

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 32.673/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de la Justice, le 7 décembre 2001, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un avant-projet de loi "concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête", a donné le 19 décembre 2001 l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 32.673/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 7 december 2001 door de Minister van Justitie verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste een maand, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden", heeft op 19 december 2001 het volgende advies gegeven :

Observation préalable

Il ressort de la délibération du Conseil des ministres du 30 novembre 2001 que l'avant-projet de loi sera soumis à la section de législation du Conseil d'Etat dans un délai d'un mois, en application de l'article 84, alinéa 1^{er}, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

Cette délibération indique également qu'en cas de dépassement du délai d'un mois, le Ministre de la Justice est autorisé à introduire une nouvelle demande d'avis, cette fois dans un délai ne dépassant pas trois jours, en application de l'article 84, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées, précitées.

Compte tenu de l'urgence ainsi réclamée par le Gouvernement et vu la charge de travail à laquelle est confrontée quotidiennement la section de législation ⁽¹⁾, celle-ci a consacré l'essentiel de son examen aux questions les plus fondamentales que suscite l'avant-projet de loi.

Dès lors, l'absence d'observation particulière concernant l'une ou l'autre disposition du projet ne signifie pas que les textes du projet ne soient ni critiquables, ni perfectibles. Il va de soi que le silence gardé par la section de législation sur ces dispositions ne pourrait servir d'élément d'interprétation de l'avant-projet de loi.

Observations générales

I. La conciliation de l'avant-projet de loi examiné avec les différentes initiatives législatives prises par le Gouvernement en vue de lutter plus efficacement contre la criminalité organisée

1. Au cours de cette législature, le Gouvernement a saisi la section de législation du Conseil d'Etat de plusieurs avant-projets de loi destinés à lutter de manière plus efficace contre la criminalité organisée, en renforçant notamment la

⁽¹⁾ Du 16 novembre 2001 au 15 décembre 2001, la II^e chambre de législation a donné 63 avis, dont 25 demandés dans un délai de trois jours et 31 demandés dans un délai d'un mois.

protection des personnes apportant leur collaboration à la justice et en aménageant la charge de la preuve. Il s'agit parmi d'autres :

- d'un avant-projet de loi "relatif aux témoins anonymes" (avis 30.522/2 du 13 novembre 2000 - Doc. parl., Chambre, Sess. 2000-2001, n° 50 1185/013);
- d'un avant-projet de loi "portant extension de la saisie et concernant l'introduction d'une enquête particulière sur les avantages patrimoniaux et la répartition de la charge de la preuve relative à l'origine de choses supposées être le produit de la criminalité grave ou de la criminalité organisée" (avis 31.367/2 du 11 juin 2001);
- d'un avant-projet de loi "régulant la protection des témoins menacés" (avis 31.410/2 du 25 juin 2001 - Doc. parl., Chambre, n° 50 1483/001);
- d'un avant-projet de loi "relatif à l'enregistrement de déclarations au moyen de médias audiovisuels" (avis 31.411/4 du 3 juillet 2001).

Dans certains des avis qu'elle a donnés au sujet de ces projets ⁽²⁾, la section de législation a souligné qu'il était parfois difficile de déterminer dans quelle mesure ces différents textes devaient se concilier.

La même observation peut être formulée à propos de l'avant-projet de loi à l'examen.

En effet, certaines dispositions du projet prévoient notamment d'accorder l'anonymat aux fonctionnaires de police chargés d'exécuter des méthodes particulières de recherche (article 47quinquies, § 4, en projet, du Code d'instruction criminelle), ainsi qu'aux informateurs dans le cadre d'une observation ou d'une infiltration (article 47septies, § 2, en projet, du Code d'instruction criminelle et article 47novies, § 2, en projet, du Code d'instruction criminelle).

⁽²⁾ Voir les avis 31.410/2 et 31.411/4, précités.

L'article 47decies, § 4, en projet, du Code d'instruction criminelle habilite le Roi à préciser notamment la manière dont les renseignements et les données fournis par les indicateurs seront traités au sein du service de police intégré, structuré à deux niveaux. Cette habilitation au Roi devra tenir compte

"... d'un contrôle permanent de la fiabilité des indicateurs, de la protection de l'anonymat des indicateurs⁽³⁾ et de la garantie de l'intégrité physique, psychique et morale des fonctionnaires de contact."

Enfin, l'article 90quater, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, du Code d'instruction criminelle précise que les noms des agents de police judiciaire qui auront été chargés de placer un moyen technique dans un lieu privé, à l'insu ou sans le consentement de l'occupant, en vue de permettre l'écoute, la prise de connaissance ou l'enregistrement direct de communications ou de télécommunications privées, conformément à l'article 90ter, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, du même Code, ne seront pas communiqués au juge d'instruction.

Ces différentes dispositions du projet garantissent donc une certaine forme d'anonymat à des personnes dont le témoignage en justice pourrait revêtir une très grande importance, notamment quant à l'appréciation des preuves recueillies grâce à leur collaboration dans la recherche des infractions.

A aucun moment cependant, l'avant-projet de loi examiné ne fait le lien avec les autres projets précités qui ont pour objectif la protection des témoins.

Dans un souci de cohérence et de sécurité juridique, il est important que les auteurs du projet établissent ces liens.

En outre, au sujet de la problématique du témoignage anonyme à la lumière des enseignements tirés de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il est fait référence aux observations formulées dans l'avis 30.522/2, précité.

⁽³⁾ Il est également question de l'anonymat des indicateurs à l'article 235bis, § 4, en projet, du même Code.

2. Par ailleurs, au vu des nouveaux moyens d'investigation reconnus aux forces de police comme la pénétration dans un lieu privé, en ce compris un domicile, à l'insu de son propriétaire ou de son occupant ou sans leur consentement, aux fins notamment

"... d'inspecter ce lieu et de s'assurer de la présence éventuelle de choses qui forment l'objet d'une infraction, qui ont servi ou qui sont destinées à en commettre une ou qui ont été produites par une infraction, des avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, des biens et valeurs qui leur ont été substitués et des revenus de ces avantages investis et d'en réunir les preuves ..." ⁽⁴⁾,

il est permis de s'interroger sur l'adéquation du projet examiné avec celui relatif à "l'extension de la saisie et concernant l'introduction d'une enquête particulière sur les avantages patrimoniaux et la répartition de la charge de la preuve relative à l'origine de choses supposées être le produit de la criminalité grave ou de la criminalité organisée" ⁽⁵⁾.

La même interrogation doit être soulevée à propos de l'articulation entre les dispositions de ce dernier projet de loi et celles du projet à l'examen qui se rapportent à la récolte de données concernant, d'une part, les comptes bancaires dont le suspect est le titulaire, le mandataire ou le véritable bénéficiaire économique et, d'autre part, les transactions bancaires qu'il a opérées ou qui ont été faites au profit de ces comptes.

Enfin, on doit relever que le projet de loi qui a fait l'objet de l'avis 31.367/2, précité, de la section de législation, a notamment pour objectif de permettre au parquet de mener des "enquêtes particulières sur les avantages patrimoniaux" tirés de l'infraction pour laquelle la personne est poursuivie. Qu'en sera-t-il des méthodes particulières de recherche dans le contexte de ces enquêtes patrimoniales ?

Il appartient aux auteurs du projet de préciser également leurs intentions en cette matière.

⁽⁴⁾ Article 89ter, § 2, en projet, du Code d'instruction criminelle.

⁽⁵⁾ Ce projet a fait l'objet de l'avis 31.367/2, précité.

II. De la distinction entre les "méthodes particulières de recherche" et les "autres méthodes d'enquête"

Il ressort de l'exposé des motifs qu'il convient de faire une distinction entre, d'une part, "les méthodes particulières de recherche" et, d'autre part, "les mesures d'investigation apparentées à des méthodes de recherche particulières" ⁽⁶⁾. La première catégorie concerne l'observation, l'infiltration et le recours aux indicateurs; la seconde catégorie comprend l'interception du courrier, les contrôles visuels discrets, les écoutes directes, l'intervention différée ainsi que la collecte de données relatives aux comptes et transactions bancaires.

Toujours selon l'exposé des motifs :

"Les techniques d'investigation policières sont des techniques qui peuvent être appliquées à l'intérieur d'une méthode de recherche particulière et venir soutenir cette dernière. Celles-ci sont appliquées dans le même cadre légal que les méthodes de recherche particulières et tous les principes, notamment en ce qui concerne la proportionnalité et la subsidiarité, sont applicables, sans exception ni dérogation." ⁽⁷⁾.

Etant donné que les techniques d'investigation particulières (lire "mesures particulières d'investigation") "peuvent" être utilisées dans le contexte d'une méthode particulière de recherche, il semble qu'elles peuvent l'être également en dehors d'un tel contexte, de sorte que les principes de subsidiarité et de proportionnalité, qui sont prévus dans le cadre des méthodes particulières de recherche, ne seront pas automatiquement d'application ⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ Voir l'exposé des motifs, p. 1

⁽⁷⁾ Voir l'exposé des motifs, p. 3.

⁽⁸⁾ Voir également l'exposé des motifs (p. 1) qui indique : "Parallèlement, plusieurs mesures d'investigation, apparentées à des méthodes de recherche particulières, mais sans relever de ces méthodes en tant que telles, font l'objet d'une réglementation. Il s'agit plus particulièrement de l'interception du courrier, des contrôles visuels discrets, des écoutes directes, de l'intervention différée ainsi que de la collecte de données relatives aux comptes et transactions bancaires."

Sur ce point, l'exposé des motifs n'est guère explicite, étant donné qu'il semble par ailleurs limiter le recours à ces mesures particulières d'investigation, plus particulièrement en ce qui concerne les contrôles visuels discrets, au seul cadre des méthodes particulières de recherche. Cette ambiguïté doit être levée car, comme il le sera démontré dans l'observation générale III, les situations juridiques dans lesquelles ces mesures particulières d'investigation pourront intervenir détermineront les conditions de leur mise en oeuvre, ainsi que le contrôle dont elles feront l'objet.

De surcroît, compte tenu de la confusion possible entre les différentes notions utilisées ("techniques (méthodes) particulières de recherche"; "mesures (techniques) particulières d'investigations"; "techniques d'enquêtes policières"), il convient d'être particulièrement précis dans le recours à ces différentes notions, ce qui n'est pas toujours le cas, notamment dans l'exposé des motifs et même dans l'intitulé en projet. Ainsi, dans la discussion des différents articles, il est à diverses reprises fait état de "techniques particulières de recherche", alors que les dispositions en projet visent les "méthodes particulières de recherche" ⁽⁹⁾.

III. Des conditions de mise en oeuvre et d'exercice des méthodes particulières de recherche et du respect des droits de l'homme

Etant donné que l'avant-projet de loi autorise les forces de police à recourir à des méthodes particulières de recherche comme l'observation, l'infiltration et le recours aux indicateurs, tant dans le cadre d'une information, en ce compris l'enquête proactive telle que définie à l'article 28bis, § 2, du Code d'instruction criminelle, que dans le cadre d'une instruction, les atteintes aux droits fondamentaux des citoyens risquent d'être plus fréquentes et plus significatives que lorsqu'il est fait usage des méthodes classiques d'enquête.

⁽⁹⁾ Dans la version française de l'intitulé en projet, il est en effet question d'"autres méthodes d'enquête", alors que l'intitulé en projet du chapitre III se réfère aux "autres méthodes de recherche" et que l'exposé des motifs qualifie ces "méthodes" de "mesures particulières d'investigation".

Ainsi, l'exposé des motifs souligne :

"Les méthodes de recherche particulières ont un caractère «particulier» du fait que leur application est susceptible de porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux, tels que le respect de la vie privée, et d'empiéter sur les principes fondamentaux de la procédure pénale, tels que le principe de loyauté dans la collecte des moyens de preuve. Le caractère secret de ces méthodes constitue une autre particularité. Par opposition à la perquisition à domicile par exemple, la nature même des méthodes de recherche veut que celles-ci soient mises en oeuvre dans le secret, autrement, ces méthodes perdent leur raison d'être." ⁽¹⁰⁾.

Les droits fondamentaux qui sont ainsi principalement affectés par ces méthodes sont la protection de la vie privée (article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme) ainsi que le droit à un procès équitable (article 6 de la Convention), lequel suppose notamment l'exercice effectif des droits de la défense.

L'avant-projet de loi appelle, dès lors, les observations qui suivent.

1. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité et le recours aux indicateurs

La mise en oeuvre des méthodes particulières de recherche doit, compte tenu du risque d'atteintes aux droits de l'homme, être clairement circonscrite par le législateur et se fonder prioritairement sur les principes de subsidiarité et de proportionnalité ⁽¹¹⁾.

Dans ses arrêts de principe Klass ⁽¹²⁾ et Malone ⁽¹³⁾ relatifs à la compatibilité des écoutes téléphoniques avec l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, qui garantit la protection de la vie privée et familiale, la Cour européenne des droits de l'homme a défini le contour des principes qui doivent être transposés à la matière

⁽¹⁰⁾ Voir l'exposé des motifs, p. 3.

⁽¹¹⁾ Ch. De Valkeneer, "La tromperie dans l'administration de la preuve pénale", Larcier, 2000, pp. 446-452.

⁽¹²⁾ Arrêt du 6 septembre 1978, affaire Klass et autres contre l'Allemagne.

⁽¹³⁾ Arrêt du 2 août 1984, affaire Malone contre le Royaume-Uni.

des méthodes particulières de recherche ⁽¹⁴⁾. Ainsi, la base légale doit être suffisamment accessible et prévoir, avec une précision suffisante, dans quelles circonstances et sous quelles conditions les autorités pourront recourir à ce genre de méthodes d'investigation.

a) Le principe de subsidiarité est déjà exprimé dans le Code d'instruction criminelle à l'article 90ter, § 1^{er}, qui autorise le juge d'instruction à recourir à une écoute téléphonique dès lors que les autres moyens d'investigation ne suffisent pas à la manifestation de la vérité.

Il en va de même pour l'article 47sexies, § 2, en projet, du Code d'instruction criminelle, relatif à l'observation, et pour l'article 47octies, § 2, en projet, du même Code, relatif à l'infiltration.

b) Quant au principe de proportionnalité, comme l'indique l'exposé des motifs ⁽¹⁵⁾, il

"... implique que la méthode sélectionnée doit être en rapport avec l'objectif et qu'une restriction aux libertés et droits individuels ne peut être tolérée qu'en cas d'atteinte grave à l'ordre public."

Le principe de proportionnalité implique également l'existence d'indices suffisants relatifs à une infraction et son imputabilité à une personne donnée. Sans de tels indices, la recherche ne pourrait plus s'inscrire dans le contexte d'une information ou d'une instruction, elle serait purement exploratoire et dépourvue de motif pertinent pour l'accomplissement d'un acte de police judiciaire ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ Voir en ce sens Ch. De Valkeneer, Observations sous l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 15 juin 1992, *Lüdi contre la Suisse*, Rev. trim. dr. h., 1993, p. 321.

⁽¹⁵⁾ Voir l'exposé des motifs, p. 3.

⁽¹⁶⁾ Voir en ce sens Ch. De Valkeneer, "La tromperie dans l'administration de la preuve pénale", Larcier, 2000, p. 439.

Ce principe est déjà consacré dans le Code d'instruction criminelle notamment en matière d'écoutes téléphoniques, celles-ci ne pouvant intervenir que dans le contexte d'infractions graves énumérées limitativement à l'article 90ter, §§ 2, 4 et 5, du Code d'instruction criminelle.

En ce qui concerne l'observation, il y a lieu de distinguer trois types :

- la première observation est celle qui ne recourt à aucun moyen technique spécifique et qui peut intervenir pour n'importe quel type d'infraction;
- la deuxième est celle qui met en oeuvre des moyens techniques permettant une intrusion plus significative dans la vie privée. Selon l'article 47sexies, § 2, alinéa 2, en projet, du Code d'instruction criminelle, ce type d'observation suppose des indices sérieux que les infractions sont de nature à entraîner un emprisonnement correctionnel principal d'un an ou une peine plus lourde;
- le troisième type d'observation autorise les services de police à pénétrer dans des lieux privés sans le consentement des personnes occupant ces lieux, afin notamment d'y installer un moyen technique permettant une observation (article 89ter, en projet, du Code d'instruction criminelle). Ce type d'observation ne peut avoir lieu que si les indices sérieux se rapportent à une infraction visée à l'article 90ter, §§ 2, 3 et 4, du Code d'instruction criminelle ou à une infraction commise ou à commettre dans le cadre d'une organisation criminelle telle que définie à l'article 324bis du Code pénal.

Quant à l'infiltration, le principe de proportionnalité implique qu'elle ne pourra avoir lieu que lorsqu'il existe des indices sérieux que vont être perpétrées ou ont été perpétrées des infractions visées à l'article 90ter, §§ 2, 3 et 4, du Code d'instruction criminelle ou des infractions dans le cadre d'une organisation criminelle au sens de l'article 324bis du Code pénal (article 47octies, § 1^{er}, en projet, du Code d'instruction criminelle).

c) Par contre, en ce qui concerne le recours aux indicateurs, le projet n'impose ni le principe de subsidiarité, ni celui de proportionnalité comme condition à la mise en oeuvre de cette méthode particulière de recherche.

.../...

Il ressort clairement de l'exposé des motifs du projet que la volonté est de permettre un recours plus généralisé aux indicateurs lors des enquêtes judiciaires, tout en créant un cadre légal quant aux relations qu'ils entretiennent avec la police ⁽¹⁷⁾.

Dès lors que les principes de subsidiarité et de proportionnalité ne sont pas d'application, il est important que le législateur détermine clairement les conditions de participation des indicateurs dans l'administration de la justice.

Or, l'article 47decies, en projet, du Code d'instruction criminelle reste très imprécis quant aux personnes qui pourront être considérées comme des indicateurs; en sera-t-il ainsi d'un délinquant proche d'un milieu criminel, d'un repent ? Cette disposition est également silencieuse sur les missions qui pourront être confiées à ces indicateurs, sur les modalités de leur collaboration avec la justice, notamment le recours à l'anonymat, ainsi que sur la manière dont seront traitées les informations ainsi recueillies par les services de police.

Sur ces différents points, l'article 47decies, § 4, en projet, du Code d'instruction criminelle donne une habilitation excessive au Roi qui ne semble pas être compatible avec le principe constitutionnel de la légalité de la procédure pénale consacré à l'article 12, alinéa 2, de la Constitution.

Le recours aux indicateurs tel qu'il est organisé par l'avant-projet de loi peut également être sérieusement critiqué au regard de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme garantissant le droit à un procès équitable. Il convient, en effet, de ne pas perdre de vue que, depuis l'arrêt Imbrioscia du 24 novembre 1993 ⁽¹⁸⁾, la Cour européenne juge que les exigences d'un procès équitable doivent s'apprécier par rapport à l'ensemble de la procédure, en ce compris les phases préparatoires au procès.

⁽¹⁷⁾ En ce sens, voir l'exposé des motifs, pp. 9 et 29.

⁽¹⁸⁾ Série A, n° 275, P1, par. 38.

Ainsi que le soulignait déjà l'avis 30.522/2, précité, donné sur l'avant-projet de loi "relatif aux témoins anonymes",

"... il semble ressortir de la jurisprudence de la Cour européenne qu'elle se montre particulièrement exigeante quant au respect du principe du procès équitable, lorsque les témoins bénéficiant de l'anonymat complet sont des policiers ⁽¹⁹⁾ ou des indicateurs occultes ⁽²⁰⁾ ... Si, l'indicateur ne peut être assimilé à un policier, il ne peut davantage l'être à un citoyen ordinaire témoignant de façon occasionnelle, son rôle étant par définition d'aider dans la plus grande discrétion les services policiers dans la recherche de preuves des infractions et des auteurs de celles-ci. Le projet doit, dès lors, être complété par des règles garantissant les droits de la défense lorsque le témoin anonyme est un indicateur ...".

Si, dans l'affaire Doorson du 26 mars 1996, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas condamné le recours à des indicateurs occultes lors de l'instruction préparatoire, elle a exigé cependant que les droits de la défense puissent s'exercer sans être mis en péril. Selon l'arrêt, il faut, en effet, que les obstacles auxquels peuvent se heurter les droits de la défense soient compensés par le recours à une procédure au cours de laquelle les avocats de la défense doivent avoir la possibilité de poser des questions à ces indicateurs et de mettre en doute leur fiabilité. La Cour semble également prendre en considération le fait que le juge d'instruction ait un accès à l'identité des indicateurs.

Or, l'avant-projet de loi est ambigu par rapport au problème de l'anonymat des indicateurs. Ou bien ces personnes tombent dans le champ d'application du projet de loi relatif aux témoins anonymes, et il est fait référence aux observations formulées à ce sujet dans l'avis 30.522/2, précité, ou bien, il faut interpréter l'article 47decies, § 4, en projet, du Code d'instruction criminelle comme habilitant le Roi à déterminer un régime spécifique d'anonymat pour les indicateurs, ce qui est inadmissible pour les raisons exposées ci-avant.

⁽¹⁹⁾ Voir notamment l'affaire Van Mechelen contre les Pays-Bas du 23 avril 1997, Rev. trim. dr. h., 1998, p. 145.

⁽²⁰⁾ Voir notamment l'affaire Doorson contre les Pays-Bas du 26 mars 1996, Rec. C.E.D.H., 1996, II, 446.

2. L'interdiction des provocations policières

Selon l'article 47quater, en projet, du Code d'instruction criminelle :

"Dans le cadre de l'exécution d'une méthode particulière de recherche, un fonctionnaire de police ne peut amener un inculpé à commettre d'autres infractions que celles qu'il avait l'intention de commettre.

En cas de violation de l'alinéa précédent, la nullité de l'acte entaché par celle-ci et la nullité d'une partie ou de l'ensemble de la procédure qui en découle sont prononcées."

La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion, à deux reprises, de juger de la compatibilité de certaines formes de provocation policière avec les principes du procès équitable.

a) Dans l'affaire Lüdi contre la Suisse du 15 juin 1992 ⁽²¹⁾, il s'agit d'un ressortissant suisse qui avait été condamné pour un trafic illicite de stupéfiants grâce à des écoutes téléphoniques et à la réalisation d'une opération "sous couverture" mettant en présence le sieur Lüdi et un policier de l'unité anti-drogue désigné sous le pseudonyme de "Toni" et souhaitant se procurer de la cocaïne.

Devant les juridictions suisses, le sieur Lüdi soutenait qu'il avait été piégé et sollicitait sa confrontation avec le policier, son pseudo-acheteur. Cette audition du policier a cependant été refusée au motif principalement de garantir son anonymat et compte tenu du nombre suffisant d'éléments à charge, notamment les procès-verbaux d'écoutes téléphoniques, les rapports de l'agent "Toni" et les aveux d'autres co-inculpés.

La Cour européenne des droits de l'homme a jugé en l'espèce que le recours à un agent agissant dans le cadre d'une opération "sous couverture", ne touche ni en soi, ni par sa combinaison avec des écoutes téléphoniques, à la sphère de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention. Elle souligne également que, dès le moment où le sieur

⁽²¹⁾ Série A, n° 238; Rev. trim. dr. h., 1993, observations de Ch. De Valkeneer "L'infiltration et la Convention européenne des droits de l'homme", pp. 309 et suiv.

Lüdi a accepté de procurer de la drogue à l'agent "sous couverture", il devait se rendre compte qu'il accomplissait un acte criminel et que, dès lors, il risquait d'être l'objet de pratiques "sous couverture". La Cour ne condamne donc pas le recours à ce type d'opérations dans le cadre d'une enquête.

Par contre, la Cour se montre plus stricte quant au respect de l'article 6, §§ 1^{er} et 3, d), de la Convention, en situant son contrôle du point de vue de l'administration des preuves recueillies au moyen de ces techniques. Le sieur Lüdi invoquait notamment une violation de ces dispositions au motif qu'en refusant de procéder à l'audition de l'agent, les juridictions suisses l'avaient privé de la possibilité d'établir que son comportement délictueux a été déterminé et influencé par l'activité de l'agent "sous couverture".

A cet égard, la Cour juge effectivement que le refus d'audition de cet agent a constitué une atteinte aux droits de la défense du requérant qui n'a, en conséquence, pas bénéficié d'un procès équitable.

L'arrêt ajoute que la Cour est attentive aux impératifs d'anonymat avancés par le Gouvernement suisse mais estime que cela ne doit pas empêcher d'entendre l'agent en ayant recours à des moyens appropriés.

Dans son ouvrage consacré à "la tromperie dans l'administration de la preuve pénale", Ch. De Valkeneer⁽²²⁾ souligne à ce propos que :

"... l'audition ne vise pas tant à évaluer les déclarations du témoin anonyme en ce qu'elles fondent la preuve d'une infraction, mais à apprécier l'existence ou non d'une provocation à commettre l'infraction poursuivie. En matière d'opération sous couverture, ..., c'est là que réside une grande partie de l'enjeu de pareille audition."

⁽²²⁾ Ed. Larcier, 2000, p. 389.

b) Dans l'affaire Teixeira de Castro et consorts contre le Portugal du 9 juin 1998 ⁽²³⁾, il s'agissait de deux policiers portugais entrant en contact, sans révéler leur identité réelle, avec un tiers soupçonné de vendre de petites quantités de haschich, l'objectif étant de démasquer le ou les fournisseurs.

Ce tiers ne parvenant pas à satisfaire leur demande, les policiers lui firent part de leur intention d'acheter de l'héroïne en exhibant une liasse de billets de banque. Ce tiers, via d'autres personnes, mit alors les policiers en contact avec le sieur Teixeira de Castro, lequel finit par leur procurer la quantité d'héroïne souhaitée.

Devant les juridictions portugaises, l'intéressé fit valoir qu'il avait été victime d'une provocation policière sans laquelle il n'aurait pas commis l'acte délictueux pour lequel il a été condamné.

Le Gouvernement portugais soutint devant la Cour européenne des droits de l'homme que compte tenu du fait que le requérant a répondu très rapidement aux sollicitations des policiers, ceux-ci se sont bornés à révéler une intention criminelle latente.

La Cour européenne a rappelé, dans un premier temps, sa jurisprudence classique suivant laquelle la recevabilité des modes de preuve relève des règles de droit interne, les juridictions nationales étant compétentes pour apprécier les éléments de preuve ainsi recueillis. Mais, la Cour a jugé également qu'il lui appartient de rechercher si, dans son ensemble, la procédure pénale a revêtu un caractère équitable.

Sans condamner le recours à des techniques d'investigation mettant en oeuvre des policiers "sous couverture" lorsque la nature de l'infraction le justifie, la Cour énonce cependant les conditions qui doivent être respectées dans cette hypothèse :

"L'intervention d'agents infiltrés doit être circonscrite et entourée de garanties même lorsqu'est en cause la répression du trafic de stupéfiants. En effet, si l'expansion de la délinquance organisée commande à n'en pas douter l'adoption de mesures appropriées, il n'en demeure pas moins, que dans une société

⁽²³⁾ J.L.M.B., 1998, pp. 1149 à 1156 et note de F. Kutty, "Lorsque Strasbourg déclare que la provocation policière vicie ab initio et définitivement tout le procès pénal", pp. 1155 et 1156.

démocratique, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente (arrêt Delcourt/Belgique, du 17 janvier 1970, série A, n° 11, p. 15, paragraphe 25) qu'on ne saurait le sacrifier à l'opportunité. Les exigences générales d'équité consacrées à l'article 6 s'appliquent aux procédures concernant tous les types d'infraction criminelle, de la plus simple à la plus complexe. L'intérêt public ne saurait justifier l'utilisation d'éléments recueillis suite à une provocation policière."

Cette affaire n'est pas comparable, selon la Cour à celle tranchée dans son arrêt du 15 juin 1992, Lüdi c. la Suisse, et cela pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, à la différence de l'affaire Lüdi, l'opération menée par les policiers portugais n'a pas été ordonnée et contrôlée par un magistrat; d'autre part, la police portugaise ne disposait pas d'indices indiquant que le Sieur Teixeira de Castro se livrait à un trafic de stupéfiants, son casier judiciaire étant vierge; enfin, il ne ressortait pas du dossier qu'au moment de son arrestation, l'intéressé détenait une quantité de drogue plus importante que celle qui avait été réclamée par les agents portugais.

La Cour conclut :

"De ces circonstances, il faut déduire que les deux policiers ne se sont pas limités à examiner d'une manière purement passive l'activité délictueuse de monsieur Teixeira de Castro mais ont exercé une influence de nature à l'inciter à commettre l'infraction.

Enfin, la Cour note que, pour motiver la condamnation du requérant, les juridictions internes ont tenu compte essentiellement des déclarations des deux agents de police.

Sur la base de l'ensemble de ces considérations, la Cour conclut que l'activité des deux policiers a outrepassé celle d'un agent infiltré puisqu'ils ont provoqué l'infraction, et que rien n'indique que, sans leur intervention, celle-ci aurait été perpétrée. Cette intervention et son utilisation dans la procédure pénale litigieuse ont privé *ab initio* et définitivement le requérant d'un procès équitable. Partant, il y a eu violation de l'article 6, paragraphe 1^{er}."

Cet arrêt indique clairement que la Cour condamne la provocation policière lorsque celle-ci amène une personne à commettre une infraction.

c) Selon l'exposé des motifs ⁽²⁴⁾, l'article 47quater, en projet, s'il s'inspire de la législation néerlandaise, tend néanmoins à consacrer la jurisprudence de la Cour de cassation en cause Gaddum ⁽²⁵⁾. Il est cependant permis de s'interroger sur la compatibilité de cette jurisprudence avec celle développée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Teixeira de Castro ⁽²⁶⁾.

Il appartient en conséquence à l'auteur du projet de démontrer que le système envisagé est compatible avec la jurisprudence de la Cour européenne.

Dès lors qu'une provocation policière est intervenue dans le processus d'investigation, les magistrats chargés du contrôle de la régularité de ce processus doivent donc être en mesure d'exercer un véritable contrôle sur les preuves ainsi rassemblées, faute de quoi ils ne pourront se prononcer sur l'existence ou non de l'élément moral de l'infraction, à savoir l'intention criminelle.

d) L'alinéa 2 de l'article 47quater en projet dispose :

"... en cas de violation de l'alinéa précédent, la nullité de l'acte entaché par celle-ci et la nullité d'une partie ou de l'ensemble de la procédure qui en découle sont prononcées."

⁽²⁴⁾ pp. 9 et suiv.

⁽²⁵⁾ Cass. 5 février 1985, en cause Gaddum, Pas., 1985, I, 690. Selon cet arrêt, "lorsque l'intention criminelle est établie dans le chef d'une personne et ce, en dehors de toute influence de l'agent «undercover», ce dernier peut, sans qu'il puisse alors être question de provocation, créer l'occasion de commettre librement un fait punissable dans des conditions telles que la police est à même d'en constater l'exécution". Voir aussi Cass. 7 février 1979, en cause Salermo, Pas., 1979, I, 665, R.D.P., 1979, p. 392, pour qui "la provocation à commettre une infraction consiste soit à faire naître la résolution criminelle, soit à renforcer celle-ci chez celui qui exécutera matériellement l'infraction".

⁽²⁶⁾ Sur la thèse de la non-compatibilité, voir F. Kutu, Observations sous l'arrêt C.E.D.H. du 9 juin 1998, Teixeira de Castro contre le Portugal, "Lorsque Strasbourg déclare que la provocation policière vicie *ab initio* et définitivement tout procès pénal", J.L.M.B., 1998, pp. 1155 et 1156, et Ch. De Valkeneer, "La tromperie dans l'administration de la preuve pénale", Larcier, 2000, p. 425.

Le Conseil d'Etat s'interroge sur le sens de cette disposition, dans la mesure où elle semble impliquer que seule une partie de la poursuite pénale pourrait être frappée de nullité lorsqu'une provocation policière est intervenue dans le processus d'investigation.

Dès lors qu'il est démontré que l'intention criminelle est née de cette provocation, il ne peut être question de la perpétration d'une infraction par la personne ayant accompli l'acte délictueux puisque l'élément moral, dans le chef de cette personne, fait alors défaut. La sanction doit, en conséquence, être l'irrecevabilité absolue des poursuites ⁽²⁷⁾. Il convient à cet égard de rappeler que la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt Teixeira de Castro, précité, a jugé que pareille provocation a eu pour effet de priver "ab initio et définitivement" le requérant d'un procès équitable.

La jurisprudence de la Cour de cassation à laquelle il est renvoyé dans l'exposé des motifs ⁽²⁸⁾ ne semble pas non plus être déterminante en la matière. Ce qui était, en effet, en cause, c'était l'illégalité ou l'irrégularité de certaines des preuves apportées pour étayer l'action publique, ce qui peut conduire à ce que certaines preuves seulement soient écartées en cours de procédure, et non le problème de l'existence ou non de l'élément moral de l'infraction à la suite d'une provocation policière dûment établie.

En conclusion, l'article 47quater en projet du Code d'instruction criminelle doit être fondamentalement repensé à la lumière de ce qui précède.

3. La perpétration d'infractions

a) L'article 47quinquies, § 1^{er}, en projet, du Code d'instruction criminelle interdit aux fonctionnaires de police chargés d'exécuter une méthode particulière de recherche de commettre des infractions dans le cadre de leur mission.

⁽²⁷⁾ Ch. De Valkeneer, op. cit., pp. 295 à 297.

⁽²⁸⁾ p. 13.

Cependant, le paragraphe 2, en projet, de cette même disposition prévoit qu'ils "sont exemptés de peine" lorsque, dans le cadre de leur mission et en vue de la réussite de celle-ci ou afin de garantir leur propre sécurité ou celle d'autres personnes impliquées dans l'opération, ils commettent néanmoins des infractions absolument nécessaires, mais avec l'accord exprès du procureur du Roi.

Ainsi que le soulignent certains auteurs, la commission d'infractions dans le cadre des méthodes particulières de recherche est parfois nécessaire. Toutefois, il convient de distinguer deux catégories de faits délictueux. Si la première catégorie ne soulève pas de problème car il s'agira principalement d'infractions ne lésant pas les droits d'autrui, comme le fait pour le policier d'être titulaire de faux papiers d'identité, la seconde catégorie est plus problématique. En effet,

"... elle rassemble toutes les infractions nécessaires pour atteindre les objectifs poursuivis par l'opération, telles que notamment l'intégration dans une organisation criminelle, la réalisation d'un pseudo-achat en pratiquant des achats-tests ou encore le démantèlement d'une association de malfaiteurs en fournissant à ses membres les moyens en vue de réaliser leurs activités." ⁽²⁹⁾.

L'article 47 quinquies, en projet, du Code d'instruction criminelle vise quant à lui tout type d'infraction. A ce propos, l'exposé des motifs indique que cela tient à plusieurs raisons.

"Tout d'abord, le magistrat indique clairement les délits qui, selon lui, peuvent être autorisés, en les reprenant, dans la mesure du possible et pour autant que ceux-ci soient prévisibles, dans une disposition écrite et séparée. Une deuxième raison réside dans le fait qu'il est pratiquement impossible de prévoir toutes les situations dans lesquelles le fonctionnaire de police peut être amené à commettre inopinément des délits. Il s'ensuit, *a fortiori*, qu'il est pour ainsi dire impossible d'énumérer tous les délits dans une liste exhaustive. Une troisième raison tient au fait que l'exclusion de certains délits, par exemple, tout délit de violence, aurait immédiatement pour conséquence que des organisations criminelles seraient tentées de faire un test (aux Pays-Bas, cela s'appelle «la mise à disposition d'un test à l'hélianthine sur mesure») pour jauger les intentions des nouveaux membres. Dans cette hypothèse, il suffirait alors de demander à l'infiltrant de perpétrer un acte de violence à l'égard d'un tiers pour que celui-ci soit contraint de le refuser, commencerait à manifester un comportement atypique et finirait par être découvert." ⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ Ch. De Valkeneer, op. cit., p. 459.

⁽³⁰⁾ Voir l'exposé des motifs, p. 18.

Il paraît difficilement admissible que l'Etat puisse autoriser ses agents à commettre certains types d'infractions, alors qu'en vertu notamment des articles 2, 3 et 4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, il doit respectivement protéger le droit à la vie de toute personne, interdire la torture, les traitements inhumains et dégradants ainsi que l'esclavage et le travail forcé. En conséquence, le texte en projet devrait, à tout le moins, préciser les infractions qui ne peuvent jamais être commises.

b) L'observation a) formulée ci-dessus s'impose avec d'autant plus de rigueur lorsqu'il s'agit de personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaires de police.

Par ailleurs, aux termes de l'article 47quinquies, § 2, alinéa 2, en projet, du Code d'instruction criminelle, cette cause d'excuse peut également s'appliquer

"... aux personnes qui ont fourni directement une aide ou une assistance nécessaire à l'exécution de cette mission ainsi qu'aux personnes visées à l'article 47octies, § 1^{er}, alinéa 2."

Ceci implique que la cause d'excuse pourrait également être invoquée par une personne n'ayant pas la qualité de fonctionnaire de police, comme l'expert civil ou l'indicateur dont on ignore tout du statut ... S'agissant d'un indicateur ayant lui-même commis des infractions, dans le cadre par exemple de sa participation à une organisation criminelle, la question se pose de savoir s'il pourra se prévaloir de cette cause d'excuse le mettant ainsi à l'abri de toute poursuite judiciaire, étant entendu que l'on puisse considérer que les infractions qu'il a commises soient nécessaires à l'exécution de la mission ?

L'exposé des motifs gagnerait à être plus clair sur ce point.

IV. Des conditions de mise en oeuvre des autres méthodes de recherche et du respect des droits de l'homme

Comme il a été souligné dans l'observation générale II, l'avant-projet de loi opère une distinction entre les méthodes particulières de recherche que sont l'observation, l'infiltration et le recours aux indicateurs et les autres méthodes ("mesures") (particulières)

.../...

d'investigation, lesquelles peuvent notamment être mises en oeuvre dans le cadre des méthodes particulières de recherche. Il s'agit de l'interception du courrier, des contrôles visuels discrets, des écoutes directes, de l'intervention différée ainsi que la collecte de données relatives aux comptes et transactions bancaires.

Compte tenu des atteintes que peuvent engendrer la plupart de ces méthodes ("mesures") (particulières) d'investigation à l'égard de la vie privée et familiale, en ce compris la protection de la correspondance, garantie par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, il convient également de veiller à ce que ces ingérences soient clairement circonscrites dans la loi.

Cette constatation appelle les observations suivantes.

1. De l'interception du courrier

L'article 46ter, en projet, du Code d'instruction criminelle autorise le procureur du Roi à intercepter et saisir "le courrier" d'un suspect lorsqu'il existe des indices sérieux que les infractions peuvent donner lieu à un emprisonnement correctionnel principal d'un an ou à une peine plus lourde.

Selon l'article 29 de la Constitution,

"... le secret des lettres est inviolable. La loi détermine quels sont les agents responsables de la violation du secret des lettres confiées à la poste."

Dans un arrêt du 27 juillet 1999, la Cour de cassation ⁽³¹⁾ a jugé que la protection du secret des lettres ne s'étend pas à un colis postal uniquement du fait qu'il est confié, pour expédition, sous pli ou emballage fermé, à une firme privée, avec mention de l'expéditeur et du destinataire.

⁽³¹⁾ Larcier Cass. n° 1248, Bull. n° 421.

Or, le commentaire de la disposition en projet indique ⁽³²⁾ :

"... le terme «courrier» est pris ici au sens large : courriers ouverts et fermés, cartes postales, imprimés, circulaires, paquets postaux, avis, télégrammes, envois recommandés, courriers transfrontaliers, etc.

Le projet de loi vise uniquement à réglementer les «lettres et petits paquets postaux» traditionnels - la Constitution parle en effet du secret des *lettres*. En ce qui concerne les envois électroniques (e-mails), les articles 90ter et suivants du Code d'instruction criminelle seront applicables."

Ce commentaire semble indiquer que le terme "courrier" a un sens identique à celui de "lettre", mentionné à l'article 29 de la Constitution, alors que l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme se réfère à la notion de "correspondance". Le texte en projet doit, en conséquence, préciser clairement si la notion de "courrier" doit être entendue au sens de l'article 29 de la Constitution ou dans un sens plus large, et ce afin de respecter le principe de prévisibilité de l'article 8, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme.

Par ailleurs, cette mesure d'interception du courrier n'est pas limitée dans le temps et peut directement concerner des personnes soumises au secret professionnel.

La disposition en projet doit également être complétée sur ces points afin d'apporter plus de garanties quant au respect de la vie privée et professionnelle.

2. Des contrôles visuels discrets

L'article 89ter, en projet, du Code d'instruction criminelle autorise les services de police à pénétrer dans un lieu privé à l'insu ou sans le consentement des personnes qui sont propriétaires de ce lieu ou qui l'occupent. Seul le juge d'instruction peut autoriser cette mesure. Celle-ci pourra intervenir

"... s'il existe des indices sérieux que les faits punissables constituent ou constitueraient un délit visé à l'article 90ter, §§ 2, 3 et 4, ou sont commis ou seraient commis dans le cadre d'une organisation criminelle telle que définie à l'article 324bis du Code pénal."

⁽³²⁾ p. 39.

Cette mesure peut uniquement avoir lieu aux fins :

- "1° d'inspecter ce lieu et de s'assurer de la présence éventuelle de choses qui forment l'objet d'une infraction, qui ont servi ou qui sont destinées à en commettre une ou qui ont été produites par une infraction, des avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, des biens et valeurs qui leur ont été substitués et des revenus de ces avantages investis;
- 2° d'en réunir les preuves;
- 3° d'installer dans le cadre d'une observation un moyen technique visé à l'article 47sexies, § 1^{er}, alinéa 3."

Il s'agit ainsi de permettre à des policiers de pénétrer en secret dans un lieu privé à des fins d'investigation et d'y installer, notamment dans le cadre d'une observation, un moyen technique, sans devoir recourir à un mandat de perquisition.

Selon l'exposé des motifs,

"... il peut s'agir, par exemple d'installer une caméra vidéo ou un détecteur de mouvement dans un hangar afin d'y constater la présence ou le déplacement de personnes ou de pénétrer dans un entrepôt pour y placer un micro-émetteur sur un conteneur." ⁽³³⁾.

La mesure ainsi décrite est une atteinte grave à la protection de la vie privée et familiale (article 22 de la Constitution et article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme) et à l'inviolabilité du domicile (article 15 de la Constitution et article 8 de la Convention), de sorte qu'elle doit, en conséquence, être entourée de garanties précises, à l'instar de ce qui existe pour les écoutes téléphoniques.

Le Conseil d'Etat n'aperçoit pas pour quelle raison le principe de subsidiarité ne constitue pas une condition à la mise en oeuvre d'une telle mesure d'investigation, alors que tel est le cas pour les écoutes téléphoniques qui ne pourront être autorisées, selon l'article 90ter, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, que si les nécessités de l'instruction l'exigent et que si les autres moyens d'investigation ne suffisent pas à la manifestation de la vérité.

⁽³³⁾ p. 42.

Comme il a déjà été relevé dans l'observation générale II, le principe de subsidiarité sera respecté lorsque le contrôle visuel discret s'insère dans le cadre d'une méthode particulière de recherche comme l'observation. Mais ce contrôle semble également pouvoir intervenir en dehors du contexte d'une méthode particulière de recherche. En conséquence, la disposition en projet doit être complétée sur ce point.

Alors que l'article 90ter, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle précise bien les différentes catégories de personnes susceptibles de faire l'objet d'une écoute téléphonique ainsi que les lieux qui peuvent être concernés par un tel dispositif, l'article 89ter en projet n'apporte aucune précision à ce propos, autorisant ainsi une violation du domicile de quiconque.

Par ailleurs, le texte en projet est peu précis quant au contenu de l'ordonnance établie par le juge d'instruction, alors que l'article 90quater du Code d'instruction criminelle contient à ce propos des exigences précises.

Le texte en projet est aussi silencieux sur la durée pendant laquelle peut s'exécuter une telle mesure, notamment si elle intervient en dehors du contexte d'une méthode particulière de recherche, de même qu'il n'organise pas la manière dont les constatations faites par les services de police seront consignées dans des procès-verbaux, ni les précautions à prendre pour communiquer intacts et complets au juge d'instruction les éventuels enregistrements réalisés au moyen d'une caméra vidéo ou d'un micro. En outre, il ne précise aucunement les circonstances dans lesquelles ces renseignements seront conservés ou détruits en cas d'absence de poursuite.

Enfin, le texte en projet est également lacunaire, d'une part, sur les possibilités qu'auront le prévenu, la partie civile ou leurs conseils de prendre connaissance des enregistrements, s'il y en a, ainsi que des procès-verbaux établis dans le cadre de cette mesure d'investigation et, d'autre part, sur l'incidence d'une telle violation du domicile lorsqu'elle concerne une personne soumise au secret professionnel.

La disposition en projet, telle qu'elle est rédigée, n'est donc pas en conformité avec les exigences de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et doit être fondamentalement repensée.

.../...

V. Des rôles respectifs du juge d'instruction et du parquet dans la mise en oeuvre des méthodes particulières de recherche et des autres méthodes de recherche ("d'enquête") (mesures particulières d'investigation)

1. Dans le cadre des méthodes particulières de recherche

a) Selon l'article 47ter, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, du Code d'instruction criminelle, il revient au ministère public de contrôler la mise en oeuvre par les services de police des méthodes particulières de recherche, et ce tant dans le cadre d'une information que d'une instruction. Lorsque les méthodes particulières de recherche sont mises en oeuvre au stade de l'information, en ce compris dans le cadre d'une enquête proactive, c'est le procureur du Roi qui délivre aux services de police concernés les autorisations nécessaires, c'est-à-dire l'autorisation de procéder à une observation ou à une infiltration. Il lui appartient de même de déterminer dans une ordonnance les infractions qui pourront être commises par les services de police dans le cadre de la mission.

Ces autorisations ainsi que les ordonnances sont versées dans des dossiers confidentiels, visés aux articles 47septies, en projet, et 47novies, en projet, du Code d'instruction criminelle et dont le procureur du Roi assure la conservation. Sont également joints à ces dossiers confidentiels les rapports faits par les officiers de police judiciaire détaillant la réalisation des observations et des infiltrations.

Quant à l'article 56bis, en projet, du Code d'instruction criminelle, il précise que le juge d'instruction est également habilité à délivrer des autorisations par lesquelles il décide de recourir aux méthodes particulières de recherche. Par dérogation à l'article 56, § 1^{er}, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle, ces méthodes seront cependant exécutées par le procureur du Roi. C'est aussi le procureur du Roi qui déterminera, dans une ordonnance, les infractions qui pourront être commises par les services de police dans le cadre de l'autorisation délivrée par le juge d'instruction.

Il en découle que le juge d'instruction n'a plus totalement la maîtrise de son instruction alors que l'article 56 du Code d'instruction criminelle précise qu'il est responsable de l'instruction qu'il doit mener à charge et à décharge, qu'il doit également veiller à la légalité des moyens de preuve ainsi qu'à la loyauté avec laquelle ils sont rassemblés et qu'il peut poser lui-même les actes qui relèvent de la police judiciaire, de l'information et de l'instruction.

Par ailleurs, les rapports des officiers de police judiciaire chargés de la réalisation des opérations d'observation et d'infiltration ainsi que les rapports reprenant les informations obtenues d'indicateurs sont directement communiqués au procureur du Roi qui les joint au dossier confidentiel, le juge d'instruction ayant accès audit dossier mais ne pouvant en aucun cas faire mention du contenu de ce dossier dans le cadre de son instruction (article 56bis, alinéa 3, en projet, du Code d'instruction criminelle).

Aux termes de l'article 47undecies, en projet, du Code d'instruction criminelle, lorsque le procureur du Roi a fait usage de méthodes particulières de recherche dans le cadre de son information et qu'il souhaite engager des poursuites, "il requiert, dans tous les cas, le juge d'instruction en vue du rapport à la chambre du conseil".

Selon le commentaire de cette disposition :

"... le juge d'instruction ne peut toutefois pas décider de poursuivre l'instruction: il peut uniquement suivre la procédure normale qu'il suivrait lorsque l'instruction est terminée." ⁽³⁴⁾.

L'ensemble de ces dispositions du projet témoigne de la volonté d'accorder au procureur du Roi une place centrale dans le contrôle du déroulement des enquêtes pénales ayant recours aux méthodes particulières de recherche, et ce au détriment du juge d'instruction, alors que les récentes réformes du Code d'instruction criminelle (Loi Franchimont) ont confirmé ce magistrat instructeur

"... dans son rôle de garant des droits des parties dans un Etat de droit. Il est ainsi le premier interlocuteur des acteurs du procès pénal dans sa phase préparatoire, qu'il s'agisse des inculpés, de la partie civile ou de la victime, des membres du parquet ou des services de police." ⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ Voir le commentaire des articles, p. 59.

⁽³⁵⁾ H.-D. Bosly et D. Vandermeersch, "Droit de la procédure pénale", éd. La Charte, 1999, p. 342.

Il convient que l'exposé des motifs justifie ce changement d'orientation par rapport aux évolutions législatives récentes telles que, par exemple, la loi du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées, laquelle confère au juge d'instruction un rôle central.

b) Par ailleurs, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas la cohérence du système proposé avec l'article 28quater, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle, en vertu duquel la saisine du juge d'instruction a pour conséquence de priver le ministère public de son pouvoir d'investigation propre qu'il possède dans le cadre de l'information. Selon cette disposition, il est interdit au procureur du Roi de poser, durant l'instruction, des actes d'information qui porteraient sciemment atteinte aux prérogatives du juge d'instruction saisi.

Comme le soulignent à ce propos MM. Bosly et Vandermeersch,

"... on a voulu ainsi proscrire toute enquête parallèle dès lors que l'affaire était à l'instruction. Il importe en effet que les terrains d'action respectifs des magistrats soient clairement définis afin d'éviter les doubles emplois, les empiètements de compétences ou encore les rivalités et concurrences qui ne peuvent qu'être sources d'incidents ou dysfonctionnements, nuisibles à une bonne administration de la justice ..." ⁽³⁶⁾.

Par contre, les dispositions en projet peuvent avoir pour effet de permettre au procureur du Roi de mener une information dans le cadre même d'une instruction. Les pouvoirs donnés au procureur du Roi dans ce contexte paraissent trop larges, car ils ne tiennent pas suffisamment compte des compétences propres du magistrat instructeur.

⁽³⁶⁾ Ibid., p. 369.

Il ressort par ailleurs du commentaire de l'article 56bis, en projet, du Code d'instruction criminelle :

"... le juge d'instruction dispose d'un contrôle de son instruction et qu'il constitue l'instance ultime qui détermine si une technique particulière de recherche doit ou non être appliquée. C'est lui qui accorde l'autorisation et fixe les conditions d'application de la technique, qui dispose du pouvoir de modifier, compléter, prolonger ou de mettre fin à l'autorisation comme il l'entend et qui en définitive détient toute l'autorité sur les dossiers." ⁽³⁷⁾.

Le dispositif de l'article 56bis en projet ne traduit cependant pas cette intention.

c) Un problème semblable de cohérence se pose en ce qui concerne le pouvoir du juge d'instruction de requérir directement les services de police et de leur confier des missions dans le cadre des instructions qu'il mène (article 56, §§ 2 et 3, du Code d'instruction criminelle).

Lorsqu'il s'agira d'exécuter des méthodes particulières de recherche autorisées par un juge d'instruction, sera-ce le procureur du Roi qui déterminera les services de police chargés de ces opérations ?

Les textes en projet semblent également exclure une relation directe entre le magistrat instructeur et les services de police chargés de la mise en oeuvre des méthodes particulières de recherche.

Comment ce même magistrat pourra-t-il dans ces conditions diriger une instruction et s'assurer de la fiabilité des renseignements qui lui sont communiqués par le biais des dossiers confidentiels ainsi que de la légalité des moyens de preuve ainsi obtenus ?

d) De manière plus fondamentale, l'article 56bis, alinéa 3, en projet, du Code d'instruction criminelle dispose que :

"... le juge d'instruction a le droit de consulter à tout moment le dossier confidentiel concernant l'exécution de la méthode particulière de recherche qu'il a ordonnée, sans pouvoir en faire mention du contenu dans le cadre de son instruction."

⁽³⁷⁾ Voir en ce sens le commentaire des articles, p. 59.

Interprétée à la lettre, cette disposition interdirait au juge d'instruction de faire état dans le dossier d'instruction d'irrégularités qu'il a constatées dans la mise en oeuvre des méthodes particulières de recherche ainsi que dans l'obtention illégale de certaines preuves. Le juge d'instruction ne pourrait ainsi plus instruire à décharge... Cette interdiction sera plus particulièrement problématique lorsque les services de police auront eu recours à des provocations.

Il faut en inférer que si le juge d'instruction ne peut faire mention de ces provocations ou illégalités éventuelles dans le dossier d'instruction, il ne lui est plus possible de mener à bien une instruction. L'article 56bis, en projet, implique ainsi non seulement une dérogation à l'article 56, § 1^{er}, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle, mais également aux autres principes que contient cette disposition, dont notamment celui qui constitue un principe fondamental de l'instruction et qui exige qu'une instruction soit menée à charge et à décharge.

e) Enfin, en vertu de l'article 59 du Code d'instruction criminelle, le juge d'instruction peut, dans tous les cas de flagrant délit ou réputés tels, se saisir des faits et poser directement les actes relevant de la compétence du procureur du Roi.

Dès lors que l'avant-projet de loi ne modifie pas cette disposition, il est permis de se demander si le juge d'instruction pourra, dans le cas du flagrant délit, décider et faire exécuter lui-même les méthodes particulières de recherche ?

f) En conclusion, eu égard aux observations de fond formulées ci-dessus, l'avant-projet de loi doit être revu afin d'explicitier davantage les rôles respectifs du ministère public et du juge d'instruction, faute de quoi le principe d'une bonne administration de la justice risque d'être sérieusement mis à mal.

2. Dans le cadre des autres méthodes de recherche ("d'enquête") (mesures particulières d'investigation)

a) Des écoutes directes.

L'article 12 du projet complète l'article 90quater, § 3, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle afin que les noms des agents de police judiciaire chargés de pénétrer dans un lieu privé, en ce compris un domicile, à l'insu ou sans le consentement des personnes occupant ce lieu, et d'y placer un moyen technique permettant l'écoute, la prise de connaissance ou l'enregistrement direct de communications ou télécommunications privées, ne soient pas communiqués au juge d'instruction.

Il ressort du commentaire de cette disposition que

"... ce principe est compréhensible et il peut difficilement en être autrement étant donné que ces agents seront le plus souvent des membres particuliers des unités spéciales de la police fédérale (en effet, les fonctionnaires de police ne jouissent pas tous d'une formation technique efficace pour mener à bien ce type de mission), dont les noms doivent, pour des raisons de sécurité et en vue d'éviter les représailles, être tenus secrets et ne peuvent par conséquent pas être repris dans le procès-verbal." ⁽³⁸⁾.

Que l'anonymat de ces personnes soit préservé dans le cadre des données figurant au dossier répressif, peut être admissible sous certaines conditions, eu égard à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il n'est, par contre, pas admissible que cet anonymat soit également de règle vis-à-vis du juge d'instruction : ce n'est pas compatible avec la responsabilité qui incombe à celui-ci de mener une instruction à charge et à décharge et de pouvoir, à cette fin, vérifier la légalité des moyens de preuve et donc la fiabilité des personnes qui lui ont procuré ces preuves.

⁽³⁸⁾ Voir le commentaire des articles, p. 65.

b) De la récolte de données concernant les comptes bancaires et les transactions bancaires.

S'agissant d'une ingérence dans le patrimoine des personnes et donc dans leur vie privée, il appartient à l'auteur du projet d'apprécier s'il ne convient pas que ce soit un juge d'instruction, et non le procureur du Roi, qui donne son autorisation à la récolte de ces données bancaires. D'une part, de tels renseignements sont actuellement déjà recueillis soit dans le cadre d'une perquisition dans une institution bancaire, soit sur la base d'un simple réquisitoire du juge d'instruction ⁽³⁹⁾. D'autre part, le projet lui-même charge le juge d'instruction d'intervenir lorsqu'il y a intrusion dans la vie privée, notamment par la décision d'ouvrir le courrier intercepté (voir article 88sexies, en projet).

Le recours au juge d'instruction pourrait s'avérer d'autant plus adéquat que l'utilisation d'une mesure particulière d'investigation visée à l'article 46quater, en projet, ne s'inscrit pas nécessairement dans le cadre d'une méthode particulière de recherche, qu'elle peut, dès lors, être utilisée en vue de rechercher n'importe quelle infraction punie d'un emprisonnement d'un an ou plus et qu'elle n'est pas soumise aux principes de subsidiarité et de proportionnalité.

VI. Du contrôle opéré sur les méthodes particulières de recherche

Selon l'exposé des motifs,

"... étant donné que l'application des techniques particulières de recherche peut porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux ainsi qu'à des principes fondamentaux de la procédure pénale, il est préférable de confier le contrôle spécifique de cette application à une autorité autre que celle qui exécute l'opération proprement dite (les services de police) ou qui en assume la responsabilité immédiate (le ministère public et le juge d'instruction).

⁽³⁹⁾ H.-D. Bosly et D. Vandermeersch, op. cit., p. 404.

Le projet de loi prévoit un certain nombre de possibilités. Tout d'abord, il opte pour l'attribution de cette compétence de contrôle aux juridictions d'instruction. Ce choix n'est pas le fruit du hasard. Il correspond parfaitement aux articles du Code d'instruction criminelle relatifs au filtrage des causes de nullité : les articles 131 (filtrage effectué par la chambre du conseil) et 235bis (filtrage effectué par la chambre des mises en accusation). Le projet de loi ne prévoit aucune procédure spécifique ..." ⁽⁴⁰⁾.

Les auteurs de l'avant-projet de loi s'en remettent ainsi à la procédure existante devant les juridictions d'instruction pour ce qui concerne le contrôle des informations ou des instructions au cours desquelles des méthodes particulières de recherche ont été mises en oeuvre.

Seules deux adaptations du Code d'instruction criminelle sont envisagées. Tout d'abord, l'article 47undecies, en projet, contraint le procureur du Roi à requérir le juge d'instruction en vue du rapport à la chambre du conseil lorsqu'il décide d'engager des poursuites sur la base d'une information au cours de laquelle il a autorisé le recours à des méthodes particulières de recherche. Ensuite, l'article 235bis du Code est modifié afin de permettre à la chambre des mises en accusation d'entendre, en dehors de la présence des parties, le juge d'instruction et l'officier de police judiciaire chargé de diriger l'exécution des méthodes particulières de recherche; cet article est également modifié afin que les parties ne puissent plus se prévaloir devant le juge du fond d'un moyen touchant à l'ordre public et concernant des irrégularités, des omissions ou des causes de nullité qui ont déjà été débattues devant la chambre des mises en accusation.

Toutefois, il est permis de se demander si la procédure existante et les adaptations précitées sont suffisantes pour permettre un contrôle effectif des instructions et des informations ayant eu recours aux méthodes particulières de recherche.

A ce sujet, le projet à l'examen appelle les observations qui suivent.

⁽⁴⁰⁾ Voir l'exposé des motifs, p. 33.

1. Du contrôle du juge d'instruction et de la chambre du conseil

a) Comme il vient d'être souligné, le procureur du Roi ne peut saisir directement la juridiction répressive lorsqu'il décide de poursuivre. Le juge d'instruction doit, dans cette hypothèse, faire rapport à la chambre du conseil. Il ressort de l'exposé des motifs que le juge d'instruction ne peut, dans ce cas, poursuivre une instruction et doit se contenter de suivre la procédure prévue pour la fin de l'instruction⁽⁴¹⁾.

Le Conseil d'Etat n'aperçoit pas comment concilier l'article 47undecies en projet avec, notamment, l'article 127 du Code d'instruction criminelle.

Conformément à cette dernière disposition, le juge d'instruction assume devant la chambre du conseil la responsabilité de son instruction. C'est également lui qui est saisi des demandes de l'inculpé et de la partie civile concernant l'accomplissement d'actes d'instruction complémentaires, conformément à l'article 61quinquies du Code d'instruction criminelle.

L'article 47undecies, en projet, pose donc problème dans la mesure où, devant la chambre du conseil, il fait assumer au juge d'instruction l'information menée par le procureur du Roi, alors qu'il ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation par rapport à celle-ci et qu'il n'a pas et ne pourra pas avoir accès aux dossiers confidentiels relatant le déroulement des méthodes particulières de recherche ordonnées par le procureur du Roi.

Compte tenu de l'imprécision de l'article 47undecies, en projet, et de la nouveauté du mécanisme qu'il consacre, le Conseil d'Etat s'interroge sur le rôle réel du juge d'instruction par rapport au contrôle de l'information menée par le procureur du Roi. En effet, les textes en projet ne laissent aucun pouvoir d'appréciation au juge d'instruction.

b) Par ailleurs, selon l'article 127, alinéa 7, du Code d'instruction criminelle, la chambre du conseil statue sur le rapport du juge d'instruction, le procureur du Roi, la partie civile et l'inculpé étant entendus. Or, en l'espèce, la chambre du conseil statuera principalement sur la régularité de l'information menée par le procureur du Roi qui ne peut, dans ces conditions, être simplement entendu comme une autre partie au procès.

⁽⁴¹⁾ Voir l'exposé des motifs, p. 36.

Enfin, le texte en projet ne prévoit pas que la chambre du conseil pourrait prendre connaissance du "dossier confidentiel" relatant les opérations menées dans le cadre des méthodes particulières de recherche ni entendre les officiers de police judiciaire chargés de la direction de ces opérations, comme le prévoit l'article 235bis en projet pour la chambre des mises en accusation.

Il est, dès lors, permis de se demander comment la chambre du conseil pourra s'assurer, conformément à l'article 131 du Code d'instruction criminelle, que l'information menée par le procureur du Roi n'est pas affectée d'irrégularités ou de causes de nullité concernant un acte posé dans le cadre de cette information ou concernant la manière dont les preuves de l'infraction ont été recueillies. Cette observation vaut également lorsque la chambre du conseil est appelée à se prononcer sur la régularité d'une instruction menée directement par le juge d'instruction et au cours de laquelle des méthodes particulières de recherche ont été mises en oeuvre. Comme il a déjà été observé, l'article 56bis, en projet, prévoit dans ce cas que le juge d'instruction, s'il a le droit de consulter le dossier confidentiel concernant l'exécution de la méthode particulière de recherche qu'il a ordonnée, ne peut cependant faire mention de son contenu dans le cadre de son instruction.

D'une manière générale, et contrairement à ce que laisse entendre l'exposé des motifs, les dispositions du Code d'instruction criminelle régissant la procédure devant la chambre du conseil semblent donc devoir être revues, afin de permettre tant au juge d'instruction qu'à la chambre du conseil d'exercer un contrôle effectif de régularité dans le cadre de la procédure particulière que consacre l'article 47undecies en projet.

3. Du contrôle de la chambre des mises en accusation

La chambre des mises en accusation intervient soit sur la base de l'article 135 du Code d'instruction criminelle, soit sur la base des articles 136, 136bis et 235bis du même Code.

a) En vertu de l'article 135 du Code précité, elle connaît des appels interjetés par le ministère public, la partie civile ou l'inculpé concernant les ordonnances de la chambre du conseil.

.../...

Tout comme pour la chambre du conseil, l'avant-projet de loi ne semble pas permettre à la chambre des mises en accusation d'avoir accès au "dossier confidentiel" relatant les méthodes particulières de recherche. La chambre des mises en accusation n'a pas non plus la possibilité d'entendre les officiers de police judiciaire chargés de la direction des opérations, cette audition ne pouvant avoir lieu que dans le contexte des articles 136, 136bis et 235bis du Code d'instruction criminelle.

b) Conformément à l'article 136, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, la chambre des mises en accusation est également chargée du contrôle des instructions et peut, à cette fin, demander des rapports sur l'état des affaires ainsi que prendre connaissance des dossiers. La question se pose à nouveau de savoir si la chambre des mises en accusation pourra avoir accès à un "dossier confidentiel" dans le cadre de l'exercice de cette compétence. Le projet ne prévoit pas non plus que la chambre des mises en accusation pourra avoir accès à un tel dossier lorsqu'elle est amenée à se prononcer sur la régularité de la procédure dans le cadre de l'article 235bis du même Code.

c) Pour toutes les affaires sur lesquelles la chambre du conseil n'a pas statué dans l'année à compter du premier réquisitoire, l'article 136bis du Code d'instruction criminelle autorise le procureur général à prendre des réquisitions devant la chambre des mises en accusation, s'il l'estime nécessaire pour le bon déroulement de la procédure, la légalité ou la régularité de celle-ci. La chambre des mises en accusation peut, dans ce cas, prendre les mesures prévues aux articles 136, 235 et 235bis du Code d'instruction criminelle.

Il y a lieu de constater que le projet ne confère pas de véritable pouvoir de contrôle à la chambre des mises en accusation sur l'utilisation des méthodes particulières de recherche, étant donné qu'elle ne semble pas avoir accès au dossier confidentiel.

Par ailleurs, il ressort de l'exposé des motifs :

"L'article 136bis répond plus particulièrement à la situation dans laquelle une instruction, au cours de laquelle des techniques (lire : "méthodes") particulières de recherche sont utilisées, dure assez longtemps (parfois des années) et qu'il est nécessaire de savoir, dans l'intervalle, si les techniques utilisées ont été mises en oeuvre de manière régulière d'après la chambre des mises en accusation. L'article 136bis offre la possibilité au ministère public de requérir, de son propre chef ou, ce qui sera probablement plus souvent le cas, à la demande expresse du juge

.../...

d'instruction, la chambre des mises en accusation de se prononcer également dans l'intervalle sur la régularité des techniques (lire : "méthodes") particulières de recherche mise en oeuvre. De cette manière, on évite que les irrégularités qui auraient été commises au tout début de l'instruction se grangrènent, se disséminent et prolifèrent (lire "prolifèrent") de manière incontrôlée tout au long de l'instruction pour ne pouvoir finalement être filtrées que lors du règlement de procédure." ⁽⁴²⁾.

Seul le procureur général pourrait ainsi saisir la chambre des mises en accusation aux fins d'opérer un contrôle sur la régularité des méthodes particulières de recherche. Dès lors que le juge d'instruction doit recourir à l'intervention du procureur du Roi pour l'exécution des méthodes particulières de recherche qu'il a autorisées dans le cadre de ses instructions et dès lors que ce juge n'a pas la maîtrise de la manière dont le procureur du Roi exécute ses autorisations, il serait cohérent que le juge d'instruction puisse directement saisir la chambre des mises en accusation, sans devoir passer par le procureur général, afin que la chambre des mises en accusation puisse opérer un contrôle sur la mise en oeuvre des méthodes particulières de recherche autorisées dans le cours d'une instruction.

d) En conclusion, la procédure en projet prévue devant la chambre des mises en accusation soulève les mêmes critiques que celles adressées à la procédure devant le juge d'instruction et la chambre du conseil.

Le projet doit être fondamentalement repensé sur ce point.

VII. Du droit à un procès équitable

L'avant-projet de loi est particulièrement peu explicite tant sur le sort qui sera réservé aux différents renseignements obtenus à la suite de la mise en oeuvre des méthodes particulières de recherche que sur leur accessibilité par les parties au procès.

Selon l'article 47ter, § 1^{er}, en projet du Code d'instruction criminelle, les méthodes particulières de recherche sont mises en oeuvre dans le cadre d'une information ou d'une instruction

⁽⁴²⁾ Voir l'exposé des motifs, p. 34.

"... en vue de rechercher les crimes ou délits qui ont été ou qui seront commis, les auteurs et les preuves ainsi que de collecter et de traiter, dans ce cadre, des données et des informations."

La formulation de cette disposition est assez proche de celle de l'article 28bis, § 2, du Code d'instruction criminelle qui définit l'enquête proactive comme consistant en

"... la recherche, la collecte, l'enregistrement et le traitement de données et d'informations sur la base d'une suspicion raisonnable que des faits punissables vont être commis ou ont été commis mais ne sont pas encore connus ...".

Ces textes restent cependant silencieux sur la manière dont seront traitées ces informations et dans quelles conditions elles seront utilisées lors du procès pénal.

1. Des données recueillies dans le cadre d'une observation ou d'une infiltration

a) Tant pour l'observation que pour l'infiltration, les dispositions en projet obligent les services de police à adresser au procureur du Roi des rapports sur les différentes phases de l'opération. Comme il a déjà été souligné, ces rapports sont directement communiqués au procureur du Roi qui les verse dans un dossier confidentiel couvert par le secret professionnel.

Des procès-verbaux doivent également être établis par les services de police sur les différentes phases de l'exécution de l'observation ou de l'infiltration sauf

"... si la protection des moyens techniques et des techniques d'enquête policière utilisés ou la garantie de la sécurité et de l'anonymat de l'informateur et des fonctionnaires de police chargés de l'opération s'y opposent."

Dans ce cas, le service de police doit rédiger un rapport confidentiel qui est joint au dossier confidentiel.

b) L'avant-projet de loi indique les documents que l'on retrouvera dans le dossier confidentiel et qui peut y avoir accès, c'est-à-dire principalement le procureur du Roi et le juge d'instruction mais, uniquement, lorsque ce dernier a délivré une autorisation permettant le recours aux méthodes particulières de recherche dans le cadre de l'instruction qu'il mène. Par contre, aucune précision n'est apportée sur l'utilisation qui sera faite du dossier confidentiel dans le cadre de la procédure pénale.

.../...

c) L'avant-projet de loi est également particulièrement obscur sur le contenu du dossier répressif lorsque les autorités judiciaires ont eu recours aux méthodes particulières de recherche. Tant l'article 47septies, § 2, alinéa 4, en projet que l'article 47novies, § 2, alinéa 4, en projet, du Code d'instruction criminelle semblent limiter strictement les informations résultant de la mise en oeuvre des méthodes particulières de recherche qui seront jointes au dossier répressif. Seuls y figureront les procès-verbaux faisant mention de l'autorisation de procéder à une observation ou à une infiltration et indiquant les indices sérieux de l'infraction, les motifs pour lesquels l'observation ou l'infiltration sont indispensables à la manifestation de la vérité ainsi que le nom ou une description aussi précise que possible de la personne faisant l'objet de la mesure de surveillance. Le dossier répressif contiendra également une ordonnance par laquelle le procureur du Roi confirme l'existence de l'autorisation d'infiltration ou d'observation.

Le dossier répressif ne pourrait donc pas contenir les constatations qui ont été opérées par les services de police, le juge d'instruction ne pouvant, par ailleurs, pas révéler le contenu de ces constatations et les parties au procès n'ayant apparemment pas accès à ces données.

Dès lors que ces méthodes particulières de recherche s'inscrivent dans le cadre soit d'une information, soit d'une instruction pouvant conduire à un procès pénal, l'avant-projet de loi doit être plus explicite sur l'incidence de ces recherches dans le cadre de l'administration de la preuve et permettre un minimum de débat contradictoire par rapport à ces éléments.

Alors que les récentes réformes du Code d'instruction criminelle ont permis aux parties d'avoir un certain accès au dossier répressif et de rendre plus contradictoire la phase préliminaire du procès pénal ⁽⁴³⁾, l'avant-projet de loi s'inscrit dans un mouvement inverse en créant des "dossiers confidentiels" parallèles.

⁽⁴³⁾ D. Vandermeersch et O. Klees, "La réforme «Franchimont» - Commentaire de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction", J.T., 1998, p.429.

Enfin, qu'en sera-t-il de l'application des articles 61ter et 61quinquies du Code d'instruction criminelle dès lors que le dossier répressif fait état du recours à des méthodes particulières de recherche ?

2. Les données recueillies auprès des indicateurs

Comme il a déjà été souligné ci-avant, l'article 47decies, en projet, du Code d'instruction criminelle est particulièrement lacunaire, en ce compris sur la manière dont seront traités les renseignements fournis par les indicateurs. L'avant-projet de loi se contente de confier cette tâche au Roi sans définir les principes qui doivent être respectés pour la gestion et le traitement de ces renseignements.

Seul le paragraphe 6 de l'article 47decies, en projet, apporte certaines précisions lorsque les renseignements fournis par l'indicateur

"... révèlent de sérieuses indications d'infractions commises ou sur le point d'être commises."

Dans cette hypothèse le gestionnaire local des indicateurs est tenu de faire rapport au procureur du Roi, lequel verse ce rapport dans un dossier confidentiel couvert par le secret professionnel.

Le procureur du Roi décide alors

"... si, en fonction de l'importance des informations fournies et en tenant compte de la sécurité de l'indicateur, il doit en être dressé procès-verbal. Si ce procès-verbal porte sur une information ou une instruction en cours, le procureur du Roi est chargé de le joindre au dossier répressif."

L'avant-projet de loi est, cependant, silencieux sur le contenu exact de ce procès-verbal; les renseignements fournis par l'indicateur y seront-ils retranscrits ?

.../...

3. Conclusion

L'absence de toute précision dans les dispositions en projet quant à la manière dont les personnes poursuivies pourraient, fût-ce moyennant des garanties d'anonymat ou le recours à des procédures particulières, contester la régularité des preuves obtenues dans le cadre du recours à des méthodes particulières de recherche et à des mesures particulières d'investigation, de même que l'impossibilité qu'elles auraient de faire entendre des membres des services de police ⁽⁴⁴⁾ ou des indicateurs couverts par l'anonymat, risquent de poser problème au regard des exigences de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme quant au respect du droit à un procès équitable.

Il appartient à l'auteur du projet de veiller à assurer la compatibilité des dispositions en projet avec les exigences minimales que la Cour européenne des droits de l'homme a fixées en la matière ⁽⁴⁵⁾.

VIII. Du traitement des données

1. Il est permis de se demander si le traitement des données recueillies en application des dispositions en projet se fera conformément aux exigences de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, laquelle concerne également le traitement de données à caractère personnel relatives à des suspicions, des poursuites ou des condamnations ayant trait à des infractions ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁴⁾ Pour rappel, l'article 6 du projet permet à la chambre des mises en accusation d'entendre, hors la présence des parties, tant le juge d'instruction que l'officier de police judiciaire chargé de diriger l'exécution des méthodes particulières de recherche.

⁽⁴⁵⁾ Voir notamment les arrêts précités.

⁽⁴⁶⁾ Voir notamment les articles 3, § 5, 1°, et 8 de la loi du 8 décembre 1992, précitée, ainsi que l'arrêté royal n°8 du 7 février 1995 déterminant les fins, les critères et les conditions des traitements autorisés de données visées à l'article 8 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

2. Quel sera par ailleurs le sort réservé aux données recueillies par le biais des méthodes particulières de recherche lorsque les dossiers sont classés sans suite par le parquet ? Certaines informations pourront-elles faire l'objet d'un traitement informatisé à des fins d'analyse criminelle ?

L'article 47undecies en projet du Code d'instruction criminelle est, sur ce point, peu explicite, le procureur du Roi étant simplement tenu de communiquer au procureur général les dossiers classés sans suite afin de

"... lui permettre d'exercer un contrôle sur la légalité des méthodes utilisées. Le procureur général recueille pour cela l'avis du président de la chambre des mises en accusation."

IX. Des délégations au Roi

L'avant-projet de loi comprend certaines délégations soit au Roi, soit au Ministre de la Justice et au Ministre de l'Intérieur, en vue de compléter la législation en projet. Ces délégations sont cependant excessives.

a) Ainsi, selon l'article 47quinquies, § 4, en projet, du Code d'instruction criminelle,

"Le Ministre de la Justice et le Ministre de l'Intérieur prennent, sur la proposition du procureur fédéral, les mesures organisationnelles spécifiques absolument nécessaires en vue de garantir à tout moment l'anonymat et la sécurité des fonctionnaires de police chargés d'exécuter des méthodes particulières de recherche dans la préparation et l'exécution de leurs missions. Dans ce cadre, les infractions au code pénal et aux lois pénales spéciales ne constituent pas des faits punissables."

D'une part, l'exposé des motifs ne permet pas de comprendre clairement ce qu'il faut entendre par "mesures organisationnelles spécifiques absolument nécessaires". D'autre part, il n'appartient pas au Roi de créer le cadre d'une cause de justification.

b) L'article 47octies, § 2, alinéa 2, en projet, du Code d'instruction criminelle dispose que le procureur du Roi peut, dans le cadre d'une infiltration, autoriser les services de police à appliquer certaines techniques d'enquête policières. Le Roi est habilité à déterminer ces techniques d'enquête policières, sur proposition du Ministre de la Justice et sur avis du Collège des Procureurs généraux.

Pareille habilitation est trop imprécise; en outre, en tant que ces techniques d'enquête policières pourraient autoriser une immixtion dans la vie privée des citoyens, elles devraient nécessairement faire l'objet d'une loi en application de l'article 22 de la Constitution.

c) L'article 47decies, § 4, en projet, du Code d'instruction criminelle autorise le Roi à préciser, sur proposition du Ministre de la Justice et après avis du Collège des Procureurs généraux,

"... la manière dont les renseignements et données fournis par les indicateurs sont traités au sein du service de police intégré structuré à deux niveaux.

L'application de ces règles tient compte d'un contrôle permanent de la fiabilité des indicateurs, de la protection de l'anonymat des indicateurs et de la garantie de l'intégrité physique, psychique et morale des fonctionnaires de contact."

Outre l'observation générale III, 1, c), le Conseil d'Etat observe qu'il n'appartient pas au Roi de déterminer la manière dont les informations fournies par les indicateurs seront traitées par les services de police. Ces informations ayant trait généralement à des individus soupçonnés d'avoir commis des infractions, elles sont de nature à renseigner les services de police sur la vie privée de ceux-ci et doivent, dès lors, conformément à l'article 22 de la Constitution, faire l'objet d'un traitement organisé par la loi.

Observation finale d'ordre linguistique

Plusieurs dispositions de la version néerlandaise du projet sont susceptibles d'amélioration du point de vue de la correction de la langue.

Voorafgaande opmerking

De Ministerraad heeft op 30 november 2001 besloten dat het voorontwerp van wet aan de afdeling wetgeving van de Raad van State zal worden gezonden opdat deze overeenkomstig artikel 84, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State advies zou verlenen binnen een termijn van ten hoogste een maand.

In dat besluit wordt eveneens gesteld dat indien het advies niet verleend zal zijn binnen een maand, de Minister van Justitie gemachtigd wordt om een nieuwe aanvraag in te dienen om een advies binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, met toepassing van artikel 84, eerste lid, 2°, van de voormelde gecoördineerde wetten.

Gelet op de spoedbehandeling die de Regering zodoende vraagt en op de dagelijkse werkbelasting van de afdeling wetgeving ⁽¹⁾, heeft deze afdeling haar onderzoek in hoofdzaak gewijd aan de meest fundamentele kwesties die het voorontwerp van wet doet rijzen.

Dat over de ene of de andere bepaling van het ontwerp geen bijzondere opmerking wordt gemaakt, betekent derhalve niet dat de teksten van het ontwerp niet voor kritiek of verbetering vatbaar zijn. Het spreekt vanzelf dat de omstandigheid dat de afdeling wetgeving zich niet heeft uitgesproken over die bepalingen, niet mag dienen als een gegeven bij de interpretatie van het voorontwerp van wet.

⁽¹⁾ Van 16 november 2001 tot 15 december 2001 heeft de IIe kamer van de afdeling wetgeving 63 adviezen uitgebracht, waarvan 25 na een aanvraag om advies binnen 3 dagen en 31 na een aanvraag om advies binnen 1 maand.

Algemene opmerkingen

1. De verenigbaarheid van het onderzochte voorontwerp van wet met de verschillende wetgevende initiatieven die de Regering heeft genomen om de georganiseerde criminaliteit efficiënter te bestrijden

_____ 1. Tijdens deze regeerperiode heeft de Regering de afdeling wetgeving van de Raad van State om advies verzocht over verscheidene voorontwerpen van wet die erop gericht waren de georganiseerde criminaliteit efficiënter te bestrijden, door inzonderheid een betere bescherming te bieden aan personen die hun medewerking verlenen aan het gerecht en door de bewijslast te wijzigen. Het gaat onder meer om :

- een voorontwerp van wet "betreffende de anonieme getuigen" (advies 30.522/2 van 13 november 2000 - Gedr. St. Kamer, zitting 2000-2001, nr. 50 1185/013);
- een voorontwerp van wet "houdende uitbreiding van de inbeslagneming, de invoering van een bijzonder onderzoek naar de vermogensvoordelen en de verdeling van de bewijslast aangaande de herkomst van zaken waarvan wordt vermoed dat zij voortkomen uit de zware of de georganiseerde criminaliteit" (advies 31.367/2 van 11 juni 2001);
- een voorontwerp van wet "betreffende een regeling voor de bescherming van bedreigde getuigen" (advies 31.410/2 van 25 juni 2001 - Gedr. St. Kamer, nr. 50 1483/001);
- een voorontwerp van wet "betreffende het afnemen van verklaringen met behulp van audiovisuele media" (advies 31.411/4 van 3 juli 2001).

In bepaalde adviezen ⁽²⁾ die ze in verband met die ontwerpen heeft uitgebracht, heeft de afdeling wetgeving beklemtoond dat het soms moeilijk was te bepalen in welke mate die teksten zich met elkaar behoorden te verdragen.

⁽²⁾ Zie de voormelde adviezen 31.410/2 en 31.411/4.

Dezelfde opmerking kan worden gemaakt in verband met het voorliggende voorontwerp van wet.

Sommige bepalingen van het ontwerp voorzien immers inzonderheid in het toekennen van anonimiteit aan de politieambtenaren die belast zijn met de uitvoering van de bijzondere opsporingsmethoden (ontworpen artikel 47quinquies, § 4, van het Wetboek van Strafvordering), alsook aan "de informanten" (lezen "aangevers" ? ⁽³⁾) in het kader van een observatie of infiltratie (ontworpen artikel 47septies, § 2, van het Wetboek van Strafvordering en ontworpen artikel 47novies, § 2, van het Wetboek van Strafvordering).

Het ontworpen artikel 47decies, § 4, van het Wetboek van Strafvordering machtigt de Koning inzonderheid om de wijze te bepalen waarop de inlichtingen en gegevens van de informanten moeten worden verwerkt binnen de geïntegreerde politiedienst gestructureerd op twee niveaus. Die aan de Koning verleende machtiging dient te geschieden met inachtneming

"... van een permanente controle over de betrouwbaarheid van de informanten, van de bescherming van de anonimiteit van de informanten ⁽⁴⁾ en van de vrijwaring van de fysieke, psychische en morele integriteit van de contactambtenaren."

Ten slotte wordt in het ontworpen artikel 90quater, § 3, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering gepreciseerd dat de namen van de agenten van gerechtelijke politie, die belast zijn met het plaatsen van een technisch hulpmiddel in een private plaats, buiten medeweten van de bewoner of zonder diens toestemming, teneinde het, overeenkomstig het ontworpen artikel 90ter, § 1, tweede lid, van hetzelfde Wetboek, mogelijk te maken om privé-communicatie of -telecommunicatie direct af te luisteren, er kennis van te nemen, of op te nemen, niet aan de onderzoeksrechter worden meegedeeld.

Die verschillende bepalingen van het ontwerp waarborgen dus een bepaalde vorm van anonimiteit aan personen wier getuigenis in rechte van zeer groot belang zou kunnen zijn, inzonderheid voor wat betreft de beoordeling van de bewijzen die verzameld zijn dank zij hun medewerking aan het opsporen van strafbare feiten.

⁽³⁾ Alhoewel de ontworpen bepalingen het begrip "informant" gebruiken, wordt in de memorie van toelichting een duidelijk onderscheid gemaakt tussen "infiltrant" ("infiltrant" in de Franse versie), "aangever" ("informateur" in de Franse versie) en "informant" ("indicateur" in de Franse versie).

⁽⁴⁾ Er is eveneens sprake van de anonimiteit van de informant in het ontworpen artikel 235bis, § 4, van hetzelfde wetboek.

Op geen enkel ogenblik evenwel zoekt het onderzochte voorontwerp van wet aansluiting bij de andere voormelde ontwerpen die strekken tot bescherming van getuigen.

Ter wille van de samenhang en de rechtszekerheid, is het van belang dat de stellers van het ontwerp die aansluiting maken.

Bovendien wordt in verband met de problematiek van anonieme getuigenis in het licht van de lering van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, verwezen naar de opmerkingen die gemaakt zijn in het eerdergenoemde advies 30.522/2.

2. Voorts kunnen op grond van de nieuwe onderzoeksmiddelen waarover de politiediensten beschikken, zoals het betreden van een private plaats, met inbegrip van een woonplaats, buiten medeweten van de eigenaar of van de bewoner of zonder hun toestemming, teneinde inzonderheid

"... die plaats op te nemen en zich te vergewissen van de eventuele aanwezigheid van zaken die het voorwerp van het misdrijf uitmaken, die gediend hebben of bestemd zijn tot het plegen ervan of die uit een misdrijf voortkomen, van de vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen, van de goederen en waarden die in de plaats ervan zijn gesteld of van de inkomsten uit de belegde voordelen en er de bewijzen van te verzamelen ..." ⁽⁵⁾,

vragen gesteld worden over de afstemming van het onderzochte ontwerp op dat betreffende "de uitbreiding van de inbeslagneming, de invoering van een bijzonder onderzoek naar de vermogensvoordelen en de verdeling van de bewijslast aangaande de herkomst van zaken waarvan wordt vermoed dat zij voortkomen uit de zware of de georganiseerde criminaliteit" ⁽⁶⁾.

Dezelfde vragen moeten worden gesteld in verband met de afstemming van de bepalingen van dat laatste ontwerp van wet op die bepalingen van het voorliggende ontwerp die betrekking hebben op het vergaren van gegevens nopens, enerzijds de

⁽⁵⁾ Ontworpen artikel 89ter, § 2, van het Wetboek van Strafvordering.

⁽⁶⁾ Over dat ontwerp is het voormelde advies 31.367/2 gegeven.

bankrekeningen waarvan de verdachte houder, gevolmachtigde of de echte economische begunstigde is en anderzijds de banktransacties die hij verricht heeft of die ten bate van die rekeningen hebben plaatsgevonden.

Ten slotte dient erop gewezen te worden dat het wetsontwerp waarover de afdeling wetgeving voornoemd advies 31.367/2 heeft uitgebracht, inzonderheid ertoe strekt het parket in staat te stellen "bijzondere onderzoeken" te laten voeren "naar de vermogensvoordelen" die verkregen zijn uit het strafbare feit waarvoor de persoon vervolgd wordt. Wat zal het lot zijn van de bijzondere opsporingsmethoden in de context van die vermogensonderzoeken ?

De stellers van het ontwerp dienen eveneens hun bedoelingen ter zake te preciseren.

II. Onderscheid tussen de "bijzondere opsporingsmethoden" en de "andere onderzoeksmethoden"

Blijkens de memorie van toelichting dient een onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds "de bijzondere opsporingsmethoden" en anderzijds de "onderzoeksmaatregelen (...) die nauw aanleunen bij de bijzondere opsporingsmethoden" ⁽⁷⁾. De eerste categorie betreft de observatie, de infiltratie en de informantenwerking; de tweede categorie omvat het onderscheppen van post, de inijkoperatie, het direct af luisteren, de uitgestelde tussenkomst en het inwinnen van gegevens over bankrekeningen en banktransacties.

In de memorie van toelichting staat verder te lezen :

"De politionele onderzoekstechnieken zijn technieken die binnen een bepaalde opsporingsmethode kunnen aangewend worden en ter ondersteuning ervan dienen. Wanneer zij worden aangewend geschiedt dit binnen hetzelfde wettelijke kader als de bijzondere opsporingsmethoden en zijn alle beginselen, o.a. inzake proportionaliteit en subsidiariteit onverkort van toepassing." ⁽⁸⁾

⁽⁷⁾ Zie memorie van toelichting, blz. 1.

⁽⁸⁾ Zie memorie van toelichting, blz. 3.

Aangezien de bijzondere onderzoekstechnieken (lezen "onderzoeksmaatregelen") "kunnen" worden gebruikt binnen de context van een bijzondere opsporingsmethode, kunnen ze blijkbaar eveneens aangewend worden buiten een zodanige context, zodat de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit die gelden in het kader van de bijzondere opsporingsmethoden, niet automatisch van toepassing zullen zijn ⁽⁹⁾.

Wat die aangelegenheid betreft, is de memorie van toelichting niet erg duidelijk, aangezien ze het beroep op die bijzondere onderzoeksmaatregelen, en meer bepaald wat inijkoperaties betreft, lijkt te beperken tot het loutere bestek van de bijzondere opsporingsmethoden. Die onduidelijkheid moet worden weggenomen want, zoals zal worden aangetoond in algemene opmerking III, zullen de rechtssituaties waarin de bijzondere onderzoeksmaatregelen aan bod zullen kunnen komen, de voorwaarden bepalen inzake hun aanwending alsook het toezicht dat erop zal worden uitgeoefend.

Bovendien behoort, gelet op de mogelijke verwarring tussen de verschillende begrippen waarmee wordt gewerkt ("bijzondere opsporingstechnieken (opsporingsmethoden)"; "bijzondere onderzoeksmaatregelen (onderzoekstechnieken - onderzoeksmethoden)"; "politieonderzoekstechnieken") bijzonder nauwkeurig met die verschillende begrippen te worden omgesprongen; dat is niet steeds het geval, inzonderheid in de memorie van toelichting en zelfs in de Franse versie van het ontworpen opschrift. Zo wordt in de Franse versie in de artikelsgewijze bespreking herhaaldelijk gewag gemaakt van "techniques particulières de recherche", terwijl de ontworpen bepalingen betrekking hebben op "méthodes particulières de recherche" ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Zie eveneens de memorie van toelichting (blz. 1) waar te lezen staat : "Daarnaast worden een aantal onderzoeksmaatregelen geregeld die nauw aanleunen bij de bijzondere opsporingsmethoden, maar daar als dusdanig niet onder vallen. Het gaat meer bepaald om het onderscheppen van post, de inijkoperatie, het direct af luisteren, de uitgestelde tussenkomst en het inwinnen van gegevens over bankrekeningen en banktransacties."

⁽¹⁰⁾ Zie ook voormelde opmerking m.b.t. de verwarring in de Nederlandse versie tussen de begrippen "informant", "aangever" en "infiltrant".

III. Voorwaarden inzake de aanwending en de tenuitvoerlegging van de bijzondere opsporingsmethoden en de eerbied voor de rechten van de mens.

Aangezien de politiediensten volgens het voorontwerp van wet bijzondere opsporingsmethoden mogen toepassen, zoals observatie, infiltratie en informantenwerking, zowel in het kader van een opsporingsonderzoek, daaronder begrepen de proactieve recherche omschreven in artikel 28bis, § 2, van het Wetboek van Strafvordering, als in het kader van een gerechtelijk onderzoek, bestaat het gevaar dat de inbreuken op de fundamentele rechten van de burger talrijker en ingrijpender zullen zijn dan bij de klassieke onderzoeksmethoden.

In de memorie van toelichting wordt in dat verband het volgende beklemtoond :

"De bijzondere opsporingsmethoden zijn "bijzonder" omdat de toepassing ervan de fundamentele rechten en vrijheden kan aantasten, zoals de eerbiediging van het privé-leven, en afbreuk kan doen aan fundamentele beginselen van de strafrechtspleging, zoals het loyaliteitsbeginsel bij het zoeken naar bewijzen. Ook bijzonder aan deze methoden is het heimelijk karakter ervan. In tegenstelling tot bijvoorbeeld een huiszoeking ligt in het karakter van de bijzondere opsporingsmethoden zelf dat ze in het geheim plaatsvinden, zoniet zijn deze methoden compleet nutteloos." ⁽¹¹⁾.

De fundamentele rechten waarop aldus hoofdzakelijk inbreuk kan worden gemaakt door die methoden, zijn de bescherming van het privé-leven (artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens) en het recht op een eerlijk proces (artikel 6 van het Verdrag), dat inzonderheid de effectieve uitoefening van de rechten van verdediging inhoudt.

Het voorontwerp van wet geeft bijgevolg aanleiding tot de volgende opmerkingen.

⁽¹¹⁾ Zie memorie van toelichting, blz. 3.

1. De beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit en informantenwerking.

Het aanwenden van de bijzondere opsporingsmethoden moet, gelet op die mogelijke inbreuken op de rechten van de mens, duidelijk afgebakend worden door de wetgever en moet prioritair steunen op de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit⁽¹²⁾.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft in zijn principiearresten Klass⁽¹³⁾ en Malone⁽¹⁴⁾ met betrekking tot de verenigbaarheid van het afluisteren van telefoongesprekken met artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, dat de bescherming van het privé-leven en het gezinsleven waarborgt, de grote trekken bepaald van die beginselen, die getransponeerd moet worden naar de materie van de bijzondere opsporingsmethoden⁽¹⁵⁾. Zo moet de wettelijke grondslag voldoende toegankelijk zijn en voldoende precies aangeven in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden de overheid zodanige onderzoeksmethoden kan aanwenden.

a) Het subsidiariteitsbeginsel is reeds opgenomen in het Wetboek van Strafvordering, te weten in artikel 90ter, § 1, naar luid waarvan de onderzoeksrechter telefoongesprekken mag afluisteren indien de overige middelen van onderzoek niet volstaan om de waarheid aan de dag te brengen.

Hetzelfde geldt voor het ontworpen artikel 47sexies, § 2, van het Wetboek van Strafvordering, met betrekking tot de observatie, en voor het ontworpen artikel 47octies, § 2, van hetzelfde Wetboek, met betrekking tot de infiltratie.

⁽¹²⁾ Ch. De Valkeneer, "La tromperie dans l'administration de la preuve pénale", Larcier, 2000, blz. 446-452.

⁽¹³⁾ Arrest van 6 september 1978, de zaak Klass e.a. tegen Duitsland.

⁽¹⁴⁾ Arrest van 2 augustus 1984, de zaak Malone tegen het Verenigd Koninkrijk.

⁽¹⁵⁾ Zie in die zin Ch. De Valkeneer, Observations sous l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 15 juin 1992, Lüdi contre la Suisse, Rev. trim. dr. h., 1993, blz. 321.

b) In verband met het proportionaliteitsbeginsel staat in de memorie van toelichting te lezen :

"Het proportionaliteitsbeginsel impliceert dat de gekozen methode in verhouding moet staan tot het doel en dat een beperking van de individuele rechten en vrijheden slechts kan worden toegestaan in geval van een ernstige inbreuk op de rechtsorde." ⁽¹⁶⁾.

Het proportionaliteitsbeginsel impliceert eveneens het bestaan van voldoende aanwijzingen voor een strafbaar feit en de mogelijkheid om het een bepaalde persoon ten laste te leggen. Zonder zulke aanwijzingen past de opsporing niet meer in een opsporingsonderzoek of een gerechtelijk onderzoek, zou ze zuiver verkennend van aard zijn en geen pertinente grond vormen om een daad van gerechtelijke politie te verrichten ⁽¹⁷⁾.

Dat beginsel is reeds verankerd in het Wetboek van Strafvordering, inzonderheid met betrekking tot het af luisteren van telefoongesprekken, dat alleen mag plaatshebben in de context van ernstige strafbare feiten die limitatief zijn opgesomd in artikel 90ter, §§ 2, 4 en 5, van het Wetboek van Strafvordering.

Wat observatie betreft dient een onderscheid te worden gemaakt tussen drie soorten van observatie :

- bij de eerste soort van observatie wordt geen enkel specifiek technisch middel aangewend en ze kan worden toegepast voor onverschillig welke categorie van strafbare feiten;
- bij de tweede soort worden technische middelen aangewend die een verregaandere inmenging in iemands privé-leven mogelijk maken. Volgens het ontworpen artikel 47sexies, § 2, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering vooronderstelt deze soort van observatie het bestaan van ernstige aanwijzingen dat de strafbare feiten een correctionele hoofdgevangenisstraf van een jaar of een zwaardere straf tot gevolg kunnen hebben;

⁽¹⁶⁾ Zie memorie van toelichting, blz 3.

⁽¹⁷⁾ Zie in die zin Ch. De Valkeneer, "La tromperie dans l'administration de la preuve pénale", Larcier, 2000, blz. 439.

- bij de derde soort van observatie mogen de politiediensten een private plaats betreden zonder toestemming van de bewoners ervan, teneinde er onder andere een technisch hulpmiddel te plaatsen dat observatie mogelijk maakt (ontworpen artikel 89ter van het Wetboek van Strafvordering). Deze soort van observatie is alleen toegestaan indien de ernstige aanwijzingen een strafbaar feit betreffen zoals bedoeld in artikel 90ter, §§ 2, 3 en 4, van het Wetboek van Strafvordering, ofwel een strafbaar feit dat gepleegd is of zal worden in het kader van een criminele organisatie zoals bedoeld in artikel 324bis van het Strafwetboek.

Wat infiltratie betreft impliceert het proportionaliteitsbeginsel dat deze alleen kan plaatshebben indien er ernstige aanwijzingen zijn dat strafbare feiten bedoeld in artikel 90ter, §§ 2, 3 en 4 van het Wetboek van Strafvordering of strafbare feiten in het kader van een criminele organisatie in de zin van artikel 324bis van het Strafwetboek zijn of zullen worden gepleegd (ontworpen artikel 47octies, § 1, van het Wetboek van Strafvordering).

c) Met betrekking tot de informantenwerking legt het ontwerp evenwel noch het subsidiariteitsbeginsel op, noch het proportionaliteitsbeginsel, als voorwaarde voor het aanwenden van die bijzondere opsporingsmethode.

Uit de memorie van toelichting bij het ontwerp blijkt duidelijk dat het de bedoeling is in gerechtelijke enquêtes vaker gebruik te maken van informanten en tevens een wettelijk kader te scheppen op het stuk van hun contacten met de politie⁽¹⁸⁾.

Aangezien de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit niet van toepassing zijn, is het belangrijk dat de wetgever duidelijk de voorwaarden bepaalt waaronder informanten kunnen meewerken aan de rechtsbedeling.

Het ontworpen artikel 47decies van het Wetboek van Strafvordering blijft echter zeer vaag omtrent de vraag wie als een informant kan worden beschouwd; geldt zulks eveneens voor een delinquent die dichtbij het criminele milieu staat, of voor een spijtoptant? In deze bepaling wordt evenmin in het midden gelaten welke taken aan die informanten kunnen worden toevertrouwd, op welke wijze ze met de justitie samenwerken, inzonderheid wat de anonimiteit betreft, of hoe de aldus door de politiediensten ingewonnen informatie zal worden gebezigd.

⁽¹⁸⁾ Zie in die zin de memorie van toelichting, blz. 9 en 30.

Op al die punten geeft het ontworpen artikel 47decies, § 4, van het Wetboek van Strafvordering aan de Koning een buitenmatigemachtiging die niet bestaanbaar is met het grondwettelijke beginsel van de wettigheid van de strafprocedure, een beginsel dat is verankerd in artikel 12, tweede lid, van de Grondwet.

Het inschakelen van informanten, zoals in het voorontwerp van wet wordt geregeld, is eveneens aan ernstige kritiek onderhevig uit het oogpunt van artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, dat het recht op een eerlijk proces waarborgt. Er mag immers niet uit het oog worden verloren dat sedert het arrest Imbrioscia van 24 november 1993 ⁽¹⁹⁾, het Europees Hof van oordeel is dat de vereisten van een eerlijk proces beoordeeld moeten worden ten aanzien van de procedure in haar geheel, daaronder begrepen de fasen voorafgaand aan het proces.

In het voornoemde advies 30.522/2, gegeven over het voorontwerp van wet "betreffende de anonieme getuigen" staat te lezen :

"Uit de rechtspraak van het Europees Hof lijkt opgemaakt te kunnen worden dat dit Hof bijzonder veeleisend is ten aanzien van de eerbiediging van het beginsel van een eerlijk proces, wanneer de getuigen die volledige anonimiteit genieten politieambtenaren ⁽²⁰⁾ zijn of politespionnen ⁽²¹⁾ ... Een informant kan weliswaar niet gelijkgesteld worden met een politieambtenaar, maar evenmin met een gewone burger die bij gelegenheid getuigt, aangezien zijn taak er per definitie in bestaat de politiediensten in alle discretie te helpen bij het zoeken naar bewijzen voor strafbare feiten en het opsporen van de daders. Het ontwerp moet dan ook worden aangevuld met regels die de rechten van verdediging waarborgen wanneer de anonieme getuige een tipgever of een informant is ...".

In de zaak Doorson van 26 maart 1996 veroordeelt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens weliswaar niet het inschakelen van anonieme informanten tijdens het vooronderzoek, maar eist het dat de rechten van verdediging onverkort kunnen worden uitgeoefend. De belemmeringen die de rechten van verdediging kunnen ondervinden, moeten volgens het arrest immers gecompenseerd worden door een procedure tijdens

⁽¹⁹⁾ Reeks A, nr. 275, P1, lid 38.

⁽²⁰⁾ Zie inzonderheid de zaak Van Mechelen tegen Nederland van 23 april 1997, Rev. trim. dr. h., 1998, blz. 145.

⁽²¹⁾ Zie inzonderheid de zaak Doorson tegen Nederland van 26 maart 1996, Rec. C.E.D.H., 1996, II, 446.

welke de advocaten van de verdediging vragen moeten kunnen stellen aan die informanten en hun geloofwaardigheid in twijfel moeten kunnen trekken. Het Hof lijkt eveneens in aanmerking te nemen dat de onderzoeksrechter de identiteit van de informanten moet kunnen achterhalen.

Het voorontwerp van wet is evenwel onduidelijk met betrekking tot het probleem van de anonimiteit van de informanten. Ofwel vallen die personen onder de toepassing van het ontwerp van wet betreffende de anonieme getuigen, in welk geval moet worden verwezen naar de opmerkingen die daaromtrent gemaakt zijn in het voornoemde advies 30.522/2, ofwel moet het ontworpen artikel 47decies, § 4, van het Wetboek van Strafvordering aldus worden geïnterpreteerd dat het de Koning machtigt een specifieke regeling van anonimiteit voor informanten vast te stellen, wat om de hierboven uiteengezette redenen onaanvaardbaar is.

2. Verbod op politionele uitlokking

Het ontworpen artikel 47quater van het Wetboek van Strafvordering luidt als volgt :

"Een politieambtenaar mag bij de tenuitvoerlegging van een bijzondere opsporingsmethode een verdachte niet brengen tot andere strafbare feiten dan deze waarop diens opzet reeds tevoren was gericht.

Ingeval van inbreuk op het vorige lid wordt de nietigheid van de handeling die erdoor is aangetast en van een deel of het geheel van de erop volgende rechtspleging uitgesproken."

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft tot tweemaal toe de gelegenheid gehad te oordelen of bepaalde vormen van politionele uitlokking bestaanbaar zijn met de beginselen van een eerlijk proces.

a) In de zaak Lüdi tegen Zwitserland van 15 juni 1992 ⁽²²⁾ luidt de toedracht als volgt : een Zwitsers onderdaan is, dank zij afgeluisterde telefoongesprekken en via een "undercoveroperatie", waarbij de heer Lüdi aangesproken is door een politieagent van de anti-drugseenheid, werkzaam onder het pseudoniem Toni, die cocaïne wenste te kopen, veroordeeld wegens onwettige handel in verdovende middelen.

⁽²²⁾ Reeks A, nr. 238; Rev. trim. dr. h., 1993, Observations de Ch. De Valkeneer "L'infiltration et la Convention européenne des droits de l'homme", blz. 309 e.v.

Vóór de Zwitserse rechtbanken betoogt de heer Lüdi dat hij in de val is gelokt en uit hij de wens geconfronteerd te worden met de politieagent, de pseudo-koper. Het verzoek dat de politieagent gehoord wordt, wordt afgewezen, hoofdzakelijk op de grond dat zijn anonimiteit moet worden gewaarborgd en gelet op het feit dat het bewijsmateriaal tegen de heer Lüdi voldoende sluitend is, inzonderheid de processen-verbaal van afgeluisterde telefoongesprekken, de verslagen van agent "Toni" en de bekentenissen van medeverdachten.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelt in deze zaak dat het inschakelen van een agent die handelt in het kader van een "undercoveroperatie" noch op zich, noch in samenhang met afgeluisterde telefoongesprekken een inbreuk is op het privé-leven in de zin van artikel 8 van het Verdrag. Het Hof wijst er eveneens op dat zodra de heer Lüdi aanvaard heeft verdovende middelen te bezorgen aan de "undercoveragent", hij zich rekenschap ervan moest geven dat hij een strafbaar feit pleegde en dat hij bijgevolg het risico liep het slachtoffer te worden van een "undercoveroperatie". Het Hof veroordeelt dus niet het aanwenden van zodanige operaties in het kader van het onderzoek.

Het Hof toont zich evenwel strikter wat de naleving van artikel 6, leden 1 en 3, d), van het Verdrag betreft, doordat het zijn toetsing toespitst op het via die technieken ingewonnen bewijsmateriaal. De heer Lüdi voert onder meer de schending aan van die bepalingen, op de grond dat de Zwitserse rechtbanken, door te weigeren de politieagent te horen, hem de mogelijkheid ontzegd hebben om vast te stellen dat zijn crimineel gedrag bepaald en beïnvloed is door de activiteit van de "undercoveragent".

Het Hof oordeelt inderdaad dat de weigering om die politieagent te horen een inbreuk op verzoekers rechten van verdediging heeft opgeleverd, zodat deze bijgevolg geen eerlijk proces heeft genoten.

In het arrest wordt er tevens op gewezen dat het Hof begrip opbrengt voor de argumenten die de Zwitserse regering met betrekking tot de anonimiteit heeft aangevoerd, maar dat zulks niet mag verhinderen dat de politieagent gehoord wordt met aanwending van gepaste technieken.

.../...

Ch. De Valkeneer wijst in zijn bijdrage "La tromperie dans l'administration de la preuve pénale" ⁽²³⁾ op het volgende :

"... l'audition ne vise pas tant à évaluer les déclarations du témoin anonyme en ce qu'elles fondent la preuve d'une infraction, mais à apprécier l'existence ou non d'une provocation à commettre l'infraction poursuivie. En matière d'opération sous couverture, ..., c'est là que réside une grande partie de l'enjeu de pareille audition."

b) In de zaak Teixeira de Castro e.a. tegen Portugal van 9 juni 1998 ⁽²⁴⁾ is de toedracht als volgt : twee Portugese politieagenten treden, zonder hun ware identiteit te verklappen, in contact met een derde, die ervan verdacht wordt kleine hoeveelheden hasjiesj te verkopen. Het doel bestaat erin de leveranciers te ontmaskeren.

Die derde persoon slaagt er niet in te voldoen aan hun verzoek, waarop ze hem meedelen dat ze heroïne wensen te kopen en daarbij een pak bankbiljetten te voorschijn halen. Die derde brengt vervolgens de politieagenten via andere personen in contact met ene Teixeira de Castro, die erin slaagt hen de gevraagde hoeveelheid heroïne te bezorgen.

Vóór de Portugese rechtbanken voert de betrokkene aan dat hij het slachtoffer is geweest van politionele uitlokking en dat hij anders het strafbare feit waarvoor hij is veroordeeld, niet zou hebben gepleegd.

De Portugese regering voert vóór het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aan dat aangezien verzoeker zeer snel ingegaan is op de wensen van de politieagenten, zij zich ertoe beperkt hebben een latent misdadig opzet aan het licht te brengen.

Het Europees Hof heeft allereerst gewezen op zijn klassieke jurisprudentie, volgens welke de ontvankelijkheid van de manieren van bewijsvoering onder het interne recht ressorteert, met dien verstande dat de nationale rechtscolleges bevoegd zijn om het

⁽²³⁾ Ed. Larcier, 2000, blz. 389.

⁽²⁴⁾ J.L.M.B., 1998, blz. 1149 tot 1156 en noot van F. Kutu, "Lorsque Strasbourg déclare que la provocation policière vicie ab initio et définitivement tout le procès pénal", blz. 1155 en 1156.

aldus ingewonnen bewijsmateriaal te beoordelen. Het Hof heeft echter tevens geoordeeld dat het hem toekomt om na te gaan of de strafprocedure in haar geheel beschouwd, eerlijk verlopen is.

Zonder daarom het aanwenden, indien de aard van het strafbare feit zulks rechtvaardigt, van opsporingstechnieken waarbij "undercoveragenten" worden ingeschakeld te veroordelen, geeft het Hof de voorwaarden aan die in dat geval moeten worden nageleefd :

"L'intervention d'agents infiltrés doit être circonscrite et entourée de garanties même lorsqu'est en cause la répression du trafic de stupéfiants. En effet, si l'expansion de la délinquance organisée commande à n'en pas douter l'adoption de mesures appropriées, il n'en demeure pas moins, que dans une société démocratique, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente (arrêt Delcourt/Belgique, du 17 janvier 1970, série A, n° 11, p. 15, paragraphe 25) qu'on ne saurait le sacrifier à l'opportunité. Les exigences générales d'équité consacrées à l'article 6 s'appliquent aux procédures concernant tous les types d'infraction criminelle, de la plus simple à la plus complexe. L'intérêt public ne saurait justifier l'utilisation d'éléments recueillis suite à une provocation policière."

Deze zaak is volgens het Hof niet vergelijkbaar met de bij zijn arrest van 15 juni 1992 beslechte zaak Lüdi tegen Zwitserland, en wel om verschillende redenen.

Om te beginnen is, in tegenstelling tot de zaak Lüdi, de operatie gevoerd door de Portugese politieagenten niet bevolen en gecontroleerd door een magistraat; bovendien beschikte de Portugese politie niet over aanwijzingen dat Teixeira de Castro een handel in verdovende middelen dreef, daar hij een blanco strafblad had; ten slotte bleek niet uit het dossier dat de betrokkene, toen hij is aangehouden, een grotere hoeveelheid drugs voorhanden had dan wat de Portugese politieagenten hadden gevraagd.

Het Hof heeft het volgende geconcludeerd :

"De ces circonstances, il faut déduire que les deux policiers ne se sont pas limités à examiner d'une manière purement passive l'activité délictueuse de monsieur Teixeira de Castro mais ont exercé une influence de nature à l'inciter à commettre l'infraction.

Enfin, la Cour note que, pour motiver la condamnation du requérant, les juridictions internes ont tenu compte essentiellement des déclarations des deux agents de police.

.../...

Sur la base de l'ensemble de ces considérations, la Cour conclut que l'activité des deux policiers a outrepassé celle d'un agent infiltré puisqu'ils ont provoqué l'infraction, et que rien n'indique que, sans leur intervention, celle-ci aurait été perpétrée. Cette intervention et son utilisation dans la procédure pénale litigieuse ont privé *ab initio* et définitivement le requérant d'un procès équitable. Partant, il y a eu violation de l'article 6, paragraphe 1^{er}."

Dit arrest toont duidelijk aan dat het Hof politionele uitlokking veroordeelt indien daardoor een persoon ertoe aangezet wordt een strafbaar feit te plegen.

c) Volgens de memorie van toelichting⁽²⁵⁾ is het ontworpen artikel 47quater weliswaar ingegeven door de Nederlandse wetgeving, maar wordt er evenwel mee beoogd de jurisprudentie van het Hof van Cassatie in de zaak Gaddum te verankeren⁽²⁶⁾. De vraag rijst evenwel of die jurisprudentie bestaanbaar is met de jurisprudentie die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens gevolgd heeft in de zaak Teixeira de Castro⁽²⁷⁾.

Het staat bijgevolg aan de steller van het ontwerp om aan te tonen dat de ontworpen regeling bestaanbaar is met de jurisprudentie van het Europees Hof.

Indien in de loop van een onderzoek politionele uitlokking heeft plaatsgehad, moeten de magistraten belast met de toetsing van de regelmatigheid van dat onderzoek dus een effectieve toetsing kunnen doen van het aldus ingewonnen bewijsmateriaal, zo niet zullen ze zich niet kunnen uitspreken over de vraag of al dan niet het morele bestanddeel van het strafbare feit, te weten misdadig opzet, aanwezig is.

⁽²⁵⁾ Bladzijde 9 en volgende.

⁽²⁶⁾ Cass., 5 februari 1985, de zaak Gaddum, Verz., 1985, I, blz. 772. In dat arrest wordt het volgende gesteld dat "wanneer in hoofde van een persoon het misdadig opzet vaststaat, en dit buiten elke beïnvloeding vanwege de "undercover-agent", deze laatste, zonder dat er alsdan van uitlokking gesproken kan worden, de gelegenheid mag scheppen om onder door politiediensten controleerbare voorwaarden een strafbaar feit te plegen." Zie ook Cass. 7 februari 1979, de zaak Salerno, Verz., 1979, I, blz. 653, R.D.P., 1979, blz. 392, waarin gesteld wordt dat "de aanzetting tot een misdrijf bestaat het misdadig voornemen hetzij op te wekken hetzij aan te moedigen bij hem die het misdrijf materieel zal uitvoeren".

⁽²⁷⁾ Over de stelling van de niet-bestaanbaarheid, zie F. Kutty, Observations sous l'arrêt C.E.D.H. du 9 juin 1998, Teixeira de Castro contre le Portugal, "Lorsque Strasbourg déclare que la provocation policière vicie *ab initio* et définitivement tout procès pénal", J.L.M.B., 1998, blz. 1155 en 1156, en Ch. De Valkeneer, "La tromperie dans l'administration de la preuve pénale", Larcier, 2000, blz. 425.

d) Het ontworpen tweede lid van artikel 47quater bepaalt :

"Ingeval van inbreuk op het vorige lid wordt de nietigheid van de handeling die erdoor is aangetast en van een deel of het geheel van de erop volgende rechtspleging uitgesproken."

De Raad van State vraagt zich af wat met die bepaling bedoeld wordt, in zoverre ze lijkt in te houden dat slechts een gedeelte van de strafvervolging nietig kan worden verklaard indien tijdens het onderzoek politionele uitlokking heeft plaatsgehad.

Indien aangetoond is dat het misdadig opzet ontstaan is als gevolg van die uitlokking, kan niet gesteld worden dat de persoon die een delict heeft begaan dat tot vervolging aanleiding heeft gegeven een strafbaar feit heeft gepleegd, daar het morele bestanddeel van het door de betrokkene gepleegde feit in dat geval ontbreekt. De sanctie daarop moet bijgevolg de volledige niet-ontvankelijkheid van de vervolging zijn⁽²⁸⁾. In dat verband moet eraan herinnerd worden dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het voornoemde arrest Teixeira de Castro geoordeeld heeft dat een zodanige uitlokking meebrengt dat verzoeker "ab initio en definitief" verstoken is van een eerlijk proces.

De jurisprudentie van het Hof van Cassatie waarnaar in de memorie van toelichting wordt verwezen⁽²⁹⁾ lijkt evenmin afdoende in dat verband. In die context stond immers de onwettigheid of de onregelmatigheid ter discussie van sommige bewijzen aangevoerd ter adstructie van de strafvordering, wat kan meebrengen dat louter enkele bewijselementen in de loop van de procedure worden afgewezen, doch niet het vraagstuk van het al dan niet voorhanden zijn van het morele bestanddeel van het strafbare feit als gevolg van genoegzaam aangetoonde politionele uitlokking.

De conclusie is dan ook dat het ontworpen artikel 47quater van het Wetboek van Strafvordering grondig moet worden herzien in het licht van het vorenstaande.

⁽²⁸⁾ Ch. De Valkeneer, op. cit., blz. 295 tot 297.

⁽²⁹⁾ Bladzijde 13.

3. Het plegen van strafbare feiten

a) Het ontworpen artikel 47quinquies, § 1, van het Wetboek van Strafvordering bepaalt dat politieambtenaren, belast met de uitvoering van de bijzondere opsporingsmethoden, geen strafbare feiten mogen plegen in het kader van hun opdracht.

In de ontworpen paragraaf 2 van diezelfde bepaling wordt evenwel gestipuleerd dat zij "vrij(blijven) van straf", wanneer zij in het kader van hun opdracht en met het oog op het welslagen ervan of ter verzekering van hun eigen veiligheid of die van andere bij de operatie betrokken personen, toch strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen, doch met uitdrukkelijk goedvinden van de procureur des Konings.

Zoals bepaalde auteurs benadrukken is het plegen van strafbare feiten in het kader van de bijzondere opsporingsmethoden soms noodzakelijk. Er moeten evenwel twee categorieën van strafbare feiten onderscheiden worden. Hoewel de eerste categorie geen problemen oplevert, aangezien het in hoofdzaak gaat om strafbare feiten die geen schade berokkenen aan de rechten van anderen, zoals het feit dat een politieambtenaar over valse identiteitspapieren beschikt, is de tweede categorie problematischer, om de volgende reden :

"... elle rassemble toutes les infractions nécessaires pour atteindre les objectifs poursuivis par l'opération, telles que notamment l'intégration dans une organisation criminelle, la réalisation d'un pseudo-achat en pratiquant des achats-tests ou encore le démantèlement d'une association de malfaiteurs en fournissant à ses membres les moyens en vue de réaliser leurs activités." ⁽³⁰⁾.

Het ontworpen artikel 47quinquies van het Wetboek van Strafvordering heeft zijnerzijds betrekking op elke soort van strafbaar feit. In dat verband wordt in de memorie van toelichting gesteld dat zulks met verschillende redenen te maken heeft.

"Vooreerst geeft de bevoegde magistraat uitdrukkelijk aan welke misdrijven volgens hem toelaatbaar zijn, door deze, in de mate van het mogelijke en het voorzienbare, in een afzonderlijke en schriftelijke beschikking op te nemen. Een tweede reden is dat het praktisch eenvoudigweg niet mogelijk is alle situaties te voorzien, waarin de politieambtenaar onverwachts bij het plegen van strafbare feiten kan betrokken worden. Hieruit volgt, a fortiori, dat het dan ook onbegonnen werk is al deze misdrijven in een exhaustieve lijst te vatten. Een derde reden is

⁽³⁰⁾ Ch. De Valkeneer, op. cit., blz. 459.

tenslotte dat het uitsluiten van bepaalde misdrijven, bijvoorbeeld elk geweldsdelict, onmiddellijk als gevolg zou hebben dat criminele organisaties de proef op de som (in Nederland genoemd : "het verschaffen van een pasklare lakmoestest") zouden nemen ter controle van de intenties van toetredende leden. Het zou alsdan, in het voorbeeld, volstaan de infiltrant te vragen ten opzichte van een derde persoon één of andere daad van geweld te gebruiken, opdat deze dit zou moeten weigeren, atypisch gedrag zou beginnen vertonen en uiteindelijk door de mand zou vallen." ⁽³¹⁾.

Het lijkt bezwaarlijk toelaatbaar dat de Staat zijn eigen ambtenaren zou kunnen toestaan bepaalde soorten strafbare feiten te begaan, terwijl krachtens inzonderheid de artikelen 2, 3 en 4 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens hij respectievelijk eenieders recht op leven moet beschermen, alsook een verbod moet stellen op foltering, onmenselijke of vernederende behandeling, slavernij en dwangarbeid. In de ontworpen tekst moet dus minstens gepreciseerd worden welke strafbare feiten nooit begaan mogen worden.

b) de zoëven gemaakte opmerking a), klemmt des te meer wanneer het gaat om personen die niet de hoedanigheid hebben van politieambtenaar.

Volgens de bewoordingen van het ontworpen artikel 47quinquies, § 2, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering kan deze verschoningsgrond ook van toepassing zijn

"... op de personen die aan de uitvoering van deze opdracht noodzakelijke en rechtstreekse hulp of bijstand hebben verleend en op de personen, bedoeld in artikel 47octies, § 1, tweede lid."

Dat betekent dat die verschoningsgrond eveneens zou kunnen worden aangevoerd door een persoon die geen politieambtenaar is, zoals een burger-deskundige of een informant, over wier rechtpositieregeling niets geweten is... Als het om een informant gaat die zelf strafbare feiten heeft begaan binnen het bestek van bijvoorbeeld zijn deelname aan een criminele organisatie, rijst de vraag of hij zich kan beroepen op die verschoningsgrond, waardoor hij gerechtelijk niet vervolgd zou kunnen worden, met dien verstande dat ervan uit mag worden gegaan dat de strafbare feiten die hij begaan heeft noodzakelijk waren voor de uitvoering van zijn opdracht.

De memorie van toelichting zou hierover duidelijker moeten zijn.

⁽³¹⁾ Zie de memorie van toelichting, blz. 18.

IV. De voorwaarden voor de toepassing van de andere onderzoeksmethoden en de eerbiediging van de rechten van de mens

Zoals benadrukt is in algemene opmerking II, wordt in het voorontwerp van wet een onderscheid gemaakt tussen de bijzondere opsporingsmethoden, zoals observatie, infiltratie en informantenwerking en de andere onderzoeksmethoden ("onderzoeksmaatregelen"), die inzonderheid kunnen worden toegepast in het bestek van de bijzondere opsporingsmethoden. Het gaat om onderscheppen van post, inkijkoperaties, direct af luisteren, uitgestelde tussenkomst en inwinnen van gegevens over bankrekeningen en banktransacties.

Vanwege de mogelijke inbreuken door de meeste van die bijzondere onderzoeksmaatregelen op het privé- en het gezinsleven, met inbegrip van de bescherming van de briefwisseling, gewaarborgd door artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, moet er ook voor gezorgd worden dat die bemoeienissen duidelijk in de wet worden omschreven.

Deze constatering geeft aanleiding tot de volgende opmerkingen.

1. Het onderscheppen van post

Het ontworpen artikel 46ter van het Wetboek van Strafvordering machtigt de procureur des Konings om "post" van een verdachte te onderscheppen en in beslag te nemen wanneer er ernstige aanwijzingen zijn dat de strafbare feiten een correctionele hoofdgevangenisstraf van een jaar of een zwaardere straf tot gevolg kunnen hebben.

Volgens artikel 29 van de Grondwet,

"...(is) het briefgeheim onschendbaar. De wet bepaalt welke agenten verantwoordelijk zijn voor de schending van het geheim der aan de post toevertrouwde brieven."

.../...

In een arrest van 27 juli 1999 heeft het Hof van Cassatie⁽³²⁾ geoordeeld dat de bescherming van het briefgeheim zich niet uitstrekt tot een postpakket enkel doordat het ter verzending onder gesloten omslag of verpakking aan een private firma wordt aangeboden met vermelding van afzender en geadresseerde.

Welnu, in de commentaar bij de ontworpen bepaling wordt het volgende gesteld⁽³³⁾ :

"...de term "post" wordt hier in de brede zin van het woord begrepen : open en gesloten brievenpost, briefkaarten, drukwerken, omzendbrieven, postpakketten, postkaarten, berichten, telegrammen, aangetekende zendingen, grensoverschrijdende post, enz.

Tevens beoogt het wetsontwerp - de grondwet spreekt immers van briefgeheim - enkel de traditionele "brieven -en pakjespost" te regelen. Op onderschepping van elektronisch verzonden post (e-mail) zijn de artikelen 90ter e.v. van het Wetboek van Strafvordering reeds van toepassing."

Deze commentaar lijkt aan te geven dat de term "post" hetzelfde betekent als de term "brief", vermeld in artikel 29 van de Grondwet, terwijl in artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens de term "briefwisseling" wordt gebezigd. In de ontworpen tekst moet bijgevolg duidelijk worden gemaakt of het begrip "post" begrepen moet worden in de zin van artikel 29 van de Grondwet of in een bredere betekenis, een en ander ter wille van de naleving van het beginsel van de voorspelbaarheid, vervat in artikel 8, lid 2, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens.

Deze maatregel van onderschepping van post is overigens niet beperkt in de tijd en kan direct van toepassing zijn op personen die gebonden zijn door het beroepsgeheim.

Ook wat deze punten betreft behoort de ontworpen bepaling te worden aangevuld, teneinde meer waarborgen te bieden voor de eerbiediging van het privé- en het beroepsleven.

⁽³²⁾ Cass., 27 juli 1999, Verz., 1999, I, blz. 1008.

⁽³³⁾ Blz. 40.

2. De inkijkoperatie

Krachtens het ontworpen artikel 89ter van het Wetboek van Strafvordering kunnen politiediensten gemachtigd worden om een private plaats te betreden buiten medeweten of zonder toestemming van de personen die eigenaar zijn van die plaats of die deze plaats bewonen. Alleen de onderzoeksrechter kan die maatregel toestaan. Zulks kan

"wanneer er ernstige aanwijzingen zijn dat de strafbare feiten een misdrijf uitmaken of zouden uitmaken als bedoeld in artikel 90ter, §§ 2, 3 en 4 of gepleegd worden of zouden worden in het kader van een criminele organisatie zoals bedoeld in artikel 324bis van het Strafwetboek."

Die maatregel mag alleen worden uitgevoerd wanneer het nodig is :

- "1° die plaats op te nemen en zich te vergewissen van de eventuele aanwezigheid van zaken die het voorwerp van het misdrijf uitmaken, die gediend hebben of bestemd zijn tot het plegen ervan of die uit een misdrijf voortkomen, van de vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen, van de goederen en waarden die in de plaats ervan zijn gesteld of van de inkomsten uit de belegde voordelen;
- 2° er de bewijzen van te verzamelen;
- 3° in het kader van een observatie een technisch hulpmiddel als bedoeld in artikel 47sexies, § 1, derde lid te plaatsen."

Het is dus de bedoeling politiemensen de mogelijkheid te bieden om ter wille van een onderzoek in het geheim een private plaats te betreden en daar inzonderheid in het raam van een observatie een technisch hulpmiddel te plaatsen zonder met een huiszoekingsbevel te hoeven werken.

De memorie van toelichting bevat in dat verband de volgende passage :

"Bijvoorbeeld kan worden gedacht aan het plaatsen van een videocamera of een bewegingsmelder in een loods, ten einde de aanwezigheid of verplaatsing van personen aldaar vast te stellen of aan het betreden van een stapelplaats om een peilzender op een container aan te brengen." ⁽³⁴⁾.

⁽³⁴⁾ Zie de memorie van toelichting, blz. 43.

De aldus beschreven maatregel is een ernstige aantasting van het recht op eerbiediging van het privé-leven en het gezinsleven (artikel 22 van de Grondwet en artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens) en van de onschendbaarheid van de woning (artikel 15 van de Grondwet en artikel 8 van het Verdrag), zodat terzake precieze garanties moeten gelden, naar het voorbeeld van hetgeen bestaat voor het afluisteren van telefoongesprekken.

De Raad van State begrijpt niet waarom het subsidiariteitsbeginsel geen voorwaarde is voor de toepassing van zulk een onderzoeksmaatregel, terwijl dat wel het geval is voor het afluisteren van telefoongesprekken, aangezien dat, volgens artikel 90ter, § 1, van het Wetboek van Strafvordering maar mag worden toegestaan wanneer het onderzoek zulks vereist en indien de overige middelen van onderzoek niet volstaan om de waarheid aan de dag te brengen.

Zoals reeds opgemerkt is in algemene opmerking II, dient het subsidiariteitsbeginsel te worden nageleefd wanneer de inkijkoperatie plaatsvindt in het kader van een bijzondere opsporingsmethode zoals de observatie. Zulk een inkijkoperatie blijkt evenwel eveneens te kunnen plaatsvinden buiten het raam van een bijzondere opsporingsmethode. Bijgevolg moet deze ontworpen bepaling op dit punt worden aangevuld.

Terwijl in artikel 90ter, § 1, van het Wetboek van Strafvordering goed wordt aangegeven ten aanzien van welke categorieën van personen en van welke plaatsen een maatregel tot het afluisteren van telefoongesprekken kan worden bevolen, bevat het ontworpen artikel 89ter geen enkele precisering terzake, zodat de woning van wie ook kan worden geschonden.

Overigens is de ontworpen tekst niet nauwkeurig wat betreft de inhoud van de beschikking die door de onderzoeksrechter wordt opgesteld, terwijl artikel 90quater van het Wetboek van Strafvordering in dat verband precieze vereisten bevat.

In de ontworpen tekst wordt evenmin iets gezegd over de termijn waarbinnen zulk een maatregel kan worden toegepast, inzonderheid wanneer hij genomen wordt buiten het kader van een bijzondere opsporingsmethode, terwijl evenmin wordt geregeld hoe de bevindingen van de politiediensten in de processen-verbaal moeten

.../...

worden opgetekend, noch welke voorzorgen moeten worden genomen om de opnames die met een videocamera of een microfoon zouden zijn gemaakt, volledig en ongeschonden aan de onderzoeksrechter te bezorgen. Voorts wordt in de ontworpen tekst op geen enkele wijze gepreciseerd in welke omstandigheden die opnames bewaard of vernietigd worden ingeval op grond daarvan geen vervolging plaatsvindt.

Ten slotte vertoont de ontworpen tekst ook leemtes aangaande de mogelijkheid waarover de verdachte, de burgerlijke partij of hun raadslieden zullen beschikken om kennis te nemen van de eventuele opnames en van de processen-verbaal die in het bestek van die onderzoeksmaatregel worden opgemaakt, en daarenboven aangaande de gevolgen van zulk een schending van de woning wanneer ze verband houdt met een persoon die aan het beroepsgeheim is gebonden.

Zoals de ontworpen bepaling is gesteld, beantwoordt zij dan ook niet aan de vereisten van artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en moet zij grondig worden herzien.

V. De respectieve rol van de onderzoeksrechter en van het parket bij de toepassing van bijzondere opsporingsmethoden en andere onderzoeksmethoden (bijzondere onderzoeksmaatregelen)

1. In het raam van bijzondere opsporingsmethoden

a) Volgens het ontworpen artikel 47ter, § 1, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering dient het openbaar ministerie controle uit te oefenen op de toepassing, door politiediensten, van bijzondere opsporingsmethoden, in het raam van zowel opsporingsonderzoeken als gerechtelijke onderzoeken. Wanneer bijzondere opsporingsmethoden worden toegepast in het stadium van het opsporingsonderzoek, inclusief in het raam van een proactieve recherche, verleent de procureur des Konings de betrokken politiediensten de noodzakelijke machtigingen, dat wil zeggen de toestemming tot observatie of infiltratie. Bovendien moet de procureur des Konings in een beschikking bepalen welke strafbare feiten de politiediensten in het kader van die opdracht mogen plegen.

.../...

Die machtigingen en beschikkingen worden gevoegd bij vertrouwelijke dossiers, bedoeld in het ontworpen artikel 47septies en het ontworpen artikel 47novies van het Wetboek van Strafvordering, voor de bewaring van welke dossiers door de procureur des Konings wordt gezorgd. Bij die vertrouwelijke dossiers worden eveneens de verslagen gevoegd waarin de officieren van gerechtelijke politie een gedetailleerd relaas hebben gegeven van de uitvoering van observaties en infiltraties.

Volgens het ontworpen artikel 56bis van het Wetboek van Strafvordering is de onderzoeksrechter ook bevoegd om machtigingen te verlenen waarin hij beslist bijzondere opsporingsmethoden te gebruiken. In afwijking van artikel 56, § 1, derde lid, van het Wetboek van Strafvordering worden die bijzondere opsporingsmethoden evenwel uitgevoerd door de procureur des Konings. Voorts is het ook de procureur des Konings die in een beschikking bepaalt welke strafbare feiten de politiediensten mogen plegen in het kader van de machtiging die door de onderzoeksrechter is verleend.

Daaruit volgt dat de onderzoeksrechter niet langer volledig meester is over zijn onderzoek, terwijl hij krachtens artikel 56 van het Wetboek van Strafvordering verantwoordelijk is voor het gerechtelijk onderzoek, dat hij zowel à charge als à décharge dient te voeren. Krachtens diezelfde bepaling moet hij ook zorg dragen voor de wettigheid van de bewijsmiddelen en de loyauteit waarmee ze worden verzameld en mag hij zelf de handelingen verrichten die behoren tot de gerechtelijke politie, het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek.

Overigens worden de verslagen van de officieren van gerechtelijke politie die belast zijn met het uitvoeren van de operaties van observatie en infiltratie en de verslagen met de inlichtingen die van informanten zijn verkregen, rechtstreeks bezorgd aan de procureur des Konings, die ze bij het vertrouwelijk dossier voegt, terwijl de onderzoeksrechter het dossier mag inzien maar in geen enkel geval in het kader van zijn gerechtelijk onderzoek gewag mag maken van de inhoud van dat dossier (ontworpen artikel 56bis, derde lid, van het Wetboek van Strafvordering).

Het ontworpen artikel 47undecies van het Wetboek van Strafvordering bepaalt dat wanneer de procureur des Konings die in het bestek van zijn opsporingsonderzoek gebruik heeft gemaakt van bijzondere opsporingsmethoden, tot vervolging wenst over te gaan, hij "in alle gevallen de onderzoeksrechter(vordert) met het oog op de verslaggeving voor de raadkamer".

In de memorie van toelichting wordt die bepaling als volgt besproken :

"De onderzoeksrechter mag echter niet beslissen het onderzoek verder te zetten : hij kan enkel de normale procedure volgen die hij zou volgen als het gerechtelijk onderzoek beëindigd wordt" ⁽³⁵⁾.

Uit al deze bepalingen van het ontwerp blijkt de bedoeling om bij de toetsing van het verloop van de strafrechtelijke onderzoeken waarbij bijzondere opsporingsmethoden worden toegepast een centrale plaats te geven aan de procureur des Konings, ten nadele van de onderzoeksrechter, terwijl de recente hervormingen van het Wetboek van Strafvordering (Wet-Franchimont) die instruerend magistraat hebben bevestigd :

"... dans son rôle de garant des droits des parties dans un Etat de droit. Il est ainsi le premier interlocuteur des acteurs du procès pénal dans sa phase préparatoire, qu'il s'agisse des inculpés, de la partie civile ou de la victime, des membres du parquet ou des services de police." ⁽³⁶⁾.

In de memorie van toelichting zouden redenen moeten worden opgegeven voor deze koerswijziging ten opzichte van recente ontwikkelingen op wetgevend gebied, zoals bijvoorbeeld de wet van 30 juni 1994 ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het afluisteren, kennisnemen en openen van privé-communicatie en -telecommunicatie, waarbij aan de onderzoeksrechter een centrale rol wordt toegekend.

b) Overigens ziet de Raad van State niet in hoe het voorgestelde systeem zich verdraagt met artikel 28quater, derde lid, van het Wetboek van Strafvordering, naar luid waarvan de aanhangigmaking van de zaak bij de onderzoeksrechter tot gevolg heeft

⁽³⁵⁾ Zie de artikelsgewijze bespreking, blz. 60.

⁽³⁶⁾ H.-D. Bosly en D. Vandermeersch, "Droit de la procédure pénale", La Charte, 1999, blz. 342.

dat het openbaar ministerie de eigen onderzoeksbevoegdheid die het in het kader van het opsporingsonderzoek bezit, verliest. Volgens die bepaling is het de procureur des Konings verboden om tijdens het gerechtelijk onderzoek daden van opsporing te stellen waarmee hij bewust de prerogatieven zou aantasten van de onderzoeksrechter bij wie de zaak aanhangig is.

De heren Bosly en Vandermeersch hebben op het volgende gewezen :

"... on a voulu ainsi proscrire toute enquête parallèle dès lors que l'affaire était à l'instruction. Il importe en effet que les terrains d'action respectifs des magistrats soient clairement définis afin d'éviter les doubles emplois, les empiètements de compétences ou encore les rivalités et concurrences qui ne peuvent qu'être sources d'incidents ou dysfonctionnements, nuisibles à une bonne administration de la justice ..." ⁽³⁷⁾.

De ontworpen bepalingen kunnen evenwel tot gevolg hebben dat het voor de procureur des Konings mogelijk is een opsporingsonderzoek in te stellen in het raam zelf van een gerechtelijk onderzoek. De bevoegdheden die in dit verband aan de procureur des Konings worden opgedragen, blijken te ruim, aangezien daarbij niet voldoende rekening wordt gehouden met de eigen bevoegdheden van de instruerend magistraat.

Uit de bespreking van het ontworpen artikel 56bis van het Wetboek van Strafvordering blijkt evenwel het volgende :

"... behoudt de onderzoeksrechter de leiding van zijn onderzoek en is hij de instantie die uiteindelijk oordeelt of de bijzondere opsporingsmethode wordt gebruikt of niet. Hij verleent de machtiging en de voorwaarden waarin de methode kan worden gebruikt, hij kan de machtiging wijzigen, aanvullen, verlengen of beëindigen zo hij dit wil, en heeft volledige inzake in de dossiers ⁽³⁸⁾".

In het dispositief van het ontworpen artikel 56bis komt die bedoeling evenwel niet tot uiting.

⁽³⁷⁾ Ibid, blz. 369.

⁽³⁸⁾ Zie in die zin de artikelsgewijze bespreking, blz. 61.

c) Een soortgelijk probleem van samenhang rijst wat de bevoegdheid van de onderzoeksrechter betreft om de politiediensten rechtstreeks te vorderen en ze met opdrachten te belasten in het kader van de gerechtelijke onderzoeken die hij voert (artikel 56, §§ 2 en 3, van het Wetboek van Strafvordering).

Is het de procureur des Konings die, met het oog op de toepassing van bijzondere opsporingsmethoden die door de onderzoeksrechter zijn toegestaan, bepaalt welke politiediensten met die operaties worden belast ?

De ontworpen teksten lijken eveneens een rechtstreeks verband uit te sluiten tussen de instruerend magistraat en de politiediensten die met de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden zijn belast.

Hoe zal die magistraat in die omstandigheden een gerechtelijk onderzoek kunnen leiden en zich kunnen vergewissen van de betrouwbaarheid van de inlichtingen die hem via vertrouwelijke dossiers worden meegedeeld, alsook van de wettigheid van de aldus verkregen bewijsmiddelen ?

d) Een fundamentele opmerking is dat het ontworpen artikel 56bis, derde lid, van het Wetboek van Strafvordering als volgt luidt :

"De onderzoeksrechter heeft steeds het recht het vertrouwelijk dossier aangaande de uitvoering van de bijzondere opsporingsmethode die hij bevolen heeft in te zien, zonder dat hij van de inhoud ervan in het kader van zijn gerechtelijk onderzoek gewag kan maken."

Als deze bepaling letterlijk zou worden genomen, zou het de onderzoeksrechter verboden zijn in het onderzoeksdossier gewag te maken van door hem vastgestelde onregelmatigheden bij de toepassing van bijzondere opsporingsmethoden evenals bij het onwettig verzamelen van bepaalde bewijsmiddelen. De onderzoeksrechter zou aldus geen onderzoek à décharge meer kunnen voeren... Dat verbod zal meer in het bijzonder problemen doen rijzen wanneer de politiediensten gebruik hebben gemaakt van uitlokking.

Daaruit moet worden afgeleid dat, als de onderzoeksrechter in het onderzoeksdossier geen melding mag maken van die uitlokking of van eventuele onregelmatigheden, hij niet meer bij machte is een onderzoek tot een goed einde te brengen. Het ontworpen artikel 56bis houdt dus niet alleen een afwijking in van artikel 56, § 1, derde lid, van het Wetboek van Strafvordering, maar ook van de andere in die bepaling vervatte beginselen en inzonderheid van het beginsel dat een grondbeginsel van het gerechtelijk onderzoek is en naar luid waarvan een onderzoek zowel à charge als à décharge dient te worden gevoerd.

e) Ten slotte kan de onderzoeksrechter krachtens artikel 59 van het Wetboek van Strafvordering in alle gevallen van ontdekking op heterdaad of de als zodanig beschouwde gevallen het onderzoek van de feiten aan zich trekken en rechtstreeks de handelingen verrichten die tot de bevoegdheid van de procureur des Konings behoren.

Aangezien die bepaling niet gewijzigd wordt bij het voorontwerp van wet, rijst de vraag of de onderzoeksrechter in geval van ontdekking op heterdaad zelf bijzondere opsporingsmethoden kan bevelen en doen toepassen.

f) Kortom, gelet op de opmerkingen die hiervoren over de grond van de zaak zijn gemaakt, dient het voorontwerp van wet te worden herzien opdat de specifieke rol van het openbaar ministerie en van de onderzoeksrechter beter wordt omschreven, zoniet kan het beginsel van een goede rechtsbedeling zwaar gehavend worden.

2. In het kader van de andere opsporingsmethoden (bijzondere onderzoeksmaatregelen)

a) Direct afluisteren.

Bij artikel 12 van het ontwerp wordt artikel 90quater, § 3, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering aangevuld met een bepaling die ertoe strekt de onderzoeksrechter niet op de hoogte te brengen van de naam van de agenten van gerechtelijke politie die ermee belast zijn een private plaats - die een privé-woning kan zijn - buiten medeweten of zonder toestemming van de bewoner ervan binnen te dringen teneinde er een technisch hulpmiddel te plaatsen waarmee het mogelijk wordt om privé-communicatie of -telecommunicatie direct af te luisteren, er kennis van te nemen of op te nemen.

.../...

In de memorie van toelichting staat in dat verband het volgende te lezen :

"Dit is echter begrijpelijk en kan ook moeilijk anders, gezien deze agenten doorgaans welbepaalde leden van de gespecialiseerde eenheden van de federale politie zullen zijn (niet alle politieambtenaren zij immers afdoende technisch onderlegd om dit uit te voeren), waarvan de namen dus, om veiligheidsredenen en ten einde represailles te vermijden, moeten worden afgeschermd en derhalve niet in het proces-verbaal kunnen worden opgenomen." ⁽³⁹⁾.

Dat de identiteit van die personen niet wordt vermeld onder de gegevens die in het strafdossier voorkomen, kan onder bepaalde voorwaarden aanvaardbaar zijn in het licht van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Het is daarentegen onaanvaardbaar dat die identiteit normalerwijze ook voor de onderzoeksrechter geheim zou worden gehouden : dat is onverenigbaar met de verantwoordelijkheid van de onderzoeksrechter om het onderzoek zowel à charge als à décharge te voeren en met het feit dat hij zich daartoe moet kunnen vergewissen van de wettigheid van de bewijsmiddelen en dus van de betrouwbaarheid van de personen die hem die bewijsmiddelen hebben bezorgd.

b) Het inwinnen van gegevens over bankrekeningen en banktransacties.

Aangezien het hierbij gaat om een bemoeienis met het vermogen van personen en dus om een inmenging in hun persoonlijke levenssfeer, dient de steller van het ontwerp te beoordelen of de bevoegdheid tot het verlenen van instemming met het inwinnen van deze gegevens niet beter aan de onderzoeksrechter zou worden opgedragen in plaats van aan de procureur des Konings. Enerzijds worden zulke inlichtingen nu reeds ingewonnen, hetzij in het kader van een huiszoeking in een bankinstelling, hetzij op eenvoudige vordering van de onderzoeksrechter ⁽⁴⁰⁾. Anderzijds wordt de onderzoeksrechter in het ontwerp zelf ermee belast op te treden wanneer een inmenging in de persoonlijke levenssfeer plaatsvindt, inzonderheid door de beslissing om onderschepte post te openen (zie het ontworpen artikel 88sexies).

⁽³⁹⁾ Zie artikelsgewijze bespreking, blz. 66 en 67.

⁽⁴⁰⁾ H.-D. Bosly en D. Vandermeersch, op. cit., blz. 404.

Het zou des te dienstiger kunnen blijken die bevoegdheid aan de onderzoeksrechter toe te kennen daar de aanwending van een bijzondere onderzoeksmaatregel als bedoeld in het ontworpen artikel 46quater niet noodzakelijk geschiedt in het kader van de toepassing van een bijzondere opsporingsmethode, met als gevolg dat zulk een onderzoeksmaatregel dan ook kan worden aangewend voor het opsporen van welk strafbaar feit ook waarop een gevangenisstraf van een jaar of meer staat en dat het subsidiariteitsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel niet gelden voor zulk een onderzoeksmaatregel.

VI. Controle op de bijzondere opsporingsmethoden

In de memorie van toelichting staat het volgende te lezen :

"Gezien evenwel de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden de fundamentele rechten en vrijheden kan aantasten en afbreuk kan doen aan fundamentele beginselen van de strafrechtspleging, verdient het de voorkeur de bijzondere controle erover toe te vertrouwen aan een andere gezagsdrager dan die welke de operatie zelf uitvoert (de politiediensten) of die er de onmiddellijke verantwoordelijkheid voor draagt (het Openbaar Ministerie en de onderzoeksrechter).

Het wetsontwerp voorziet in een aantal verschillende mogelijkheden. In de eerste plaats opteert het er voor deze controlebevoegdheid aan de onderzoeksgerechten toe te kennen. Deze keuze is niet toevallig. Ze sluit naadloos aan bij de bestaande artikelen in het Wetboek van Strafvordering met betrekking tot de zuivering van de nietigheden : de artikelen 131 (zuivering door de raadkamer) en 235bis (zuivering door de Kamer van Inbeschuldigingstelling).

(...)

Het wetsontwerp voorziet in geen eigen specifieke procedure" ⁽⁴¹⁾.

De stellers van het ontwerp haken aldus aan bij de procedure die bij de onderzoeksgerechten gangbaar is wat betreft de controle op de opsporingsonderzoeken of de gerechtelijke onderzoeken in de loop waarvan bijzondere opsporingsmethoden zijn toegepast.

⁽⁴¹⁾ Zie memorie van toelichting, blz. 33 en 34.

Slechts twee aanpassingen van het Wetboek van Strafvordering worden overwogen. In de eerste plaats wordt de procureur des Konings er bij het ontworpen artikel 47undecies toe verplicht de onderzoeksrechter te vorderen met het oog op het doen van verslag voor de raadkamer wanneer hij beslist tot vervolging over te gaan op grond van een opsporingsonderzoek in de loop waarvan hij het toepassen van bijzondere opsporingsmethoden heeft toegestaan. Ten tweede wordt artikel 235bis van het Wetboek in die zin gewijzigd dat de kamer van inbeschuldigingstelling gemachtigd wordt om buiten de aanwezigheid van de partijen de onderzoeksrechter en de met de leiding over de uitvoering van de bijzondere opsporingsmethoden belaste officier van gerechtelijke politie te horen. Datzelfde artikel wordt ook gewijzigd opdat de partijen zich voor de bodemrechter niet meer kunnen beroepen op een middel dat verband houdt met de openbare orde en betrekking heeft op onregelmatigheden, verzuimen of nietigheden waarover voor de kamer van inbeschuldigingstelling al is gedebatteerd.

De vraag rijst echter of de bestaande procedure en de genoemde aanpassingen voldoende zijn om gerechtelijke onderzoeken en opsporingsonderzoeken waarbij bijzondere opsporingsmethoden zijn toegepast, daadwerkelijk te kunnen controleren.

In dat verband behoren bij het onderzochte ontwerp de volgende opmerkingen te worden gemaakt.

1. Toetsing door de onderzoeksrechter en de raadkamer

a) Zoals zojuist is opgemerkt, kan de procureur des Konings de zaak niet direct aanhangig maken bij het strafgerecht wanneer hij besluit te vervolgen. De onderzoeksrechter moet in dat geval verslag uitbrengen bij de raadkamer. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de onderzoeksrechter alsdan het onderzoek niet kan voortzetten en genoegen moet nemen met de procedure die voor het einde van het gerechtelijk onderzoek is voorgeschreven ⁽⁴²⁾.

⁽⁴²⁾ Zie memorie van toelichting, blz. 37.

Het is de Raad van State echter niet duidelijk hoe het ontworpen artikel 47undecies verenigbaar kan worden gemaakt met onder meer artikel 127 van het Wetboek van Strafvordering.

Overeenkomstig laatstgenoemd artikel draagt de onderzoeksrechter de verantwoordelijkheid voor zijn onderzoek ten aanzien van de raadkamer. Ook de onderzoeksrechter is het die door de in verdenking gestelde en de burgerlijke partij overeenkomstig artikel 61quinquies van het Wetboek van Strafvordering wordt verzocht aanvullende onderzoekshandelingen te verrichten.

Het ontworpen artikel 47undecies levert dus een probleem op, voorzover het de onderzoeksrechter ten aanzien van de raadkamer opscheept met het opsporingsonderzoek verricht door de procureur des Konings, terwijl deze helemaal niet bevoegd is om over het opsporingsonderzoek te oordelen en geen inzage heeft noch zal hebben van vertrouwelijke dossiers met daarin het verloop van de bijzondere opsporingsmethoden die de procureur des Konings heeft bevolen.

Gelet op de vaagheid van het ontworpen artikel 47undecies en op de nieuwigheid van het daarin uitgewerkte systeem, vraagt de Raad van State zich af wat de werkelijke rol van de onderzoeksrechter is ten aanzien van de toetsing van het opsporingsonderzoek verricht door de procureur des Konings. De ontworpen bepalingen laten de onderzoeksrechter immers geen enkele beoordelingsbevoegdheid.

b) Bovendien doet de raadkamer volgens artikel 127, zevende lid, van het Wetboek van Strafvordering uitspraak op verslag van de onderzoeksrechter na de procureur des Konings, de burgerlijke partij en de in verdenking gestelde gehoord te hebben. In het onderhavige geval doet de raadkamer echter voornamelijk uitspraak over de regelmatigheid van het opsporingsonderzoek verricht door de procureur des Konings die in de gegeven omstandigheden niet gewoon kan worden gehoord als een andere procespartij.

Tot slot, in de ontworpen wet wordt niet bepaald dat de raadkamer kennis kan nemen van het "vertrouwelijke dossier" waarin de neerslag te vinden is van de operaties die in het kader van de bijzondere opsporingsmethoden zijn verricht, noch dat ze de met de leiding van die operaties belaste officieren van gerechtelijke politie kan horen, zoals in het ontworpen artikel 235bis voor de kamer van inbeschuldigingstelling wordt bepaald.

Bijgevolg kan men zich afvragen hoe de raadkamer zich overeenkomstig artikel 131 van het Wetboek van Strafvordering ervan kan vergewissen dat het opsporingsonderzoek verricht door de procureur des Konings niet wordt aangetast door onregelmatigheden of nietigheidsgronden betreffende een handeling die in het kader van dat opsporingsonderzoek is gesteld of betreffende de manier waarop de bewijzen voor het strafbare feit zijn verzameld. Die opmerking geldt ook wanneer de raadkamer zich moet uitspreken over de regelmatigheid van een gerechtelijk onderzoek dat direct door de onderzoeksrechter is ingesteld en tijdens hetwelk bijzondere opsporingsmethoden zijn aangewend. Zoals reeds is opgemerkt, bepaalt het ontworpen artikel 56bis in dat geval dat de onderzoeksrechter het vertrouwelijke dossier over de uitvoering van de bijzondere opsporingsmethode die hij heeft bevolen weliswaar mag inkijken, maar in het kader van zijn gerechtelijk onderzoek geen melding mag maken van de inhoud van dat dossier.

Algemeen beschouwd en in tegenstelling met wat de memorie van toelichting doet vermoeden, lijken de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering waarin de procedure bij de raadkamer wordt geregeld, dus zodanig te moeten worden gewijzigd dat zowel de onderzoeksrechter als de raadkamer daadwerkelijk de regelmatigheid kunnen toetsen binnen het bestek van de bijzondere procedure die in het ontworpen artikel 47undecies is vervat.

2. Toetsing door de kamer van inbeschuldigingstelling

De kamer van inbeschuldigingstelling treedt op, hetzij op basis van artikel 135 van het Wetboek van Strafvordering, hetzij op basis van de artikelen 136, 136bis en 235bis van dat Wetboek.

.../...

a) Krachtens artikel 135 van het genoemde Wetboek doet ze uitspraak over hogere beroepen die het openbaar ministerie, de burgerlijke partij of de in verdenking gestelde tegen de beschikkingen van de raadkamer hebben ingesteld.

Evenmin als ten aanzien van de raadkamer lijkt het voorontwerp van wet wat betreft de kamer van inbeschuldigingstelling in de mogelijkheid te voorzien om inzage te hebben van het "vertrouwelijke dossier" waarin de neerslag is te vinden van de bijzondere opsporingsmethoden. De kamer van inbeschuldigingstelling heeft evenmin de mogelijkheid om de met de leiding van de operaties belaste officieren van gerechtelijke politie te horen, aangezien die officieren alleen kunnen worden gehoord in de context van de artikelen 136, 136bis en 235bis van het Wetboek van Strafvordering.

b) Overeenkomstig artikel 136, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering is de kamer van inbeschuldigingstelling ook belast met het toezicht op de gerechtelijke onderzoeken en kan ze daartoe verslagen over de stand van zaken opvragen, alsook kennis nemen van de dossiers. Opnieuw rijst de vraag of de kamer van inbeschuldigingstelling inzage zal kunnen krijgen van een "vertrouwelijk dossier" in het kader van de uitoefening van die bevoegdheid. Het ontwerp bepaalt evenmin dat de kamer van inbeschuldigingstelling inzage zal kunnen krijgen van zo een dossier wanneer ze zich moet uitspreken over de regelmatigheid van de procedure in het kader van artikel 235bis van het genoemde Wetboek.

c) Voor alle zaken waarover de raadkamer geen uitspraak heeft gedaan binnen het jaar na de eerste vordering, veroorlooft artikel 136bis van het Wetboek van Strafvordering de procureur-generaal om voor de kamer van inbeschuldigingstelling vorderingen te doen, indien hij dat noodzakelijk acht voor het goede verloop, de wettigheid of de regelmatigheid van de procedure. In dat geval kan de kamer van inbeschuldigingstelling de maatregelen nemen die in de artikelen 136, 235 en 235bis van het Wetboek van Strafvordering worden bepaald.

Op te merken valt dat de kamer van inbeschuldigingstelling bij het ontwerp niet echt bevoegdheid krijgt om de aanwending van bijzondere opsporingsmethoden te toetsen, aangezien ze geen inzage lijkt te hebben van het vertrouwelijke dossier.

.../...

Bovendien blijkt uit de memorie van toelichting het volgende :

"Artikel 136bis komt meer bepaald tegemoet aan de situatie waarbij een strafonderzoek, waarin bijzondere opsporingsmethoden worden aangewend, geruime tijd (soms jaren) kan duren en er dus een "tussentijdse" behoefte bestaat om te weten of de gebruikte technieken naar het oordeel van de Kamer van Inbeschuldigingstelling wel regelmatig werden toegepast. Artikel 136bis biedt het Openbaar Ministerie de mogelijkheid uit eigen beweging of, wat wellicht vaak het geval zal zijn, op uitdrukkelijk verzoek van de onderzoeksrechter, de Kamer van Inbeschuldigingstelling te vorderen zich ook tussentijds uit te spreken over de regelmatigheid van de toegepaste bijzondere opsporingsmethoden. Op die wijze wordt voorkomen dat onregelmatigheden, die zouden zijn begaan bij het prille begin van het onderzoek, als gangreen om zich heen zouden grijpen, zouden uitzaaien en ongecontroleerd doorheen het verdere onderzoek zouden woekeren, om uiteindelijk pas bij de regeling van de rechtspleging desgevallend te kunnen worden uitgezuiverd." ⁽⁴³⁾.

Alleen de procureur-generaal kan zich aldus tot de kamer van inbeschuldigingstelling wenden om te toetsen of de bijzondere opsporingsmethoden regelmatig zijn. Aangezien de onderzoeksrechter via de procureur des Konings moet passeren voor de uitvoering van de bijzondere opsporingsmethoden die hij in het kader van zijn gerechtelijke onderzoeken heeft toegestaan en aangezien de onderzoeksrechter geen greep heeft op de manier waarop de procureur des Konings de door hem toegestane opsporingsmethoden uitvoert, zou het logisch zijn dat de onderzoeksrechter zich direct tot de kamer van inbeschuldigingstelling kan wenden zonder via de procureur-generaal te hoeven passeren opdat de kamer van inbeschuldigingstelling toetsing kan uitoefenen op de aanwending van de bijzondere opsporingsmethoden die in de loop van een gerechtelijk onderzoek zijn toegestaan.

d) Het besluit is dan ook dat de kritiek op de procedure bij de onderzoeksrechter en de raadkamer ook geldt voor de ontworpen procedure bij de kamer van inbeschuldigingstelling.

Op dat punt moet het ontwerp grondig worden herzien.

⁽⁴³⁾ Zie memorie van toelichting, blz. 35.

VII. Het recht op een billijk proces

Het voorontwerp van wet is bijzonder vaag, zowel over de vraag wat er moet geschieden met de verschillende inlichtingen die door toepassing van bijzondere opsporingsmethoden zijn ingewonnen, als over de vraag of procespartijen toegang tot die inlichtingen kunnen krijgen.

Volgens het ontworpen artikel 47ter, § 1, van het Wetboek van Strafvordering worden de bijzondere opsporingsmethoden in het kader van een opsporingsonderzoek of een gerechtelijk onderzoek aangewend

"... met het doel gepleegde of nog te plegen misdaden of wanbedrijven, hun daders en de bewijzen ervan op te sporen en, in dat kader, gegevens en inlichtingen in te winnen en te verwerken."

De bewoordingen van deze bepaling sluiten vrij dicht aan bij die van artikel 28bis, § 2, van het Wetboek van Strafvordering, waarin proactieve recherche wordt omschreven als

"... het opsporen, het verzamelen, registreren en verwerken van gegevens en inlichtingen op grond van een redelijk vermoeden van te plegen of reeds gepleegde maar nog niet aan het licht gebrachte strafbare feiten ...".

In die bepalingen wordt evenwel niets gezegd over de manier waarop die inlichtingen zullen worden verwerkt en onder welke voorwaarden ze zullen worden gebruikt tijdens het strafproces.

1. Gegevens verkregen via observatie of infiltratie

a) Zowel in geval van observatie als in geval van infiltratie moeten politiediensten volgens de ontworpen bepalingen aan de procureur des Konings verslagen doen toekomen over de verschillende fasen van de operatie. Zoals reeds is opgemerkt, worden die verslagen rechtstreeks overgezonden aan de procureur des Konings, die ze bij een vertrouwelijk dossier voegt dat gedekt is door het beroepsgeheim.

Politiediensten moeten ook processen-verbaal opmaken over de verschillende fasen van de uitvoering van de observatie of infiltratie, behoudens

"... indien de afscherming van de gebruikte technische hulpmiddelen en politionele onderzoekstechnieken of de vrijwaring van de veiligheid en de anonimiteit van de informant (lezen "aangever"?) en de politieambtenaren, belast met de uitvoering van de observatie, zich hiertegen verzetten."

In dat geval moet de politiedienst een vertrouwelijk verslag opstellen, dat bij het vertrouwelijke dossier wordt gevoegd.

b) In het voorontwerp van wet wordt aangegeven welke stukken in het vertrouwelijke dossier thuishoren en wie er inzage van kan krijgen, te weten voornamelijk de procureur des Konings en de onderzoeksrechter, maar alleen wanneer laatstgenoemde de machtiging heeft afgegeven om in het kader van zijn onderzoek bijzondere opsporingsmethoden aan te wenden. Daarentegen wordt niets gepreciseerd omtrent het gebruik dat zal worden gemaakt van het vertrouwelijke dossier in het kader van de strafrechtelijke procedure.

c) Het voorontwerp van wet is ook bijzonder vaag over de inhoud van het strafdossier, wanneer gerechtelijke instanties bijzondere opsporingsmethoden hebben aangewend. Zowel het ontworpen artikel 47septies, § 2, vierde lid, als het ontworpen artikel 47novies, § 2, vierde lid, van het Wetboek van Strafvordering lijken de via bijzondere opsporingsmethoden ingewonnen inlichtingen die in het strafdossier worden opgenomen, strikt te beperken. In het strafdossier komen alleen de processen-verbaal waarin wordt vermeld dat toestemming tot infiltratie of observatie is gegeven en waarin wordt aangegeven waarom er ernstige aanwijzingen voor een strafbaar feit zijn, de redenen waarom observatie of infiltratie noodzakelijk is om de waarheid aan het licht te kunnen brengen, evenals de naam of een zo nauwkeurig mogelijke beschrijving van de persoon voor wie de bewakingsmaatregel geldt. Het strafdossier bevat ook een beschikking waarbij de procureur des Konings het bestaan van de machtiging tot infiltratie of observatie bevestigt.

De bevindingen van de politiediensten mogen dus niet in het strafdossier voorkomen; daarenboven mag de onderzoeksrechter de inhoud van die bevindingen niet bekendmaken en hebben de partijen in het geding blijkbaar geen inzage van die gegevens.

.../...

Aangezien die bijzondere opsporingsmethoden in de sfeer liggen van hetzij een opsporingsonderzoek, hetzij een gerechtelijk onderzoek dat tot een strafproces kan leiden, moet het voorontwerp van wet duidelijker bepalen welke invloed die nasporingen op de bewijslevering kunnen hebben en moet het voorontwerp van wet een minimum aan debat op tegenspraak omtrent die gegevens mogelijk maken.

Terwijl de recente hervormingen van het Wetboek van Strafvordering de partijen enigszins inzage van het strafdossier hebben verleend en ervoor hebben gezorgd dat de voorafgaande fase van het strafproces meer op tegenspraak verloopt ⁽⁴⁴⁾, gaat het voorontwerp van wet de andere kant uit door parallelle "vertrouwelijke dossiers" te creëren.

Wat geschiedt er tot slot met de toepassing van de artikelen 61ter en 61quinquies van het Wetboek van Strafvordering, zo gauw in het strafdossier wordt vermeld dat bijzondere opsporingsmethoden zijn aangewend ?

2. Gegevens verkregen via informanten

____ Zoals hierboven al is onderstreept, is het ontworpen artikel 47decies van het Wetboek van Strafvordering erg onvolledig, ook over de manier waarop inlichtingen verschaft door informanten zullen worden verwerkt. In het voorontwerp van wet staat alleen dat die taak aan de Koning wordt toevertrouwd, zonder dat wordt aangegeven welke principes bij het beheer en de verwerking van die inlichtingen in acht moeten worden genomen.

Alleen het ontworpen artikel 47decies, § 6, bevat enige verduidelijking over wat er moet geschieden wanneer de informantenwerking

"... ernstige aanwijzingen over gepleegde of nog te plegen strafbare feiten aan het licht brengt."

⁽⁴⁴⁾ D. Vandermeersch en O. Klees, "La réforme "Franchimont" - Commentaire de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction", J.T., 1998, blz. 429.

In dat geval moet de lokale informantenbeheerder verslag uitbrengen bij de procureur des Konings, die dat verslag bij een vertrouwelijk dossier voegt dat gedekt wordt door het beroepsgeheim.

De procureurs des Konings beslist dan

"... of, in functie van het belang van de aangebrachte informatie en met inachtneming van de veiligheid van de informant, hiervan proces-verbaal wordt opgesteld. Indien dit proces-verbaal betrekking heeft op een lopend opsporingsonderzoek of gerechtelijk onderzoek staat de procureur des Konings in voor de voeging ervan bij dit strafdossier."

In het voorontwerp van wet wordt echter niets gezegd over de exacte inhoud van dat proces-verbaal. Bevat het een afschrift van de door de informant aangebrachte informatie ?

3. Conclusie

De omstandigheid dat in de ontworpen bepalingen helemaal niet wordt verduidelijkt hoe vervolgte personen, al was het via garanties omtrent de anonimiteit of via bijzondere procedures, de regelmatigheid kunnen aanvechten van via bijzondere opsporingsmethoden en onderzoeksmaatregelen verkregen bewijzen, alsook de omstandigheid dat vervolgte personen leden van politiediensten ⁽⁴⁵⁾ of door anonimiteit gedekte informanten niet zouden kunnen laten horen, kunnen problemen doen rijzen vanwege de voorschriften van artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens in verband met de eerbiediging van het recht op een billijk proces.

Het staat aan de steller van het ontwerp ervoor te zorgen dat de ontworpen bepalingen verenigbaar zijn met de minimumvereisten die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens terzake heeft gesteld ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁵⁾ Pro memorie : artikel 6 van het ontwerp biedt de kamer van inbeschuldigingstelling de mogelijkheid om, buiten de aanwezigheid van de partijen, zowel de onderzoeksrechter als de met de leiding over de uitvoering van de bijzondere opsporingsmethoden belaste officier van gerechtelijke politie te horen.

⁽⁴⁶⁾ Zie onder meer de voormelde arresten.

VIII. Verwerking van de gegevens

1. De vraag rijst of de gegevens die met toepassing van de ontworpen bepalingen worden ingewonnen, zullen worden verwerkt overeenkomstig de voorschriften van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, die immers ook betrekking heeft op de verwerking van persoonsgegevens inzake verdenkingen, vervolgingen of veroordelingen met betrekking tot strafbare feiten ⁽⁴⁷⁾.

2. Wat zal er bovendien geschieden met gegevens die door middel van bijzondere opsporingsmethoden zijn verzameld, wanneer het parket de dossiers seponereert ? Zullen bepaalde gegevens via de computer kunnen worden verwerkt voor misdrijfanalyse ?

Het ontworpen artikel 47undecies van het Wetboek van Strafvordering is op dat punt erg vaag, aangezien de procureur des Konings gewoon verplicht is de geseponereerde dossiers aan de procureur-generaal te bezorgen teneinde

"... deze toe te laten een controle uit te voeren op de regelmatigheid van de gebruikte methoden. De procureur-generaal wint daartoe het advies in van de voorzitter van de Kamer van Inbeschuldigingstelling."

IX. Machtigingen aan de Koning

Het voorontwerp van wet bevat een aantal machtigingen aan hetzij de Koning, hetzij de Minister van Justitie en de Minister van Binnenlandse Zaken om de ontworpen wetgeving aan te vullen. Die machtigingen zijn echter buitensporig.

⁽⁴⁷⁾ Zie in het bijzonder artikel 3, § 5, 1°, en artikel 8 van de genoemde wet van 8 december 1992, alsook het koninklijk besluit nr. 8 van 7 februari 1995 tot vaststelling van de doeleinden, de criteria en de voorwaarden van toegestane verwerkingen van de gegevens bedoeld in artikel 8 van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens.

a) Zo bepaalt het ontworpen artikel 47quinquies, § 4, van het Wetboek van Strafvordering :

"De Minister van Justitie en de Minister van Binnenlandse Zaken nemen, op voorstel van de federale procureur, de bijzondere organisatorische maatregelen, die strikt noodzakelijk zijn om de anonimiteit en de veiligheid van de politieambtenaren, belast met de uitvoering van de bijzondere opsporingsmethoden, bij de voorbereiding en de uitvoering van hun opdrachten te allen tijde te vrijwaren. Er is geen misdrijf wanneer in dat kader inbreuken op het strafwetboek of op de bijzondere strafwetten worden gepleegd."

Enerzijds kan uit de memorie van toelichting niet duidelijk worden opgemaakt wat onder "bijzondere organisatorische maatregelen, die strikt noodzakelijk zijn" moet worden verstaan. Anderzijds staat het niet aan de Koning het kader voor een rechtvaardigingsgrond te scheppen.

b) Het ontworpen artikel 47octies, § 2, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering bepaalt dat de procureur des Konings de politiediensten binnen het kader van een infiltratie kan machtigen om bepaalde politionele onderzoekstechnieken aan te wenden. De Koning wordt gemachtigd om die politionele onderzoekstechnieken te bepalen op de voordracht van de Minister van Justitie en na advies van het College van procureurs-generaal.

Zulk een machtiging is te vaag en, voorzover die politionele onderzoekstechnieken een inmenging in het privé-leven van burgers mogelijk zou maken, moeten ze ingevolge artikel 22 van de Grondwet door de wet worden bepaald.

c) Het ontworpen artikel 47decies, § 4, van het Wetboek van Strafvordering machtigt de Koning om op voordracht van de Minister van Justitie en na advies van het College van procureurs-generaal het volgende te bepalen :

"... de wijze waarop de inlichtingen en gegevens van de informanten, binnen de geïntegreerde politiedienst gestructureerd op twee niveaus, worden verwerkt.

Deze regelgeving geschiedt met inachtneming van een permanente controle over de betrouwbaarheid van de informanten, van de bescherming van de anonimiteit van de informanten en van de vrijwaring van de fysieke, psychische en morele integriteit van de contactambtenaren."

Afgezien van algemene opmerking III, 1, C), attendeert de Raad van State erop dat het niet aan de Koning staat om te bepalen hoe politiediensten de inlichtingen verstrekt door informanten zullen verwerken. Aangezien die inlichtingen doorgaans betrekking hebben op personen die ervan verdacht worden strafbare feiten te hebben gepleegd, kunnen ze de politiediensten informatie verschaffen over het privé-leven van de betrokkenen en moet de verwerking ervan dus, overeenkomstig artikel 22 van de Grondwet, door de wet worden bepaald.

Slotopmerking van taalkundige aard

Verscheidene bepalingen van de Nederlandse versie van het ontwerp zijn voor verbetering vatbaar uit een oogpunt van correct taalgebruik.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs
de Heren

Y. KREINS,

président de chambre,
kamervoorzitter,

P. QUERTAINMONT,
J. JAUMOTTE,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

J. van COMPERNOLLE,
B. GLANSDORFF,

assesseurs de la section de législation,
assessoren van de afdeling wetgeving,

Madame
Mevrouw

B. VIGNERON,

greffier,
griffier.

Le rapport a été présenté par
Mme P. VANDERNACHT, auditeur. La note du
Bureau de coordination a été rédigée et exposée par
Mme A.-F. BOLLY, référendaire adjoint.

Het verslag werd uitgebracht door
Mevr. P. VANDERNACHT, auditeur. De nota van
het Coördinatiebureau werd opgesteld en
toegelicht door Mevr. A.-F. BOLLY, adjunct-
referendaris.

La concordance entre la version française et la
version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle
de M. J. JAUMOTTE.

De overeenstemming tussen de Franse en de
Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht
van de H. J. JAUMOTTE.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRÉSIDENT - DE VOORZITTER,

B. VIGNERON

Y. KREINS