plus neutre d'« autorité ».

7. F. KUTY, " L'acte d'information : le monopole du ministère public ", note sous Liège, 6 décembre 2006, *R.D.P.*, 2007, p. 531.

8. Voy. l'article 27 du code d'instruction criminelle qui précise que le procureur du Roi est tenu d'exécuter les ordres du procureur général qui sont relatifs à tous actes de police judiciaire.

Pour ce faire, le procureur du Roi veille à la légalité des moyens de preuve ainsi qu'à la loyauté avec laquelle ils sont rassemblés. La Cour de cassation précise que cette règle impose uniquement un devoir particulier au procureur du Roi qui procède à l'information et n'a par la suite plus rien à voir avec la question de savoir si, au cours du procès pénal au fond, le droit à un procès équitable, la loyauté dans la recherche des preuves et le principe relatif au respect des droits de la défense sont respectés. La Cour ajoute que « jusqu'à preuve du contraire, le ministère public est présumé intervenir loyalement ; (...) il appartient au juge d'apprécier si l'allégation du prévenu, selon laquelle le ministère public disposerait d'éléments à sa décharge, manque ou non de crédibilité, et si tel n'est pas le cas, quelle conséquence juridique doit en résulter »⁹. Voilà qui est clair pour les pièces qui ne seraient, le cas échéant, pas produites par le ministère public.

4. Qu'en est-il maintenant des pièces provenant de dossiers distincts qui sont à l'instruction ou à l'information ?

Le ministère public, qui peut agir chaque fois que l'ordre public exige son intervention, dispose, selon nous, de la faculté, dans le respect des droits de la défense¹⁰ et du droit à un procès équitable, de joindre, tant à une procédure pénale¹¹ qu'à une procédure civile, des pièces d'un dossier à l'instruction ou à l'information, sans qu'il puisse, en principe, en être déduit une violation du secret de l'instruction.

Il reviendra en définitive au juge du fond d'apprécier si la communication d'une pièce d'un dossier toujours à l'instruction ou à l'information pourrait, le cas échéant, porter atteinte aux droits de la défense, à la loyauté du procès ou à la présomption d'innocence de la personne contre laquelle elle est invoquée¹².

La production d'une pièce d'un dossier à l'instruction n'en est pas moins strictement encadrée. Ainsi, si une pièce d'un dossier répressif est exhibée par une personne qui prête son concours professionnel à l'information ou à l'instruction en dehors d'une utilisation judiciaire normale et dans le respect des règles légales, cette personne est susceptible de tomber sous le coup de l'article 458 du code pénal¹³.

C. L'écartement de l'audition vidéo-filmée d'un mineur victime d'abus sexuel

5. La loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs poursuit trois objectifs majeurs à savoir : renforcer la protection pénale des mineurs, moderniser le droit pénal en ce qui concerne la protection des mineurs et rendre le code pénal plus cohérent¹⁴.

Le souci de modernisation se traduit notamment par la possibilité de recourir à l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires des mineurs témoins ou victimes de certains crimes et délits visés à l'article 91bis du code d'instruction criminelle¹⁵.

9. Cass., 30 octobre 2001, *T. Straf.*, 2002, p. 18.

10. Sur une violation des droits de la défense, voy. Corr. Liège, 9 octobre 2006, cette revue, 2006, p. 1777.

11. Voy. Cass., 14 mai 1997, *Pas.*, 1997, 569 sur la production d'un dossier relatif à des faits commis à l'étranger.

12. O. MICHIELS, " Le ministère public est-il tenu au secret de l'instruction ? Ou les incidences du secret de l'instruction sur l'intervention de la partie publique dans les procédures civiles et pénales ", *Rev. Fac. dr. Liège*, 2007, p. 167.

13. *Idem*, p. 167 pour les actions en responsabilité civile en cas de faute dans le chef de l'auteur d'une violation du secret de l'instruction.

14. *Doc. parl.*, Sénat, session 1999-2000, n° 2-280/5, p. 4 ; sur cette loi voy. aussi I. WATTIER, " La loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs ", *J.T.*, 2001, p. 433 à 449 ; F. GOOSSENS et F. HUTSEBAUT, " De wet van 28 november 2000 betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen ", *R.W.*, 2002-2003, p. 1361 à 1381 ; M. PREUMONT, " La protection pénale des mineurs après la loi du 28 novembre 2000 ", in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale II*, Formation permanente CUP, Larcier, volume 69, 2004, pp. 215 à 247.

15. Dans les travaux préparatoires, on peut lire qu'il est essentiel que les conséquences psychologiques des abus sexuels ou d'autres maltraitances graves dont les enfants sont victimes ou parfois tout simplement témoins ne soient pas amplifiées par les conditions dans lesquelles la procédure judiciaire se déroule (*Doc. parl.*, Ch., session ordinaire 1998-1999, 1907/7, p. 6).

Les modalités pratiques des auditions vidéo-filmées sont fixées par les articles 92 à 101 du code d'instruction criminelle¹⁶. Pour ne pas nous éloigner de notre sujet, seuls les articles 93 et 95 retiendront notre attention.

Ces articles disposent que l'audition enregistrée du mineur est effectuée, selon le stade de la procédure, par un magistrat du ministère public, par le juge d'instruction ou par un fonctionnaire de police nominativement désigné par l'un d'eux. Par ailleurs, le mineur doit être informé par la personne qui l'interroge qu'il pourra, à tout moment, demander d'interrompre l'enregistrement. Cette demande est immédiatement suivie d'effet et actée au procès-verbal. La loi ne précise pas la sanction qu'il convient de réserver à la méconnaissance de ces formalités¹⁷.

6. En l'espèce, le tribunal correctionnel de Verviers, après avoir constaté que le dossier répressif ne permettait pas d'établir que la partie publique avait désigné nominativement un fonctionnaire de police pour réaliser l'audition de la victime mineure et qu'en outre, cette dernière avait manifesté sa volonté d'interrompre l'enregistrement sans pour autant que cette demande fût suivie d'effet, décida d'écarter l'audition vidéo-filmée.

La position adoptée par le tribunal correctionnel de Verviers nous conduit à nous interroger sur la validité, *in casu*, de l'enregistrement audiovisuel de l'audition de la mineure prétendument victime d'un viol et d'un attentat à la pudeur.

Immédiatement, on peut s'étonner que les juges saisis aient fait l'économie du « test Antigone »¹⁸. En effet, la Cour de cassation, dans un arrêt prononcé le 12 octobre 2005, enseigne qu'« aucune disposition légale n'interdit de manière absolue l'usage d'une preuve dérivée de manière directe ou indirecte d'une irrégularité ou d'une illégalité quelconque ». Et la Cour ajoute qu'une « telle preuve 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 ». La Haute Cour en conclut que le juge qui décide de tenir pour illégale ou irrégulière une preuve en se dispensant d'examiner si l'illégalité ou l'irrégularité qu'il lui prête compromet le droit à un procès équitable ou entache la fiabilité de la preuve ne justifie pas légalement sa décision¹⁹.

Rappelons que depuis l'arrêt « Antigone », qui fut suivi d'autres décisions tout aussi significatives²⁰, la Cour de cassation rejette le principe de l'exclusion automatique de toute preuve irrégulière. La Cour encadre toutefois le pouvoir d'appréciation qui revient au juge du fond. Ainsi, doit être exclue des débats :

a. la preuve obtenue *en méconnaissance de conditions de forme prescrites à peine de nullité*. Ces cas de figure sont limités. On peut citer, à titre d'exemples, le non-respect des formalités prévues en matière d'audition de témoins sous couvert d'anony-

16. Voy. sur ce point S. BERBOUT et C. PEVÉE, " La loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs ", *J.D.J.*, avril 2001, n° 4, p. 16-17 ; D. VANDERMEERSCH, " La protection pénale des mineurs. Les nouvelles règles en matière d'audition de mineurs d'âge ", *Ann. dr. Louvain*, 2002, p. 31 à 47.

17. J. DE CODT, *Des nullités de l'instruction et du jugement*, Larcier, 2006, p. 84 et 85.

18. Cass., 14 octobre 2003, *Pas.*, 2003, 1607, et conclusions de l'avocat général DE SWAEF ; *T. Strafr.*, 2004, p. 129 et obs. P. TRAEST ; *R.C.J.B.*, 2004, p. 405 et note de F. KUTY.

19. Cass., 12 octobre 2005, *J.T.*, 2006, p. 109 ; cette revue, 2006, p. 585.

20. Voy. notamment sur ce point M.- TYSIERNAERT, " La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites ", cette revue, 2005, p. 1094 à 1109 ; F. KUTY, " La sanction de l'illégalité ou de l'irrégularité de la preuve pénale ", in *La preuve, Questions spéciales*, Formation permanente CUP, Anthémis, vol. 99, 2008, p. 7 à 62 ; J. DE CODT, " Des précautions à prendre par la loi pour que le citoyen coupable ne soit frappé que par elle ", *J.T.*, 2008, p. 650 à 654 ; B. DE SMET, " Stromingen in het stelsel van nietigheden. Nieuwe criteria voor de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs ", *T. Strafr.*, 2005, p. 248 à 266 ; F. SCHUERMANS, " Het bewijs in strafzaken : het Hof van cassatie en de strafvorderlijke gevolgen van de schending van een grondrecht ", *R.A.B.G.*, 2005, p. 517 à 526 ; C. DE VALKENNEER, " Que reste-t-il du principe de légalité de la preuve ? ", *R.D.P.*, 2005, p. 685 à 695.

mat complet ou des écoutes téléphoniques. A l'instar d'une doctrine autorisée²¹, nous sommes d'avis que doit pareillement être considérée comme nulle la preuve obtenue en violation d'une forme substantielle qui touche à l'organisation ou à l'administration de la justice ;

b. la preuve illicite qui *entache sa fiabilité* ; à titre d'exemple, on peut citer la preuve recueillie à la suite de procédés répréhensibles, tels des violences ;

c. la preuve obtenue *en contrariété au droit à un procès équitable*²² ; précisons cependant que la Cour de cassation estime qu'il ne résulte ni de l'article 6 – qui garantit le droit à un procès équitable – ni de l'article 8 – qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance – de la Convention européenne des droits de l'homme, ni d'aucune disposition constitutionnelle ou légale que la preuve qui a été obtenue en violation d'un des droits fondamentaux garantis par cette Convention ou par la Constitution est toujours inadmissible²³. Cette prise de position s'inscrit dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, la Cour strasbourgeoise rappelle d'emblée qu'elle n'a pas à se prononcer, par principe, sur l'admissibilité de certaines catégories d'éléments de preuve, par exemple des éléments obtenus de manière illégale au regard du droit interne, ou encore sur la culpabilité du requérant. Elle ajoute qu'elle doit examiner si la procédure, y compris la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis, a été équitable dans son ensemble²⁴. Pour ce faire, explique la Cour européenne des droits de l'homme, il faut se demander si les droits de la défense ont été respectés. Il faut rechercher notamment si le prévenu s'est vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation. Il faut prendre également 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 exactitude. Si un problème d'équité ne se pose pas nécessairement lorsque la preuve obtenue n'est pas corroborée par d'autres éléments, il faut noter que lorsqu'elle est très solide et ne prête à aucun doute, le besoin d'autres éléments à l'appui devient moindre²⁵.

7. En dehors de ces trois hypothèses, il appartient au juge d'apprécier l'admissibilité d'une preuve obtenue illicitement à la lumière des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ou 14 du Pacte de New York en tenant compte des éléments de la cause dans son ensemble, y compris la manière dont la preuve a été recueillie et les circonstances dans lesquelles l'irrégularité a été commise.

Aussi, la Cour de cassation²⁶ précise que le juge, lors de cette appréciation, peut prendre en considération la ou les circonstances suivantes :

21. M.- BEERNAERT, " La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites ", cette revue, 2005, p. 1103 ; F. KUTY, " La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement ", *R.C.J.B.*, 2004, p. 427 ; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Larcier, 3^e édition, 2009, p. 1045 ; J. DE CODT, " Des précautions à prendre par la loi pour que le citoyen coupable ne soit frappé que par elle ", *J.T.*, 2008, p. 651 et 652, qui fait une distinction entre la violation d'une forme substantielle touchant à l'organisation des cours et tribunaux au sens large et celles qui ne touchent pas à l'organisation de la justice.
22. Il en sera ainsi lorsque la preuve a été obtenue au moyen d'actes qualifiés de torture ou de traitement inhumain et dégradant (C.E.D.H., *Göçmen c./ Turquie*, 17 octobre 2006) ou lorsque l'irrégularité vide les droits de la défense de leur substance (voy. sur ce point les exemples cités par J. DE CODT, " Des précautions à prendre par la loi pour que le citoyen coupable ne soit frappé que par elle ", *J.T.*, 2008, p. 652 et 653).
23. Cass., 16 novembre 2004, *Pas.*, 2004, 1802, avec les conclusions du ministère public ; *R.C.J.B.*, 2007, p. 36, note J. VAN MEERNEECK ; *R.D.P.*, 2005, p. 665, note C. DE VALKENEER.
24. Voy. notamment C.E.D.H., *Khan c./ Royaume Uni*, 12 mai 2000, paragraphe 34 ; C.E.D.H., *Heglas c./ République tchèque*, 1^{er} mars 2007, paragraphes 89-92.
25. C.E.D.H., *Lee Davies c./ Belgique*, 28 juillet 2009, paragraphe 42 ; C.E.D.H., *Allan c./ Royaume Uni*, 5 novembre 2002, paragraphe 43.
26. Cass., 23 mars 2004, *Pas.*, 2004, 500 ; *R.D.P.*, 2005, p. 661, note C. DE VALKENEER ; *Vigiles*, 2004, p. 170, note F. SCHUERMANS ; Cass., 2 mars 2005, cette revue, 2005, p. 1086, note M.-A. BEERNAERT ; *Pas.*, 2005, 505, conclusions D. VANDERMEERSCH ; *R.D.P.*, 2005, p. 668, conclusions D. VANDERMEERSCH et note C. DE VALKENEER ; Cass., 12 octobre 2005, *J.T.*, 2006, p. 109 ; cette revue, 2006, p. 585 ; *Pas.*, 2005, 1904 ; *R.D.P.*, 2006, p. 211 ; *T. Strafr.*, 2006, p. 25, note F. VERBRUGGEN.

- soit que l'autorité chargée de l'information, de l'instruction et de la poursuite des infractions a ou non commis intentionnellement l'acte illicite²⁷ ; si l'acte est intentionnel et qu'il n'est pas justifié, la preuve obtenue est radicalement nulle²⁸ ;
- soit que la gravité de l'infraction dépasse de manière importante l'illicéité commise ; il s'agit là de l'application du critère de proportionnalité qui justifie l'admission d'une preuve irrégulière lorsqu'elle tend à établir un fait particulièrement grave²⁹ ;
- soit que la preuve obtenue illicitement ne concerne qu'un élément matériel de l'existence de l'infraction³⁰ ;
- soit que l'irrégularité n'a qu'un caractère purement formel ; en l'espèce, la violation de la forme prescrite n'est ni substantielle, ni sanctionnée par une nullité³¹ ;
- soit que l'illicéité commise est sans incidence sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgressée ; dès l'instant où la preuve irrégulière a été obtenue en violation de la valeur protégée, telle le secret professionnel³², celle-ci devra être écartée des débats.

8. Si, après ce trop long rappel, on en revient aux articles 93 et 95 du code d'instruction criminelle, il y a lieu d'observer que ces dispositions ne sont pas prescrites à peine de nullité et qu'elles ne peuvent compter parmi les formalités substantielles. Bien évidemment, si seule une appréciation, *in concreto*, à la lumière du dossier répressif, nous autorisait à conclure qu'il n'existe ni violation du droit à un procès équitable, ni une irrégularité qui affecterait la fiabilité de la preuve – critères qui justifieraient, s'ils étaient rencontrés, l'exclusion de la preuve illicite – force est de constater que les irrégularités retenues par le tribunal correctionnel ne nous paraissent pas, *in se*, avoir une incidence sur le droit protégé par la norme transgressée. En effet, la volonté du législateur ne fut-elle pas l'officialisation de la pratique de l'enregistrement audiovisuel des auditions de mineurs victimes d'abus sexuels dans le souci

27. Voy. P. TRAESE, " Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs : het Hof van Cassatie zet de bakens uit ", *T. Strafr.*, 2004, p. 141, qui estime que la preuve doit être écartée que l'irrégularité ait été commise intentionnellement ou non ; voy. aussi Corr. Bruxelles, 8 décembre 2009, cette revue, p. 60, qui retient que la notion de loyauté renvoie aux règles de l'honneur, de la droiture et de la probité qui sont le pendant de la perfidie et de la trahison. Dans les missions qui leur sont confiées, les autorités policières et judiciaires doivent s'interdire de pousser le justiciable à la faute et d'abuser de ses droits tout en veillant à agir autant que faire se peut, dans la transparence et dans le souci de conserver trace et de décrire au mieux les circonstances de fait qu'elles ont mission de constater surtout lorsqu'elles sont susceptibles d'avoir une incidence juridique sur la situation du justiciable.

28. Comparez avec Cass., 31 octobre 2006, Pas., 2006, 2239 ; *T. Strafr.*, 2007, p. 53, note F. SCHUERMANS. Cet arrêt retient que la circonstance que l'autorité chargée de la recherche, de l'instruction ou de la poursuite des infractions a intentionnellement commis un acte illicite pour obtenir des preuves ne doit pas nécessairement inciter le juge à exclure ces preuves. Selon nous une telle preuve devra être exclue si l'infraction n'est pas légalement justifiée ou si cette infraction porte atteinte à la fiabilité de la preuve.

29. Ce critère est à manier avec énormément de prudence ; voy. sur ce point M.- HERBERNAERT, " La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites ", cette revue, 2005, p. 1105 ; la Cour européenne des droits de l'homme indique à ce propos que pour déterminer si la procédure dans son ensemble a été équitable, le poids de l'intérêt public à la poursuite de l'infraction particulière en question et à la sanction de son auteur peut être pris en considération et mis en balance avec l'intérêt de l'individu à ce que les preuves à charge soient recueillies légalement. La Cour ajoute toutefois que les préoccupations d'intérêt général ne sauraient justifier des mesures vidant de leur substance même les droits de la défense d'un requérant y compris celui de ne pas contribuer à sa propre incrimination garanti par l'article 6 de la Convention (C.E.D.H., Jaloh c./ Allemagne, 11 juillet 2006, paragraphe 97).

30. Ce critère est éclairé par les exemples fournis par J. DE CODT (" Des précautions à prendre par la loi pour que le citoyen coupable ne soit frappé que par elle ", *J.T.*, 2008, p. 652) tel le cambrioleur qui, à l'occasion de son méfait, découvre le corps d'une personne assassinée et qui prévient la police, le fait du voisin qui découvre dans un appartement qui n'est pas le sien un dépôt de stupéfiants, ou le fait du portier qui découvre sur un dealer de la drogue.

31. Voy. Cass., 8 janvier 1988, Pas., 1988, 551, qui rappelle que la présence de l'inculpé détenu, en application de l'article 39 du code d'instruction criminelle, lors d'une visite domiciliaire, n'est pas prescrite à peine de nullité.

32. Liège, 25 mai 2009, cette revue, 2009, p. 1184.

d'éviter à ceux-ci la pénible épreuve de répéter, à maintes reprises, les événements tragiques qu'ils affirment avoir vécus ? L'indication du nom du policier chargé d'entendre l'enfant n'est-elle pas purement formelle si à nouveau il est constaté qu'elle n'a pas d'incidence sur le droit protégé³³ ? Bien sûr, il pourra nous être opposé que si le législateur a imposé une telle condition c'est, sans nul doute, dans le but de confier l'audition du mineur à une personne spécialement formée à cet effet. Encore faut-il constater que cette exigence n'est ni prévue, ni sanctionnée par le texte.

Par ailleurs, si comme le souligne le tribunal, l'enquêteur n'a pas accédé à la demande de l'enfant d'interrompre l'enregistrement peut-il immédiatement être conclu que l'irrégularité commise est intentionnelle et qu'elle n'est pas le fruit d'une erreur d'appréciation ? En outre, à supposer que l'enquêteur n'ait pas sciemment tenu compte de la volonté de l'enfant d'interrompre l'enregistrement, faut-il en conclure que l'audition, dans son ensemble, doit être écartée des débats ? Enfin, on peut légitimement s'interroger sur la position qu'aurait adoptée le tribunal s'il avait, en application du principe de proportionnalité, envisagé les irrégularités retenues au regard de la gravité des infractions poursuivies.

Face à ces multiples interrogations, la décision commentée nous laisse sur notre fin. De même, avouons-le, ce bref commentaire qui, en réalité, ne fait qu'illustrer le paradoxe de la jurisprudence Antigone qui permet d'éviter l'écartement systématique d'une preuve pourtant irrégulière. En définitive, ne faut-il pas dresser le constat que les garanties particulières qui entourent la manière dont la preuve doit être récoltée et qui sont prises dans un souci de protection du prévenu ou des tiers, tels les victimes ou les témoins, peuvent, peu ou prou, être contournées ? On nous objectera que la jurisprudence Antigone, par les distinctions qu'elle opère, vise à pallier cet écueil. Certes, il n'en demeure pas moins qu'au gré des situations concrètes soumises au juge du fond, à l'exception des hypothèses qui ne souffrent aucune discussion, les complexes et subtiles distinctions opérées par la Cour de cassation semblent permettre de passer sous silence bien des garanties.

D. Conclusion

9. La jurisprudence développée par la Cour de cassation relative à la preuve recueillie de manière illicite ou irrégulière laisse un large pouvoir d'appréciation au juge du fond qui, pour citer la Cour européenne des droits de l'homme³⁴, peut atténuer voire, le cas échéant, effacer les conséquences des irrégularités affectant l'obtention de cette preuve. En dépit des critiques suscitées par cette jurisprudence, la Cour européenne, confrontée à la question de sa compatibilité avec la garantie du droit à un procès équitable, a rappelé que « ce qui compte en pareil cas pour déterminer l'équité de la procédure, c'est la question de savoir si les droits de la défense ont été respectés par la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve obtenu illégalement et de s'opposer à son utilisation ». Quoiqu'on le veuille, le « test Antigone » nous paraît encore avoir de beaux jours devant lui et on peut regretter que, dans la décision commentée, les juges saisis, sans motivation particulière, en aient fait l'économie lors de l'examen du rejet de l'audition vidéo-filmée d'une mineure présentée comme victime d'abus sexuels.

OLIVIER MICHIELS

Conseiller à la cour d'appel de Liège,
Assistant à la Faculté de droit de Liège.

33. Comparez avec l'article 90*quater*, paragraphe premier, du code d'instruction criminelle qui prescrit, à peine de nullité, que l'ordonnance indique les nom et qualité de l'officier de police judiciaire commis pour l'exécution de la mesure.

34. C.E.D.H., Lee Davies c./ Belgique, 28 juillet 2009, paragraphe 47.