

CHAPITRE 2. ANTIGONE : LES ÉVOLUTIONS LÉGISLATIVE ET JURISPRUDENTIELLE EN DROIT PÉNAL... UN BILAN NAVRANT ET SÉVÈRE !!!

Pierre MONVILLE

Avocat au barreau de Bruxelles et assistant à l'Université Libre de Liège

Damien HOLZAPFEL

Avocat au barreau de Bruxelles et assistant à l'Université Libre
de Bruxelles

SECTION 1	
Il était une fois...	22
SECTION 2	
La révolution Antigone	23
SECTION 3	
L'admissibilité des preuves irrégulières ou illégales au regard de la jurisprudence Antigone avant l'entrée en vigueur de l'article 32 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle	25
SECTION 4	
L'article 32 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle	29
SECTION 5	
L'application dans le temps de l'article 32 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle	29
SECTION 6	
Examen au travers de la jurisprudence de la Cour de cassation des cas d'exclusion de preuves irrégulières ou illégales depuis l'entrée en vigueur de l'article 32 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle	30
SECTION 7	
Conclusions	40

Section 1. Il était une fois...

1. Il était une fois un Royaume où la Justice ne tergiversait pas avec les règles applicables aux preuves obtenues de manière illégale ou irrégulière.
2. Le précepte était limpide : de telles preuves ne pouvaient pas être prises en compte pour justifier une condamnation, et tout ce qui en découlait devait être également exclu.
3. Pendant de nombreuses années les citoyens de cet État – le nôtre – ont pu vivre dans une paix relative : la règle était prévisible et garantissait qu'une certaine éthique présidait à l'exercice de la fonction de justice.
4. Il n'est pas inutile de se replonger dans les attendus d'un arrêt prononcé par la Cour de cassation le 12 mars 1923¹ pour constater que la problématique examinée alors était formulée en des termes identiques à celle qui sera soumise à la juridiction Suprême pratiquement un siècle plus tard...²
5. À l'occasion de cet arrêt, la Cour de cassation va en effet déclarer illégale la saisie d'alcool pratiquée chez un débitant de boissons n'appartenant pas à l'armée par deux sous-officiers de gendarmerie munis, non d'une autorisation du juge de paix³ mais d'une délégation de l'auditeur militaire, agissant à raison d'un délit de la compétence du conseil de guerre.
6. Alors que l'arrêt attaqué avait considéré comme indifférente la circonstance que l'ordre de perquisition émanait d'un magistrat militaire, celui-ci ayant les mêmes attributions qu'un juge de paix et avait donc accepté de tenir compte de cette preuve illégalement obtenue, la Cour de cassation va casser cette décision en indiquant que l'on ne saurait tenir compte de constatations faites en dehors des règles protectrices de l'inviolabilité du domicile.
7. Non seulement la règle était claire mais, en outre, son application était à la fois revendiquée et assumée.
8. Ainsi, dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 10 décembre 1923, le Procureur Général Paul Leclercq écrivait « 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. (...) Le fait que cette action illégale leur aurait permis de constater, légalement n'est pas constaté. 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

1. Cass., 12 mars 1923, *Pas.*, 1923, p. 235.

2. *Voy. infra*, n° 80 et s.

3. Comme requis à l'époque par l'article 12 de la loi du 29 août 1919 sur le régime de l'alcool.

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 illégalités commises par ses agents (...) »⁴.

9. Les autorités sont là pour faire respecter la loi. Elles ne peuvent donc, pour assurer cette mission, se baser sur des éléments qui ne la respectent pas. L'exemple vient d'en haut.

10. Ces principes indiscutables étaient appliqués par tous et la Cour de cassation n'hésitait pas à rappeler à l'ordre, à l'occasion, les imprudents qui osaient s'en écarter⁵.

11. Malheureusement, cette belle évidence que rien ne semblait pouvoir ébranler finira par succomber pour laisser place, quelques décennies plus tard, à un système d'exclusion de la preuve irrégulière/illécite aux contours bien plus incertains.

12. Les coups de butoir sont venus au fil du temps, tout d'abord l'air de ne pas y toucher, en apportant quelques nuances à la règle de l'exclusion de la preuve irrégulière/illécite :

- ainsi lorsque l'illégalité ou l'irrégularité avait été commise non par les autorités chargées des poursuites mais par un particulier. Dans cette hypothèse, la preuve ne devait pas être exclue et il pouvait en être tenu compte⁶.
- ensuite en distinguant l'irrégularité ou l'illégalité affectant la dénonciation d'une infraction de celle affectant les preuves de cette infraction et en considérant que même si les informations communiquées lors de la dénonciation d'une infraction avaient été obtenues de manière illégale, cela n'affectait pas la régularité de la preuve obtenue ultérieurement de manière conforme à la loi⁷.

13. Mais un changement bien plus radical – pour ne pas dire un bouleversement – est intervenu à l'occasion d'un arrêt prononcé le 14 octobre 2003 et désormais célèbre sous le nom de « Antigone »⁸.

Section 2. La révolution Antigone

14. De même qu'Antigone explique à Créon qu'il existe des valeurs supérieures qui justifient de ne pas se conformer à la loi, la Cour de cassation va

4. Concl. précédant Cass., 10 décembre 1923, *Pas.*, 1924, p. 67.

5. *Voy. not. Cass.*, 29 octobre 1962, *Pas.*, 1963, p. 272.

6. *Voy. not. Cass.*, 17 janvier 1990, *Pas.*, 1990, p. 588 ; *Cass.*, 17 avril 1991, *Pas.*, 1991, p. 736.

7. *Voy. not. Cass.*, 30 mai 1995, *Pas.*, 1995, p. 565.

8. *Cass.*, 14 octobre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1607.

considérer que l'on peut parfois s'affranchir du respect de la loi pour admettre une preuve qui aurait été obtenue en méconnaissance ou en violation de celle-ci.

15. À l'occasion de son arrêt du 14 octobre 2003, la Cour de cassation va en effet considérer que dès lors 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, il ne s'impose pas d'exclure l'utilisation d'une telle preuve pour fonder une condamnation.

16. Cette exclusion ne s'impose que dans trois cas, lorsque :

- une règle de forme prescrite à peine de nullité a été violée ;
- l'irrégularité commise a entaché la crédibilité de la preuve ;
- l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable.

17. Dans ces trois hypothèses, le juge ne peut prendre l'élément de preuve en considération.

A contrario, dans toutes les autres hypothèses, le juge peut prendre l'élément de preuve en considération⁹.

18. En l'espèce, une fouille illégale¹⁰ pratiquée dans un véhicule avait permis la découverte d'une arme à feu, ce qui avait valu à son propriétaire d'être poursuivi pour détention illicite d'arme.

19. La Cour d'appel d'Anvers, tout en reconnaissant que la fouille avait été réalisée de manière illégale, a estimé que cette irrégularité ne l'obligeait pas à exclure les preuves recueillies de la sorte et a en conséquence condamné le propriétaire de l'arme.

20. Celui-ci s'est pourvu en cassation et son pourvoi a été rejeté, pour les motifs précités.

21. Nous exagérons à peine en disant que cet arrêt a fait l'effet d'une bombe. Il suffit de recenser le nombre de commentaires et/ou notes d'observation dont il a fait l'objet, pour s'en convaincre : certains saluant cette évolution, d'autres tentant d'en saisir tous les contours, et d'autres encore espérant qu'il

9. L'arrêt énonce en effet que « la circonstance qu'un élément de preuve a été obtenu irrégulièrement a, en règle, uniquement pour conséquence que le juge lorsqu'il forme sa conviction, ne peut prendre cet élément en considération ni directement ni indirectement :

- Soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité ;
- Soit lorsque l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve ;
- Soit lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable (...) ».

10. Dès lors qu'elle avait été effectuée en méconnaissance de l'article 29 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police.

ne s'agissait là que d'un égarement passager qui resterait isolé et que tout rentrerait ensuite très vite dans l'ordre¹¹.

22. La suite nous montrera que non seulement cette jurisprudence a été confirmée à de nombreuses reprises, en étant parfois précisée, parfois nuancée mais qu'en outre, elle finira par être consacrée légalement.

23. Avant cette consécration légale, elle a été « avalisée » tant par la Cour européenne des droits de l'homme¹² que par la Cour constitutionnelle¹³.

24. Il n'entre pas dans nos intentions de retracer l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation suite à son arrêt « Antigone » précité. De nombreux auteurs l'ont déjà fait et nous ne pourrions qu'au mieux reproduire ce qu'ils ont écrits¹⁴.

25. Il nous semble toutefois intéressant de citer quelques décisions de jurisprudence rendues après cet arrêt, et avant l'entrée en vigueur de l'article 32 du titre préliminaire du Code d'instructions criminelles, afin de montrer l'incidence pratique que cette jurisprudence a eue sur l'admissibilité des preuves irrégulières ou illégales.

Section 3. L'admissibilité des preuves irrégulières ou illégales au regard de la jurisprudence Antigone avant l'entrée en vigueur de l'article 32 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle

26. Comme le relève Damien Vandermeersch dans un article consacré à l'analyse de la jurisprudence Antigone, « pratiquement la plupart des irrégularités ne se voient plus sanctionnées car elles peuvent être couvertes par le

11. Voy. not. F. KUTY, « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *R.C.J.B.*, 2004, pp. 408 et s. ; Ch. DE VALKENIER, « Que reste-t-il du principe de légalité de la preuve ? Variations autour de quelques arrêts récents de la Cour de cassation », *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, pp. 685 et s. ; Ph. THAÏST, « Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs : het Hof van Cassatie zet de bakens uit », *J. Straffr.*, 2004, p. 133 et s. ; S. BERNEMAN, « Sanctiëring van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal : een inleiding tot het Antigonarrest van 14 oktober 2003 », *J. Straffr.*, 2004, pp. 2 et s. ; F. SCHIERMANS, « De nieuwe cassatierechtspraak inzake sanctiëring van het onrechtmatig verkregen bewijs : doorbraak of bres? », *R.A.B.G.*, 2004, pp. 337 et s.

12. Cour eur. D.H., 29 juillet 2009, *Lee Davies c. Belgique*.

13. C. const., 22 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 298.

14. Voy. not. A. MASSER, « Le régime des nullités en procédure pénale » in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, CUP, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 97 et s. ; D. VANDERMEERSCH, « La jurisprudence "Antigone" : évolution, remise en question et perspective de consécration légale », in *Actualités en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 7 et s. ; S. CUYKENS, D. HOI-ZAPPEL et L. KENNES, *La preuve en matière pénale*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 282 et s.

test « Antigoon », notamment sous l'égide du procès équitable »¹⁵. Ce constat est parfaitement exact.

27. Postérieurement à l'arrêt Antigone, de nombreuses irrégularités ou illégalités ont en effet été considérées comme ne faisant pas obstacle à l'utilisation de la preuve recueillie de la sorte. Tel a notamment été le cas pour :

- Un procès-verbal dressé par un agent forestier pour des infractions constatées hors de l'arrondissement judiciaire sur le territoire duquel il est commissionné.

La Cour d'appel de Liège avait prononcé la nullité d'un tel procès-verbal¹⁶ en considérant que l'irrégularité commise était substantielle et portait atteinte à l'économie du Code forestier et au mécanisme de commissionnement qui fixe, pour chaque agent, sa compétence territoriale moyennant autorisation ministérielle. La Cour de cassation a estimé que cette décision n'était pas légalement justifiée¹⁷.

- Les données bancaires obtenues à la suite d'un réquisitoire non motivé établi par le ministère public¹⁸.
- Une perquisition exécutée dans un hangar dans un dossier de trafic de stupéfiant en violation de l'article 26 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police. Malgré le caractère irrégulier de cette perquisition, les juges d'appel ont considéré que cette irrégularité ne portait pas atteinte à la foi due aux éléments résultant de cette perquisition. Saisie d'un pourvoi contre cette décision, la Cour de cassation l'a rejeté¹⁹.

15. D. VANDERMEERSCH, « La jurisprudence "Antigoon" : évolution, remise en question et perspective de consécration légale », *op. cit.*, p. 7.

16. Ainsi que les perquisitions, saisies et devoirs subséquents accomplis suite à l'établissement de ce procès-verbal.

17. Cass., 26 janvier 2011, P.10.1321.F ; la Cour énonce dans cet arrêt que « (...) l'arrêt ne constate pas que la fiabilité de la preuve est compromise par l'illégalité dénoncée, que celle-ci compromettrait une valeur supérieure à l'efficacité de la justice pénale ou porterait atteinte à un droit protégé par la norme transgressée, que les droits de la défense ont été vidés de leur substance par suite de l'intervention de l'agent en dehors de son triage, que l'action de cet agent sans compétence fut intentionnelle ou relève d'une erreur inexcusable, ou que l'irrégularité est plus grave que l'infraction qu'elle prouve (...) ».

18. Et ce contrairement au prescrit de l'article 46quater, § 2, du Code d'instruction criminelle ; voy. Cass., 22 septembre 2010, P.09.0172.F qui énonce que « En vertu de l'article 46quater, § 1^{er}, a, et § 2, du Code d'instruction criminelle, dans sa version applicable en l'espèce, le procureur du Roi peut, par décision écrite et motivée, s'il existe des indices sérieux d'infraction pouvant donner lieu à une peine d'emprisonnement d'un an au moins, requérir le concours des banques ou établissements de crédit afin d'obtenir la liste des comptes bancaires dont le suspect est le titulaire, le mandataire ou le véritable bénéficiaire et, le cas échéant, toutes les données à ce sujet. L'obligation de motivation visée au paragraphe 2 n'est ni prévue à peine de nullité, ni substantielle, la loi laissant au juge le soin de déterminer les conséquences éventuelles du non-respect de cette formalité (...) ».

19. Cass., 16 novembre 2004, P.04.1127.N ; la Cour énonce qu'« Il ne résulte ni de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui garantit

- Une analyse d'haleine effectuée avec un appareil dont l'embout n'a pas été changé à chaque mesurage, contrairement au prescrit de l'article 3.2.2 de l'Annexe 2 à l'arrêté royal du 21 avril 2007 relatif aux appareils de test et aux appareils d'analyse de l'haleine²⁰.

28. Par contre, certaines illégalités ou irrégularités ont continué à faire obstacle à ce qu'il soit tenu compte de la preuve obtenue à la suite de leur commission :

- Ainsi, la preuve obtenue en violation du secret professionnel protégeant la correspondance échangée entre un justiciable et son avocat a été considérée comme constituant une atteinte au droit de la défense justifiant l'exclusion de l'usage de cette preuve²¹.
- Il a de même été jugé qu'il ne peut être tenu compte des éléments de preuve obtenus en violation du droit au silence, compris dans le droit au procès équitable, qui implique non seulement le droit de se taire mais également celui de ne pas contribuer à sa propre incrimination²².

le droit à un procès équitable ni de l'article 8 de cette Convention qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, ni d'aucune dispositions constitutionnelle ou légale qui a été obtenue en violation d'un des droits fondamentaux garantis par cette Convention ou par la Constitution, est toujours inadmissible. (...) sauf dans le cas où une disposition conventionnelle ou légale prévoit elle-même les conséquences juridiques de la méconnaissance d'une formalité légalement prescrite relative à l'obtention de la preuve, le juge décide quelles sont les conséquences de cette irrégularité ; que la circonstance que la formalité, dont la méconnaissance a été constatée, concerne un des droits fondamentaux garantis par les articles 6 et 8.2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par les articles 12, alinéa 2, et 15, de la Constitution, ne déroge pas à cette règle (...) ».

20. Cass., 11 décembre 2012, P.12.0467.N ; la Cour énonce que « (...) la conduite en état d'impregnation alcoolique est un délit dont la preuve est spécialement réglementée par la loi lorsqu'elle est rapportée par une analyse de l'haleine ou sanguine. S'il fonde sa décision sur les résultats d'une mesure de la concentration d'alcool par litre d'air alvéolaire expiré ou par litre de sang, le juge est, en principe, tenu par les dispositions fixant les modalités particulières d'utilisation des appareils employés. L'observation de toute formalité prescrite par les dispositions fixant les modalités particulières d'utilisation des appareils d'analyse de l'haleine ou de tests sanguins employés ne constitue toutefois pas nécessairement en soi un motif suffisant pour ne pas accorder de force probante à l'analyse. En effet, pour sanctionner ainsi l'observation, il est également requis que la prescription inobservée vise à garantir la qualité intrinsèque de la preuve spécialement réglementée par la loi (...) il ne peut être déduit de ces dispositions qui concernent uniquement les conditions auxquelles sont soumis les embouts adn d'empêcher l'inspiration d'air contaminé, l'utilisation des analyseurs dans ces conditions hygiéniques ainsi que les conditions techniques auxquelles l'analyseur de l'haleine doit répondre pour détecter la présence d'alcool dans la bouche, que la prescription visée a pour objectif de garantir la valeur intrinsèque de la preuve spécialement réglementée par la loi (...) ».

21. Cass., 9 mai 2006, J./r., 2007, p. 526.

22. Bruxelles (mis. Acc.), 11 avril 2014, *Rev. dr. pén. crim.*, 2015, p. 173 ; voy. égal. Cass., 19 juin 2013, P.12.1150.F, qui énonce que ne pouvant être contraint de collaborer à la preuve du bien-fondé de l'accusation qui sera portée contre lui, le suspect ne peut être sanctionné pour le défaut de communication d'éléments de nature à le contredire ; il en résulte que le juge appelé

29. Il aurait également pu être soutenu, à la suite d'un arrêt prononcé par la Cour de cassation le 24 avril 2013²³, que les preuves obtenues en violation des formalités substantielles qui touchent l'organisation des cours et tribunaux au niveau de la répartition de leur attributions respectives ne pourraient pas être utilisées et devraient être sanctionnées de nullité.

30. En l'espèce, la Cour de cassation avait cassé un arrêt rendu par la chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Bruxelles qui avait considéré qu'il pouvait être tenu compte des résultats de visites domiciliaires autorisées par un juge de police²⁴ alors qu'elles auraient dû donner lieu à la délivrance d'un mandat de perquisition par un juge d'instruction.

31. La Cour de cassation avait énoncé, à cette occasion, que « substantielle, touchant à l'organisation des cours et tribunaux au point de vue de la répartition de leurs attributions respectives, l'irrégularité dénoncée à bon droit par les demandeurs n'est pas de celles que le juge pourrait refuser de sanctionner au motif qu'aucun texte ne compromet pas le caractère équitable du procès »²⁵.

32. Cette jurisprudence n'est toutefois plus d'actualité suite à l'entrée en vigueur de l'article 32 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle, et ce cas d'exclusion ne trouvera donc plus à s'appliquer²⁶.

33. Il résulte de cet examen sommaire que les cas d'exclusion de la preuve irrégulière étaient déjà très rares avant l'entrée en vigueur de cette disposition et que, comme nous le verrons, la tendance ne s'est depuis lors pas inversée, loin s'en faut ...

à statuer sur une poursuite pénale doit écarter la preuve tirée des éléments obtenus du suspect sous la menace d'une sanction.

23. Cass., 24 avril 2013, P.12.1919.F.

24. Sur la base de l'ancien article 4, 1^{er}, de la loi du 16 novembre 1972 concernant l'inspection du travail, tel qu'applicable à l'époque des faits dont la Cour de cassation avait eu à connaître.

25. Voy. à ce sujet la note d'observations de M.-A. BEERNAERT, « Les princesses de l'hôtel Conrad et la loi Antigone », sous Cass., 23 septembre 2015, *Rev. dr. pén. crim.*, 2016, p. 759.

26. Cf. *infra* n° 80 et s.

Section 4. L'article 32 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle

34. La loi du 24 octobre 2013 modifiant le titre préliminaire du Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités²⁷ a inséré, dans le titre préliminaire du Code d'instruction criminelle, un chapitre VII intitulé « des nullités ».

35. Ce chapitre ne contient qu'un seul article, étant l'article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, qui dispose que :

- « 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 ».

Section 5. L'application dans le temps de l'article 32 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle

36. La question de l'application dans le temps de l'article 32 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle présente un intérêt évident puisqu'il s'agit de déterminer si ce nouveau régime de non exclusion²⁸ des preuves illégales ou irrégulières s'applique aux affaires en cours ou uniquement à celles nées postérieurement à l'entrée en vigueur de cette disposition²⁹.

37. Si la doctrine n'était pas unanime sur ce point³⁰, la Cour de cassation a tranché la controverse en indiquant que l'article 32 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle est applicable aux poursuites non encore jugées définitivement ou prescrites au moment de son entrée en vigueur³¹.

38. Par un arrêt du 23 septembre 2015³², la Cour a à nouveau affirmé que cette disposition trouvait à s'appliquer immédiatement aux procès en cours. En l'espèce, il était reproché aux juges d'appel d'avoir fait application de l'article 32 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle pour apprécier l'admissibilité des preuves recueillies lors d'une visite domiciliaire irrégulièrement accomplie le 1^{er} juillet 2008.

27. M.B. du 12 novembre 2013, pp. 282 et s.

28. Sauf dans les trois cas précités.

29. À savoir le 22 novembre 2013.

30. Voy. not. A. MASSER, « Le régime des nullités en procédure pénale », *op. cit.*, pp. 121 et s.

31. Cass., 14 mai 2014, *Rev. dr. pén. crim.*, 2014, p. 953.

32. Cass., 23 septembre 2015, P.14.0238.F., *Rev. dr. pén. crim.*, 2016, p. 72.

39. La Cour de cassation a rejeté ce grief et énoncé à cette occasion :

« Les règles qui gouvernent l'admissibilité des preuves irrégulières ne font pas partie de celles qui définissent l'infraction et déterminent la peine, visées aux articles 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 15.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et 2 du Code pénal.

Conformément aux articles 2 et 3 du Code judiciaire, l'article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale est applicable aux procès en cours. Il s'applique dès lors immédiatement à toutes les infractions commises avant son entrée en vigueur, le 22 novembre 2013, et non encore jugées définitivement ou prescrites.

Pareille application immédiate n'est contraire ni à l'article 6 de la Convention ni aux droits de la défense, lesquels ne réglementent pas l'admissibilité des preuves illégales ou irrégulières en tant que telle, dès lors que le respect du droit à un procès équitable, y compris dans la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis, doit être apprécié par le juge au regard de l'ensemble de la procédure »³³.

40. Pour toutes les affaires en cours, la preuve illégale ou irrégulière ne pourra donc plus être écartée que si l'une des conditions énoncées à l'article 32 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle est remplie. Dans les autres cas, le juge doit en tenir compte et ne peut l'écarter sous peine de se voir sanctionner par la Cour de cassation.

41. Il s'agit désormais d'une obligation pour le juge et non plus d'une simple faculté qui est laissée à son appréciation.

Section 6. Examen au travers de la jurisprudence de la Cour de cassation des cas d'exclusion de preuves irrégulières ou illégales depuis l'entrée en vigueur de l'article 32 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle

42. La loi étant désormais ce qu'elle est, il nous a semblé intéressant de rechercher comment les cours et tribunaux l'appliquaient et d'examiner dans quels cas une irrégularité ou une illégalité affectant l'obtention d'une preuve était encore considéré comme faisant obstacle à l'utilisation de celle-ci.

Il faut pour cela examiner la portée de trois cas d'exclusion fixés par la loi.

33. Cass., 23 septembre 2015, P.14.0238.F.

§1. La forme méconnue est prescrite à peine de nullité

43. En ce qui concerne ce premier critère, il n'est pas nécessaire d'examiner la jurisprudence, mais bien la loi pour voir dans quel cas il trouverait à s'appliquer.

44. Force est de constater que cela risque d'arriver de moins en moins souvent, tant le nombre de formalités prescrites à peine de nullité est devenu une denrée rare... Notre législateur semble ne plus oser prescrire à peine de nullité les formes qu'il édicte afin d'éviter toute sanction automatique en cas de non-respect de celles-ci.

45. Peut-être qu'un jour il ne se fatiguera même plus à prescrire des formes, vu que de toute façon il n'est pas nécessaire de les respecter. Le Code de procédure pénale pourrait alors se résumer à un catalogue d'indications non contraignantes dont les autorités de poursuites pourraient s'inspirer relativement aux mesures qui peuvent être mises en œuvre pour la recherche et la constatation des infractions, le plus important étant que ces mesures permettent la récolte de preuves fiables tout en veillant à rendre possible la tenue d'un procès équitable. Autant dire, trois fois rien.

46. Non seulement les règles prescrites à peine de nullité sont peu nombreuses, mais en plus le législateur a tendance à supprimer celles qui, vestiges du passé, l'étaient encore.

47. Récemment, l'article 9 *quater* § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle³⁴ qui sanctionnait de nullité les mesures d'écoutes pratiquées sur la base d'une ordonnance qui ne contenait pas certaines mentions énoncées à cette disposition a été modifié³⁵. Il prévoit toujours que les mesures d'écoutes doivent intervenir en exécution d'une ordonnance du juge d'instruction qui doit contenir certaines mentions, mais celles-ci ne sont plus prescrites à peine de nullité.

34. L'article 9 *quater*, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle était rédigé comme suit : « Toute mesure de surveillance sur la base de l'article 90ter est préalablement autorisée par une ordonnance motivée du juge d'instruction, que celui-ci communique au Procureur du Roi. À peine de nullité, l'ordonnance est datée et indique :

1° les indices ainsi que les faits concrets et propres à la cause qui justifient la mesure conformément à l'article 90ter ;
2° les motifs pour lesquels la mesure est indispensable à la manifestation de la vérité ;
3° la personne, le moyen de communication ou de télécommunication ou le lieu soumis à surveillance ;
4° la période pendant laquelle la surveillance peut être pratiquée et qui ne peut excéder un mois à compter de la décision ordonnant la mesure ;

5° les nom et qualité de l'officier de police judiciaire commis pour l'exécution de la mesure ».
35. Par l'article 66 de la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice.

48. Dès lors, si une mesure d'écoutes devait désormais être effectuée (ou avoir été effectuée) sur la base d'une ordonnance ne contenant pas les mentions prescrites par l'article 90quater, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, les résultats de cette mesure devraient néanmoins être pris en compte, à moins qu'il soit considéré que ce faisant la fiabilité de la preuve n'est plus garantie³⁶ ou que le droit à un procès équitable s'en trouverait compromis.

49. Les formalités qui restent prescrites à peine de nullité sont rarissimes³⁷ et il s'agit principalement :

- des règles relatives à l'audition de témoin sous le couvert de l'anonymat par le juge d'instruction³⁸ ;
- des règles prescrites en matière d'emploi des langues par la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire. L'article 40 de cette loi stipule que les règles prescrites le sont à peine de nullité et que celle-ci est, le cas échéant, prononcée d'office par le juge³⁹ ;
- de la règle selon laquelle, à peine de nullité, les fonctionnaires de l'administration des contributions directes et de l'inspection spéciale des impôts ne peuvent être entendus que comme témoins (sans pouvoir collaborer activement à l'instruction, ni participer aux perquisitions, aux descentes sur les lieux ou aux auditions, ni intervenir comme experts)⁴⁰ ;
- du serment qui doit, à peine de nullité, être prêté par les témoins qui sont entendus à l'audience⁴¹ ;
- du serment qui doit, à peine de nullité, être prêté par les interprètes lorsqu'ils traduisent des propos tenus à l'audience par l'accusé, la partie civile ou les témoins⁴².

50. Même si elle n'est pas formellement prescrite à peine de nullité, citons également la règle énoncée à l'article 47bis, § 6, du Code d'instruction criminelle qui prévoit qu'aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites en violation

36. Nous n'apercevons pas la raison pour laquelle la preuve ne serait plus fiable au motif que l'ordonnance qui prescrit la mesure ne contient pas certaines mentions.

37. Voy. à cet égard not. Jean DE COOR, « La nouvelle loi sur les nullités : un texte inutile ? », *Rev. dr. pén. crim.*, 2014, pp. 255 et s. ; D. DE BÉCO, « Les actes d'instructions prescrites à peine de nullité », in *La théorie des nullités en droit pénal*, Anthémis, Limal, 2014, pp. 127 et s. ; F. LUCENTZ, « La sanction de l'irrégularité de la preuve en matière pénale après la loi du 24 octobre 2013 », *J.T.*, 2015, pp. 189 et s.

38. Articles 86bis, § 4, et 86ter, dernier alinéa, du Code d'instruction criminelle.

39. Il est toutefois prévu par cette disposition que tout jugement ou arrêt contradictoire qui n'est pas purement préparatoire couvre la nullité de l'exploit et des autres actes de procédure qui ont précédés le jugement ou l'arrêt.

40. Article 463 du Code des impôts sur les revenus.

41. Articles 155 et 295 du Code d'instruction criminelle.

42. Article 282 du Code d'instruction criminelle.

des règles prescrites par les §§ 2, 3 et 5 de cette disposition (et qui portent sur les droits à énoncer à la personne entendue ainsi que sur le droit de se concerter de manière confidentielle avec un avocat avant l'audition et, dans certains cas, à être assisté d'un avocat au cours de l'audition)⁴³.

51. Les règles prescrites à peine de nullité ne sont donc pas légion et semblent peu cohérentes. Elles s'appliquent en effet à quelques mesures d'investigation seulement qui par ailleurs sont loin d'être celles qui sont les plus attentatoires aux droits et libertés individuelles.

52. La logique de cette catégorie de normes ne saute pas aux yeux et il ne nous semble pas dépourvu de bon sens de dire qu'en réalité il n'y en a aucune.

§2. La forme méconnue a entaché la fiabilité de la preuve

53. Ce cas d'exclusion prévu par le législateur est étonnant et nous semble complètement inutile.

54. Si la preuve n'est pas fiable, peu importe d'ailleurs que ce soit en raison de la méconnaissance d'une règle légale ou en raison de sa qualité intrinsèque, elle ne saurait de toute façon pas être retenue par un juge pour justifier une condamnation. Il était donc peu utile de prévoir l'obligation d'exclure une telle preuve⁴⁴.

55. En outre, ce critère est parfaitement aléatoire puisque, en règle, le juge apprécie souverainement la fiabilité de la preuve qui lui est soumise⁴⁵.

56. Depuis l'entrée en vigueur de l'article 32 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle nous n'avons pas trouvé de décision de jurisprudence qui écarte une preuve au motif que l'irrégularité commise lors de son recueillement aurait entaché la fiabilité de celle-ci, si ce n'est un jugement du Tribunal de police de Hal du 4 décembre 2013⁴⁶.

43. Voy. not. à cet égard P. MONVILLE et D. HOLZAPFEL, « La question des nullités *Salduz* et mandat d'arrêt », in *La théorie des nullités en droit pénal*, Anthémis, Limal, 2014, pp. 37 et s.

44. A moins d'être inquiet de voir les juges se fonder sur des preuves peu fiables pour justifier une condamnation.

45. Voy. not. Cass., 5 janvier 2000, *Pas.*, 2000, n° 7 qui dispose « en matière répressive, lorsque la loi n'établit pas un mode spécial de preuve, le juge du fond apprécie en fait la valeur probante des éléments sur lesquels il fonde sa conviction et que les parties ont pu librement contredire ; qu'il lui est loisible, notamment, de refuser crédit à certaines déclarations et d'en accorder à d'autres, de diviser un aveu selon son intime conviction, d'apprécier la portée des déclarations faites par un coprévenu et de prendre en considération tous les éléments qui lui sont régulièrement soumis et qui lui paraissent constituer des présomptions suffisantes de culpabilité, alors même qu'il existerait dans la cause des éléments en sens contraire (...) » ; en ce sens égal. Cass., 27 février 2002, *Pas.*, 2002, p. 598 ; Cass., 5 mars 2002, *Pas.*, 2002, p. 636 ; Cass., 23 janvier 2008, *Pas.*, 2008, p. 220.

46. Pol. Hal, n° 2013/5342, 4 décembre 2013, *V.A.V.-C.R.A.*, 2014, p. 44.

57. Ce jugement a considéré que le fait pour les verbalisants lors d'un contrôle d'alcoolémie de n'avoir pas fait procéder à une deuxième mesure d'analyse d'haleine quinze minutes après la première mesure effectuée⁴⁷ rendait la preuve résultant de cette première mesure non fiable en raison du fait que « le principe d'un appareil d'analyse d'haleine est fondé sur la concentration d'alcool dans l'air alvéolaire expiré, c'est-à-dire la concentration de masse d'éthanol mesuré dans l'air expiré à la fin d'une prestation d'expiration valable. L'alcool buccal indique la présence d'alcool dans l'air expiré délivré mais qui n'est pas issu des alvéoles pulmonaires ».

58. Il nous semble important de souligner à cet égard que les règles énoncées par l'article 32 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle trouvent également à s'appliquer aux preuves légalement réglementées. Ce point avait déjà été tranché par la Cour de cassation avant l'entrée en vigueur de cette disposition⁴⁸. Il ne fait actuellement plus aucun doute⁴⁹.

59. Pour ces preuves, il conviendra donc d'examiner dans chaque cas si la règle qui a été méconnue lors de la collecte de cette preuve fait partie de celle qui était prescrite afin d'en garantir la fiabilité. Si tel est le cas, la preuve obtenue en violation de cette règle devra être écartée.

§3. L'usage de la preuve irrégulièrement obtenue est contraire au droit à un procès équitable

60. Il reste enfin le critère de l'exclusion de la preuve irrégulièrement obtenue lorsque son usage serait contraire au droit à un procès équitable.

61. Tous les auteurs s'accordent à dire qu'il est impossible de définir exactement ce qu'est un procès équitable, s'agissant en outre d'une notion évolutive⁵⁰.

62. La lecture attentive de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui consacre le droit à un procès équitable, ne permet pas de déterminer avec certitude les conditions devant être réunies pour qu'il soit satisfait à ce droit dès lors que les garanties qu'il énonce ne sont nullement limitatives. En outre le contenu des garanties

47. Comme le prescrit l'article 3.6 de l'annexe 2 de l'arrêté royal du 21 avril 2007 relatif aux appareils de test et aux appareils d'analyse d'haleine.

48. Voy. not. Cass., 2 novembre 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2006, p. 218.

49. Voy. à cet égard not. Cass., 14 mai 2014, P.140186.F qui énonce que l'article 32 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle n'opère pas de distinction selon que la preuve est rapportée librement ou par un mode spécialement réglementé.

50. Voy. not. J. DE COOT, « La nouvelle loi sur les nullités : un texte inutile ? », *op. cit.*, pp. 257 et s. ; D. VANDERBEECH, « La jurisprudence "Antigone" : évolution, remise en question et perspective de consécration légale », *op. cit.*, pp. 44 et s.

énoncées par cet article varie parfois avec le temps et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁵¹.

63. Certaines balises sont certes posées pour tenter de déterminer les contours de cette notion par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et celle de la Cour de cassation. Nous n'entrerons toutefois pas ici dans une analyse approfondie de la notion de procès équitable au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme car cela dépasserait largement le cadre de cette contribution⁵².

64. Relevons simplement que toute tentative de généralisation s'avère particulièrement périlleuse en analysant cette jurisprudence tant elle est fonction des données concrètes de la cause.

65. L'examen des arrêts de la Cour de cassation permet de dégager certains critères pouvant être retenus pour apprécier la portée du droit à un procès équitable.

66. Ainsi, la Cour de cassation énonce que le juge peut prendre en considération notamment la circonstance ou l'ensemble des circonstances suivantes :

- soit que l'autorité chargée de l'information, de l'instruction et de la poursuite des infractions a ou non commis intentionnellement l'acte illicite ;
- soit que la gravité de l'infraction dépasse de loin l'acte illicite commis ;
- soit que la preuve obtenue illicitement ne concerne qu'un élément matériel de l'existence de l'infraction⁵³ ;
- soit que l'illicéité commise est sans incidence sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgressée⁵⁴ ;
- soit que l'irrégularité commise n'a qu'un caractère purement formel⁵⁵.

51. L'article 6, § 3, de la Convention prévoit en effet que tout accusé a droit *notamment* à :

a) Être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;

b) Disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;

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 ;

d) Interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;

e) Se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ».

52. Voy. not. F. KURY, *Justice pénale et procès équitable*, Bruxelles, Larcier, 2006, not. pp. 541 et s. 53. Voy. not. Cass., 21 novembre 2006, P060806N ; en ce sens également Cass., 23 mars 2004, P04.0012.N.

54. Cass., 28 août 2013, P.13.0066.N.

55. Voy. not. Cass., 23 mars 2010, Pas., 2010, n° 209.

Mais ces circonstances non seulement ne sont pas exhaustives, mais en plus elles ne sont pas déterminantes.

67. Ainsi par exemple l'utilisation d'une preuve obtenue à la suite d'une illégalité commise de manière intentionnelle n'entraîne pas nécessairement la violation du droit à un procès équitable⁶⁶. Et il en va de même pour chacun des critères énoncés ci-dessus.

68. La Cour de cassation a également énoncé qu'un procès cesse d'être équitable notamment lorsque la preuve reçue malgré son irrégularité entraîne le risque d'une condamnation fondée sur des éléments douteux alors que la partie qui se voit opposer ceux-ci n'est pas en mesure de les contredire utilement et de rétablir la vérité⁶⁷.

69. Il est important par ailleurs de rappeler que la Cour de cassation ne cesse de répéter qu'il appartient au juge du fond d'apprécier l'admissibilité de la preuve recueillie illicitement à la lumière de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en tenant compte des éléments de la cause prise dans son ensemble, y compris le mode d'obtention de la preuve et les circonstances dans lesquelles l'acte illicite a été commis⁶⁸.

70. Autrement dit c'est au juge du fond qu'il appartient d'apprécier en tenant compte de toutes les circonstances de la cause et de l'ensemble de la procédure, si le droit à un procès équitable reste garanti malgré l'usage de la preuve illicite recueillie. Et cette appréciation doit se faire par rapport à l'ensemble de la procédure, en recherchant si les droits de la défense ont été respectés, en examinant si la personne poursuivie a eu la possibilité de contester l'authenticité des preuves et de s'opposer à leur utilisation, en vérifiant si les circonstances dans lesquelles les éléments à charge ont été obtenus jettent le trouble sur leur crédibilité ou leur exactitude, et en évaluant l'influence de l'élément de preuve obtenu irrégulièrement sur l'issue de l'action publique⁶⁹.

71. Il tombe sous le sens que cette appréciation sera éminemment subjective et qu'il est donc impossible de déterminer dans quel cas une preuve sera ou pas admise par le juge qui aura à connaître de la cause.

72. Il suffit pour s'en convaincre de constater, comme le relève Damien Vandermeersch, que l'utilisation d'une preuve obtenue par des fonctionnaires de police qui étaient accompagnés d'une équipe de télévision qui suivait en

56. Voy. not. Cass., 31 octobre 2006, P.061016N qui énonce que « la circonstance que l'autorité chargée de la recherche, de l'instruction ou de la poursuite des infractions à intentionnellement commis un acte illicite pour obtenir des preuves ne doit pas nécessairement inciter le juge à exclure ces preuves (...) ».

57. Cass., 4 mars 2015, P.14.1706.F.

58. Cass., 21 novembre 2006, P.06.00806.N.

59. Cass., 15 décembre 2010, P.10.0914.F.

direct leur travail à une fois été acceptée par une juridiction de fond au motif que l'usage de cette preuve ne violait pas le droit à un procès équitable et une autre fois été écartée au motif qu'elle violait le droit à un procès équitable⁶⁰. et tout cela avec la bénédiction, dans les deux cas, de la Cour de cassation⁶¹.

73. Cet exemple démontre qu'il est impossible de déterminer quand l'usage d'une preuve obtenue irrégulièrement ou illégalement sera considéré comme violant le droit à un procès équitable et quand tel ne sera pas le cas.

74. Nous nous proposons donc d'analyser la jurisprudence récente afin de voir l'application qu'elle a faite de ce critère (et ce depuis l'entrée en vigueur de l'article 32 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle⁶¹).

75. Il a ainsi été jugé que :

- Le fait d'écarter des auditions de consommateurs de stupéfiants au motif qu'elles procédaient de l'exploitation de données téléphoniques irrégulièrement recueillies⁶² méconnaissait l'article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale dès lors qu'il n'était pas indiqué en quoi l'illégalité commise entachait la fiabilité de la preuve ou que l'usage de celle-ci était contraire au droit à un procès équitable⁶³ ;
- L'utilisation d'éléments de preuve obtenus à la suite d'une perquisition réalisée dans un hangar sans mandat de perquisition et sans consentement

60. Voy. à cet égard Cass., 8 novembre 2005 (P.05.1106.N) qui rejette le pourvoi introduit contre la décision qui a rejeté la preuve obtenue par des policiers qui se faisaient accompagner de caméramans d'une chaîne de télévision au motif notamment que « le jugement attaqué indique les motifs pour lesquels il considère qu'en l'espèce, la preuve recueillie illégalement ne peut être utilisée (...) » et qu'il « examine si le droit à un procès équitable a été mis en péril et mesure à cet effet l'illégalité commise à l'aune de la gravité de l'infraction ». *Contra* Cass., 21 novembre 2006 (P.06.0806.N) qui rejette le pourvoi formé contre la décision qui a admis la preuve obtenue par des policiers qui se faisaient accompagner de caméramans d'une chaîne de télévision au motif notamment que « le jugement attaqué indique (...) les motifs pour lesquels il considère qu'en l'espèce, la preuve obtenue illicitement peut être utilisée, en dépit de la présence du caméraman » ; voy. à ce sujet égal. D. VANDERMEERSCH, « La jurisprudence "Antigone" : évolution, remise en question et perspective de consécration légale », *op. cit.*, pp. 17 et s.

61. Pour une analyse de la jurisprudence après l'arrêt Antigone et avant l'entrée en vigueur de l'article 32 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle, voy. not. D. VANDERMEERSCH, « La jurisprudence "Antigone" : évolution, remise en question et perspective de consécration légale », *op. cit.*, pp. 7 et s. qui écrit notamment que « Pratiquement, la plupart des irrégularités ne se voient plus sanctionnées car elles peuvent être couvertes par le test "Antigone", notamment sous l'égide du procès équitable (...) ».

62. Le repérage des communications était en l'espèce illégal car il ne respectait pas le prescrit de l'article 88bis, § 1^{er} alinéa 3 du Code d'instruction criminelle qui impose au juge d'instruction qui décide d'effectuer un tel repérage de rendre une ordonnance motivée indiquant les circonstances de fait de la cause qui justifient la mesure. En l'espèce, il n'existait pas d'ordonnance de ce type.

63. Cass., 28 mai 2014, P.14.0424.F.

écrit et préalable⁶⁴ était permise dès lors que la forme prescrite n'est pas prévue à peine de nullité, que la fiabilité de la preuve n'est pas entachée, et que l'utilisation de celle-ci ne viole pas le droit à un procès équitable⁶⁵ ;

- Les preuves recueillies par un juge d'instruction alors qu'il dépasse sa saisine ne peuvent pas être exclues s'il n'est pas précisé comment et pourquoi cette irrégularité a soit entaché la fiabilité de la preuve, soit eu pour conséquence que l'usage de cette preuve est contraire au droit à un procès équitable⁶⁶ ;

- N'était pas légalement justifié l'arrêt qui déclarait nuls les éléments de preuves recueillis au cours d'une période durant laquelle la qualité de juge d'instruction du magistrat commis à cette fin n'était pas légalement établie de sorte qu'il y avait une méconnaissance du droit à un procès équitable⁶⁷.

76. Il nous semble également important de souligner que si la Cour de cassation avait, à la suite de son arrêt Antigone précité, fixé d'autres cas où il convenait d'exclure une preuve irrégulièrement obtenue⁶⁸, ces cas ne sau-

64. Tel que requis par l'article 1^{er} bis de la loi du 7 juin 1969 fixant le temps pendant lequel il ne peut être procédé à des perquisitions ou des visites domiciliaires.

65. Cass., 5 novembre 2014, P.14.1170.F. Signalons pour être complet que l'arrêt attaqué avait considéré que l'irrégularité commise était purement formelle et sans incidence sur le droit protégé par la norme transgressée dès lors que le consentement à la visite domiciliaire était établi par deux procès-verbaux signés par l'utilisateur du hangar.

66. Cass., 10 juin 2014, P.14.0282.N. L'arrêt attaqué avait considéré que « dès lors que tous les actes d'instructions sont, de par leur lien étroit avec la preuve illégale, entachés de la même illégalité et que tant l'instruction judiciaire que l'action publique se fondent sur ceux-ci, il y a lieu de constater qu'il est porté atteinte aux droits de la défense et au droit à un procès équitable, de sorte qu'il y a lieu de conclure à l'irrecevabilité de l'action publique, laquelle est en effet fondée sur la présente instruction judiciaire qui est intégralement et depuis le début entachée dans sa fiabilité garantie par les articles 56 et suivants du Code d'instruction criminelle » ; la Cour de cassation a cassé cet arrêt en considérant que « par ces motifs, qui concernent uniquement la conséquence qu'il attache au lien étroit unissant la preuve qu'il qualifie de régulière et d'irrégulière, l'arrêt ne précise pas comment et en quoi le dépassement de la saisine du juge d'instruction a pour conséquence qu'il soit porté atteinte à la fiabilité de la preuve ou que l'usage de cette preuve est contraire au droit à un procès équitable, de sorte que l'action publique est irrecevable. Ainsi l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision ».

67. Cass., 4 mars 2015, P.14.1796.F. ; la Cour énonce que « l'arrêt considère que la désignation du juge d'instruction procède d'ordonnance dont la validité n'est pas établie, tantôt parce qu'elles ne font pas mention de l'avis du Procureur du Roi, tantôt parce que la désignation du juge d'instruction est renouvelée sur la base de l'article 80, alinéa 2 du Code judiciaire alors que le titre initial se fondait sur l'article 80, alinéa 1^{er}, tantôt enfin parce que le document est produit en copie simple et non en copie attestée conforme par le greffier. (...) Le caractère formel des irrégularités retenues par les juges d'appel ne permet pas de fonder la conclusion que l'arrêt tire quant à une méconnaissance des droits de la défense et du droit à un procès équitable (...) ».

68. Voy. not. Cass., 24 avril 2013, J.T., 2013, pp. 416 et s., avec les observations de L. KENNIS : « La question des compétences réservées au juge d'instruction échappe au contrôle Antigone ». En l'espèce, la Cour de cassation avait cassé une décision qui validait une perquisition ordonnée par un juge de police dans une matière où elle aurait dû l'être par un juge d'instruction en considérant que « (...) Substantielle, touchant à l'organisation des cours et tribunaux au point

raient plus trouver à s'appliquer depuis l'entrée en vigueur de l'article 32 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle.

77. Non seulement les travaux préparatoires de la loi du 24 octobre 2013 qui a inséré l'article 32 dans le titre préliminaire du Code d'instruction criminelle permettent de considérer qu'il en est ainsi, dès lors que le législateur a délibérément choisi d'exclure d'autres critères que ceux qu'il a retenus⁶⁹ mais, en outre, la Cour de cassation a confirmé cette position, relativement au critère d'exclusion de la preuve en cas de violation d'une règle substantielle touchant à l'organisation des cours et tribunaux.

78. Dans un arrêt du 23 septembre 2015, elle a en effet indiqué qu'il « résulte des travaux préparatoires de la loi du 24 octobre 2013 que la nullité d'un élément de preuve obtenu irrégulièrement, visée par l'article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale et relative au respect des conditions formelles prescrites à peine de nullité, n'inclut pas la violation d'une règle substantielle touchant à l'organisation des cours et tribunaux »⁷⁰.

79. Un constat s'impose : dans la très grande majorité des cas, il est considéré que l'usage d'une preuve obtenue de manière irrégulière ou illicite ne viole pas le droit à un procès équitable. Les juridictions semblent donc admettre très majoritairement, en se basant sur la loi, que « la fin justifie les moyens » mêmes illégaux⁷¹.

80. Cette situation ne manque pas d'interpeller tant il est inquiétant et antinomique que la justice qui est là pour sanctionner le non-respect de la loi puisse, pour ce faire, se fonder sur des éléments obtenus en violation de cette même loi.

81. Certes personne n'a intérêt à ce que des infractions restent impunies et il faut donner les moyens aux autorités judiciaires pour pouvoir mener à bien

de vue de la répartition de leurs attributions respectives, l'irrégularité dénoncée à bon droit par les demandeurs n'est pas de celles que le juge pourrait refuser de sanctionner au motif qu'aucun texte ne commue la nullité, que la preuve reste fiable ou que son utilisation ne compromet pas le caractère équitable du procès (...) ».

69. *Doc. parl.*, Ch., 2012-2013, n° 53-0041/015, p. 4.

70. Cass., 23 septembre 2012, P.14.0238.F. Dans ses conclusions précédant cet arrêt Monsieur l'avocat général Damien VANDERMEERSCH soutenait d'ailleurs : « Il me semble qu'en ne retenant pas, de façon délibérée, le critère de l'exclusion de la preuve obtenue en violation d'une forme substantielle touchant l'organisation des cours et tribunaux, le législateur de 2013 a clarifié la situation. Dès lors que la Chambre a supprimé explicitement l'amendement introduisant ce critère, il faut en déduire, à mon sens, qu'à défaut de sanction précise prévue par le législateur, la conséquence d'une violation d'une forme dite substantielle ne peut être examinée qu'à travers le prisme des critères "Antigone" (...) ». *Rev. dr. pén. crim.*, 2016, pp. 78 et s.

71. Ou, pour reprendre la formule plus imagée du Premier Président de la cour de Cassation, « peu importe que le chat soit noir ou blanc, du moment qu'il attrape la souris ! » ; J. DE COOT, « La nouvelle loi sur les nullités : un texte inutile ? », *op. cit.*, p. 257.

leurs missions. De là à placer cet impératif au-dessus du respect de la loi par les autorités de poursuites, il y a un pas que nous ne franchirions pas.

82. Faut-il rappeler que beaucoup de mesures d'investigation comportent une atteinte plus ou moins importante aux droits et libertés des citoyens. Citons à titre d'exemple les perquisitions, les mesures d'écoutes, les mesures d'observations, ...

83. Les règles qui gouvernent leur mise en œuvre sont donc destinées à assurer un équilibre entre la nécessité de poursuivre les auteurs d'infractions et l'obligation pour un État démocratique de protéger les droits et libertés de chaque citoyen de toute entrave excessive de la part de l'autorité publique.

84. Si le respect de telles normes ne s'impose plus et qu'aucune sanction ne s'y attache, quel est encore l'intérêt de les prévoir et rien ne garantit qu'elles ne seront pas à l'avenir systématiquement ignorées/bafouées ? Il y a donc un risque réel que les règles qui gouvernent la mise en œuvre des moyens d'investigations deviennent alors une sorte de « code de bonne conduite »⁷².

Section 7. Conclusions

85. Il est indéniable que le régime réservé aux preuves illégales ou irrégulières a connu un bouleversement fondamental. Nous sommes passés d'une règle de l'exclusion, sans exception de la preuve irrégulière/illicite, à celle d'une admission de principe, sauf quelques rares exceptions dont les contours restent flous, voire de l'aveu de la meilleure doctrine⁷³, impossibles à fixer.

86. Nous ne pouvons que le déplorer, amèrement... Pas tant parce que la justice aurait perdu en honorabilité ou en crédibilité, en pouvant désormais se baser sur des éléments obtenus en violation de la loi, alors qu'elle est

72. En ce sens également voy. C. DE VALKENBER, « Que reste-t-il du principe de légalité de la preuve ? Variations autour de quelques arrêts récents de la Cour de cassation », *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 685 qui écrit : « limiter formellement le recours aux moyens d'enquête, en les subordonnant à des règles précises, n'a de sens que si les violations de ces dernières sont sanctionnées, d'une manière ou d'une autre. À défaut, elles risquent très vite de ne plus relever que de l'éthique ou de la déontologie et de perdre grandement en efficacité. Pourqu'il, en effet, indépendamment d'un souci d'éthique professionnelle, se dépêcher pour débiter une perquisition avant 21 heures lorsque l'on sait que, dès lors que l'article fixant les heures pendant lesquelles elle peut être conduite n'est pas prescrit à peine de nullité, l'irrégularité commise ne risque guère d'être sanctionnée ultérieurement par une exclusion des preuves administrées ? (...) Il nous paraît dangereux de s'orienter vers un profond assouplissement des règles qui gouvernent la sanction des preuves irrégulières. En empruntant une telle voie, on court le risque d'amoindrir progressivement les protections entourant les atteintes aux droits fondamentaux du citoyen. »

73. J. DE COTR, « La nouvelle loi sur les nullités : un texte inutile ? », *op. cit.*, pp. 258 et s. ; D. VANDERMEERSCH, « La jurisprudence "Antigone" : évolution, remise en question et perspective de consécration légale », *op. cit.*, pp. 44 et s. ; F. LUGENITZ, « La sanction de l'irrégularité de la preuve en matière pénale après la loi du 24 octobre 2013 », *op. cit.*, pp. 192 et s.

précisément là pour la faire respecter⁷⁴. Mais bien plus parce que l'on a sacrifié une règle claire, en la remplaçant par une autre on ne peut plus nébuleuse. Dans une matière aussi sensible, l'action conjuguée des pouvoirs judiciaire et législatif a abouti à un résultat indigne d'un État de droit : créer une insécurité juridique totale en élevant au rang de nouveau paradigme une vision « machiavélique » du droit de la procédure pénale puisque la fin justifie les moyens.

87. Nous ne pouvons souscrire à la justification parfois donnée pour expliquer que cette évolution était malheureusement inévitable, la législation devenant de plus en plus touffue et compliquée, il n'était plus possible de sanctionner toute méconnaissance de celle-ci par l'exclusion⁷⁵.

88. Partant du constat qu'il élabore des règles à ce point compliquées que même ceux qui doivent en assurer le respect peuvent s'y perdre, le législateur a, pour remédier à cette situation, énoncé une règle toute aussi confuse suivant laquelle si on ne respecte pas les règles, ce n'est finalement pas si grave... N'aurait-il pas été mieux inspiré de s'engager à simplifier les procédures décrites dans le code d'instruction criminelle de telle sorte qu'il soit aisé pour tout un chacun de les respecter ?

89. En 1989, le professeur Michel Franchimont terminait l'avant-propos de la première édition de son Manuel de procédure pénale par ces mots⁷⁶ : « Comme l'a dit très justement le Procureur général Léon Cornil en 1931 : "Au pénal comme au civil, une bonne procédure est une procédure simple et claire, riche en garanties de fond, débarrassée concrètement des formalités qui n'ont de garantie que le nom". Mais au-delà des règles de procédure, une idée me paraît plus fondamentale encore : la manière dont un homme est poursuivi et jugé est aussi importante, sinon plus, que la décision dont il est l'objet. C'est un problème de respect et de dignité ».

90. Près de 30 ans plus tard, en consacrant la jurisprudence « Antigone », le législateur a réussi la gageure de faire perdre à la justice pénale respect et dignité et d'ouvrir la voie à l'injustice, l'inégalité et l'arbitraire... Un bilan à la fois navrant et sévère !!

74. Voy. à cet égard C. DE VALKENBER, « Que reste-t-il du principe de légalité de la preuve ? Variations autour de quelques arrêts récents de la Cour de cassation », *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 685. L'auteur y écrit que « pour conserver le monopole de la violence dont dispose l'État, celle-ci doit demeurer légitime et donc ne peut s'exercer que conformément à la loi. En privant progressivement de sanction les règles portant atteintes aux droits fondamentaux, on court inévitablement le risque de saper l'autorité sur laquelle se fonde la justice ».

75. Voy. not. J. DE COTR, « La nouvelle loi sur les nullités : un texte inutile ? », *op. cit.*, pp. 245 et s.

76. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 6-7.