

SV

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 39.092/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par la Vice-Première Ministre et Ministre de la Justice, le 14 septembre 2005, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un avant-projet de loi "apportant des modifications diverses au Code d'instruction criminelle et au Code judiciaire en vue d'améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée", a donné le 21 septembre 2005 l'avis suivant :

Suivant l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, inséré par la loi du 4 août 1996, et remplacé par la loi du 2 avril 2003, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

La lettre s'exprime en ces termes :

"L'urgence spéciale étant motivée par la circonstance que la plupart des dispositions de cet avant-projet de loi sont indispensables pour renforcer les moyens d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave organisée. Par ailleurs, certaines d'entre-elles répondent aux lacunes constitutionnelles mises en évidence dans l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 202/2004 du 21 décembre 2004. La Cour a aussi annulé la plupart des dispositions de la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête qui touchent au dossier confidentiel établi dans le cadre de la mise en oeuvre de ces méthodes et qui vise notamment à protéger les données relatives aux moyens techniques utilisés ainsi que celles relatives à l'identité des agents de la police fédérale chargés de leur application. La Cour a décidé que les dispositions seraient annulées à partir du 31 décembre 2005. Il est donc urgent que cet avant-projet de loi puisse être déposé dès la rentrée parlementaire pour pouvoir être traité en temps utile tant à la chambre des représentants qu'au Sénat selon la procédure bicamérale complète.

Si toutes les dispositions de l'avant-projet de loi ne sont pas directement liées à l'arrêt de la Cour d'arbitrage, elles forment cependant un tout cohérent pour l'approche de phénomènes criminels comme le terrorisme et la criminalité grave organisée et sont indispensables pour nos services chargés de la recherche de ces infractions et de la poursuite de celles-ci."

Cette motivation de l'urgence concerne au premier chef les dispositions de l'avant-projet qui visent à faire face aux conséquences de l'arrêt n° 202/2004 de la Cour d'arbitrage.

L'urgence peut, par conséquent, être considérée comme justifiée pour les dispositions visant à remplacer celles annulées par la Cour. Cette justification peut être étendue - compte tenu de l'importance des enjeux - aux dispositions de l'avant-projet qui se bornent à apporter des améliorations techniques à des dispositions non critiquées par la Cour.

.../...

Tel ne semble cependant pas être le cas des dispositions du projet qui étendent le champ d'application de certaines méthodes particulières de recherche, ou de celles liées à la création de la fonction de juge d'instruction spécialisé en matière de terrorisme.

*
* * *

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Observation préalable

La proposition de loi "concernant le Code de procédure pénale", déposée par M. Hugo Vandenberghe et consorts ¹ intègre notamment dans le Code de procédure pénale une grande partie des dispositions du Code d'instruction criminelle. Le Conseil d'État a suggéré, dans son avis 36.741/2, donné le 28 juin 2004 ² sur cette proposition, que soient également intégrées dans le Code de procédure pénale, les dispositions introduites dans le Code d'instruction criminelle par la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête.

Dans le même ordre d'idées, il convient que l'auteur de l'avant-projet veille à assurer une cohérence dans l'articulation entre les dispositions de l'avant-projet à l'examen et celles de la proposition de loi précitée.

Observations particulières

Dispositif

(1) Cette proposition est issue des travaux de la commission pour le droit de la procédure pénale qui s'est réunie plus de cent quatre-vingts fois.

(2) Doc. parl., Sénat, session 2003-2004, n° 3-450/1.

Article 2

1. L'article 2 de l'avant-projet introduit dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale, une définition légale de la provocation, qui s'applique d'une manière tout à fait générale.

La possibilité de discrimination qui avait conduit la Cour d'arbitrage à annuler, dans son arrêt n° 202/2004 ³, l'article 47^{quater} du Code d'instruction criminelle (ci-après dénommé C.I.Cr.) inséré par la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête, est ainsi supprimée.

Ce constat laisse cependant entièrement ouverte la question du respect des droits de la défense, notamment au regard de l'article 6, § 3, d, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et les libertés fondamentales (ci-après dénommée C.E.D.H.) ⁴, lorsque la personne poursuivie invoque le fait qu'elle ait été victime d'une provocation policière causée par un enquêteur bénéficiant de l'anonymat. Il est renvoyé sur cette question à l'observation formulée sous l'article 22, concernant l'accès au dossier confidentiel.

2. Le terme "intervention" laisse incertaine la question de savoir s'il s'applique uniquement à l'intervention directe du fonctionnaire de police ou s'il comprend également l'intervention d'un tiers agissant à la demande expresse de ce fonctionnaire.

3. La conséquence de la provocation doit être aussi constatée alors que la procédure en est à l'information du parquet. C'est pourquoi il est suggéré que l'alinéa 3 soit rédigé ainsi :

"En cas de provocation, l'action publique est irrecevable en ce qui concerne ces faits".

(3) Voir les considérants B.10.1. à B.11.

(4) Lequel reconnaît à tout accusé le droit d'"interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge".

Article 3

Dans son arrêt n° 202/2004, précité, la Cour d'arbitrage a considéré que "l'observation avec des moyens techniques permettant d'avoir une vue dans une habitation" et le "contrôle visuel discret" sont des mesures qui peuvent être comparées, en ce qui concerne l'atteinte au respect de la vie privée, à la perquisition classique et aux écoutes et enregistrements des communications et télécommunications privées.

Elle a, dès lors, estimé que ces deux nouvelles mesures doivent être assorties des mêmes garanties procédurales et ne peuvent, par conséquent, être mises en oeuvre dans le cadre de la "mini-instruction" prévue à l'article 28*septies*, du C.I.Cr..

Ce constat était aggravé par la circonstance que l'article 28*septies*, alinéa 3, C.I.Cr., créait, en outre, un régime dérogatoire, au sein de la "mini-instruction", pour ces deux seules nouvelles mesures : l'article 28*septies*, alinéa 2, qui permet au juge d'instruction saisi de l'affaire de décider s'il exécute uniquement l'acte d'instruction requis et renvoie le dossier au Procureur du Roi ou si, au contraire, il continue lui-même l'enquête, leur était rendu inapplicable.

Les modifications apportées à l'article 28*septies*, C.I.Cr. par l'article 3 de l'avant-projet, rencontrent ces critiques.

Toutefois, afin d'améliorer la lisibilité du texte, il est suggéré que la dernière phrase de l'alinéa 1^{er} de l'article 28*septies* du C.I.Cr. et l'alinéa 2 de la même disposition, soient remplacés par la phrase suivante :

"Après l'exécution de l'acte d'instruction accompli par le juge d'instruction, celui-ci décide s'il renvoie le dossier au procureur du Roi qui est responsable de la poursuite de l'information ou si, au contraire, il continue lui-même l'enquête, auquel cas il est procédé conformément aux dispositions du chapitre VI du présent livre. Cette décision n'est susceptible d'aucun recours".

Article 4

L'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur la circonstance que tel qu'est rédigé l'article en projet, toute modification de l'article 131, 6°, 7° et 11°, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques entraînera la modification automatique du champ d'application de l'article 46, § 1^{er}, alinéa 4, du C.I.Cr. et aura, dès lors, un effet direct en droit pénal.

Article 6

1. L'article 6 de l'avant-projet vise à réformer la procédure de mise en oeuvre des "contrôles visuels discrets". Dans les considérants suivants de son arrêt n° 202/2004, précité, la Cour d'arbitrage a admis la régularité de ce type de contrôle :

"B.13.1. Le cinquième moyen concerne les «contrôles visuels discrets» qui peuvent être autorisés par le juge d'instruction en vertu de l'article 89*ter* du C.I.Cr. Cette méthode de recherche consiste pour les services de police, dûment autorisés à cette fin par le juge d'instruction, à «pénétrer dans un lieu privé, à l'insu du propriétaire ou de son ayant droit, ou de l'occupant, ou sans le consentement de ceux-ci, aux fins soit 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, soit de réunir les preuves de la présence de ces choses, soit d'installer, dans le cadre d'une observation un moyen technique visé à l'article 47*sexies*, § 1^{er}, alinéa 3». Cette méthode concerne aussi les moyens techniques qui permettent d'atteindre le même résultat sans pénétrer physiquement dans le lieu privé visé.

Les requérants soutiennent que cette méthode s'apparente en réalité à une perquisition, mais qu'elle n'est pas entourée des mêmes garanties que cette dernière, ce qui entraînerait la violation des articles 10, 11, 15 et 22 de la Constitution, combinés avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

.../...

B.13.2. La mesure comporte une atteinte importante aux droits au respect de la vie privée et à l'inviolabilité du domicile, garantis par les dispositions visées au moyen. La Cour doit examiner si cette mesure peut être considérée comme nécessaire dans une société démocratique et, plus particulièrement, si les garanties qui l'entourent sont suffisantes pour assurer la proportionnalité de l'atteinte à ces droits par rapport à l'objectif poursuivi.

B.13.3. Les contrôles visuels discrets ne peuvent être mis en oeuvre que dans l'hypothèse où les faits punissables qui sont en cause «constituent ou constitueraient» une infraction visée à l'article 90ter, §§ 2 à 4, du C.I.Cr. ou «sont commis ou seraient commis» dans le cadre d'une organisation criminelle définie à l'article 324bis du Code pénal. Ils ne peuvent être autorisés que si les autres moyens d'investigation, et notamment la perquisition, ne semblent pas suffire à la manifestation de la vérité.

L'intervention obligatoire du juge d'instruction, la gravité des infractions pour lesquelles la méthode critiquée peut être mise en oeuvre, ainsi que le principe de subsidiarité qui limite cette mise en oeuvre, garantissent, en principe, que l'atteinte aux droits des personnes concernées est proportionnée à l'objectif de lutte efficace contre certaines formes graves de criminalité.

L'absence d'un terme à l'autorisation du juge d'instruction, critiquée par les parties requérantes, s'explique par le fait que la mesure est instantanée et ne peut être répétée qu'en vertu d'une nouvelle autorisation du juge d'instruction. Si, par ailleurs, le contrôle visuel discret est autorisé dans le cadre d'une méthode particulière de recherche, comme l'observation prévue par l'article 47sexies, il sera soumis à la même limitation temporelle que celle-ci."

En ce qui concerne la procédure de mise en oeuvre de cette méthode, la Cour a cependant considéré ensuite :

"B.13.4. La Cour doit cependant encore examiner le champ d'application de la disposition, non pas par rapport à la gravité des infractions dont les auteurs sont recherchés, mais par rapport au type de procédure mise en oeuvre.

B.13.5. Le contrôle visuel discret ne peut être mis en oeuvre dans le cadre d'une enquête proactive (Doc. parl., Chambre, 2001-2002, DOC 50-1688/001, p. 86). En effet, cette méthode de recherche ne peut être autorisée que par un juge d'instruction, dont le rôle, en vertu de l'article 55 du C.I.Cr., est limité à la recherche des «auteurs d'infractions», ce qui implique nécessairement que l'infraction ait été commise et soit connue, alors que l'enquête proactive, définie par l'article 28bis, § 2, du même Code, consiste 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».

B.13.6. Par contre, rien n'exclut que cette mesure soit autorisée par le juge d'instruction dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler la «mini-instruction», prévue par l'article 28septies du C.I.Cr., qui prévoit qu le Procureur du Roi peut requérir du juge d'instruction l'accomplissement d'un acte pour lequel seul ce dernier est compétent, sans qu'une instruction soit ouverte, et sans que le juge d'instruction soit saisi de l'ensemble du dossier. Ainsi qu'il a été observé en B.5.7.3., l'article 14 de la loi attaquée, qui ajoute à l'article 28septies du C.I.Cr. un

alinéa qui fait référence à l'article 89*ter*, implique que le législateur considère qu'un contrôle visuel discret peut être autorisé dans le cadre de la mini-instruction.

B.13.7. Le contrôle visuel discret est une mesure qui peut être comparée, en ce qui concerne l'atteinte au respect de la vie privée, à la perquisition classique et aux écoutes et enregistrements des communications et télécommunications privées autorisés par l'article 90*ter* du C.I.Cr. Or, ces deux mesures sont expressément exclues du champ d'application de l'article 28*septies* précité.

B.13.8. Pour les mêmes raisons que celles qui sont exprimées aux B.5.7.4. et B.5.7.5., le moyen est fondé.

B.13.9. En raison de la gravité de l'atteinte à des droits fondamentaux qu'elle implique, la mesure ne peut être autorisée que dans les mêmes conditions que celles concernant la perquisition et les écoutes téléphoniques."

Il ressort du commentaire de l'article 6 de l'avant-projet que son auteur considère que cette critique de la Cour d'arbitrage ne concerne que la procédure de mise en oeuvre des "contrôles visuels discrets" opérés au domicile du suspect.

Sur la base de ce constat, l'avant-projet introduit dans le C.I.Cr. une distinction, fondée sur la circonstance que le contrôle visuel discret soit ou non réalisé dans un lieu privé répondant à la définition du domicile : si tel est le cas, ce contrôle ne peut, conformément à la jurisprudence de la Cour d'arbitrage précitée, être réalisé que dans le cadre d'une instruction ordinaire (voir l'article 89*ter*, en projet, du C.I.Cr. - article 17 de l'avant-projet). Dans le cas contraire, - à savoir un contrôle visuel discret "dans un lieu privé qui n'est manifestement pas un domicile ou une dépendance propre et close de ce domicile au sens des articles 479, 480 et 481 du Code pénal" - il pourra dorénavant être décidé par le Procureur du Roi, sans intervention du juge d'instruction, fût-ce dans le cadre d'une mini-instruction.

Tel est l'objet de l'article 46*quinquies*, en projet (article 6 de l'avant-projet), qui appelle les observations qui suivent.

2. Le contrôle visuel discret, parce qu'il permet d'installer dans le cadre d'une observation, un moyen technique visé à l'article 47*sexies*, § 1^{er}, alinéa 3 du C.I.Cr., constitue un acte d'enquête dont les effets se prolongent dans le temps. Il en va différemment de la perquisition. On aurait donc pu attendre un renforcement des garanties procédurales par comparaison avec celles qui sont applicables en cas de perquisition.

.../...

3. Quoiqu'une étude approfondie de cette question ait été impossible dans le bref délai imparti à la section de législation, il y a lieu de relever qu'en matière de protection de la vie privée, la Cour européenne des Droits de l'homme, sur la base de l'article 8, de la C.E.D.H., donne une interprétation large de la notion de domicile ⁵.

À cet égard, il peut être renvoyé à l'observation formulée par la section de législation, dans son avis 37.099/3/2, donné les 6 et 7 mai 2004, à propos de l'article 70 de l'avant-projet devenu la loi-programme du 9 juillet 2004 ⁶ :

"À ce propos, il faut signaler que le droit au respect du domicile est garanti par l'article 15 de la Constitution, par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il appert de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme qu'il convient d'interpréter au sens large la notion de «domicile» visée à l'article 8 de la Convention européenne et que cette notion recouvre également les locaux où sont exercées des activités professionnelles et commerciales ⁷.

En outre, la Cour d'arbitrage a souligné que «l'intervention du juge d'instruction, magistrat impartial et indépendant, apparaît comme une garantie essentielle du respect des conditions auxquelles est subordonnée une atteinte à l'inviolabilité du domicile, garantie par l'article 15 de la Constitution et par l'article 8.1 de la Convention européenne des droits de l'homme» ⁸. La Cour déduit

(5) Voir notamment, C.E.D.H., 9 décembre 2004, Van Rossem c. Belgique (consultable sur le site <http://www.echr.coe.int/echr> de la Cour).

(6) Doc. parl., Chambre, session 2003-2004, n° 1138/1, pp. 290 et s.

(7) Voir, notamment, C.E.D.H., 16 décembre 1992, Niemietz c. Allemagne, Publ. Cour, série A, vol. 251-B; C.E.D.H., 25 février 1993, Funke, Crémieux et Miaillhe c. France, Publ. Cour, série A, vol. 256-A, -B et -C.

(8) Cour d'arbitrage, 16 décembre 1998, n° 140/98, cons. B.1.

de cette constatation que les dérogations à cette règle ne peuvent être qu'exceptionnelles et doivent être justifiées par des raisons propres aux infractions qu'elles concernent⁹."

Le Conseil d'État attire l'attention de l'auteur de l'avant-projet sur le risque que la Cour européenne des droits de l'homme considère que la disposition en projet est contraire à l'article 8, de la C.E.D.H., notamment parce qu'elle ne recouvre pas suffisamment la notion de "domicile" au sens de la jurisprudence précitée de la Cour européenne des Droits de l'homme.

4. Alors que, jusqu'à présent, tout contrôle visuel discret "dans un lieu privé" devait être autorisé par un juge d'instruction, tel ne sera plus le cas, en application de l'article 46*quinquies*, en projet, lorsque le "lieu privé" en question n'est manifestement pas "un domicile ou une dépendance propre et close de ce domicile", tout en restant cependant un lieu privé. Si l'auteur de l'avant-projet relève dans l'exposé des motifs que la critique de la Cour d'arbitrage ne concerne - selon lui - que la procédure d'autorisation des contrôles visuels discrets opérés au domicile du suspect, il n'explique, par contre, pas pourquoi les mesures de contrôle visuel discret dans d'autres lieux privés ne sont plus repris parmi les méthodes pouvant être autorisées dans le cadre de la "mini-instruction". Dès lors que cette modification ne résulte pas de l'arrêt de la Cour d'arbitrage et qu'elle constitue, par ailleurs, une diminution des garanties procédurales jusqu'alors attachées à tout contrôle visuel discret "dans un lieu privé", il conviendrait que l'auteur de l'avant-projet développe plus amplement dans l'exposé des motifs la nécessité de cette modification compte tenu notamment des exigences de l'article 8 de la C.E.D.H..

5. Outre la mise en place d'une procédure d'autorisation spécifique par le procureur du Roi pour les contrôles visuels discrets opérés hors du "domicile", l'article 46*quinquies*, en projet, vise également à permettre expressément la mise en oeuvre nocturne ("à tout moment") de cette méthode.

Selon le commentaire de l'article 6 de l'avant-projet, cet ajout est rendu nécessaire par les rapprochements qui peuvent être faits - et que la Cour d'arbitrage a

⁽⁹⁾ Même arrêt, cons. B.2.

rappelés - entre cette méthode d'investigation et les perquisitions et visites domiciliaires. Ces dernières étant, pour leur part, interdites entre 21 et 5 heures, il conviendrait, selon l'auteur de l'avant-projet, de confirmer la validité des contrôles visuels discrets opérés durant ces périodes.

Il convient toutefois de noter que l'ajout des termes "à tout moment" n'est prévu qu'à l'article 46*quinquies*, § 1^{er}, en projet, et non à l'article 89*ter*, en projet (article 17 de l'avant-projet). Pour les contrôles visuels discrets au domicile du prévenu, autorisés par le juge d'instruction, l'incertitude exposée dans le commentaire de l'article 6 de l'avant-projet ne serait par conséquent pas levée.

Article 7

L'article 47*ter*, § 1^{er}, C.I.Cr., actuel, limite l'utilisation des méthodes particulières de recherche que sont l'observation, l'infiltration et le recours aux indicateurs, aux seules procédures d'information et d'instruction.

L'article 7 de l'avant-projet vise à étendre cette possibilité d'utilisation à la recherche de personnes qui se sont soustraites à l'exécution d'une peine ou d'une mesure privative de liberté ¹⁰.

En permettant l'application des méthodes particulières de recherche dans le cadre de "l'exécution des peines ou des mesures privatives de liberté lorsque la personne condamnée ¹¹ s'est soustraite à leur exécution", sans cependant apporter aucune précision, notamment quant à la nature des infractions commises ou quant à la gravité de la condamnation prononcée, l'avant-projet ne répond pas aux exigences des principes de prévisibilité, de subsidiarité et de proportionnalité. Or, l'application de ces principes doit guider la mise en oeuvre de ces méthodes de recherche qui sont déroatoires au droit commun.

(10) S'agissant d'étendre à des personnes ayant fait l'objet d'une décision de justice exécutoire sur la base de certaines infractions des procédés dont l'usage est admis à l'égard de personnes seulement suspectes d'avoir commis ces mêmes infractions, la modification envisagée de l'article 47*ter*, § 1^{er}, C.I.Cr. ne semble à cet égard, *prima facie*, pas critiquable en son principe.

(11) Lire " condamnée ou internée".

Certes, l'exposé des motifs contient certaines indications utiles à ce propos¹². Ainsi, il cite une Unité spéciale de la police fédérale qui est chargée notamment de rechercher les personnes condamnées à une peine d'emprisonnement de plus de cinq ans. Il rappelle que les exigences de proportionnalité et de subsidiarité sont applicables à ces condamnations et cite, à titre d'exemple, une condamnation portant sur des infractions pouvant donner lieu à un emprisonnement principal d'un an ou d'une peine plus lourde.

La disposition en projet doit en conséquence être complétée en tenant compte de la nature des infractions commises et l'exposé des motifs doit faire apparaître que les critères qui seront retenus permettent de répondre aux exigences de proportionnalité et de subsidiarité.

Article 9

1. L'article 9, 1^o, de l'avant-projet, vise à compléter l'article 47*sexies*, § 1^{er}, C.I.Cr., par un nouvel alinéa 4 précisant que :

"Un appareil utilisé pour la prise de photographies n'est considéré comme moyen technique au sens du présent Code que dans le cas visé à l'article 56*bis*, alinéa 2¹³. "

Cet ajout vise à éviter que toute utilisation d'un appareil photographique par un fonctionnaire de police ne soit considéré comme relevant de la mise en oeuvre d'un moyen technique d'observation, au sens de l'article 47*sexies*, § 1^{er}, alinéas 2 et 3, C.I.Cr., et constitue par conséquent une observation systématique au sens des articles 47*ter* et suivants du C.I.Cr. du même Code.

Selon le commentaire de cet article, ce nouvel alinéa est notamment justifié par la circonstance que

⁽¹²⁾ Page 30.

⁽¹³⁾ L'article 56*bis*, alinéa 2, concerne l'observation à l'aide de moyens techniques afin d'avoir une vue dans une habitation.

"(...) l'utilisation d'un appareil photo, qui revient en soi à prendre des images visibles à l'oeil nu, n'est pas une ingérence dans la vie privée".

Cette précision doit conduire à s'interroger sur la notion d'appareil photo. Des équipements photographiques spéciaux, tels des téléobjectifs ou des appareils permettant la photographie de nuit, peuvent-ils être considérés, en vertu de l'article 47*sexies*, § 1^{er}, alinéa 4, en projet, comme ne constituant pas des moyens techniques d'observation ?

Il conviendrait, dans un but de sécurité juridique, d'assurer une meilleure cohérence entre l'article 47*sexies*, § 1^{er}, alinéa 4, en projet et le commentaire qui en est fait.

2. De manière plus fondamentale, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme donne de la notion de domicile visée à l'article 8 de la Convention européenne une interprétation plus étendue que celle retenue par l'avant-projet à propos de la notion d'habitation. Dès lors, il devient difficile d'admettre que la photographie faite à leur insu de personnes se trouvant dans un local privé à usage professionnel ne porte pas atteinte à leur vie privée. Certes, on peut justifier le fait que, même dans ce cas, des fonctionnaires de police puissent - contrairement aux détectives privés - effectuer ces photographies pour autant que certaines conditions soient remplies. La législation sur les méthodes particulières de recherche énonce d'ailleurs ces conditions, mais la disposition en projet a pour effet de sortir le recours aux appareils photos utilisés par la prise de photographies du champ d'application de cette législation ¹⁴.

Article 13

1. L'article 13, 2°, de l'avant-projet, vise à compléter l'article 47*decies*, C.I.Cr., par un nouveau paragraphe 7 donnant au Procureur du Roi la possibilité d'autoriser - dans les limites et aux conditions qui y sont définies - un indicateur à commettre "des infractions qui sont absolument nécessaires au maintien de sa position d'information".

La première de ces conditions est énoncée à l'article 47*decies*, § 7, alinéa 1^{er}, en projet, C.I.Cr. dans les termes suivants :

"§ 7. Lorsqu'un indicateur entretient des relations étroites avec une ou plusieurs personnes à propos desquelles il existe des indices sérieux qu'elles

⁽¹⁴⁾ À l'exception du cas visé à l'article 56*bis*, alinéa 2 C.I.Cr.

commettent ou commettraient des infractions qui constituent ou constitueraient une infraction au sens des articles 137 à 141 ou au sens des articles 136*bis*, 136*ter*, 136*quater*, 136*sexies*, 136*septies* du Code pénal ou une infraction visée à l'article 90*ter*, § 2, 1°*octies*, 4°, 7°, 7°*bis*, 7°*ter*, 8°, 11°, 14°, 16° et 17° à condition que ces dernières soient ou seraient commises dans le cadre d'une organisation criminelle telle que définies à l'article 324*bis* du Code pénal (...)"

La logique qui préside au choix des infractions précitées, notamment quant au tri opéré parmi celles visées à l'article 90*ter*, C.I.Cr., gagnerait à être expliquée dans le commentaire de l'article 13 de l'avant-projet.

Il est, en outre, permis de se demander si, dans le membre de phrase : "à condition que ces dernières soient ou seraient commises dans le cadre d'une organisation criminelle telle que définies à l'article 324*bis* du Code pénal", les mots "ces dernières" renvoient à toutes ou seulement à une partie des infractions visées dans le paragraphe 7 en projet.

2. L'article 47*decies*, § 7, en projet, ne prévoit pas que l'indicateur ayant commis une infraction autorisée par le Procureur du Roi serait "exempté de peine", contrairement à l'article 47*quinqüies*, § 2, C.I.Cr., relatif aux infractions "absolument nécessaires" commises, dans le cadre de sa mission, par un fonctionnaire de police chargé d'exécuter des méthodes particulières de recherche ou par la personne civile visée à l'article 47*quinqüies*, § 2, alinéa 3.

L'exposé des motifs précise à cet égard que :

"Les infractions que l'indicateur commet, peuvent en principe toujours lui être imputées. Contrairement à l'infiltrant, il ne peut invoquer de cause d'excuse absolutoire."

L'auteur de l'avant-projet doit justifier la différence de traitement ainsi instaurée entre, d'une part, l'indicateur et, d'autre part, le fonctionnaire de police ou, surtout, la personne civile visée à l'article 47*quinqüies*, § 2, alinéa 3.

Article 17

Il peut être renvoyé, à propos de l'article 89*ter*, en projet, à la seconde observation formulée à propos de l'article 6 de l'avant-projet.

Articles 19 et 20

Les textes en projet étant muets sur ce point, il semble qu'il faille considérer que les juridictions d'instruction et de fond compétentes pour traiter les affaires de terrorisme seront celles du ressort du juge d'instruction désigné en application de l'article 62*bis*, du C.I.Cr., tel que complété par l'article 16 de l'avant-projet.

Le Conseil d'État se demande si cette précision ne doit pas figurer dans le texte.

Article 19

.../...

1. L'article 19 de l'avant-projet vise à étendre la compétence territoriale de la Chambre du conseil et de la Chambre des mises en accusation d'une manière identique à celle des futurs juges d'instruction spécialisés en matière de terrorisme, lorsqu'elles sont saisies d'une instruction conduite par ces derniers.

Si, comme l'indique l'intitulé du chapitre XI, en projet, du Livre premier du C.I.Cr., cette extension de compétence ne concerne que les infractions terroristes, il conviendrait de limiter la référence à l'article 47*duodecies* à son seul paragraphe 3 (en projet).

2. Cette observation vaut également pour l'article 20 de l'avant-projet, relatif aux juridictions de fond.

Article 22

1. L'article 22 de l'avant-projet vise à introduire un article 235*ter*, dans le C.I.Cr., organisant le contrôle par un juge indépendant et impartial - en l'espèce, la Chambre des mises en accusation - de la mise en oeuvre des méthodes d'observation et d'infiltration, et ce, afin de remédier à l'inconstitutionnalité relevée dans par la Cour d'arbitrage dans le considérant B.29. de son arrêt n° 202/2004 :

"B.29. Les articles énumérés en B.26., à l'exception de l'article 47*decies*, § 6, sont entachés d'inconstitutionnalité uniquement en ce qu'ils ne prévoient pas que la mise en oeuvre des méthodes d'observation et d'infiltration est contrôlée par un juge indépendant et impartial. La Cour n'étant pas compétente pour effectuer elle-même la désignation du juge compétent, elle ne peut qu'annuler les dispositions attaquées. Mais celles-ci pourront être intégralement reprises, tant en ce qui concerne les méthodes qu'elles organisent qu'en ce qui concerne la confidentialité qui les entoure, pour autant que le législateur leur ajoute la désignation du juge, offrant toutes les garanties d'impartialité, auquel sera confié le contrôle de légalité."

S'il peut être admis que la Chambre des mises en accusation constitue "un juge (...) offrant toutes les garanties d'impartialité", l'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée, en ce qui concerne l'accès au "dossier confidentiel" visé à l'article 235*ter*, § 3, en projet, C.I.Cr., sur les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en cause *Edwards et Lewis contre Royaume-Uni* des 22 juillet 2003 et 27 octobre 2004.

.../...

Alors même qu'il y avait eu l'intervention d'un juge indépendant et impartial, la Cour n'en a pas moins jugé en l'espèce qu'en ayant omis de garantir le caractère contradictoire de la procédure et l'égalité des armes, la procédure suivie pour trancher les questions de divulgation des preuves et de provocation policière n'a pas offert les garanties permettant de protéger adéquatement les intérêts des accusés.

Ces arrêts ont conclu à la violation du droit au procès équitable établi par l'article 6, § 1^{er}, de la C.E.D.H..

2. L'article 235^{ter}, § 2, alinéa 3, en projet, prévoit que la Chambre des mises en accusation

"entend (...) la partie civile et l'inculpé, après convocation qui leur est notifiée par le greffier par télécopie ou par lettre recommandée à la poste au plus tard quarante-huit heures avant l'audience".

Compte tenu de l'importance de cette procédure de contrôle, laquelle vise à compenser l'ingérence que ces méthodes particulières de recherche causent dans les droits de la défense de l'inculpé ¹⁵ (comme le relève le considérant B.27.6. de l'arrêt précité), une simple convocation par télécopie ne peut être considérée comme offrant une fiabilité suffisante.

Article 23

Outre le contrôle, par la Chambre des mises en accusation, de la mise en oeuvre des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, au terme de l'information ou de l'instruction dans lesquelles elles ont été utilisées (article 235^{ter}, en projet), l'article 235^{quater}, en projet, prévoit la possibilité d'un contrôle provisoire de la mise en oeuvre de ces méthodes, durant le cours de l'instruction. Ce contrôle est exercé

⁽¹⁵⁾ La Cour observant, dans le troisième alinéa du considérant B.27.6. de l'arrêt, précité : "L'ingérence dans les droits de la défense ne peut toutefois être justifiée que si elle est strictement proportionnée à l'importance des objectifs à atteindre et si elle est compensée par une procédure qui permet à un juge indépendant et impartial de vérifier la légalité de la procédure (voir Cour européenne des droits de l'homme, arrêts *Edwards et Lewis c/ Royaume Uni*, 22 juillet 2003 et 27 octobre 2004)."

par la Chambre des mises en accusation, soit d'office, soit à la requête du Ministère public.

Compte tenu du moment où il s'exerce, ce contrôle provisoire est réalisé sans y associer les parties.

Dans ce contexte, tel qu'exposé dans le commentaire de l'article 23 de l'avant-projet, la référence à l'article 235*quater*, § 2, alinéa 3, faite aux articles 86*bis* et 86*ter*, C.I.Cr., pourrait poser problème, l'article 86*ter* organisant, en effet, une procédure d'audition des témoins bénéficiant de l'anonymat qui y associe les parties.

Article 25

1. Il conviendra de veiller à assurer la cohérence entre la modification qu'apporte l'article 25 de l'avant-projet à l'article 79 du Code judiciaire (ajout d'un nouvel alinéa 2), et celle prévue par l'article 6, 2°, du projet de loi instituant des tribunaux d'application des peines, actuellement examiné par la Chambre des représentants, lequel modifie l'alinéa 2 actuel de ce même article 79¹⁶.

⁽¹⁶⁾ Doc. parl., Chambre, session 2004-2005, n° 1960/1.

2. Le texte apparaît incohérent dans la mesure où après avoir attribué au Roi le pouvoir de fixer un quota de juges d'instruction par ressort de Cours d'appel, il laisse ensuite la possibilité au Premier Président de chaque Cour de n'en désigner éventuellement aucun.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	H. BOSLY,	assesseur de la section de législation,
Madame	B. VIGNERON,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. Y. CHAUFFOUREAUX, auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 39.092/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 14 september 2005 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Justitie verzocht haar, binnen een termijn van vijf werkdagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van Strafvordering en van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de verbetering van onderzoeksmethoden naar het terrorisme en de zware en georganiseerde criminaliteit", heeft op 21 september 2005 het volgende advies gegeven :

Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, ingevoegd bij de wet van 4 augustus 1996 en vervangen bij de wet van 2 april 2003, moeten in de adviesaanvraag in het bijzonder de redenen worden aangegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval luidt de brief met de adviesaanvraag als volgt :

"L'urgence spéciale étant motivée par la circonstance que la plupart des dispositions de cet avant-projet de loi sont indispensables pour renforcer les moyens d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave organisée. Par ailleurs, certaines d'entre-elles répondent aux lacunes constitutionnelles mises en évidence dans l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 202/2004 du 21 décembre 2004. La Cour a aussi annulé la plupart des dispositions de la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête qui touchent au dossier confidentiel établi dans le cadre de la mise en oeuvre de ces méthodes et qui vise notamment à protéger les données relatives aux moyens techniques utilisés ainsi que celles relatives à l'identité des agents de la police fédérale chargés de leur application. La Cour a décidé que les dispositions seraient annulées à partir du 31 décembre 2005. Il est donc urgent que cet avant-projet de loi puisse être déposé dès la rentrée parlementaire pour pouvoir être traité en temps utile tant à la chambre des représentants qu'au Sénat selon la procédure bicamérale complète.

Si toutes les dispositions de l'avant-projet de loi ne sont pas directement liées à l'arrêt de la Cour d'arbitrage, elles forment cependant un tout cohérent pour l'approche de phénomènes criminels comme le terrorisme et la criminalité grave organisée et sont indispensables pour nos services chargés de la recherche de ces infractions et de la poursuite de celles-ci."

Deze motivering van het spoedeisende karakter betreft in de eerste plaats de bepalingen van het voorontwerp die tot doel hebben in te haken op de gevolgen van arrest nr. 202/2004 van het Arbitragehof.

Het spoedeisende karakter kan bijgevolg als gerechtvaardigd worden beschouwd voor de bepalingen die ertoe strekken de door het Hof vernietigde bepalingen te vervangen. Deze rechtvaardiging kan worden uitgebreid - gelet op het belang dat op het spel staat - tot de bepalingen van het voorontwerp die alleen technische verbeteringen aanbrengen in bepalingen die niet door het Hof afgekeurd zijn.

Dit lijkt echter niet het geval te zijn met de bepalingen van het ontwerp die de werkingssfeer van sommige bijzondere opsporingsmethodes uitbreiden, noch met die

.../...

welke verband houden met de oprichting van het ambt van onderzoeksrechter gespecialiseerd in terrorismezaken.

*
* *

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Voorafgaande opmerking

Het wetsvoorstel "houdende het Wetboek van strafprocesrecht", ingediend door de heer Hugo Vandenberghe c.s.¹ voegt inzonderheid in het Wetboek van strafprocesrecht een groot deel van de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering in. De Raad van State heeft in advies 36.741/2 dat hij op 28 juni 2004² over dit voorstel gegeven heeft, voorgesteld om in het Wetboek van strafprocesrecht eveneens de bepalingen op te nemen die in het Wetboek van Strafvordering ingevoegd zijn bij de wet van 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden.

In dezelfde gedachtegang dient de steller van het voorontwerp te zorgen voor een coherente samenhang tussen de bepalingen van het onderzochte voorontwerp en die van het voormelde wetsvoorstel.

Bijzondere opmerkingen

⁽¹⁾ Dit wetsvoorstel is het resultaat van de werkzaamheden van de commissie Strafprocesrecht, die meer dan honderd tachtig keer is samengekomen.

⁽²⁾ Gedr. St., Senaat, zitting 2003-2004, nr. 3-450/1.

Dispositief

Artikel 2

1. Artikel 2 van het voorontwerp voegt in de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering een wettelijke definitie van provocatie in, die op een zeer algemene wijze van toepassing is.

De mogelijkheid van discriminatie die het Arbitragehof ertoe gebracht had in zijn arrest nr. 202/2004 ³ artikel 47^{quater} van het Wetboek van Strafvordering (hierna te noemen Sv.) te vernietigen, welk artikel was ingevoegd bij de wet van 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden, wordt aldus ongedaan gemaakt.

Ondanks deze vaststelling blijft evenwel de vraag open hoe de rechten van verdediging worden nageleefd, inzonderheid in het licht van artikel 6, lid 3, d, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna het E.V.R.M. genaamd) ⁴, wanneer de vervolgte persoon het feit aanvoert dat hij het slachtoffer is geweest van politionele provocatie veroorzaakt door een onderzoeker die anoniem mag blijven. Voor deze kwestie wordt verwezen naar de opmerking bij artikel 22, betreffende de toegang tot het vertrouwelijk dossier.

2. De term "tussenkoms" geeft geen uitsluitel omtrent de vraag of hij uitsluitend van toepassing is op de rechtstreekse interventie van de politieambtenaar, dan wel of hij eveneens de interventie omvat van een derde die handelt op het uitdrukkelijke verzoek van deze ambtenaar.

3. Het gevolg van de provocatie dient eveneens te worden vastgesteld terwijl de procedure zich nog maar in het stadium bevindt van het opsporingsonderzoek van het parket. Om deze reden wordt voorgesteld het derde lid als volgt te redigeren :

(3) Zie de overwegingen B.10.1. tot B.11.

(4) Die aan elke beschuldigde het recht toekent om "de getuigen à charge te ondervragen of doen ondervragen en het oproepen en de ondervraging van getuigen à décharge te doen geschieden op dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen à charge".

"In geval van provocatie is de strafvordering onontvankelijk wat deze feiten betreft".

Artikel 3

In zijn voormeld arrest nr. 202/2004 heeft het Arbitragehof gesteld dat "de observatie met gebruik van technische hulpmiddelen om zicht te verwerven in een woning" en de "inkijkoperatie" maatregelen zijn die, wat de inbreuk op de eerbiediging van het privé-leven betreft, kunnen worden vergeleken met de klassieke huiszoeking en het afluisteren en opnemen van privé-communicatie of -telecommunicatie.

Het heeft derhalve geoordeeld dat deze twee nieuwe maatregelen gepaard moeten gaan met dezelfde procedurele waarborgen en bijgevolg niet kunnen worden toegepast in het kader van het "mini-onderzoek" waarin artikel 28septies Sv. voorziet.

Deze constatering gold des te meer daar artikel 28septies, derde lid, Sv. bovendien, alleen voor deze twee nieuwe maatregelen, een afwijkende regeling had ingesteld binnen het "mini-onderzoek" : artikel 28septies, tweede lid, dat het de met de zaak belaste onderzoeksrechter mogelijk maakt te beslissen of hij uitsluitend de gevorderde onderzoekshandeling verricht en het dossier terugzendt aan de procureur des Konings, dan wel of hij daarentegen het gehele onderzoek voortzet, was niet-toepasselijk verklaard op deze maatregelen.

Met de wijzigingen die bij artikel 3 van het voorontwerp worden aangebracht in artikel 28septies Sv. wordt ingegaan op deze bezwaren.

Teneinde de leesbaarheid van de tekst te verbeteren, wordt evenwel gesuggereerd om de laatste zin van het eerste lid van artikel 28septies Sv. en het tweede lid van diezelfde bepaling als volgt te vervangen :

"Na de uitvoering van de door de onderzoeksrechter verrichte onderzoekshandeling, beslist deze of hij het dossier terugzendt aan de procureur des Konings die instaat voor de voortzetting van het opsporingsonderzoek dan wel of hij het gehele onderzoek zelf voortzet, in welk geval er verder wordt gehandeld overeenkomstig de bepalingen van hoofdstuk VI van dit boek. Tegen deze beslissing staat geen rechtsmiddel open."

Artikel 4

De steller van het voorontwerp wordt er opmerkzaam op gemaakt dat, zoals het ontworpen artikel gesteld is, elke wijziging van artikel 131, 6°, 7° en 11°, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven automatisch zal leiden tot een wijziging van de werkingssfeer van artikel 46, § 1, vierde lid, Sv., en dan ook rechtstreeks gevolgen zal hebben voor het strafrecht.

Artikel 6

1. Artikel 6 van het voorontwerp strekt tot hervorming van de procedure voor het uitvoeren van "inkijkoperaties". Het Arbitragehof heeft in de volgende overwegingen van zijn voormeld arrest nr. 202/2004 gesteld dat dit soort van operaties regelmatig is :

"B.13.1. Het vijfde middel heeft betrekking op de «inkijkoperatie» waartoe machtiging kan worden verleend door de onderzoeksrechter krachtens artikel 89^{ter} van het Wetboek van Strafvordering. Die onderzoeksmethode bestaat erin dat de politiediensten, die daartoe behoorlijk zijn gemachtigd door de onderzoeksrechter, «een private plaats betreden, buiten medeweten van de eigenaar of zijn rechthebbende, of van de bewoner, of zonder hun toestemming, teneinde hetzij 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, hetzij de bewijzen te verzamelen van de aanwezigheid van die zaken, hetzij het plaatsen, in het kader van een observatie, van een technisch hulpmiddel als bedoeld in artikel 47^{sexies}, § 1, derde lid». Die methode heeft ook betrekking op de technische hulpmiddelen aan de hand waarvan hetzelfde resultaat kan worden bereikt zonder de beoogde private plaats fysiek te betreden.

De verzoekende partijen betogen dat die methode in werkelijkheid aanleunt bij een huiszoeking maar dat zij niet wordt omgeven met dezelfde waarborgen als de laatstvermelde, wat een schending zou inhouden van de artikelen 10, 11, 15 en 22 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

B.13.2. De maatregel houdt een aanzienlijke inmenging in het recht op eerbiediging van het privé-leven en in het recht op de onschendbaarheid van de woning in, rechten die worden gewaarborgd door de in het middel bedoelde bepalingen. Het Hof dient te onderzoeken of die maatregel noodzakelijk kan worden geacht in een democratische samenleving en, meer in het bijzonder, of de

waarborgen waarmee hij is omgeven toereikend zijn om te verzekeren dat de inmenging in die rechten evenredig is met het nagestreefde wettige doel.

B.13.3. De inijkoperatie kan enkel worden aangewend in het geval waarin de in het geding zijnde strafbare feiten een misdrijf «uitmaken of zouden uitmaken», als bedoeld in artikel 90ter, §§ 2 tot 4, van het Wetboek van Strafvordering of «gepleegd worden of zouden worden» in het kader van een criminele organisatie, gedefinieerd in artikel 324bis van het Strafwetboek. Tot een inijkoperatie kan enkel machtiging worden verleend indien de andere onderzoeksmiddelen, en met name de huiszoeking, niet lijken te volstaan om de waarheid aan het licht te brengen.

Het verplichte optreden van de onderzoeksrechter, de ernst van de misdrijven waarvoor de bekritiseerde methode kan worden aangewend alsmede het subsidiariteitsbeginsel dat de aanwending van die methode begrenst, waarborgen in beginsel dat de inbreuk op de rechten van de betrokken personen evenredig is met de doelstelling van efficiënte bestrijding van bepaalde ernstige vormen van criminaliteit.

Het door de verzoekende partijen bekritiseerde feit dat voor de machtiging van de onderzoeksrechter geen termijn is bepaald, wordt verklaard door het feit dat het een maatregel is die ogenblikkelijk wordt genomen en enkel kan worden herhaald krachtens een nieuwe machtiging van de onderzoeksrechter. Indien overigens machtiging wordt verleend tot een inijkoperatie in het kader van een bijzondere opsporingsmethode, zoals de observatie bedoeld in artikel 47sexies, zal die operatie aan dezelfde tijdsbeperking zijn onderworpen als de laatstvermelde."

In verband met de procedure voor het aanwenden van die methode heeft het Arbitragehof vervolgens evenwel het volgende gesteld :

"B.13.4. Het Hof moet echter nog de toepassingsfeer van de bepaling onderzoeken, niet ten aanzien van de ernst van de misdrijven waarvan de daders worden opgespoord maar ten aanzien van het type van aangewende procedure.

B.13.5. De inijkoperatie kan niet worden aangewend in het kader van een proactief onderzoek (*Parl. St.*, Kamer, 2001-2002, DOC 50-1688/001, p. 86). Die onderzoeksmethode kan enkel worden gemachtigd door een onderzoeksrechter wiens rol, krachtens artikel 55 van het Wetboek van Strafvordering, beperkt is tot het opsporen van de «daders van misdrijven», wat noodzakelijkerwijze impliceert dat het misdrijf is gepleegd en aan het licht is gebracht, terwijl de proactieve recherche, gedefinieerd in artikel 28bis, § 2, van hetzelfde Wetboek bestaat in «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».

B.13.6. Niets sluit daarentegen uit dat die maatregel door de onderzoeksrechter wordt gemachtigd in het kader van het zogenaamde «mini-onderzoek», waarin is voorzien in artikel 28septies van het Wetboek van Strafvordering, dat bepaalt dat de procureur des Konings de onderzoeksrechter kan vorderen een onderzoekshandeling te verrichten waarvoor alleen de onderzoeksrechter bevoegd is, zonder dat een gerechtelijk onderzoek wordt geopend, en zonder dat de onderzoeksrechter wordt belast met het hele dossier. Zoals in B.5.7.3 is opgemerkt, impliceert artikel 14 van de aangevochten wet, dat aan artikel 28septies van het Wetboek van Strafvordering een lid toevoegt waarin

wordt verwezen naar artikel 89*ter*, dat de wetgever van oordeel is dat een inijkoperatie kan worden gemachtigd in het raam van het mini-onderzoek.

B.13.7. De inijkoperatie is een maatregel die, wat betreft de inmenging in het recht op eerbiediging van het privé-leven, kan worden vergeleken met de klassieke huiszoeking en met het af luisteren en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie toegestaan bij artikel 90*ter* van het Wetboek van Strafvordering. Die beide maatregelen zijn echter uitdrukkelijk uitgesloten van de toepassingsfeer van het voormelde artikel 28*septies*.

B.13.8. Om dezelfde redenen als die welke zijn uiteengezet in B.5.7.4 en B.5.7.5, is het middel gegrond.

B.13.9. Vanwege de ernst van de erdoor teweeggebrachte inmenging in grondrechten, kan de maatregel enkel worden toegelaten onder dezelfde voorwaarden als diegene die gelden in verband met de huiszoeking en het af luisteren van telefoongesprekken."

Uit de bespreking van artikel 6 van het voorontwerp blijkt dat de steller ervan oordeelt dat deze kritiek van het Arbitragehof alleen betrekking heeft op de procedure voor het uitvoeren van "inkijkoperaties" die in de woning van de verdachte worden uitgevoerd.

Op basis van die constatering wordt bij het voorontwerp in het Sv. een onderscheid ingevoerd, dat steunt op de omstandigheid dat de inkijkoperatie al dan niet uitgevoerd wordt op een private plaats die aan de definitie van woning beantwoordt : als zulks het geval is mag die inkijkoperatie overeenkomstig de voormelde rechtspraak van het Arbitragehof alleen worden uitgevoerd in het raam van een gewoon gerechtelijk onderzoek (zie het ontworpen artikel 89^{ter} Sv. - artikel 17 van het voorontwerp). In het andere geval - namelijk bij een inkijkoperatie op "een private plaats die overduidelijk geen woning is of geen eigen en gesloten aanhorigheid van deze woning in de zin van de artikelen 479, 480 en 481 van het Strafwetboek" - kan voortaan tot die operatie worden besloten door de Procureur des Konings, zonder medewerking van een onderzoeksrechter, zij het dan in het raam van een mini-onderzoek.

Dat is de bedoeling van het ontworpen artikel 46^{quinqies} (artikel 6 van het voorontwerp), dat aanleiding geeft tot de volgende opmerkingen.

2. Omdat de inkijkoperatie de mogelijkheid biedt om in het raam van een observatie een technisch hulpmiddel als bedoeld in artikel 47^{sexies}, § 1, derde lid, Sv. te plaatsen, is het een onderzoeksdaad waarvan de gevolgen voortduren in de tijd. Dat is niet het geval met de huiszoeking. Men had dan ook een uitbreiding kunnen verwachten van de procedurele waarborgen in vergelijking met die welke gelden in geval van huiszoeking.

3. Hoewel binnen de korte tijd die aan de afdeling wetgeving toegemeten is een diepgaande studie van deze kwestie onmogelijk is geweest, behoort erop te worden gewezen dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens inzake bescherming van de persoonlijke levenssfeer, op grond van artikel 8 van het E.V.R.M., een ruime interpretatie geeft aan het begrip woning ⁵.

In dit verband kan worden verwezen naar de opmerking die de afdeling wetgeving in haar advies 37.099/3/2, dat op 6 en 7 mei 2004 is uitgebracht, heeft gemaakt

(5) Zie inzonderheid het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 9 december 2004, Van Rossem tegen België (te raadplegen op de website <http://www.echr.coe.int/echr> van het Hof).

over artikel 70 van het voorontwerp dat geleid heeft tot de programmawet van 9 juli 2004 ⁶ :

"In dit verband moet erop worden gewezen dat het recht op eerbiediging van de woning wordt gewaarborgd door artikel 15 van de Grondwet, door artikel 8 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens en door artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten. Uit de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat het begrip «woning» in de zin van artikel 8 van het Europees Verdrag ruim moet worden opgevat en dat het mede slaat op beroeps- en bedrijfslokalen ⁷.

Bovendien heeft het Arbitragehof erop gewezen dat «het optreden van de onderzoeksrechter, onpartijdig en onafhankelijk magistraat, een essentiële waarborg (lijkt) te zijn voor de inachtneming van de voorwaarden waaraan een aantasting van de onschendbaarheid van de woning is onderworpen, die is gewaarborgd bij artikel 15 van de Grondwet en artikel 8.1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens» ⁸. Uit deze vaststelling leidt het Hof af dat afwijkingen op die regel slechts uitzonderlijk kunnen zijn en dienen te worden verantwoord door redenen eigen aan de misdrijven waarop zij betrekking hebben ⁹."

De Raad van State maakt de steller van het voorontwerp er opmerkzaam op dat het gevaar bestaat dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelt dat de ontworpen bepaling strijdig is met artikel 8 van het E.V.R.M., inzonderheid omdat ze niet volledig het begrip "woning" dekt in de zin van de voormelde rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

⁽⁶⁾ Gedr. St., Kamer, zitting 2003-2004, nr. 1138/1, blz. 290 e.v.

⁽⁷⁾ Zie, o.m., E.H.R.M., 16 december 1992, Niemietz t. Duitsland, Publ. Court, reeks A, vol. 251-B; E.H.R.M., 25 februari 1993, Funke, Crémieux en Mialhe t. Frankrijk, Publ. Court, reeks A, vol. 256-A, -B en -C.

⁽⁸⁾ Arbitragehof, 16 december 1998, nr. 140/98, overw. B.1.

⁽⁹⁾ Zelfde arrest, overw. B.2.

4. Terwijl tot nog toe voor elke inkijkoperatie op "een private plaats" een machtiging vanwege een onderzoeksrechter vereist was, zal zulks met toepassing van het ontworpen artikel 46*quinqüies* niet meer het geval zijn wanneer de "private plaats" in kwestie overduidelijk "geen woning is of geen eigen en gesloten aanhorigheid van deze woning", ook al blijft ze evenwel een private plaats. Hoewel de steller van het voorontwerp er in de memorie op wijst dat de kritiek van het Arbitragehof - volgens hem - alleen betrekking heeft op de procedure voor het toestaan van inkijkoperaties in de woning van de verdachte, geeft hij evenwel niet aan waarom inkijkoperaties op andere private plaatsen niet meer vermeld worden onder de methodes die in het raam van een "mini-onderzoek" kunnen worden toegestaan. Aangezien deze wijziging niet voortvloeit uit het arrest van het Arbitragehof en ze voorts een vermindering inhoudt van de procedurele waarborgen die tot nog toe verbonden waren aan elke inkijkoperatie "op een private plaats", zou de steller van het voorontwerp in de memorie van toelichting nader uiteen moeten zetten waarom die wijziging nodig is, gelet op inzonderheid de vereisten van artikel 8 van het E.V.R.M.

5. Naast de invoering van een specifieke procedure van machtiging door de procureur des Konings voor inkijkoperaties uitgevoerd buiten de "woning", strekt het ontworpen artikel 46*quinqüies* er eveneens toe de aanwending van deze methode bij nacht ("ten allen tijde") uitdrukkelijk mogelijk te maken.

Luidens de bespreking van artikel 6 van het voorontwerp is die toevoeging noodzakelijk geworden door de vergelijkingen die gemaakt kunnen worden - en waarop het Arbitragehof gewezen heeft - tussen deze onderzoeksmethode en de opsporingen ten huize en de huiszoekingen. Aangezien de opsporingen ten huize en de huiszoekingen verboden zijn tussen 21 en 5 uur, dient, volgens de steller van het voorontwerp, bevestigd te worden dat de inkijkoperaties die gedurende die periode verricht worden, geldig zijn.

Er dient evenwel op gewezen te worden dat de toevoeging van de woorden "ten allen tijde" alleen geschiedt in het ontworpen artikel 46*quinqüies*, § 1, en niet in het ontworpen artikel 89*ter* (artikel 17 van het voorontwerp). Voor de door de onderzoeksrechter toegestane inkijkoperaties ten huize van een beklaagde, zou de onzekerheid aangehaald in de bespreking van artikel 6 van het voorontwerp bijgevolg niet weggenomen worden.

Artikel 7

In het huidige artikel 47ter, § 1, Sv., wordt het gebruik van de bijzondere opsporingsmethoden, namelijk de observatie, de infiltratie en de informantenwerking, beperkt tot de procedures van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek.

Artikel 7 van het voorontwerp strekt ertoe deze gebruiksmogelijkheid uit te breiden tot het opsporen van personen die zich onttrokken hebben aan de uitvoering van een straf of van een maatregel van vrijheidsbeneming ¹⁰.

Doordat het voorontwerp de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden toestaat in het kader van "de uitvoering van straffen of vrijheidsberovende maatregelen, wanneer de veroordeelde ¹¹ persoon zich heeft onttrokken aan hun uitvoering", zonder evenwel enige precisering aan te brengen, onder meer met betrekking tot de aard van de gepleegde strafbare feiten of de ernst van de uitgesproken veroordeling, voldoet het niet aan het voorzienbaarheids-, het subsidiariteits- en het proportionaliteitsbeginsel. Bij de toepassing van die opsporingsmethoden, die afwijken van het gewone recht, moeten deze beginselen evenwel in acht genomen worden.

In de memorie van toelichting staan daaromtrent weliswaar een aantal nuttige aanwijzingen ¹². Zo bijvoorbeeld is daarin sprake van een bijzondere eenheid van de federale politie, die onder meer belast is met het opsporen van personen die veroordeeld zijn tot een gevangenisstraf van meer dan vijf jaar. Er wordt daarin ook op gewezen dat de vereisten inzake proportionaliteit en subsidiariteit van toepassing zijn op die veroordelingen, en er wordt, bij wijze van voorbeeld, een veroordeling in genoemd voor strafbare feiten die aanleiding kunnen geven tot een hoofdgevangenisstraf van een jaar of van een zwaardere straf.

⁽¹⁰⁾ Aangezien het erom gaat dat werkwijzen die gebruikt mogen worden ten aanzien van personen die er slechts van verdacht worden bepaalde strafbare feiten te hebben begaan, uitgebreid worden tot personen ten aanzien van wie een uitvoerbare rechterlijke beslissing is genomen op grond van diezelfde feiten, lijkt het principe van de voorgenomen wijziging van artikel 47ter, § 1, Sv., prima facie niet vatbaar voor kritiek.

⁽¹¹⁾ Lees : "veroordeelde of geïnterneerde".

⁽¹²⁾ Blz. 30

De ontworpen bepaling moet bijgevolg aangevuld worden waarbij rekening gehouden moet worden met de aard van de gepleegde strafbare feiten, en uit de memorie van toelichting moet blijken dat met de criteria die gehanteerd worden, voldaan kan worden aan de vereisten inzake proportionaliteit en subsidiariteit.

Artikel 9

1. Artikel 9, 1°, van het voorontwerp strekt ertoe artikel 47*sexies*, § 1, Sv., aan te vullen met een nieuw vierde lid, dat luidt als volgt :

"Een toestel gebruikt voor het nemen van foto's wordt uitsluitend beschouwd als een technisch hulpmiddel in de zin van dit Wetboek in het geval bedoeld in artikel 56*bis*, tweede lid ¹³."

Die toevoeging strekt ertoe te voorkomen dat elk gebruik van een fototoestel door een politieambtenaar beschouwd wordt als de aanwending van een technisch hulpmiddel voor observatie in de zin van artikel 47*sexies*, § 1, tweede en derde lid, Sv., en bijgevolg een stelselmatige observatie vormt in de zin van artikel 47*ter* en volgende van hetzelfde Wetboek.

Luidens de bespreking van dat artikel is dit nieuwe lid meer bepaald gewettigd doordat

"het gebruik van fotoapparatuur, dat in wezen erop neerkomt met het oog zichtbare beelden op te vangen, (...) geen inmenging in het privé-leven (is)".

Deze precisering moet vragen doen rijzen omtrent het begrip fototoestel. Mag krachtens het ontworpen artikel 47*sexies*, § 1, vierde lid, van bijzondere fotografische uitrustingen, zoals telelenzen of toestellen voor nachtfotografie, gesteld worden dat ze geen technisch hulpmiddel voor observatie vormen ?

⁽¹³⁾ Artikel 56*bis*, tweede lid, heeft betrekking op de observatie met gebruik van technische hulpmiddelen om zicht te verwerven in een woning.

Ter wille van de rechtszekerheid moet gezorgd worden voor een betere samenhang tussen het ontworpen artikel 47*sexies*, § 1, vierde lid, en de bespreking daarvan.

2. Meer ten gronde geeft de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een ruimere interpretatie van het begrip huis genoemd in artikel 8 van het Europees Verdrag ("domicile" in het Frans), dan die welke in het voorontwerp gehanteerd wordt met betrekking tot het begrip woning ("habitation" in het Frans). Dat maakt het moeilijk te stellen dat het nemen van foto's van mensen die zich in een voor beroepsdoeleinden gebruikte privé-ruimte bevinden, buiten hun medeweten om, geen afbreuk doet aan hun privacy. Het valt weliswaar te rechtvaardigen dat politieambtenaren - in tegenstelling tot privé-detectives -, zelfs in dat geval, foto's mogen nemen, voorzover aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Die voorwaarden staan overigens in de wetgeving op de bijzondere opsporingsmethoden, maar de ontworpen bepaling heeft tot gevolg dat het gebruik van toestellen voor het nemen van foto's uit de werkingssfeer van die wetgeving wordt gelicht ¹⁴.

Artikel 13

1. Artikel 13, 2°, van het voorontwerp strekt ertoe artikel 47*decies*, Sv. aan te vullen met een nieuwe paragraaf 7, waarbij aan de procureur des Konings - binnen de perken en onder de voorwaarden die erin worden bepaald - de mogelijkheid wordt geboden een informant toe te staan "strafbare feiten te plegen die strikt noodzakelijk zijn om zijn informatiepositie te behouden".

De eerste voorwaarde wordt gesteld in het ontworpen artikel 47*decies*, § 7, eerste lid, Sv. en luidt als volgt :

"§ 7. "Wanneer een informant nauwe banden heeft met een of meerdere personen, waarvan er ernstige aanwijzingen zijn dat ze strafbare feiten plegen of zouden plegen die een misdrijf uitmaken of zouden uitmaken zoals bedoeld in de artikelen 137 tot en met 141 of zoals bedoeld in artikelen 136*bis*, 136*ter*, 136*quater*, 136*sexies*, 136*septies* van het Strafwetboek of zoals bedoeld in artikel 90*ter*, § 2, 1°*octies*, 4°, 7°, 7°*bis*, 7°*ter*, 8°, 11°, 14°, 16° en 17° op voorwaarde dat deze laatste misdrijven gepleegd zijn of zouden gepleegd worden in het kader van een criminele organisatie zoals bedoeld in artikel 324*bis* van het Strafwetboek, (...)".

⁽¹⁴⁾ Met uitzondering van het geval bedoeld in artikel 56*bis*, tweede lid, Sv.

Het verdient aanbeveling de logica die ten grondslag ligt aan de keuze van de voormelde strafbare feiten, inzonderheid de keuze die is gemaakt uit die van artikel 90*ter*, Sv., toe te lichten in de commentaar bij artikel 13 van het voorontwerp.

Bovendien rijst de vraag of in de zinsnede "op voorwaarde dat deze laatste misdrijven gepleegd zijn of zouden gepleegd worden in het kader van een criminele organisatie zoals bedoeld in artikel 324*bis* van het Strafwetboek" de woorden "deze laatste misdrijven" verwijzen naar alle of naar slechts een deel van de in de ontworpen paragraaf 7 bedoelde strafbare feiten.

2. Het ontworpen artikel 47*decies*, § 7, bepaalt niet dat de informant die een door de procureur des Konings toegestaan strafbaar feit heeft gepleegd "vrij van straf" zou blijven, in tegenstelling tot artikel 47*quinqüies*, § 2, Sv. betreffende de "strikt noodzakelijke" strafbare feiten, gepleegd door een politieambtenaar, belast met de uitvoering van de bijzondere opsporingsmethoden in het kader van zijn opdracht of door de natuurlijke persoon bedoeld in artikel 47*quinqüies*, § 2, derde lid.

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

"De strafbare feiten die de informant pleegt kunnen hem in principe steeds ten laste gelegd worden . Hij kan zich, in tegenstelling tot de infiltrant, niet beroepen op een strafuitsluitende verschoningsgrond."

De steller van het voorontwerp moet het aldus ingevoerde verschil in behandeling rechtvaardigen tussen enerzijds de informant en anderzijds de politieambtenaar of, bovenal, de natuurlijke persoon bedoeld in artikel 47*quinquies*, § 2, derde lid.

Artikel 17

In verband met het ontworpen artikel 89*ter* kan verwezen worden naar de tweede opmerking over artikel 6 van het voorontwerp.

Artikelen 19 en 20

Aangezien in de ontworpen teksten met geen woord gerept wordt over dat punt, laat het zich aanzien dat ervan uit dient te worden gegaan dat de onderzoeks- en bodemgerechten die bevoegd zijn om terrorismezaken te behandelen, die zullen zijn van het rechtsgebied van de onderzoeksrechter die is aangesteld met toepassing van artikel 62*bis* Sv., zoals het wordt aangevuld bij artikel 16 van het voorontwerp.

De Raad van State stelt de vraag of deze precisering niet in de tekst moet worden opgenomen.

Artikel 19

1. Artikel 19 van het voorontwerp strekt ertoe de territoriale bevoegdheid van de raadkamer en van de kamer van inbeschuldigingstelling uit te breiden op dezelfde wijze als die van de toekomstige in terrorismezaken gespecialiseerde onderzoeksrechters, wanneer aan die kamers een door de laatstgenoemden geleid gerechtelijk onderzoek wordt voorgelegd.

Indien deze bevoegdheidsuitbreiding, zoals wordt vermeld in het opschrift van het ontworpen hoofdstuk XI van Boek I , Sv., alleen betrekking heeft op strafbare feiten inzake terrorisme, dient uitsluitend te worden verwezen naar (de ontworpen) paragraaf 3 van artikel 47*duodecies*.

2. Deze opmerking geldt eveneens voor artikel 20 van het voorontwerp betreffende de bodemgerechten.

Artikel 22

1. Artikel 22 van het voorontwerp strekt ertoe een artikel 235*ter* in te voegen in het Sv. om de controle te organiseren door een onafhankelijke en onpartijdige rechter - in dit geval de kamer van inbeschuldigingstelling - over de aanwending van de observatie- en infiltratiemethoden met het doel de ongrondwettigheid te verhelpen waarop het Arbitragehof heeft gewezen in overweging B.29 van zijn arrest nr. 202/2004 :

"B.29. De in B.26 opgesomde artikelen, met uitzondering van artikel 47*decies*, § 6, zijn uitsluitend door ongrondwettigheid aangetast in zoverre zij niet erin voorzien dat de aanwending van de methoden van observatie en infiltratie wordt gecontroleerd door een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Aangezien het Hof niet bevoegd is om zelf over te gaan tot de aanwijzing van de bevoegde rechter, kan het de aangevochten bepalingen enkel vernietigen. Die kunnen evenwel door de wetgever integraal worden overgenomen, zowel wat betreft de methoden waarin ze voorzien als wat het vertrouwelijke karakter betreft waarmee ze zijn omgeven, voor zover de wetgever daaraan de aanwijzing van de rechter, die alle waarborgen van onpartijdigheid biedt, toevoegt, aan wie de wettigheidstoetsing zal worden toevertrouwd."

Hoewel kan worden aangenomen dat de kamer van inbeschuldigingstelling "een rechter (is) die alle waarborgen van onpartijdigheid biedt", wordt wat de toegang betreft tot het "vertrouwelijk dossier", bedoeld in het ontworpen artikel 235*ter*, § 3, Sv.,

.../...

de aandacht van de steller van het voorontwerp gevestigd op de arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens inzake Edwards en Lewis tegen het Verenigd Koninkrijk van 22 juli 2003 en 27 oktober 2004.

Hoewel een onafhankelijke en onpartijdige rechter was opgetreden, heeft het Hof in dit geval niettemin geoordeeld dat, aangezien verzuimd was ervoor te zorgen dat de rechtspleging op tegenspraak verliep en dat de procedurele gelijkheid in acht werd genomen, de procedure die gevolgd is om de kwesties te beslechten inzake de openbaarmaking van de bewijzen en politionele uitlokking, niet de nodige waarborgen heeft geboden om de belangen van de beschuldigten doeltreffend te beschermen.

Die arresten hebben geconcludeerd dat het recht op een eerlijk proces, vastgesteld in artikel 6, lid 1, van het E.V.R.M., was geschonden.

2. Het ontworpen artikel 235^{ter}, § 2, derde lid, bepaalt dat de kamer van inbeschuldigingstelling

"de opmerkingen van de burgerlijke partij en de inverdenkinggestelde (hoort) na kennisgeving die hen door de griffier ten laatste achtenveertig uur voor de zitting per faxpost of bij een ter post aangetekende brief wordt gedaan".

Gelet op de belangrijkheid van deze controleprocedure, die (zoals erop wordt gewezen in overweging B.27.6. van het voormelde arrest) ertoe strekt de inmenging in de rechten van de verdediging van de in verdenking gestelde te compenseren die deze bijzondere opsporingsmethoden veroorzaken ¹⁵, kan een gewone oproeping per fax niet geacht worden voldoende betrouwbaar te zijn.

Artikel 23

Naast de controle door de kamer van inbeschuldigingstelling op de aanwending van de bijzondere opsporingsmethodes voor observatie en infiltratie, na afloop van het opsporingsonderzoek of het gerechtelijk onderzoek waarbij ze zijn gebruikt (ontworpen artikel 235ter), voorziet het ontworpen artikel 235quater in de mogelijkheid om in de loop van het gerechtelijk onderzoek een voorlopige controle uit te oefenen op de aanwending van die methoden. Die controle wordt uitgevoerd door de kamer van inbeschuldigingstelling, ofwel ambtshalve, ofwel op vordering van het openbaar ministerie.

Gelet op het tijdstip waarop die voorlopige controle wordt uitgeoefend, wordt ze verricht zonder de partijen erbij te betrekken.

⁽¹⁵⁾ Het Hof merkt in het derde lid van overweging B.27.6. van het voormelde arrest het volgende op : "De inmenging in de rechten van de verdediging kan echter enkel worden verantwoord indien zij strikt evenredig is met het belang van de te bereiken doelstellingen en indien zij wordt gecompenseerd door een procedure die een onafhankelijke en onpartijdige rechter in staat stelt de wettigheid van de procedure te onderzoeken (zie Europees Hof voor de Rechten van de Mens, arresten Edwards en Lewis t/ Verenigd Koninkrijk, 22 juli 2003 en 27 oktober 2004).

In die context, zoals toegelicht in de commentaar bij artikel 23 van het voorontwerp, zou de verwijzing in de artikelen 86*bis* en 86*ter* Sv., naar artikel 235*quater*, § 2, derde lid, moeilijkheden kunnen opleveren, daar artikel 86*ter* immers voorziet in een procedure voor het horen van getuigen die het voordeel genieten van de anonimiteit, waarbij de partijen (wel) worden betrokken.

Artikel 25

1. Er zal moeten worden toegezien op de coherentie tussen de wijziging die artikel 25 van het voorontwerp aanbrengt in artikel 79 van het Gerechtelijk Wetboek (toevoeging van een nieuw tweede lid) en die waarin artikel 6, 2°, voorziet van het ontwerp van wet houdende oprichting van strafuitvoeringsrechtbanken voorziet, welk ontwerp thans door de Kamer van volksvertegenwoordigers wordt onderzocht en dat het huidige tweede lid van datzelfde artikel 79 wijzigt ¹⁶.

2. De tekst vertoont blijkbaar een gebrek aan samenhang in zoverre hij eerst de Koning de bevoegdheid opdraagt een contingent van onderzoeksrechters vast te stellen per rechtsgebied van hoven van beroep en vervolgens de eerste voorzitter van elk hof de mogelijkheid laat er eventueel geen enkele aan te stellen.

⁽¹⁶⁾ Gedr.St., Kamer, zitting 2004-2005, nr. 1960/1.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	J. JAUMOTTE,	staatsraden,
Mevrouw	M. BAGUET,	
de Heer	H. BOSLY,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	B. VIGNERON,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. Y. CHAUFFOUREAUX, auditeur.

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

B.VIGNERON

Y. KREINS