

INTRODUCTION

L'objet principal du procès pénal consiste à déterminer si une infraction a été commise et, le cas échéant, si cette infraction est imputable à la personne poursuivie. La problématique de la preuve revêt par conséquent une importance particulière en droit de la procédure pénale.

La matière probatoire suscite plusieurs questions. La première concerne la charge de la preuve. Revient-il à l'accusation de prouver la culpabilité du prévenu ou est-ce à ce dernier d'établir son innocence ? La réponse ne souffre aucune ambiguïté, la charge de la preuve incombe entièrement à la partie poursuivante, à savoir le ministère public. Cette règle trouve son fondement dans le principe de la présomption d'innocence tel que consacré aux articles 6.2 de la Convention européenne des droits de l'homme et 14.2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Une seconde question a trait à la recevabilité de la preuve. Quels sont les modes de preuve que le juge pénal peut prendre en compte afin de fonder une condamnation ? Notre droit de la procédure pénale, afin de compenser les effets de la charge de la preuve qui repose sur les épaules de l'accusation, consacre le principe de la liberté. En ce sens, tout élément de preuve est admis. Ce principe n'est toutefois pas absolu. En effet, le juge pénal ne peut pas se servir d'éléments de preuve qui n'ont pas été soumis à la contradiction des débats. Il lui est également interdit de prendre en considération certaines preuves obtenues de manière illicite.

Les pages qui suivent sont consacrées au sort que la Cour de cassation, puis le législateur, ont réservé à ces preuves illicites. Cette analyse nous paraît importante puisqu'elle concerne de nombreuses hypothèses, les preuves obtenues illégalement étant légion. En outre, nos systèmes démocratiques ne sont pas à l'abri de commettre certaines atrocités afin d'obtenir des renseignements, spécialement lorsqu'il s'agit de lutter contre le terrorisme. Ainsi, en 2004, la CIA a enfermé pendant 23 jours un Allemand dans une chambre d'hôtel macédonienne. Il y fut notamment frappé, déshabillé, sodomisé avec des objets en bois et privé de ses sens aux fins d'obtenir des aveux. Que faire des éléments de preuve ainsi recueillis ?

L'étude se veut historique et distingue quatre périodes. Durant la première, qui couvre la quasi totalité du 20^{ème} siècle, les preuves illicites étaient exclues (Titre I). Au cours des années nonante, la Cour de cassation a tempéré sa jurisprudence (Titre II). Il ne s'agissait que de l'amorce d'un revirement opéré à l'aube du 21^{ème} siècle (Titre III). Depuis, les preuves recueillies de manière illicite sont, sauf exceptions, recevables. Cette solution est désormais consacrée par le législateur (Titre IV).

Voici brossé le panorama que ce travail entend détailler. Cependant, avant d'entrer dans le vif du sujet, une remarque s'impose. D'emblée, il nous paraît en effet important de préciser que les règles présentées ci-après sont au cœur d'une tension entre l'efficacité de la justice et la protection de la personne poursuivie.

TITRE I.

DE 1923 À 1990 : L'EXCLUSION DES PREUVES ILLICITES

Depuis 1923 jusqu'au crépuscule du 20^{ème} siècle, la jurisprudence de la Cour de cassation consacrait une règle claire et dénuée de toute ambiguïté. Cette règle était celle de l'exclusion des preuves obtenues de manière illicite. En d'autres termes, le juge pénal ne pouvait pas fonder une condamnation sur une preuve recueillie illicitement¹. Par application de ce principe, la Cour de cassation a, par exemple, considéré que « la cour d'appel a légalement justifié sa décision de déclarer non établies les préventions fondées exclusivement sur le résultat » d'une perquisition dont la licéité ne pouvait pas être vérifiée².

L'objectif poursuivi par cette *exclusionary rule* était de décourager les autorités de commettre des illicéités en recherchant des preuves³.

Le présent titre est consacré à l'étude du principe de l'exclusion des preuves illicites. La notion de preuve illicite y est d'abord circonscrite (Chapitre I). Ensuite, le sort qui était réservé à cette preuve est analysé plus en détails (Chapitre II).

CHAPITRE I. LE CHAMP D'APPLICATION DU PRINCIPE : LA NOTION DE PREUVE ILLICITE

L'étude du principe de l'exclusion des preuves illicites mène vite à une première interrogation relative à son champ d'application. Qu'est-ce qu'une preuve illicite ? Autrement formulé, dans quelles circonstances une preuve était-elle considérée comme illicite et, donc, exclue ?

¹ M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1130.

² Cass., 24 avril 1996, *Pas.*, 1996, p. 361.

³ S. BERNEMAN, « L'admissibilité de la preuve dans un système continental : le modèle belge », *Rev. dr. pén. crim.*, 2007, pp. 313 et 314.

Si, d'un point de vue terminologique, comme le remarque F. KUTY, la Cour de cassation confond les notions d'illégalité et d'irrégularité⁴, la doctrine est univoque : il existe *a minima* deux catégories différentes de preuves illicites, les preuves illégales (Section 1^{ère}) et les preuves irrégulières (Section 2)⁵. Certains auteurs soutiennent l'existence d'une troisième catégorie composée des preuves non-valides (Section 3)⁶.

Section 1^{ère}. L'exigence de légalité de la preuve

Sous-section 1^{ère}. Le principe

La preuve illégale est celle obtenue « en contravention avec une disposition légale ou réglementaire matérielle ou de nature procédurale, d'origine nationale ou internationale »⁷. Elle devait être exclue des débats.

C'est par un arrêt du 10 décembre 1923 que la Cour de cassation a posé les jalons d'une jurisprudence qui allait être la sienne tout au long du 20^{ème} siècle. Les faits concernaient un débitant de boissons à consommer sur place poursuivi du chef d'avoir détenu des boissons spiritueuses. Un procès-verbal dressé par les agents du fisc, à la suite d'une visite domiciliaire, constatait que, dans une partie privée de l'établissement, c'est-à-dire une partie interdite d'accès aux clients, un récipient contenant une boisson spiritueuse avait été retrouvée. Après avoir rappelé que les agents du fisc ne pouvaient pénétrer dans le domicile privé du débitant de boissons qu'avec l'autorisation du juge de paix ou le consentement de

⁴ F. KUTY, « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *R.C.J.B.*, 2004, p. 419 ; F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, p. 20 ; voy., par exemple, Cass., 13 mai 1986, *Pas.*, 1986, p. 1107 (la Cour utilise la notion d'illégalité là où elle devrait utiliser la notion d'illicéité).

⁵ Voy. toutefois C. VAN DEN WYNGAERT et H-D. BOSLY, « La preuve en procédure pénale comparée – Le droit belge », *Rev. intern. dr. pén.*, 1992, pp. 109 et 110.

⁶ M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1132 ; M-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », note sous Cass., 2 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 1095-1096.

⁷ F. KUTY, « Doit-on admettre avec la Cour de cassation que « La circonstance que le dénonciateur d'une infraction en a eu connaissance en raison d'une illégalité n'affecte pas la régularité de la preuve qui a été obtenue ultérieurement sans aucune illégalité » ? », note sous Cass, 30 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1998, p. 495.

l'occupant, à savoir le débitant de boissons, la Cour suprême a décidé que « les constatations qu'ils relèvent en violation de cette règle sont nulles et dépourvues d'effet »⁸.

Cette jurisprudence avait été anticipée dans un arrêt du 12 mars 1923 dont la rédaction est moins claire. Relativement à des faits similaires, la haute juridiction y jugeait qu'« on ne saurait tenir compte de constatations faites en dehors des règles protectrices de l'inviolabilité du domicile »⁹. Quelques 12 mois plus tard, la Cour rendait un arrêt à la portée identique¹⁰.

Au fil des années, la Cour a étoffé sa jurisprudence, dégageant un principe formulé très clairement dans un arrêt du 13 mai 1986 : « les preuves sur lesquelles l'action publique est fondée et qui sont soumises à la libre appréciation du juge pénal doivent avoir été obtenues légalement »¹¹.

A titre illustratif, des aveux obtenus par l'usage de la torture ne pouvaient pas servir de preuve dès lors que l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques prohibent la torture¹². Sont également illégales les preuves recueillies à la suite d'une arrestation ou d'une détention arbitraire, puisque contraires aux articles 5 de la Convention européenne des droits de l'homme et 8 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹³. Il en est de même des preuves obtenues en violation du secret des lettres, du secret des communications téléphoniques ou du secret professionnel¹⁴.

L'illégalité d'une constatation entraînait non seulement l'exclusion de cette constatation mais également la nullité des preuves qui en étaient la conséquence directe et immédiate. Un arrêt de la Cour de cassation du 24 mai 1948 illustre la règle. Cette décision concerne des gendarmes qui étaient entrés, en méconnaissance des règles relatives à l'inviolabilité du domicile, dans une maison et y avaient constaté l'existence d'une distillerie clandestine. Bien qu'illégale, cette constatation avait permis l'obtention d'aveux sur le fondement desquels la Cour d'appel de Liège avait condamné le demandeur en cassation. La Cour suprême a cassé

⁸ Cass., 10 décembre 1923, *Pas.*, 1924, p. 66.

⁹ Cass., 12 mars 1923, *Pas.*, 2003, p. 234.

¹⁰ Cass., 3 mars 1924, *Pas.*, 1924, p. 230.

¹¹ Cass., 13 mai 1986, *Pas.*, 1986, p. 1107.

¹² H-D. BOSLY, « La régularité de la preuve en matière pénale », *J.T.*, 1992, p. 122 ; F. KUTY, note sous Cass, 30 mai 1995, *J.L.M.B.*, p. 495.

¹³ F. KUTY, « Doit-on admettre avec la Cour de cassation que « La circonstance que le dénonciateur d'une infraction en a eu connaissance en raison d'une illégalité n'affecte pas la régularité de la preuve qui a été obtenue ultérieurement sans aucune illégalité » ? », note sous Cass, 30 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1998, p. 495.

¹⁴ C. VAN DEN WYNGAERT et H-D. BOSLY, « La preuve en procédure pénale comparée – Le droit belge », *Rev. intern. dr. pén.*, 1992, p. 109.

l'arrêt de la juridiction d'appel puisque « l'illégalité de la constatation originale entraîne la nullité des preuves recueillies ensuite de cette constatation, sans exception des aveux du demandeur »¹⁵. D'autres arrêts confirment cette jurisprudence¹⁶.

Dans l'hypothèse où une preuve illégale était accompagnée d'autres preuves, parfaitement licites quant à elles, la Cour de cassation autorisait logiquement le juge pénal à fonder sa condamnation sur ces dernières¹⁷. Ainsi,

« Attendu que l'arrêt attaqué, après avoir déclaré illégale la visite domiciliaire faite la nuit, constate que l'existence des infractions est établie par d'autres éléments, étrangers à cette visite domiciliaire et « aux constatations illégales faites et n'en sont pas la conséquence » ;

(...)

Attendu que ces parties de la motivation suffisent à justifier la condamnation du demandeur »¹⁸.

A l'origine, la jurisprudence initiée en 1923 ne concernait que les preuves recueillies par les autorités chargées de la recherche, de la constatation ou des poursuites. Elle fut par la suite étendue aux preuves obtenues par des particuliers¹⁹. La Cour de cassation a ainsi rejeté un pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles ayant refusé de prendre en compte les aveux de prévenus, lesquels avaient été obtenus immédiatement après leur avoir fait écouter des enregistrements sonores illégalement réalisés par la partie civile²⁰.

Sous-section 2. Les tempéraments

¹⁵ Cass., 24 mai 1948, *Pas.*, 1948, p. 334.

¹⁶ Cass., 13 octobre 1952, *Pas.*, 1953, p. 52 (« l'illégalité de la constatation originale entraîne la nullité des preuves recueillies ensuite de cette constatation ») ; Cass., 24 avril 1996, *Pas.*, 1996, p. 361.

¹⁷ M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1130 ; F. KUTY, « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *R.C.J.B.*, 2004, p. 417 ; J. DE CODT, « Les nullités de l'instruction préparatoire et le droit de la preuve. Tendances récentes », *Rev. dr. pén. crim.*, 2000, p. 59 ; A. DE NAUW, « Les règles d'exclusion relatives à la preuve en procédure pénale belge », *Rev. dr. pén. Crim.*, 1990, p. 722.

¹⁸ Cass., 2 septembre 1948, *Pas.*, 1948, p. 488 ; voy. également Cass., 16 juin 1987, *Pas.*, 1987, p. 1278.

¹⁹ F. KUTY, « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *R.C.J.B.*, 2004, p. 411 ; F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, p. 10.

²⁰ Cass., 29 octobre 1962, *Pas.*, 1963, p. 272 ; M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1133.

§ 1^{er}. *L'exigence de légalité du procédé d'investigation en tant que tel*

I. *Présentation*

Par un arrêt du 27 février 1985, la Cour de cassation a introduit une subtile distinction à sa jurisprudence qui était restée jusqu'alors limpide. Cette décision est demeurée isolée de sorte que sa portée n'a jamais pu être définie exactement²¹.

L'affaire en cause mettait en scène un trafic de drogue. Précisément, un trafiquant pakistanais avait confié une importante quantité d'héroïne à un policier allemand infiltré, à charge pour lui de la transporter jusqu'à Francfort puis Bruxelles. Cette infiltration a ensuite permis aux autorités d'arrêter deux personnes venues réceptionner la marchandise²².

Devant les juges du fond, les prévenus ont invoqué la participation des autorités à l'infraction de sorte que les preuves avaient été obtenues illégalement et devaient être écartées. Ils furent toutefois condamnés et introduisirent dès lors un pourvoi en cassation²³.

La Cour rejeta celui-ci au motif que « la seule circonstance que des policiers se seraient rendus coupable d'une infraction, ou de participation à cette infraction, n'a pas pour conséquence de rendre nulles leurs constatations ou déclarations dès lors que le procédé d'investigation utilisé n'est pas en soi entaché de nullité »²⁴. Aux termes de cette décision, dans la mesure où une investigation n'était pas elle-même entachée de nullité, les éléments de preuve recueillis grâce à elle n'étaient pas nuls, même si les autorités avaient commis, à son occasion, des faits punissables²⁵.

Autrement formulé, la portée de l'arrêt du 27 février 1985 est la suivante : les constatations étaient nulles si et seulement si le procédé d'investigation en tant que tel était entaché de nullité. Un tel enseignement suscite plusieurs interrogations.

²¹ 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. crim.*, 2005, p. 686.

²² J. DE CODT, « Les nullités de l'instruction préparatoire et le droit de la preuve. Tendances récentes », *Rev. dr. pén. crim.*, 2000, p. 50.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Cass., 27 février 1985, *J.T.*, 1985, p. 728, obs. D. GARABEDIAN.

²⁵ F. KUTY, « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *R.C.J.B.*, 2004, p. 412 ; F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, p. 18.

D’abord, qu’entend-on par « procédé d’investigation » (II) ?

Ensuite, quel critère utiliser pour mettre en œuvre la distinction opérée par la Cour entre, d’une part, les preuves obtenues au moyen d’un procédé d’investigation en soi illégal et, d’autre part, les preuves recueillies à la suite d’un procédé d’investigation qui n’est, en lui-même, pas entaché de nullité mais qui s’accompagne néanmoins d’une infraction (III)?

Enfin, cette distinction existait-elle auparavant ou la Cour de cassation a-t-elle modifié sa jurisprudence (IV)? Cette dernière question a, nous le verrons, reçu en doctrine des réponses en sens opposés.

II. *La notion de procédé d’investigation*

Comme l’observe D. GARABEDIAN, la Cour ne précise pas la portée des termes « procédé d’investigation »²⁶. Selon l’auteur il s’agit des « procédés de recherche des preuves dont il est unanimement admis qu’ils doivent, pour donner lieu à des constatations valables, être utilisés dans le respect des règles légales »²⁷. Il s’agit, entre autres, des perquisitions et des écoutes téléphoniques.

III. *La distinction*

A la suite de la Cour suprême, il convenait de discriminer, d’un côté, les infractions commises afin d’obtenir un élément de preuve, et, de l’autre, les infractions commises à l’occasion du recueil d’un élément de preuve. Dans la première hypothèse, l’élément de preuve était nul puisque l’illégalité avait pénétré le processus d’investigation utilisé. *A contrario*, dans la seconde hypothèse, la validité de l’élément de preuve n’était pas entamée dès lors que l’illégalité se juxtaposait, sans plus, à la constatation de l’infraction²⁸.

²⁶ D. GARABEDIAN, obs. sous Cass., 27 février 1985, *J.T.*, 1985, p.738.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ F. KUTY, « La règle de l’exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *R.C.J.B.*, 2004, p. 412 ; C. DE VALKENEER, *La tromperie dans l’administration de la preuve pénale*, Bruxelles,

Le critère déterminant pour distinguer les deux catégories d'infractions était l'existence d'un lien de causalité entre la preuve et l'infraction²⁹, cette dernière devant affecter le procédé d'investigation utilisé³⁰. La preuve aurait-elle pu être obtenue sans la commission de l'infraction ? Si la réponse à cette question était positive, la preuve était admissible ; si elle était négative, la preuve était nulle. Supposons l'exemple hypothétique suivant. Des policiers munis d'un mandat réalisent une perquisition grâce à laquelle ils effectuent certaines constatations. Par ailleurs, durant la perquisition, un policier porte des coups volontaires à une personne présente. Dans la mesure où la perquisition aurait été tout aussi fructueuse sans qu'aucune infraction de coups et blessures volontaires n'ait été commise, les constatations ne sont pas nulles. En d'autres termes, l'infraction n'a pas facilité la perquisition, aucune causalité n'existe³¹.

C. DE VALKENEER, lequel a explicité ce critère, est songeur quant à son application par l'arrêt du 27 février 1985. En effet, selon l'auteur, les preuves n'auraient pas pu être recueillies sans la participation de certains policiers au trafic de drogue³². Autrement formulé, il existerait un lien causal entre l'infraction et les preuves obtenues de sorte que la Cour aurait dû déclarer fondé le moyen.

D. GARABEDIAN explique la distinction portée par l'arrêt du 27 février 1985 par la volonté de la Cour de rechercher un équilibre. D'un côté, l'exclusion des constatations dès qu'une infraction a été commise est une règle trop rigide. De l'autre, certaines manœuvres policières sont inadmissibles³³.

IV. *La jurisprudence antérieure*

A. *L'arrêt du 10 décembre 1923*

Larcier, 2000, p. 85 ; F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, pp. 18 et 19.

²⁹ F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, p. 19.

³⁰ J. DE CODT, « Les nullités de l'instruction préparatoire et le droit de la preuve. Tendances récentes », *Rev. dr. pén. crim.*, 2000, p. 50.

³¹ C. DE VALKENEER, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 85.

³² *Ibidem*.

³³ D. GARABEDIAN, obs. sous Cass., 27 février 1985, *J.T.*, 1985, p. 738.

La jurisprudence portée par l'arrêt du 27 février 1985 s'inscrit-elle dans la lignée de l'arrêt du 10 avril 1923 de la Cour de cassation ? La réponse est affirmative. Effectivement, la Cour considérait alors, sans préciser que les agents s'étaient rendus coupables du délit de violation de domicile, que les constatations étaient nulles puisqu'elles découlaient d'une perquisition elle-même entachée de nullité. Or, de toute évidence, les termes « procédés d'investigation » utilisés par la Cour dans son arrêt du 27 février 1985 visent notamment les perquisitions³⁴.

La Cour suprême s'écartait ainsi de la thèse, plus sévère, défendue par le premier avocat général, P. LECLERCQ, au travers de ses conclusions conformes d'après lesquelles les agents de la police judiciaire « ne peuvent, précisément parce qu'ils n'existent que pour faire respecter la loi, accomplir aucune action illégale. Toute illégalité dont ils se rendraient coupable est sans effet au point de vue de l'exécution de leur tâche. »³⁵

B. *La jurisprudence intermédiaire*

A propos des infractions commises par un agent chargé de la recherche des infractions, l'arrêt du 27 février 1985 revêt donc une portée identique à celle de l'arrêt du 10 avril 1923. Cependant, la doctrine n'est pas unanime en ce qui concerne les décisions rendues par la Cour de cassation entre ces deux dates. Les différents points de vue peuvent être présentés en deux groupes. Certains auteurs considèrent que la Cour a toujours appliqué la distinction présentée ci-avant (1). D'autres estiment, au contraire, que la jurisprudence de la Cour a évolué (2).

1. *Première thèse : changement de jurisprudence*

Pour certains, la haute juridiction, par un arrêt du 8 janvier 1945 s'est approprié la théorie de P. LECLERCQ³⁶.

³⁴ *Ibidem*, pp. 737 et 738.

³⁵ P. LECLERCQ, Conclusions conformes sous Cass., 10 avril 1923, *Pas.*, 1924, p. 67.

³⁶ C. DE VALKENEER, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 83 ; D. GARABEDIAN, obs. sous Cass., 27 février 1985, *J.T.*, 1985, p. 738.

En l'espèce, la police, en commettant une action illégale, avait déterminé une personne à commettre une infraction en matière de timbres de ravitaillement. Grâce à cette action illégale, la police avait pu pratiquer une saisie et obtenir des aveux. La juridiction du fond condamna cette personne. Celle-ci s'est ensuite pourvue en cassation.

La Cour a considéré très généralement que « Le fait qu'un agent de l'autorité ne constate que grâce à une action illégale n'est légalement pas constaté ; qu'en pareil cas la poursuite est viciée ». Or, « en l'espèce, la saisie, comme les interpellations auxquelles s'est livrée la police, sont des suites de l'action illégale de celle-ci ». Par conséquent, « ce que la police a constaté par la saisie, ou au cours de celle-ci, ne peut baser légalement une poursuite ou une condamnation »³⁷.

Certes, la décision préfère les mots « action illégale » au terme « infraction ». Néanmoins, puisque toute infraction est une action illégale, une partie de la doctrine avait déduit que toute constatation faite à la suite d'une infraction commise par un agent de l'autorité était nulle³⁸.

Il ne s'agirait pas du seul arrêt en ce sens. Comme le relève C. DE VALKENEER, cette jurisprudence a ensuite été confirmée à plusieurs reprises notamment en ce qui concerne des preuves recueillies à la suite d'une violation de domicile³⁹ ou d'une violation du secret professionnel^{40 41}.

La différence entre ces arrêts et celui du 27 février 1985 serait la suivante. Alors que par les premiers la Cour de cassation jugeait que toutes les constatations faites à la suite d'une infraction étaient nulles, par le second, la haute juridiction a admis la validité de certains éléments de preuve obtenus à la suite d'infractions pour autant que le procédé d'investigation en lui-même ne soit pas entaché de nullité⁴².

A suivre cette doctrine, la Cour de cassation aurait, comme en témoigne l'arrêt du 8 janvier 1945, délaissé sa décision de 1923 au profit d'une conception plus large de la preuve illégale. Elle serait ensuite revenue, par son arrêt du 27 février 1985, à sa jurisprudence du 10 décembre 1923.

³⁷ Cass., 8 janvier 1945, *Pas.*, 1945, p. 81.

³⁸ D. GARABEDIAN, obs. sous Cass., 27 février 1985, *J.T.*, 1985, p. 738.

³⁹ Cass., 13 octobre 1952, *Pas.*, 1953, p. 53.

⁴⁰ Cass., 14 juin 1965, *Pas.*, 1965, p. 1102.

⁴¹ C. DE VALKENEER, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 84.

⁴² D. GARABEDIAN, obs. sous Cass., 27 février 1985, *J.T.*, 1985, p. 738.

2. Seconde thèse : jurisprudence linéaire

D'autres auteurs considèrent à l'inverse que « la Cour de cassation semble avoir toujours estimé que la preuve était licite et admissible »⁴³ lorsque, bien que les policiers ont commis une infraction, le procédé d'investigation demeure parfaitement valide. Ils appuient leur position sur un arrêt de la Cour de cassation du 6 janvier 1977 aux termes duquel aucune disposition légale n'interdit au juge de fonder sa conviction sur des déclarations de témoins qui auraient commis une infraction⁴⁴. Les faits de l'espèce concernent un automobiliste condamné pour excès de vitesse à la suite d'une dénonciation faite par un second automobiliste roulant également au-delà de la vitesse autorisée. A l'appui de son pourvoi, le demandeur en cassation invoquait la nullité de la constatation de son excès de vitesse car elle n'avait été rendue possible que grâce à la commission d'une infraction identique⁴⁵.

Nous nous rallions à ces auteurs. En effet, si nous retenons le critère du lien causal entre l'infraction et l'obtention de la preuve⁴⁶, nous ne concevons pas en quoi l'action illégale de la police, en cause de l'arrêt du 8 janvier 1945⁴⁷, n'entache pas de nullité le procédé d'investigation. A l'appui de notre opinion, nous invoquons les termes employés par la Cour : « en l'espèce, la saisie, comme les interpellations auxquelles s'est livrée la police, sont des suites de l'action illégale de celle-ci ». Il nous semble évident que les mots « sont des suites de » manifestent l'existence d'une relation causale entre l'action illégale de la police et les constatations.

§ 2. L'article 47quinquies du Code d'instruction criminelle

Aux termes de l'article 47quinquies, paragraphe 2, du Code d'instruction criminelle, les fonctionnaires de police peuvent, dans le cadre des méthodes particulières de recherche,

⁴³ M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1130.

⁴⁴ Cass., 6 janvier 1977, *Pas.*, 1978, p. 13.

⁴⁵ H-D. BOSLY, La régularité de la preuve en matière pénale, *J.T.*, 1992, p. 122.

⁴⁶ Voy. *supra*, pp. 8 et 9.

⁴⁷ Cass., 8 janvier 1945, *Pas.*, 1945, p. 81 ; Voy. *supra*, pp. 10 et 11.

c'est-à-dire l'observation, l'infiltration et le recours aux indicateurs⁴⁸, commettre des infractions afin de réussir leur mission ou « afin de garantir leur propre sécurité ou celle d'autres personnes impliquées dans l'opération ».

§ 3. *L'utilisation de la preuve illicite à décharge*

Lorsqu'une preuve obtenue illicitement était avancée par le prévenu à sa décharge, celle-ci ne pouvait pas être exclue. Le droit à un procès équitable, tel que consacré à l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, consacre le libre exercice des droits de la défense⁴⁹. Dans le même sens, C. De VALKENEER estimait que « le principe de l'intime conviction s'oppose à ce qu'un juge condamne un prévenu qui, par ailleurs, a rapporté, illégalement, la preuve de son innocence. »⁵⁰ Notons néanmoins que lorsque la preuve utilisée à décharge résulte d'une infraction commise par le prévenu, ce dernier pourra être poursuivi du chef de cette infraction⁵¹.

Ce tempérament concerne également les preuves irrégulières et les preuves non valides.

Section 2. L'exigence de régularité de la preuve

Sous-section 1^{ère}. Présentation

La preuve régulière est celle qui respecte « les valeurs considérées comme essentielles à une bonne administration de la justice »⁵². Ces valeurs, qui ne sont pas expressément formulées dans un texte, sont l'exigence de dignité de la justice ainsi que celle de loyauté dans

⁴⁸ C.i.cr., art. 47ter, § 1^{er}, al. 1.

⁴⁹ Cass., 19 mai 1999, Pas., 1999, p. 713 (« le prévenu a le droit de choisir librement de quelle manière il entend soutenir son innocence devant le juge »).

⁵⁰ 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.*, 1992, p. 109.

⁵¹ F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, p. 19.

⁵² F. KUTY, « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *R.C.J.B.*, 2004, p. 412.

la recherche des preuves. Ces exigences sont inhérentes au respect de la personne, de la dignité humaine, du principe général des droits de la défense, ainsi que du droit à un procès équitable et des droits et libertés fondamentaux *in globo*⁵³.

En 1923, la Cour de cassation n'a pas décidé que les preuves obtenues de manière irrégulière devaient être exclues. Seules les preuves recueillies en violation de la loi étaient concernées. Ce n'est qu'en 1986, par un arrêt du 13 mai, que la Cour a consacré une exigence générale de régularité de la preuve⁵⁴.

C'est à dessein que nous avons employé l'adjectif « général ». En effet, dès 1960, la Cour de cassation considérait qu'il « appartient au juge d'instruction saisi (...) de procéder à toutes les investigations utiles à la manifestation de la vérité, qui ne sont ni légalement interdites, ni incompatibles avec la dignité de sa fonction »⁵⁵. Or, d'une part, cet arrêt ne concerne que le juge d'instruction, à l'exclusion des autres acteurs de l'enquête pénale et, d'autre part, il ne lui impose pas de se comporter avec loyauté⁵⁶. Les preuves irrégulières n'étaient donc exclues que depuis 1986.

Nous épinglons toutefois un ancien arrêt du 21 février 1882⁵⁷ aux termes duquel « ni les aveux des inculpés, ni les déclarations des témoins ne doivent jamais être obtenus par l'emploi de la contrainte physique ou morale », cette règle étant déduite du « respect de la liberté de la défense et la nécessité sociale d'assurer la sincérité des témoignages ».

Sous-section 2. L'arrêt du 13 mai 1986

⁵³ *Ibidem*; M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1131 ; F. KUTY, « Doit-on admettre avec la Cour de cassation que « La circonstance que le dénonciateur d'une infraction en a eu connaissance en raison d'une illégalité n'affecte pas la régularité de la preuve qui a été obtenue ultérieurement sans aucune illégalité » ? », note sous Cass, 30 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1998, pp. 495 et 496 ; F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, pp. 11 et 12 ; F. KUTY, « L'exigence de loyauté dans la recherche de la preuve pénale », *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 257.

⁵⁴ F. KUTY, « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *R.C.J.B.*, 2004, p. 413 ; M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1131.

⁵⁵ Cass., 2 mai 1960, *Pas.*, 1960, p. 1020.

⁵⁶ F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, p. 12.

⁵⁷ Cass., 12 février 1882, *Pas.*, 1882, p. 74.

Afin d'obtenir des déclarations, l'inspection spéciale des impôts avait promis une absence de poursuite pénale et un traitement fiscal favorable aux défendeurs en cassation. Ils furent finalement poursuivis mais la Cour d'appel de Gand décida que l'action publique était irrecevable dès lors que les preuves avaient été obtenues illicitement, c'est-à-dire au moyen de promesses fallacieuses⁵⁸. Le procureur général près la Cour d'appel de Gand s'est ensuite pourvu en cassation.

Dans un premier temps, la Cour suprême énonce le nouveau principe, à savoir « que les preuves sur lesquelles l'action publique est fondée (...) doivent avoir été obtenues légalement ; qu'est illégale la preuve obtenue non seulement par un acte qui est expressément interdit par la loi mais aussi par un acte inconciliable avec les règles substantielles de la procédure pénale ou avec les principes généraux du droit, et plus particulièrement avec le respect des droits de la défense »⁵⁹.

Ensuite, la haute juridiction cite la motivation des juges d'appel selon laquelle l'inspection spéciale des impôts s'est servie d'un moyen irrégulier dans la mesure où elle n'était pas habilitée à faire les promesses litigieuses.

Enfin, la Cour conclut son raisonnement en considérant que « l'arrêt a pu déduire (...) que les preuves étayant les préventions ont été illégalement obtenues, à la suite d'une violation des droits de la défense ; qu'il justifie légalement sa décision que l'action publique exercée sur la base de ces preuves est irrecevable. »

Bien que cette décision n'utilise pas la notion de preuve irrégulière, il est d'usage depuis lors, tant en doctrine qu'en jurisprudence, de distinguer, parmi les preuves illicites, les preuves illégales et les preuves irrégulières⁶⁰. Comme le soulignait l'avocat général DU JARDIN dans ses conclusions conformes, cette distinction était déjà connue des droits néerlandais et français⁶¹. Dès 1953, un auteur français écrivait ainsi que, selon la jurisprudence de la Cour de cassation française, « en dehors des nullités textuelles, prévues par la loi écrite, il en existe d'autres, virtuelles, qui doivent être prononcées même sans texte,

⁵⁸ Gand, 28 juin 1984.

⁵⁹ Cass., 13 mai 1986, *Pas.*, 1986, p. 1107 ; sur l'utilisation de la notion d'illégalité par la Cour, voy. *supra*, p. 3.

⁶⁰ M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1131 ; M-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », note sous Cass., 2 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1095.

⁶¹ J. DU JARDIN, Conclusions conformes sous Cass., 13 mai 1986, *Pas.*, 1986, p. 1107.

parce qu'elles sont la sanction de formalités substantielles, qui constituent des garanties essentielles des droits de la défense »⁶².

A de multiples reprises rappelé⁶³, ce *distinguo* a ensuite connu une consécration légale. En effet, depuis la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, les articles 28bis, paragraphe 3, alinéa 2, et 56, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle disposent que le procureur du Roi ainsi que le juge d'instruction veillent « à la légalité des moyens de preuve ainsi qu'à la loyauté avec laquelle ils sont rassemblés. » La Cour de cassation reconnaît, sur le fondement de ces textes, l'existence d'un « principe général du droit relatif à la loyauté dans la recherche des preuves en matière répressive »⁶⁴.

J. DU JARDIN explique la notion de loyauté comme une exigence morale qui relève de l'éthique policière et judiciaire. Selon le même auteur, « L'administration de la justice n'est (...) pas compatible avec toute forme quelconque de déloyauté »⁶⁵.

A titre illustratif, il a été jugé que les preuves, recueillies à la suite d'auditions réalisées sous la menace de sanction pénale en cas de renseignements faux ou inexacts, sont irrégulières puisque le droit au silence a été méconnu⁶⁶.

Section 3. L'exigence de validité de la preuve

⁶² J. LÉAUTÉ, « Les principes généraux relatifs aux droits de la défense », *Rev. sc. crim.*, 1953, p. 53.

⁶³ Cass., 22 mai 2001, *Pas.*, 2001, p. 953 (« Attendu qu'une preuve obtenue illégalement ou de manière déloyale par le procureur du Roi, le juge d'instruction ou un officier ou agent de la police judiciaire est nulle et entraîne la nullité de tous les actes d'enquête ou d'instruction ultérieurs qui en sont la conséquence directe ») ; Cass. (ch. réun.), 16 septembre 1998, *J.T.*, 1998, p. 658, (« Attendu que le juge pénal ne peut déclarer établie une infraction soumise à son appréciation que sur la base d'une preuve régulièrement obtenue en Belgique ou à l'étranger ») ; Cass., 30 mai 1995, *Pas.*, 1995, p. 565 (« Attendu que le juge pénal ne peut déclarer établie une infraction soumise à son appréciation que sur la base d'une preuve régulièrement obtenue ») ; Cass., 30 mai 1995, *Pas.*, 1995, p. 562 (« Attendu que le juge pénal ne peut déclarer un fait punissable établi que sur la base d'une preuve régulièrement obtenue ») ; Cass., 4 janvier 1994, *Pas.*, 1994, p. 1 (« Attendu que le juge ne peut déclarer établie une infraction, si la preuve en a été obtenue à la suite d'un acte punissable ou d'une autre manière irrégulière ») ; Cass., 12 octobre 1993, *Pas.*, 1993, p. 816 (« Attendu que le juge belge est tenu, le cas échéant, de vérifier la régularité de l'obtention de tout élément de preuve ») ; Cass., 16 juin 1987, *Pas.*, 1987, p. 1278 (« la circonstance que certains éléments de preuve ont été irrégulièrement obtenus entraîne uniquement comme conséquence que le juge ne peut ni directement ni indirectement prendre ces éléments en considération pour former sa conviction »).

⁶⁴ Cass., 5 mars 2003, *Pas.*, 2003, p. 464.

⁶⁵ J. DU JARDIN, « de quelques aspects de l'évolution récente du droit de la preuve en matière pénale », *Ann. Dr.*, 2000, p. 151.

⁶⁶ Cass., 13 janvier 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1198.

L'exigence de validité concerne les modes de preuves réglementés. Alors que la preuve illégale ou irrégulière est celle qui est obtenue au moyen d'un acte interdit par la loi ou par une règle non écrite, la preuve non valide, ou nulle⁶⁷, est celle qui découle d'un acte autorisé par la loi mais dont les formalités prescrites par cette dernière n'ont pas été respectées⁶⁸. Les auteurs qui soutiennent cette distinction lui attachent un intérêt en ce qui concerne la sanction des preuves illicites^{69 70}.

Une preuve non valide est, à titre illustratif, celle qui est déduite de l'audition d'un témoin n'ayant pas prêté serment alors que l'article 75 du Code d'instruction criminelle impose cette formalité⁷¹.

CHAPITRE II. LA PORTÉE DU PRINCIPE : LE SORT RÉSERVÉ

AUX PREUVES ILLICITES

Sous ce chapitre, nous analysons le sort qui était réservé aux preuves obtenues de manière illicite. La conséquence attachée à ces preuves dépendait du rôle qu'elles avaient joué. Soit, elles avaient déclenché les poursuites (Section 1^{ère}), soit, elles étaient intervenues postérieurement (Section 2). Il était donc important pour la juridiction de fond de déterminer si les poursuites avaient pour origine la preuve litigieuse⁷². Par ailleurs, la sanction des preuves non valides n'était pas tout à fait identique à celle des preuves irrégulières et illégales (Section 3)

⁶⁷ C. VAN DEN WYNGAERT et H-D. BOSLY, « La preuve en procédure pénale comparée – Le droit belge », *Rev. intern. dr. pén.*, 1992, p. 109.

⁶⁸ M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1132 ; M-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », note sous Cass., 2 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 1095-1096.

⁶⁹ M-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », note sous Cass., 2 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1096.

⁷⁰ Voy. *infra*, pp. 19 et 20.

⁷¹ Voy. cependant *infra*, pp. 18 et 19 : cette formalité n'est ni prescrite à peine de nullité, ni considéré comme substantielle de telle sorte que son non-respect n'emporte aucune conséquence.

⁷² O. KLEES, Obs. sous Bruxelles, 16 mars 1988, *J.T.*, 1988, p. 569.

Section 1^{ère}. L'illicéité de l'acte fondant les poursuites

Lorsque la preuve illicite était à l'origine des poursuites, ces dernières étaient, d'après une jurisprudence et une doctrine unanimes, irrecevables. Par voie de conséquence, le prévenu ne pouvait, en aucun cas, être condamné⁷³.

A titre exemplatif, les poursuites, diligentées en raison d'une dénonciation irrégulière, étaient irrecevables dans la mesure où cette dénonciation constitue un acte fondant les poursuites. De même, la Cour de cassation a considéré que l'action pénale était légalement déclarée irrecevable par le juge du fond puisque celui-ci a « constaté que c'est en méconnaissance du secret professionnel qui s'impose aux médecins que les faits ont été portés à la connaissance de la justice »⁷⁴.

Section 2. Les preuves illégales et irrégulières

La preuve illicite « est nulle et entraîne la nullité de tous les actes d'enquête ou d'instruction ultérieurs qui en sont la conséquence directe »⁷⁵. Ainsi, l'ordre, du 30 juillet 1982 d'interroger une personne, donné par un juge d'instruction chargé de ses fonctions le 1^{er} août 1982 est nul de même que le procès-verbal établi en exécution de cet ordre⁷⁶. Notons que cette solution, partagée par l'ensemble de la doctrine⁷⁷, s'appliquait tant aux constatations faites par les autorités qu'aux éléments de preuve recueillis par les particuliers. Autrement

⁷³ C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 87 ; O. KLEES, Obs. sous Bruxelles, 16 mars 1988, *J.T.*, 1988, p. 569 ; F. Kuty, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, pp. 13 et 14.

⁷⁴ Cass., 14 juin 1965, *Pas.*, 1965, p. 1102.

⁷⁵ Cass., 22 mai 2001, *Pas.*, 2001, p. 953.

⁷⁶ Cass., 4 mars 1986, *Pas.*, 1986, p. 832.

⁷⁷ F. KUTY, « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *R.C.J.B.*, 2004, p. 417 ; F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, p. 17 ; J. DE CODT, « Les nullités de l'instruction préparatoire et le droit de la preuve. Tendances récentes », *Rev. dr. pén. crim.*, 2000, p. 59 ; H-D. BOSLY, « La régularité de la preuve en matière pénale », *J.T.*, 1992, p. 128 ; A. DE NAUW, « Les règles d'exclusion relatives à la preuve en procédure pénale belge », *Rev. dr. pén. crim.*, 1990, pp. 721 et 722 ; C. VAN DEN WYNGAERT, H-D. BOSLY, « La preuve en procédure pénale comparée – Le droit belge », *Rev. intern. dr. pén.*, 1992, p. 108 ; O. KLEES, Obs. sous Bruxelles, 16 mars 1988, *J.T.*, 1988, p. 569 ; R. SCREVEN, « La preuve pénale en droit belge », in *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 90 ; P-E. TROUSSE, « La preuve des infractions », *Rev. dr. pén. crim.*, 1958-1959, p. 745 ; J. HOFFLER, *Traité de l'instruction préparatoire en matière pénale*, Courtrai, UGA, 1956, p. 96.

formulé, peu importait l’auteur des constations, seul comptait la façon dont elles avaient été obtenues⁷⁸.

Concrètement, lorsque le juge du fond constatait la nullité d’une preuve qui était illicite, il ne pouvait pas s’en servir pour déterminer son intime conviction. Il devait donc l’écarter des débats⁷⁹, de même que tous les éléments qui en étaient la conséquence. En d’autres termes, par application de la théorie des *fruits of the poisonous tree*, la preuve primaire ainsi que la preuve secondaire devaient être écartées. S. BERNEMAN considère cette règle comme « particulièrement sévère, large d’application et sans nuance »⁸⁰.

Le juge ne pouvait néanmoins ni annuler, ni retirer du dossier répressif, la preuve illicite⁸¹. A cet égard, la Cour de cassation a eu l’occasion de préciser que le respect des droits de la défense ainsi que le droit à un procès équitable n’imposaient pas à la juridiction de jugement de retirer du dossier répressif les pièces auxquels elle a décidé de ne pas avoir égard en raison de l’irrégularité dont elles sont entachées⁸².

La Cour de cassation considérait que cette solution, à savoir la mise à l’écart des éléments de preuves illicites, relève de « l’essence même de la justice répressive »⁸³.

Le juge pénal qui fondait son intime conviction sur une preuve illicite ne justifiait pas légalement sa décision et risquait donc la cassation⁸⁴.

Enfin, l’illicéité d’un élément de preuve n’entraînait pas nécessairement la nullité de tous les actes d’instruction ultérieurs⁸⁵. Ce n’était le cas que si cette preuve était à l’origine de ces actes, cette appréciation revenant au juge du fond⁸⁶. Dans la même veine, comme nous

⁷⁸ F. KUTY, « La règle de l’exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *R.C.J.B.*, 2004, p. 414 ; F. KUTY, « La sanction de l’illégalité et de l’irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, p. 14.

⁷⁹ Cass., 2 février 1993, *Pas.*, 1993, p. 131 ; Cass., 5 février 1985, *Pas.*, 1985, p. 662.

⁸⁰ S. BERNEMAN, « L’admissibilité de la preuve dans un système continental : le modèle belge », *Rev. dr. pén. crim.*, 2007, p. 315.

⁸¹ F. KUTY, « La règle de l’exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *R.C.J.B.*, 2004, p. 415 ; F. KUTY, « La sanction de l’illégalité et de l’irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, p. 15.

⁸² Cass., 21 avril 2004, *Pas.*, 2004, p. 686 ; Cass., 20 janvier 1999, *Pas.*, 1999, p. 68.

⁸³ Cass., 10 décembre 1996, *Pas.*, 1996, p. 1256 (« le fait de décider éventuellement que certaines pièces — dont, par la force des choses, le juge a pris connaissance — sont écartées des débats ou qu’il ne sera pas tenu compte de certains éléments, est de l’essence même de la justice répressive »).

⁸⁴ Cass., 7 septembre 1994, *Pas.*, 1994, p. 691 (« Attendu que, fondant la décision de condamnation sur des éléments de procès-verbaux des 2 et 5 septembre 1989, nuls en raison de l’absence de notification en temps utile, d’une copie de ceux-ci, la cour d’appel n’a pas légalement justifié sa décision. ») ; Cass., 26 juin 1996, *Pas.*, 1996, p. 705.

⁸⁵ Cass., 18 avril 2001, *Pas.*, 2001, p. 637 ; Cass., 14 décembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 775.

⁸⁶ Cass., 18 septembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 1680.

avons déjà eu l’occasion de le préciser, en présence d’une preuve illicite, rien n’empêchait le juge pénal de fonder une condamnation sur d’autres preuves, parfaitement licites quant à elles^{87 88}. En effet, comme l’a souligné notre Cour de cassation, dans le cadre de l’affaire Agusta-Dassault, « l’illégalité ou l’irrégularité des preuves apportées à l’appui de l’action publique n’entraînent pas l’irrecevabilité de celle-ci »⁸⁹. Rappelons que lorsque l’illicéité affectait l’acte qui fondait les poursuites, ces dernières étaient irrecevables et le prévenu ne pouvait pas être condamné, fut-ce sur le fondement de preuves licites⁹⁰.

Ainsi, « la circonstance que certains éléments de preuves ont été irrégulièrement obtenus entraîne uniquement comme conséquence que le juge ne peut ni directement ni indirectement prendre ces éléments en considération pour former sa conviction », « cela n’empêche toutefois pas que le juge puisse déclarer le prévenu coupable du fait mis à sa charge s’il peut fonder cette décision sur d’autres éléments régulièrement obtenus. »⁹¹ Par exemple, nous pouvons citer l’arrêt de la Cour de cassation du 21 mars 1978⁹². Le demandeur en cassation reprochait au juge du fond de l’avoir condamné du chef d’homicide involontaire sur le fondement d’un rapport d’expertise nul. La Cour a considéré que le juge du fond ne devait pas répondre à la défense du prévenu alléguant la nullité de ce rapport, dans la mesure où la condamnation est fondée sur d’autres éléments de preuve. En outre, le juge pénal qui déclare des préventions établies sur le fondement de déclaration « sans aucun rapport avec la perquisition » illégale statue légalement⁹³.

Section 3. Les preuves non valides

⁸⁷ M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1130 ; F. KUTY, « La règle de l’exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *R.C.J.B.*, 2004, p. 417 ; J. DE CODT, « Les nullités de l’instruction préparatoire et le droit de la preuve. Tendances récentes », *Rev. dr. pén. crim.*, 2000, pp. 59 ; A. DE NAUW, « Les règles d’exclusion relatives à la preuve en procédure pénale belge », *Rev. dr. pén. crim.*, 1990, p. 722 ; S. BERNEMAN, « L’admissibilité de la preuve dans un système continental : le modèle belge », *Rev. dr. pén. crim.*, 2007, p. 316.

⁸⁸ Pour des illustrations voy. Cass., 2 septembre 1948, *Pas.*, 1948, p. 488 (déjà commenté, p. 6) ainsi que Cass., 11 novembre 1942, *Pas.*, 1942, p. 278.

⁸⁹ Cass. (ch. réun.), 23 décembre 1998, *Pas.*, 1998, p. 1256.

⁹⁰ Voy. *supra*, p. 17.

⁹¹ Cass., 16 juin 1987, *Pas.*, 1987, p. 1278.

⁹² Cass., 21 mars 1978, *Pas.*, 1978, p. 811 ; voy. également Cass., 15 février 1965, *Pas.*, 1965, p. 601.

⁹³ Cass., 22 juin 1971, *Pas.*, 1971, p. 1017.

Rappelons que la preuve non valide est celle qui découle d'un acte autorisé par la loi mais dont les formalités prescrites par cette dernière n'ont pas été respectées^{94 95}. Ces preuves n'étaient pas systématiquement exclues des débats.

Effectivement, la preuve n'était écartée des débats que si la formalité méconnue était prescrite à peine de nullité ou considérée comme substantielle par la jurisprudence. Dans les autres cas, elle était recevable et parfaitement valide en ce sens qu'elle n'était pas nulle⁹⁶.

Les formalités substantielles peuvent être définies comme « des formalités à ce point essentielles à une bonne administration de la justice que la jurisprudence considère que leur violation doit être sanctionnée de nullité, malgré le silence de la loi sur ce point. »⁹⁷ Ainsi, par un arrêt du 19 septembre 1966, la Cour de cassation a jugé que « le rapport dressé par un expert qui n'a pas prêté le serment prescrit par la loi est nul »⁹⁸.

A titre illustratif, par un arrêt du 28 septembre 1959, la Cour de cassation a jugé que le rapport et le plan établis par un expert sont nuls puisqu'il « ne résulte d'aucune des pièces auxquelles la cour peut avoir égard que l'expert Verwacht a prêté le serment légal avant d'entamer l'exécution de sa mission », ce serment étant constitutif d'une formalité substantielle⁹⁹. De même, en 1947, la haute juridiction considérait, à propos de dépositions, que « l'invocation de la Divinité est un élément essentiel de la formalité prescrite à peine de nullité » de sorte que les dépositions sont affectées de nullité dès lors qu'il ne résulte d'aucune pièce que l'aide de Dieu a été invoquée¹⁰⁰.

A contrario, la Cour a considéré que la prestation de serment des témoins entendus par le juge d'instruction, exigence prévue à l'article 75 du Code d'instruction criminelle, n'est pas une formalité substantielle. Jugé ainsi que la cour d'appel a pu (...), pour fonder sa conviction, avoir égard à des déclarations faites devant le juge d'instruction sans prestation de serment, l'omission de la formalité prescrite à l'article 75 du Code d'instruction criminelle n'étant pas une cause de nullité¹⁰¹. Pareillement, en matière de prélèvement sanguin,

⁹⁴ Voy. *supra*, pp. 16 et 17.

⁹⁵ M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1132 ; M-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », note sous Cass., 2 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1096.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ Cass., 19 septembre 1966, *Pas.*, 1967, p. 70.

⁹⁹ Cass., 28 septembre 1959, *Pas.*, 196, p. 130.

¹⁰⁰ Cass., 7 juillet 1947, *Pas.*, 1947, p. 323.

¹⁰¹ Cass., 17 octobre 1960, *Pas.*, 1961, p. 174.

l'article 9, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 10 juin 1959¹⁰² requiert la notification du résultat des analyses à la personne dont le sang a été prélevé. Pour autant, cette formalité « n'est pas prescrite à peine de nullité »¹⁰³.

¹⁰² A. R. du 10 juin 1959 relatif au prélèvement sanguin en vue du dosage de l'alcool et fixant la date de l'entrée en vigueur de la loi du 15 avril 1958 modifiant le Code d'instruction criminelle, la loi du 1^{er} août 1899 portant révision de la législation et des règlements sur la police du roulage et l'arrêté-loi du 14 novembre 1939 relatif à la répression de l'ivresse, *M.B.*, 26 juin 1959, p. 4744.

¹⁰³ Cass., 16 juin 1999, *Pas.*, 1999, p. 902.

TITRE II.

DE 1990 À 2003 : UNE JURISPRUDENCE DOUBLEMENT NUANCÉE

Au cours des années nonante, la Cour de cassation a tempéré sa jurisprudence relative aux preuves illicites à deux égards. D'une part, elle a conditionné leur exclusion à la qualité et à l'intention de la personne à l'origine de l'illicéité (Chapitre I). D'autre part, elle a introduit une distinction entre les notions de preuve et de dénonciation (Chapitre II)¹⁰⁴.

CHAPITRE I. L'INTERVENTION DES PARTICULIERS

Section 1^{ère}. Rappel

Initialement, la règle prétorienne de l'exclusion des preuves illicites ne concernait que les constatations faites par les autorités chargées de la recherche, de la constatation ou des poursuites. Dès 1962¹⁰⁵, la Cour de cassation a étendu cette jurisprudence aux preuves obtenues par des particuliers¹⁰⁶.

Section 2. La nouvelle jurisprudence

Par un arrêt du 17 janvier 1990¹⁰⁷, la Cour suprême a jugé que l'illégalité commise par un particulier dans l'obtention d'une preuve n'entraînait pas l'irrecevabilité de celle-ci à une

¹⁰⁴ F. KUTY, « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *R.C.J.B.*, 2004, p. 419.

¹⁰⁵ Cass., 29 octobre 1962, *Pas.*, 1963, p. 272.

¹⁰⁶ Voy. *supra*, p. 6.

¹⁰⁷ Cass., 17 janvier 1990, *Pas.*, 1990, p. 588.

double condition : la première est relative à la qualité de la personne ayant commis l'illégalité, la seconde a trait à l'intention de cette personne¹⁰⁸. *Primo*, l'acte illicite ne devait être ni le fait des enquêteurs, ni celui du dénonciateur. *Secundo*, cet acte ne devait pas avoir été commis afin de dénoncer les faits à la justice¹⁰⁹.

L'espèce ayant abouti à cette décision concernait le vol d'un cahier contenant la comptabilité noire du prévenu, afin de le 'faire chanter'¹¹⁰. Ce cahier fut ensuite transmis à la police. Les deux conditions étaient remplies dans la mesure où, d'une part, « les enquêteurs et le dénonciateur n'ont commis aucun acte illicite pour obtenir ce document » et d'autre part, « il n'existe aucun lien entre le vol du carnet litigieux et sa remise entre les mains des enquêteurs ». Par voie de conséquence, « du seul fait qu'un document a été frauduleusement soustrait à son propriétaire, il ne se déduit pas nécessairement que sa production en justice soit illégale. » Néanmoins, si l'obtention du cahier litigieux s'avérait licite, sa détention était peut-être le fruit d'un recel¹¹¹.

Peu de temps après, la haute juridiction confirmait cette jurisprudence dans un arrêt du 17 avril 1991¹¹². Une personne était poursuivie sur le fondement de documents volés puis retrouvés à la suite d'une perquisition menée chez son épouse avec laquelle il était en instance de divorce¹¹³. Ici aussi, la Cour a considéré que la double condition était rencontrée dès lors que l'action illicite, à savoir le vol, n'était pas le fait des enquêteurs. Par ailleurs, rien ne démontrait que la détention des documents litigieux « avait pour but une poursuite pénale du demandeur ».

¹⁰⁸ F. KUTY, « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *R.C.J.B.*, 2004, pp. 419 et 420.

¹⁰⁹ M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1133 ; 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.*, 1992, p. 105 ; 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. crim.*, 2005, pp. 685 et 686 ; F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, pp. 21 et 22.

¹¹⁰ M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1133 ; 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.*, 1992, p. 104.

¹¹¹ MESSINNE J., « Développements récents de la jurisprudence en matière de preuve pénale », in *Liber amicorum José Vanderveeren*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 96 et 97.

¹¹² Cass., 17 avril 1991, *Pas.*, 1991, p. 736 ; voy. aussi Cass., 14 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 279 ; Cass., 9 décembre 1997, *Pas.*, 1997, p. 1408.

¹¹³ M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1133 ; 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.*, 1992, pp. 104 et 105.

Dans ces deux affaires, l'acte illicite constitue un vol. C. DE VALKENEER relève néanmoins qu'il pourrait aussi s'agir d'écoutes téléphoniques réalisées par un détective privé ainsi que d'une violation du secret professionnel ou de la correspondance. En outre, le même auteur soulève que la notion d'acte illicite ne se cantonne pas aux infractions mais vise également les violations de principes généraux tels que celui du respect de la vie privée, celui de la loyauté dans la recherche des preuves ainsi que celui des droits de la défense. Autrement formulé, la nouvelle jurisprudence s'appliquait non seulement aux preuves illégales mais aussi aux preuves irrégulières¹¹⁴.

Un troisième arrêt mérite notre attention. Aux termes de cette décision du 4 janvier 1994, « le juge ne peut déclarer établie une infraction, si la preuve en a été obtenue à la suite d'un acte punissable ou d'une autre manière irrégulière, soit de la part de l'autorité chargée de la recherche, de la constatation ou des poursuites en matière d'infraction, soit de la part du dénonciateur de cette infraction »¹¹⁵. Cette décision concernait l'espèce suivante. Le veilleur de nuit d'un hôtel avait profité de la confiance placée en lui par l'hôtelier pour photocopier la comptabilité noire de ce dernier en vue de la transmettre anonymement au fisc. Des poursuites avaient été engagées à l'encontre de l'hôtelier pour faux en écriture et fraude fiscale. Considérant que la preuve des infractions était fondée sur une preuve obtenue de manière irrégulière, la juridiction d'appel avait acquitté celui-ci. Le ministère public s'est ensuite pourvu en cassation¹¹⁶.

Nous remarquons que, conformément aux arrêts des 17 janvier 1990 et 17 avril 1991, si le comportement du veilleur de nuit constituait un acte illicite, la preuve était irrecevable. En effet, cette personne était dénonciatrice. Or, malgré les conclusions du ministère public qui considéraient ce comportement comme indélicat et incontestablement constitutif d'une faute grave sur le plan contractuel¹¹⁷, la haute juridiction a considéré que « la circonstance que le dénonciateur prend note de documents auxquels il a accès par sa fonction, ne constitue ni une infraction ni aucune autre obtention irrégulière de documents ». En conséquence, « la preuve d'une infraction qui peut, le cas échéant, être rapportée de cette manière, ne contient aucune irrégularité ». La Cour a, par conséquent, censuré l'arrêt attaqué.

¹¹⁴ 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.*, 1992, p. 105.

¹¹⁵ Cass., 4 janvier 1994, *Pas.*, 1994, p. 1.

¹¹⁶ J. DU JARDIN, « De quelques aspects de l'évolution récente du droit de la preuve en matière pénale », *Ann. Dr.*, 2000, pp. 153 et 154.

¹¹⁷ *Ibidem.*, p. 153.

En 2001, la Cour jugeait encore que « le juge pénal ne peut déclarer une infraction établie si la preuve en a été obtenue à la suite d'un acte punissable ou de toute autre manière irrégulière soit de la part de l'autorité chargée de la recherche, de la constatation et des poursuites, soit de la part du dénonciateur. Néanmoins, « le juge peut refuser d'écarter la preuve recueillie à la suite d'un acte illicite lorsque le tiers, par l'intermédiaire de qui cette preuve parvient aux enquêteurs, est lui-même étranger à tout acte illicite »¹¹⁸.

Section 3. Critiques

Globalement, la doctrine a accueilli négativement cette jurisprudence, considérant que la règle de l'exclusion de la preuve illicite doit s'imposer sans avoir égard à la qualité de l'auteur de l'illicéité¹¹⁹. Ainsi, « *Alleen de oorsprong van het bewijsmateriaal is van belang* »¹²⁰. Dans le même sens, « *Een relativering van de bewijsuitsluiting naargelang van de hoedanigheid van degene die de onrechtmatigheid heeft begaan moet worden verworpen* »¹²¹. Pareillement, L'avocat général J. DU JARDIN, au travers de ses conclusions précédant l'arrêt du 4 janvier 1994, affirmait au sujet des arrêts des 17 janvier 1990 et 17 avril 1991 qu'il rejoignait ces critiques. Ainsi, « aucune illégalité, quelle qu'elle soit, ne peut contribuer à condamnation ; il devrait en être ainsi d'un acte illégal posé par un tiers, même s'il est commis dans un but autre que celui de recueillir une preuve. »¹²² Par ailleurs, il est difficile de sonder l'intention de l'auteur de l'irrégularité ou de l'illicéité¹²³.

¹¹⁸ Cass., 14 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 279.

¹¹⁹ F. KUTY, « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *R.C.J.B.*, 2004, p. 421 ; F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, pp. 22 et 23 ; M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1133 ; M-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », note sous Cass., 2 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1097.

¹²⁰ P. TRAEST, *Het bewijs in straszaken*, Gand, Mys en Breesh, 1992, p. 351.

¹²¹ J. ROZIE, « Bewijsuitsluiting gemilderd », note sous Corr. Anvers, 3 mars 1999, *R.W.*, 1999-2000, p. 402.

¹²² J. DU JARDIN, Conclusions conformes sous Cass., 4, janvier 1994, *Rev. dr. pén. crim.*, 1994, p. 801.

¹²³ F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, p. 23.

CHAPITRE II. LA DISTINCTION ENTRE PREUVE ET

DÉNONCIATION

Section 1^{ère}. Présentation

Par un arrêt du 30 mai 1995¹²⁴, la Cour de cassation a établi une distinction entre la dénonciation d'une infraction et sa preuve. La Cour d'appel d'Anvers avait jugé irrecevable les preuves recueillies en Belgique dès lors qu'elles résultaient de renseignements obtenus à la suite d'écoutes téléphoniques réalisées par la gendarmerie française alors que le droit français relatif à cette méthode de recherche était contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme¹²⁵.

La Cour a cassé cette décision. En premier lieu, elle a rappelé le principe, à savoir « le juge pénal peut déclarer une infraction soumise à son appréciation que sur la base d'une preuve régulièrement obtenue ». Ensuite, elle a annoncé la nouvelle distinction et, enfin, présenté son intérêt. « La preuve d'une infraction diffère de la communication d'un délit » ; « la circonstance que le dénonciateur d'une infraction en a eu connaissance en raison d'une illégalité n'affecte pas la régularité de la preuve, qui a été obtenue ultérieurement sans aucune illégalité. » Ultérieurement, la haute juridiction confirma, mot à mot, ces nouvelles règles dans une affaire relative à une dénonciation assortie d'annexes nécessairement obtenues en méconnaissance du secret des lettres, d'un vol ou d'un recel¹²⁶. Aux termes de ces deux décisions, la Cour justifie sa position par la circonstance « Qu'une dénonciation ne peut être considérée comme étant inexistante. »

De la sorte, la Cour franchit un pas supplémentaire par rapport à ses arrêts des 17 janvier 1990 et 17 avril 1991¹²⁷ dans la mesure où la gendarmerie française est à la fois

¹²⁴ Cass., 30 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1998, p. 489.

¹²⁵ M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1134 ; M-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », note sous Cass., 2 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1097.

¹²⁶ Cass., 23 avril 2002, *Pas.*, 2002, p. 982 ; voy. également Cass., 21 janvier 2003, *Pas.*, 2003, p. 151.

¹²⁷ Voy. *supra*, pp. 22-24.

dénonciateur et auteur de l'illégalité. En outre, l'illégalité a été commise aux fins d'une dénonciation à la justice belge¹²⁸.

Cette nouvelle jurisprudence a suscité beaucoup de critiques¹²⁹. Avant d'y revenir (Section 3), la notion de dénonciation est définie (Section 2).

Section 2. Notion de dénonciation

De même que la plainte, la dénonciation est un acte initial de l'action publique. Elle doit être circonscrite, c'est-à-dire contenir certaines mentions avec précisions. Ces mentions sont les faits et leur contexte, leur lieu, leur époque, leur auteur, leur(s) éventuel(s) victime(s) et témoin(s) ainsi que toute autre indication de nature à faciliter les recherches. Par ailleurs, une dénonciation doit contenir les circonstances dans lesquelles le dénonciateur a pris connaissance des faits qu'il porte à la connaissance des autorités¹³⁰. Cette dernière mention avait pour objectif de permettre aux autorités d'apprécier la licéité de la dénonciation, car, en effet, jusqu'alors, l'illégalité ou l'irrégularité de l'acte fondant les poursuites viciait l'ensemble de la procédure¹³¹.

Section 3. Critiques

Dans une note consacrée au commentaire de l'arrêt du 30 mai 1995, F. KUTY a abondamment critiqué cette jurisprudence de même que les conclusions conformes du

¹²⁸ F. KUTY, « Doit-on admettre avec la Cour de cassation que « La circonstance que le dénonciateur d'une infraction en a eu connaissance en raison d'une illégalité n'affecte pas la régularité de la preuve qui a été obtenue ultérieurement sans aucune illégalité » ? », note sous Cass, 30 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1998 p. 497.

¹²⁹ M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1134 ; M-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », note sous Cass., 2 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1097.

¹³⁰ F. KUTY, « Doit-on admettre avec la Cour de cassation que « La circonstance que le dénonciateur d'une infraction en a eu connaissance en raison d'une illégalité n'affecte pas la régularité de la preuve qui a été obtenue ultérieurement sans aucune illégalité » ? », note sous Cass, 30 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1998 p. 493.

¹³¹ Voy. *supra*, pp. 20 et 21.

ministère public¹³². Relativement à ces dernières, l’auteur remarque qu’elles appelaient à la cassation pour deux motifs critiquables.

En premier lieu, le ministère public considère erronément que la gendarmerie française est un « tiers totalement étranger à l’instruction ». Elle ne serait donc pas une autorité chargée des poursuites ou un dénonciateur. La Cour n’a pas retenu cet argument, considérant la gendarmerie comme un dénonciateur.

En second lieu, la communication d’une infraction serait à discriminer de l’information engagée à sa suite. L’illicéité de la première, à la différence de la seconde, ne serait pas sanctionnée. La Cour a consacré cette distinction. Or, le procès doit être apprécié dans son ensemble.

L’auteur tente ensuite d’expliquer la position de la Cour de cassation en se référant à une distinction entre deux acceptions du principe de l’exclusion des preuves illicites. D’un côté, cette règle peut être comprise sous le prisme de la thèse légaliste, laquelle implique que les poursuites fondées sur une dénonciation illicite sont irrecevables. De l’autre côté, la thèse de l’application individualisée suppose d’apprécier le principe à l’aune des circonstances concrètes de chaque affaire. L’objectif poursuivi par cette dernière thèse est d’éviter une application trop rigide du principe de l’exclusion des preuves illicites, laquelle pourrait mener à des solutions socialement inacceptables et contraires à la Justice¹³³.

La Cour semble avoir retenu la seconde acception, sacrifiant ainsi l’objectivité et la sécurité juridique. Par ailleurs, l’application de la thèse de l’application individualisée pouvait susciter un paradoxe. En effet, le sens de la Justice paraît indiquer de mener à bien les poursuites contre les personnes auxquelles on reproche les infractions les plus graves, éventuellement au moyen d’un assouplissement du principe de l’exclusion des preuves illicites. Or, il est paradoxal que la preuve d’un crime, menant à une condamnation lourde, puisse être administrée à l’aide de règles moins rigoureuses que celles relatives aux contraventions¹³⁴. Nous rejoignons pleinement cette critique.

¹³² F. KUTY, « Doit-on admettre avec la Cour de cassation que « La circonstance que le dénonciateur d’une infraction en a eu connaissance en raison d’une illégalité n’affecte pas la régularité de la preuve qui a été obtenue ultérieurement sans aucune illégalité » ? », note sous Cass, 30 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1998 p. 494.

¹³³ *Ibidem*, p. 500.

¹³⁴ J. MESSINNE, « Développements récents de la jurisprudence en matière de preuve pénale », in *Liber amicorum José Vanderveeren*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 101.

Nous pouvons lire, sous la plume de F. KUTY, que « Mieux vaut un coupable impuni pour préserver les droits et libertés individuelles, fondement de tout système démocratique, que de fouler ceux-ci aux pieds pour assurer, dans une affaire particulière, une juste répression » car s'il « est évidemment regrettable de voir des prévenus vraisemblablement coupables échapper à une juste répression, (...) même au-dessus de la vindicte publique, il y a le respect des lois et l'observance des principes.¹³⁵ »

Nous y ajoutons que le strict respect des règles, même à l'égard du pire criminel, est le gage de l'application de ces mêmes règles vis-à-vis de l'innocent malheureusement poursuivi.

Egalement au rang des auteurs critiques à l'encontre de l'arrêt du 30 mai 1995, C. DE VALKENEER considère que les différentes étapes de l'administration d'une preuve constituent un processus global dont chaque partie doit, en conséquence, respecter le principe de licéité. Qui plus est, l'auteur ne conçoit pas comment l'illégalité de la dénonciation pourrait ne pas contaminer les preuves qui en sont la conséquence¹³⁶.

¹³⁵ F. KUTY, « Doit-on admettre avec la Cour de cassation que « La circonstance que le dénonciateur d'une infraction en a eu connaissance en raison d'une illégalité n'affecte pas la régularité de la preuve qui a été obtenue ultérieurement sans aucune illégalité » ? », note sous Cass, 30 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1998 p. 501.

¹³⁶ C. DE VALKENEER, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 94.

TITRE III.

EN 2003 : UN REVIREMENT DE JURISPRUDENCE

Tout au long du 20^{ème} siècle, les preuves illicites étaient exclues. Bien que nuancé par la Cour de cassation, ce principe a vécu jusqu'au 14 octobre 2003. A cette date, en effet, la Cour de cassation a opéré un spectaculaire revirement de jurisprudence. Depuis lors, les preuves illicites sont, sauf exceptions, admises¹³⁷ !

Cette jurisprudence dite Antigone ou *Antigoon*, selon que l'on se situe au sud ou au nord du pays, avait été pressentie par certains. Nous pouvions ainsi lire, à propos de l'arrêt du 30 mai 1995 commenté ci-avant¹³⁸, que « la subtile distinction entre la communication d'une information aux autorités et la preuve d'une infraction menace à terme le principe fondamental de l'exclusion des preuves inadmissibles »¹³⁹.

Au travers des lignes qui suivent, l'arrêt du 14 octobre 2003¹⁴⁰ est présenté (Chapitre I) avant de revenir, en détails, sur les trois hypothèses dans lesquelles la preuve illicite demeure exclue (Chapitre II). Par ailleurs, cette jurisprudence n'est pas restée isolée et a été reconnue par les Cours européenne des droits de l'homme et constitutionnelle (Chapitre III). Enfin, les critiques que l'arrêt Antigone a suscitées seront passées en revue (Chapitre IV).

CHAPITRE I. L'ARRÊT ANTIGONE

¹³⁷ 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., arrêt *Lee Davies c. Belgique* du 28 juillet 2009, *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, p. 324.

¹³⁸ Cass., 30 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1998, p. 489 ; voy. *supra*, pp. 25 et 26.

¹³⁹ F. KUTY, « Doit-on admettre avec la Cour de cassation que « La circonstance que le dénonciateur d'une infraction en a eu connaissance en raison d'une illégalité n'affecte pas la régularité de la preuve qui a été obtenue ultérieurement sans aucune illégalité » ? », note sous Cass, 30 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1998 p. 500.

¹⁴⁰ Cass., 14 octobre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1607.

Au cours d'une opération policière nommée Antigone, une personne est fouillée. Consécutivement à cette fouille, les policiers ont trouvé les clés d'un véhicule. Ils s'en sont servi afin d'examiner celui-ci et y ont découvert une arme à feu chargée dont le numéro de série était limée. Son détenteur est alors poursuivi du chef de détention illicite d'arme de défense. Devant la Cour d'appel d'Anvers, le prévenu a invoqué le caractère illicite de l'examen du véhicule au regard de l'article 29 de la loi du 5 août 1992 relative à la fonction de police et, par conséquent, la nullité des constatations qui en découlaient¹⁴¹. La juridiction d'appel a constaté l'illégalité des preuves mais a considéré que celle-ci n'impliquait pas leur exclusion¹⁴².

Un pourvoi en cassation est formé à l'encontre de cette décision. Il est rejeté. Effectivement, la Cour considère que le juge pénal peut se servir d'une preuve illicite afin de former son intime conviction sauf dans trois cas. Ces hypothèses sont (i) la méconnaissance d'une forme prescrite à peine de nullité, (ii) l'atteinte à la fiabilité de la preuve et (iii) la contrariété au droit à un procès équitable¹⁴³.

Or, eu égard à cette nouvelle jurisprudence, la Cour d'appel d'Anvers a légalement justifié sa décision dans la mesure où « *de sanctie van de bewijsuitsluiting immers moet worden gereserveerd voor de gevallen waarin door onrechtmatige opsporing de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal is aangetast* » et « *de enkele omstandigheid dat dit wapen slechts kon worden aangetroffen als gevolg van een onrechtmatige zoeking in het voertuig dan ook niet van aard is om de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal aan te tasten* ». Par ailleurs, « *het optreden van de politie evenmin aan te merken is als een ernstige inbreuk op de beginselen van een behoorlijke procesorde, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van beklaag uitgevers de aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan* »¹⁴⁴.

Certes, à l'entame de ses conclusions conformes, l'avocat général De Swaef invitait la Cour à « préciser ses vues à l'égard des opinions traditionnelles consacrées »¹⁴⁵. Néanmoins, il convient de ne pas se tromper, par son arrêt du 14 octobre 2003, notre juridiction suprême a

¹⁴¹ C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 68 ; M-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », note sous Cass., 2 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1099 ; S. CUYKENS, D. HOLZAPFEL et L. KENNES, *La preuve en matière pénale*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 283.

¹⁴² Anvers, 11 avril 2003, *T. Strafr.*, 2004, p. 147.

¹⁴³ Cass., 14 octobre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1607.

¹⁴⁴ Anvers, 11 avril 2003, *T. Strafr.*, 2004, p. 147.

¹⁴⁵ M. DE SWAEF, conclusions conformes sous Cass., 14 octobre 2003, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 617.

bel et bien opéré un revirement de jurisprudence en substituant l'autorisation de principe des preuves illicites à leur interdiction¹⁴⁶.

Les conclusions conformes de l'avocat général DE SWAEF justifient ce revirement par plusieurs circonstances¹⁴⁷. Tout d'abord, ni la loi, ni la Convention européenne des droits de l'homme ne prévoient l'exclusion des preuves illicites. Plus avant, nous avons, en effet, expliqué que ce principe était d'origine prétorienne. Ensuite, il apparaissait nécessaire de faire face à l'évolution de la criminalité et de garantir l'efficacité de la répression pénale. En outre, la nouvelle jurisprudence met en place des « garde-fous ». Ainsi, la preuve demeure exclue dans certaines hypothèses, notamment si l'illicéité dont elle est affectée nuit à sa fiabilité. Enfin, l'arrêt du 14 octobre 2003 se justifie sous l'angle du droit comparé, l'avocat général indiquant que les droits néerlandais et français connaissent les mêmes règles.

Par contre, la Cour de cassation n'explique pas sa nouvelle jurisprudence, ce que déplore F. KUTY¹⁴⁸. Pourtant, « une juridiction doit toujours pouvoir modifier sa jurisprudence mais, si ce revirement est tellement fondamental que les juges en arrivent à une conclusion diamétralement opposée, ils doivent justifier cette nouvelle position par une motivation circonstanciée et convaincante »¹⁴⁹. En outre, la juridiction suprême ne s'est pas réuni en séance plénière alors que pareille modalité s'indique lorsqu'une question fait l'objet d'un nouvel examen¹⁵⁰.

Au balbutiement de cette nouvelle jurisprudence se trouve un arrêt du 15 octobre 2002¹⁵¹ qui, sans renverser les principes, les a atténué. A l'origine de cet arrêt, des policiers avaient opéré une visite au domicile de deux époux en ne disposant que du consentement écrit de l'un d'eux. La Cour de cassation a cependant considéré que les constatations consécutives

¹⁴⁶ F. KUTY, « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *R.C.J.B.*, 2004, p. 425 ; F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, pp. 28 – 30.

¹⁴⁷ M. DE SWAEF, conclusions conformes sous Cass., 14 octobre 2003, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, pp. 617-623.

¹⁴⁸ F. KUTY, « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *R.C.J.B.*, 2004, p. 425 ; F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, p. 30.

¹⁴⁹ S. MARCUS HELMONS, « La présence du ministère public aux délibérations de la Cour de cassation ou l'affaire Borgers », in « Présence du droit public et des droits de l'homme », *Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, t. III, pp. 1379 – 1390 ; dans le même sens voy. J.-M. PIRET, « Le parquet de cassation », *J.T.*, 1994, p. 628.

¹⁵⁰ R. HAYOIT DE TERMICOURT, « les audiences plénières à la Cour de cassation », *J.T.*, 1967, p. 478.

¹⁵¹ Cass., 15 octobre 2002, *Pas.*, 2002, p. 1953.

à la visite domiciliaire litigieuse étaient recevables à l'égard de celui ayant consenti par écrit¹⁵².

CHAPITRE II. LES TROIS CATÉGORIES DE PREUVES

ILLICITES ENCORE EXCLUES

Le revirement issu de la jurisprudence Antigone est certes important mais il n'est pas absolu. En effet, il demeure trois situations dans lesquelles une preuve illicite est exclue. Ces hypothèses, déjà annoncées¹⁵³, sont présentées par la juridiction de cassation de la manière suivante.

« Attendu 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 ».

Dans le cadre de ce chapitre, ces exceptions sont passées en revue successivement. Mais, préalablement, une remarque s'impose. La Cour, par l'utilisation des mots « en règle », laisse entendre que d'autres catégories de preuves illicites pourraient également être écartées des débats¹⁵⁴.

Section 1^{ère}. La méconnaissance d'une forme prescrite à peine de nullité

¹⁵² 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. crim.*, 2005, pp. 686 et 687.

¹⁵³ Voy. *supra*, p. 32.

¹⁵⁴ 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 ; F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, p. 29.

La preuve obtenue consécutivement à la méconnaissance d'une formalité prescrite à peine de nullité ne peut pas servir de fondement à l'intime conviction du juge pénal. Cette première cause d'exclusion ne concerne qu'un nombre limité de cas. En effet, en procédure pénale, les formalités prescrites à peine de nullité sont rares¹⁵⁵. Nous pouvons ainsi citer les articles 35*bis*, 61*quinquies*, 86*bis*, 86*ter*, 146, 153, 154, 155, 184, 190, 234, 282, 290, 295 et 524*bis* du Code d'instruction criminelle ainsi que l'article 40 de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire. Parmi ces dispositions, toutes ne concernent pas la matière probatoire, ce n'est le cas que des articles 86*bis* et *ter* du Code d'instruction criminelle qui sont relatifs à l'audition de témoins sous couvert de l'anonymat¹⁵⁶. En outre, certaines nullités peuvent être couvertes. Ainsi, l'article 407 du Code d'instruction criminelle dispose que « les nullités résultant d'une irrégularité touchant le serment des témoins, experts et interprètes, sont couvertes lorsqu'un jugement ou arrêt contradictoire, autre que celui prescrivant une mesure d'ordre intérieur, a été rendu sans qu'elles aient été proposées par une des parties ou prononcées d'office par le juge. »

Formellement, l'arrêt du 14 octobre 2003 ne vise pas les formalités qui, bien que n'étant pas prescrites à peine de nullité, sont considérées comme substantielles, lesquelles sont pourtant considérées comme essentielles à une bonne administration de la justice. Néanmoins, la doctrine s'est divisée quant au sort à réserver aux preuves obtenues en méconnaissance de ces formes¹⁵⁷. Pour certains, l'arrêt Antigone doit être interprété strictement de sorte que ces preuves ne peuvent être exclues que si leur emploi méconnaît le droit à un procès équitable ou si l'illégalité affecte leur fiabilité¹⁵⁸. D'autres considèrent, au contraire, que les formalités considérées comme substantielles doivent être assimilées aux formalités prescrites à peine de nullité¹⁵⁹. Une troisième catégorie d'auteurs estime que « *het lijkt echter voorbarig te stellen dat het Hof van Cassatie de leer van de substantiele nietigheden heeft verworpen of stelt dat bewijzen verkregen uit nietige (...) onderzoekshandelingen niet moeten worden uitgesloten.* »¹⁶⁰ J. DE CODT propose une distinction entre les formalités touchant à

¹⁵⁵ 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 ; F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, p. 33 ; M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1136.

¹⁵⁶ M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1136.

¹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 1136 et 1137.

¹⁵⁸ E. BREWAYS, « Niet elke onregelmatigheid leidt tot verwerping bewijs », *Juristenkrant*, 2003, n° 79, p. 4.

¹⁵⁹ F. SCHUERMAN, « De nieuwe cassatierechtspraak inzake de sanctionering van het onrechtmatig verkregen bewijs : doorbraak of bres? », note sous Anvers, 11 avril 2003, *R.A.G.B.*, 2004, pp. 345 et 346.

¹⁶⁰ D. DE WOLF, « Nieuwe wending in de rechtspraak betreffende de sanctie bij onrechtmatig verkregen bewijs: het cassatiearrest van 14 oktober 2003 », *R.W.*, 2003 – 2004, p. 1237.

l'organisation des cours et tribunaux et celles qui n'y touchent pas¹⁶¹. Cette solution a été retenue par la Cour de cassation, nous y reviendrons¹⁶².

Section 2. L'atteinte à la fiabilité de la preuve

La licéité d'une preuve et sa fiabilité ne correspondent pas parfaitement en ce sens qu'une preuve licite n'est pas nécessairement fiable et, inversement, une preuve illicite peut être fiable. Néanmoins, ces deux problématiques peuvent être liées dans la mesure où l'illicéité d'un élément de preuve peut nuire à sa fiabilité¹⁶³.

L'exclusion d'une preuve parce que l'illicéité qui caractérise son obtention affecte sa fiabilité constitue une solution logique, laquelle n'est pas propre aux preuves illicites. Ainsi, il est interdit au juge pénal de prendre en compte une preuve non fiable, licite ou illicite, afin de former son intime conviction¹⁶⁴.

Relativement aux preuves illicites, Il convient d'opérer une distinction en fonction de leur nature. D'une part, la fiabilité des éléments de preuve objectifs, c'est-à-dire indépendants de la volonté du prévenu, n'est pas affectée malgré leur obtention irrégulière. Ces preuves sont les documents, les films, les photos ainsi que les prélèvements d'urine, d'haleine, de sang... A titre illustratif, un prélèvement sanguin effectué par le biais de la torture constitue une preuve fiable.

D'autre part, la fiabilité des preuves subjectives, à savoir celles qui sont fonction de la volonté du prévenu telles que l'aveu, est entachée dès que deux conditions sont rencontrées. La première est l'existence d'un lien causal entre l'illicéité et l'obtention de la preuve. La seconde réside dans la suppression du libre arbitre. Les aveux consécutifs à l'utilisation de la torture doivent ainsi être exclus puisqu'ils ont été causés par la torture et que celle-ci a annihilée le libre arbitre du prévenu. *A contrario*, les aveux obtenus à la suite d'une promesse fallacieuse sont fiables dès lors que ces promesses n'ont pas réduit le libre choix du prévenu.

¹⁶¹ J. DE CODT, « Preuve pénale et nullités », *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, p. 642.

¹⁶² Voy. *infra*, pp. 48 – 50.

¹⁶³ F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, p. 34.

¹⁶⁴ *Ibidem*, pp. 34 et 35 ; M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1138.

Remarquons que la torture n'est pas la seule méthode qui met à mal le libre arbitre. Le recours à l'hypnose, l'usage de stupéfiants, la privation de nourriture et de repos partagent cette caractéristique¹⁶⁵.

Cette distinction a le mérite de déterminer dans quelles circonstances la seconde cause d'exclusion visée par la Cour de cassation s'applique. Cependant, cette grille de lecture n'est pas absolue. Nous pouvons envisager des hypothèses dans lesquelles, en effet, la fiabilité d'une preuve objective est atteinte du fait de son origine illicite. Supposons ainsi une personne suspectée d'avoir consommé des stupéfiants, les policiers vont, en recourant à la torture, la contraindre à consommer de la drogue avant de prélever son sang, lequel sera ultérieurement utiliser à titre probatoire.

Section 3. La contrariété au droit à un procès équitable

Ce dernier cas d'exclusion retiendra plus longuement notre attention dès lors qu'il concerne par ailleurs l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et, partant, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Après quelques considérations générales (Sous-section 1^{ère}), nous présentons, à la lumière de la jurisprudence de Strasbourg, les cas dans lesquels l'obtention d'une preuve méconnaît l'équité procédurale (Sous-section 2).

Sous-section 1^{ère}. Considérations générales

Lorsque son usage est contraire au droit à un procès équitable, la preuve illégale ou irrégulière est exclue. D'emblée, précisons que, selon F. KUTY, cette exception doit concerner non seulement l'usage d'une preuve contraire au droit à un procès équitable, mais également toute preuve dont l'utilisation méconnaît les droits de la défense¹⁶⁶.

¹⁶⁵ F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, p. 35.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 36 ; F. KUTY, « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *R.C.J.B.*, 2004, p. 430.

Par application de cette dernière exception, ce n'est pas la preuve obtenue en contrariété avec les droits de la défense mais la preuve dont l'usage est contraire à ces droits qui est exclue. Cette précision se trouve également dans les conclusions conformes, précédant l'arrêt du 14 octobre 2003, aux termes desquelles, « si la preuve obtenue de manière illicite est (...) fiable et convaincante, elle ne doit pas être exclue de la décision judiciaire, à condition que l'usage de cette preuve ne soit pas contraire au droit du prévenu à un procès équitable considéré dans son ensemble »¹⁶⁷. Néanmoins, dans son arrêt du 2 mars 2005¹⁶⁸, la Cour de cassation considère que « lorsque l'irrégularité commise ne compromet pas le droit à un procès équitable », le juge pénal peut prendre en compte une preuve illicite. Cette différence, à nouveau marquée par un arrêt du 12 octobre 2005¹⁶⁹, s'explique peut-être par la circonstance que ces dernières décisions, contrairement à l'arrêt *Antigone*, ont été rendues par la section française de la Cour.

Cette jurisprudence de notre Cour de cassation relative à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme existait en germe dans un arrêt du 23 janvier 1990¹⁷⁰. Effectivement, la Cour y considérait que « la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantit le droit à un procès équitable, considéré en sa totalité, mais ne porte, en principe, pas atteinte au droit de chaque Etat de régler, selon son droit interne, l'administration de la preuve en matière répressive ». Pareille décision n'est pas une liberté prise à l'égard des droits consacrés par l'article 6 de la Convention puisque la Cour européenne des droits de l'homme estime, selon une jurisprudence constante, que « L'administration des preuves relève au premier chef des règles du droit interne et, en principe, il revient aux juridictions nationales d'apprécier les éléments recueillis par elles »¹⁷¹.

« L'équité d'un procès pénal s'apprécie 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

¹⁶⁷ M. DE SWAEF, conclusions conformes sous Cass., 14 octobre 2003, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 621.

¹⁶⁸ Cass., 2 mars 2005, *Pas.*, 2005, p. 505 ; voy., *infra*, p. 47.

¹⁶⁹ Cass., 12 octobre 2005, *Pas.*, 2005, p. 1904.

¹⁷⁰ Cass., 23 janvier 1990, *Pas.*, 1990, p. 605.

¹⁷¹ Cour eur. D.H., arrêt *Ciloglu c. Turquie* du 28 octobre 2004, § 27 ; Cour eur. D.H., arrêt *Allan c. Royaume-Uni* du 5 novembre 2002, § 42 ; Cour eur. D.H., arrêt *Wierzbicki c. Pologne* du 18 juin 2002, § 39 ; Cour eur. D.H., arrêt *Van Mechelen et crts c. Pays-Bas* du 23 avril 1997, § 50 ; Cour eur. D.H., arrêt *Saïdi c. France* du 20 septembre 1993, § 43 ; Cour eur. D.H., arrêt *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne* du 12 juillet 1988, §46.

obtenus jettent le doute sur leur crédibilité ou leur exactitude, et en évaluant l'influence de l'élément de preuve obtenu irrégulièrement sur l'issue de l'action publique »¹⁷².

Sous-section 2. Les différentes hypothèses d'exclusion

L'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme révèle que les hypothèses dans lesquelles une preuve est exclue car elle ne respecte pas le droit à un procès équitable sont rares. M-A. BEERNAERT relève qu'il s'agit tout d'abord des preuves obtenues à la suite d'une provocation policière¹⁷³ ou privée¹⁷⁴ dans la mesure où la participation des policiers ou des particuliers a incité le prévenu à commettre l'infraction¹⁷⁵. Il s'agit également des preuves recueillies en violation du droit au silence¹⁷⁶. Il s'agit ensuite des éléments de preuve faisant suite à des faits qualifiables de torture ou de traitements inhumains ou dégradants¹⁷⁷. Il s'agit enfin des preuves obtenues en méconnaissance du secret professionnel protégeant les relations entre l'avocat et son client^{178 179}. Parmi ces preuves, nous revenons sur celles obtenues en méconnaissance de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (§ 1^{er}) et celles recueillies en méconnaissance du droit au silence (§ 2). En effet, à leur égard, la Cour européenne des droits de l'homme a nuancé sa jurisprudence. Les preuves contraires à l'article 8 de la Convention ne sont, quant à elles, pas systématiquement contraires à l'équité du procès pénal¹⁸⁰. D'autres illustrations sont issues de la jurisprudence nationale.¹⁸¹

¹⁷² Cass., 15 décembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 48.

¹⁷³ Cour eur. D.H., arrêt Teixeira de Castro c. Portugal du 9 juin 1998.

¹⁷⁴ Cour eur. D.H., arrêt Shannon c. Royaume-Uni du 6 avril 2004.

¹⁷⁵ Cour eur. D.H., l'arrêt Ludi c. Suisse du 15 juin 1992.

¹⁷⁶ Cour eur. D.H., arrêt Saunders c. Royaume-Uni du 17 décembre 1996 ; Cour eur. D.H., arrêt I.J.L., G.M.R. et A.K.P c. Royaume-Uni du 19 septembre 2000.

¹⁷⁷ Cour eur. D.H., arrêt Jalloh c. Allemagne du 11 juillet 2006.

¹⁷⁸ Cass., 9 mai 2007, *J.T.*, 2007, p. 526.

¹⁷⁹ M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, pp. 1139 et 1140 ; 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.*, 2007, pp. 82, 83, 86 et 93.

¹⁸⁰ Voy. *infra*, p. 52 ; cette jurisprudence a suscité la critique.

¹⁸¹ Cass., 9 janvier 2004, *Pas.*, 2004, p. 18 (viole le droit à un procès équitable le juge qui fonde sa décision sur « l'avis d'un expert partial ») ; Corr. Bruxelles, 16 septembre 1969, *J.T.*, 1969, p. 530 (méconnaît l'équité procédurale le juge qui fonde sa décision sur « des aveux (...) obtenus que par une machination à laquelle des officiers de police judiciaire semblent n'avoir pas été étrangers »).

§ 1^{er}. *Les preuves obtenues à la suite du recours à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants*

Il serait incorrect de considérer que l'ensemble des preuves obtenues d'une manière contraire à l'article 3 de la Convention serait automatiquement exclu. Pour rappel, cette disposition consacre, en termes absolus, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. Or, au regard de l'arrêt *Jalloh c. Allemagne*, si la Cour considère clairement que les preuves recueillies au moyen de la torture sont inadmissibles, elle n'est pas aussi catégorique à propos des preuves obtenues à la suite de traitements inhumains ou dégradants. Cette prudence a suscité la critique de M-A. BEERNAERT, laquelle invoque une attitude schizophrénique. D'une part, contrairement aux autres droits consacrés par la Convention, la prohibition des traitements inhumains ou dégradants ne connaît aucune exception. D'autre part, la Cour laisse entendre que le juge peut motiver une condamnation pénale à l'aide d'une preuve issue d'une méconnaissance de l'article 3 en ce qu'il interdit pareils traitements¹⁸².

Ce distinguo entre les différents comportements prohibés par l'article 3 a été maintenu dans un arrêt *Gäfgen c. Allemagne* du 1^{er} juin 2010. En l'espèce, il était reproché à Monsieur Gäfgen d'avoir tué par étouffement un garçon âgé de 11 ans ainsi que d'avoir dissimulé son corps afin que ses parents le croient vivant et payent une rançon. Pensant l'enfant vivant, la police allemande le menaça de graves sévices à la suite desquelles il passa aux aveux. La juridiction de jugement a considéré que les preuves obtenues à la suite de ces menaces étaient contraires à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Par voie de conséquence, elle a exclu les aveux mais pas les preuves matérielles, à savoir la découverte du corps et les résultats de son autopsie. L'accusé a ensuite réitéré ses aveux librement, lesquels ont fondé sa condamnation. La juridiction strasbourgeoise considère que les aveux obtenus à la suite d'une violation de l'article 3 sont écartés des débats, peu importe que le comportement litigieux soit qualifié de torture ou de traitement inhumain ou dégradant. A l'inverse, concernant les preuves matérielles, seules celles qui sont recueillies au moyen de la torture sont automatiquement exclues. Celles consécutives à des traitements inhumains ou dégradants ne le sont que si l'illégalité a eu un impact sur le verdict de la culpabilité ou sur le

¹⁸² 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, p. 93.

choix de la peine¹⁸³. Commentant cette jurisprudence, M-A. BEERNAERT a l'impression que la Cour a mis en avant cette subtile distinction afin de valider la procédure suivie par les juridictions allemandes dans la mesure où l'affaire était particulièrement sordide¹⁸⁴.

§ 2. *Les preuves obtenues à la suite d'une violation du droit au silence*

De manière générale, il est considéré que les preuves recueillies en méconnaissance du droit au silence doivent être exclues. Néanmoins, la Cour européenne des droits de l'homme admet certaines preuves issues de l'exercice d'une menace de sanction pénale¹⁸⁵. Selon la Cour, le sort réservé à ces preuves dépend de la nature de la menace, de son intensité, des garanties offertes par la procédure ainsi que de la manière dont elles sont utilisées¹⁸⁶.

En outre, notre Cour de cassation estime que le juge des faits peut, dans certaines circonstances, tirer des conséquences du silence de l'inculpé¹⁸⁷. Ainsi, « lorsque les charges sont écrasantes pour la personne poursuivie, le juge qui tire du silence ou des explications insatisfaisantes de celle-ci des conclusions défavorables au titre de présomptions de l'homme, ne méconnaît » pas les droits de la défense¹⁸⁸.

Enfin, notons que le droit au silence s'oppose au recours, contre la volonté de l'inculpé, à l'hypnose et au polygraphe, improprement qualifié de détecteur de mensonges¹⁸⁹.

CHAPITRE III. UNE JURISPRUDENCE CONFIRMÉE

¹⁸³ 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 *Gäffen* », *J.T.*, 2011, pp. 160 et 161 ; M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, pp. 1139 et 1140 ; M-A. BEERNAERT, « La Cour européenne des droits de l'homme en demi-teinte sur les limites de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants », *Rev. trim. D. H.*, 2011, p. 371.

¹⁸⁴ M-A. BEERNAERT, « La Cour européenne des droits de l'homme en demi-teinte sur les limites de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants », *Rev. trim. D. H.*, 2011, pp. 359, 360 et 372.

¹⁸⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Francis et D'Holloran c. Royaume-Uni* du 29 juin 2007.

¹⁸⁶ M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1140.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 1139.

¹⁸⁸ Cass., 3 octobre 2012, *Pas.*, 2012, p. 1799.

¹⁸⁹ M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1140.

La jurisprudence Antigone a non seulement été confirmée par son auteur, la Cour de cassation (Section 1^{ère}), mais a également reçu l’aval de la Cour européenne des droits de l’homme (Section 2) et de la Cour constitutionnelle (Section 3).

Section 1^{ère}. Une jurisprudence confirmée par la Cour de cassation

Par plusieurs arrêts subséquents, la Cour de cassation a confirmé et précisé sa jurisprudence.

Sous-section 1^{ère}. L’arrêt du 23 mars 2004 : des apparences trompeuses

Par son arrêt du 23 mars, la Cour de cassation semble assouplir le nouveau principe. Ainsi, premièrement, elle indique que les preuves obtenues au moyen de la torture doivent être écartées. Pareille considération n’est pas neuve. Effectivement, le recours à la torture porte atteinte à la fiabilité des aveux¹⁹⁰. Secondement, l’usage d’une preuve illicite « n’est en principe pas autorisé ». Toutefois, la juridiction suprême ne revient nullement sur la jurisprudence Antigone, précisant immédiatement que

- « le juge ne peut écarter une preuve obtenue illicitement que dans les seuls cas suivants :
- soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité;
 - soit lorsque l'irrégularité commise a entaché la crédibilité de la preuve;
 - soit lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable »¹⁹¹.

La Cour n’aurait donc pas reviré sa jurisprudence. Le principe de l’interdiction des preuves illicites demeurerait, seul le régime des sanctions applicables à ces preuves aurait été

¹⁹⁰ Voy. *supra*, p. 36.

¹⁹¹ Cass., 23 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 500.

modifié¹⁹². Nous n’y croyons pas, la Cour de cassation a bel et bien condamné l’*exclusionary rule*.

En comparaison avec l’arrêt *Antigone*, la décision du 23 mars 2004 diverge en un point. En effet, aux termes de l’arrêt du 14 octobre 2003, « 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 » que dans les trois hypothèses mentionnées ci-avant. Autrement formulé, le juge a la faculté de ne pas exclure une preuve illicite, il n’en a pas l’obligation. *A contrario*, par ses décisions ultérieures, la Cour suprême oblige le juge du fond à prendre en compte une preuve illicite sauf si une des trois exceptions est rencontrée¹⁹³. A notre estime, cette précision est heureuse puisque, en réduisant la marge d’appréciation du juge du fond, elle réduit le risque d’insécurité juridique et d’inégalité de traitement entre justiciables. Notons encore que le doute est apparu une courte période en raison de l’arrêt *Manon*, ci-après commenté¹⁹⁴, lequel fait état d’une simple faculté d’admettre une preuve illicite.

Enfin, la Cour énonce les critères à l’aide desquels le juge du fond peut apprécier l’admissibilité d’une preuve illicite vis-à-vis du droit à un procès équitable. Ces critères ne constituent pas des hypothèses dans lesquelles le juge doit obligatoirement exclure une preuve¹⁹⁵. Il ne s’agit que d’indices donnés aux juges des faits et « destinés à aiguiller leur appréciation souveraine de l’incidence de l’irrégularité sur le caractère équitable du procès »¹⁹⁶.

Le premier de ces critères est la proportionnalité entre la gravité de l’infraction en cause et l’illicéité. Plus l’infraction est grave, moins l’exclusion de la preuve illicite se justifie¹⁹⁷. Par un arrêt du 30 avril 2014¹⁹⁸, la Cour a de nouveau mentionné ce critère. Ainsi, afin d’examiner si le droit à un procès équitable a été méconnu, il convient de prendre en compte l’idéal de justice, lequel suppose de mettre en balance la gravité des faits et l’illicéité. A titre

¹⁹² S. CUYKENS, D. HOLZAPFEL et L. KENNES, *La preuve en matière pénale*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 287.

¹⁹³ C. DE VALKENEER, *Manuel de l’enquête pénale*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 68 ; 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. crim.*, 2005, p. 688.

¹⁹⁴ Voy. *infra*, p. 45 – 47.

¹⁹⁵ Cass., 28 mai 2013, *Pas.*, 2013, p. 1201.

¹⁹⁶ S. CUYKENS, D. HOLZAPFEL et L. KENNES, *La preuve en matière pénale*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 288.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 288.

¹⁹⁸ Cass., 30 avril 2014, *J.T.*, 2014, p. 351. D’autres arrêts font également référence à ce critère : Cass., 2 mars 2005, *Pas.*, 2005, p. 505 ; Cass., 12 octobre 2005, *Pas.*, 2005, p. 1904 ; Cass., 8 novembre 2005, *Pas.*, 2005, p. 2181 ; Cass., 31 octobre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2239 ; Cass., 21 novembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2437 ; Cass., 4 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2226 ; Cass., 26 janvier 2011, *Pas.*, 2011, p. 273.

personnel, nous ne comprenons pas la logique de ce critère. Selon l'idéal de justice qui est le nôtre, la solution inverse devrait être retenue puisque lorsqu'une infraction est grave, la peine encourue et, donc, les conséquences d'une éventuelle erreur judiciaire sont importantes. La Cour européenne des droits de l'homme n'affirme pas autre chose lorsqu'elle considère que « c'est face aux peines les plus lourdes que le droit à un procès équitable doit être assuré au plus haut degré possible par les sociétés démocratiques »¹⁹⁹. Par ailleurs, comme le soulève, à bon droit, M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, «la gravité de l'infraction est un élément que le législateur prend (...) déjà en compte dans l'élaboration des règles probatoires pour autoriser le recours à des techniques fortement attentatoires à la vie privée ».

Le deuxième critère, plusieurs fois rappelé par la Cour²⁰⁰, est le caractère intentionnel de l'illicéité. Afin de ne pas inciter les autorités à commettre des illégalités ou des irrégularités dans l'obtention des preuves, le juge pénal peut exclure une constatation attachée d'une illicéité volontaire. Le juge peut exclure pareille constatation, il n'y est pas tenu. La Cour de cassation a ultérieurement explicité cette nuance en considérant 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 conduire le juge à exclure ces preuves »²⁰¹. Selon certains, ce critère n'est pas pertinent pour définir l'équité du procès. Tout au plus, il s'agirait d'un critère utile pour apprécier la culpabilité des agents concernés²⁰². Effectivement, il semble que l'état d'esprit de l'agent ayant commis l'illicéité n'a pas d'effet sur l'équité du procès²⁰³.

Le dernier critère établit une différence entre les éléments matériels et moral de l'infraction. La preuve illicite d'un élément matériel, telle la découverte d'un cadavre à la

¹⁹⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Salduz c. Turquie* du 27 novembre 2008. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'est cependant pas univoque à ce sujet ; en sens contraire, voy. ainsi Cour eur. D.H., arrêt *Heglas c. République Tchèque* du 1^{er} mars 2007 (*infra*, p. 52).

²⁰⁰ Cass., 12 octobre 2005, *Pas.*, 2005, p. 1904 ; Cass., 8 novembre 2005, *Pas.*, 2005, p. 2181 ; Cass., 31 octobre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2239 ; Cass., 21 novembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2437 ; Cass., 4 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2226.

²⁰¹ Cass., 31 octobre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2239.

²⁰² M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1142.

²⁰³ F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, p. 40.

suite d'une visite domiciliaire illégale²⁰⁴, sera plus aisément admise que celle de l'élément moral²⁰⁵.

Sous-section 2. Les arrêts du 16 novembre 2004 : un nouveau pas franchi

Les nouveaux principes consacrés par l'arrêt Antigone ont vite évolué. D'abord, la faculté du juge de fonder son intime conviction sur des preuves illicites est devenue une obligation. Ensuite, par deux arrêts du 16 novembre 2004²⁰⁶, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que l'ensemble des preuves illégales, y compris celles contraires à la Constitution ou à la Convention européenne des droits de l'homme, ne sont plus systématiquement exclues²⁰⁷.

Concernant la première espèce, la Cour d'appel de Gand avait constaté la violation de l'article 15 de la Constitution, lequel consacre l'inviolabilité du domicile, dans le recueil d'un élément de preuve avant d'en tenir compte afin de condamner le prévenu. A l'appui de sa décision, la juridiction d'appel a considéré que l'illégalité se justifiait au regard de l'intérêt de la société de se prémunir contre l'infraction litigieuse, à savoir le trafic de stupéfiants.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé contre cette décision, rappelant sa jurisprudence et précisant que celle-ci est applicable indépendamment de l'origine internationale ou constitutionnelle de la norme violée.

La seconde espèce, similaire dans les faits, a donné lieu à une décision identique. Elle présente un autre intérêt dans la mesure où le demandeur en cassation a introduit une requête auprès de la Cour européenne des droits de l'homme, donnant ainsi à cette juridiction l'occasion de se prononcer sur la conformité de la jurisprudence Antigone au regard de la Convention européenne des droits de l'homme²⁰⁸.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 1143.

²⁰⁵ S. CUYKENS, D. HOLZAPFEL et L. KENNES, *La preuve en matière pénale*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 288 et 289.

²⁰⁶ Cass., 16 novembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1795 ; Cass., 16 novembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1802.

²⁰⁷ C. DE VALKENNEER, *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, p. 688.

²⁰⁸ Voy. *infra*, pp. 51 et 52.

Sous-section 3. L'arrêt Manon du 2 mars 2005 : une jurisprudence partagée par les sections néerlandophone et française de la Cour

La chambre néerlandophone de la Cour de cassation est à l'origine de la jurisprudence *Antigoon*. La chambre francophone lui a rapidement, mais pas immédiatement, emboité le pas²⁰⁹. En effet, quelques mois après l'arrêt du 14 octobre 2003, la Cour de cassation, section française, jugeait encore que «Les règles relatives à l'administration de la preuve exigent que les preuves entachées d'illégalité ou d'irrégularité soient écartées des débats en même temps que les éléments qui en sont la suite »²¹⁰.

L'arrêt Manon du 2 mars 2005 marque l'adhésion de la section française de la Cour à l'admission de principe des preuves illicites.

Les faits concernaient un gérant de magasin suspectant un employé de voler dans la caisse. Pour vérifier ses soupçons, il a installé, illégalement, une caméra. Néanmoins, sur le fondement des preuves recueillies à l'aide de ce système, le juge du fond condamna l'employé qui se pourvut ensuite en cassation.

Les conclusions conformes de l'avocat général D. VANDERMEERSCH étaient empruntées de réserves. Certes, les nouveaux principes permettent « d'atténuer les conséquences de certaines irrégularités affectant (...) l'obtention d'une preuve ». Toutefois, « 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 ». A titre exemplatif, l'avocat général cite les preuves obtenues à la suite d'une écoute illégale, d'une perquisition illégale ou en méconnaissance du secret professionnel ou du droit au silence. Il invite par conséquent la Cour à énoncer une nouvelle exception au principe d'admission des preuves illicites. Ainsi, « 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

²⁰⁹ 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., arrêt Lee Davies c. Belgique du 28 juillet 2009, *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, p. 326 ; Cass., 2 mars 2005, *Pas.*, 2005, p. 505.

²¹⁰ Cass., 9 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 993.

la justice pénale »²¹¹. Notons que, tel que nous l'avons remarqué, l'arrêt *Antigone* avait laissé la porte ouverte à de nouvelles exceptions²¹².

L'avocat général tempérait cependant sa position, considérant que les juges d'appel avaient légalement motivé leur décision, arguant que les droits fondamentaux ne sont pas absolus et connaissent des limites.

La Cour, quant à elle, confirme la jurisprudence initiée par l'arrêt du 14 octobre 2003. Ainsi, « lorsque l'irrégularité commise ne compromet pas le droit à un procès équitable, n'entache pas la fiabilité et ne méconnaît pas une formalité prescrite à peine de nullité », le juge peut décider d'admettre des éléments de preuves illicites.

Plusieurs remarques sont de vigueur. *Primo*, la juridiction suprême s'en tient aux trois exceptions classiques sans y ajouter celle suggérée par l'avocat général D. VANDERMEERSCH. *Secundo*, la Cour laisse au juge des faits la faculté de prendre en considération une preuve illégale ou irrégulière. Ce dernier n'y est pas obligé et peut décider d'exclure pareille preuve. Ici apparaît une différence essentielle avec la jurisprudence de la section néerlandophone de la Cour, aux termes de laquelle le juge pénal est tenu de prendre en compte une preuve illicite²¹³. *Tertio*, une seconde différence existe entre les arrêts de la section néerlandophone et celui du 2 mars 2005. Aux termes des premiers, une preuve illicite doit être admise lorsque l'usage de celle-ci ne méconnaît pas le droit à un procès équitable. D'après le second, le juge peut admettre une preuve illicite lorsque l'illicéité ne compromet pas le droit à un procès équitable (nous soulignons)²¹⁴.

Enfin, l'arrêt *Manon* énonce un nouveau critère permettant d'apprécier l'équité du procès pénal. Pour rappel, trois premiers critères avaient été dégagés par la Cour dans l'arrêt du 23 mars 2004²¹⁵. Ainsi, une preuve est admise plus aisément lorsque l'illicéité qui l'affecte est sans incidence sur le droit ou la liberté protégé par la règle violée. En l'espèce, la norme transgressée vise à protéger la vie privée des employés. Or, si le placement de la caméra

²¹¹ D. VANDERMEERSCH, conclusions conformes sous Cass., 2 mars 2005, *Pas.*, 2005, p. 511.

²¹² Voy. *supra*, p. 34.

²¹³ Cass., 23 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 500 ; voy. *supra*, p. 43.

²¹⁴ M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1138 ; voy. *supra*, p. 38.

²¹⁵ Cass., 23 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 500 ; voy. *supra*, pp. 43 et 44.

méconnaît cette règle, la vie privée de l’inculpé demeurerait intacte dans la mesure où seule la caisse enregistreuse était filmée²¹⁶.

Sous-section 4. L’arrêt du 12 octobre 2005 : une jurisprudence parfaitement identique

Ayant constaté l’illégalité des preuves recueillies, la Cour d’appel de Mons avait déclaré les poursuites irrecevables. Cette décision fut cassée par la Cour de cassation au motif que les juges d’appel n’ont pas analysé « si l’illégalité (...) compromet le droit à un procès équitable ou entache la fiabilité de la preuve »²¹⁷. Par cette décision, la section française de la Cour interdit au juge pénal d’exclure une preuve illicite en dehors des cas d’exclusion listés et rejoint ainsi son homologue néerlandophone²¹⁸, laquelle a par ailleurs conforté sa position²¹⁹.

Sous-section 5. L’arrêt du 26 novembre 2008 : l’exclusion des preuves non-valides

Par son arrêt du 26 novembre 2008²²⁰, la Cour de cassation émet une distinction entre, d’une part, les modes de preuve règlementés et, d’autre part, les preuves non règlementées. Nous le savons, les secondes ne peuvent être exclues que si soit une formalité prescrite à peine de nullité a été méconnue, soit l’illicéité affecte la fiabilité de la preuve, ou soit le droit à un procès équitable est contrarié. Les premières doivent également être exclues lorsque la formalité méconnue n’est certes pas prescrite à peine de nullité mais est considérée comme substantielle. Autrement formulé, notre Cour de cassation n’a pas bouleversé sa jurisprudence

²¹⁶ M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1144.

²¹⁷ Cass., 12 octobre 2005, *Pas.*, 2005, p. 1904.

²¹⁸ S. CUYKENS, D. HOLZAPFEL et L. KENNES, *La preuve en matière pénale*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 296.

²¹⁹ Cass., 8 novembre 2005, *Pas.*, 2005, p. 2181 ; Cass., 31 octobre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2239 ; Cass., 21 novembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2437 ; Cass., 4 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2226.

²²⁰ Cass., 26 novembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2673.

relative aux preuves non valides²²¹. Cette décision a le mérite de mettre un terme aux discussions relatives à la portée de l'arrêt *Antigone* quant aux formalités substantielles²²².

En l'espèce, les autorités avaient utilisé un éthylomètre qui n'avait pas fait l'objet du contrôle organisé par l'Arrêté royal du 21 avril 2007 relatif aux appareils de test et aux appareils d'analyse de l'haleine. Ce contrôle est constitutif d'une formalité qui n'est certes pas prescrite à peine de nullité mais qui est considérée par la Cour comme substantielle.

Sous-section 6. L'arrêt du 24 avril 2013 : une nouvelle hypothèse d'exclusion

Les faits pertinents peuvent être résumés de la manière suivante. Dans le cadre d'une enquête dirigée par lui, l'auditeur du travail de Bruxelles souhaitait pénétrer dans des locaux privés d'un hôtel. Sous l'empire de la loi du 16 novembre 1972 concernant l'inspection sociale, les inspecteurs sociaux pouvaient, dans le cadre de leurs missions, « pénétrer librement, à toute heure du jour et de la nuit, sans avertissement préalable, dans tous les lieux de travail ou autres lieux qui sont soumis à leur contrôle ou dans lesquels ils peuvent avoir un motif raisonnable de supposer que travaillent des personnes soumises aux dispositions des législations dont ils exercent la surveillance. » En ce qui concerne les lieux habités, une autorisation du juge au tribunal de police était requise par l'article 4, 1°, alinéa 2 de ladite loi.

L'auditeur a obtenu une autorisation du juge de police relative à des infractions à la loi du 16 novembre 1972 et à des infractions de traite et de trafic d'êtres humains. Lors du règlement de la procédure les inculpés ont contesté, en vain, la licéité des visites domiciliaires. Ils ont donc dirigé, contre la décision de la juridiction d'instruction, un pourvoi en cassation.

Dans un premier temps, la Cour a considéré que l'autorisation du juge de police était illégale dans la mesure où d'autres infractions que celles relatives à la loi concernant l'inspection sociale étaient concernées. Il s'agissait alors pour la haute juridiction, dans un second temps, d'appliquer sa jurisprudence inhérente aux preuves illicites. A cette occasion, elle a affiné ses vues en consacrant une certaine doctrine

²²¹ Voy. *supra*, pp. 21 et 22.

²²² Voy. *supra*, pp. 35 et 36.

Ainsi, « 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 procès »²²³. Par voie de conséquence, la décision attaquée n'est pas légalement justifiée. Une décision antérieure porte un enseignement identique mais formulé négativement. Ainsi, aux termes d'un arrêt du 26 janvier 2011, « la sanction de la violation d'une forme substantielle ne touchant pas à l'organisation des cours et tribunaux n'est pas automatique »²²⁴.

Pareilles décisions sont directement inspirées par les travaux de J. DE CODT pour qui la violation d'une forme touchant à l'organisation des cours et tribunaux est constitutive d'un vice réhibitoire devant être sanctionné²²⁵.

Au travers de ses conclusions conformes précédant l'arrêt, l'avocat général D. VANDERMEERSCH pointait, à bon droit, le risque d'un paradoxe issu de l'application de cette doctrine en matière de perquisition. En effet, « une visite domiciliaire illégale parce que réalisée par des inspecteurs sociaux sans le mandat ou l'autorisation d'un juge, pourrait être « sauvée » par la jurisprudence dite « Antigoon » tandis qu'une perquisition ordonnée ou autorisée par un juge, mais irrégulière parce que ce juge s'avérerait incompétent, serait irrémédiablement inadmissible. »²²⁶

Toujours est-il que, touchant à l'organisation des cours et tribunaux, l'illicéité doit être sanctionnée. Il convient donc de définir le spectre de l'organisation des cours et tribunaux. J. DE CODT, à qui est emprunté cette théorie, nous enseigne qu'il s'agit des règles du Code judiciaire relatives à l'organisation judiciaire, c'est-à-dire les articles 58 et suivants de ce Code²²⁷.

Sous-section 7. Résumé

²²³ Cass., 24 avril 2013, *Pas.*, 2013, p. 929.

²²⁴ Cass., 26 janvier 2011, *Pas.*, 2011, p. 273.

²²⁵ J. DE CODT, « Preuve pénale et nullités », *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, p. 642.

²²⁶ D. VANDERMEERSCH, conclusions conformes sous Cass., 24 avril 2013, *Pas.*, 2013, p. 936.

²²⁷ J. DE CODT, « Preuve pénale et nullités », *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, p. 642.

Au-delà des trois cas d'exclusion classiques, encore mentionnés dans un arrêt du 30 avril 2014²²⁸, deux autres hypothèses dans lesquelles une preuve illicite doit être exclue ont été dégagées par la jurisprudence analysée ci-avant. Tout d'abord, le juge du fond ne peut pas prendre en considération la preuve non valide parce que méconnaissant une formalité substantielle. Ensuite, il est interdit à ce juge de former son intime conviction à partir d'une preuve obtenue en violation d'une forme touchant à l'organisation des cours et tribunaux.

Section 2. Une jurisprudence confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme, par l'intermédiaire de l'arrêt *Lee Davies c. Belgique*²²⁹, a validé la jurisprudence de la Cour de cassation belge. Le requérant devant la juridiction de Strasbourg, Lee Martin Davies, était poursuivi devant les juridictions belges en raison d'un trafic de drogue. Il opposa à l'accusation le caractère illicite des preuves obtenues à son encontre. Cette défense s'avéra fructueuse devant le juge de première instance puisque le Tribunal correctionnel de Furnes l'acquitta pour ce motif. Toutefois, la Cour d'appel le condamna et la Cour de cassation, fidèle à sa nouvelle jurisprudence, rejeta le pourvoi formé contre cette décision²³⁰.

Insatisfait, Lee Martin Davies a introduit une requête auprès de la Cour européenne des droits de l'homme, donnant ainsi à cette juridiction l'occasion de se prononcer sur la compatibilité de la jurisprudence *Antigone* avec le droit à un procès équitable²³¹.

Dans un premier temps, la Cour considère, selon une jurisprudence constante, qu'elle ne connaît pas de l'admissibilité des preuves en tant que tel dans la mesure où aucune disposition de la Convention n'est relative à la matière probatoire. Par contre, la juridiction internationale

²²⁸ Cass., 30 avril 2014, *J.T.*, 2014, p. 351.

²²⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Lee Davies c. Belgique* du 28 juillet 2009, *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, p. 312.

²³⁰ Cass., 16 novembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1807.

²³¹ 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., arrêt *Lee Davies c. Belgique* du 28 juillet 2009, *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, pp. 324 et 328 – 330.

peut apprécier la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis afin d'examiner si la procédure a, *in globo*, respecté les prescrits de l'article 6²³².

Dans ce cadre, la Cour énonce les principes suivants. Le droit à un procès équitable est respecté si l'individu poursuivi a pu contester l'authenticité des preuves illicites ou s'opposer à leur utilisation. Deux autres critères sont également concernés. Le premier est la fiabilité de la preuve, le second la solidité de la preuve²³³.

Il est ensuite fait application de ces principes aux faits litigieux. Ainsi, la manière dont les éléments de preuves ont été obtenus ne met pas en doute leur fiabilité. Le prévenu a par ailleurs eu l'opportunité, devant chaque degré de juridiction, de contester ces éléments ainsi que de s'opposer à leur utilisation. Par voie de conséquence, le droit à un procès équitable n'a pas été méconnu²³⁴.

Plus encore, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la méconnaissance de l'article 8 dans l'obtention de preuves n'implique pas automatiquement une violation du droit à un procès équitable. A titre illustratif, par son arrêt *Heglas c. République Tchéque*²³⁵, la Cour a considéré que, malgré le non-respect de l'article 8, l'article 6 n'avait pas été méconnu. Les faits concernaient une personne suspectée d'avoir participé à un vol dont les conversations téléphoniques avaient été interceptées au moyen d'un appareil d'écoute placé sur le corps d'un de ses amis. La Cour y voit une violation de l'article 8 mais n'en déduit pas le non-respect du droit à un procès équitable. La juridiction de Strasbourg motive cette solution par plusieurs considérations. *Primo*, le principe du contradictoire a été respecté. *Secundo*, l'intime conviction du juge est fondée sur d'autres preuves que celle en cause. *Tertio*, l'infraction reprochée est grave. A propos de cette dernière considération, la même Cour estime pourtant que « c'est face aux peines les plus lourdes que le droit à un procès équitable doit être assuré au plus haut degré possible par les sociétés démocratiques »²³⁶. D'autres arrêts à la portée identique existent, dont les arrêts *Bykov c. Russie*²³⁷ et *Khan c. Royaume-Uni*²³⁸. Concernant cette dernière décision, nous remarquons que la preuve litigieuse était pourtant la seule dont disposait l'accusation.

²³² Cour eur. D.H., arrêt *Lee Davies c. Belgique* du 28 juillet 2009, *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, p. 312, §§ 40 et 41.

²³³ *Ibidem*, § 42.

²³⁴ *Ibidem*, §§ 53 et 54.

²³⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Heglas c. République Tchéque* du 1^{er} mars 2007.

²³⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Salduz c. Turquie* du 27 novembre 2008.

²³⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Bykov c. Russie* du 10 mars 2009.

²³⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Khan c. Royaume-Uni* du 12 mai 2000.

Commentant l'arrêt *Lee Davies c. Belgique*, N. COLETTE-BASECQZ a la plume acerbe à l'égard de la jurisprudence *Heglas c. République Tchèque*. Ainsi, « Comment assurer une protection effective des droits garantis par la Convention si l'on admet des preuves (...) contraires à d'autres dispositions de la Convention ? Comment dissuader les forces de police de recourir à des moyens de preuves illégaux si, *in fine*, la procédure ayant mené à une condamnation fondée sur ces éléments passe tout de même pour équitable (...)»²³⁹ ? »

Cette critique n'est pas isolée. Effectivement, le juge SPIELMANN a rendu une opinion dissidente sous l'arrêt *Bykov c. Russie* aux termes de laquelle il pointe, pertinemment, l'incohérence suivante : ce qui est interdit sous l'angle de l'article 8 devient admis au regard de l'article 6.

Si, selon la Cour, la violation du droit à un procès équitable ne résulte pas *ipso facto* de la méconnaissance de certains droits, pourtant également consacrés par la Convention, tel n'est cependant pas le cas de l'ensemble des dispositions de cette Convention. En effet, la juridiction établit une hiérarchie entre les droits et libertés, certains paraissant plus fondamentaux que les autres en ce sens que leur violation implique nécessairement une violation de l'article 6. Tel est spécialement le cas de l'article 3 en ce qu'il prohibe la torture²⁴⁰.

Section 3. Une jurisprudence confirmée par la Cour constitutionnelle

La Cour constitutionnelle a validé la jurisprudence *Antigone* par un arrêt du 22 décembre 2010²⁴¹ rendu sur question préjudicielle. Les faits de l'espèce étaient les suivants. Les services de police opèrent un contrôle d'identité illégal au regard de l'article 34, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police. Cette disposition ne prévoit pas que les formalités qu'elle énumère sont prescrites à peine de nullité. Le Tribunal correctionnel de Gand, statuant sur opposition, constate, par application de la jurisprudence de la Cour de

²³⁹ N. COLETTE-BASECQZ, « L'admissibilité des preuves irrégulières au regard du droit à un procès équitable : la jurisprudence « Antigone » sous la loupe de la Cour européenne des droits de l'homme », note sous *Cour eur. D.H.*, arrêt *Lee Davies c. Belgique* du 28 juillet 2009, *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, p. 331.

²⁴⁰ *Cour eur. D.H.*, arrêt *Jalloh c. Allemagne* du 11 juillet 2006. En l'espèce, les autorités avaient administré de force des vomitifs à une personne et avaient, ensuite, utilisées les drogues régurgitées à titre de preuve.

²⁴¹ *C. const.*, 22 décembre 2010, n° 158/2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 298.

cassation, que les preuves qui découlent de ce contrôle illégal ne peuvent être exclues que si leur emploi méconnaît le droit à un procès équitable ou si l'illégalité affecte leur fiabilité. La juridiction pose alors deux questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle.

La première question a trait aux faits particuliers de l'espèce. En effet, il s'agit de savoir si l'article 34 précité, en ce qu'il ne prévoit pas de forme prescrite à peine de nullité et n'implique donc pas automatiquement l'exclusion des preuves obtenues par sa violation, viole la liberté individuelle et le droit au respect de la vie privée respectivement consacrés aux articles 12 et 22 de la Constitution.

La seconde question est plus large. Elle consiste à demander à la Cour s'il existe une inégalité entre, d'une part, les dispositions qui sanctionnent leur non-respect de nullité, lesquelles impliquent l'exclusion automatique des preuves illicites à leur égard, et d'autre part, l'article 34, lequel ne prévoit pas de forme prescrite à peine de nullité et, donc, n'implique pas automatiquement l'exclusion des preuves obtenues par sa violation, alors que les deux catégories de règles protègent des droits fondamentaux. Cette dernière question peut être généralisée et viser l'éventuelle discrimination entre les formalités prescrites à peine de nullité et celles qui ne le sont pas.

Concernant la première question, la Cour, se fondant sur la jurisprudence *Heglas c. République Tchèque* analysée ci-avant²⁴², considère que « la circonstance qu'une preuve obtenue en méconnaissance d'une disposition légale visant à garantir le droit au respect de la vie privée » tel quel consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas automatiquement nulle puisqu'elle ne méconnaît pas systématiquement l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Or, « il ressort des travaux préparatoires de l'article 22 de la Constitution que le Constituant a cherché la plus grande concordance possible (...) avec l'article 8 de la Convention ». Par ailleurs, « La même conclusion s'impose en ce qui concerne l'article 12 de la Constitution. » Par voie de conséquence, selon la juridiction constitutionnelle, « La première question préjudicielle appelle une réponse négative. »

Quant à la deuxième question, elle appelle également une réponse négative au motif que « La différence de traitement entre certaines catégories de personnes qui découle de l'application de règles procédurales différentes dans des circonstances différentes n'est pas discriminatoire en soi. » Pareille situation serait discriminatoire si elle entraînait « une

²⁴² Voy. *supra*, p. 52.

limitation disproportionnée des droits des personnes concernées ». Or, l'examen de la première question préjudicielle a révélé que les articles 12 et 22 de la Constitution n'étaient pas méconnus par l'article 34.

CHAPITRE IV. LES CRITIQUES

Les auteurs ayant commenté la jurisprudence *Antigone* n'ont pas manqué de la critiquer. Ils ont mis en évidence plusieurs valeurs susceptibles d'être menacées par les principes établis par l'arrêt du 14 octobre 2003. Ces vertus sont le crédit de la Justice (Section 1^{ère}), la sécurité juridique (Section 2), le respect des droits fondamentaux (Section 3) et l'Etat de droit (Section 4). Des solutions permettant d'améliorer les règles consacrées par la Cour de cassation ont été proposées par ces mêmes auteurs (Section 5).

Section 1^{ère}. Le crédit de la Justice

Explicitant que la fin ne justifie pas tous les moyens, certains auteurs²⁴³ considèrent que, même au nom d'une justice efficace, les preuves obtenues à la suite d'une violation volontaire des règles procédurales et, partant des garanties qu'elles consacrent, ne devraient pas être admises. En effet, « une justice qui ne respecte plus les règles fondamentales qui la sous-tendent ne mérite plus le vocable de « justice » »²⁴⁴. Pour ces auteurs, l'idéal de justice apparaît comme un critère central de leur raisonnement. D'une part, l'illégalité est le propre des criminels et, sous peine d'être discréditée, la justice ne devrait pas pouvoir y recourir. D'autre part, des illicéités bénignes ne devraient pas entraîner l'exclusion des preuves obtenues à leur suite afin de ne pas déconsidérer l'administration de la Justice. A cet égard, le modèle canadien est cité. Le juge Canadien, pour décider d'exclure ou non une preuve illicite, peut utiliser le critère de l'atteinte portée au crédit de la justice.

²⁴³ M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, pp. 1145 et 1146.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 1145

Dans la même veine, J. DE CODT estime que lorsque la sauvegarde d'une valeur supérieure à l'efficacité de la justice est compromise par l'illicéité, « c'est l'honneur et le devoir du juge que d'écarter la pièce »²⁴⁵.

C. DE VALKENEER²⁴⁶ invoque une dimension symbolique, la légalité des preuves participant à la légitimité de l'intervention judiciaire et de la sanction. Aussi, le monopole de la violence dont dispose l'Etat est conditionné à l'exercice légitime de celle-ci. Si cette légitimité n'est plus garantie par l'exclusion des preuves illicites, elle pourrait l'être par la sanction des agents de l'autorité fautifs. Toutefois, « l'issue des procédures disciplinaires est trop aléatoires pour escompter qu'elles génèrent un réel effet dissuasif »²⁴⁷

Section 2. La sécurité juridique

Le risque de l'insécurité juridique a été pointé dans la mesure où, sous l'empire de la jurisprudence Antigone, le rôle du juge est accentué²⁴⁸. C'est à lui qu'il revient de définir la portée de l'équité procédurale et la juridiction strasbourgeoise ne l'aide pas dans cette tâche²⁴⁹. A l'appui de cette critique, deux décisions contraires relatives à des faits similaires sont invoqués. La police, en participant à une émission de télé réalité, avait recueilli des preuves en violation du droit à la vie privée tel que consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Concernant la première affaire, le juge du fond a écarté la preuve au motif que son usage était contraire au droit à un procès équitable. Au sujet de la seconde espèce, le juge n'a pas exclu la preuve illicite. Un pourvoi en cassation a été formé contre chacune des décisions mais la Cour de cassation les a rejetés²⁵⁰.

Notons que ce risque est accru dans le cadre des arrêts des 14 octobre 2003 et 2 mars 2005 puisqu'ils accordent au juge du fond une faculté de prendre en considération une preuve illicite.

²⁴⁵ J. DE CODT, « Preuve pénale et nullités », *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, pp. 645 et 646.

²⁴⁶ 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. crim.*, 2005, p. 694.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1146 ; F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, p. 58.

²⁴⁹ F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, pp. 44 et 45.

²⁵⁰ Cass., 8 novembre 2005, *Pas.*, 2005, p. 2181 ; Cass., 21 novembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2437.

Section 3. Le respect des droits fondamentaux

Il est nécessaire d'assortir les procédés d'enquête de conditions d'ouverture et d'exercice puisqu'ils portent atteinte à des droits fondamentaux. Or, ces restrictions perdent leur sens si elles ne sont plus sanctionnées par l'exclusion des preuves obtenues à la suite de leur violation. Ces règles relèveraient alors de l'éthique. En effet, sous la jurisprudence Antigone, pour quelle raison étrangère à l'éthique respecter les formalités qui ne sont pas prescrites à peine de nullité ?

La *ratio legis* des règles composant le droit de la procédure pénale est la protection des libertés et droits fondamentaux. Cette protection doit rester constante, elle doit couvrir quiconque, qu'il soit bon ou mauvais. A cet égard, les critères relevés par la Cour de cassation sont impertinents²⁵¹.

Section 4. L'Etat de droit

L'Etat de droit est celui où la règle de droit s'applique tant au citoyen qu'au pouvoir public. Ce grand principe démocratique semble mis à mal par la jurisprudence Antigone puisque les illégalités commises par les autorités dans le cadre de la recherche des preuves ne sont plus sanctionnées. Nous rejoignons pleinement F. KUTY lorsqu'il écrit que « le respect de la légalité doit être le fait de tout un chacun, tant des citoyens que des autorités judiciaires et policières »²⁵².

Section 4. Solutions

²⁵¹ F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, p. 56.

²⁵² *Ibidem*, p. 55.

Selon M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, la preuve recueillie par des agents de l'autorité ayant agi de mauvaise foi et en violation d'un droit fondamental devrait être exclue²⁵³. D'aucuns considèrent ce critère de l'intentionnalité attrayant mais interrogent son applicabilité : « il convient, toutefois, de se demander si dans la pratique il ne sera pas, très souvent, malaisé de distinguer les situations de fraude des erreurs. »²⁵⁴

C. DE VALKENEER, afin de réduire le nombre de preuves illicites admises ou d'atténuer leurs conséquences, propose plusieurs voies²⁵⁵. Premièrement, le critère de proportionnalité entre la gravité de l'infraction et l'illicéité pourrait être retenu. Comme nous l'avons déjà exprimé, nous ne partageons pas ce point de vue²⁵⁶. Deuxièmement, l'illicéité pourrait être compensée par une réduction de la peine prononcée. Enfin, l'auteur envisage d'assortir l'exception d'illicéité d'un caractère relatif en ce sens qu'elle ne pourrait être invoquée par la seule personne dont un droit fondamental a été violé. Cette option a été retenue par la Cour de cassation dans son arrêt du 15 octobre 2002²⁵⁷ mais a très vite été abandonnée. Rappelons qu'aux termes de cette décision, les constatations faisant suite à une visite domiciliaire opérée avec le consentement écrit d'un seul époux ne sont recevables qu'à l'égard de cette personne. Autrement formulé, l'époux n'ayant pas donné son consentement par écrit était le seul autorisé à invoquer, avec fruits, le caractère illicite des constatations.

²⁵³ M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, pp. 1144 et 1145.

²⁵⁴ 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. crim.*, 2005, p. 692.

²⁵⁵ *Ibidem*, pp. 694 et 695.

²⁵⁶ *Voy. supra*, p. 43.

²⁵⁷ Cass., 15 octobre 2002, *Pas.*, 2002, p. 1953 ; *voy. supra*, pp. 33 et 34.

TITRE IV.

EN 2013 : L'INTERVENTION DU LÉGISLATEUR

Au sujet du sort qu'il convient de réserver aux preuves illicites, l'intervention du pouvoir législatif était souhaitée et qualifiée d'indispensable par la doctrine²⁵⁸. En effet, il s'agit d'une question fondamentale qui ne pouvait plus être abandonnée « au seul pouvoir judiciaire compte tenu des enjeux démocratiques et de politique pénale qu'elle recèle »²⁵⁹.

Relativement aux preuves obtenues à l'étranger, le législateur a très vite consacré la jurisprudence Antigone. Ainsi, une loi du 9 décembre 2004²⁶⁰ prévoit, en son article 13, que « Ne peuvent être utilisés dans le cadre d'une procédure menée en Belgique, les éléments de preuve :

1° recueillis irrégulièrement à l'étranger, lorsque l'irrégularité :

- découle, selon le droit de l'Etat dans lequel l'élément de preuve a été recueilli, de la violation d'une règle de forme prescrite à peine de nullité;
- entache la fiabilité de la preuve;

2° ou dont l'utilisation viole le droit à un procès équitable. »

Concernant les preuves recueillies en Belgique, depuis l'adoption de la loi du 24 octobre 2013 modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités, l'article 32 dudit titre se présente désormais de la manière suivante :

« 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. »

²⁵⁸ F. KUTY, « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, p. 60 (« impérieuse nécessité d'une intervention législative »).

²⁵⁹ 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. crim.*, 2005, p. 695.

²⁶⁰ L. 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 90ter du Code d'instruction criminelle, *M.B.*, 24 décembre 2004, p. 85763.

Par cette nouvelle disposition, le législateur a consacré la jurisprudence Antigone telle qu'elle figure, par exemple, dans l'arrêt du 12 octobre 2005.²⁶¹

A l'appui de cette consécration, la proposition de loi évoque l'exaspération au plus haut point de l'opinion publique face au « fait que des poursuites pénales n'aboutissent pas pour cause de violation des formalités prescrites par la loi ».²⁶²

Cette règle générale n'empêche pas le législateur de définir des sanctions particulières concernant certaines preuves. Le principe *lex specialis derogat legi generali* prévaut²⁶³. A titre illustratif, l'article 47bis, § 6, 9) du Code d'instruction criminelle dispose qu'aucune condamnation ne peut être prononcée sur le fondement de déclarations obtenues au cours d'un interrogatoire durant lequel le droit de consulter ou d'être assisté par un avocat a été méconnu.

La Cour de cassation, par plusieurs arrêts, a apporté des précisions quant à l'article 32 du Code d'instruction criminelle.

Premièrement, relevant du droit de la procédure pénale, cette disposition est d'application immédiate. Cet enseignement est notamment issu d'un arrêt du 14 mai 2014²⁶⁴.

Deuxièmement, tel qu'indiqué ci-avant²⁶⁵, la Cour de cassation, précisant sa jurisprudence Antigone, avait considéré, par un arrêt du 26 novembre 2008²⁶⁶, que les preuves réglementées devaient être exclues lorsqu'une formalité considérée comme substantielle avait été violée, bien que cette formalité ne soit pas prescrite à peine de nullité. Depuis l'adoption de l'article 32, la Cour suprême considère que les preuves réglementées ne font pas exception et sont également soumises au test Antigone²⁶⁷.

Dernièrement, la Cour avait énoncé, par son arrêt du 24 avril 2013²⁶⁸, une cause d'exclusion relative aux preuves obtenues en méconnaissance des formalités substantielles touchant à l'organisation des cours et tribunaux. Cette hypothèse n'étant pas visée par l'article

²⁶¹ Cass., 12 octobre 2005, *Pas.*, 2005, p. 1904.

²⁶² Proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2010, n° 52 2163/001, p. 3.

²⁶³ M-A. BEERNAERT, H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, p. 1147.

²⁶⁴ Cass., 14 mai 2014, *Pas.*, 2014, p. 1175 ; voy. également Cass. 28 mai 2014, *Pas.*, 2014, p. 1336.

²⁶⁵ Voy. *supra*, p. 48 et 49.

²⁶⁶ Cass., 26 novembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2673.

²⁶⁷ Cass., 14 mai 2014, *Pas.*, 2014, p. 1175.

²⁶⁸ Cass., 24 avril 2013, *Pas.*, 2013, p. 929 ; voy. *supra*, p. 49 et 50.

32, la haute juridiction a estimé, dans la même espèce²⁶⁹, que pareilles preuves ne devaient plus être systématiquement écartées.

²⁶⁹ Cass., 23 septembre 2015, *Pas.*, 2015, p. 2152.

CONCLUSION

Tel qu’annoncé dès l’entame de ce travail, le régime juridique applicable aux preuves obtenues illicitement est marqué par un affrontement entre l’efficacité des poursuites pénales et la protection des droits du prévenu.

En l’espace d’un siècle, la Cour de cassation a déplacé le curseur d’une extrémité à l’autre de ce *continuum*. Le législateur a ensuite consacré cette évolution. Désormais, au nom de l’efficacité de la justice pénale, les preuves illicites sont, par principe, admises.

Lorsqu’il s’agit d’évoquer ces changements, deux dictons, auxquels correspondent deux critiques fondamentales, viennent à l’esprit. En premier lieu, « la fin justifie les moyens » ; l’efficacité de notre système répressif excuse les illégalités commises lors de la recherche des preuves. A notre estime, l’efficience n’est pas un objectif blâmable en tant que tel. Le problème survient lorsque, afin de le réaliser, des règles protégeant nos libertés et droits fondamentaux sont sacrifiées. En effet, notre Cour suprême puis notre législateur semblent omettre que beaucoup de règles encadrant la recherche des preuves poursuivent un autre objectif : le respect de nos droits les plus élémentaires.

Actuellement, la violation du dispositif légal relatif aux perquisitions n’emporte plus de conséquence sur la recevabilité des constatations réalisées au cours d’une visite domiciliaire. C’est oublier que ce régime entend opérer un équilibre entre efficacité et respect de l’inviolabilité du domicile telle que consacrée par l’article 15 de la Constitution. Autrement formulé, les principes issus de la jurisprudence Antigone omettent une part de la *ratio legis* des règles composant le droit de la procédure pénale.

En second lieu, « faites ce que je dis mais pas ce que je fais ». D’un côté l’Etat incrimine de nombreux comportements afin de consacrer nos droits fondamentaux. De l’autre, quand il s’agit de prouver ces infractions, il ne sanctionne plus systématiquement les violations de ces mêmes droits. Tel que nous avons déjà eu l’occasion de l’exprimer, le système pose question au regard de l’Etat de droit.

Enfin, selon nous, les dispositions relatives aux preuves illicites ne constituent pas le lieu opportun pour équilibrer la protection des droits et libertés fondamentaux par rapport au souci d’efficacité. Effectivement, cette balance des intérêts est déjà pratiquée par les règles

gouvernant les différentes méthodes d'enquête. Ainsi, la protection du domicile n'est pas absolue de sorte que des perquisitions sont, sous certaines conditions, possibles. Vue sous cet angle, l'admission de principe des constatations illégales ou irrégulières paraît incohérente. Le législateur pénal réalise une première balance qui, si elle n'est pas respectée, donnera lieu à une seconde appréciation lors du test Antigone. *A contrario*, l'*exclusionary rule* qui prévalait auparavant semble parfaitement fondée et logique. Il n'y a pas lieu d'utiliser des preuves illicites, fut-ce au nom de l'efficacité puisque cette considération a déjà été prise en compte par le législateur lorsque celui-ci a défini les conditions applicables aux différentes méthodes d'enquête.

Toujours est-il que, de nos jours, l'opinion publique semble acquise à une approche sécuritaire. Difficile dans ces conditions de faire machine arrière. Le législateur pourrait néanmoins faire preuve de sagesse en consacrant une solution un temps considérée par la Cour de cassation au travers de son arrêt du 15 octobre 2002. Seule une personne ayant un grief pourrait invoquer avec succès l'irrecevabilité d'une preuve obtenue de manière illicite. En d'autres termes, pareille preuve pourrait être utilisée à l'égard de celui dont les droits n'ont pas été affectés par l'obtention litigieuse. Cette règle a le mérite de préserver nos droits mais ne dissipe pas les critiques relatives à l'idéal de Justice.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

- Const., art. 12, 15 et 22.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques, signé à New York, le 19 décembre 1966, approuvé par la loi du 15 mai 1981, *M.B.*, 6 juillet 1983, p. 8806, art. 7, 8 et 14.2.
- Convention 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, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028, art. 3, 5, 6 et 8.
- C.i.cr., art. 28*bis*, § 3, al. 2; 35*bis*; 47*bis*, § 6, 9); 47*ter*, § 1^{er}, al. 1; 56, § 1^{er}, al. 1^{er}; 61*quinquies*; 75; 86*bis*; 86*ter*; 146; 153; 154; 155; 188; 190; 234; 282; 290; 295; 524*bis*.
- C. jud., art. 52 et ss.
- Loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale, *M.B.*, 25 avril 1878, p. 1265, art. 32.
- Loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire, *M.B.*, 15 juin 1935, p. 4002, art. 40.
- Loi du 16 novembre 1972 concernant l'inspection sociale, *M.B.*, 8 décembre 1972, p. 13647.
- Loi du 5 août 1992 relative à la fonction de police, *M.B.*, 22 décembre 1992, p. 27124, art. 29 ; art. 34, § 1^{er}, al. 2.
- Loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, *M.B.*, 2 avril 1998, p. 10027, art. 5 et 9.
- 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, *M.B.*, 24 décembre 2004, p. 85763, art. 13.
- 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.

- A. R. du 10 juin 1959 relatif au prélèvement sanguin en vue du dosage de l'alcool et fixant la date de l'entrée en vigueur de la loi du 15 avril 1958 modifiant le Code d'instruction criminelle, la loi du 1^{er} août 1899 portant révision de la législation et des règlements sur la police du roulage et l'arrêté-loi du 14 novembre 1939 relatif à la répression de l'ivresse, *M.B.*, 26 juin 1959, p. 4744.
- A. R. du 21 avril 2007 relatif aux appareils de test et aux appareils d'analyse de l'haleine, *M.B.*, 2 mai 2007, p. 23216.

JURISPRUDENCE

Cour européenne des droits de l'homme

- Cour eur. D.H., arrêt Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne du 12 juillet 1988.
- Cour eur. D.H., l'arrêt Ludi c. Suisse du 15 juin 1992.
- Cour eur. D.H., arrêt Saïdi c. France du 20 septembre 1993.
- Cour eur. D.H., arrêt Saunders c. Royaume-Uni du 17 décembre 1996.
- Cour eur. D.H., arrêt Van Mechelen et crts c. Pays-Bas du 23 avril 1997.
- Cour eur. D.H., arrêt Teixeira de Castro c. Portugal du 9 juin 1998.
- Cour eur. D.H., arrêt Khan c. Royaume-Uni du 12 mai 2000.
- Cour eur. D.H., arrêt I.J.L., G.M.R. et A.K.P c. Royaume-Uni du 19 septembre 2000.
- Cour eur. D.H., arrêt Wierzbicki c. Pologne du 18 juin 2002.
- Cour eur. D.H., arrêt Allan c. Royaume-Uni du 5 novembre 2002.
- Cour eur. D.H., arrêt Shannon c. Royaume-Uni du 6 avril 2004.
- Cour eur. D.H., arrêt Ciloglu c. Turquie du 28 octobre 2004.
- Cour eur. D.H., arrêt Jalloh c. Allemagne du 11 juillet 2006.
- Cour eur. D.H., arrêt Heglas c. République Tchèque du 1^{er} mars 2007.
- Cour eur. D.H., arrêt Francis et D'Holloran c. Royaume-Uni du 29 juin 2007.
- Cour eur. D.H., arrêt Salduz c. Turquie du 27 novembre 2008.
- Cour eur. D.H., arrêt Bykov c. Russie du 10 mars 2009.
- Cour eur. D.H., arrêt Lee Davies c. Belgique du 28 juillet 2009.

Cour de cassation

- Cass., 12 février 1882, *Pas.*, 1882, p. 74.
- Cass., 12 mars 1923, *Pas.*, 2003, p. 234.
- Cass., 10 décembre 1923, *Pas.*, 1924, p. 66.
- Cass., 3 mars 1924, *Pas.*, 1924, p. 230.
- Cass., 11 novembre 1942, *Pas.*, 1942, p. 278.
- Cass., 8 janvier 1945, *Pas.*, 1945, p. 81.
- Cass., 7 juillet 1947, *Pas.*, 1947, p. 323.
- Cass., 24 mai 1948, *Pas.*, 1948, p. 334.
- Cass., 2 septembre 1948, *Pas.*, 1948, p. 488.
- Cass., 13 octobre 1952, *Pas.*, 1953, p. 52.
- Cass., 28 septembre 1959, *Pas.*, 196, p. 130.
- Cass., 2 mai 1960, *Pas.*, 1960, p. 1020.
- Cass., 17 octobre 1960, *Pas.*, 1961, p. 174.
- Cass., 29 octobre 1962, *Pas.*, 1963, p. 272.
- Cass., 15 février 1965, *Pas.*, 1965, p. 601.
- Cass., 14 juin 1965, *Pas.*, 1965, p. 1102.
- Cass., 19 septembre 1966, *Pas.*, 1967, p. 70.
- Cass., 22 juin 1971, *Pas.*, 1971, p. 1017.
- Cass., 21 mars 1978, *Pas.*, 1978, p. 811.
- Cass., 5 février 1985, *Pas.*, 1985, p. 662.
- Cass., 27 février 1985, *J.T.*, 1985, p. 728.
- Cass., 4 mars 1986, *Pas.*, 1986, p. 832.
- Cass., 13 mai 1986, *Pas.*, 1986, p. 1107.
- Cass., 16 juin 1987, *Pas.*, 1987, p. 1278.
- Cass., 17 janvier 1990, *Pas.*, 1990, p. 588.
- Cass., 23 janvier 1990, *Pas.*, 1990, p. 605.
- Cass., 17 avril 1991, *Pas.*, 1991, p. 736.
- Cass., 2 février 1993, *Pas.*, 1993, p. 131.
- Cass., 12 octobre 1993, *Pas.*, 1993, p. 816.
- Cass., 4 janvier 1994, *Pas.*, 1994, p. 1.
- Cass., 7 septembre 1994, *Pas.*, 1994, p. 691.

- Cass., 30 mai 1995, *Pas.*, 1995, p. 562.
- Cass., 30 mai 1995, *Pas.*, 1995, p. 565.
- Cass., 24 avril 1996, *Pas.*, 1996, p. 361.
- Cass., 26 juin 1996, *Pas.*, 1996, p. 705.
- Cass., 10 décembre 1996, *Pas.*, 1996, p. 1256.
- Cass., 9 décembre 1997, *Pas.*, 1997, p. 1408.
- Cass. (ch. réun.), 16 septembre 1998, *J.T.*, 1998, p. 658.
- Cass. (ch. réun.), 23 décembre 1998, *Pas.*, 1998, p. 1256.
- Cass., 20 janvier 1999, *Pas.*, 1999, p. 68.
- Cass., 19 mai 1999, *Pas.*, 1999, p. 713.
- Cass., 16 juin 1999, *Pas.*, 1999, p. 902.
- Cass., 14 décembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 775.
- Cass., 21 janvier 2003, *Pas.*, 2003, p. 151.
- Cass., 14 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 279.
- Cass., 18 avril 2001, *Pas.*, 2001, p. 637.
- Cass., 22 mai 2001, *Pas.*, 2001, p. 953.
- Cass., 23 avril 2002, *Pas.*, 2002, p. 982.
- Cass., 18 septembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 1680.
- Cass., 15 octobre 2002, *Pas.*, 2002, p. 1953.
- Cass., 5 mars 2003, *Pas.*, 2003, p. 464.
- Cass., 14 octobre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1607.
- Cass., 9 janvier 2004, *Pas.*, 2004, p. 18.
- Cass., 23 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 500.
- Cass., 21 avril 2004, *Pas.*, 2004, p. 686.
- Cass., 9 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 993.
- Cass., 16 novembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1795.
- Cass., 16 novembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1802.
- Cass., 2 mars 2005, *Pas.*, 2005, p. 505.
- Cass., 12 octobre 2005, *Pas.*, 2005, p. 1904.
- Cass., 8 novembre 2005, *Pas.*, 2005, p. 2181.
- Cass., 31 octobre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2239.
- Cass., 21 novembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2437.
- Cass., 9 mai 2007, *J.T.*, 2007, p. 526.
- Cass., 4 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2226.

- Cass., 26 novembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2673.
- Cass., 15 décembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 48.
- Cass., 26 janvier 2011, *Pas.*, 2011, p. 273.
- Cass., 3 octobre 2012, *Pas.*, 2012, p. 1799.
- Cass., 24 avril 2013, *Pas.*, 2013, p. 929.
- Cass., 28 mai 2013, *Pas.*, 2013, p. 1201.
- Cass., 30 avril 2014, *J.T.*, 2014, p. 351.
- Cass., 14 mai 2014, *Pas.*, 2014, p. 1175.
- Cass. 28 mai 2014, *Pas.*, 2014, p. 1336.
- Cass., 23 septembre 2015, *Pas.*, 2015, p. 2152.

Cour constitutionnelle

- C. const., 22 décembre 2010, n° 158/2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 298.

Juridictions du fond

- Anvers, 11 avril 2003, *T. Strafr.*, 2004, p. 147.
- Corr. Bruxelles, 16 septembre 1969, *J.T.*, 1969, p. 530.

DOCTRINE

- BEERNAERT M-A., « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », note sous Cass., 2 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 1094 – 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.*, 2007, pp. 81 – 105.
- BEERNAERT M-A., BOSLY H-D. et VANDERMEERSCH D., *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2014, pp. 1129 – 1149.

- BERNEMAN S., « L’admissibilité de la preuve dans un système continental : le modèle belge », *Rev. dr. pén. crim.*, 2007, pp. 298 – 343.
- BOSLY H-D., « La régularité de la preuve en matière pénale », *J.T.*, 1992, pp. 121 – 128.
- BREWAYS E., « Niet elke onregelmatigheid leidt tot verwerping bewijs », *Juristenkrant*, 2003, n° 79, pp. 1 et 4.
- 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., arrêt Lee Davies c. Belgique du 28 juillet 2009, *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, pp. 324 – 335.
- CUYKENS S., HOLZAPFEL D. et KENNES L., *La preuve en matière pénale*, Bruxelles, Larcier, 2015.
- DE CODT J., « Les nullités de l’instruction préparatoire et le droit de la preuve. Tendances récentes », *Rev. dr. pén. crim.*, 2000, pp. 3 – 66.
- DE CODT J., « Preuve pénale et nullités », *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, pp. 634 – 666.
- DE NAUW A., « Les règles d’exclusion relatives à la preuve en procédure pénale belge », *Rev. dr. pén. Crim.*, 1990, pp. 705 – 723.
- DE SMET B., « Le contrôle de la régularité de l’instruction et les mécanismes d’atténuation de la sanction de nullité », *Rev. dr. pén. crim.*, 2000, pp. 772 – 790.
- 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.*, 1992, pp. 104 – 109.
- DE VALKENEER C., *La tromperie dans l’administration de la preuve pénale*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 81 – 118.
- 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, pp. 685 – 695.
- DE VALKENEER C., *Manuel de l’enquête pénale*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 63 – 91.
- DU JARDIN J., « De quelques aspects de l’évolution récente du droit de la preuve en matière pénale », *Ann. Dr.*, 2000, pp. 145 – 157.
- DE WOLF D., « Nieuwe wending in de rechtspraak betreffende de sanctie bij onrechtmatig verkregen bewijs : het cassatiearrest van 14 oktober 2003 », *R.W.*, 2003 - 2004, pp. 1235 – 1239.
- GARABEDIAN D., obs. sous Cass., 27 février 1985, *J.T.*, 1985, pp. 731 – 739.

- HAYOIT DE TERMICOURT R., « les audiences plénières à la Cour de cassation », *J.T.*, 1967, pp. 477 – 479.
- HOFFLER J., *Traité de l'instruction préparatoire en matière pénale*, Courtrai, UGA, 1956.
- KLEES O., Obs. sous Bruxelles, 16 mars 1988, *J.T.*, 1988, p. 569.
- KUTY F., « Doit-on admettre avec la Cour de cassation que « La circonstance que le dénonciateur d'une infraction en a eu connaissance en raison d'une illégalité n'affecte pas la régularité de la preuve qui a été obtenue ultérieurement sans aucune illégalité » ? », note sous Cass, 30 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1998, pp. 489 – 501.
- KUTY F., « L'exigence de loyauté dans la recherche de la preuve pénale », *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, pp. 254 – 268.
- KUTY F., « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *R.C.J.B.*, 2004, pp. 408 – 438.
- KUTY F., « La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve : questions spéciales*, Liège, Anthémis, 2008, pp. 7 – 62.
- LÉAUTÉ J., « Les principes généraux relatifs aux droits de la défense », *Rev. sc. crim.*, 1953, pp. 47 – 61.
- MARCUS HELMONS S., « La présence du ministère public aux délibérations de la Cour de cassation ou l'affaire Borgers », in « Présence du droit public et des droits de l'homme », *Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, t. III, pp. 1379 – 1390.
- MESSINNE J., « Développements récents de la jurisprudence en matière de preuve pénale », in *Liber amicorum José Vanderveeren*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 75 – 101.
- 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, pp. 153 – 161.
- PIRET J-M., « Le parquet de cassation », *J.T.*, 1994, pp. 621 – 631.
- ROZIE J., « Bewijsuitsluiting gemilderd », note sous Corr. Anvers, 3 mars 1999, *R.W.*, 1999-2000, pp. 401 – 403.
- SCHUERMANS F., « De nieuwe cassatierechtspraak inzake de sanctionering van het onrechtmatig verkregen bewijs: doorbraak of bres ? », note sous Anvers, 11 avril 2003, *R.A.G.B.*, 2004, pp. 337 – 357.

- SCREVEN R., « La preuve pénale en droit belge », in *La présentation de la preuve et a sauvegarde des libertés individuelles*, Bruxelles, Bruylant, 1977, pp. 55 – 90.
- TRAEST P., *Het bewijs in straszaken*, Gand, Mys en Breesh, 1992, pp. 342 – 364.
- TROUSSE P-E., « La preuve des infractions », *Rev. dr. pén. crim.*, 1958 – 1959, pp. 731 – 754.
- VAN DEN WYNGAERT C. et BOSLY H-D., « La preuve en procédure pénale comparée – Le droit belge », *Rev. intern. dr. pén.*, 1992, pp. 1105 - 1116.

DIVERS

- Proposition de loi modifiant le Code d’instruction criminelle en ce qui concerne les nullités, développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2010, n° 52 2163/001.
- DE SWAEF M., conclusions conformes sous Cass., 14 octobre 2003, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 617.
- DU JARDIN J., Conclusions conformes sous Cass., 13 mai 1986, *Pas.*, 1986, p. 1107.
- DU JARDIN J., Conclusions conformes sous Cass., 4, janvier 1994, *Rev. dr. pén. crim.*, 1994, p. 801.
- VANDERMEERSCH D., conclusions conformes sous Cass., 2 mars 2005, *Pas.*, 2005, p. 507.
- VANDERMEERSCH D., conclusions conformes sous Cass., 24 avril 2013, *Pas.*, 2013, p. 931.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
TITRE I. DE 1923 À 1990 : L'EXCLUSION DES PREUVES ILLICITES	3
CHAPITRE I. LE CHAMP D'APPLICATION DU PRINCIPE : LA NOTION DE PREUVE ILLICITE	3
Section 1 ^{ère} . L'exigence de légalité de la preuve	4
Section 2. L'exigence de régularité de la preuve	13
Section 3. L'exigence de validité de la preuve	16
CHAPITRE II. LA PORTÉE DU PRINCIPE : LE SORT RÉSERVÉ AUX PREUVES ILLICITES.....	17
Section 1 ^{ère} . L'illicéité de l'acte fondant les poursuites.....	18
Section 2. Les preuves illégales et irrégulières	18
Section 3. Les preuves non valides	20
TITRE II. DE 1990 À 2003 : UNE JURISPRUDENCE DOUBLEMENT NUANCÉE.....	23
CHAPITRE I. L'INTERVENTION DES PARTICULIERS	23
Section 1 ^{ère} . Rappel	23
Section 2. La nouvelle jurisprudence	23
Section 3. Critiques	26
CHAPITRE II. LA DISTINCTION ENTRE PREUVE ET DÉNONCIATION.....	27
Section 1 ^{ère} . Présentation.....	27
Section 2. Notion de dénonciation	28
Section 3. Critiques	28
TITRE III. EN 2003 : UN REVIREMENT DE JURISPRUDENCE	31
CHAPITRE I. L'ARRÊT ANTIGONE	31
CHAPITRE II. LES TROIS CATÉGORIES DE PREUVES ILLICITES ENCORE EXCLUES	34
Section 1 ^{ère} . La méconnaissance d'une forme prescrite à peine de nullité	34
Section 2. L'atteinte à la fiabilité de la preuve	36
Section 3. La contrariété au droit à un procès équitable	37
CHAPITRE III. UNE JURISPRUDENCE CONFIRMÉE	41
Section 1 ^{ère} . Une jurisprudence confirmée par la Cour de cassation	42
Section 2. Une jurisprudence confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme	51
Section 3. Une jurisprudence confirmée par la Cour constitutionnelle	53
CHAPITRE IV. LES CRITIQUES	55
Section 1 ^{ère} . Le crédit de la Justice	55

Section 2. La sécurité juridique	56
Section 3. Le respect des droits fondamentaux.....	57
Section 4. L’Etat de droit	57
Section 4. Solutions	57
TITRE IV. EN 2013 : L’INTERVENTION DU LÉGISLATEUR.....	59
CONCLUSION	62
BIBLIOGRAPHIE	64
LÉGISLATION	64
JURISPRUDENCE.....	65
Cour européenne des droits de l’homme	65
Cour de cassation	66
Cour constitutionnelle.....	68
Juridictions du fond.....	68
DOCTRINE.....	68
DIVERS	71

