

SÉNAT DE BELGIQUE

SESSION DE 2012-2013

27 MARS 2013

**Projet de loi modifiant le titre préliminaire
du Code de procédure pénale en ce
qui concerne les nullités**

Procédure d'évocation

RAPPORT

FAIT AU NOM DE LA COMMISSION
DE LA JUSTICE
PAR
M. VASTERSAVENDTS

I. INTRODUCTION

Le projet de loi qui fait l'objet du présent rapport et qui relève de la procédure bicamérale facultative, a été déposé initialement à la Chambre des représentants en tant que proposition de loi de M. Landuyt (doc. Chambre, n° 53-41/1).

BELGISCHE SENAAT

ZITTING 2012-2013

27 MAART 2013

**Wetsontwerp tot wijziging van de
voorafgaande titel van het Wetboek
van strafvordering wat betreft de
nietigheden**

Evocatieprocedure

VERSLAG

NAMENS DE COMMISSIE VOOR
DE JUSTITIE
UITGEBRACHT DOOR
DE HEER **VASTERSAVENDTS**

I. INLEIDING

Dit optioneel bicameraal wetsontwerp werd oorspronkelijk ingediend in de Kamer van volksvertegenwoordigers als wetsvoorstel van de heer Landuyt (stuk Kamer, nr. 53-41/1).

Composition de la commission / Samenstelling van de commissie :

Président/Voorzitter : Alain Courtois.

Membres/Leden :

N-VA Inge Faes, Danny Pieters, Helga Stevens, Karl Vanlouwe.
PS Hassan Boussetta, Ahmed Laaouej, Philippe Mahoux.
MR Alain Courtois, Christine Defraigne.
CD&V Sabine de Bethune, Rik Torfs.
sp.a Guy Swennen, Fauzaya Talhaoui.
Open Vld Yoeri Vastersavendts.
Vlaams Belang Bart Laeremans.
Écolo Zakia Khattabi.
cdH Francis Delpérée.

Suppléants/Plaatsvervangers :

Frank Boogaerts, Huub Broers, Patrick De Groote, Bart De Nijn.
Caroline Désir, Fatiha Saïdi, Louis Siquet, Muriel Targnion.
François Bellot, Jacques Brotchi, Armand De Decker.
Wouter Beke, Dirk Claes, Johan Verstreken.
Bert Anciaux, Dalila Douffi, Ludo Sannen.
Guido De Padt, Martine Taelman.
Yves Buysse, Anke Van dermeersch.
Benoit Hellings, Cécile Thibaut.
N., Vanessa Matz.

Voir:

Documents du Sénat :

5-1924 - 2012/2013 :

N° 1 : Projet évoqué par le Sénat.

N° 2 : Amendements.

Zie:

Stukken van de Senaat :

5-1924 - 2012/2013 :

Nr. 1 : Ontwerp geëvoeerd door de Senaat.

Nr. 2 : Amendementen.

Il a été adopté par la Chambre des représentants le 10 janvier 2013 par 84 voix et 48 abstentions et transmis au Sénat le même jour.

Le Sénat l'a évoqué le 24 janvier 2013.

La commission était également saisie d'une proposition de loi insérant, dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale, une deuxième partie concernant les principes généraux de la procédure pénale de Mme de Bethune et M. Torfs (doc. Sénat, n° 5-627/1). Cette proposition ayant une portée plus large que le projet de loi à l'examen, la commission a décidé qu'un débat distinct serait consacré à la discussion des principes généraux de la procédure pénale.

La commission a examiné le projet de loi n° 5-1924 au cours de ses réunions des 30 janvier, 6, 20 et 27 mars 2013, en présence de la ministre de la Justice.

La commission a décidé, lors de sa réunion du 30 janvier 2013, de demander à la Cour de cassation un avis écrit sur le projet de loi. Le texte de l'avis est annexé au présent rapport. Elle a dès lors estimé qu'une demande d'avis au Conseil d'État n'était plus opportune.

II. EXPOSÉ INTRODUCTIF DE LA MINISTRE DE LA JUSTICE

Le projet de loi à l'examen modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités vise à inscrire les critères développés par la jurisprudence depuis l'arrêt Antigoon (arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2003) dans un article 32, nouveau, du titre préliminaire du Code de procédure pénale.

Il appert de la jurisprudence développée par la Cour de cassation depuis l'arrêt Antigoon que la preuve obtenue irrégulièrement ne peut être utilisée lorsque la condition formelle enfreinte est prescrite par la loi à peine de nullité, lorsque l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve et lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable. Dans ces trois cas, le juge doit écarter la preuve obtenue irrégulièrement. Quant à savoir si le juge a le choix en l'espèce ou s'il doit obligatoirement écarter la preuve obtenue irrégulièrement, la doctrine est unanime : il s'agit d'une obligation.

Le projet de loi à l'examen va dans le sens des suggestions formulées lors des auditions tenues en commission de la Chambre à l'occasion de la discussion des propositions de loi déposées initialement. Plusieurs intervenants étaient partisans de conférer un

Het werd op 10 januari 2013 goedgekeurd door de Kamer van volksvertegenwoordigers met 84 stemmen bij 48 onthoudingen en op dezelfde dag overgezonden aan de Senaat.

De Senaat heeft het op 24 januari 2013 geëvoeerd.

Aan de commissie werd ook een wetsvoorstel voorgelegd houdende invoeging van een Tweede Deel in de Voorafgaande Titel van het Wetboek van strafvordering betreffende de algemene beginselen van het strafprocesrecht, ingediend door mevrouw de Bethune en de heer Torfs (stuk Senaat, nr. 5-627/1). Aangezien dit voorstel een grotere draagwijdte heeft dan dit wetsontwerp, heeft de commissie besloten een afzonderlijk debat te wijden aan de algemene beginselen van het strafprocesrecht.

De commissie heeft het wetsontwerp nr. 5-1924 besproken tijdens haar vergaderingen van 30 januari, 6, 20 en 27 maart 2013, in aanwezigheid van de minister van Justitie.

De commissie heeft, tijdens haar vergadering van 30 januari 2013, besloten een schriftelijk advies aan het Hof van Cassatie te vragen over het wetsontwerp. Het advies gaat als bijlage bij het verslag. Bijgevolg achten ze het niet wenselijk de Raad van State om advies te vragen.

II. INLEIDENDE UITEENZETTING DOOR DE MINISTER VAN JUSTITIE

Het voorliggende wetsontwerp tot wijziging van het Wetboek van strafvordering wat betreft de nietigheden beoogt de Antigooncriteria (arrest van het Hof van Cassatie van 14 oktober 2003) vast te leggen in een nieuw artikel 32 in de Voorafgaande Titel van het Wetboek van strafvordering.

De Antigoonrechtspraak van het Hof van Cassatie houdt in dat onrechtmatig verkregen bewijs niet mag worden aangewend indien het geschonden vormvoorschrift door de wet op straffe van nietigheid wordt voorgescreven, indien de onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast en indien het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces. In die drie gevallen moet de rechter het onrechtmatig verkregen bewijs buiten beschouwing laten. Over de vraag of de rechter ter zake een keuze heeft dan wel het onrechtmatig verkregen bewijs verplicht moet terzijde schuiven, bestaat ook in de rechtsleer geen discussie : het is een verplichting.

Dit wetsontwerp gaat in de richting van hetgeen naar voor is gekomen tijdens de hoorzittingen, die in de Kamercommissie werden gehouden naar aanleiding van de besprekking van de initieel ingediende wetsvoorstellen. Verschillende sprekers toonden zich voor-

ancrage légal aux critères développés par la jurisprudence Antigoon.

Ces critères issus de la jurisprudence Antigoon ont d'ailleurs déjà bénéficié d'un ancrage légal dans l'article 13 de la loi du 9 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle.

De plus, les critères issus de la jurisprudence Antigoon ont été jugés conformes à l'article 6 de la CEDH (*cf. arrêt Lee Davis, Cour européenne des droits de l'homme, 28 juillet 2009*), et ont résisté à l'examen de la Cour constitutionnelle.

Il n'en demeure pas moins que la note du service d'Évaluation de la législation du Sénat a suggéré une reformulation du texte du projet de loi adopté par la Chambre, parce qu'il pose des problèmes d'ordre juridique et légistique.

L'observation formulée lors des auditions en commission de la Justice de la Chambre à propos de la nécessité de mener une réflexion approfondie sur le système de purge des nullités reste néanmoins pertinente. Cette problématique devra être réétudiée en temps utile.

III. DISCUSSION GÉNÉRALE

a) Note de service d'Évaluatin de la législation

M. Swennen renvoie à la note du service d'Évaluation de la législation :

«En raison d'une formulation boîteuse, le projet de loi à l'examen risque de ne pas résister à l'épreuve, notamment, de la Convention européenne des droits de l'homme. Bien que cela ne semble pas être l'intention du législateur, le juge pourra dorénavant toujours utiliser un élément de preuve obtenu irrégulièrement. Le juge pourra utiliser l'élément de preuve même lorsque la condition formelle enfreinte aura été prescrite à peine de nullité. Il pourra également le faire lorsque l'irrégularité aura entaché la fiabilité de la preuve. Enfin, il pourra même le faire si l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable.

Par ailleurs, d'autres questions juridiques se posent également.

1. Toute preuve obtenue irrégulièrement peut être utilisée

Le problème réside dans la formulation de la phrase introductory de l'article 32 en projet :

stander van het vastleggen van de Antigooncriteria in de wet.

Deze Antigooncriteria zijn overigens reeds wettelijk vastgelegd in artikel 13 van de wet van 9 december 2004 betreffende de wederzijdse internationale rechts-hulp in strafzaken en tot wijziging van artikel 90ter van het Wetboek van strafvordering.

Bovendien zijn de Antigooncriteria in overeenstemming geacht met artikel 6 van het Europees Verdrag van de rechten van de mens (zie arrest Lee Davis, EHRM, 28 juli 2009) en doorstaan ze de toets van het Grondwettelijk Hof.

Het is evenwel zo dat in de nota van de dienst Wetsevaluatie van de Senaat een herformulering van de door de Kamer aangenomen tekst van het wetsontwerp wordt voorgesteld, omdat zich op juridisch en wetgevingstechnisch vlak problemen stellen.

De opmerking die tijdens de hoorzittingen in de Kamercommissie Justitie werden geformuleerd met betrekking tot de vereiste van een grondige reflectie over het systeem van de zuivering van nietigheden, blijft evenwel pertinent. Te gepasten tijde dient deze problematiek verder te worden bestudeerd.

III. ALGEMENE BESPREKING

a) Nota van de dienst wetsevaluatie

De heer Swennen verwijst naar de nota van de dienst Wetsevaluatie :

«Ingevolge een gebrekkige formulering lijkt dit wetsontwerp de toets aan onder meer het EVRM niet te kunnen doorstaan. Hoewel het niet de bedoeling van de wetgever lijkt te zijn, zal de rechter voortaan een onrechtmatig verkregen bewijselment altijd kunnen gebruiken. Hij mag het bewijselment gebruiken zelfs wanneer het geschonden vormvoorschrift is voorgeschreven op straffe van nietigheid. De rechter mag het ook gebruiken wanneer de onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast. De rechter mag het ten slotte zelfs gebruiken wanneer het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces.

Daarnaast duiken ook andere juridische vragen op.

1. Elk onrechtmatig verkregen bewijs kan worden gebruikt

Het probleem ligt in de formulering van de inleidende zin van het ontworpen artikel 32 :

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

L'article 32, en projet, du titre préliminaire du Code de procédure pénale dispose donc que la nullité et l'exclusion d'un élément de preuve obtenu irrégulièrement ne peuvent être décidées que dans trois cas.

Il s'ensuit d'emblée que dans tous les autres cas de figure, le juge ne peut pas conclure à la nullité et à l'exclusion de la preuve, ce qui ne semble soulever aucune objection juridique.

Le texte implique cependant aussi que dans les trois cas cités, le juge peut conclure à la nullité et à l'exclusion de l'élément de preuve obtenu irrégulièrement, mais qu'il n'y est pas obligé. L'annulation et l'exclusion sont facultatives, ce qui semble se heurter à de sérieuses objections juridiques.

a) Cela va plus loin que la « jurisprudence Antigoon »

Il appert de la jurisprudence de la Cour de cassation que la preuve obtenue irrégulièrement ne peut être utilisée si le respect de certaines conditions de forme est prescrit par la loi à peine de nullité, si l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve et si l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable (Cass. 14 octobre 2003, 23 mars 2004, 16 novembre 2004). Dans ces trois cas, le juge doit écarter la preuve obtenue irrégulièrement. La Cour emploie à cet effet diverses formulations : le juge ne peut « prendre cet élément en considération » (Cass. 14 octobre 2003); il peut « écarter une preuve » (Cass. 23 mars 2004). Quant à savoir si le juge a le choix en l'espèce ou s'il doit obligatoirement écarter la preuve obtenue irrégulièrement, la doctrine est unanime : il s'agit d'une obligation voir notamment R. Verstraeten, *Handboek strafvordering*, Anvers, Maklu, 2012, 88 e.s.; H. Bosly et D. Vandermeersch, *Droit de la procédure pénale*, Bruges, La Chartre, 2005, 1290 e.s.; C. Van Den Wyngaert, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Anvers, Maklu, 2011, 1206 e.s.) Dans certains arrêts (comme celui du 12 octobre 2005), la Cour opte certes pour une formulation qui semble étendre encore la liberté de choix du juge : « Qu'une telle preuve (dérivée de manière directe ou indirecte d'une irrégularité ou d'une illégalité quelconque) ne doit donc être écartée, outre le cas de la violation d'une forme prescrite à peine de nullité, que lorsque son obtention est entachée d'un vice de nature à lui ôter sa fiabilité ou à compromettre le droit à un procès équitable ». Selon cette formulation, il n'y a pas d'obligation d'écartier une telle preuve, sauf en cas de violation d'une forme prescrite à peine de nullité. Il est néanmoins permis de douter que l'intention de la Cour ait été de permettre au juge de prendre en compte une preuve non fiable ou une

« Tot nietigheid en uitsluiting van een onrechtmatig verkregen bewijs-element kan enkel worden besloten indien : »

Het ontworpen artikel 32 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van strafvordering bepaalt dus dat enkel in drie gevallen kan worden besloten tot nietigheid en uitsluiting van een onrechtmatig verkregen bewijs-element.

Dit houdt vooreerst in dat de rechter in alle andere gevallen niet kan beslissen tot de nietigheid en uitsluiting. Dit lijkt geen juridische bezwaren op te roepen.

De tekst houdt echter ook in dat de rechter in de drie genoemde gevallen kan besluiten tot nietigheid en uitsluiting van het onrechtmatig verkregen bewijs-element, maar hij is daartoe niet verplicht. De vernietiging en uitsluiting zijn facultatief. Dit lijkt op ernstige juridische bezwaren te stuiten.

a) Dit gaat verder dan de « Antigoonrechtspraak »

De rechtspraak van het Hof van Cassatie houdt in dat onrechtmatig verkregen bewijs niet mag worden aangewend indien het geschonden vormvoorschrift door de wet op straffe van nietigheid wordt voorgeschreven, indien de onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast en indien het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces (Cass. 14 oktober 2003, 23 maart 2004, 16 november 2004.). In die drie gevallen moet de rechter het onrechtmatig verkregen bewijs buiten beschouwing laten (Het Hof gebruikt hiervoor uiteenlopende bewoordingen : de rechter mag het niet « in aanmerking nemen » (Cass. 14 oktober 2003); hij mag ermee « geen rekening houden » (Cass. 23 maart 2004)). Over de vraag of de rechter ter zake een keuze heeft dan wel het onrechtmatig verkregen bewijs verplicht moet terzijde schuiven, bestaat ook in de rechtsleer geen discussie : het is een verplichting (Zie onder meer R. Verstraeten, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 2012, 88 e.v.; H. Bosly en D. Vandermeersch, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Chartre, 2005, 1290 e.v.; C. Van Den Wyngaert, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2011, 1206 e.v. In sommige arresten (bijvoorbeeld dat van 12 oktober 2005) kiest het Hof weliswaar voor een formulering die de keuzevrijheid van de rechter verder lijkt uit te breiden : « Dat een dergelijk (onregelmatig of onwettig verkregen) bewijs dus, behoudens het geval van miskenning van een op straffe van nietigheid voorgeschreven vorm, alleen mag worden geweerd wanneer de bewijsverkrijging is aangetast door een gebrek waardoor de betrouwbaarheid ervan wegvalt of waaroor het recht op een eerlijk proces in gevaar wordt gebracht ». Volgens deze formulering is er geen

preuve dont l'usage serait contraire au droit à un procès équitable. Dans des arrêts ultérieurs, la Cour revient d'ailleurs à des formulations qui énoncent l'obligation pour le juge d'écartier la preuve dans les trois cas cités (Cass. 8 novembre 2005, Cass. 26 novembre 2008). La doctrine n'a pas non plus interprété l'arrêt du 12 octobre 2005 comme un élargissement de la liberté de choix du juge.

Voir, par exemple, la formulation de l'arrêt du 23 mars 2004 :

« Que, cependant, le juge ne peut écarter une preuve obtenue illicitemente 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. »

En ne reprenant pas cette formulation et en disposant que la nullité et l'exclusion peuvent être décidées dans les trois cas visés, le projet de loi crée plusieurs problèmes juridiques.

Il ne sert tout d'abord plus à rien de prescrire dans la loi des conditions formelles qui doivent être respectées sous peine de nullité, dès lors qu'une disposition générale prévoit que le juge n'est pas tenu de prononcer cette nullité.

Par ailleurs, il est clair que si une loi dispose que des juges peuvent faire usage d'une preuve non fiable ou d'une preuve obtenue irrégulièrement d'une manière qui est contraire au droit à un procès équitable, elle viole l'article 6 de la CEDH.

b) Incompatibilité avec le statut de preuve recueillie irrégulièrement à l'étranger

Le régime prévu par le texte en projet pour les preuves recueillies irrégulièrement en Belgique diffère de celui qui s'applique actuellement aux preuves recueillies irrégulièrement à l'étranger. L'article 13 de la loi du 9 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle est en effet libellé comme suit :

verplichting om een dergelijk bewijs te weren, tenzij het gaat om de schending van een op straffe van nietigheid voorgeschreven vorm. Toch is het zeer twijfelachtig dat het Hof hiermee beoogde toe te staan dat de rechter rekening zou houden met een onbetrouwbaar bewijs of met een bewijs waarvan het gebruik in strijd is met het recht op een eerlijk proces. In latere arresten greep het Hof trouwens terug naar formuleringen die de rechter verplichten om in de drie genoemde gevallen het bewijs buiten beschouwing te laten (Cass. 8 november 2005, Cass. 26 november 2008). Ook de rechtsleer interpreteerde het arrest van 12 oktober 2005 niet als een verruiming van de keuzevrijheid van de rechter.).

Zie bijvoorbeeld de formulering in het arrest van 23 maart 2004 :

« Dat evenwel de rechter alleen dan geen rekening mag houden met een onrechtmatig verkregen bewijs :

- hetzij wanneer de naleving van bepaalde vormvoorwaarden voorgeschreven wordt op straffe van nietigheid;
- hetzij wanneer de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast;
- hetzij wanneer het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces »

Door niet deze formulering in de wettekst op te nemen, maar te bepalen dat in die drie gevallen tot nietigheid en uitsluiting kan worden besloten, doet het wetsontwerp verschillende juridische problemen ontstaan.

Vooreerst heeft het uiteraard geen zin meer om in de wet nog vormen op straffe van nietigheid voor te schrijven, indien een algemene bepaling voorschrijft dat de rechter die nietigheid niet moet uitspreken.

Voorts is het duidelijk dat een wet die bepaalt dat rechters gebruik mogen maken van onbetrouwbaar bewijs of gebruik mogen maken van onregelmatig verkregen bewijs op een wijze die strijdig is met het recht op een eerlijk proces, een schending inhoudt van artikel 6 van het EVRM.

b) Strijdigheid met het statuut van onrechtmatig in het buitenland verkregen bewijs

De ontworpen tekst werkt een andere regeling uit voor onrechtmatig in België verkregen bewijs dan de regeling die nu reeds geldt voor onrechtmatig in het buitenland verkregen bewijs. Artikel 13 van de wet van 9 december 2004 betreffende de wederzijdse internationale rechtshulp in strafzaken en tot wijziging van artikel 90ter van het Wetboek van strafvordering luidt immers als volgt :

« Art. 13. 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'État 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. »

L'utilisation d'éléments de preuve recueillis de manière irrégulière à l'étranger est donc interdite dans les trois cas cités. Il paraît difficile de trouver une justification raisonnable et objective pour la distinction opérée entre des éléments de preuve recueillis irrégulièrement à l'étranger, que le juge ne peut pas utiliser, et des éléments de preuve recueillis irrégulièrement en Belgique, que le juge peut en revanche utiliser (sans parler des problèmes pratiques). Beaucoup de dossiers contiennent à la fois des preuves recueillies en Belgique et d'autres recueillies à l'étranger. En outre, il est fréquent dans ce genre de dossiers que des constatations soient dressées sur la base d'éléments de preuve recueillis tant en Belgique qu'à l'étranger. Voir les déclarations de M. Antoon Boyen, premier président de la cour d'appel de Bruxelles, doc. Chambre 2012-13, n° 53-41/3, p. 24.).

c) Discordance entre le texte et la volonté du législateur

Il semble nécessaire d'opter pour une autre formulation qui obligera le juge, dans les trois cas précités, à écarter la preuve recueillie irrégulièrement.

En effet, il est hautement improbable que l'intention de la Chambre des représentants ait été de permettre également l'exclusion de la preuve dans ces trois cas. Tant dans le rapport de la commission de la Chambre que dans les Annales de la séance plénière, il est expliqué à plusieurs reprises que le projet de loi entend conférer un ancrage légal à la jurisprudence Antigoon de la Cour de cassation (voir surtout la justification de l'amendement n° 1, doc. Chambre 2012-13, n° 53-41/2, p. 2 : « De la sorte, il est conféré un ancrage légal à la jurisprudence Antigoon de la Cour de cassation. Cela signifie que la loi prévoit désormais qu'en règle générale, une preuve obtenue irrégulièrement peut être prise en considération comme preuve d'une infraction sauf dans les trois cas limitatifs suivants (...). »).

« Art. 13. In het kader van een in België gevoerde strafrechtspleging mag geen gebruik worden gemaakt van bewijsmateriaal :

1° dat in het buitenland op onregelmatige wijze is verzameld indien de onregelmatigheid :

— volgens het recht van de Staat waarin het bewijsmateriaal is verzameld volgt uit de overtreding van een op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereiste;

— de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal aantast;

2° waarvan de aanwending een schending inhoudt van het recht op een eerlijk proces. »

Het gebruik van onrechtmatig in het buitenland verkregen bewijsmateriaal is derhalve verboden in de drie genoemde gevallen. Het lijkt moeilijk een redelijke en objectieve verantwoording te vinden voor het onderscheid tussen onregelmatig in het buitenland verkregen bewijsmateriaal, waarvan de rechter geen gebruik mag maken, en onrechtmatig in België verkregen bewijsmateriaal, waarvan de rechter wel gebruik mag maken (Nog afgezien van de praktische problemen. In vele dossiers worden bewijzen aangevonden waarvan sommige in België werden verzameld en andere in het buitenland. Bovendien worden er in dergelijke dossiers soms vaststellingen gedaan op basis van een mengeling van Belgische en buitenlandse bewijselementen. Zie de verklaringen van de heer Antoon BOYEN, eerste voorzitter van het hof van beroep te Brussel, Stuk Kamer 2012-13, nr. 53-41/3, blz. 24.).

c) Discrepantie tussen de tekst en de wil van de wetgever

Het lijkt noodzakelijk te opteren voor een andere formulering, waarbij de rechter verplicht wordt om in de drie genoemde gevallen onrechtmatig verkregen bewijs uit te sluiten.

Het is immers hoogst onwaarschijnlijk dat de Kamer van volksvertegenwoordigers de bedoeling had om bewijsuitsluiting ook in deze drie gevallen mogelijk te maken. Zowel in het verslag van de Kamerkommissie als in de Handelingen van de plenaire vergadering wordt veelvuldig verklaard dat het wetsontwerp de Antigoonrechtspraak van het Hof van Cassatie in de wetgeving wenst in te schrijven (Zie vooral de toelichting bij het amendement nr. 1, Stuk Kamer 2012-13, nr. 53-41/2, blz. 2 : « Hiermee wordt de Antigoon-rechtspraak van het Hof van Cassatie wettelijk verankerd. Dit betekent dat voortaan bij wet wordt bepaald dat in de regel een onrechtmatig bewijs wel bijdraagt tot het bewijs van een misdrijf behoudens in drie limitatieve gevallen (...). »).

Il s'impose dès lors de modifier le texte, pourtant clair, qui ne reflète pas correctement la volonté du législateur. En effet, le juge ne peut pas faire prévaloir la volonté du législateur sur un texte légal clair (voir par exemple Cour d'arbitrage, n° 60/97, 14 octobre 1997; n° 22/98, 10 mars 1998; n° 145/2006, 28 septembre 2006; Cour constitutionnelle, n° 50/2008, 19 mars 2008).

Il convient par ailleurs de soigner la formulation, surtout en matière pénale.

d) Solution

Une formulation plus proche des termes de la jurisprudence Antigoon permettrait de parer cette critique. (voir la proposition de texte — point 5).

2. Nullité et exclusion

Selon la « jurisprudence Antigone », le juge ne peut, dans les trois cas précités, « pas faire usage » d'un élément de preuve obtenu irrégulièrement, ni le « prendre en considération ».

Le projet de loi n'utilise pas cette formulation. Il prévoit que le juge peut, dans ces cas, décider « la nullité et l'exclusion ».

a) Que signifie concrètement le terme « exclusion » ?

Selon le texte du projet, « la nullité et l'exclusion d'un élément de preuve obtenu irrégulièrement » peuvent être décidées dans trois cas.

La discussion du projet de loi à la Chambre ne nous éclaire pas davantage quant à la portée de la notion d'« exclusion ». La notion d'« exclusion d'un élément de preuve » est inconnue à ce jour dans la législation belge (la doctrine, en revanche, utilise fréquemment la notion d'« exclusion de la preuve »).

Selon l'article 13 de la loi du 9 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, les éléments de preuve « ne peuvent être utilisés ».

Selon les articles 131 et 235bis, § 6, du Code d'instruction criminelle, la chambre du conseil et la chambre des mises en accusation peuvent prononcer la nullité d'un acte et retirer du dossier les pièces déclarées nulles.

Een wijziging van de tekst dringt zich derhalve op, aangezien de tekst de wil van de wetgever niet correct weergeeft doch niettemin duidelijk is. De rechter kan de wil van de wetgever immers niet laten voorgaan op een duidelijke wettekst (Zie bijvoorbeeld Arbitragehof, nr. 60/97, 14 oktober 1997; nr. 22/98, 10 maart 1998; nr. 145/2006, 28 september 2006; GrwH, nr. 50/2008, 19 maart 2008;).

Bovendien is bij uitstek in strafrechtelijke aangelegenheden een zorgvuldige formulering geboden.

d) Oplossing

Een formulering die nauwer aansluit bij de bewoordingen van de Antigoon-rechtspraak, zou deze kritiek kunnen ondervangen. (zie het tekstvoorstel — punt 5)

2. Nietigheid en uitsluiting

Volgens de Antigoon-rechtspraak mag de rechter in de drie genoemde gevallen « geen gebruik maken van » het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal of het « niet in aanmerking nemen ».

Het wetsontwerp gebruikt die formuleringen niet. Het bepaalt dat de rechter in die gevallen kan besluiten tot « nietigheid en uitsluiting ».

a) Wat is de concrete betekenis van « uitsluiting » ?

Luidens de ontworpen tekst mag in drie gevallen worden besloten tot « nietigheid en uitsluiting van een onrechtmatig verkregen bewijselement ».

De besprekking van het wetsontwerp door de Kamer biedt geen nadere toelichting over de draagwijde van het begrip « uitsluiting ». In de wetgeving is het begrip « uitsluiting van een bewijs-element » tot heden niet bekend (In de rechtsleer wordt het begrip « bewijsuitsluiting » wel veelvuldig gebruikt.).

Luidens artikel 13 van de wet van 9 december 2004 betreffende de wederzijdse internationale rechtshulp in strafzaken en tot wijziging van artikel 90ter van het Wetboek van strafvordering « mag geen gebruik worden gemaakt van bewijsmateriaal ».

Luidens de artikelen 131 en 235, § 6, van het Wetboek van strafvordering kunnen de raadkamer en de kamer van inbeschuldigingstelling de nietigheid van een handeling uitspreken en de nietigverklaarde stukken uit het dossier verwijderen.

b) La nullité sans exclusion est-elle possible ?

La notion d'«exclusion» n'étant pas clairement définie, on ne perçoit pas très bien le rapport entre nullité et exclusion. Plusieurs questions se posent à cet égard :

— le juge peut-il prononcer la nullité d'un élément de preuve sans exclure en même temps celui-ci ? Si tel n'est pas le cas, pourquoi faut-il ajouter la notion d'«exclusion» ? Ou, dans le cas contraire, ne suffit-il pas de préciser que la preuve doit être exclue, sans qu'il faille en plus la déclarer nulle ?

— est-ce l'intention du législateur de prévoir qu'une preuve qui a été obtenue en violation d'une condition formelle prescrite à peine de nullité peut être déclarée nulle, alors qu'une preuve qui a été obtenue d'une manière telle qu'elle n'est pas fiable ou qu'elle est contraire au droit à un procès équitable, peut être exclue ? Si telle est bien l'intention, l'article doit être formulé autrement.

— est-il indiqué de mentionner la nullité d'un élément de preuve ? La nullité n'est-elle pas une sanction réservée aux actes de procédure, l'exclusion portant, quant à elle, sur des éléments de preuve obtenus irrégulièrement ? Ne suffit-il pas de prévoir dans l'article 32 en projet que les éléments de preuve obtenus irrégulièrement peuvent (doivent) être exclus (ou «ne peuvent pas être pris en considération», «ne peuvent pas être utilisés» ...) ?

Ces problèmes pourraient être évités si le législateur optait pour une formulation similaire à celle de l'article 13 de la loi du 9 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle (lui-même formulé en des termes très proches de ceux de la «jurisprudence Antigoon»). (voir la proposition de texte — point 5)

c) L'exclusion peut-elle être ordonnée par les juridictions d'instruction ?

Les documents de la Chambre ne précisent pas si l'article 32 en projet s'applique uniquement aux juridictions de jugement ou également aux juridictions d'instruction (et, le cas échéant, à la Cour de cassation). On peut cependant considérer qu'il concerne les deux types de juridictions, comme en attestent, d'une part, l'insertion de l'article en projet dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale (en ce sens, voir également l'explication de M. D. Vandermeersch dans le doc. Chambre 2012-13, n° 53-41/3, p. 44.) et, d'autre part, les termes généraux dans

b) Is nietigheid zonder uitsluiting mogelijk ?

Doordat het begrip «uitsluiting» geen afgelijnde begripsinhoud krijgt, is het niet duidelijk hoe de nietigheid en de uitsluiting zich onderling verhouden. Hierbij rijzen verschillende vragen :

— kan de rechter de nietigheid van een bewijs-element uitspreken zonder het tevens uit te sluiten ? Indien niet, wat is dan het nut van de toevoeging van het begrip «uitsluiting» ? Of, omgekeerd, volstaat het dan niet te bepalen dat het bewijs moet worden uitgesloten, zonder dat het tevens moet worden nietig verklaard ?

— is het de bedoeling van de wetgever te bepalen dat een bewijs dat werd verkregen met schending van een op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvoorwaarde, kan worden nietig verklaard, terwijl bewijs dat zodanig werd verkregen dat het onbetrouwbaar is of dat het in strijd met het recht op een eerlijk proces is, kan worden uitgesloten ? Indien dit de bedoeling is, moet het artikel anders worden geformuleerd.

— is het aangewezen te gewagen van de nietigheid van een bewijs-element ? Is de nietigheid niet een sanctie die moet worden voorbehouden voor proceshandelingen, terwijl uitsluiting betrekking heeft op onrechtmatig verkregen bewijs-elementen ? Volstaat het niet om in het ontworpen artikel 32 te bepalen dat onrechtmatig verkregen bewijs-elementen kunnen (moeten) worden uitgesloten (of «niet in aanmerking genomen», «niet gebruikt», ...) ?

Deze problemen zouden kunnen worden vermeden indien de wetgever opteert voor een formulering gelijkaardig aan die van artikel 13 van de wet van 9 december 2004 betreffende de wederzijdse internationale rechtshulp in strafzaken en tot wijziging van artikel 90ter van het Wetboek van strafvordering (een formulering die zelf nauw aansluit bij de bewoordingen van de Antigoon-rechtspraak). (zie tekstvoorstel — punt 5)

c) Kunnen onderzoeksgerichten de uitsluiting bevelen ?

In de Kamerstukken wordt niet gepreciseerd of het ontworpen artikel 32 uitsluitend van toepassing is op de vonnisgerichten, dan wel ook op de onderzoeksgerichten (En desgevallend ook het Hof van Cassatie.). Men mag evenwel aannemen dat het op beide betrekking heeft. Dat blijkt uit de opname van het ontworpen artikel in de Voorafgaande Titel van het Wetboek van strafvordering (Zie in die zin ook de verklaring van de heer D. Vandermeersch in Stuk Kamer 2012-13, nr. 53-41/3, blz. 44.), evenals uit de algemene bewoordingen waarin het is opgesteld. De Antigoon-

lesquels il est formulé. La jurisprudence Antigoon s'applique d'ailleurs aussi bien aux juridictions d'instruction qu'aux juridictions de jugement.

Cela soulève cependant la question de savoir si les juridictions d'instruction peuvent, elles aussi, ordonner l'exclusion. Cette question est liée à celle relative au contenu exact de la notion d'« exclusion ».

À cet égard, il semble qu'il faille tenir compte de l'arrêt n° 86/2002 de la Cour d'arbitrage du 8 mai 2002 relatif à la « purge des nullités » par la chambre du conseil et la chambre des mises en accusation. Les deux juridictions d'instruction peuvent « purger » le dossier des irrégularités éventuelles de l'instruction en prononçant la nullité d'un acte lorsqu'elles constatent une irrégularité, une omission ou une cause de nullité affectant un acte d'instruction ou l'obtention de la preuve. Les pièces déclarées nulles sont retirées du dossier et déposées au greffe.

La loi du 4 juillet 2001 précise en outre que les pièces déposées au greffe ne peuvent pas être consultées et ne peuvent pas être utilisées dans la procédure pénale. À ce sujet, la Cour d'arbitrage a estimé :

« B.6.2. L'impossibilité absolue d'utiliser devant le juge du fond des actes dont la nullité a été prononcée n'est pas proportionnée à l'objectif consistant à prévenir toute insécurité juridique. L'objectif que poursuivent les règles du Code d'instruction criminelle, à savoir la recherche de la vérité en vue de la répression des infractions, ne s'impose pas moins lorsqu'un dossier a été purgé de ses irrégularités. En décider de manière absolue et générale que les pièces annulées par une juridiction d'instruction ne peuvent pas être consultées et ne peuvent pas être utilisées dans la procédure pénale, même lorsqu'elles contiennent des éléments qui peuvent être indispensables à la défense d'une partie, les dispositions attaquées portent une atteinte disproportionnée aux droits de la défense. »

La Cour d'arbitrage a annulé les dispositions qui prévoyaient que les pièces déclarées nulles ne peuvent pas être consultées et ne peuvent pas être utilisées dans la procédure pénale.

La question se pose de savoir quelles sont les implications de ce point de vue de la Cour d'arbitrage pour le projet de loi, dans la mesure où il autorise les juridictions d'instruction à décider de l'« exclusion » d'éléments de preuve obtenus irrégulièrement.

rechtspraak is overigens zowel op de onderzoeks- als de vonnisderechten van toepassing.

Dat roept evenwel de vraag op of ook de onderzoeks gerechten de uitsluiting mogen bevelen, — een vraag die samenhangt met de vraag naar de precieze inhoud van het begrip « uitsluiting ».

In dit opzicht lijkt rekening te moeten worden gehouden met het arrest nr. 86/2002 van het Arbitragehof van 8 mei 2002. Dit arrest betrof de zogenaamde « zuivering van de nietigheden » door de raadkamer en de kamer van inbeschuldigingstelling. Beide onderzoeks gerechten kunnen het dossier « zuiveren » van eventuele onregelmatigheden van het onderzoek door de nietigheid uit te spreken van een handeling wanneer zij een onregelmatigheid, verzuim of nietigheid vaststellen die invloed heeft op een handeling van het onderzoek of op de bewijsverkrijging. De nietigverklaarde stukken worden uit het dossier verwijderd en neergelegd ter griffie.

De wet van 4 juli 2001 voegde hieraan toe dat de ter griffie neergelegde stukken niet mogen worden ingezien en niet in de strafprocedure mogen worden aangewend. Hierover oordeelde het Arbitragehof als volgt :

« B.6.2. De absolute onmogelijkheid om voor de rechter ten gronde nietigverklaarde handelingen aan te wenden, staat niet in verhouding tot het doel rechtsonzekerheid te vermijden. Het doel van de regels van het Wetboek van strafvordering, namelijk de waarheidsvinding met het oog op de bestrafting van misdrijven, is niet minder noodzakelijk wanneer het dossier van onregelmatigheden is gezuiverd. Door op absolute en algemene wijze te bepalen dat de door een onderzoeks gerecht nietigverklaarde stukken niet mogen worden ingezien en in de strafprocedure niet mogen worden aangewend, zelfs niet wanneer zij elementen bevatten die onontbeerlijk kunnen zijn voor de verdediging van een partij, doen de bestreden bepalingen op onevenredige wijze afbreuk aan de rechten van verdediging. »

Het Arbitragehof vernietigde de bepalingen die voorschreven dat de nietigverklaarde stukken niet mogen worden ingezien en niet in de strafprocedure mogen worden aangewend.

De vraag rijst in welke mate dit standpunt van het Arbitragehof gevlogen heeft voor het wetsontwerp, in zoverre het de onderzoeks gerechten machtigt om te beslissen tot de « uitsluiting » van onrechtmatig verkregen bewijs elementen.

3. *Onrechtmatig ≠ «irrégulièrement»*

Le texte en projet présente une discordance entre la version française et la version néerlandaise.

Dans le texte néerlandais, il est question de «*onrechtmatig verkregen bewijselementen*» et de «*de begane onrechtmatigheid*».

Or, le texte français n'utilise pas les mots «*illicitemment*» et «*l'illicéité commise*» mais «*irrégulièrement*» (*onregelmatig*) et «*l'irrégularité commise*» (*de begane onregelmatigheid*).

Il convient de privilégier en l'espèce la formulation du texte français. Dans la version néerlandaise, les mots «*onrechtmatig*» et «*onrechtmatigheid*» doivent être remplacés respectivement par les mots «*onregelmatig*» et «*onregelmatigheid*». En effet,

a) «*onregelmatig/irrégulièrement*» fait référence à une situation dans laquelle la preuve n'a pas été obtenue conformément à certaines règles. L'expression «*onregelmatig verkregen bewijs/preuve obtenue irrégulièrement*» indique que le mode d'obtention de la preuve est discutable, mais l'omission n'est pas nécessairement de nature à faire en sorte qu'il soit également question d'une «*onrechtmatig verkregen bewijs/preuve obtenue illicitemment*» (traduction) (M.C.D. Embregts, *Uitsluitsel over bewijsuitsluiting*, Dordrecht, Kluwer, 2003, p. 46).

Telle est précisément la portée de la disposition en projet : la preuve est obtenue de manière irrégulière, mais l'irrégularité ne devient une illicéité que si l'une des trois conditions est remplie.

b) l'article 13 de la loi du 9 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, utilise lui aussi les mots «*irrégulièrement/op onregelmatige wijze*» et «*irrégularité/onregelmatigheid*».

4. *Remarques légistiques*

a) Article 2 : «Dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale, il est inséré un chapitre VII intitulé «Des nullités».

Mieux vaudrait écrire : «Le titre préliminaire du Code de procédure pénale est complété par un chapitre VII intitulé «Des nullités». (voir toutefois les remarques b) et c)

b) Est-il bien indiqué d'intituler ce chapitre «Des nullités» ?

N'est-il pas plutôt question d'une «Exclusion de la preuve» ? Le chapitre ne porte que sur les irrégularités dans le cadre de la collecte des preuves, et non sur les

3. *Onrechtmatig ≠ «irrégulièrement»*

De ontworpen tekst bevat een discordantie tussen de Nederlandse en de Franse tekst.

In de Nederlandse tekst is sprake van «*onrechtmatig*» verkregen bewijselementen en van «*de begane onrechtmatigheid*».

De Franse tekst gebruikt evenwel niet de woorden «*illicitemment*» en «*l'illicéité commise*», maar «*irrégulièrement*» (*onregelmatig*) en «*l'irrégularité commise*» (*de begane onregelmatigheid*).

De Franse tekst heeft de voorkeur. De woorden «*onrechtmatig*» en «*onrechtmatigheid*» moeten worden vervangen door de woorden «*onregelmatig*» en «*onregelmatigheid*». Immers,

a) «*onregelmatig*» wijst op een situatie waarbij het bewijs niet volgens bepaalde regels is verkregen. «*Onregelmatig verkregen bewijs*» geeft aan dat er iets op de verkrijgingswijze is aan te merken, maar het verzuim is niet noodzakelijk van dien aard dat er ook sprake is van «*onrechtmatig verkregen bewijs*» (M.C. D. Embregts, *Uitsluitsel over bewijsuitsluiting*, Dordrecht, Kluwer, 2003, blz. 46.).

Dat is precies de strekking van de ontworpen bepaling : het bewijs is onregelmatig verkregen, maar de onregelmatigheid wordt pas een onrechtmatigheid indien aan één van de drie voorwaarden is voldaan.

b) ook in artikel 13 van de wet van 9 december 2004 betreffende de wederzijdse internationale rechts-hulp in strafzaken en tot wijziging van artikel 90ter van het Wetboek van strafvordering worden de woorden «*op onregelmatige wijze*» en «*onregelmatigheid*» gebruikt.

4. *Legistieke opmerkingen*

a) Artikel 2 : «In de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering wordt een hoofdstuk VII ingevoegd, luidende «Nietigheden».

Beter : «De voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering wordt aangevuld met een hoofdstuk VII, luidende «Nietigheden». (zie echter opmerkingen b en c)

b) Is het wel aangewezen dit hoofdstuk het opschrift «Nietigheden» te geven ?

Gaat het niet veeleer om «*Bewijsuitsluiting*» ? Het hoofdstuk heeft alleen betrekking op de onregelmatigheden bij de bewijsvergaring, niet op de onregel-

irrégularités, omissions et nullités qui entacheraient la procédure.

Dans ce cas, il faut aussi modifier l'intitulé du projet de loi.

c) Au demeurant, il semblerait préférable d'insérer le chapitre en tant que chapitre *Vbis* (nouveau) après le chapitre V, « De l'irrecevabilité de l'action publique pour cause de provocation ». En effet, tant la non-recevabilité de l'action publique que la nullité (ou l'exclusion de la preuve) sont des sanctions pour une omission formelle irréparable.

Or, le chapitre VI, que le projet de loi prévoit d'insérer entre le chapitre sur l'irrecevabilité et celui sur l'exclusion de la preuve, concerne les « Règles relatives à l'exercice de l'action publique à la suite d'une décision de dessaisissement ordonnée par une juridiction de la jeunesse », ce qui n'a rien à voir avec la sanction d'une irrégularité.

5. Proposition de texte

La proposition de texte qui suit s'inspire de l'article 13 de la loi du 9 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle.

Article 2

Dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale, il est inséré un chapitre *Vbis* intitulé « De l'exclusion de la preuve ».

Article 3

Dans le chapitre *Vbis*, inséré par l'article 2, il est inséré un article 30bis rédigé comme suit :

« Art. 30bis. Dans le cadre d'une procédure pénale, des éléments de preuve obtenus irrégulièrement ne peuvent pas être utilisés dans les cas suivants :

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

b) Échange de vues

La ministre peut souscrire aux adaptations proposées par le service d'Évaluation de la législation.

M. Mahoux renvoie à la conclusion de l'avis : « le juge pourra dorénavant toujours utiliser un élément de

matigheden, verzuimen en nietigheden in de rechtspleging.

In dat geval dient ook het opschrift van het wetsontwerp te worden gewijzigd.

c) Het hoofdstuk lijkt overigens beter te worden ingevoegd als een nieuw hoofdstuk *Vbis* na hoofdstuk V, « Niet-ontvankelijkheid van de strafvordering wegens provocatie ». De niet-ontvankelijkheid van de strafvordering en de nietigheid (of de bewijsuitsluiting) zijn immers beide sancties voor een niet-herstelbaar vormverzuim.

Hoofdstuk VI, dat ingevolge het wetsontwerp tussen het hoofdstuk over de onontvankelijkheid en dat over de bewijsuitsluiting zou terechtkomen, heeft betrekking op de « Regels met betrekking tot de uitoefening van de strafvordering volgend op een beslissing tot uithandengeling bevolen door een jeugdgerecht », hetgeen niets te maken heeft met de bestrafning van een onregelmatigheid.

5. Tekstvoorstel

Dit tekstvoorstel is geïnspireerd op artikel 13 van de wet van 9 december 2004 betreffende de wederzijdse internationale rechtshulp in strafzaken en tot wijziging van artikel 90ter van het Wetboek van strafvordering :

Artikel 2

In de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering wordt een hoofdstuk *Vbis* ingevoegd, luidende : « Bewijsuitsluiting ».

Artikel 3

In hoofdstuk *Vbis*, ingevoegd bij artikel 2, wordt een artikel 30bis ingevoegd, luidende :

« Art. 30bis. In het kader van een strafrechtspleging mag geen gebruik worden gemaakt van onregelmatig verkregen bewijsmateriaal in de volgende gevallen :

- de naleving van de betrokken vormvereiste wordt voorgeschreven op straffe van nietigheid;
- de onregelmatigheid heeft de betrouwbaarheid van het bewijs aangetast;
- het gebruik van het bewijs is in strijd met het recht op een eerlijk proces. »

b) Gedachtewisseling

De minister kan zich aansluiten bij de door de dienst wetsevaluatie voorgestelde aanpassingen.

De heer Mahoux verwijst naar de conclusie van het advies : « de rechter zal voortaan een onrechtmatig

preuve obtenu irrégulièrement. Le juge pourra utiliser l'élément de preuve même lorsque la condition formelle enfreinte aura été prescrite à peine de nullité. Il pourra également le faire lorsque l'irrégularité aura entaché la fiabilité de la preuve. Enfin, il pourra même le faire si l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable ». Si cette remarque est fondée, il serait paradoxal que la commission adopte un texte qui pourrait comporter des dispositions violant le droit à un procès équitable. Il faut obtenir des éclaircissements sur ce point.

L'intervenant rappelle que de longs débats ont été consacrés à la question des nullités lors des discussions du « Grand Franchimont ». Le projet de loi à l'examen s'écarte des principes retenus à l'époque par le Sénat dans cette proposition de nouveau Code de procédure pénale (doc. Sénat, n° 3-450) qui n'a malheureusement jamais abouti.

M. Torfs partage la même préoccupation, laquelle a d'ailleurs déjà été exprimée dans le cadre de la législation sur les abus sexuels en ce qui concerne les preuves recueillies de manière illégitime mais susceptibles d'être malgré tout utilisées, même contre les inculpés. La commission doit mesurer l'importance du rôle qu'elle a à jouer sur ce plan. En effet, l'opinion publique ne se préoccupe généralement pas de la question des garanties juridiques dont bénéficient les droits de la défense. D'autre part, il convient également de respecter les principes de l'État de droit démocratique. Il ne faut pas non plus perdre de vue qu'à l'heure actuelle, le barreau et la magistrature critiquent beaucoup l'attitude de la classe politique face à ces principes; celle-ci doit faire preuve de courage et oser affronter l'opinion publique.

Discussion des articles

M. Mahoux dépose les amendements n^{os} 1 et 2 (doc. Sénat, n° 5-1924/2), qui visent à remplacer l'article 32 en projet et à insérer un article 33, nouveau, dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale. Ces amendements traduisent l'avis rendu par la Cour de cassation et répondent aux observations du service d'Évaluation de la législation du Sénat.

Le gouvernement approuve ces amendements. Mme de Bethune déclare qu'elle peut également s'y rallier.

Mme Faes aimeraient savoir si la ministre de la Justice envisage de déposer un projet de loi en vue de réformer le Code d'instruction criminelle, et si c'est le cas, dans quels délais.

verkregen bewijselment altijd kunnen gebruiken. Hij mag het bewijselment gebruiken zelfs wanneer het geschonden vormvoorschrift is voorgeschreven op straffe van nietigheid. De rechter mag het ook gebruiken wanneer de onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast. De rechter mag het ten slotte zelfs gebruiken wanneer het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces ». Indien die opmerking gegrond is, dan zou het tegenstrijdig zijn om de commissie een tekst te laten goedkeuren waarin bepalingen zouden kunnen staan die het recht op een eerlijk proces schenden. Er zijn op dat vlak verduidelijkingen nodig.

Spreker herinnert eraan dat er tijdens de besprekking van de « grote Franchimont » uitvoerig werd ingegaan op het probleem van de nietigheden. Dit wetsontwerp wijkt af van de beginselen die toen door de Senaat werden gehuldigd in het voorstel van het nieuwe Wetboek van Strafprocesrecht (stuk Senaat, nr. 3-450) dat helaas zonder gevolg is gebleven.

De heer Torfs deelt dezelfde bekommernis, die reeds werd geuit naar aanleiding van de wetgeving met betrekking tot seksueel misbruik wat betreft bewijs dat verkregen werd op illegitieme wijze maar toch kon worden gebruikt, zelfs tegen de beschuldigden. De commissie moet zich bewust zijn van de belangrijke rol die zij op dat vlak heeft te spelen. De publieke opinie is immers meestal niet bezig met de vraag naar juridische garanties met betrekking tot het recht van verdediging. Anderzijds dienen ook de beginselen van de democratische rechtstaat te worden gerespecteerd. Men mag ook niet uit het oog verliezen dat er op dit ogenblik heel wat kritiek wordt geuit, door de advocatuur en door de magistratuur, op de wijze waarop politici omgaan met deze beginselen; de politiek moet hier moedig zijn en durven ingaan tegen de publieke opinie.

Artikelsgewijze besprekking

De heer Mahoux dient de amendementen nrs. 1 en 2 in (stuk Senaat, 5-1924/2), die ertoe strekken het voorgestelde artikel 32 te vervangen en een nieuw artikel 33 in te voegen in de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering. Deze amendementen komen tegemoet aan het advies van het Hof van Cassatie en de opmerkingen van de dienst wets-evaluatie van de Senaat.

De regering stemt in met deze amendementen. Ook mevrouw de Bethune verklaart zich te kunnen aansluiten bij deze amendementen.

Mevrouw Faes wenst te weten of de minister van Justitie overweegt een wetsontwerp in te dienen ter hervorming van het Wetboek van strafvordering, en zo ja op welke termijn ?

La ministre confirme que cette réforme est bien inscrite à son agenda et qu'elle s'est déjà mise au travail. Un appel à candidatures est actuellement lancé en vue de la réalisation d'une mission d'étude préalable.

Mme Faes demande si des informations plus précises peuvent être fournies à propos du contenu de cette mission d'étude et à qui elle a été confiée.

Mme Faes se réfère aux observations formulées dans la note du service d'Évaluation de la législation à propos des preuves recueillies à l'étranger. L'intervenante estime qu'en matière de nullités, les preuves recueillies en Belgique et celles recueillies à l'étranger doivent être traitées de manière identique. Elle renvoie à l'article 13 de la loi du 9 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle.

La ministre estime que les amendements n°s 1 et 2 répondent à la préoccupation de l'intervenante.

De plus, l'intention est la même, en l'occurrence conférer un ancrage légal à la jurisprudence Antigoon. Cet ancrage figure déjà dans la loi du 9 décembre 2004 et c'est ce que visent aussi les amendements à présent déposés. L'avis de la Cour de cassation a seulement pour effet d'épurer le texte.

Mme Faes maintient que le titre préliminaire du Code de procédure pénale devrait reprendre les mêmes termes que ceux inscrits dans la loi du 9 décembre 2004.

Elle dépose à cette fin les amendements n°s 3 et 4 (doc. Sénat, n° 5-1924/2).

IV. VOTES

Explication de vote

Le groupe sp.a explique qu'il s'abstiendra lors du vote parce qu'il voit dans le projet de loi un affaiblissement de la jurisprudence Antigoon.

Les amendements n°s 1 et 2 sont adoptés par 6 voix et 4 abstentions.

Les amendements n°s 3 et 4 sont rejettés par 6 voix contre 2 et 2 abstentions.

L'ensemble du projet de loi amendé est adopté par 6 voix et 4 abstentions.

De minister bevestigt dat deze hervorming wel degelijk tot de intenties behoort en dat zij hiermee reeds bezig is. Er is momenteel een voorafgaande onderzoeksopdracht uitgeschreven.

Mevrouw Faes vraagt of er meer gedetailleerde informatie kan worden verschaft over de inhoud van deze onderzoeksopdracht en aan wie zij juist is gegeven.

Mevrouw Faes verwijst naar de nota van de dienst wetsevaluatie met betrekking tot het bewijs verkregen in het buitenland. Spreekster meent dat het bewijs dat in België is verkregen, op het vlak van de nietigheden, op dezelfde wijze moet worden behandeld als het bewijs dat verkregen is in het buitenland. Spreekster verwijst naar artikel 13 van de wet van 9 december 2004 betreffende de wederzijdse internationale rechts-thulp in strafzaken en tot wijziging van artikel 90ter van het Wetboek van strafvordering.

De minister meent dat de amendementen nrs. 1 en 2 tegemoetkomen aan deze bezorgdheid.

Bovendien is er eenzelfde bedoeling, namelijk de Antigoon-rechtspraak in de wet in te schrijven. Dat staat reeds in de wet van 9 december 2004 en wordt nu ook beoogd door de amendementen. Het advies van het Hof van Cassatie heeft enkel een verfijning van de tekst tot gevolg.

Mevrouw Faes blijft erbij dat men best dezelfde bewoordingen gebruikt, zwoel in het Wetboek van strafvordering als in de wet van 9 december 2004.

Zij dient hiertoe de amendementen nrs. 3 en 4 in (stuk Senaat, 5-1924/2).

IV. STEMMINGEN

Stemverklaring

De sp.a-fractie verklaart zich te zullen onthouden bij de stemming, aangezien er sprake is van een afzwakking van de Antigoon-rechtspraak.

De amendementen nrs. 1 en 2 worden aangenomen met 6 stemmen bij 4 onthoudingen.

De amendementen nrs. 3 en 4 worden verworpen met 6 stemmen tegen 2 bij 2 onthoudingen.

Het geamendeerde wetsontwerp in zijn geheel wordt aangenomen met 6 stemmen bij 4 onthoudingen.

Le rapport a été approuvé à l'unanimité des 9 membres présents.

Le rapporteur; Yoeri VASTERSAVENDTS. *Le président,* Alain COURTOIS.

*
* *

Het verdrag is eenparig goedgekeurd door de 9 aanwezige leden.

De rapporteur; Yoeri VASTERSAVENDTS. *De voorzitter* Alain COURTOIS.

*
* *

ANNEXE

Avis de la Cour de cassation

Projet de loi modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités (doc. Sénat, n° 5-1924)

Sous un nouveau chapitre VII clôturent le titre préliminaire du Code de procédure pénale et qui s'intitulerait « Des nullités », il est proposé d'insérer un article 32 libellé comme suit :

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

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

1. L'objectif de ce texte est de transposer, dans la loi, la jurisprudence dite « Antigone », du nom d'une opération de police menée à Anvers. La Cour de cassation a rendu, le 14 octobre 2003, un arrêt mettant fin au régime, voulu par certains mais intenable parce que dogmatique à l'excès, de l'exclusion automatique de toute preuve irrégulière pour quelque motif que ce soit. Les trois tirets de l'article 32 en projet correspondent aux cas dans lesquels la jurisprudence précitée considère que l'écartement de la preuve est justifié (Cass. 14 octobre 2003, Pas., p. 1607).

En réalité, le pouvoir du juge d'écartier ou de refuser d'écartier une preuve accusée d'irrégularité a toujours existé. Avant l'arrêt « Antigone », les juges du fond, confrontés à une explosion du contentieux des nullités et obligés de fonctionner dans un système qui ne prévoit aucune couverture générale de celles-ci, s'étaient appliqués à développer toutes sortes de techniques de neutralisation propres à éviter que la moindre imperfection formelle ne compromette la bonne fin de l'action publique et des actions civiles qui lui sont souvent associées. Le foisonnement de ces techniques ne contribuait pas à la création d'un régime de nullités clair et prévisible.

Aux premiers arrêts de la Cour de cassation approuvant le refus des cours d'appel d'invalider la preuve, ont succédé des arrêts cassant des décisions rejetant la preuve sans la soumettre au crible des trois critères dégagés par l'arrêt du 14 octobre 2003. Autrement dit, après avoir décidé que le juge pouvait accepter une preuve dont la nullité n'était ni textuelle ni attentatoire au procès équitable et dont la fiabilité restait intacte, on a décidé que le juge ne pouvait pas refuser une preuve irrégulière sans l'avoir, au préalable, dûment cataloguée dans un des trois cas justifiant son écartement.

La jurisprudence « Antigone » s'est vue consacrer par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur.D.H., 28 juillet 2009, Lee Davies c. Belgique, R.D.P., 2010, p. 324-335, et note N. Colette-Basecqz) et par la Cour constitutionnelle (Cour const., 22 décembre 2010, n° 158/10, et 27 juillet 2011, n° 139/11).

2. Compte tenu de sa consécration, de sa valeur quasi-normative et de sa résistance à l'épreuve du temps, il paraît justifié de transcrire dans la loi la solution apportée par la

BIJLAGE

Advies Hof van Cassatie

Wetsontwerp tot wijziging van de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering met betrekking tot de nietigheden (stuk Senaat nr. 5-1924)

Onder een nieuw hoofdstuk VII dat de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering afsluit en dat « Nietigheden » zou gaan heten, wordt voorgesteld een nieuw artikel 32 in te voegen dat als volgt is gesteld :

« Tot nietigheid en uitsluiting van een onrechtmatig verkregen bewijs-element kan enkel worden besloten indien :

- *de naleving van de betrokken vormvoorwaarden voorgeschreven wordt op straffe van nietigheid, of;*
- *de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast, of;*
- *het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces. ».*

1. Die tekst wil de zogenaamde « Antigoon »-rechtspraak, genoemd naar een politieactie in Antwerpen, in een wet verankeren. Het Hof van Cassatie heeft op 14 oktober 2003 een arrest gewezen dat komaf maakt met het stelsel — dat sommigen voorstaan maar dat zo dogmatisch is dat het onhoudbaar is — dat elk onregelmatig bewijs automatisch uitsluit, om welke reden dan ook. De drie onderverdelingen in het ontwerp van artikel 32 stemmen overeen met de gevallen waarin de voorname rechtspraak oordeelt dat het bewijs terecht is uitgesloten (Cass. 14 okt. 2003, AC, nr. 499).

In feite heeft de rechter steeds een zogezegd onrechtmatig bewijs kunnen uitsluiten, net zoals hij ook kon weigeren dat bewijs uit te sluiten. Voor het « Antigoon »-arrest hadden de bodemrechters, die te maken kregen met een ware explosie van aangevoerde nietigheden en over geen enkel systeem van algemene dekking van die nietigheden beschikten, allerlei technieken ontwikkeld om te vermijden dat het minste vormgebrek de strafvordering en de vaak daarbij horende burgerlijke rechtsvordering zou lamleggen. De grote verscheidenheid aan technieken droeg niet bij tot een duidelijk en voorzienbaar stelsel van de nietigheden.

Na de eerste arresten van het Hof van Cassatie die de weigering van de hoven van beroep sanctioneerden om het bewijs gebrekig te verklaren, kwamen arresten die beslissingen vernietigden die het bewijs afwezen zonder daarop de drie criteria uit het arrest van 14 oktober 2003 toe te passen. Anders gezegd : men besliste dat de rechter een bewijs kon aannemen waarvan de nietigheid niet in een tekst was vastgelegd en het recht op een eerlijke behandeling van de zaak niet miskende en betrouwbaar bleef, om vervolgens te beslissen dat de rechter een onrechtmatig bewijs niet mocht uitsluiten als hij niet vooraf had vastgesteld dat het tot één van de drie categorieën behoorde die mochten worden uitgesloten.

De « Antigoon »-rechtspraak werd bevestigd door het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM, 28 juli 2009, Lee Davies t. België, R.D.P., p. 324-335, en de noot N. Colette-Basecqz) en door het Grondwettelijk Hof (GwH, 22 dec. 2010, nr. 158/10, en 27 juli 2011, nr. 139/11).

2. Die vaste rechtspraak heeft schier normatieve kracht verworven en bleek bestand tegen de tand des tijds, het lijkt dan ook aangewezen de oplossing die hij sedert meer dan tien jaar voor de

jurisprudence, depuis près de dix ans, à l'épineuse question des nullités. Cette transcription paraît d'autant plus nécessaire que la question peut se résoudre de différentes manières. Il y a donc un choix à faire par le législateur. En opérant ce choix, l'article 32 en projet présente l'avantage d'écartier d'autres solutions peut-être moins heureuses. Songeons à la proposition de ne sanctionner que les nullités textuelles et causant grief, ou à celle de monnayer le maintien de la pièce nulle par une réduction de la peine.

Pour dire si l'usage de la preuve irrégulière porterait ou non atteinte au caractère équitable du procès vu dans son ensemble, le juge peut tenir compte notamment, du caractère intentionnel ou involontaire de l'illicéité commise par les autorités, du fait que l'irrégularité est sans commune mesure avec la gravité de l'infraction dont l'acte litigieux a permis la constatation, du fait que la preuve obtenue illicitement ne concerne qu'un élément matériel de l'infraction, du fait que l'illicéité commise est sans incidence sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgessée, ou du fait que l'irrégularité n'a qu'un caractère purement formel.

Ces sous-critères développés par la jurisprudence postérieure à l'arrêt du 14 octobre 2003 ne paraissent pas devoir être eux aussi intégrés dans le texte de loi. L'accessoire suivant le principal, on peut penser que si le législateur a décidé d'insérer dans le Code d'instruction criminelle les trois cas d'exclusion obligatoire de la preuve irrégulière, il ne s'oppose pas aux critères subsidiaires qui s'y attachent et qui ne sont d'ailleurs pas exhaustifs. Il est impossible d'enfermer dans un texte de loi la notion, à jamais imprécise, de «procès équitable».

3. Le projet de loi ne vise que la preuve. La jurisprudence «Antigone» n'a pas vocation à s'appliquer hors de ce domaine. Les actes juridictionnels passibles de recours, comme par exemple l'ordonnance du juge d'instruction refusant la mainlevée d'une saisie, ou étrangers à la manifestation de la vérité, tel un mandat d'arrêt, peuvent aussi être frappés de nullités mais celles-ci ne rentrent évidemment pas dans le champ d'application du futur article 32. L'intitulé proposé pour le nouveau chapitre VII est donc trop large.

Par ailleurs, la jurisprudence que les auteurs du projet entendent légaliser n'a pas non plus vocation à régir la totalité du droit de la preuve. Elle ne trouve à s'appliquer que là où la preuve est laissée à la libre appréciation du juge. Lorsque la loi prévoit un mode spécial de preuve et que le juge entend y recourir pour asseoir sa conviction, il doit vérifier au préalable si les dispositions légales spécialement édictées en vue de garantir la qualité intrinsèque de la preuve ont été respectées. Si tel n'est pas le cas, la sanction n'est pas la nullité de l'acte mais la déchéance de sa valeur probante légale.

À cet égard, le texte proposé est peut-être incomplet dans la mesure où il induit l'idée que la preuve légale serait désormais assujettie au même régime que la preuve libre. Il n'est pas certain que les auteurs du projet aient cette intention.

4. Le projet évoque la nullité et l'exclusion d'un élément de preuve obtenu irrégulièrement.

Une preuve peut être critiquable parce qu'elle viole une prescription légale explicite. Elle est alors illégale. Elle peut méconnaître une règle non écrite, on la dira, dans ce cas, irrégulière.

Il est pertinent de parler de nullité à propos d'un acte d'instruction ou de l'obtention de la preuve puisque telle est l'option du législateur de 1998, consacrée par l'article 131, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle.

netelige kwestie van de nietigheden biedt, in een wet te verankeren. Des te meer daar het probleem op verschillende wijzen kan worden opgelost. De wetgever zal dus een keuze moeten maken. Artikel 32 maakt die keuze en het ontwerp biedt aldus het voordeel dat andere, misschien minder gelukkige oplossingen worden uitgesloten. Wij verwijzen hier naar het voorstel om alleen nietigheden die in een tekst zijn bepaald en schade berokkenen uit te sluiten, of datgene dat het behoud van een nietig stuk gepaard wil laten gaan met een strafvermindering.

De rechter die moet bepalen of een onregelmatig bewijs de eerlijke behandeling van de zaak in haar geheel in het gedrang brengt mag onder meer rekening houden met het opzettelijk of onopzettelijk karakter van de door de overheid begane onrechtmatigheid, met het feit of de onrechtmatigheid volledig buiten verhouding staat tot de ernst van het misdrijf dat door de litigieuze handeling kon worden vastgesteld, of het onrechtmatig verkregen bewijs enkel een materieel bestanddeel van het misdrijf betreft, met het feit of de onrechtmatigheid het recht of de vrijheid die door de miskende norm wordt beschermd onverkort laat, of met het feit dat de onrechtmatigheid louter formeel is.

Die subcriteria die de rechtspraak na het arrest van 14 oktober 2003 heeft ontwikkeld lijken niet in de wettekst te moeten worden opgenomen. Aangezien de bijzaak de hoofdzaak volgt, kan men ervan uitgaan dat de wetgever, die in het Wetboek van strafvordering de drie verplichte gevallen waarin het onregelmatig bewijs moet worden uitgesloten heeft willen opnemen, geen bezwaar heeft tegen de bijkomende criteria die daarmee samenhangen en overigens niet uitputtend zijn. Het eeuwig vage begrip «eerlijke behandeling van de zaak» kan onmogelijk in een wettekst worden gevatt.

3. Het ontwerp doelt enkel op het bewijs. De «*Antigoon*»-rechtspraak beperkt zich tot dat domein. Rechtsprekende handelingen waartegen een rechtsmiddel kan worden ingesteld, zoals bijvoorbeeld de beschikking van een onderzoeksrechter die weigert een beslag op te heffen, of die geen verband houden met het achterhalen van de waarheid, zoals een bevel tot aanhouding, kunnen ook nietig worden verklaard maar vallen vanzelfsprekend buiten het toepassingsgebied van het toekomstige artikel 32. Het voorgestelde opschrift van hoofdstuk VII is dus te ruim.

De rechtspraak die volgens de auteurs van het ontwerp in een wet moet worden verankerd, wil overigens niet het hele bewijsrecht regelen. Zij geldt enkel wanneer de rechter het bewijs vrij kan beoordelen. Wanneer de wet een bijzonder bewijsmiddel bepaalt en de rechter dat wil hanteren om tot zijn overtuiging te komen, dient hij eerst na te gaan of de wettelijke bepalingen die in het bijzonder de intrinsieke kwaliteit van het bewijs moeten waarborgen, nageleefd zijn. Zo niet zal de handeling niet nietig zijn maar verliest zij haar wettelijke bewijswaarde.

In dat opzicht is de voorgestelde tekst misschien wel onvolledig omdat hij leidt tot de opvatting dat het wettelijk bewijs voortaan onder hetzelfde stelsel als het vrij bewijs valt. Het is niet zeker dat zulks de bedoeling van de opstellers van het ontwerp is.

4. Het ontwerp voorziet in de nietigheid en de uitsluiting van een bewijselement dat onrechtmatig is verkregen.

Een bewijs kan betwistbaar zijn omdat het een uitdrukkelijk wettelijk voorschrijft miskent. Het bewijs is dan onwettig. Het bewijs kan ook een ongeschreven regel miskennen en zal dan onregelmatig worden genoemd.

Terecht spreekt men over de nietigheid van een onderzoeks-handeling of van een bewijsverkrijging, aangezien de wetgever van 1998 zulks in artikel 131, § 1, van het Wetboek van strafvordering heeft vastgelegd.

Déposée au greffe, la pièce nulle est exclue de la procédure. Cette exclusion n'est cependant pas absolue. Elle ne vaut que pour les preuves à charge. Le prévenu ne peut pas être privé, sous prétexte qu'elle est nulle, du droit d'invoquer une preuve qui l'innocente. Il existe donc des preuves qui, malgré leur irrégularité, échapperont à l'exclusion.

5. La nullité implique en règle le retrait de la pièce hors du dossier. C'est une décision qui est prise normalement par la juridiction d'instruction. C'est du moins à celle-ci que le législateur de 1998 a donné formellement le pouvoir de déclarer la nullité d'une preuve. L'objectif était d'éviter que la juridiction de jugement ait cette preuve sous les yeux et ne se laisse influencer par un élément qu'elle n'aurait pas dû voir.

Si la contestation de nullité est soulevée pour la première fois devant la juridiction de jugement, il est inutile de donner à celle-ci un pouvoir d'annulation puisqu'elle a vu la pièce. C'est la raison pour laquelle le Code d'instruction criminelle ne charge pas le tribunal ou la cour d'annuler l'acte comme tel. Il leur suffit de le tenir pour inexistant, ou de dire qu'ils ne l'utiliseront pas pour forger leur conviction, quitte à acquitter le prévenu si les autres éléments de preuve sont insuffisants ou reliés à l'acte irrégulier par un lien de causalité nécessaire.

La distinction est donc celle-ci : la juridiction d'instruction déclare la nullité de la pièce vicieuse. La juridiction de jugement refuse de se fonder sur elle pour condamner le prévenu.

6. La rédaction actuelle du futur article 32 utilise une formulation négative : « la nullité et l'exclusion ne peuvent être décidées que si ». Ainsi libellé, le texte risque de pas faire suffisamment apparaître que si l'on se trouve dans un des trois cas qu'il énumère, la sanction de la nullité ou du rejet, selon le cas, sera obligatoire et non facultative.

7. La rédaction de l'article 32 en projet emprunte également une formulation restrictive. L'emploi de la conjonction « ne que » implique qu'en dehors de ces trois cas, la preuve irrégulière devra être reçue. Or, il n'est pas certain que ceci soit vrai ou même souhaitable.

En voici un exemple.

Il arrive que le législateur choisisse de déroger à l'exigence d'un mandat de perquisition pour pouvoir pénétrer dans un domicile sans le consentement de l'habitant. C'est le cas, par exemple, de l'article 34 de la loi du 14 août 1986 relative à la protection et au bien-être des animaux, modifiée par celle du 4 mai 1995. Cette disposition permet, lorsqu'il s'agit de rechercher des infractions à ladite loi, d'entrer dans une résidence avec l'autorisation du tribunal de police. Un dispositif analogue existe en ce qui concerne la recherche et la constatation des infractions à la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds, des infractions à la loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix (art. 7), ou encore à l'égard des infractions à la loi générale sur les douanes et accises coordonnées par l'arrêté royal du 18 juillet 1977 (art. 197).

Des enquêteurs reçoivent une dénonciation relative à une délinquance de droit commun commise en concours avec un délit prévu par une des lois particulières susdite. Il y va, par exemple, d'abus sexuels commis sur des mineurs d'âge et allant de pair avec des actes ayant pour conséquence de faire périr des animaux ou de leur causer, sans nécessité, des lésions, mutilations, douleurs ou souffrances.

Ces enquêteurs se rendent chez le juge de police qui leur délivre, séance tenante, une autorisation de visite domiciliaire à

Het nietig verklaarde stuk wordt neergelegd ter griffie en uitgesloten uit de rechtspleging. Die uitsluiting is evenwel niet absoluut. Zij geldt enkel voor de bewijzen ten laste. De beklaagde kan nooit het recht worden ontzegd om een bewijs aan te voeren dat zijn onschuld staat, zelfs niet voorwendsel van de nietigheid ervan. Er bestaan dus bewijzen die, ook al zijn ze onregelmatig, aan uitsluiting zullen ontsnappen.

5. Nietigheid impliceert in de regel dat het stuk uit het dossier wordt verwijderd. Die beslissing wordt doorgaans door het onderzoeksgerecht genomen. De wetgever van 1998 heeft aan dat gerecht althans formeel de bevoegdheid verleend om een bewijs nietig te verklaren. Men wilde aldus vermijden dat het vonnisgerecht dat bewijs onder ogen kreeg en beïnvloed zou worden door een element dat het niet had mogen zien.

Als de nietigheid voor het eerst wordt opgeworpen voor het vonnisgerecht heeft het geen zin meer om dat gerecht de bevoegdheid te verlenen om de nietigheid uit te spreken aangezien het dat stuk heeft gezien. Daarom draagt het Wetboek van strafvordering de rechbank of het hof niet op de handeling als dusdanig nietig te verklaren. Zij hoeven de handeling alleen maar als onbestaande te beschouwen, of te verklaren daarmee geen rekening te zullen houden om tot hun overtuiging te komen, zelfs als de beklaagde daardoor moet worden vrijgesproken als de andere bewijselementen niet volstaan of als er tussen die elementen en de onregelmatige handeling een noodzakelijk oorzakelijk verband bestaat.

Dit is dus het onderscheid : het onderzoeksgerecht verklaart een gebrekig stuk nietig. Het vonnisgerecht weigert daarop te steunen om de beklaagde te veroordelen.

6. De huidige tekst van het toekomstige artikel 32 is negatief gesteld : « *tot nietigheid en uitsluiting kan enkel worden besloten indien* ». Uit die tekst blijkt misschien niet duidelijk genoeg dat in elk van de opgesomde gevallen de sanctie van nietigheid of afwijzing verplicht en niet facultatief is.

7. De tekst van het ontwerp van artikel 32 is ook beperkend gesteld. Het gebruik van het voegwoord « *enkel* » impliceert dat het onregelmatig bewijs, buiten die drie gevallen, zal moeten worden aangenomen. Dat is echter niet zeker, of zelfs wenselijk.

Een voorbeeld.

Soms wijkt de wetgever af van het vereiste dat een huiszoekingsbevel vereist is om een woning te betreden zonder toestemming van de bewoner. Zo bijvoorbeeld in artikel 34 van de wet van 14 augustus 1986 betreffende de bescherming en het welzijn der dieren, gewijzigd bij de wet van 4 mei 1995. Die bepaling staat toe dat een woonplaats wordt betreden met verlof van de politierechtbank om overtredingen van die wet vast te stellen. Een dergelijke regeling bestaat ook voor het opsporen en vaststellen van overtredingen op de wet van 17 juli 2002 betreffende de transacties uitgevoerd met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen, op de wet van 22 januari 1945 betreffende de economische reglementering en de prijzen (art. 7), of op de algemene wet inzake douane en accijnzen gecoördineerd bij koninklijk besluit van 18 juli 1977 (art. 197).

Het komt de onderzoekers ter ore dat een gemeenrechtelijk misdrijf is gepleegd samen met een wanbedrijf dat in een van de voormelde bijzondere wetten is omschreven. Bijvoorbeeld seksueel misbruik van minderjarigen samen met handelingen waardoor een dier zonder noodzaak omkomt of zonder noodzaak een vermindering, een letsel of pijn ondergaat.

Die onderzoekers wenden zich tot de politierechter die hen onverwijdert een verlof tot betreding van de woonplaats van de

l'adresse du suspect. Ils s'y rendent et découvrent les preuves tant de la pédophilie que de la maltraitance dénoncées.

Le juge de police n'est pas compétent pour délivrer une autorisation de visite domiciliaire à l'effet de constater une infraction de droit commun, fût-elle connexe à un délit réprimé par une des lois particulières énumérées ci-dessus.

La preuve risque donc d'être invalidée : elle procède d'une méconnaissance des règles régissant les attributions respectives de deux juridictions différentes, le tribunal de police, qui n'a qu'une compétence spécifique, et le tribunal de première instance auquel ressortit le juge d'instruction, dont la compétence est générale.

L'article 32 en projet obligera le juge à recevoir cette preuve : la nullité n'est pas textuelle. La fiabilité de la preuve n'est pas compromise. Le caractère équitable du procès ne semble pas en cause. Pourtant, la règle violée touche à l'organisation même des cours et tribunaux. Elle peut être qualifiée de «substantielle», notion essentiellement prétorienne sans doute mais qui trouve une assise légale à l'article 608 du Code judiciaire.

Si le législateur souhaite éviter cette conséquence, il pourrait être opportun d'ajouter au texte un quatrième tiret. Cette proposition a déjà été faite en son temps (J. de Codd, Des précautions à prendre par la loi pour que le citoyen coupable ne soit frappé que par elle, J.T., 2008, p. 650-654).

8. La Cour a proposé de remplacer l'article 407 du Code d'instruction criminelle par un texte instaurant un mécanisme général de couverture des nullités (Exposé du 5 juin 2012 de M. Etienne Goethals, premier président de la Cour de cassation, DOC 53 0041/003, page 22; proposition de loi relative à la procédure devant la Cour de cassation en matière pénale, Sénat, 2012-2013, 5/1832/1, page 28).

Les deux textes, celui relatif à la couverture des nullités et celui qui légalise la jurisprudence Antigone, ne se contredisent pas car chacun d'eux opère dans un registre différent. Le premier répond à la question de savoir qui est le juge de la nullité. Le second tranche celle de savoir comment il faut la juger.

Conclusion

Le texte approuvé par la Chambre des Représentants mérite d'être affiné, complété et mieux écrit.

Le texte suivant pourrait être proposé :

CHAPITRE VII

DE LA PREUVE ILLÉGALE OU IRREGULIÈRE

Art. 32. La preuve obtenue de manière illégale ou irrégulière est annulée ou écartée

— si la forme violée ou omise est prescrite à peine de nullité par la loi, ou

— si l'irrégularité compromet la fiabilité de la preuve, ou

— si l'usage de la preuve méconnait le droit à un procès équitable ou

— si la preuve a été obtenue en violation d'une forme substantielle touchant à l'organisation des cours et tribunaux.

verdachte aflevert. Zij vinden daar de bewijzen zowel van pedofilie als van de aangeklaagde dierennishandeling.

De politierechter is niet bevoegd om een huiszoekingsbevel af te leveren om een gemeenrechtelijk misdrijf vast te stellen, zelfs niet als dat samenhangend is met een wanbedrijf dat door de bovenvermelde bijzondere wetten wordt gestraft.

Het bewijs loopt dus het gevaar nietig te worden verklaard : het miskent de regels inzake de respectieve bevoegdheden van twee onderscheiden gerechten : de politierechtbank, die enkel een specifieke bevoegdheid heeft, en de rechtbank van eerste aanleg, waartoe de onderzoeksrechter behoort die een algemene bevoegdheid heeft.

Het ontwerp van artikel 32 verplicht de rechter ertoe dat bewijs in aanmerking te nemen want die nietigheid staat niet als dusdanig in de tekst. De betrouwbaarheid van het bewijs komt niet in het gedrang net zomin als de eerlijke behandeling van de zaak. Toch raakt de miskende regel de eigenlijke inrichting van de hoven en rechtbanken en kan hij als dusdanig als «wezenlijk» worden beschouwd. Dat begrip is weliswaar voornamelijk pretoriaans maar het vindt zijn wettelijke grondslag in artikel 608 van het Gerechtelijk Wetboek.

Dat gevolg kan worden vermeden als de wetgever een vierde onderverdeling aan de tekst zou toevoegen. Dat voorstel werd reeds eerder gedaan. (J. de Codd, *Des précautions à prendre par la loi pour que le citoyen coupable ne soit frappé que par elle*, J.T., 2008, p. 650-654).

8. Het Hof heeft voorgesteld om artikel 407 van het Wetboek van strafvordering te vervangen door een tekst die een mechanisme van algemene dekking van de nietigheden instelt (Uiteenzetting van 5 juni 2012 van de h. Etienne Goethals, eerste voorzitter van het Hof van Cassatie, DOC 53 0043/003, p. 22; wetsvoorstel met betrekking tot de rechtspleging in strafzaken voor het Hof van Cassatie, Senaat, 2012-2013, 5/1832/1, p. 28).

Beide teksten, de ene betreffende de dekking van de nietigheden en de andere die de Antigoon-rechtspraak in de wet verankert, zijn niet tegenstrijdig want zij bestrijken een verschillend gebied. De eerste biedt een antwoord op de vraag *wie* de rechter van de nietigheid is. De twee regelt de *wijze waarop* daarover moet worden geoordeeld.

Besluit

Het is aangewezen de tekst die de Kamer van volksvertegenwoordigers heeft aangenomen te verfijnen, aan te vullen en beter te verwoorden.

De volgende tekst kan worden voorgesteld :

HOOFDSTUK VII

HET ONWETTIG OF ONREGELMATIG BEWIJS

Art. 32. Het bewijs dat op onwettige of onregelmatige wijze is verkregen wordt nietig verklaard of uitgesloten

— als de wet het miskende of nagelaten vormvereiste op straffe van nietigheid voorschrijft, of

— als de onregelmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs in het gedrang brengt, of

— als het hanteren van het bewijs het recht op een eerlijke behandeling van de zaak miskent.

— als het bewijs is verkregen met miskenning van een substantieel vormvereiste dat de organisatie van de hoven en rechtbanken raakt.

L'alinéa précédent ne s'applique pas aux preuves recueillies à décharge.

Art. 33. La preuve est déchue de sa valeur probante légale lorsque, réglée spécialement par la loi, elle a été rapportée en violation d'une disposition qui en garantit la qualité intrinsèque.

Het vorige lid is niet van toepassing op de bewijzen à décharge.

Art. 33. Het bewijs dat op bijzondere wijze in de wet is geregeld, verliest zijn wettelijke bewijswaarde als het is geleverd met miskenning van een bepaling die de intrinsieke kwaliteit ervan waarborgt.