

AVIS OFFICIELS — OFFICIELE BERICHTEN

GRONDWETTELIJK HOF

[2007/202433]

Uittreksel uit arrest nr. 105/2007 van 19 juli 2007

Rolnummers 4003, 4010, 4012, 4015, 4016 en 4027

In zake : de beroepen tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van de wet van 27 december 2005 « houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van strafvordering en van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de verbetering van de onderzoeksmethoden in de strijd tegen het terrorisme en de zware en georganiseerde criminaliteit », ingesteld door L.L. en anderen.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters A. Arts en M. Melchior, en de rechters P. Martens, R. Henneuse, M. Bossuyt, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke en J. Spreutels, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter A. Arts,

wijst na beraad het volgende arrest :

I. Onderwerp van de beroepen en rechtspleging

a. Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 20 juni 2006 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 22 juni 2006, heeft L.L. beroep tot vernietiging ingesteld van artikel 235^{ter} van het Wetboek van strafvordering, ingevoegd bij artikel 23 van de wet van 27 december 2005 « houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van strafvordering en van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de verbetering van de onderzoeksmethoden in de strijd tegen het terrorisme en de zware en georganiseerde criminaliteit » (bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 30 december 2005, tweede editie).

b. Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 27 juni 2006 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 28 juni 2006, hebben de Orde van Vlaamse Balies, met zetel te 1000 Brussel, Koningsstraat 148, en Jo Stevens, wonende te 2018 Antwerpen, Van Schoonbekerstraat 70, beroep tot vernietiging ingesteld van de artikelen 6, 7, 9 tot 13, 2°, 14, 18, 22 tot 25 en 28 van voormelde wet van 27 december 2005.

c. Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 28 juni 2006 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 30 juni 2006, hebben de « *Ordre des barreaux francophones et germanophone* », met zetel te 1050 Brussel, Washingtonstraat 40, en Denis Bosquet, wonende te 1180 Brussel, Oude Molenstraat 206, beroep tot vernietiging ingesteld van voormelde wet van 27 december 2005.

d. Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 29 juni 2006 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 30 juni 2006, heeft P.V. beroep tot vernietiging ingesteld van artikel 235^{ter} van het Wetboek van strafvordering, ingevoegd bij artikel 23 van voormelde wet van 27 december 2005.

e. Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 29 juni 2006 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 30 juni 2006, heeft J.G. beroep tot vernietiging ingesteld van artikel 235^{ter} van het Wetboek van strafvordering, ingevoegd bij artikel 23 van voormelde wet van 27 december 2005.

f. Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 30 juni 2006 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 3 juli 2006, hebben de VZW « *Syndicat des avocats pour la démocratie* », met maatschappelijke zetel te 1030 Brussel, Paleizenstraat 154, de VZW « *Ligue des droits de l'homme* », met maatschappelijke zetel te 1190 Brussel, Alsebergsesteenweg 303, en de VZW « *Liga voor Mensenrechten* », met maatschappelijke zetel te 9000 Gent, Van Stoppenberghestraat 2, beroep tot vernietiging ingesteld van de artikelen 2, 5, 6, 10, 12, 13, 2°, en 22 tot 25 van voormelde wet van 27 december 2005.

Die zaken, ingeschreven onder de nummers 4003, 4010, 4012, 4015, 4016 en 4027 van de rol van het Hof, werden samengevoegd.

(...)

III. In rechte

(...)

Ten aanzien van de bestreden bepalingen

B.1. Met de bestreden wet wil de wetgever, enerzijds, zich gedragen naar het arrest nr. 202/2004 van 21 december 2004 waarin het Hof een aantal bepalingen heeft vernietigd die bij de wet van 6 januari 2003 in het Wetboek van Strafvordering werden ingevoerd en, anderzijds, rekening houden met de noodzaak van uitbreiding van de werkingssfeer van sommige opsporings- en onderzoeksmethoden die uit de toepassing ervan was gebleken.

Het Hof zal in het deel dat aan de grond van de beroepen is gewijd, de bestreden bepalingen onderzoeken die betrekking hebben op :

1. De definitie en de gevolgen van de provocatie (artikel 2) (B.4).
2. De uitbreiding van de mogelijkheid voor de procureur des Konings om inlichtingen in te winnen over bankrekeningen, bankkluisen, financiële instrumenten en bankverrichtingen (artikel 5) (B.5).
3. De wijziging van de procedure voor het uitvoeren van de inijkoperatie (artikelen 6 en 18) (B.6).
4. De mogelijkheid tot aanwending van de bijzondere opsporingsmethoden in het kader van de strafuitvoering (artikel 7) (B.7).
5. De toestemming aan informanten om misdrijven te plegen (artikel 13, 2°) (B.8).
6. De rechterlijke controle op de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden (artikelen 7 tot 14, 22 tot 25 en 27) (B.9). Het Hof zal inzonderheid onderzoeken :
 - a) de onmogelijkheid voor de inverdenkinggestelde en de burgerlijke partij om het vertrouwelijk dossier te raadplegen (B.9.4 tot B.12.5);
 - b) de betwiste onpartijdigheid van de kamer van inbeschuldigingstelling (B.13);
 - c) het afzonderlijk horen van de partijen en het niet-tegensprekelijk karakter van de rechtspleging (B.14.1 tot B.14.5);
 - d) de termijn voor inzage in het strafdossier (B.14.6);
 - e) de procedure voor de controle, door de kamer van inbeschuldigingstelling, van het vertrouwelijk dossier en van het strafdossier (B.15);
 - f) de ontstentenis van een beroep tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling (B.16.1 tot B.16.11);

g) de aangevoerde ontstentenis van sancties voor de nietigheden (B.16.12);

h) de ontstentenis van controle op de bijzondere opsporingsmethoden in geval van seponering, wanneer zij zijn toegepast in het kader van de strafuitvoering en in geval van een beroep op informanten (B.17).

7. De rechtspleging voor het hof van assisen (B.18).

8. De uitsluiting van plaatsvervangende raadsheren (B.19).

9. De toepassing van de wet in de tijd (B.20).

Ten aanzien van de bevoegdheid van het Hof

B.2.1. In hun onderscheiden middelen voeren de verzoekende partijen de schending aan van de Grondwet, inzonderheid de artikelen 10, 11, 12, 14, 15, 22 en 142 ervan, al dan niet in samenhang gelezen met :

- het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, inzonderheid de artikelen 3, 6, 7, 8, 10 en 13 ervan;

- het Eerste Aanvullend Protocol bij het voormeld Europees Verdrag, inzonderheid artikel 1 ervan;

- het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, inzonderheid de artikelen 7, 14, 15 en 17 ervan;

- de beginselen van gezag van gewijsde, evenredigheid, rechtzekerheid en de algemene beginselen van strafrecht;

- de artikelen 8 en 9 van de bijzondere wet van 6 januari 1989.

B.2.2. Op grond van artikel 1 van die bijzondere wet, gewijzigd bij de bijzondere wet van 9 maart 2003, is het Hof bevoegd om uitspraak te doen over de beroepen tot vernietiging van een wetskrachtige norm wegens schending van :

« 1° de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten; of

2° de artikelen van titel II ' De Belgen en hun rechten ', en de artikelen 170, 172 en 191 van de Grondwet ».

B.2.3. De beroepen zijn ontvankelijk in zoverre de schending van de artikelen 10, 11, 12, 14, 15 en 22 van de Grondwet wordt aangevoerd.

De beroepen zijn daarentegen onontvankelijk in zoverre de rechtstreekse schending van artikel 142 wordt aangevoerd. In zoverre de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 142 ervan, wordt aangevoerd, zetten de partijen niet uiteen op welke wijze de bestreden wet van 27 december 2005 die bepalingen zou schenden, zodat het beroep ook op dat punt onontvankelijk is.

B.2.4. Wanneer een verdragsbepaling die België bindt, een draagwijdte heeft die analoog is aan die van een van de grondwetsbepalingen waarvan de toetsing tot de bevoegdheid van het Hof behoort en waarvan de schending wordt aangevoerd, vormen de waarborgen vervat in die verdragsbepaling een onlosmakelijk geheel met de waarborgen die in de betrokken grondwetsbepalingen zijn opgenomen.

Daaruit volgt dat het Hof, bij de toetsing aan de in de eerste alinea van B.2.3 vermelde grondwetsbepalingen, rekening houdt met internationaalrechtelijke bepalingen die analoge rechten of vrijheden waarborgen.

Ten gronde

B.3.1. De bestrijding van bepaalde vormen van criminaliteit, in het bijzonder zware misdaden of misdaden die worden gepleegd door criminele organisaties die over aanzienlijke middelen beschikken, kan de overheden die zijn belast met het opsporen van de misdrijven en de vervolging van de daders ervan, ertoe nopen opsporingsmethoden aan te wenden die ten aanzien van de personen tegen wie die onderzoeken worden ingesteld, noodzakelijkerwijze een inmenging in bepaalde grondrechten tot gevolg hebben. Het staat aan de wetgever om, onder toezicht van het Hof, de bepalingen waarbij de aanwending van die opsporingsmethoden wordt toegestaan en gecontroleerd, op die manier te formuleren dat de erin vervatte inmenging in de grondrechten wordt beperkt tot hetgeen noodzakelijk is om de beschreven doelstelling te bereiken.

B.3.2. De bijzondere opsporings- en onderzoeksmethoden die het voorwerp uitmaken van de bestreden wet, hebben gemeen dat zij een diepgaande inmenging kunnen inhouden in diverse grondrechten. Zowel uit het ingrijpend karakter van die methoden, als uit de zorg waarmee de wetgever het juridisch kader heeft omschreven voor de aanwending ervan, volgt dat, in geval van niet-naleving van de essentiële voorwaarden voor de aanwending van die methoden, het met overtreding daarvan verkregen bewijs ongeldig is.

Hiermede rekening houdend onderzoekt het Hof de aangevoerde middelen.

1. *De definitie en de gevolgen van de provocatie (artikel 2)*

B.4.1. Artikel 47^{quater} van het Wetboek van strafvordering, zoals ingevoegd bij artikel 4 van de wet van 6 januari 2003, bepaalde dat een politieambtenaar, bij de tenuitvoerlegging van een bijzondere opsporingsmethode, een verdachte niet mag brengen tot andere strafbare feiten dan degene waarop diens opzet reeds tevoren was gericht. Een miskenning van dat verbod had de onontvankelijkheid van de strafvordering tot gevolg wat die feiten betreft.

B.4.2. In het arrest nr. 202/2004 stelde het Hof vast dat die bepaling aan het begrip provocatie een restrictieve interpretatie gaf, waardoor onder vervolgd personen een discriminatie in het leven werd geroepen naargelang ten aanzien van hen al dan niet de wet betreffende de bijzondere opsporingsmethoden was toegepast. Om die reden vernietigde het Hof de bepaling.

B.4.3. Om tegemoet te komen aan dat bezwaar voegt artikel 2 van de bestreden wet in de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering een nieuw hoofdstuk V in met als opschrift « Niet-ontvankelijkheid van de strafvordering wegens provocatie ». Het hoofdstuk omvat een nieuw artikel 30, dat bepaalt :

« Provocatie van misdrijven is verboden.

Er is provocatie wanneer in hoofde van de dader het voornemen om een misdrijf te plegen rechtstreeks is ontstaan of versterkt, of is bevestigd terwijl hij dit wilde beëindigen, door de tussenkomst van een politieambtenaar of van een derde handelend op het uitdrukkelijk verzoek van deze ambtenaar.

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

B.4.4. Nu het verbod van provocatie en de wettelijke omschrijving ervan in de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering zijn opgenomen, zijn zij voortaan van toepassing op alle misdrijven en niet langer enkel op de misdrijven die in het raam van de aanwending van een bijzondere opsporingsmethode zijn uitgelokt.

Aldus heeft de wetgever de in B.4.2 bedoelde discriminatie ongedaan gemaakt.

B.4.5. In zoverre de verzoekende partijen in de zaak nr. 4012 een schending aanvoeren van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 8 en 9 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 en met de beginselen van rechtzekerheid en van gezag van gewijsde, is hun grief niet gegrond; de wetgever heeft immers het gezag van gewijsde van het arrest nr. 202/2004 niet geschonden.

Hun grief is niet ontvankelijk in zoverre zij een schending aanvoeren van artikel 22 van de Grondwet en van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, nu zij niet uiteenzetten in welk opzicht die bepalingen zouden zijn geschonden.

B.4.6. De verzoekende partijen voeren een schending aan van het recht op een eerlijk proces, alsook van de beginselen van wettigheid en van voorzienbaarheid in strafzaken, in zoverre het derde lid van artikel 30, dat in B.4.3 is geciteerd, de onontvankelijkheid van de strafvordering beperkt tot de uitgelokte feiten en niet uitbreidt tot de gehele strafvordering.

B.4.7. Artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens waarborgt de rechten van de verdediging van elke beklagde. Hoewel die bepaling in beginsel niet eraan in de weg staat dat het bewijs van een misdrijf wordt verkregen door de infiltratie van politieambtenaren, verzet zij zich tegen elke vorm van uitlokking van het misdrijf. Er is sprake van uitlokking wanneer niets erop wijst dat het misdrijf zonder het optreden van de politie ook zou zijn gepleegd (EHRM, 9 juni 1998, *Teixeira de Castro* t. Portugal, § 39; 24 april 2007, *V. t. Finland*, § 69).

Wanneer een onwettige handeling aan de oorsprong ligt van het plegen van de inbreuk, doet de strafvervolgning ten aanzien van die feiten op fundamentele wijze afbreuk aan het recht op een eerlijk proces, in zoverre ze betrekking heeft op die inbreuk.

De strafvervolgning ten aanzien van andere feiten, daarentegen, die van vóór de provocatie dateren of geen verband ermee houden en die op wettige wijze zijn vastgesteld, schendt niet het recht op een eerlijk proces.

B.4.8. Het kan enkel aan de rechter worden overgelaten om, op grond van alle feitelijke omstandigheden en gegevens van de zaak, te oordelen welke feiten een verband vertonen met de uitgelokte feiten en te beslissen of de onontvankelijkheid van de strafvordering zich tot andere dan de rechtstreeks geprovoceerde feiten dient uit te strekken. Een dergelijke beoordelingsbevoegdheid van de rechter is niet strijdig met de beginselen van wettigheid en van voorzienbaarheid in strafzaken.

B.4.9. Het eerste onderdeel van het eerste middel in de zaak nr. 4012 en het vijfde middel in de zaak nr. 4027 zijn niet gegrond.

B.4.10. In het tweede onderdeel van hun eerste middel in de zaak nr. 4012 voeren de verzoekende partijen aan dat de personen die een provocatie hebben ondergaan in het raam van de aanwending van een bijzondere opsporingsmethode, ongunstiger worden behandeld dan diegenen die een provocatie hebben ondergaan in het kader van het onderzoek waarbij geen bijzondere opsporingsmethode is aangewend, aangezien de eerste categorie van personen, doordat ze geen toegang hebben tot het vertrouwelijk dossier, over geen enkel middel beschikken om na te gaan of de feiten waarvoor zij worden vervolgd, al dan niet zijn geprovoceerd.

B.4.11. Aangezien dat onderdeel van het middel betrekking heeft op de ontstentenis van toegang tot het vertrouwelijk dossier valt het samen met de middelen die de jurisdictionele waarborgen inzake dat dossier betreffen, en die zullen worden onderzocht in B.9.

2. *De uitbreiding van de mogelijkheid voor de procureur des Konings om inlichtingen in te winnen over bankrekeningen, bankkluisen, financiële instrumenten en bankverrichtingen (artikel 5)*

B.5.1. Artikel 46^{quater} van het Wetboek van strafvordering, zoals ingevoegd bij artikel 13 van de wet van 6 januari 2003, verleende reeds de mogelijkheid aan de procureur des Konings om onder bepaalde voorwaarden gegevens in te winnen over bankrekeningen en bankverrichtingen en die verrichtingen tijdelijk onder toezicht te plaatsen.

Om tegemoet te komen aan de behoefte aan een ruimere werkingssfeer die uit de praktijk was gebleken, heeft het bestreden artikel 5 van de wet van 27 december 2005 de aan de procureur des Konings verleende bevoegdheid in twee opzichten verruimd.

In de eerste plaats is de mogelijkheid om gegevens in te winnen en om toezicht uit te oefenen niet langer beperkt tot bankrekeningen en bankverrichtingen, maar kan zij voortaan ook betrekking hebben op bankkluisen en financiële instrumenten als bedoeld in artikel 2, 1^o, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten.

In de tweede plaats wordt aan de procureur des Konings de bevoegdheid gegeven om onder bepaalde voorwaarden een zogenaamde « bevroeringsmaatregel » te vorderen, waardoor de bank of kredietinstelling de tegoeden en verbintenissen die aan de bankrekening, de bankkluis of het financiële instrument zijn verbonden, voor een bepaalde periode niet uit handen mag geven.

Volgens de verzoekende partijen schendt het nieuwe artikel 46^{quater} van het Wetboek van strafvordering, zoals ingevoegd bij artikel 5 van de wet van 27 december 2005, de artikelen 10, 11 en 22 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

B.5.2. In het verzoekschrift dat aanleiding heeft gegeven tot het arrest nr. 202/2004 werden de uitbreiding van het toepassingsgebied alsook de toepassingsmodaliteiten van de maatregel bedoeld in het oorspronkelijke artikel 46^{quater} bekritiseerd.

Het Hof was allereerst van oordeel dat het inwinnen en analyseren van gegevens in verband met bankrekeningen en banktransacties maatregelen zijn die afbreuk doen aan het recht op eerbiediging van het privéleven van de ermee beoogde personen, alsmede van de personen die financieel contact hebben met laatstgenoemden. Die maatregelen moeten dus beantwoorden aan de vereisten van wettigheid en van voorzienbaarheid bedoeld in artikel 22 van de Grondwet, een legitiem doel nastreven en een redelijk verband van evenredigheid vertonen met dat doel.

Het Hof heeft vastgesteld dat was voldaan aan de vereiste van evenredigheid in zoverre de mogelijkheid om de maatregel in werking te stellen werd beperkt tot vrij ernstige misdrijven : de procureur des Konings kan daartoe enkel overgaan indien er ernstige aanwijzingen zijn dat de strafbare feiten een correctionele hoofdgevangenisstraf van een jaar of een zwaardere straf tot gevolg kunnen hebben.

Die voorwaarde werd in het nieuwe artikel 46^{quater} ongewijzigd overgenomen. In dat opzicht schendt het bestreden artikel 5 van de wet van 27 december 2005 artikel 22 van de Grondwet niet.

B.5.3. In het arrest nr. 202/2004 werd het vervolgens verantwoord geacht dat de procureur des Konings van de bank eveneens inlichtingen kan verkrijgen in verband met de rekeningen waarvan de verdachte niet de houder of gevolmachtigde is maar de « uiteindelijk gerechtigde », waaronder moet worden begrepen de persoon die door de bank is geïdentificeerd op basis van artikel 5 van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme.

Onder voorbehoud van die interpretatie werd het oorspronkelijke artikel 46^{quater} van het Wetboek van strafvordering in dat opzicht bestaanbaar bevonden met artikel 22 van de Grondwet.

Het nieuwe artikel 46^{quater} bepaalt nog steeds dat de verdachte houder, gevolmachtigde of « uiteindelijk gerechtigde » moet zijn, zodat de door het Hof aanvaarde verantwoording kan worden gehandhaafd ten aanzien van de thans bestreden bepaling.

B.5.4. Ten slotte heeft het Hof in hetzelfde arrest nr. 202/2004 geoordeeld dat het toepassingsgebied *ratione temporis* van de oorspronkelijke maatregel geen onevenredige inbreuk teweegbracht op de rechten van de betrokken personen en dat met de toepassing van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer op de ingewonnen gegevens het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer voldoende was gewaarborgd.

Artikel 46^{quater} bevat in dat opzicht geen enkele wijziging.

B.5.5. De grieven van de verzoekende partijen slaan evenwel niet op het feit dat de bevoegdheid van de procureur des Konings wordt verruimd, maar op het ontbreken van enig optreden van de onderzoeksrechter. Zij voeren aan dat het nieuwe artikel 46^{quater} op dat punt niet dezelfde waarborgen biedt als artikel 88^{bis} (inzake het opsporen en lokaliseren van telecommunicatie), de artikelen 46^{ter} en 88^{sexies} (inzake het onderscheppen, in beslag nemen en openen van post) en artikel 90^{ter} (inzake het af luisteren, kennisnemen en opnemen van privécommunicatie en telecommunicatie) van het Wetboek van strafvordering (derde onderdeel van het vierde middel in de zaak nr. 4012 en eerste middel in de zaak nr. 4027).

B.5.6. Artikel 88^{bis} van het Wetboek van strafvordering gaat uit van de principiële bevoegdheid van de onderzoeksrechter. De procureur des Konings kan het opsporen of lokaliseren van telecommunicatie slechts bevelen wanneer het gaat om een ontdekking op heterdaad van strafbare feiten opgesomd in artikel 90^{ter}, §§ 2, 3 en 4, van het Wetboek van strafvordering en op voorwaarde dat de maatregel binnen vierentwintig uur wordt bevestigd door een onderzoeksrechter. Hij kan die maatregel ook bevelen als de klager erom vraagt, indien de maatregel onontbeerlijk lijkt voor het vaststellen van een strafbaar feit bedoeld in artikel 145, § 3, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.

Overeenkomstig artikel 90^{ter} van het Wetboek van strafvordering is slechts de onderzoeksrechter, onder bepaalde voorwaarden, bevoegd om het bevel te geven tot het af luisteren, het kennisnemen en het opnemen van private communicatie en telecommunicatie tijdens de overbrenging ervan. Artikel 90^{ter}, § 5, van hetzelfde Wetboek verleent die bevoegdheid ook aan de procureur des Konings maar alleen, in geval van ontdekking op heterdaad, voor de misdrijven bedoeld in de artikelen 347^{bis} of 470 van het Strafwetboek. De maatregel dient binnen vierentwintig uur door de onderzoeksrechter te worden bevestigd. De mini-instructie als bedoeld in artikel 28^{septies} van het Wetboek van strafvordering is uitgesloten.

Ingevolge artikel 46^{ter} van het Wetboek van strafvordering kan de procureur des Konings, bij het opsporen van misdaden en wanbedrijven, aan een postoperator toevertrouwde post onderscheppen en in beslag nemen wanneer er ernstige aanwijzingen zijn dat de strafbare feiten een correctionele hoofdgevangenisstraf van een jaar of een zwaardere straf tot gevolg kunnen hebben. Om die post te openen en kennis te nemen van de inhoud ervan is evenwel, behoudens in geval van ontdekking op heterdaad, het optreden van een onderzoeksrechter vereist (artikel 88^{sexies}, § 1, eerste en tweede lid, van het Wetboek van strafvordering).

B.5.7. Zonder dat de situatie van de personen die het voorwerp zijn van verschillende onderzoeksmaatregelen puntsgewijs dient te worden vergeleken, blijkt dat het inwinnen van gegevens over bankrekeningen, bankkluisen, financiële instrumenten en bankverrichtingen van een andere aard is dan de in B.5.6 beschreven maatregelen die het mogelijk maken rechtstreeks binnen te dringen in communicaties die betrekking kunnen hebben op het privéleven in zijn meeste intieme vorm.

B.5.8. De bestreden maatregel dient vervolgens te worden beschouwd in het licht van andere soortgelijke maatregelen zoals het beslag op vorderingen bedoeld in artikel 37, §§ 2 tot 4, van het Wetboek van strafvordering en het bijzonder onderzoek naar vermogensvoordelen als bedoeld in de artikelen 524^{bis} en 524^{ter} van hetzelfde Wetboek, waarin, ook al wordt dat onderzoek bevolen door een rechter, aan de procureur des Konings eveneens een centrale rol is toebedeeld. In dat verband beklemtoonde de wetgever niet alleen dat de doelstelling van de maatregel erin bestond de onzekerheid weg te werken die voordien bestond en die voortvloeide uit het feit dat « de gerechtelijke autoriteiten [...] [afhankelijk zijn] van de goede wil en de medewerking van de banksector » (*Parl. St.*, Kamer, 2001-2002, DOC 50-1688/001, p. 65), maar ook zijn wens om de maatregel af te stemmen op de wet van 19 december 2002 tot uitbreiding van de mogelijkheden tot inbeslagname en verbeurdverklaring in strafzaken (*Parl. St.*, Kamer, 2005-2006, DOC 51-2055/001, pp. 11 e.v.).

B.5.9. Uit het voorgaande blijkt dat het inwinnen van bankgegevens eigen kenmerken vertoont waardoor die methode zich onderscheidt van het af luisteren van privécommunicatie of telecommunicatie en het openen van post, en aanleunt bij de in B.5.8 vermelde maatregelen. De wetgever vermocht de centrale rol die hij aan de procureur des Konings heeft toevertrouwd, uit te breiden wat die laatsvermelde maatregelen betreft. Om dezelfde redenen is de toepassing van de maatregel in het kader van het minionderzoek, bedoeld in artikel 28^{septies} van het Wetboek van strafvordering, aanvaardbaar.

B.5.10. De middelen zijn niet gegrond.

3. De wijziging van de procedure voor het uitvoeren van de inijkoperatie (artikelen 6 en 18)

B.6.1. Een aantal middelen (eerste middel in de zaak nr. 4010, tweede onderdeel van het vierde middel in de zaak nr. 4012, tweede middel in de zaak nr. 4027) hebben betrekking op de « inijkoperatie ». De « inijkoperatie » bestaat erin dat de politiediensten te allen tijde buiten medeweten van de eigenaar of van zijn rechthebbende, of zonder hun toestemming, een private plaats betreden 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, van het Wetboek van strafvordering (artikel 46^{quinquies}, §§ 1 en 2, van hetzelfde Wetboek). Het aanwenden van technische hulpmiddelen die toelaten hetzelfde resultaat te bereiken zonder een private plaats fysiek te betreden, wordt gelijkgesteld met het betreden van die plaats (artikel 46^{quinquies}, § 4).

Wanneer de inijkoperatie een private plaats betreft die « kennelijk geen woning is, geen door een woning omsloten eigen aanhorigheid in de zin van de artikelen 479, 480 en 481 van het Strafwetboek is, geen lokaal aangewend voor beroepsdoeleinden of de woonplaats van een advocaat of een arts is als bedoeld in artikel 56^{bis}, derde lid », dient de machtiging te worden verstrekt door de procureur des Konings (artikel 46^{quinquies}, § 2, van het Wetboek van strafvordering). Gaat het om een andere private plaats dan die welke is bedoeld in artikel 46^{quinquies}, § 1, van het Wetboek van strafvordering, dan kan alleen de onderzoeksrechter de politiediensten daartoe machtigen (artikel 89^{ter}, eerste lid).

B.6.2. De verzoekende partijen bekritisieren in essentie het door de wet van 27 december 2005 gemaakte onderscheid tussen de private plaatsen bedoeld in artikel 46^{quinquies} van het Wetboek van strafvordering en die welke zijn bedoeld in artikel 89^{ter} van hetzelfde Wetboek, in zoverre voor een inijkoperatie in de eerste categorie van private plaatsen de machtiging van de procureur des Konings volstaat, terwijl voor een dergelijke operatie in de tweede categorie van private plaatsen de machtiging van de onderzoeksrechter is vereist. Zij voeren de schending aan van de artikelen 10, 11, 15 en 22 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met het gezag van gewijsde van het arrest nr. 202/2004.

B.6.3. Het verschil in behandeling berust op een objectief criterium, namelijk de aard van de private plaats waarin de inijkoperatie plaatsvindt.

De eerste categorie van private plaatsen beoogt « opslagplaatsen, loodsen en garageboxen » (*Parl. St.*, Kamer, 2005-2006, DOC 51-2055/001, p. 16). In dat verband werden vermeld :

« loodsens zoals er bestaan, containers in de haven van Antwerpen of containers die zich in die haven bevinden, die al te vaak hard drugs bevatten die bijvoorbeeld van Zuid-Amerika afkomstig zijn. Het betreft ook volledig afgelegen garageboxen waar soms wapens verborgen zijn » (*Parl. St.*, Kamer, 2005-2006, DOC 51-2055/005, p. 20).

De tweede categorie van private plaatsen betreft door artikel 15 van de Grondwet en door artikel 8 van het Europees Verdrag van de rechten van de mens beschermde woningen (*Parl. St.*, Kamer, 2005-2006, DOC 51-2055/001, p. 17). Hierbij verwijst de wetgever naar de omschrijving van het begrip « woning » in de rechtspraak van het Hof van Cassatie (*ibid.*).

B.6.4. Uit wat voorafgaat blijkt dat de private plaatsen bedoeld in artikel 46*quinquies* van het Wetboek van strafvordering geen woningen zijn in de zin van artikel 15 van de Grondwet en van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. Dit neemt niet weg dat de door artikel 22 van de Grondwet en artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens gewaarborgde bescherming van het privéleven zich kan uitstreken tot dergelijke plaatsen.

B.6.5. De inijkoperatie in de in artikel 46*quinquies*, § 1, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering omschreven private plaatsen kan een inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven inhouden.

B.6.6. Zelfs al kan de graad van inmenging van de inijkoperatie in het privéleven worden vergeleken met die van de huiszoeking, is het niet onredelijk dat de machtiging daartoe door de procureur des Konings kan worden toegestaan wanneer zij geen betrekking heeft op een woning. Ofschoon het optreden van een rechter een belangrijke waarborg is, is een afwijking hiervan voor private plaatsen die niet tot woning dienen, toelaatbaar als daarvoor een verantwoording kan worden gegeven, steunend op redenen eigen aan de misdrijven waarop ze betrekking hebben, als die afwijking is beperkt tot hetgeen strikt noodzakelijk is om het wettige doel te bereiken en als het ontbreken van de waarborg van een voorafgaand rechterlijk optreden wordt gecompenseerd door andere voldoende waarborgen ter voorkoming van misbruik.

B.6.7. Te dien aanzien dient te worden vastgesteld dat de inijkoperatie in de private plaatsen bedoeld in artikel 46*quinquies* van het Wetboek van strafvordering enkel mogelijk is in het geval waarin de in het geding zijnde strafbare feiten een misdrijf « uitmaken of zouden uitmaken » als bedoeld in artikel 90*ter*, §§ 2 tot 4, van hetzelfde Wetboek, of « gepleegd worden of zouden worden » in het kader van een criminele organisatie, gedefinieerd in artikel 324*bis* van het Strafwetboek, en voor zover de andere onderzoeksmiddelen niet lijken te volstaan om de waarheid aan het licht te brengen (artikel 46*quinquies*, § 1, eerste lid, van het Wetboek van strafvordering).

Trouwens, wat een inijkoperatie betreft, kan de procureur des Konings enkel beslissen ten aanzien van plaatsen waarvan op basis van precieze aanwijzingen wordt vermoed dat de in B.6.1 beschreven zaken, vermogensvoordelen, goederen en waarden er zich bevinden. Bovendien wordt geëist dat bewijzen ervan zouden kunnen worden verzameld of dat het zou gaan om plaatsen waarvan wordt verondersteld dat ze gebruikt worden door personen op wie een verdenking rust (artikel 46*quinquies*, § 2, 1^o, en § 3).

Ten slotte, indien de beslissing waarbij machtiging wordt gegeven tot de inijkoperatie, wordt genomen in het kader van de toepassing van bijzondere opsporingsmethoden, bedoeld in de artikelen 47*ter* tot 47*decies* van het Wetboek van strafvordering, worden die beslissing en alle ermee verband houdende processen-verbaal bij het strafdossier gevoegd, ten laatste na het beëindigen van de bijzondere opsporingsmethode (artikel 46*quinquies*, § 1, vierde lid, van hetzelfde Wetboek).

Bijgevolg is aan de in B.6.6 vermelde voorwaarden voldaan en is het in B.6.2 vermelde verschil in behandeling in redelijkheid verantwoord.

B.6.8. De middelen zijn niet gegrond.

4. De mogelijkheid tot aanwending van de bijzondere opsporingsmethoden in het kader van de strafuitvoering (artikel 7)

B.7.1. De verzoekende partijen in de zaak nr. 4010 leiden een middel af uit de schending van de artikelen 15 en 22 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, in zoverre artikel 47*ter*, § 1, derde lid, van het Wetboek van strafvordering het mogelijk maakt alle bijzondere opsporingsmethoden, met uitzondering van die welke moeten worden bevolen door de onderzoeksrechter, zonder onderscheid aan te wenden, met het oog op de strafuitvoering. Die uitbreiding van het beroep op de bijzondere opsporingsmethoden zou onverantwoord zijn en zou niet beantwoorden aan het subsidiariteitsbeginsel, aangezien die methoden een ernstige inbreuk behelzen op de fundamentele rechten en vrijheden zoals gewaarborgd door de voormelde grondwets- en verdragsbepalingen. Die schending zou des te meer duidelijk zijn daar in geen enkele rechterlijke controle is voorzien wat de uitvoering van die bijzondere opsporingsmethoden betreft. Zij voegen daaraan toe dat de toepassing van die methoden niet is beperkt tot een observatie met de bedoeling een voortvluchtige op te sporen die zich aan de uitvoering van zijn straf onttrekt maar eveneens de aanwending van een infiltratie mogelijk maakt, wat niet kan worden verantwoord vermits die veronderstelt dat een politieambtenaar, onder een fictieve identiteit, duurzame contacten onderhoudt met personen « waarvan er ernstige aanwijzingen zijn dat zij strafbare feiten [...] plegen of zouden plegen » (artikel 47*octies*, § 1, van het Wetboek van strafvordering). Ten slotte zou de algemene mogelijkheid om zonder onderscheid alle bijzondere opsporingsmethoden aan te wenden in het raam van de strafuitvoering eveneens de personen uit de omgeving van de veroordeelde raken die, per definitie, niet van een strafbaar feit worden verdacht of van een feit waarvoor bijzondere onderzoeksmethoden zouden kunnen worden aangewend.

B.7.2. Bij zijn arrest nr. 202/2004 had het Hof een middel verworpen dat was afgeleid uit de schending van de bij de artikelen 12, tweede lid, 15 en 22 van de Grondwet gewaarborgde rechten, omdat de bijzondere onderzoeksmethoden die het voorwerp uitmaken van artikel 47*ter* van het Wetboek van strafvordering kunnen worden aangewend « uitsluitend met het doel gepleegde of nog te plegen misdaden of wanbedrijven op te sporen, de bewijzen ervan te verzamelen en de daders ervan te identificeren en te vervolgen » (B.3.2).

B.7.3. Bij artikel 47*ter*, § 1, derde lid, maakt de wetgever het mogelijk een beroep te doen op de observatie en de infiltratie en de informantenwerking « in het kader van de uitvoering van straffen of vrijheidsberovende maatregelen, wanneer de persoon zich heeft onttrokken aan de uitvoering daarvan ».

Het opsporen van een veroordeelde die zich onttrekt aan de uitvoering van zijn straf, gebeurt niet in het raam van de opsporing van misdaden of wanbedrijven. De controle die bij artikel 235*ter* van het Wetboek van strafvordering voortaan aan de kamer van inbeschuldigingstelling wordt toevertrouwd, en die in B.9 tot B.15 zal worden onderzocht, kan dus niet worden uitgeoefend.

Overeenkomstig artikel 40, tweede lid, van de Grondwet, is de uitvoerende macht bevoegd om uit te voeren wat de strafrechter heeft beslist, onder voorbehoud van de aan de strafuitvoeringsrechtbank toegekende bevoegdheid wanneer het erom gaat de aard of de duurtijd van de straf te wijzigen. De wettigheidstoetsing van de in het geding zijnde maatregelen kan dus in principe worden toevertrouwd aan de procureur des Konings en aan de procureur-generaal, zoals artikel 47*undecies* van het Wetboek van strafvordering bepaalt.

B.7.4. De toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden kan echter een inmenging vormen in het recht op de eerbiediging van het privéleven en de woonplaats, dat wordt gewaarborgd bij de in het middel aangevoerde bepalingen en dat, in principe, het voorwerp moet uitmaken van een beroep bij, of ten minste van een controle door, een onafhankelijke en onpartijdige rechter.

B.7.5. In het advies dat het heeft gewezen over het voorontwerp dat de bestreden wet zou worden, had de afdeling wetgeving van de Raad van State, terwijl ze oordeelde dat « de wijziging van artikel 47^{ter}, § 1, [...] niet vatbaar [lijkt] voor kritiek », geoordeeld dat de tekst niet voldeed aan « het voorzienbaarheids-, subsidiariteits- en proportionaliteitsbeginsel », in zoverre geen enkele precisering werd gegeven « met betrekking tot de aard van de gepleegde strafbare feiten of de ernst van de uitgesproken veroordeling » (*Parl. St., Kamer, DOC 51-2055/001, p. 108*). De wetgever heeft met die opmerking rekening gehouden door te preciseren dat, in het raam van de uitvoering van de straffen of de vrijheidsberovende maatregelen, de methoden zullen kunnen worden aangewend « onder dezelfde voorwaarden als die welke gelden voor de observatie, de infiltratie en de informantenwerking » (artikel 47^{ter}, § 1, derde lid).

B.7.6. Doordat de wetgever zich ertoe beperkt op algemene wijze te verwijzen naar voorwaarden die het totaal andere geval beogen van maatregelen die worden toegepast op personen die worden verdacht van het plegen van misdrijven en die passen in het kader van een opsporingsonderzoek of een gerechtelijk onderzoek, heeft hij niet op voldoende wijze de toepassingsvoorwaarden van die maatregelen gedefinieerd in het raam van de strafuitvoering. Bovendien zou geen enkele onafhankelijke en onpartijdige rechter de tenuitvoerlegging van de bijzondere opsporingsmethoden kunnen controleren, vermits die buiten het in artikel 235^{ter} van het Wetboek van strafvordering beoogde geval is gesitueerd en geen enkele bepaling die controle aan een andere rechter toevertrouwt. Die controle is des te meer noodzakelijk daar de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden afbreuk zal kunnen doen aan de fundamentele rechten van andere personen dan de persoon die werd veroordeeld.

B.7.7. De Ministerraad doet in zijn memorie van wederantwoord opmerken dat de Staat, net zoals de gemeenten of de lokale politiezones, aansprakelijk zal kunnen worden gesteld voor de fouten gemaakt door leden van het openbaar ministerie of door de politiediensten en dat die mogelijkheid zou moeten worden beschouwd als een daadwerkelijk rechtsmiddel in de zin van artikel 13 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Een dergelijke vordering kan echter niet worden beschouwd als een controle of een nuttig beroep vermits niet erin is voorzien dat de veroordeelde in kennis wordt gesteld van het gebruik van bijzondere opsporingsmethoden met het oog op zijn vangenneming en zelfs zo hij hiervan kennis zou hebben, de rechter bij wie de zaak aanhangig wordt gemaakt, geen toegang zal hebben tot het vertrouwelijk dossier.

B.7.8. Het middel is gegrond en bijgevolg dient artikel 47^{ter}, § 1, derde lid, te worden vernietigd. Bij wege van gevolgtrekking dient in artikel 47^{undecies}, tweede lid, de tweede zin te worden vernietigd volgens welke het door de procureur-generaal opgestelde verslag handelt over de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden in het kader van de uitvoering van straffen of vrijheidsberovende maatregelen, alsmede de tweede zin van artikel 47^{undecies}, derde lid, die een identieke bepaling bevat betreffende het verslag dat door de federale procureur wordt opgesteld.

5. De toestemming aan informanten om misdrijven te plegen (artikel 13, 2^o)

B.8.1. Een informant is een persoon van wie wordt verondersteld dat hij nauwe relaties onderhoudt met één of meer personen van wie er ernstige aanwijzingen zijn dat ze misdrijven plegen of zouden plegen, en die de politieambtenaar, al dan niet gevraagd, inlichtingen en gegevens verstrekt (artikel 47^{decies}, § 1, van het Wetboek van strafvordering).

Bij de totstandkoming van de wet van 6 januari 2003, had de wetgever uitgesloten dat een operatie van infiltratie kon worden toevertrouwd aan personen die geen daartoe opgeleide en speciaal getrainde politieambtenaren zijn. Hij had geoordeeld dat « het handelen met een burgerinfiltrant, zeker met een criminele burgerinfiltrant (wat doorgaans het geval is), [...] immers een erg hoge risicograad [heeft], gezien deze persoon moeilijk controleerbaar is en vaak opereert met een zogenaamde ' dubbele agenda ' of gedreven wordt door persoonlijke belangen » (*Parl. St., Kamer, 2001-2002, DOC 50-1688/001, p. 34*).

B.8.2. De bestreden wet « hanteert nog steeds deze logica, maar wil tegelijkertijd een bredere invulling geven aan het werken met informanten, teneinde tegemoet te komen aan een nood die zich op het terrein in hoge mate laat voelen en aldus een belangrijke lacune in de strijd tegen het terrorisme en de georganiseerde criminaliteit op te vullen ». De wetgever heeft geoordeeld dat « na de aanslagen in New York, Madrid en Londen, [...] het wenselijk [was] de strijd tegen het terrorisme te verstevigen door de gerechtelijke autoriteiten toe te staan onderzoeksmiddelen te gebruiken die meer aangepast zijn aan de complexiteit van dit criminele fenomeen ». De bestreden maatregel werd in het bijzonder verantwoord met volgende argumenten :

« De praktijk toont immers aan dat in een aantal belangrijke en hoogdrempelige onderzoeken inzake terrorisme en georganiseerde criminaliteit de procureur des Konings meer dan eens wordt geconfronteerd met de vraag of een informant die reeds ' op actieve wijze ' informatie over een bepaald crimineel milieu of dadergroep inwint, eveneens kan worden toegelaten onder welbepaalde omstandigheden deel te nemen aan het crimineel handelen binnen dit milieu of deze dadergroep.

Deze vraag raakt in het bijzonder de moeilijke afweging voor de magistraat tussen, enerzijds, het behoud van een soms unieke informatiepositie in een bepaald crimineel milieu door de informant strafbare daden van mededaderschap of medeplichtigheid te laten stellen en, anderzijds, het verlies van deze informatiepositie door er een zeer strikte interpretatie van het werken met informanten op na te houden.

Of anders gesteld, de vraag naar de doelmatigheid van de opsporing : wat mag een informant - die veelal uit het criminele milieu afkomstig is of daar dicht tegenaan zit - doen om zich in die positie te kunnen handhaven ?

Bijvoorbeeld de informant die in een terrorismezaak door de terroristische groep verzocht wordt het appartement te huren van waaruit een aanslag zal worden voorbereid. Of die mee een voorverkenning van het doelwit dient uit te voeren. Of die tijdelijk de valse reispassen en identiteitsdocumenten voor deze terroristische groep dient bij te houden. Dit vormt een inbreuk op artikel 140, § 1 strafwetboek.

Dit kan beschouwd worden als daden van mededaderschap zoals bedoeld in artikel 66 strafwetboek. En wat met de informant die nauwe banden heeft met leden van een criminele organisatie en die de politiedienst meldt dat hij vermoedelijk door deze organisatie in het bezit zal worden gesteld van een uiterst gevaarlijk wapen of een nieuw soort drugs die op de markt zullen komen ?

In elk van de hierboven opgesomde gevallen is de realiteit op vandaag dat de procureur des Konings eigenlijk zou dienen te oordelen dat deze handelingen niet stroken met de definitie van informantenwerking *sensu stricto*, zoals bedoeld in artikel 47^{decies}, § 1 Sv., en dat derhalve de informant zijn informatiepositie moet opgeven, met als gevolg dat de terroristische aanslag of gewapende overval die verder gepland en voorbereid en later wellicht ook uitgevoerd zal worden, zal kunnen plaatshebben buiten elk politieel medeweten en ' controle ' om.

In deze gevallen neemt de procureur des Konings op dit ogenblik doorgaans zijn verantwoordelijkheid op en laat hij de openbare veiligheid en het algemeen maatschappelijk belang bij het nemen van zijn beslissing primeren.

Het hoeft echter weinig betoog dat deze erg zware beslissingen zijn. Het wetsontwerp beoogt de magistraat het juridisch kader en de rechtszekerheid te bieden waarop hij recht heeft bij het nemen van dergelijke beslissingen in de context van de strijd tegen het terrorisme of de georganiseerde criminaliteit. Aldus creëert het wetsontwerp voor de procureur des Konings de mogelijkheid een informant onder strenge omstandigheden strafbare feiten te laten plegen » (*Parl. St., Kamer, 2005-2006, DOC 51-2055/001, pp. 33 tot 35*).

B.8.3. Volgens de verzoekende partijen schendt de bestreden maatregel de artikelen 10, 11, 12, 14 en 22 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 3, 6 en 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij dat Verdrag, met de artikelen 7, 14, 15 en 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, met artikel 142 van de Grondwet, met de artikelen 8 en 9 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 en met het beginsel van het gezag van gewijsde.

Zij betwisten zowel de wettigheid van de doelstelling, als de evenredigheid van de bestreden maatregel en voeren aan dat de artikelen 10 en 11 van de Grondwet zijn geschonden doordat de informant zich - in tegenstelling tot de infiltrant-politieambtenaar en de burgerlijke deskundige - niet kan beroepen op een strafuitsluitende verschoningsgrond.

Ten slotte vragen zij de vernietiging van artikel 47*undecies*, vierde lid, van het Wetboek van strafvordering, vervangen bij artikel 14 van de bestreden wet, en van de artikelen 22, 23, 24 en 25 van dezelfde wet, in zoverre ten aanzien van de nieuwe informantenwerking niet wordt voorzien in enige controle door een onafhankelijke en onpartijdige rechter.

B.8.4. Volgens de voormelde parlementaire voorbereiding heeft de praktijk aangetoond dat voor sommige types van criminaliteit de noodzaak om de « informatiepositie » van de informant te behouden hem in staat moest stellen bepaalde misdrijven te plegen. In dat verband dient rekening te worden gehouden met het feit dat de beoogde criminaliteit zeer vaak internationale criminaliteit is en dat de gerechtelijke en politieke overheden vaak ertoe zullen worden gebracht samen te werken met de overheden van landen die, op een of andere wijze, de noodzaak voor de informanten om misdrijven te plegen teneinde hun informatiepositie te behouden, in aanmerking hebben genomen. Het staat het Hof te onderzoeken of de aangewende middelen om aan die noodzaak het hoofd te bieden, verband houden met de nagestreefde doelstelling en of ze daarmee evenredig zijn.

De bekommernis om een wettelijk kader te geven aan een praktijk die door de evolutie van de zware misdaad noodzakelijk werd gemaakt, is van dien aard dat zij bijdraagt tot de legaliteitsvereisten van het strafrecht en van de strafprocedure.

B.8.5. Ofschoon bij wijze van uitzondering kan worden aanvaard dat de wetgever magistraten belast met de opsporing en de vervolging van bepaalde categorieën van misdrijven in staat stelt de informanten die een cruciale hulp zouden kunnen zijn bij hun taak, toe te staan misdrijven te plegen om het succes van het onderzoek dat zij voeren, te waarborgen, dient hij evenwel artikel 12 van de Grondwet, dat vereist dat de strafrechtspiegeling voorspelbaar is, in acht te nemen. De magistraten moeten op zeer precieze wijze weten welke de misdrijven zijn waarvoor zij een informant toestemming kunnen geven ze te plegen. Die vereiste is hier des te dwingender daar het voor een gerechtelijke overheid erop neerkomt een persoon die niet is beëdigd, noch door de openbare overheid met een opdracht is belast, toe te laten een misdrijf te plegen dat tot gevolg kan hebben dat inbreuk wordt gemaakt op de grondrechten van derden.

B.8.6. Wat betreft de misdrijven die de informant zelf zou mogen plegen, zou de wetgever, in beginsel, daarvan een limitatieve opsomming moeten geven. Er kan echter worden aangenomen dat « er [...] duidelijk niet gewerkt [kan] worden met een limitatieve lijst van misdrijven die de informant, mits toelating van de procureur des Konings, zou mogen plegen, omdat de terroristische of criminele organisatie dan zeer snel de proef op de som zou nemen door, bij het minste vermoeden, de informant bepaalde misdrijven die niet op de lijst staan, te laten plegen » (*ibid.*, p. 36).

De wetgever kan dus enkel optreden door criteria te bepalen, maar die moeten zeer precies zijn teneinde te vermijden dat de toestemming verder gaat dan datgene wat strikt noodzakelijk is om de nagestreefde doelstelling te bereiken.

B.8.7. Allereerst is vereist dat de toestemming om misdrijven te plegen enkel wordt gegeven met het oog op het behoud van de informatiepositie van de informant, en de strafbare feiten die de informant pleegt, moeten absoluut noodzakelijk zijn voor het behoud van die positie (artikel 47*decies*, § 7, eerste lid, *in fine*).

B.8.8. Bovendien moeten die misdrijven « noodzakelijkerwijze evenredig zijn met het belang om de informatiepositie te behouden ».

B.8.9. Daarnaast moet een schriftelijke procedure worden nageleefd: de strafbare feiten die de informant toegelaten wordt te plegen, moeten schriftelijk en voorafgaandelijk aan de procureur des Konings ter kennis worden gebracht door de lokale informantenbeheerder, bedoeld in artikel 47*decies*, § 3, eerste lid, van het Wetboek van strafvordering. De procureur des Konings vermeldt de misdrijven die door de informant kunnen worden gepleegd in een afzonderlijke en schriftelijke beslissing. Hij mag daarbij geen misdrijven vermelden die zwaarder zijn dan diegene die hem voorafgaandelijk ter kennis zijn gebracht door de lokale informantenbeheerder.

De beslissing van de procureur des Konings wordt in het vertrouwelijk dossier bedoeld in artikel 47*decies*, § 6, derde lid, van het Wetboek van strafvordering bewaard.

B.8.10. Dergelijke criteria en een dergelijke procedure zijn van dien aard dat ze vermijden dat het gebruik dat van de bestreden bepaling zal worden gemaakt, de grenzen overschrijdt van wat noodzakelijk is om de nagestreefde doelstelling te bereiken.

B.8.11. Die grenzen worden daarentegen overschreden in zoverre enkel misdrijven verboden zijn die een « rechtstreekse en ernstige » schending van de fysieke integriteit van personen zouden inhouden.

Hoewel kan worden aangenomen dat de informant, als hoofdverdader, misdrijven pleegt of dat hij, op de wijzen bepaald in de artikelen 66 en 67 van het Strafwetboek, deelneemt aan misdrijven die zouden kunnen worden gepleegd door personen met wie hij in verbinding staat, kan, om de in B.8.1 uiteengezette redenen, niet worden aangenomen dat personen die noch politieambtenaren, noch burgerlijke deskundigen zijn en die nauwe banden onderhouden met het criminele milieu, de voorafgaande toestemming zouden kunnen krijgen om zelf afbreuk te doen aan de fysieke integriteit van personen.

B.8.12. Bijgevolg schendt artikel 47*decies*, § 7, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering de artikelen 10, 11 en 12 van de Grondwet.

B.8.13. Tot slot is vereist dat de informant « nauwe banden heeft met één 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 141, zoals bedoeld in de artikelen 324bis en 324ter of zoals bedoeld in artikelen 136bis, 136ter, 136quater, 136sexies, 136septies van het Strafwetboek of zoals bedoeld in artikel 90ter, § 2, 4°, 7°, 7°bis, 7°ter, 8°, 11°, 14°, 16° en 17°, op voorwaarde dat deze laatste misdrijven bedoeld in artikel 90ter, § 2, gepleegd zijn of zouden gepleegd worden in het kader van een criminele organisatie zoals bedoeld in artikel 324bis van het Strafwetboek » (artikel 47decies, § 7, eerste lid, van het Wetboek van strafvordering).

B.8.14. Die bepaling geeft op voldoende precieze wijze aan in welke omstandigheden de bestreden maatregel kan worden aangewend doordat zij verwijst naar bepalingen die betrekking hebben op terroristische misdrijven, ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht alsmede ernstige misdrijven « gepleegd [...] in het kader van een criminele organisatie zoals bedoeld in artikel 324bis van het Strafwetboek ». De wetgever is binnen de grenzen gebleven van zijn doelstelling die erin bestaat met uitzonderlijke maatregelen het terrorisme en de georganiseerde criminaliteit te bestrijden. Door de strafbare feiten die zouden kunnen worden gepleegd door personen met wie de informant nauwe banden heeft, beperkend op te sommen, voldoet de bestreden bepaling overigens aan de vereiste van voorzienbaarheid die in B.8.5 in herinnering is gebracht.

B.8.15. Hetzelfde geldt voor de verwijzing naar artikel 324ter van het Strafwetboek. Die bepaling vermeldt de strafbare handelingen of wijzen die een criminele organisatie aanwendt alsmede de voorwaarden van strafbare betrokkenheid bij een dergelijke organisatie (§ 1); zij preciseert onder welke voorwaarden de persoon strafbaar is die deelneemt aan de voorbereiding of de uitvoering van enige geoorloofde activiteit ervan (§ 2), alsmede de persoon die deelneemt « aan het nemen van welke beslissing dan ook in het raam van de activiteiten van de criminele organisatie » (§ 3). In elk geval preciseert de bepaling de straf die op het erin beschreven misdrijf van toepassing is.

B.8.16. Door op een algemene manier te verwijzen naar de strafbare feiten die een misdrijf zouden vormen « in de zin van artikel 324bis » van het Strafwetboek, eigent de bestreden bepaling zich daarentegen een onvoldoende afgebakend toepassingsgebied toe.

Artikel 324bis bepaalt :

« Met criminele organisatie wordt bedoeld iedere gestructureerde vereniging van meer dan twee personen die duurt in de tijd, met als oogmerk het in onderling overleg plegen van misdaden en wanbedrijven die strafbaar zijn met gevangenisstraf van drie jaar of een zwaardere straf, om direct of indirect vermogensvoordelen te verkrijgen.

[...] ».

B.8.17. De verwijzing naar een bepaling waarvan het toepassingsgebied zo ruim is, voldoet niet aan de vereisten die in B.8.5 in herinnering zijn gebracht. Bovendien ontleent zij aan de bestreden maatregel het uitzonderlijk karakter ervan. Tot slot maakt zij de opsomming nutteloos, die is vervat in artikel 47decies, § 7, eerste lid, van sommige van de misdrijven bedoeld in artikel 90ter, § 2, van het Wetboek van strafvordering waarvan wordt gepreciseerd dat zij « in het kader van een criminele organisatie zoals bedoeld in artikel 324bis » zijn gepleegd of zullen worden gepleegd.

B.8.18. Artikel 47decies, § 7, eerste lid, schendt de artikelen 10, 11 en 12 van de Grondwet in zoverre het op een algemene manier verwijst naar strafbare feiten die een misdrijf zouden uitmaken in de zin van artikel 324bis van het Strafwetboek.

B.8.19. Wat de ontstentenis van een strafuitsluitende verschoningsgrond betreft, kan worden aangenomen dat de wetgever een grotere voorzichtigheid aan de dag legt ten aanzien van de informant, die wordt verondersteld nauwe relaties te hebben met het criminele milieu, dan ten aanzien van politieambtenaren en burgerinfiltranten zonder banden met dat milieu. De kans kan immers groter worden geacht dat hij de grenzen van de toelating overschrijdt, door de misdrijven ook te plegen met een ander doel dan het behoud van zijn informatiepositie of door de vereiste van evenredigheid niet na te leven.

Evenwel, doordat de maatregel niet aangeeft welk gevolg de toestemming kan hebben voor de strafrechtelijke situatie van de informant, terwijl wordt bepaald dat de magistraat die toestemming verleent vrij blijft van straf (artikel 47decies, § 7, vierde lid) en dat de politieambtenaren die misdrijven plegen met de toestemming van de procureur des Konings vrij blijven van straf (artikel 47quinquies, § 2), voldoet hij niet aan de eisen van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

B.8.20. In zoverre dat artikel ten slotte de toetsing van de aanwending van artikel 47decies, § 7, niet toevertrouwt aan een onafhankelijke en onpartijdige rechter, schendt het de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. Het vertrouwelijk dossier bevat voortaan, wat de informanten betreft, elementen die een draagwijdte hebben die analoog is met die in verband met de infiltratie, wat voordien niet het geval was, zoals het Hof had opgemerkt in B.27.2 van zijn arrest nr. 202/2004. Dat dossier moet dus, wat die elementen betreft, het voorwerp uitmaken van een toetsing door een onafhankelijke en onpartijdige rechter.

B.8.21. De middelen zijn gegrond in de hiervoor aangegeven mate.

B.8.22. Artikel 47decies, § 7, van het Wetboek van strafvordering moet worden vernietigd.

B.8.23. Het staat aan de wetgever, indien hij van mening is dat hij een bepaling moet overnemen met hetzelfde onderwerp als de vernietigde bepaling :

- de informant niet toe te staan zelf de fysieke integriteit van personen te schenden (B.8.11);
- niet op algemene wijze te verwijzen naar de strafbare feiten die een misdrijf uitmaken of zouden uitmaken zoals bedoeld in artikel 324bis van het Strafwetboek (B.8.18);
- het gevolg te preciseren dat de aan de informant verleende toestemming voor de strafrechtelijke situatie van laatstgenoemde kan hebben (B.8.19);
- ervoor te zorgen dat de elementen die, in verband met de aan de informant verleende toestemming, bij het afzonderlijke dossier zijn gevoegd, bedoeld in artikel 47decies, § 6, derde lid, van het Wetboek van strafvordering, het voorwerp uitmaken van een toetsing door een onafhankelijke en onpartijdige rechter (B.8.20).

6. De rechterlijke controle op de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden (artikelen 7 tot 14, 22 tot 25 en 27)

B.9.1.1. Diverse middelen zijn gericht tegen de artikelen 9, 2° en 3°, 10, 11, 12, 13, 14, 22, 23, 24 en 25 van de wet van 27 december 2005 en betreffen de controle door de kamer van inbeschuldigingstelling op het « afzonderlijk en vertrouwelijk dossier » dat de procureur des Konings, die machtiging verleent tot een observatie, een infiltratie of een informantenerwerking, moet bijhouden (artikel 47septies, § 1, tweede lid, in het kader van de observatie, artikel 47novies, § 1, tweede lid, in het kader van de infiltratie, artikel 47decies, § 6, derde lid, in het kader van de informantenerwerking).

B.9.1.2. In zoverre de verzoekende partijen in de zaak nr. 4012 de schending aanvoeren van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 142 van de Grondwet, met de artikelen 8 en 9 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 en met het beginsel van het gezag van gewijsde, is het middel niet gegrond, nu de wetgever, door een rechterlijke controle op de bijzondere opsporingsmethoden van observatie en infiltratie te organiseren, de ongrondwettigheid heeft rechtgezet die door het arrest nr. 202/2004 werd afgekeurd.

B.9.1.3. Artikel 235^{ter} belast de kamer van inbeschuldigingstelling met de controle over de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden van observatie en infiltratie. De controle is verplicht en is gesitueerd bij het afsluiten van het opsporingsonderzoek vooraleer het openbaar ministerie tot rechtstreekse dagvaarding overgaat of op het einde van het gerechtelijk onderzoek wanneer de onderzoeksrechter zijn dossier aan de procureur des Konings overzendt krachtens artikel 127, § 1, eerste lid, van het Wetboek van strafvordering. De kamer van inbeschuldigingstelling kan die controle ook voorlopig verrichten, tijdens het gerechtelijk onderzoek, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van de onderzoeksrechter, hetzij op vordering van het openbaar ministerie (artikel 235^{quater} van hetzelfde Wetboek). Die controle kan eveneens worden gelast door het vonnisgerecht (artikel 189^{ter} van hetzelfde Wetboek), of door de voorzitter van het hof van assisen (artikel 335^{bis} van hetzelfde Wetboek) wanneer, na de controle door de kamer van inbeschuldigingstelling, nieuwe en concrete elementen aan het licht zijn gekomen die zouden kunnen wijzen op het bestaan van een onregelmatigheid met betrekking tot die bijzondere opsporingsmethoden.

Nu de controle op de beide bijzondere opsporingsmethoden van observatie en infiltratie op identieke wijze wordt geregeld, dient het Hof bij het beantwoorden van de middelen geen onderscheid te maken naargelang alleen de observatie dan wel ook de infiltratie wordt beoogd.

B.9.2. Met de invoeging van de artikelen 235^{ter}, 235^{quater}, 189^{ter} en 335^{bis} in het Wetboek van strafvordering heeft de wetgever rekening willen houden met het arrest nr. 202/2004. In dat arrest heeft het Hof vastgesteld dat « mogelijke onwettigheden waardoor de aanwending van de observatie of de infiltratie zijn aangetast en die uitsluitend zouden blijken uit de stukken vervat in het vertrouwelijk dossier, niet het voorwerp kunnen uitmaken van een controle door een onafhankelijke en onpartijdige rechter, en dat *a fortiori* die onwettigheden niet kunnen worden afgekeurd » (B.27.9). Het Hof heeft geoordeeld dat « de controle op de wettigheid van de aanwending van bepaalde bijzondere opsporingsmethoden ontoereikend is om na te gaan of de erdoor veroorzaakte inmenging in de grondrechten verantwoord is, en of niet op onevenredige wijze afbreuk wordt gedaan aan de vereisten van een eerlijk proces, gewaarborgd in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens » (B.28).

B.9.3. Ofschoon de bestrijding van bepaalde vormen van criminaliteit de aanwending van bepaalde bijzondere opsporingsmethoden die noodzakelijkerwijze een inmenging in bepaalde grondrechten tot gevolg hebben, kan rechtvaardigen, dient de wetgever niettemin erover te waken dat bij de rechterlijke controle op de aanwending van die methoden het recht op een eerlijk proces wordt gevrijwaard. Het Hof onderzoekt hierna de verschillende grieven die door de verzoekende partijen zijn geformuleerd.

a) *De onmogelijkheid voor de inverdenkinggestelde en de burgerlijke partij om het vertrouwelijk dossier te raadplegen*

B.9.4.1. Volgens de verzoekende partijen schenden de bestreden bepalingen de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, doordat bij de controle door de kamer van inbeschuldigingstelling op de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden van observatie en infiltratie, aan de burgerlijke partij en de inverdenkinggestelde geen inzage wordt verleend in het vertrouwelijk dossier, terwijl de regelmatigheid van andere opsporingsmethoden, hetzij voor de onderzoeksgerechten, hetzij voor de vonnisgerechten, kan worden betwist aan de hand van alle stukken van het strafdossier.

B.9.4.2. De artikelen 47^{septies} en 47^{novies} van het Wetboek van strafvordering bepalen dat de procureur des Konings, die machtiging verleent tot een observatie of een infiltratie, of die uitvoert, « een afzonderlijk en vertrouwelijk » dossier moet bijhouden.

In verband met de observatie en de infiltratie bevat het vertrouwelijk dossier de machtiging van de procureur des Konings of van de onderzoeksrechter om die methoden aan te wenden, een machtiging waarin de aanwijzingen worden vermeld die verantwoord zijn dat een beroep wordt gedaan op die methode, de redenen waarom die methode onontbeerlijk is, de naam of de beschrijving van de beoogde personen, de wijze waarop de methode zal worden uitgevoerd, de periode tijdens welke zij kan worden uitgevoerd en de naam en de hoedanigheid van de officier van gerechtelijke politie die de operatie leidt (artikelen 47^{sexies}, § 3, en 47^{octies}, § 3). Het vertrouwelijk dossier bevat ook de door de procureur des Konings aan de politieambtenaren toegekende machtigingen om strafbare feiten te plegen tijdens de uitvoering van de opsporingsmethode (artikelen 47^{sexies}, § 4, en 47^{octies}, § 4), de beslissingen tot wijziging, aanvulling of verlenging (artikelen 47^{septies}, § 2, en 47^{novies}, § 2) en de aan de procureur des Konings door de officier van gerechtelijke politie uitgebrachte verslagen over elke fase van de uitvoering van de methode (artikelen 47^{septies}, § 1, en 47^{novies}, § 1).

B.9.4.3. Het bestaan van een vertrouwelijk dossier impliceert niet dat het strafdossier geen gegevens zou bevatten betreffende het inzetten van de bijzondere opsporingsmethoden van observatie en infiltratie.

De officier van gerechtelijke politie die de tenuitvoerlegging van de observatie of de infiltratie leidt, is immers ermeest belast een proces-verbaal op te stellen over de verschillende fasen van de tenuitvoerlegging daarvan, zonder daarbij evenwel elementen te vermelden die de aangewende technische middelen en onderzoekstechnieken, alsmede de waarborg van de veiligheid en de anonimiteit van de betrokken informanten en politieambtenaren in het gedrang kunnen brengen. Bovendien moet in het proces-verbaal worden verwezen naar de machtiging tot aanwending van de observatie of de infiltratie en moeten de in artikel 47^{sexies}, § 3, 1^o, 2^o, 3^o en 5^o (in geval van observatie) en de in artikel 47^{octies}, § 3, 1^o, 2^o, 3^o en 5^o (in geval van infiltratie) bedoelde vermeldingen worden opgenomen. Die vermeldingen zijn de ernstige aanwijzingen van het strafbaar feit die de observatie of infiltratie wettigen, de redenen waarom het gebruik van die methode onontbeerlijk is om de waarheid aan het licht te brengen, de naam of beschrijving van de persoon of personen waarop de methode betrekking heeft en de periode tijdens welke de observatie of infiltratie kan worden uitgevoerd.

De bedoelde processen-verbaal worden, samen met de schriftelijke beslissing waarbij de procureur des Konings of de onderzoeksrechter het bestaan van de door hem verleende machtiging tot observatie of infiltratie bevestigt, bij het strafdossier gevoegd, na het beëindigen van de observatie of de infiltratie (artikelen 47^{septies}, § 2, en 47^{novies}, § 2).

B.10. Bij de controle voorgeschreven bij artikel 235^{ter} van het Wetboek van strafvordering, legt het openbaar ministerie aan de magistraten van de kamer van inbeschuldigingstelling het vertrouwelijk dossier voor. De burgerlijke partij of de inverdenkinggestelde hebben geen recht om het vertrouwelijk dossier in te zien. De onderzoeksrechter heeft een inzage recht wanneer hij zelf een machtiging tot observatie heeft gegeven of wanneer een gerechtelijk onderzoek wordt gevorderd in een zaak waarin reeds een observatie of infiltratie heeft plaatsgevonden.

B.11.1. De rechten van de verdediging en het recht op een eerlijk proces zijn fundamenteel in een rechtsstaat. Het beginsel van de wapengelijkheid tussen de vervolgende partij en de verdediging, alsook het contradictoair karakter van het proces, met inbegrip van de procedure, zijn fundamentele elementen van het recht op een eerlijk proces. Het recht op een strafproces op tegenspraak houdt in dat zowel de vervolgende partij als de verdediging de mogelijkheid moeten hebben kennis te nemen van en te antwoorden op de opmerkingen en bewijselementen van de andere partij. Hieruit vloeit eveneens de verplichting voor de vervolgende partij voort om in beginsel alle bewijselementen aan de verdediging mee te delen.

Het recht om kennis te nemen van alle bewijselementen van de vervolgende partij is evenwel niet absoluut. In sommige strafrechtelijke procedures kunnen tegenstrijdige belangen aanwezig zijn, zoals de nationale veiligheid, de noodzaak om getuigen af te schermen of onderzoeksmethoden geheim te houden, die dienen te worden afgewogen tegen de rechten van de beklaagde. In sommige gevallen kan het noodzakelijk zijn om bepaalde bewijselementen geheim te houden voor die partij teneinde de fundamentele rechten van andere personen of een behartenswaardig algemeen belang te vrijwaren.

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 (EHRM, 22 juli 2003 en 27 oktober 2004, *Edwards en Lewis t. Verenigd Koninkrijk*).

B.11.2. De doelstelling om de bescherming te verzekeren van de fysieke integriteit van personen die deelnemen aan de bijzondere opsporingsmethoden, is legitiem en is dermate belangrijk dat zij verantwoordt dat hun anonimiteit ten aanzien van de procespartijen en het publiek volkomen wordt gewaarborgd. De noodzaak om de doeltreffendheid van de toegepaste methoden te waarborgen voor de toekomst door bepaalde technieken te verhullen, kan eveneens verantwoordt dat zij een vertrouwelijk karakter hebben.

B.12.1. Zoals vermeld in B.9.2, heeft het Hof in het arrest nr. 202/2004 evenwel geoordeeld dat afbreuk wordt gedaan aan de vereisten van een eerlijk proces wanneer het vertrouwelijk dossier niet het voorwerp kan uitmaken van een controle door een onafhankelijke en onpartijdige rechter.

Met artikel 235ter van het Wetboek van strafvordering beoogt de wetgever een volledig en daadwerkelijk onderzoek van de wettigheid van de bijzondere opsporingsmethoden van observatie en infiltratie te waarborgen, zonder daarbij evenwel het noodzakelijk geheim karakter van bepaalde informatie in het vertrouwelijk dossier prijs te geven.

B.12.2. De gegevens die niet voor de partijen ter inzage zijn, werden door de wetgever strikt en beperkend omschreven. De wet zou niet kunnen worden omzeild door in het vertrouwelijk dossier stukken op te nemen die zich in het strafdossier moeten bevinden (*Parl. St.*, Kamer, 2005-2006, DOC 51-2055/005, pp. 32, 36 en 66). De gegevens van het vertrouwelijk dossier kunnen niet als bewijs worden gebruikt ten nadele van de in verdenking gestelde (*ibid.*, pp. 66-67).

B.12.3. Enkel de inlichtingen die van dien aard zijn dat zij de bescherming van de uitvoerders en de aanwending zelf van de opsporingsmethoden in het gedrang kunnen brengen, worden aan inzage door de verdediging onttrokken. Hieronder moet worden begrepen de informatie betreffende de misdrijven die de politiediensten en de personen bedoeld in artikel 47quinquies § 2, derde lid, van het Wetboek van strafvordering gemachtigd zijn te plegen in het kader van de observatie (artikel 47sexies, §§ 4 en 7) of de infiltratie (artikel 47octies, §§ 4 en 7), daar die informatie van dien aard is dat zij de identiteit en de veiligheid van de betrokken personen en de aanwending zelf van de opsporingsmethode in het gedrang kan brengen.

Alle andere informatie over de aanwending en de uitvoering van die opsporingsmethoden moet worden opgenomen in het strafdossier, dat bij de rechtspleging van artikel 235ter van het Wetboek van strafvordering voor de burgerlijke partij en de in verdenking gestelde ter inzage ligt. Dat dossier bevat inlichtingen over de aanwending en de aard van de gebruikte opsporingsmethoden, de redenen die dat gebruik verantwoordt en de verschillende fasen van de uitvoering ervan. De partijen hebben kennis van de volledige uitvoering van de gemachtigde bijzondere opsporingstechnieken van observatie en infiltratie en, in tegenstelling met wat sommige verzoekende partijen beweren, zal de in verdenking gestelde het verbod om provocatie aan te wenden, voorgeschreven bij artikel 30 van de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering, kunnen aanvoeren.

In het geval waarin de kamer van inbeschuldigingstelling de onderzoeksrechter hoort en deze inzage heeft in het vertrouwelijk dossier, beschikken de partijen over de waarborg dat de onderzoeksrechter, die het onderzoek *à charge* en *à décharge* voert, waakt over de wettigheid van de bewijsmiddelen en de loyaliteit waarmee ze worden verzameld.

B.12.4. De wil van de wetgever om de zware criminaliteit doeltreffend te bestrijden en de noodzaak om daartoe bepaalde gevoelige gegevens geheim te houden, zouden in het gedrang worden gebracht indien, bij dat soort van criminaliteit, de in verdenking gestelden, bij de controle van het vertrouwelijk dossier door de kamer van inbeschuldigingstelling, toegang zouden kunnen hebben tot dat dossier. Het is niet onredelijk een rechtspleging te organiseren die verschilt van die waarvoor de geheimhouding niet noodzakelijk is en waarin de partijen inzage kunnen hebben in alle stukken van het strafdossier.

B.12.5. In zoverre zij voor de burgerlijke partij en de in verdenking gestelde de onmogelijkheid bekritisieren om het vertrouwelijk dossier te raadplegen in het kader van de controle door de kamer van inbeschuldigingstelling op de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie, zijn de middelen niet gegrond.

b) *De betwiste onpartijdigheid van de kamer van inbeschuldigingstelling*

B.13.1. De verzoekende partijen bekritisieren vervolgens de toekenning van de controle over het vertrouwelijk dossier aan de kamer van inbeschuldigingstelling terwijl dat onderzoeksgerechtigd in een latere fase, en mogelijk in dezelfde samenstelling, zal moeten oordelen over de regeling van de rechtspleging, en terwijl het zal beslissen met kennis van het vertrouwelijk dossier en dus met kennis van elementen waarover de partijen niet beschikken en waarover geen tegensprekelijk debat heeft plaatsgevonden.

B.13.2. De keuze om de controle over de regelmatigheid van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie toe te vertrouwen aan de kamer van inbeschuldigingstelling werd door de wetgever als volgt verantwoordt :

« Zoals gezegd is het de betrachting van het wetsontwerp aan de gerezen situatie te remediëren door de kamer van inbeschuldigingstelling aan te duiden als de onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie belast met de controle van de aanwending van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie.

De wetgever legde trouwens vroeger reeds in de artikelen 136, 136bis, 235 en 235bis van het Wetboek van Strafvordering, die de kamer van inbeschuldigingstelling een cruciale rol toebedelen in het toezicht op de gerechtelijke onderzoeken, de kiem voor deze nieuwe rol die de kamer van inbeschuldigingstelling in de toekomst in het kader van de controle en het toezicht over de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden zal vervullen. De keuze voor de kamer van inbeschuldigingstelling als onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke controle-instantie is dan ook logisch en voor de hand liggend » (*Parl. St.*, Kamer, 2005-2006, DOC 51-2055/001, pp. 54 en 55).

B.13.3. De gegevens die aan inzage door de verdediging worden onttrokken, zijn door de wetgever strikt en beperkend omschreven. De informatie met betrekking tot de aanwending en de uitvoering van de observatie en de infiltratie, met uitzondering van de gevoelige gegevens, bevindt zich in het strafdossier, dat zowel in het kader van de rechtspleging van artikel 235ter van het Wetboek van strafvordering als bij de regeling van de rechtspleging wel voor de partijen ter inzage ligt.

Het feit dat de verdediging gegevens uit het vertrouwelijk dossier waarvan de kamer van inbeschuldigingstelling kennis heeft genomen niet kan raadplegen, kan niet leiden tot gewettigde twijfel omtrent de onpartijdigheid van dat rechtscollege bij de regeling van de rechtspleging.

B.13.4. Het eerlijk karakter van een proces moet worden onderzocht rekening houdend met het hele verloop van de procedure. De controle van het vertrouwelijk dossier door de kamer van inbeschuldigingstelling wordt uitgeoefend in de voorbereidende procesfase, voordat de zaak aanhangig wordt gemaakt bij de vonnisgerechten, die zelf geen inzage krijgen in het vertrouwelijk dossier en dus op dat gebied niet anders worden behandeld dan de partijen. Die rechtscolleges zullen dus niet oordelen op grond van gegevens waarvan zij wel en de partijen geen kennis hebben, zodat geen afbreuk wordt gedaan aan de vereisten van het eerlijk proces.

B.13.5. In zoverre de middelen de onpartijdigheid van de kamer van inbeschuldigingstelling in twijfel trekken, zijn ze ongegrond.

c) Het afzonderlijk horen van de partijen en het niet-contradictoir karakter van de rechtspleging

B.14.1. Volgens de verzoekende partijen tast artikel 235ter van het Wetboek van strafvordering de rechten van de verdediging aan doordat, bij de rechtspleging voor de kamer van inbeschuldigingstelling, de partijen afzonderlijk worden gehoord.

B.14.2. Volgens artikel 235ter, § 2, van het Wetboek van strafvordering hoort de kamer van inbeschuldigingstelling, afzonderlijk en buiten de aanwezigheid van de partijen, de opmerkingen van de procureur-generaal. Ze hoort op dezelfde wijze de burgerlijke partij en de in verdenking gestelde, na kennisgeving die hun uiterlijk achtenveertig uur vóór de zitting wordt gedaan en waarbij hun ter kennis wordt gebracht dat het strafdossier tijdens die periode op de griffie ter inzage ligt.

De kamer van inbeschuldigingstelling kan ook de onderzoeksrechter horen. Wanneer de onderzoeksrechter de machtiging tot observatie verleende of wanneer een gerechtelijk onderzoek wordt gevoerd in een zaak waarin reeds een observatie of infiltratie heeft plaatsgehad, heeft de onderzoeksrechter inzage in het vertrouwelijk dossier (artikel 56bis van het Wetboek van strafvordering).

Ten slotte kan de kamer van inbeschuldigingstelling de officier van gerechtelijke politie die de leiding heeft over de uitvoering van de bijzondere opsporingsmethoden, afzonderlijk en buiten de aanwezigheid van de partijen horen of de onderzoeksrechter gelasten de politieambtenaren die met de uitvoering van de bijzondere opsporingsmethoden zijn belast, en de burgerlijke deskundige te horen met toepassing van de artikelen 86bis en 86ter van het Wetboek van strafvordering en beslissen bij dat verhoor aanwezig te zijn of één van haar leden daartoe af te vaardigen.

B.14.3. Artikel 235ter van het Wetboek van strafvordering verplicht de kamer van inbeschuldigingstelling tot controle over de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden van observatie en infiltratie bij het afsluiten van het opsporingsonderzoek vooraleer het openbaar ministerie tot rechtstreekse dagvaarding overgaat of op het einde van het gerechtelijk onderzoek wanneer de onderzoeksrechter zijn dossier aan de procureur des Konings verzendt krachtens artikel 127, § 1, eerste lid, van het Wetboek van strafvordering. De controle is dus in beginsel gesitueerd op het einde van het opsporingsonderzoek of het gerechtelijk onderzoek, vermits het in zijn voorbereidende fase principieel inquisitoriaal en geheim is.

B.14.4. De wetgever kon van oordeel zijn dat een effectieve controle van het vertrouwelijk dossier door de kamer van inbeschuldigingstelling vereist dat zij kan overgaan tot de hoorzittingen vermeld in B.14.2. Teneinde de vertrouwelijkheid van de gevoelige gegevens veilig te stellen is het gerechtvaardigd dat een dergelijk onderzoek kan plaatsvinden in afwezigheid van de partijen.

Hoewel het debat voor de kamer van inbeschuldigingstelling niet contradictoir is, biedt de wet de waarborg dat alle betrokken partijen worden gehoord zodat het onderzoeksgerecht zo volledig mogelijk wordt geïnformeerd alvorens te beslissen. Aangezien de partijen de mogelijkheid hebben om vooraf inzage te hebben in het strafdossier, dat met uitzondering van de gevoelige gegevens alle informatie over de aangewende opsporingsmethoden bevat, kunnen zij een nuttig verweer voeren (vgl. EHRM, 16 februari 2000, *Jasper t. Verenigd Koninkrijk*, §§ 55 en 56).

B.14.5. In zoverre de controle bedoeld in artikel 235ter van het Wetboek van strafvordering betrekking heeft op het vertrouwelijk dossier, en rekening houdend met het feit dat de stukken uit het vertrouwelijk dossier niet als bewijs kunnen worden gebruikt, worden de rechten van de verdediging niet op onevenredige wijze aangetast doordat de partijen afzonderlijk worden gehoord.

d) De termijn voor inzage in het strafdossier

B.14.6. Vergeleken met de termijnen die van toepassing zijn bij andere verschijningen voor de onderzoeksgerechten, blijkt niet dat de termijn van achtenveertig uur voorgeschreven in artikel 235ter, § 2, derde lid, van het Wetboek van strafvordering, waarover de partijen beschikken om het strafdossier in te zien, als onevenredig kort kan worden beschouwd.

e) De procedure voor controle, door de kamer van inbeschuldigingstelling, van het vertrouwelijk dossier en van het strafdossier

B.15.1. De rechtspleging van artikel 235ter van het Wetboek van strafvordering sluit niet uit dat de kamer van inbeschuldigingstelling na de controle van het vertrouwelijk dossier overgaat tot de controle van de regelmatigheid van de aanwending van de bijzondere opsporingsmethoden van observatie en infiltratie aan de hand van het strafdossier. Met name kan ze daartoe worden gebracht wanneer na de controle van het vertrouwelijk dossier, op grond van artikel 235ter, § 5, wordt gehandeld overeenkomstig artikel 235bis, §§ 5 en 6.

B.15.2. Volgens de verzoekende partijen schendt artikel 235ter van het Wetboek van strafvordering de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het recht op een eerlijk proces indien die bepaling zo wordt geïnterpreteerd dat alsdan over het strafdossier geen procedure op tegenspraak wordt gevoerd, terwijl in de gevallen waarin de kamer van inbeschuldigingstelling, met toepassing van artikel 235bis van het Wetboek van strafvordering, uitspraak doet over de regelmatigheid van de aanwending van andere opsporingsmethoden en over de regelmatigheid van de rechtspleging in haar geheel, een contradictoir debat dat betrekking heeft op de elementen van het strafdossier wordt georganiseerd.

B.15.3. Een dergelijke interpretatie is niet bestaanbaar met de tekst van de artikelen 235, 235bis en 235ter van het Wetboek van strafvordering. Artikel 235ter staat het afzonderlijk horen van de partijen slechts toe wanneer de controle betrekking heeft op de inhoud van het vertrouwelijk dossier.

B.15.4. Indien, ter gelegenheid van de controle van het vertrouwelijk dossier die zij op grond van artikel 235ter uitvoert, de kamer van inbeschuldigingstelling beslist over te gaan tot een onderzoek van de regelmatigheid van de haar voorgelegde procedure met inbegrip van de wettigheid en de regelmatigheid van de observatie en infiltratie aan de hand van het strafdossier, dient zij de heropening van de debatten te bevelen, met toepassing van artikel 235bis, § 3, en het contradictoir karakter in acht te nemen van de rechtspleging bedoeld in paragraaf 4 van hetzelfde artikel, volgens hetwelk zij « in openbare terechtzitting indien ze op verzoek van een partij daartoe besluit, de opmerkingen van de procureur-generaal, de burgerlijke partij en de inverdenkinggestelde » hoort (Cass., 31 oktober 2006, P.06.0841.N en P.06.0898.N, en Cass., 5 december 2006, P.06.1232.N).

B.15.5. De middelen die het niet-contradictoir karakter van de rechtspleging voor de kamer van inbeschuldigingstelling en de termijn waarover de partijen beschikken om hun verweer voor te bereiden, bekritisieren, zijn niet gegrond.

f) *De ontstentenis van een beroep tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling*

B.16.1. De partijen voeren ook aan dat artikel 235ter, § 6, van het Wetboek van strafvordering de rechten van de verdediging schendt doordat het bepaalt dat tegen de controle van het vertrouwelijk dossier door de kamer van inbeschuldigingstelling geen rechtsmiddel openstaat. Aldus zou zonder verantwoording een verschil in behandeling worden ingesteld in vergelijking met andere procedures, zoals die van artikel 235bis van het Wetboek van strafvordering, waarin tegen de beslissing van de kamer van inbeschuldigingstelling over de regelmatigheid van de strafprocedure wel cassatieberoep mogelijk is.

B.16.2. De artikelen 407, 408, 409 en 413 van het Wetboek van strafvordering laten cassatieberoep toe tegen elk eindarrest of eindvonnis. Overeenkomstig artikel 416, eerste lid, van het Wetboek van strafvordering staat beroep in cassatie tegen voorbereidende arresten en arresten van onderzoek of tegen in laatste aanleg gewezen vonnissen van dezelfde soort eerst open na het eindarrest of het eindvonnis. Artikel 416, tweede lid, laat bij uitzondering in een beperkt aantal gevallen onmiddellijk cassatieberoep toe tegen een arrest of een vonnis dat geen eindarrest of eindvonnis is. Tot die uitzonderingen behoren onder meer de beslissingen van de kamer van inbeschuldigingstelling met toepassing van artikel 235bis van het Wetboek van strafvordering over de regelmatigheid van de strafprocedure.

B.16.3. Door te bepalen dat « tegen de controle van het vertrouwelijk dossier door de kamer van inbeschuldigingstelling [...] geen rechtsmiddel open », beperkt artikel 235ter, § 6, zich niet ertoe de regel toe te passen volgens welke het cassatieberoep slechts open zal staan na het definitief arrest of vonnis. Het sluit uit dat zelfs een cassatieberoep dat wordt ingesteld na een definitief arrest of vonnis, betrekking zal kunnen hebben op de door de kamer van inbeschuldigingstelling uitgeoefende controle van het vertrouwelijk dossier op het einde van het opsporings- of gerechtelijk onderzoek.

Een dergelijke afwijking van de in B.16.2 in herinnering gebrachte regels kan enkel worden aangenomen indien het redelijkerwijze verantwoord is een categorie van personen de mogelijkheid om een beroep voor het Hof van Cassatie in te stellen, te ontzeggen.

B.16.4. De uitsluiting van het cassatieberoep tegen de arresten gewezen met toepassing van artikel 235ter van het Wetboek van strafvordering werd verantwoord door het noodzakelijk geheim karakter van de gegevens vervat in het vertrouwelijk dossier, die uitsluitend het voorwerp kunnen zijn van de controle door de magistraten van de kamer van inbeschuldigingstelling (*Parl. St.*, Kamer, 2005-2006, DOC 51-2055/001, p. 63).

Een dergelijke bekommernis zou kunnen verantwoorden dat enkel de magistraten van het Hof van Cassatie het recht zouden hebben om het vertrouwelijk dossier te raadplegen en dat de voorzitter van de kamer waarbij de zaak aanhangig is gemaakt, de noodzakelijke maatregelen zou dienen te nemen teneinde de bescherming van het vertrouwelijk dossier te verzekeren zoals, wat betreft de procedure voor de kamer van inbeschuldigingstelling, artikel 235ter, § 3, daarin voorziet. Door echter elk beroep tegen de controle van het vertrouwelijk dossier uit te sluiten is de wetgever verder gegaan dan datgene wat noodzakelijk was om de geheimhouding van de in dat dossier vervatte gevoelige gegevens te waarborgen.

B.16.5. De bekritiseerde maatregel wordt verantwoord door een vergelijking « met de toestand die wordt teweege gebracht door de wet van 8 april 2002 inzake de anonimiteit van de getuigen », waarbij het Hof van Cassatie « geen direct toezicht [kan] uitoefenen op de naleving van de voorschriften van art. 156 van het Wetboek van strafvordering, of op het feit dat de getuige een persoon is die ontzet is uit het recht om te getuigen of een minderjarige beneden de vijftien jaar oud zou betreffen, die bijgevolg de eed niet mogen afleggen », aangezien die identiteitsgegevens ingeschreven zijn in een geheim of vertrouwelijk register dat « uiteraard onder het beroepsgeheim [valt] en [...] nooit bij het strafdossier [kan] gevoegd worden » en dat « bijgevolg niet aan het Hof van Cassatie [kan] worden meegedeeld » (*ibid.*).

De verantwoording van een maatregel kan niet voortvloeien uit het feit dat een soortgelijke maatregel is genomen in een andere aanleg die niet vergelijkbaar is. De maatregelen van infiltratie en observatie kunnen een inmenging vormen in het recht op de eerbiediging van het privéleven en de woning, die worden gewaarborgd door grondwettelijke en verdragsrechtelijke normen waaraan het Hof van Cassatie, zelfs ambtshalve, rechterlijke beslissingen vermag te toetsen, wat veronderstelt dat het toegang heeft tot de vertrouwelijke gegevens. Bovendien moeten die maatregelen voldoen aan de vereisten van evenredigheid en subsidiariteit, vermeld in de artikelen 47sexies, § 2, en 47octies, § 2, van het Wetboek van strafvordering, wat deel uitmaakt van de wettigheidscontrole die het Hof van Cassatie moet uitoefenen.

B.16.6. Voorts wordt aangevoerd dat de bescherming van het vertrouwelijk dossier een hoger belang is en dat geen enkel risico mag worden genomen, vermits met name het leven van de infiltranten op het spel staat.

Aangezien elke magistraat gehouden is tot het beroepsgeheim, is het niet verantwoord dat aan het Hof van Cassatie de toegang wordt geweigerd tot een dossier dat wordt gecontroleerd door de kamer van inbeschuldigingstelling, aangezien de vertrouwelijkheid van dat dossier op dezelfde wijze kan worden gewaarborgd in de beide rechtscolleges.

B.16.7. In de memorie van toelichting bij de bestreden wet werd tevens aangedrongen op de « verregaande procedurele garanties [...] die het recht op een eerlijk proces moeten veilig stellen tijdens de behandeling voor de kamer van inbeschuldigingstelling op basis van artikel 235ter van het Wetboek van strafvordering » (*ibid.*, p. 82; *Parl. St.*, Senaat, 2005-2006, 3-1491/3, p. 17).

B.16.8. De omstandigheid dat in verregaande waarborgen wordt voorzien tijdens de door de kamer van inbeschuldigingstelling uitgevoerde controle, kan niet verantwoorden dat de wettigheidscontrole door het Hof van Cassatie wordt uitgesloten die inzonderheid betrekking moet hebben op de inachtneming van die waarborgen.

B.16.9. Er wordt tevens aangevoerd dat het Hof van Cassatie toezicht uitoefent op de juridische gevolgen van de controle van de kamer van inbeschuldigingstelling wanneer bij het Hof van Cassatie een zaak wordt aanhangig gemaakt met toepassing van artikel 235bis. Dat toezicht stelt het Hof van Cassatie echter niet in staat kennis te nemen van gegevens waarvan het onderzoek de kamer van inbeschuldigingstelling vermocht ertoe te brengen tot de wettigheid of de onwettigheid van de bekritiseerde maatregelen te besluiten.

B.16.10. Ten slotte wordt betoogd dat de beslissing van de kamer van inbeschuldigingstelling niet definitief is en dat de feitenrechter, met toepassing van de artikelen 189^{ter} en 335^{bis} van het Wetboek van strafvordering, de kamer van inbeschuldigingstelling zal kunnen gelasten de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden van observatie en infiltratie opnieuw te controleren, met toepassing van artikel 235^{ter}.

Die mogelijkheid, waarin enkel wordt voorzien in het geval waarin concrete gegevens « aan het licht zijn gekomen na de controle van de kamer van inbeschuldigingstelling », staat niet gelijk met de wettigheidscontrole die het Hof van Cassatie in strafzaken uitoefent.

B.16.11. Uit wat voorafgaat vloeit voort dat artikel 235^{ter}, § 6, een verschil in behandeling invoert dat niet redelijkerwijze is verantwoord. Die bepaling dient te worden vernietigd.

g) *De aangevoerde ontstentenis van sancties voor de nietigheden*

B.16.12. Wanneer de kamer van inbeschuldigingstelling een onregelmatigheid, een verzuim, of een nietigheid, bedoeld in artikel 131, § 1, of een grond van niet-ontvankelijkheid of verval van de strafvordering vaststelt, spreekt zij de nietigheid uit van de handeling die erdoor is aangetast en van een deel of het geheel van de erop volgende rechtspleging (artikel 235^{ter}, § 5, en artikel 235^{bis}, §§ 5 en 6, van het Wetboek van strafvordering) : de nietig verklaarde stukken worden uit het dossier verwijderd en neergelegd ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg na het verstrijken van de termijn van het cassatieberoep.

Die bepalingen leggen aan de kamer van inbeschuldigingstelling de verplichting op om onregelmatigheden te bestraffen die des te erger zijn daar zij betrekking hebben op onderzoeksmethoden die een inmenging vormen in de fundamentele rechten en vrijheden, zoals vermeld in B.3.2.

De verzoekende partijen doen echter gelden dat, overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Cassatie (Cass., 14 oktober 2003, P.03.0762.N, 23 maart 2004, P.04.0012.N, en 2 maart 2005, P.04.1644.F), door de kamer van inbeschuldigingstelling vastgestelde weglatingen of onregelmatigheden, niet eraan in de weg staan dat zij de verdachte naar de feitenrechter verwijst. Deze zou immers kunnen oordelen dat die weglatingen of onregelmatigheden geen schending inhouden van een op straffe van nietigheid voorgeschreven formaliteit, niet het recht op een eerlijk proces in het gedrang brengen en de betrouwbaarheid van de bewijzen niet aantasten.

Een dergelijke argumentatie is niet tegen de bestreden bepalingen gericht maar wel tegen een rechtspraak van de kamers van inbeschuldigingstelling en van het Hof van Cassatie.

Het Hof is niet bevoegd om de wettigheid te beoordelen van de uitvoering die aan een wetsbepaling wordt gegeven door de rechtscolleges die belast zijn met de toepassing ervan.

h) *De ontstentenis van controle op de bijzondere opsporingsmethoden in geval van seponering, wanneer zij zijn toegepast in het kader van de strafuitvoering en in geval van een beroep op informanten*

B.17.1. De ontstentenis van controle op de bijzondere opsporingsmethoden door een onafhankelijke en onpartijdige rechter wanneer zij zijn aangewend in het kader van de strafuitvoering is onderzocht in B.7. De ontstentenis van controle in geval van een beroep op informanten is onderzocht in B.8.

B.17.2. Het Hof dient te onderzoeken of de bestreden bepalingen een schending inhouden van de artikelen 10, 11, 15 en 22 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 6 en 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met de artikelen 14 en 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, in zoverre zij niet voorzien in een controle door een onafhankelijke en onpartijdige rechter wanneer het openbaar ministerie, na het gebruik van bijzondere opsporingsmethoden, beslist de zaak te seponeren.

B.17.3. Overeenkomstig artikel 47^{undecies}, eerste lid, van het Wetboek van strafvordering, zoals ingevoegd bij artikel 14 van de wet van 27 december 2005, zendt de procureur des Konings minstens om de drie maanden alle dossiers waarin hij toepassing heeft gemaakt van de bijzondere opsporingsmethoden van observatie en infiltratie en waarin hij heeft besloten niet tot vervolging over te gaan, over aan de procureur-generaal teneinde deze in staat te stellen een controle uit te oefenen op de wettigheid van de gebruikte methoden. De procureur-generaal maakt een verslag op van die controle. Dat verslag wordt overgezonden aan het college van procureurs-generaal, dat de algehele evaluatie en de statistische gegevens met betrekking tot die verslagen opneemt in zijn jaarverslag bedoeld in artikel 143^{bis}, § 7, van het Gerechtelijk Wetboek (artikel 47^{undecies}, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering).

Ook voor de federale procureur is in een soortgelijke verslaggeving voorzien (artikel 47^{undecies}, derde lid, van het Wetboek van strafvordering).

B.17.4. Artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens waarborgt de naleving van de rechten van de verdediging en de eerlijke behandeling van de zaak van elke rechtzoekende. Wanneer, vóór de strafvervolging (EHRM, 24 november 1993, *Imbrioscia t. Zwitserland*), opsporingsmethoden worden toegepast die afbreuk doen aan de grondrechten, houden die beginselen de waarborg in dat een daadwerkelijke rechterlijke controle wordt uitgeoefend op die toepassing. De ontstentenis van een dergelijke controle op de toepassing van de opsporings- en onderzoeksmethoden aan de hand waarvan de vervolgende partij elementen kan verzamelen die tijdens het proces zullen worden voorgesteld *à charge*, is immers van dien aard dat het eerlijke karakter van het proces ernstig in het gedrang kan worden gebracht.

B.17.5. De juridische context is evenwel anders wanneer de procureur des Konings overeenkomstig artikel 28^{quater} van het Wetboek van strafvordering beslist om geen vervolging in te stellen. Zolang het openbaar ministerie niet op die beslissing terugkomt, is er niet langer sprake van een strafvervolging in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en van artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

B.17.6. Weliswaar kan het gebruik van bijzondere opsporingsmethoden ten aanzien van personen die uiteindelijk niet worden vervolgd, een inmenging betekenen in het recht op eerbiediging van hun privéleven, van hun woning of van hun briefgeheim of op een andere wijze aan die personen schade toebrengen.

B.17.7. Zolang de elementen die worden verzameld dankzij de opsporingstechnieken geen enkel gevolg hebben voor de situatie van de personen ten aanzien van wie zij zijn aangewend, kan echter worden aanvaard dat het vertrouwelijk dossier enkel het voorwerp dient uit te maken van de in B.17.3 beschreven controles.

B.17.8. Wat betreft de ontstentenis van een jurisdictionele toetsing van de bijzondere opsporingsmethodes van observatie en infiltratie in de geseponeerde dossiers, is het middel niet gegrond.

7. *De rechtspleging voor het hof van assisen*

B.18.1. Het Hof dient verder nog te onderzoeken of artikel 335^{bis} van het Wetboek van strafvordering, zoals ingevoegd bij artikel 25 van de wet van 27 december 2005, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt in zoverre het aan de voorzitter van het hof van assisen toekomt de kamer van inbeschuldigingstelling te gelasten de controle over de bijzondere opsporingstechnieken nogmaals uit te oefenen met toepassing van artikel 235^{ter} van het Wetboek van strafvordering en niet aan de voorzitter en de assessoren van dat hof samen, zoals dit het geval is voor andere juridische betwistingen in de assisenprocedure.

B.18.2. Artikel 335bis van het Wetboek van strafvordering geeft aan de voorzitter van het hof van assisen de mogelijkheid om de kamer van inbeschuldigingstelling nogmaals te gelasten haar controle op de bijzondere opsporingsmethoden uit te oefenen met toepassing van artikel 235ter van hetzelfde Wetboek, wanneer, op basis van concrete gegevens, die aan het licht zijn gekomen na de controle van de kamer van inbeschuldigingstelling krachtens artikel 235ter vragen rijzen over de regelmatigheid van de bijzondere opsporingsmethoden.

Het moet hierbij gaan om « gegevens die niet van enige geloofwaardigheid zijn ontbloot, niet vaag of algemeen zijn, maar welomschreven, duidelijk en bepaald zijn » (*Parl. St.*, Kamer, 2005-2006, DOC 51-2055/001, p. 47) :

« Er kan bijvoorbeeld worden gedacht aan nieuwe gegevens die zouden kunnen wijzen op het bestaan van een grond van niet-ontvankelijkheid ten gevolge van politionele provocatie, die de verdediging pas voor de bodemrechter kan naar voren brengen en die door de kamer van inbeschuldigingstelling, op het ogenblik dat zij de controle bedoeld in artikel 235ter uitoefende, nog niet gekend waren en derhalve ook niet konden onderzocht worden » (*ibid.*, p. 46).

Die vordering of dat verzoek dient, op straffe van verval, voor ieder ander rechtsmiddel te worden opgeworpen, behalve indien het middel betrekking heeft op nieuwe en concrete elementen die tijdens de terechtzitting aan het licht zijn gekomen (artikel 335bis, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering).

B.18.3. Krachtens artikel 268 van het Wetboek van strafvordering bezit de voorzitter van het hof van assisen een discretionaire macht, krachtens welke hij alles mag doen wat hij nuttig acht om de waarheid te vinden. Die discretionaire macht mag enkel worden uitgeoefend tijdens de terechtzitting, in aanwezigheid van de gezworenen en de partijen.

B.18.4. Bijgevolg is de bestreden maatregel niet zonder redelijke verantwoording.

B.18.5. Het middel is niet gegrond.

8. De uitsluiting van plaatsvervangende raadsheren

B.19.1. De verzoekende partijen in de zaak nr. 4012 voeren in hun vijfde middel aan dat artikel 27 van de wet van 27 december 2005 de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt en discriminerend is in zoverre de plaatsvervangende raadsheren in het hof van beroep geen zitting kunnen nemen in de kamer van inbeschuldigingstelling wanneer deze uitspraak doet met toepassing van de artikelen 235ter en 235quater van het Wetboek van strafvordering.

B.19.2. Teneinde te verantwoorden dat de plaatsvervangende raadsheren geen zitting kunnen nemen in de kamer van inbeschuldigingstelling wanneer die de opdrachten vervult die haar zijn toevertrouwd bij de artikelen 235ter en 235quater van het Wetboek van strafvordering, zijn de specificiteit en de vertrouwelijkheid van de procedure door de Regering aangevoerd (*Parl. St.*, Kamer, 2005-2006, DOC 51-2055/001, p. 68).

B.19.3. De vertrouwelijkheid van de procedure kan niet verantwoorden dat de plaatsvervangende leden daarvan worden uitgesloten. Zij zijn tot dezelfde geheimhouding gehouden als de effectieve raadsheren, zij vertonen dezelfde waarborgen van integriteit en zijn aan dezelfde tucht onderworpen.

B.19.4. De nieuwe aan de kamer van inbeschuldigingstelling toegekende bevoegdheid veronderstelt dat die, binnen de in de wet vastgestelde termijnen, een bijzondere controle uitoefent die substantieel afwijkt van de regels van de strafprocedure. Rekening houdend met de specificiteit van de procedure, vermocht de wetgever te oordelen dat, teneinde een dergelijke opdracht te vervullen, geen beroep kon worden gedaan op artikel 102, § 1, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, dat het mogelijk maakt dat plaatsvervangende raadsheren worden geroepen om zitting te nemen wanneer de bezetting niet volstaat om de zetel samen te stellen.

B.19.5. Het middel is niet gegrond.

9. De toepassing van de wet in de tijd

B.20.1. Ten slotte dient het Hof te onderzoeken of artikel 28 van de wet van 27 december 2005 de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, schendt doordat het een verschil in behandeling invoert tussen partijen ten aanzien van wie bijzondere opsporingsmethoden werden toegepast vóór de inwerkingtreding van de bestreden wet en die een inzagerecht in het volledige strafdossier zouden hebben, enerzijds, en partijen ten aanzien van wie de bijzondere opsporingsmethoden zijn toegepast na die datum, en die geen recht op inzage van het volledige strafdossier hebben, anderzijds.

B.20.2. Met de wet van 27 december 2005 wilde de wetgever tegemoetkomen aan het arrest nr. 202/2004 van het Hof, waarin een aantal bepalingen van de wet van 6 januari 2003 werden vernietigd. Van sommige van die bepalingen, waaronder de artikelen 47septies, § 1, tweede lid, en 47novies, § 1, tweede lid, heeft het Hof de gevolgen gehandhaafd tot 31 december 2005. Krachtens die bepalingen diende de procureur des Konings inzake de bijzondere opsporingstechnieken van observatie en infiltratie een vertrouwelijk dossier aan te leggen, waartoe hij als enige toegang had, onverminderd het inzagerecht van de onderzoeksrechter in de gevallen bedoeld in artikel 56bis. Noch de onderzoeksgerechten, noch de vonnisgerechten, noch de verdachte, noch de burgerlijke partij hadden toegang tot het vertrouwelijk dossier.

B.20.3. Het middel, dat op een onjuiste beoordeling van de gevolgen van de bestreden wet berust, is niet gegrond.

Ten aanzien van de handhaving van de gevolgen van de vernietigde bepalingen

B.21. Teneinde de buitensporige gevolgen te vermijden die de terugwerkende kracht van het vernietigingsarrest zou hebben, dienen, met toepassing van artikel 8, tweede lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989, de gevolgen van sommige van de vernietigde bepalingen te worden gehandhaafd zoals aangegeven in het beschikkend gedeelte.

Om die redenen,

het Hof

1. vernietigt, in het Wetboek van strafvordering, zoals gewijzigd bij de wet van 27 december 2005 « houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van strafvordering en van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de verbetering van de onderzoeksmethoden in de strijd tegen het terrorisme en de zware en georganiseerde criminaliteit » :

- artikel 47ter, § 1, derde lid;
- artikel 47decies, § 7;
- de tweede zin in artikel 47undecies, tweede lid;
- de tweede zin in artikel 47undecies, derde lid;
- artikel 235ter, § 6;

2. verwerpt de beroepen voor het overige;
3. handhaaft de gevolgen van de maatregelen bevolen of toegestaan met toepassing van artikel 47ter, § 1, derde lid, en van artikel 47decies, § 7, tot de bekendmaking van dit arrest in het *Belgisch Staatsblad*.

Aldus uitgesproken in het Nederlands, het Frans en het Duits, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989, op de openbare terechtzitting van 19 juli 2007.

De griffier,
P.-Y. Dutilleux.

De voorzitter,
A. Arts.

COUR CONSTITUTIONNELLE

[2007/202433]

Extrait de l'arrêt n° 105/2007 du 19 juillet 2007

Numéros du rôle : 4003, 4010, 4012, 4015, 4016 et 4027

En cause : les recours en annulation totale ou partielle de la loi du 27 décembre 2005 « portant 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 », introduits par L.L. et autres.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents A. Arts et M. Melchior, et des juges P. Martens, R. Henneuse, M. Bossuyt, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke et J. Spreutels, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président A. Arts,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

I. *Objet des recours et procédure*

a. Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 20 juin 2006 et parvenue au greffe le 22 juin 2006, L.L. a introduit un recours en annulation de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle, inséré par l'article 23 de la loi du 27 décembre 2005 « portant 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 » (publiée au *Moniteur belge* du 30 décembre 2005, 2e édition).

b. Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 27 juin 2006 et parvenue au greffe le 28 juin 2006, l'« Orde van Vlaamse Balies », dont le siège est établi à 1000 Bruxelles, rue Royale 148, et Jo Stevens, demeurant à 2018 Anvers, Van Schoonbekestraat 70, ont introduit un recours en annulation des articles 6, 7, 9 à 13, 2°, 14, 18, 22 à 25 et 28 de la loi du 27 décembre 2005 précitée.

c. Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 28 juin 2006 et parvenue au greffe le 30 juin 2006, l'Ordre des barreaux francophones et germanophone, dont le siège est établi à 1050 Bruxelles, rue Washington 40, et Denis Bosquet, demeurant à 1180 Bruxelles, Vieille rue du Moulin 206, ont introduit un recours en annulation de la loi du 27 décembre 2005 précitée.

d. Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 29 juin 2006 et parvenue au greffe le 30 juin 2006, P.V. a introduit un recours en annulation de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle, inséré par l'article 23 de la loi du 27 décembre 2005 précitée.

e. Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 29 juin 2006 et parvenue au greffe le 30 juin 2006, J.G. a introduit un recours en annulation de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle, inséré par l'article 23 de la loi du 27 décembre 2005 précitée.

f. Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 30 juin 2006 et parvenue au greffe le 3 juillet 2006, l'ASBL « Syndicat des avocats pour la démocratie », dont le siège social est établi à 1030 Bruxelles, rue des Palais 154, l'ASBL « Ligue des droits de l'homme », dont le siège social est établi à 1190 Bruxelles, chaussée d'Alseberg 303, et l'ASBL « Liga voor Mensenrechten », dont le siège social est établi à 9000 Gand, Van Stopenberghestraat 2, ont introduit un recours en annulation des articles 2, 5, 6, 10, 12, 13, 2°, et 22 à 25 de la loi du 27 décembre 2005 précitée.

Ces affaires, inscrites sous les numéros 4003, 4010, 4012, 4015, 4016 et 4027 du rôle de la Cour, ont été jointes.

(...)

III. *En droit*

(...)

Quant aux dispositions attaquées

B.1. Par la loi attaquée, le législateur entend, d'une part, se conformer à l'arrêt n° 202/2004 du 21 décembre 2004, par lequel la Cour a annulé un certain nombre de dispositions qui avaient été insérées dans le Code d'instruction criminelle par la loi du 6 janvier 2003 et, d'autre part, tenir compte de la nécessité d'élargir le champ d'application de certaines méthodes de recherche et d'enquête qu'avait révélée l'application de ces méthodes.

La Cour examinera, dans la partie consacrée au fond des recours, les dispositions attaquées, qui concernent :

1. La définition et les effets de la provocation (article 2) (B.4).
2. L'extension de la possibilité pour le procureur du Roi de recueillir des renseignements sur les comptes bancaires, les coffres bancaires, les instruments financiers et les transactions bancaires (article 5) (B.5).
3. La modification de la procédure d'exécution du contrôle visuel discret (articles 6 et 18) (B.6).
4. La possibilité d'utiliser les méthodes particulières de recherche dans le cadre de l'exécution des peines (article 7) (B.7).
5. L'autorisation donnée aux indicateurs de commettre des infractions (article 13, 2°) (B.8).
6. Le contrôle judiciaire de l'application des méthodes particulières de recherche (articles 7 à 14, 22 à 25 et 27) (B.9).

La cour examinera plus particulièrement :

- a) l'impossibilité pour l'inculpé et pour la partie civile de consulter le dossier confidentiel (B.9.4 à B.12.5);
- b) l'impartialité contestée de la chambre des mises en accusation (B.13);
- c) l'audition séparée des parties et le caractère non contradictoire de la procédure (B.14.1 à B.14.5);
- d) le délai de consultation du dossier répressif (B.14.6);
- e) la procédure de contrôle, par la chambre des mises en accusation, du dossier confidentiel et du dossier répressif (B.15);
- f) l'absence de recours contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation (B.16.1 à B.16.11);
- g) l'absence alléguée de sanction des nullités (B.16.12);

h) l'absence de contrôle des méthodes particulières de recherche en cas de classement sans suite, lorsqu'elles ont été mises en œuvre dans le cadre de l'exécution des peines et en cas de recours à des indicateurs (B.17).

7. La procédure devant la cour d'assises (B.18).

8. L'exclusion des conseillers suppléants (B.19).

9. L'application de la loi dans le temps (B.20).

Quant à la compétence de la Cour

B.2.1. Dans leurs moyens respectifs, les parties requérantes invoquent la violation de la Constitution, en particulier de ses articles 10, 11, 12, 14, 15, 22 et 142, combinés ou non avec :

- la Convention européenne des droits de l'homme, en particulier ses articles 3, 6, 7, 8, 10 et 13;
- le Premier Protocole additionnel à la Convention européenne précitée, en particulier son article 1^{er};
- le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en particulier ses articles 7, 14, 15 et 17;
- les principes de l'autorité de la chose jugée, de proportionnalité, de la sécurité juridique et les principes généraux du droit pénal;
- les articles 8 et 9 de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

B.2.2. En vertu de l'article 1^{er} de cette loi spéciale, modifié par la loi spéciale du 9 mars 2003, la Cour est compétente pour statuer sur les recours en annulation d'une norme législative pour cause de violation :

« 1^o des règles qui sont établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'Etat, des Communautés et des Régions; ou

2^o des articles du titre II ' Des Belges et de leurs droits ', et des articles 170, 172 et 191 de la Constitution ».

B.2.3. Les recours sont recevables en tant qu'ils invoquent la violation des articles 10, 11, 12, 14, 15 et 22 de la Constitution.

Ils sont en revanche irrecevables en tant qu'ils dénoncent la violation directe de l'article 142. En ce que la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec son article 142, est invoquée, les parties n'exposent pas en quoi la loi attaquée du 27 décembre 2005 violerait ces dispositions, de sorte que le recours est également irrecevable sur ce point.

B.2.4. Lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à celle d'une des dispositions constitutionnelles dont le contrôle relève de la compétence de la Cour et dont la violation est alléguée, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles concernées.

Il s'ensuit que, dans le contrôle qu'elle exerce au regard des dispositions constitutionnelles mentionnées à l'alinéa 1^{er} du B.2.3, la Cour tient compte de dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues.

Quant au fond

B.3.1. La lutte contre certaines formes de criminalité particulièrement graves ou qui sont le fait d'organisations criminelles disposant de moyens importants peut contraindre les autorités chargées de la recherche des infractions et de la poursuite de leurs auteurs à mettre en œuvre des méthodes de recherche qui ont pour nécessaire conséquence une ingérence dans certains droits fondamentaux des personnes qui en font l'objet. Il revient au législateur, sous le contrôle de la Cour, de formuler les dispositions qui autorisent et contrôlent le recours à ces méthodes de recherche de manière telle que l'atteinte aux droits fondamentaux qu'elles comportent soit limitée à ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif défini.

B.3.2. Les méthodes particulières de recherche et d'enquête qui font l'objet de la loi attaquée ont en commun qu'elles peuvent impliquer une ingérence grave dans divers droits fondamentaux. Il découle tant du caractère intrusif de ces méthodes que du soin avec lequel le législateur a défini le cadre juridique de leur mise en œuvre qu'en cas de non-respect des conditions essentielles prescrites en vue de l'utilisation de ces méthodes, la preuve obtenue en infraction de celles-ci est viciée.

C'est compte tenu de ce qui précède que la Cour examine les moyens invoqués.

1. *La définition et les effets de la provocation (article 2)*

B.4.1. L'article 47^{quater} du Code d'instruction criminelle, inséré par l'article 4 de la loi du 6 janvier 2003, énonçait que, dans le cadre de l'exécution d'une méthode particulière de recherche, un fonctionnaire de police ne peut amener un suspect à commettre d'autres infractions que celles qu'il avait l'intention de commettre. Une méconnaissance de cette interdiction entraînait l'irrecevabilité de l'action publique pour ce qui concerne ces faits.

B.4.2. Dans l'arrêt n° 202/2004, la Cour a constaté que cette disposition donnait une interprétation restrictive à la notion de provocation et créait une discrimination entre personnes poursuivies selon qu'il a ou non été fait application à leur égard de la loi concernant les méthodes particulières de recherche. La Cour avait annulé la disposition pour cette raison.

B.4.3. Afin de répondre à ce grief, l'article 2 de la loi attaquée insère dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale un nouveau chapitre V, intitulé « De l'irrecevabilité de l'action publique pour cause de provocation ». Le chapitre comporte un nouvel article 30, qui énonce :

« Il est interdit de provoquer des infractions.

Il y a provocation lorsque, dans le chef de l'auteur, l'intention délictueuse est directement née ou est renforcée, ou est confirmée alors que l'auteur voulait y mettre fin, par l'intervention d'un fonctionnaire de police ou d'un tiers agissant à la demande expresse de ce fonctionnaire.

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

B.4.4. Dès lors que l'interdiction de provocation et sa définition légale figurent dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale, elles s'appliquent désormais à toutes les infractions et non plus uniquement aux infractions provoquées dans le cadre de l'utilisation d'une méthode particulière de recherche.

Le législateur a ainsi mis fin à la discrimination visée en B.4.2.

B.4.5. En ce que les parties requérantes dans l'affaire n° 4012 invoquent une violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les articles 8 et 9 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 ainsi qu'avec les principes de la sécurité juridique et de l'autorité de la chose jugée, leur grief n'est pas fondé; le législateur n'a en effet pas méconnu l'autorité de chose jugée de l'arrêt n° 202/2004.

Leur grief n'est pas recevable en ce qu'elles invoquent une violation de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors qu'elles n'exposent pas en quoi ces dispositions seraient violées.

B.4.6. Les parties requérantes allèguent une violation du droit à un procès équitable ainsi que des principes de la légalité et de la prévisibilité en matière pénale, en ce que l'alinéa 3 de l'article 30, qui est cité en B.4.3, limite l'irrecevabilité de l'action publique aux faits provoqués et ne l'étend pas à l'ensemble de l'action publique.

B.4.7. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit les droits de la défense de chaque prévenu. Bien que cette disposition n'empêche pas en principe que la preuve d'une infraction soit obtenue par l'infiltration de fonctionnaires de police, elle s'oppose à toute forme de provocation de l'infraction. Il y a provocation lorsque rien n'indique que l'infraction aurait aussi été commise sans l'intervention de la police (CEDH, 9 juin 1998, *Teixeira de Castro* c. Portugal, § 39; 24 avril 2007, *V. c. Finlande*, § 69).

Lorsqu'un acte illicite se trouve à l'origine de la commission de l'infraction, la poursuite pénale porte une atteinte fondamentale au droit à un procès équitable en ce qu'elle concerne cette infraction.

En revanche, la poursuite pénale à l'égard d'autres faits, qui sont antérieurs à la provocation ou n'ont aucun lien avec elle et qui sont légalement constatés, ne viole pas le droit à un procès équitable.

B.4.8. Seul le juge peut se voir confier le soin d'apprécier, sur la base de toutes les circonstances et données matérielles de l'affaire, quels faits présentent un lien avec les faits provoqués et de décider si l'irrecevabilité de l'action publique doit être prononcée à l'égard de faits autres que ceux directement provoqués. Un tel pouvoir d'appréciation du juge n'est pas contraire aux principes de la légalité et de la prévisibilité en matière pénale.

B.4.9. Le premier moyen en sa première branche dans l'affaire n° 4012 et le cinquième moyen dans l'affaire n° 4027 ne sont pas fondés.

B.4.10. Dans la deuxième branche de leur premier moyen, les parties requérantes dans l'affaire n° 4012 font valoir que les personnes qui ont subi une provocation dans le cadre de l'utilisation d'une méthode particulière de recherche sont traitées plus défavorablement que celles qui ont subi une provocation dans le cadre de l'enquête au cours de laquelle une méthode particulière de recherche n'a pas été utilisée puisque la première catégorie de personnes, en ce qu'elles n'ont pas accès au dossier confidentiel, ne disposent d'aucun moyen pour vérifier si les faits pour lesquels elles sont poursuivies ont ou non été provoqués.

B.4.11. Dès lors que cette branche du moyen porte sur l'absence d'accès au dossier confidentiel, elle se confond avec les moyens relatifs aux garanties juridictionnelles concernant ce dossier, qui seront examinés en B.9.

2. *L'extension de la possibilité pour le procureur du Roi de recueillir des renseignements sur les comptes bancaires, les coffres bancaires, les instruments financiers et les transactions bancaires (article 5)*

B.5.1. L'article 46^{quater} du Code d'instruction criminelle, inséré par l'article 13 de la loi du 6 janvier 2003, donnait déjà au procureur du Roi la possibilité de recueillir, à certaines conditions, des renseignements sur les comptes bancaires et les transactions bancaires et d'observer temporairement ces transactions.

Afin de répondre à la nécessité d'un plus large champ d'application qu'avait révélée la pratique de la mesure, l'article 5 attaqué de la loi du 27 décembre 2005 a étendu doublement la compétence accordée au procureur du Roi.

En premier lieu, la possibilité de recueillir des renseignements et d'exercer une surveillance n'est plus limitée aux comptes bancaires et aux transactions bancaires mais peut désormais également concerner les coffres et les instruments financiers visés à l'article 2, 1°, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers.

En deuxième lieu, le procureur du Roi se voit accorder le pouvoir de requérir, à certaines conditions, une mesure dite « de gel », par laquelle la banque ou l'établissement de crédit ne peut se dessaisir, pendant une période déterminée, des créances et engagements liés au compte bancaire, au coffre bancaire ou à l'instrument financier.

Selon les parties requérantes, l'article 46^{quater} nouveau du Code d'instruction criminelle, inséré par l'article 5 de la loi du 27 décembre 2005, viole les articles 10, 11 et 22 de la Constitution, combinés avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

B.5.2. La requête qui a donné lieu à l'arrêt n° 202/2004 critiquait l'étendue du champ d'application ainsi que les modalités d'application de la mesure visée à l'article 46^{quater} originaire.

La Cour a d'abord estimé que la collecte et l'analyse des données relatives aux comptes et transactions bancaires constituent des mesures qui portent atteinte au droit au respect de la vie privée des personnes qu'elles visent, ainsi que des personnes qui ont un contact financier avec celles-ci. Ces mesures doivent donc répondre aux exigences de légalité et de prévisibilité posées par l'article 22 de la Constitution, poursuivre un but légitime et se trouver par rapport à ce but dans un juste rapport de proportionnalité.

La Cour a constaté qu'il était satisfait à l'exigence de proportionnalité en ce que la possibilité de mettre en œuvre cette mesure est limitée à des infractions d'une certaine gravité : le procureur du Roi ne peut y procéder que s'il existe des indices sérieux que les infractions peuvent donner lieu à une peine d'emprisonnement correctionnel principal d'un an ou à une peine plus lourde.

Cette condition a été reprise inchangée dans l'article 46^{quater} nouveau. A cet égard, l'article 5 attaqué de la loi du 27 décembre 2005 ne viole pas l'article 22 de la Constitution.

B.5.3. Dans l'arrêt n° 202/2004, il a ensuite été jugé justifié que le procureur du Roi puisse également obtenir de la banque des renseignements concernant les comptes bancaires dont le suspect n'est pas le titulaire ou le mandataire mais le « véritable bénéficiaire », c'est-à-dire la personne qui a été identifiée par la banque sur la base de l'article 5 de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

Sous réserve de cette interprétation, l'article 46^{quater} originaire du Code d'instruction criminelle a été jugé compatible à cet égard avec l'article 22 de la Constitution.

L'article 46^{quater} nouveau énonce toujours que le suspect doit être le titulaire, le mandataire ou le « véritable bénéficiaire », de sorte que la justification admise par la Cour peut être maintenue à l'égard de la disposition actuellement attaquée.

B.5.4. La Cour a enfin jugé dans le même arrêt n° 202/2004 que le champ d'application *ratione temporis* de la mesure originaire ne portait pas atteinte de manière disproportionnée aux droits des personnes concernées et que, par l'application 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, le droit à la protection de la vie privée était suffisamment garanti.

L'article 46^{quater} ne contient aucune modification à cet égard.

B.5.5. Les griefs des parties requérantes ne concernent toutefois pas le fait que la compétence du procureur du Roi soit élargie mais l'absence d'une quelconque intervention du juge d'instruction. Elles font valoir que l'article 46^{quater} nouveau n'offre pas, sur ce point, les mêmes garanties que l'article 88^{bis} (concernant le repérage et la localisation de télécommunications), les articles 46^{ter} et 88^{sexies} (concernant l'interception, la confiscation et l'ouverture du courrier) et l'article 90^{ter} (concernant l'écoute, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées) du Code d'instruction criminelle (troisième branche du quatrième moyen dans l'affaire n° 4012 et premier moyen dans l'affaire n° 4027).

B.5.6. L'article 88bis du Code d'instruction criminelle se fonde sur la compétence de principe du juge d'instruction. Le procureur du Roi ne peut ordonner la recherche ou la localisation de télécommunications qu'en cas de flagrant délit, lorsqu'il s'agit des infractions énumérées à l'article 90ter, §§ 2, 3 et 4, du Code d'instruction criminelle et à condition que la mesure soit confirmée dans les vingt-quatre heures par un juge d'instruction. Il peut également ordonner cette mesure si le plaignant la sollicite, lorsqu'elle s'avère indispensable à l'établissement d'une infraction visée à l'article 145, § 3, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

Conformément à l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, seul le juge d'instruction est compétent, sous certaines conditions, pour ordonner l'écoute, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et télécommunications privées pendant leur transmission. L'article 90ter, § 5, du même Code confère également cette compétence au procureur du Roi, mais uniquement en cas de flagrant délit, pour les infractions visées aux articles 347bis ou 470 du Code pénal. La mesure doit être confirmée par le juge d'instruction dans les vingt-quatre heures. La mini-instruction visée à l'article 28septies du Code d'instruction criminelle est exclue.

En vertu de l'article 46ter du Code d'instruction criminelle, le procureur du Roi peut, dans le cadre de la recherche des crimes et délits, intercepter et saisir le courrier confié à un opérateur postal s'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. Afin de pouvoir ouvrir ce courrier et de prendre connaissance de son contenu, l'intervention d'un juge d'instruction est néanmoins requise, sauf en cas de flagrant délit (article 88sexies, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, du Code d'instruction criminelle).

B.5.7. Sans qu'il faille comparer point par point la situation des personnes qui font l'objet de mesures d'enquête différentes, il apparaît que la collecte de renseignements portant sur les comptes bancaires, coffres bancaires, instruments financiers et transactions bancaires est d'une autre nature que les mesures décrites en B.5.6 qui permettent de pénétrer directement dans des communications qui peuvent concerner la vie privée dans ce qu'elle a de plus intime.

B.5.8. La mesure attaquée doit ensuite être considérée à la lumière d'autres mesures analogues, comme la saisie sur créances visée à l'article 37, §§ 2 à 4, du Code d'instruction criminelle et l'enquête spéciale sur les avantages patrimoniaux visée aux articles 524bis et 524ter du même Code, dans lesquelles, et bien que cette dernière soit ordonnée par un juge, un rôle central a également été confié au procureur du Roi. A cet égard, le législateur a non seulement souligné que l'objectif de la mesure consistait à remédier à une insécurité qui existait et qui découlait du fait que « les autorités judiciaires dépendent de la bonne volonté et de la collaboration du secteur bancaire » (*Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, DOC 50-1688/001, p. 65), mais il a également exprimé son souhait d'aligner la mesure sur la loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, DOC 51-2055/001, pp. 11 et s.).

B.5.9. Il ressort de ce qui précède que la collecte de données bancaires présente des caractéristiques propres qui la distinguent de l'écoute de communications ou de télécommunications privées et de l'ouverture du courrier et qui la rapprochent des mesures mentionnées en B.5.8. Le législateur a pu étendre le rôle central qu'il a confié au procureur du Roi en ce qui concerne ces dernières mesures. Pour les mêmes raisons, l'application de la mesure dans le cadre de la mini-instruction, visée à l'article 28septies du Code d'instruction criminelle, est admissible.

B.5.10. Les moyens ne sont pas fondés.

3. La modification de la procédure d'exécution du contrôle visuel discret (articles 6 et 18)

B.6.1. Plusieurs moyens (premier moyen dans l'affaire n° 4010, deuxième branche du quatrième moyen dans l'affaire n° 4012, deuxième moyen dans l'affaire n° 4027) portent sur le « contrôle visuel discret ». Celui-ci consiste en ce que les services de police peuvent à tout moment, à l'insu du propriétaire ou de son ayant droit ou sans le consentement de ceux-ci, pénétrer dans un lieu privé, soit aux fins « 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 afin 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 47sexies, § 1^{er}, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle (article 46quinquies, §§ 1^{er} et 2, du même Code). L'utilisation de moyens techniques, qui permettent d'atteindre le même résultat sans pénétrer physiquement dans un lieu privé, est assimilée à une pénétration dans ce lieu (article 46quinquies, § 4).

Lorsque le contrôle visuel discret porte sur un lieu privé qui n'est manifestement pas « un domicile, une dépendance propre y enclose d'un domicile au sens des articles 479, 480 et 481 du Code pénal, un local utilisé à des fins professionnelles ou la résidence d'un avocat ou d'un médecin, visés à l'article 56bis, alinéa 3 », l'autorisation doit être donnée par le procureur du Roi (article 46quinquies, § 2, du Code d'instruction criminelle). S'il s'agit d'un autre lieu privé que ceux visés à l'article 46quinquies, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, seul le juge d'instruction peut autoriser les services de police à procéder à un tel contrôle (article 89ter, alinéa 1^{er}).

B.6.2. Les parties requérantes critiquent essentiellement la distinction opérée par la loi du 27 décembre 2005 entre les lieux privés visés à l'article 46quinquies du Code d'instruction criminelle et ceux visés à l'article 89ter du même Code, en ce que, pour un contrôle visuel discret dans la première catégorie de lieux privés, l'autorisation du procureur du Roi suffit, alors que pour un tel contrôle dans la deuxième catégorie de lieux privés, l'autorisation du juge d'instruction est requise. Elles allèguent la violation des articles 10, 11, 15 et 22 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'autorité de chose jugée de l'arrêt n° 202/2004.

B.6.3. La différence de traitement repose sur un critère objectif, à savoir la nature du lieu privé où se fait le contrôle visuel discret.

La première catégorie de lieux privés vise « les remises, les hangars et les box de garage » (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, DOC 51-2055/001, p. 16). Il s'agit de :

« hangars comme il en existe, des containers au port d'Anvers ou [...] des containers déposés dans ce port, qui abritent trop souvent des drogues dures en provenance d'Amérique latine, par exemple. Il s'agit aussi de box de garage complètement isolés où l'on peut parfois trouver des caches d'armes » (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, DOC 51-2055/005, p. 20).

La deuxième catégorie de lieux privés concerne les domiciles protégés par l'article 15 de la Constitution et par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, DOC 51-2055/001, p. 17). Ce faisant, le législateur se réfère à la définition de la notion de « domicile » formulée dans la jurisprudence de la Cour de cassation (*ibid.*).

B.6.4. Il apparaît de ce qui précède que les lieux privés visés à l'article 46quinquies du Code d'instruction criminelle ne sont pas des domiciles au sens de l'article 15 de la Constitution et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il n'empêche que la protection de la vie privée garantie par l'article 22 de la Constitution et par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme puisse s'étendre à de tels lieux.

B.6.5. Le contrôle visuel discret dans les lieux privés définis à l'article 46quinquies, § 1^{er}, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle peut comporter une atteinte au droit au respect de la vie privée.

B.6.6. Toutefois, même si le degré d'ingérence du contrôle visuel discret dans la vie privée peut être comparé à celui de la perquisition, il n'est pas déraisonnable qu'il puisse être autorisé par le procureur du Roi lorsqu'il ne porte pas sur un domicile. Bien que l'intervention d'un juge soit une garantie importante, une dérogation prévue pour les lieux privés qui ne sont pas des domiciles est admissible si elle peut être justifiée, pour des raisons propres aux infractions sur lesquelles elles portent, pour autant que cette dérogation soit limitée à ce qui est strictement nécessaire pour réaliser l'objectif légitime et si l'absence de la garantie d'une intervention judiciaire préalable est compensée par d'autres garanties suffisantes pour éviter les abus.

B.6.7. A cet égard, il convient de constater que le contrôle visuel discret dans les lieux privés visés à l'article 46quinquies du Code d'instruction criminelle n'est possible que si les faits punissables en cause « constituent ou constitueraient » une infraction visée à l'article 90ter, §§ 2 à 4, du même Code, ou « sont commis ou seraient commis » dans le cadre d'une organisation criminelle, définie à l'article 324bis du Code pénal, et pour autant que les autres moyens d'investigation ne semblent pas suffire à la manifestation de la vérité (article 46quinquies, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle).

Par ailleurs, « le procureur du Roi ne peut décider d'un contrôle visuel discret que pour des lieux où, sur la base d'indications précises, on suppose que se trouvent » les choses, avantages patrimoniaux, biens et valeurs décrits en B.6.1. En outre, il est exigé « que des preuves [puissent] en être collectées » ou qu'il s'agisse de lieux « dont on suppose qu'ils sont utilisés par des personnes suspectes » (article 46quinquies, § 2, 1^o et § 3).

Enfin, si la décision d'autoriser le contrôle visuel discret est prise dans le cadre de l'application de méthodes particulières de recherche, visées aux articles 47ter à 47decies du Code d'instruction criminelle, cette décision et tous les procès-verbaux y afférents sont joints au dossier répressif au plus tard après qu'il a été mis fin à la méthode particulière de recherche (article 46quinquies, § 1^{er}, alinéa 4, du même Code).

Il est dès lors satisfait aux conditions mentionnées en B.6.6 et la différence de traitement évoquée en B.6.2 est raisonnablement justifiée.

B.6.8. Les moyens ne sont pas fondés.

4. *La possibilité de mettre en œuvre les méthodes particulières de recherche dans le cadre de l'exécution des peines (article 7)*

B.7.1. Les parties requérantes dans l'affaire n° 4010 prennent un moyen de la violation des articles 15 et 22 de la Constitution, combinés avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en ce que l'article 47ter, § 1^{er}, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle permet d'utiliser sans distinction toutes les méthodes particulières de recherche, à l'exception de celles qui doivent être ordonnées par le juge d'instruction, en vue de l'exécution des peines. Cette extension du recours aux méthodes particulières de recherche serait injustifiée et ne répondrait pas au principe de subsidiarité dès lors que ces méthodes porteraient gravement atteinte aux droits et libertés fondamentaux garantis par les dispositions constitutionnelles et conventionnelles précitées. Cette violation serait d'autant plus évidente qu'aucun contrôle judiciaire n'est prévu quant à l'exécution de ces méthodes particulières de recherche. Elles ajoutent que l'application de ces méthodes n'est pas limitée à une observation dans le but de rechercher un fugitif qui se soustrait à l'exécution de sa peine mais rend également possible le recours à une infiltration, ce qui ne saurait se justifier puisque celle-ci suppose qu'un fonctionnaire de police entretienne, sous une identité fictive, des relations durables avec des personnes « concernant lesquelles il existe des indices sérieux qu'elles commettent ou commettraient des infractions » (article 47octies, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle). Enfin, la possibilité générale d'utiliser sans distinction toutes les méthodes particulières de recherche dans le cadre de l'exécution des peines atteindrait également les personnes de l'entourage du condamné qui, par hypothèse, ne sont pas soupçonnées d'un fait punissable ou d'un fait pour lequel les méthodes particulières de recherche pourraient être utilisées.

B.7.2. Par son arrêt n° 202/2004, la Cour a rejeté un moyen pris de la violation des droits garantis par les articles 12, alinéa 2, 15 et 22 de la Constitution parce que les méthodes particulières de recherche qui font l'objet de l'article 47ter du Code d'instruction criminelle peuvent être utilisées « exclusivement dans le but de rechercher des crimes ou des délits qui ont été ou qui seront commis, d'en rassembler les preuves et d'en identifier ou d'en poursuivre les auteurs » (B.3.2).

B.7.3. Par l'article 47ter, § 1^{er}, alinéa 3, le législateur permet de recourir à l'observation, à l'infiltration et aux indicateurs « dans le cadre de l'exécution de peines ou de mesures privatives de liberté, lorsque la personne s'est soustraite à leur exécution ».

La recherche d'un condamné qui se soustrait à l'exécution de sa peine ne s'exerce en principe pas dans le cadre de la recherche de crimes ou de délits. Le contrôle que l'article 235ter du Code d'instruction criminelle confie désormais à la chambre des mises en accusation, et qui sera examiné en B.9 à B.15, ne peut donc s'exercer.

Conformément à l'article 40, alinéa 2, de la Constitution, le pouvoir exécutif est compétent pour procéder à l'exécution de ce que le juge pénal a décidé, sous réserve de la compétence attribuée au tribunal de l'application des peines lorsqu'il s'agit de modifier la nature ou la durée de la peine. Le contrôle de légalité des mesures en cause peut donc, en principe, être confié au procureur du Roi et au procureur général, ainsi que le prévoit l'article 47undecies du Code d'instruction criminelle.

B.7.4. Toutefois, l'application des méthodes particulières de recherche peut constituer une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et du domicile, garanti par les dispositions invoquées au moyen, et doit, en principe, faire l'objet d'un recours à ou, à tout le moins, d'un contrôle par, un juge indépendant et impartial.

B.7.5. Dans son avis sur l'avant-projet qui allait devenir la loi attaquée, la section de législation du Conseil d'Etat, tout en considérant que « la modification [...] de l'article 47ter, § 1^{er}, [...] ne semble [...] pas critiquable », avait estimé que le texte ne répondait pas « aux exigences des principes de prévisibilité, de subsidiarité et de proportionnalité », en ce qu'aucune précision n'était donnée « quant à la nature des infractions commises ou quant à la gravité de la condamnation prononcée » (*Doc. parl.*, Chambre, DOC 51-2055/001, p. 108). Le législateur a tenu compte de cette observation en précisant que, dans le cadre de l'exécution des peines ou des mesures privatives de liberté, les méthodes pourront être mises en œuvre « aux mêmes conditions, que celles qui sont prévues pour l'observation, l'infiltration et le recours aux indicateurs » (article 47ter, § 1^{er}, alinéa 3).

B.7.6. En se bornant à renvoyer, de manière générale, à des conditions qui visent l'hypothèse toute différente de mesures appliquées à des personnes soupçonnées de commettre des infractions et qui s'inscrivent dans le cadre d'une information ou d'une instruction judiciaires, le législateur n'a pas défini avec une précision suffisante les conditions d'application de ces mesures dans le cadre de l'exécution des peines. Par ailleurs, aucun juge indépendant et impartial ne pourra contrôler la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche puisque celle-ci se situe en dehors de l'hypothèse visée à l'article 235ter du Code d'instruction criminelle et qu'aucune disposition ne confie ce contrôle à un autre juge. Ce contrôle est d'autant plus nécessaire que l'application des méthodes particulières de recherche peut porter atteinte aux droits fondamentaux d'autres personnes que celle qui a été condamnée.

B.7.7. Le Conseil des ministres fait observer, dans son mémoire en réplique, que l'Etat, de même que les communes ou les zones de police locale, pourront être tenus pour responsables des fautes commises par les membres du ministère public ou par les forces de police et que cette possibilité devrait être considérée comme une voie de recours effective au sens de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Une telle action ne peut toutefois être considérée comme un contrôle ou un recours utile puisqu'il n'est pas prévu que le condamné soit informé de l'utilisation de méthodes particulières de recherche en vue de sa capture et que, s'il en a néanmoins connaissance, le juge saisi n'aura pas accès au dossier confidentiel.

B.7.8. Le moyen est fondé et, en conséquence, l'article 47ter, § 1^{er}, alinéa 3, doit être annulé. Il convient d'annuler, par voie de conséquence, dans l'article 47undecies, alinéa 2, la deuxième phrase selon laquelle le rapport établi par le procureur général traite de l'application des méthodes particulières de recherche dans le cadre de l'exécution des peines ou des mesures privatives de liberté, de même que la deuxième phrase de l'article 47undecies, alinéa 3, qui contient une disposition identique au sujet du rapport établi par le procureur fédéral.

5. L'autorisation donnée aux indicateurs de commettre des infractions (article 13, 2^o)

B.8.1. Un indicateur est une personne supposée entretenir des relations étroites avec une ou plusieurs personnes à propos desquelles il existe des indices sérieux qu'elles commettent ou commettraient des infractions, et qui fournit au fonctionnaire de police, à sa demande ou non, des renseignements et des données (article 47decies, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle).

Lors de l'élaboration de la loi du 6 janvier 2003, le législateur avait exclu qu'une opération d'infiltration puisse être confiée à des personnes qui ne sont pas des fonctionnaires de police formés et spécialement entraînés à cette fin. Il avait estimé que « travailler avec un infiltrant civil, et certainement avec un infiltrant civil criminel (ce qui est généralement le cas), constitue un risque majeur étant donné que cette personne est difficilement contrôlable, opère souvent avec un 'double agenda' ou agit dans son propre intérêt » (*Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, DOC 50-1688/001, p 34).

B.8.2. La loi attaquée « suit toujours cette logique mais entend, en même temps, donner un contenu plus large au recours aux indicateurs afin de répondre aux besoins qui, dans une large mesure, se font sentir sur le terrain et ainsi combler une importante lacune dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée ». Le législateur a considéré qu'« après les attentats de New York, de Madrid, de Londres, [il convenait] de renforcer la lutte contre le terrorisme en permettant aux autorités judiciaires d'user de moyens d'investigation plus appropriés à la complexité de ce phénomène criminel ». La mesure attaquée a été plus particulièrement justifiée par les arguments suivants :

« En effet, la pratique montre que dans certaines enquêtes importantes et sensibles en matière de terrorisme et de criminalité organisée, le procureur du Roi est souvent confronté à la question de savoir si un indicateur qui collecte déjà 'activement' des informations sur un milieu criminel ou un groupe d'auteurs déterminé peut être autorisé, sous certaines conditions bien définies, à participer aux actes criminels commis dans ce milieu ou ce groupe d'auteurs.

Cette question est particulièrement délicate pour le magistrat qui doit considérer, d'une part, le maintien de la position, parfois unique, qu'occupe un indicateur en matière d'information dans un milieu criminel si on lui permet d'être coauteur ou complice d'infractions et, d'autre part, la perte de cette position résultant d'une interprétation très stricte des dispositions concernant le recours aux indicateurs.

En d'autres termes, la question de l'efficacité de l'information est la suivante : que peut faire un indicateur - qui est souvent issu du milieu criminel ou qui y est étroitement lié - pour pouvoir se maintenir dans cette position ?

Par exemple, l'indicateur à qui, dans le cadre d'une affaire de terrorisme, le groupe terroriste demande de louer l'appartement dans lequel sera préparé un attentat. Ou celui qui doit aller reconnaître une cible. Ou celui qui doit conserver temporairement les faux passeports et documents d'identité pour cette organisation terroriste. Il s'agit d'une violation de l'article 140, § 1^{er}, du Code pénal.

Ces actes peuvent être considérés comme des actes de corréité visés à l'article 66 du Code pénal. Et qu'en est-il de l'indicateur qui entretient des relations étroites avec des membres d'une organisation criminelle et qui informe le service de police que, via cette organisation, il sera probablement mis en possession d'une arme extrêmement dangereuse ou d'une nouvelle substance stupéfiante qui sera bientôt sur le marché ?

Dans chacun des cas énumérés ci-dessus, la réalité aujourd'hui est qu'en droit le procureur du Roi devrait juger que ces actes n'entrent pas dans la définition du recours aux indicateurs *sensu stricto* visée à l'article 47decies, § 1^{er}, du Code d'Instruction criminelle et que, par conséquent, l'indicateur doit abandonner la position qu'il occupe en matière d'information, ce qui aura pour conséquence que l'attentat terroriste ou l'attaque à main armée qui sera planifié, préparé et peut-être commis ultérieurement, pourra l'être sans que la police en ait connaissance et ne puisse exercer un quelconque 'contrôle'.

Aujourd'hui, dans ces cas, le procureur du Roi prend généralement ses responsabilités et décide en accordant une priorité à la sécurité publique et à l'intérêt social général.

Inutile de préciser qu'il s'agit de décisions très difficiles. Le projet de loi a pour objectif de donner au magistrat le cadre juridique et la sécurité juridique auxquels il a droit lorsqu'il prend de telles décisions dans le contexte de la lutte contre le terrorisme ou la criminalité organisée. Il offre ainsi au procureur du Roi la possibilité d'autoriser un indicateur, dans des conditions très strictes, à commettre des infractions » (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, DOC 51-2055/001, pp. 33 à 35).

B.8.3. Selon les parties requérantes, la mesure attaquée viole les articles 10, 11, 12, 14 et 22 de la Constitution, combinés ou non avec les articles 3, 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, avec l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à cette Convention, avec les articles 7, 14, 15 et 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, avec l'article 142 de la Constitution et avec les articles 8 et 9 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 ainsi qu'avec le principe de l'autorité de la chose jugée.

Elles contestent aussi bien la légitimité de l'objectif que la proportionnalité de la mesure attaquée et font valoir que les articles 10 et 11 de la Constitution sont violés en ce que l'indicateur - contrairement à l'infiltrant-fonctionnaire de police et à l'« expert civil » - ne peut se prévaloir d'une cause d'excuse exclusive de peine.

Elles demandent enfin l'annulation de l'article 47undecies, alinéa 4, du Code d'instruction criminelle, remplacé par l'article 14 de la loi litigieuse, et des articles 22, 23, 24 et 25 de la même loi en ce qu'il n'est prévu aucun contrôle, par un juge indépendant et impartial, de ce nouveau système de recours aux indicateurs.

B.8.4. Selon les travaux préparatoires précités, la pratique a révélé que, pour certains types de criminalité, la nécessité de maintenir la « position d'information » de l'indicateur devait lui permettre de commettre certaines infractions. A cet égard, il convient de tenir compte de ce que la criminalité visée est le plus souvent une criminalité internationale et que les autorités judiciaires et policières seront souvent amenées à collaborer avec des autorités de pays qui, d'une manière ou d'une autre, ont pris en compte la nécessité pour les indicateurs de commettre des infractions pour maintenir leur position d'informateur. Il appartient à la Cour d'examiner si les moyens utilisés pour faire face à cette nécessité sont en rapport avec l'objectif poursuivi et s'ils sont proportionnés à celui-ci.

Le souci de donner un cadre légal à une pratique que l'évolution de la grande criminalité a rendue nécessaire est de nature à renforcer le respect des exigences de légalité du droit pénal et de la procédure pénale.

B.8.5. S'il peut être admis, à titre exceptionnel, que le législateur permette à des magistrats chargés de rechercher et de poursuivre certaines catégories d'infractions d'autoriser les indicateurs qui pourraient être d'une aide cruciale dans leur tâche à commettre des infractions pour garantir le succès de l'enquête qu'ils mènent, encore faut-il qu'il respecte l'article 12 de la Constitution, qui exige que la procédure pénale soit prévisible. Les magistrats doivent connaître avec toute la précision voulue quelles sont les infractions qu'ils peuvent autoriser les indicateurs à commettre. Cette exigence s'impose d'autant plus ici qu'il s'agit, pour une autorité judiciaire, d'autoriser une personne qui n'est ni assermentée ni chargée d'aucune mission par les autorités publiques à commettre une infraction qui peut avoir pour conséquence de porter atteinte aux droits fondamentaux de tiers.

B.8.6. En ce qui concerne les infractions que l'indicateur serait autorisé à commettre lui-même, le législateur devrait, en principe, les énumérer limitativement. Toutefois, il peut être admis qu'on ne peut « manifestement pas utiliser une liste limitative d'infractions que l'indicateur pourrait commettre, moyennant autorisation du procureur du Roi, parce qu'à la moindre suspicion, l'organisation terroriste ou criminelle testerait très vite l'indicateur en lui faisant commettre certaines infractions qui ne figurent pas sur la liste » (*ibid.*, p. 36).

Le législateur ne peut donc procéder qu'en déterminant des critères mais ceux-ci doivent être très précis afin d'éviter que l'autorisation n'aille au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi.

B.8.7. Il est tout d'abord requis que l'autorisation de commettre des infractions ne soit donnée que dans le but de conserver la position d'information de l'indicateur et les infractions commises par l'indicateur doivent être absolument nécessaires au maintien de cette position (article 47*decies*, § 7, alinéa 1^{er}, *in fine*).

B.8.8. En outre, ces infractions doivent « nécessairement être proportionnelles à l'intérêt de maintenir la position d'information ».

B.8.9. Par ailleurs, il faut respecter une procédure écrite : les faits punissables que l'indicateur peut commettre doivent être portés par écrit et préalablement à la connaissance du procureur du Roi par le gestionnaire local des indicateurs, visé à l'article 47*decies*, § 3, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle. Le procureur du Roi indique les infractions que l'indicateur peut commettre dans une décision écrite séparée. Ce faisant, il ne peut indiquer des infractions plus graves que celles que le gestionnaire local des indicateurs lui a communiquées au préalable.

La décision du procureur du Roi est conservée dans le dossier confidentiel visé à l'article 47*decies*, § 6, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle.

B.8.10. De tels critères et une telle procédure sont de nature à éviter que l'usage qui sera fait de la disposition attaquée n'exécède les limites de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi.

B.8.11. En revanche, ces limites sont dépassées en ce que ne sont interdites que les infractions qui porteraient atteinte « directement et gravement » à l'intégrité physique des personnes.

S'il peut être admis que l'indicateur commette, en tant qu'auteur principal, des infractions ou qu'il participe, par les modes prévus aux articles 66 et 67 du Code pénal, aux infractions que pourraient commettre les personnes auxquelles il est lié, il ne peut être admis, pour les raisons exposées en B.8.1, que des personnes qui ne sont ni fonctionnaires de police ni experts civils et qui entretiennent des liens étroits avec le milieu criminel puissent recevoir l'autorisation préalable de porter elles-mêmes atteinte à l'intégrité physique des personnes.

B.8.12. En conséquence, l'article 47*decies*, § 7, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle viole les articles 10, 11 et 12 de la Constitution.

B.8.13. Enfin, il est requis que l'indicateur entretienne « des relations étroites avec une ou plusieurs personnes à propos desquelles il existe des indices sérieux qu'elles commettent ou commettraient des faits punissables qui constituent ou constitueraient une infraction au sens des articles 137 à 141, au sens des articles 324*bis* et 324*ter* 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, 4^o, 7^o, 7^o*bis*, 7^o*ter*, 8^o, 11^o, 14^o, 16^o et 17^o, à la condition que ces dernières infractions visées à l'article 90*ter*, § 2, soient ou seraient commises dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324*bis* du Code pénal » (article 47*decies*, § 7, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle).

B.8.14. Cette disposition détermine de façon suffisamment précise dans quelles circonstances la mesure critiquée peut être utilisée en ce qu'elle renvoie à des dispositions qui concernent les infractions terroristes, les violations graves du droit international humanitaire, ainsi que des infractions graves « commises dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324*bis* du Code pénal ». Le législateur est resté dans les limites de son objectif qui est de lutter, en prenant des mesures exceptionnelles, contre le terrorisme et la criminalité organisée. Par ailleurs, en énumérant limitativement les faits punissables que pourraient commettre les personnes avec lesquelles l'indicateur entretient des relations étroites, la disposition attaquée satisfait à l'exigence de prévisibilité rappelée en B.8.5.

B.8.15. Il en est de même du renvoi qui est fait à l'article 324*ter* du Code pénal. Cette disposition détermine les actes ou les procédés punissables qu'utilise une organisation criminelle ainsi que les conditions de l'appartenance punissable à une telle organisation (§ 1^{er}); elle précise à quelles conditions est punissable la personne qui participe à la préparation ou à la réalisation de toute activité licite de celle-ci (§ 2), ainsi que la personne qui participe « à toute prise de décision dans le cadre des activités de l'organisation criminelle » (§ 3). Dans chaque cas, elle précise la peine applicable à l'infraction qu'elle décrit.

B.8.16. En revanche, en renvoyant de manière générale aux faits punissables qui constitueraient une infraction « au sens de l'article 324*bis* » du Code pénal, la disposition attaquée se donne un champ d'application insuffisamment déterminé.

L'article 324*bis* dispose :

« Constitue une organisation criminelle l'association structurée de plus de deux personnes, établie dans le temps, en vue de commettre de façon concertée, des crimes et délits punissables d'un emprisonnement de trois ans ou d'une peine plus grave, pour obtenir, directement ou indirectement, des avantages patrimoniaux.

[...] ».

B.8.17. Le renvoi à une disposition dont le champ d'application est aussi large ne satisfait pas aux exigences rappelées en B.8.5. Il enlève en outre à la mesure critiquée son caractère exceptionnel. Il rend enfin inutile l'énumération, contenue dans l'article 47*decies*, § 7, alinéa 1^{er}, de certaines des infractions visées à l'article 90*ter*, § 2, du Code d'instruction criminelle dont il est précisé qu'elles sont ou seront « commises dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324*bis* ».

B.8.18. L'article 47*decies*, § 7, alinéa 1^{er}, viole les articles 10, 11 et 12 de la Constitution en ce qu'il renvoie, de manière générale, à des faits punissables qui constitueraient une infraction au sens de l'article 324*bis* du Code pénal.

B.8.19. En ce qui concerne l'absence d'une cause d'excuse exclusive de peine, il peut être admis que le législateur fasse preuve d'une plus grande prudence à l'égard de l'indicateur supposé entretenir des relations étroites avec le milieu criminel qu'à l'égard des fonctionnaires de police et des infiltrants civils sans liens avec ce milieu. En effet, l'on peut estimer qu'il y a davantage de possibilités qu'il dépasse les limites de l'autorisation en commettant également les infractions dans un autre but que le maintien de sa position d'information ou en ne respectant pas l'exigence de proportionnalité.

Toutefois, en ce qu'elle n'indique pas l'effet que peut avoir l'autorisation sur la situation pénale de l'indicateur, alors qu'il est prévu que le magistrat qui donne cette autorisation n'encourt aucune peine (article 47*decies*, § 7, alinéa 4) et que les fonctionnaires de police qui commettent des infractions avec l'accord du procureur du Roi bénéficient d'une exemption de peine (article 47*quinquies*, § 2), la mesure ne satisfait pas aux exigences des articles 10 et 11 de la Constitution.

B.8.20. Enfin, en ce qu'il ne confie pas à un juge indépendant et impartial le contrôle de l'utilisation de l'article 47*decies*, § 7, cet article viole les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le dossier confidentiel contient désormais, en ce qui concerne les indicateurs, des éléments qui ont une portée analogue à ceux qui concernent l'infiltration, ce qui n'était pas le cas antérieurement, ainsi que la Cour l'avait constaté au B.27.2 de son arrêt n° 202/2004. Ce dossier doit donc faire l'objet, quant à ces éléments, d'un contrôle par un juge indépendant et impartial.

B.8.21. Les moyens sont fondés dans la mesure indiquée ci-avant.

B.8.22. Il y a lieu d'annuler l'article 47*decies*, § 7, du Code d'instruction criminelle.

B.8.23. Il appartient au législateur, s'il estime devoir reprendre une disposition ayant le même objet que la disposition annulée :

- de ne pas autoriser l'indicateur à porter lui-même atteinte à l'intégrité physique des personnes (B.8.11);
- de ne pas opérer un renvoi général aux faits punissables qui constituent ou constitueraient une infraction au sens de l'article 324*bis* du Code pénal (B.8.18);
- de préciser l'effet que peut avoir l'autorisation donnée à l'indicateur sur la situation pénale de celui-ci (B.8.19);
- de prévoir que les éléments versés, au sujet de l'autorisation donnée à l'indicateur, au dossier séparé visé à l'article 47*decies*, § 6, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle, font l'objet d'un contrôle par un juge indépendant et impartial (B.8.20).

6. Le contrôle judiciaire de l'application des méthodes particulières de recherche (articles 9 à 14 et 22 à 25)

B.9.1.1. Plusieurs moyens sont dirigés contre les articles 9, 2° et 3°, 10, 11, 12, 13, 14, 22, 23, 24 et 25 de la loi du 27 décembre 2005 et concernent le contrôle, par la chambre des mises en accusation, du « dossier séparé et confidentiel » que le procureur du Roi, qui autorise une observation, une infiltration ou un recours aux indicateurs, doit constituer (article 47*septies*, § 1^{er}, alinéa 2, dans le cadre de l'observation, article 47*novies*, § 1^{er}, alinéa 2, dans le cadre de l'infiltration, article 47*decies*, § 6, alinéa 3, dans le cadre du recours aux indicateurs).

B.9.1.2. En ce que les parties requérantes dans l'affaire n° 4012 allèguent la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 142 de la Constitution, avec les articles 8 et 9 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 et avec le principe de l'autorité de la chose jugée, ce moyen n'est pas fondé, dès lors que le législateur, en organisant un contrôle juridictionnel des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, a remédié à l'inconstitutionnalité censurée par l'arrêt n° 202/2004.

B.9.1.3. L'article 235*ter* du Code d'instruction criminelle charge la chambre des mises en accusation du contrôle de l'application des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration. Le contrôle est obligatoire et a lieu lors de la clôture de l'information, avant que le ministère public ne procède à la citation directe, ou à la fin de l'instruction, lorsque le juge d'instruction transmet son dossier au procureur du Roi en vertu de l'article 127, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle. La chambre des mises en accusation peut également procéder à ce contrôle de manière provisoire, au cours de l'instruction, soit d'office, soit à la demande du juge d'instruction, soit à la requête du ministère public (article 235*quater* du même Code). Ce contrôle peut également être ordonné par la juridiction de jugement (article 189*ter* du même Code) ou par le président de la cour d'assises (article 335*bis* du même Code), lorsqu'après le contrôle exercé par la chambre des mises en accusation, des éléments concrets et nouveaux apparaissent, lesquels pourraient révéler l'existence d'une irrégularité en ce qui concerne ces méthodes particulières de recherche.

Dès lors que le contrôle des deux méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration est réglé de manière identique, la Cour, pour répondre aux moyens, ne doit pas établir de distinction selon que seule l'une ou les deux méthodes sont visées.

B.9.2. En insérant les articles 235*ter*, 235*quater*, 189*ter* et 335*bis* dans le Code d'instruction criminelle, le législateur a tenu compte de l'arrêt n° 202/2004. Dans cet arrêt, la Cour a constaté, en B.27.9, que « les éventuelles illégalités entachant la mise en œuvre de l'observation ou de l'infiltration qui apparaîtraient uniquement des pièces contenues dans le dossier confidentiel ne peuvent faire l'objet d'un contrôle par un juge indépendant et impartial, et qu'*a fortiori*, ces illégalités ne peuvent être sanctionnées ». La Cour a jugé, en B.28, que « le contrôle de la légalité de la mise en œuvre de certaines méthodes particulières de recherche est insuffisant pour vérifier si l'atteinte aux droits fondamentaux qu'elles occasionnent est justifiée et s'il n'est pas porté une atteinte disproportionnée aux exigences du procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

B.9.3. Si la lutte contre certaines formes de criminalité peut justifier le recours à certaines méthodes particulières de recherche qui impliquent nécessairement une atteinte à certains droits fondamentaux, le législateur doit néanmoins veiller à ce que, lors du contrôle juridictionnel de l'utilisation de ces méthodes, le droit à un procès équitable soit garanti. La Cour examine, ci-après, les différents griefs formulés par les parties requérantes.

a) L'impossibilité pour l'inculpé et pour la partie civile de consulter le dossier confidentiel

B.9.4.1. Selon les parties requérantes, les dispositions attaquées violent les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en ce que, dans le cadre du contrôle exercé par la chambre des mises en accusation concernant l'application des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, la partie civile et l'inculpé ne peuvent consulter le dossier confidentiel, alors que la régularité d'autres méthodes de recherche peut être contestée soit devant les juridictions d'instruction, soit devant les juridictions de jugement, sur la base de tous les éléments du dossier répressif.

B.9.4.2. Les articles 47*septies* et 47*novies* du Code d'instruction criminelle imposent la tenue, par le procureur du Roi qui autorise ou qui exécute une observation ou une infiltration, d'un dossier « séparé et confidentiel ».

Concernant l'observation et l'infiltration, le dossier confidentiel contient l'autorisation du procureur du Roi ou du juge d'instruction de recourir à ces techniques, autorisation qui mentionne les indices qui justifient le recours à la méthode, les motifs pour lesquels elle est indispensable, le nom ou la description des personnes visées, la manière dont la méthode sera exécutée, la période au cours de laquelle elle peut l'être et le nom et la qualité de l'officier de police judiciaire qui dirige l'opération (articles 47*sexies*, § 3, et 47*octies*, § 3). Le dossier confidentiel contient aussi l'autorisation accordée par le procureur du Roi aux fonctionnaires de police de commettre des infractions lors de l'exécution de la méthode de recherche (articles 47*sexies*, § 4, et 47*octies*, § 4), les décisions de modification, d'extension ou de prolongation (articles 47*septies*, § 2, et 47*novies*, § 2), et les rapports faits par l'officier de police judiciaire au procureur du Roi sur chaque phase de l'exécution de la méthode (articles 47*septies*, § 1^{er}, et 47*novies*, § 1^{er}).

B.9.4.3. L'existence d'un dossier confidentiel n'implique pas que le dossier répressif ne contienne aucune donnée relative à la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration.

En effet, l'officier de police judiciaire qui dirige l'exécution de l'observation ou de l'infiltration est chargé de rédiger un procès-verbal des différentes phases de l'exécution de celles-ci, en n'y mentionnant toutefois aucun élément de nature à compromettre les moyens techniques et les techniques d'enquête utilisés ou la garantie de la sécurité et de l'anonymat des indicateurs et des fonctionnaires de police impliqués. En outre, un procès-verbal doit faire référence à l'autorisation de mise en œuvre de l'observation ou de l'infiltration et les mentions visées à l'article 47sexies, § 3, 1°, 2°, 3° et 5° (en cas d'observation) ou à l'article 47octies, § 3, 1°, 2°, 3° et 5° (en cas d'infiltration) doivent figurer dans ce procès-verbal. Ces mentions sont les indices sérieux de l'infraction qui justifient l'observation ou l'infiltration, les motifs pour lesquels l'usage de cette méthode est indispensable à la manifestation de la vérité, le nom ou une description de la personne ou des personnes sur lesquelles porte la méthode et la période au cours de laquelle l'observation ou l'infiltration peut être exécutée.

Ces procès-verbaux, accompagnés de la décision écrite par laquelle le procureur du Roi ou le juge d'instruction confirme l'existence de l'autorisation d'observation ou d'infiltration qu'il a accordée, sont joints au dossier répressif après qu'il a été mis fin à l'observation ou à l'infiltration (articles 47septies, § 2, et 47novies, § 2).

B.10. Dans le cadre du contrôle prévu par l'article 235ter du Code d'instruction criminelle, le ministère public soumet le dossier confidentiel aux magistrats de la chambre des mises en accusation. La partie civile et l'inculpé n'ont pas le droit de consulter le dossier confidentiel. Le juge d'instruction a un droit de consultation lorsqu'il a lui-même autorisé une mesure d'observation ou lorsqu'une instruction est ordonnée dans une affaire dans laquelle il a déjà été procédé à une observation ou à une infiltration.

B.11.1. Les droits de la défense et le droit à un procès équitable sont fondamentaux dans un Etat de droit. Le principe de l'égalité des armes entre l'accusation et la défense, ainsi que le caractère contradictoire du procès, y compris en ce qui concerne la procédure, constituent des aspects fondamentaux du droit à un procès équitable. Le droit à un procès pénal contradictoire implique, pour l'accusation comme pour la défense, la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie, ainsi que de les discuter. Il en découle également l'obligation pour l'autorité de poursuite de communiquer en principe à la défense tous les éléments de preuve.

Toutefois, le droit de prendre connaissance de tous les éléments de preuve de la partie poursuivante n'est pas absolu. Dans certains procès pénaux, il peut y avoir des intérêts divergents, tels que la sécurité nationale, la nécessité de protéger les témoins ou de garder le secret sur des méthodes d'enquête, qui doivent être mis en balance avec les droits du prévenu. Dans certains cas, il peut être nécessaire de ne pas divulguer certains éléments de preuve à cette partie en vue de préserver les droits fondamentaux d'une autre personne ou de garantir un intérêt général important.

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 CEDH, 22 juillet 2003 et 27 octobre 2004, *Edwards et Lewis c. Royaume-Uni*).

B.11.2. L'objectif d'assurer la protection de l'intégrité physique des personnes participant aux méthodes particulières de recherche est légitime et revêt une importance telle qu'il justifie que leur anonymat vis-à-vis des parties au procès et du public soit absolument garanti. La nécessité de garantir l'efficacité des méthodes mises en œuvre pour l'avenir en occultant certaines techniques peut aussi justifier qu'elles aient un caractère confidentiel.

B.12.1. Ainsi qu'il est mentionné en B.9.2, la Cour a toutefois jugé dans l'arrêt n° 202/2004 qu'il est porté atteinte aux exigences d'un procès équitable lorsque le dossier confidentiel ne peut faire l'objet d'un contrôle par un juge indépendant et impartial.

Par l'article 235ter du Code d'instruction criminelle, le législateur entend garantir un examen complet et effectif de la légalité des méthodes particulières de recherche de l'observation et de l'infiltration, sans toutefois renoncer, ce faisant, au caractère nécessairement secret de certaines informations du dossier confidentiel.

B.12.2. Le législateur a défini de manière stricte et limitative les données que les parties ne peuvent consulter. La loi ne pourrait être contournée en mettant dans le dossier confidentiel des pièces qui doivent figurer dans le dossier répressif (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, DOC 51-2055/005, pp. 32, 36 et 66). Les données du dossier confidentiel ne peuvent servir de preuve au détriment de l'inculpé (*ibid.*, pp. 66-67).

B.12.3. Seuls les renseignements qui sont de nature à compromettre la protection des exécutants et la mise en œuvre même des méthodes de recherche ne peuvent être consultés par la défense. Il s'agit des informations relatives aux infractions que peuvent commettre les services de police et les personnes visées à l'article 47quinquies, § 2, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle dans le cadre de l'observation (article 47sexies, §§ 4 et 7) ou de l'infiltration (article 47octies, §§ 4 et 7), étant donné que ces informations sont de nature à compromettre l'identité et la sécurité des personnes concernées et l'utilisation même de la méthode de recherche.

Toutes les autres informations relatives à la mise en œuvre et à l'exécution de ces méthodes de recherche doivent figurer dans le dossier répressif, qui peut être consulté par la partie civile et l'inculpé dans le cadre de la procédure visée à l'article 235ter du Code d'instruction criminelle. Ce dossier contient des renseignements concernant la mise en œuvre et la nature des méthodes de recherche utilisées, les motifs justifiant cette utilisation et les phases successives de leur mise en œuvre. Les parties ont connaissance de l'exécution des méthodes particulières de recherche autorisées d'observation et d'infiltration et, contrairement à ce que soutiennent certaines parties requérantes, l'inculpé pourra invoquer l'interdiction d'utiliser la provocation, inscrite à l'article 30 du titre préliminaire du Code de procédure pénale.

Lorsque la chambre des mises en accusation entend le juge d'instruction et que celui-ci peut consulter le dossier confidentiel, les parties ont la garantie que le juge d'instruction, qui instruit à charge et à décharge, veille à la légalité des moyens de preuve et à la loyauté avec laquelle ces preuves sont recueillies.

B.12.4. La volonté manifestée par le législateur de lutter efficacement contre la criminalité grave et la nécessité, pour ce faire, de garder secrètes certaines données sensibles seraient compromises si, dans ce type de criminalité, les inculpés pouvaient, dans le cadre du contrôle du dossier confidentiel par la chambre des mises en accusation, avoir accès à ce dossier. Il n'est pas déraisonnable d'organiser une procédure qui diffère de celles pour lesquelles le secret n'est pas nécessaire et dans lesquelles les parties peuvent consulter toutes les pièces du dossier répressif.

B.12.5. En ce qu'ils critiquent l'impossibilité pour la partie civile et l'inculpé de consulter le dossier confidentiel, dans le cadre du contrôle par la chambre des mises en accusation de l'application des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, les moyens ne sont pas fondés.

b) *L'impartialité contestée de la chambre des mises en accusation*

B.13.1. Les parties requérantes critiquent ensuite l'attribution du contrôle du dossier confidentiel à la chambre des mises en accusation alors que cette juridiction d'instruction devra statuer, au cours d'une phase ultérieure, et éventuellement dans la même composition, sur le règlement de la procédure, et alors qu'elle prendra sa décision en consultant le dossier confidentiel et donc en ayant pris connaissance d'éléments qui, ignorés des parties, n'ont pas fait l'objet d'un débat contradictoire.

B.13.2. Le choix de confier le contrôle relatif à la régularité des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration à la chambre des mises en accusation a été justifié comme suit par le législateur :

« Comme il a déjà été indiqué, le projet de loi tente de remédier à la situation en désignant la chambre des mises en accusation comme instance judiciaire indépendante et impartiale chargée de contrôler l'application des méthodes particulières de recherche de l'observation et de l'infiltration.

Au travers des articles 136, 136bis, 235 et 235bis du Code d'Instruction criminelle qui attribuent un rôle crucial à la chambre des mises en accusation dans le cadre du contrôle des instructions, le législateur a déjà jeté les bases de ce nouveau rôle que la chambre des mises en accusation remplira dans l'avenir dans le cadre du contrôle et de la surveillance de l'application des méthodes particulières de recherche. Le choix de la chambre des mises en accusation comme instance de contrôle judiciaire indépendante et impartiale est dès lors logique et évident » (*Doc. parl., Chambre, 2005-2006, DOC 51-2055/001, pp. 54 et 55*).

B.13.3. Le législateur a défini de manière stricte et limitative les données que la défense ne peut consulter. L'information relative à la mise en œuvre et à l'exécution de l'observation et de l'infiltration, à l'exception des données sensibles, figure dans le dossier répressif, que les parties peuvent consulter tant dans le cadre de la procédure de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle que dans le cadre du règlement de la procédure.

Le fait que la défense ne puisse consulter des données du dossier confidentiel dont la chambre des mises en accusation a eu connaissance ne peut faire naître un doute légitime quant à l'impartialité de cette juridiction lors du règlement de la procédure.

B.13.4. Le caractère équitable d'un procès doit être examiné compte tenu de l'ensemble du déroulement de la procédure. Le contrôle du dossier confidentiel par la chambre des mises en accusation est exercé au cours de la phase préparatoire du procès, avant que soient saisies de l'affaire les juridictions de jugement, lesquelles ne peuvent elles-mêmes consulter le dossier confidentiel et ne sont donc pas traitées, sur ce point, autrement que les parties. Ces juridictions ne décideront donc pas sur la base de données qu'elles connaîtraient et qui seraient ignorées des parties, de sorte qu'il n'est pas porté atteinte aux exigences du procès équitable.

B.13.5. En ce qu'ils mettent en doute l'impartialité de la chambre des mises en accusation, les moyens ne sont pas fondés.

c) *L'audition séparée des parties et le caractère non contradictoire de la procédure*

B.14.1. Selon les parties requérantes, l'article 235ter du Code d'instruction criminelle porte atteinte aux droits de la défense en ce que, dans le cadre de la procédure devant la chambre des mises en accusation, les parties sont entendues séparément.

B.14.2. En vertu de l'article 235ter, § 2, du Code d'instruction criminelle, la chambre des mises en accusation entend, séparément et en l'absence des parties, le procureur général en ses observations. Elle entend de la même manière la partie civile et l'inculpé, après convocation qui leur est notifiée au plus tard quarante-huit heures avant l'audience et par laquelle ils sont informés que le dossier répressif est mis à leur disposition au greffe pendant cette période.

La chambre des mises en accusation peut également entendre le juge d'instruction. Si le juge d'instruction a autorisé l'observation ou si une instruction est menée dans une affaire où il a déjà été procédé à une observation ou à une infiltration, le juge d'instruction peut consulter le dossier confidentiel (article 56bis du Code d'instruction criminelle).

Enfin, la chambre des mises en accusation peut entendre l'officier de police judiciaire en charge de la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche, séparément et en l'absence des parties, ou charger le juge d'instruction d'entendre les fonctionnaires de police qui sont chargés de la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche ou l'expert civil, conformément aux articles 86bis et 86ter du Code d'instruction criminelle, et décider d'assister à cette audition ou de déléguer un de ses membres.

B.14.3. L'article 235ter du Code d'instruction criminelle prévoit que la chambre des mises en accusation doit contrôler la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration lors de la clôture de l'information avant que le ministère public procède à une citation directe ou à la fin de l'instruction lorsque le juge d'instruction communique son dossier au procureur du Roi en vertu de l'article 127, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle. Le contrôle se situe donc en règle à la fin de l'information ou de l'instruction, celle-ci étant, au cours de sa phase préparatoire, en principe inquisitoire et secrète.

B.14.4. Le législateur a pu estimer qu'un contrôle effectif du dossier confidentiel par la chambre des mises en accusation exige qu'elle puisse procéder aux auditions mentionnées en B.14.2. Afin d'assurer la confidentialité des données sensibles, il est justifié qu'un tel examen puisse avoir lieu en l'absence des parties.

Bien que le débat devant la chambre des mises en accusation ne soit pas contradictoire, la loi garantit que toutes les parties concernées sont entendues, de sorte que la juridiction d'instruction est informée de la façon la plus complète possible avant de décider. Les parties ayant la faculté de consulter au préalable le dossier répressif, qui contient, sauf les données sensibles, toutes les informations relatives aux méthodes de recherche utilisées, elles peuvent présenter une défense utile (comp. CEDH, 16 février 2000, *Jasper c. Royaume-Uni*, §§ 55 et 56).

B.14.5. En ce que le contrôle prévu par l'article 235ter du Code d'instruction criminelle porte sur le dossier confidentiel, et compte tenu de ce que les pièces du dossier confidentiel ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve, les droits de la défense ne sont pas affectés de manière disproportionnée par le fait que les parties sont entendues séparément.

d) *Le délai de consultation du dossier répressif*

B.14.6. Comparé aux délais applicables lors d'autres comparutions devant les juridictions d'instruction, le délai de 48 heures, prévu à l'article 235ter, § 2, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle pour la consultation du dossier répressif par les parties, ne peut être considéré comme trop bref.

e) *La procédure de contrôle, par la chambre des mises en accusation, du dossier confidentiel et du dossier répressif*

B.15.1. La procédure de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle n'exclut pas que la chambre des mises en accusation procède, postérieurement au contrôle du dossier confidentiel, au contrôle de la régularité de la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration sur la base du dossier répressif. Elle peut en particulier y être amenée lorsque, après le contrôle du dossier confidentiel, il est, en vertu de l'article 235ter, § 5, procédé conformément à l'article 235bis, §§ 5 et 6.

B.15.2. Selon les parties requérantes, l'article 235ter du Code d'instruction criminelle viole les articles 10 et 11 de la Constitution ainsi que le droit à un procès équitable si cette disposition est interprétée en ce sens que, dans cette hypothèse, le dossier répressif ne fait pas l'objet d'une procédure contradictoire, alors que, lorsque la chambre des mises en accusation se prononce, en application de l'article 235bis du Code d'instruction criminelle, sur la régularité de la mise en œuvre d'autres méthodes de recherche et sur la régularité de l'ensemble de la procédure, un débat contradictoire qui porte sur les éléments du dossier répressif est organisé.

B.15.3. Une telle interprétation n'est pas compatible avec le texte des articles 235, 235bis et 235ter du Code d'instruction criminelle. L'article 235ter ne permet l'audition séparée des parties que lorsque le contrôle porte sur le contenu du dossier confidentiel.

B.15.4. Si, à l'occasion du contrôle du dossier confidentiel qu'elle effectue en vertu de l'article 235ter, la chambre des mises en accusation décide de procéder à un examen de la régularité de la procédure qui lui est soumise, en ce compris de la légalité et de la régularité de l'observation et de l'infiltration sur la base du dossier répressif, elle doit ordonner la réouverture des débats, en application de l'article 235bis, § 3, et respecter le caractère contradictoire de la procédure visé au paragraphe 4 du même article, selon lequel elle entend « en audience publique si elle en décide ainsi à la demande de l'une des parties, le procureur général, la partie civile et l'inculpé en leurs observations » (Cass., 31 octobre 2006, P.06.0841.N et P.06.0898.N, et Cass., 5 décembre 2006, P.06.1232.N).

B.15.5. Les moyens qui critiquent le caractère non contradictoire de la procédure devant la chambre des mises en accusation et le délai dont disposent les parties pour préparer leur défense ne sont pas fondés.

f) *L'absence de recours contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation*

B.16.1. Les parties requérantes font ensuite valoir que l'article 235ter, § 6, du Code d'instruction criminelle viole les droits de la défense en ce qu'il dispose que le contrôle du dossier confidentiel par la chambre des mises en accusation n'est susceptible d'aucun recours. Ainsi, il serait établi une différence de traitement injustifiée en comparaison avec d'autres procédures, comme celle de l'article 235bis du Code d'instruction criminelle, dans lesquelles la décision de la chambre des mises en accusation concernant la régularité de la procédure pénale peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

B.16.2. Les articles 407, 408, 409 et 413 du Code d'instruction criminelle prévoient que tout arrêt ou jugement définitif peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Conformément à l'article 416, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, le recours en cassation contre les arrêts préparatoires et d'instruction, ou les jugements en dernier ressort de cette qualité, ne sera ouvert qu'après l'arrêt ou le jugement définitif. L'article 416, alinéa 2, prévoit exceptionnellement, dans un nombre de cas limité, un recours en cassation immédiat contre un arrêt ou un jugement non définitif. Relèvent notamment de ces exceptions les décisions de la chambre des mises en accusation rendues en application de l'article 235bis du Code d'instruction criminelle relatives à la régularité de la procédure pénale.

B.16.3. En disposant que « le contrôle du dossier confidentiel par la chambre des mises en accusation n'est susceptible d'aucun recours », l'article 235ter, § 6, ne se limite pas à appliquer la règle selon laquelle le recours en cassation ne sera ouvert qu'après l'arrêt ou le jugement définitif. Il exclut que même un pourvoi en cassation qui serait formé après un arrêt ou un jugement définitif puisse porter sur le contrôle du dossier confidentiel exercé par la chambre des mises en accusation, à la fin de l'information ou de l'instruction.

Une telle dérogation aux règles rappelées en B.16.2 ne peut être admise que s'il est raisonnablement justifié de priver une catégorie de personnes de la faculté d'introduire un pourvoi devant la Cour de cassation.

B.16.4. L'exclusion du recours en cassation contre les arrêts rendus en application de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle a été justifiée par le caractère nécessairement secret des données du dossier confidentiel, qui peuvent être contrôlées uniquement par les magistrats de la chambre des mises en accusation (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, DOC 51-2055/001, p.63).

Une telle préoccupation pourrait justifier que seuls les magistrats de la Cour de cassation aient le droit de consulter le dossier confidentiel et que le président de la chambre saisie prenne les mesures nécessaires en vue d'assurer la protection du dossier confidentiel, ainsi que le prévoit, en ce qui concerne la procédure devant la chambre des mises en accusation, l'article 235ter, § 3. Toutefois, en excluant tout recours contre le contrôle du dossier confidentiel, le législateur est allé au-delà de ce qui était nécessaire pour garantir le secret des données sensibles que contient ce dossier.

B.16.5. La mesure critiquée a été justifiée par une comparaison « avec la situation engendrée par la loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins », la Cour de cassation ne pouvant exercer « un contrôle direct en vue de savoir si les dispositions prescrites par l'article 156 du Code d'instruction criminelle ont été respectées ou si le témoin est une personne qui a été déchue du droit de témoigner ou un mineur âgé de moins de quinze ans, personnes ne pouvant pas prêter serment », ces données d'identité étant inscrites dans un registre secret ou confidentiel qui « relève évidemment du secret professionnel et ne peut jamais être joint au dossier répressif » et qui « ne peut donc pas être communiqué à la Cour de cassation » (*ibid.*).

La justification d'une mesure ne peut résulter de ce qu'une mesure semblable a été prise dans une autre matière qui n'est pas comparable. Les mesures d'infiltration et d'observation peuvent constituer une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et du domicile, garantis par des normes constitutionnelles et conventionnelles au regard desquelles la Cour de cassation peut exercer, même d'office, un contrôle sur les décisions judiciaires, ce qui suppose qu'elle ait accès aux données confidentielles. En outre, ces mesures doivent satisfaire aux exigences de proportionnalité et de subsidiarité formulées aux articles 47sexies, § 2, et 47octies, § 2, du Code d'instruction criminelle, ce qui fait partie du contrôle de légalité que doit exercer la Cour de cassation.

B.16.6. Il est encore allégué que la protection du dossier confidentiel relève d'un intérêt supérieur et qu'on ne peut prendre aucun risque puisqu'il y va, notamment, de la vie des infiltrants.

Tout magistrat étant tenu au secret professionnel, il n'est pas justifié que soit refusé à la Cour de cassation l'accès à un dossier contrôlé par la chambre des mises en accusation, dès lors que la confidentialité de ce dossier peut être garantie de la même manière au sein des deux juridictions.

B.16.7. L'exposé des motifs de la loi attaquée insistait également sur les « importantes garanties procédurales qui doivent assurer le droit à un procès équitable lors de l'examen devant la chambre des mises en accusation sur la base de l'article 235ter, du Code d'instruction criminelle [...] » (*ibid.*, p. 82; *Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, 3-1491/3, p. 17).

B.16.8. La circonstance que des garanties importantes sont prévues lors du contrôle effectué par la chambre des mises en accusation ne peut justifier que soit exclu le contrôle de légalité, exercé par la Cour de cassation, qui doit porter notamment sur le respect de ces garanties.

B.16.9. Il est aussi allégué que la Cour de cassation exerce un contrôle sur les conséquences juridiques du contrôle de la chambre des mises en accusation lorsque la Cour de cassation est saisie en application de l'article 235bis. Ce contrôle ne permet cependant pas à la Cour de cassation de prendre connaissance de données dont l'examen a pu conduire la chambre des mises en accusation à conclure à la légalité ou à l'illégalité des mesures critiquées.

B.16.10. Il est enfin soutenu que la décision de la chambre des mises en accusation n'est pas définitive et que le juge du fond pourra, en application des articles 189ter et 335bis du Code d'instruction criminelle, charger la chambre des mises en accusation de contrôler à nouveau l'application des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, en application de l'article 235ter.

Cette possibilité, qui n'est prévue qu'au cas où des éléments concrets « sont apparus postérieurement au contrôle de la chambre des mises en accusation », n'équivaut pas au contrôle de légalité qu'exerce la Cour de cassation en matière répressive.

B.16.11. Il découle de ce qui précède que l'article 235ter, § 6, établit une différence de traitement qui n'est pas raisonnablement justifiée. Cette disposition doit être annulée.

g) *L'absence alléguée de sanction des nullités*

B.16.12. Lorsque la chambre des mises en accusation constate une irrégularité, une omission ou une nullité visée à l'article 131, § 1^{er}, ou une cause d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique, elle prononce la nullité de l'acte qui en est entaché et de tout ou partie de la procédure ultérieure (articles 235ter, § 5, et 235bis, §§ 5 et 6, du Code d'instruction criminelle) : les pièces annulées sont retirées du dossier et déposées au greffe du tribunal de première instance après l'expiration du délai de cassation.

Ces dispositions imposent à la chambre des mises en accusation de sanctionner des irrégularités qui sont d'autant plus graves qu'elles concernent des méthodes de recherche qui constituent une ingérence dans des droits et libertés fondamentaux, ainsi qu'il a été dit en B.3.2.

Les parties requérantes font cependant valoir que, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass., 14 octobre 2003, P.03.0762.N, 23 mars 2004, P.04.0012.N, et 2 mars 2005, P.04.1644.F), des omissions ou irrégularités constatées par la chambre des mises en accusation n'empêchent pas qu'elle renvoie l'inculpé devant le juge du fond. Celui-ci pourrait, en effet, considérer que ces omissions ou irrégularités ne méconnaissent pas une formalité prescrite à peine de nullité, ne compromettent pas le droit à un procès équitable et n'entachent pas la fiabilité des preuves.

Une telle argumentation est dirigée, non contre les dispositions attaquées, mais contre une jurisprudence des chambres des mises en accusation et de la Cour de cassation.

La Cour n'est pas compétente pour apprécier la légalité de l'exécution qui est donnée à une disposition législative par les juridictions chargées de son application.

h) *L'absence de contrôle des méthodes particulières de recherche en cas de classement sans suite, lorsqu'elles ont été mises en œuvre dans le cadre de l'exécution des peines et en cas de recours à des indicateurs*

B.17.1. L'absence de contrôle des méthodes particulières de recherche par un juge indépendant et impartial lorsqu'elles ont été mises en œuvre dans le cadre de l'exécution des peines a été examinée en B.7. L'absence de contrôle en cas de recours à des indicateurs a été examinée en B.8.

B.17.2. La Cour doit vérifier si les dispositions attaquées violent les articles 10, 11, 15 et 22 de la Constitution, combinés ou non avec les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec les articles 14 et 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en ce qu'elles ne prévoient pas de contrôle par un juge indépendant et impartial lorsque le ministère public, après avoir utilisé des méthodes particulières de recherche, décide de classer l'affaire sans suite.

B.17.3. Conformément à l'article 47undecies, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été inséré par l'article 14 de la loi du 27 décembre 2005, au moins tous les trois mois, le procureur du Roi transmet au procureur général tous les dossiers dans lesquels il a fait application de méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration et dans lesquels il a pris la décision de ne pas engager de poursuites, afin de lui permettre d'exercer un contrôle sur la légalité des méthodes utilisées. Le procureur général fait rapport de ce contrôle. Ce rapport est communiqué au collège des procureurs généraux, qui intègre l'évaluation globale et les données statistiques relatives à ces rapports dans son rapport annuel visé à l'article 143bis, § 7, du Code judiciaire (article 47undecies, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle).

Un rapport similaire est également prévu pour le procureur fédéral (article 47undecies, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle).

B.17.4. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit le respect des droits de la défense et le traitement équitable de la cause de tout justiciable. Ces principes impliquent, lorsque sont mises en œuvre, préalablement aux poursuites pénales (CEDH, 24 novembre 1993, *Imbrioscia c. Suisse*), des techniques de recherche qui portent atteinte aux droits fondamentaux, la garantie qu'un contrôle judiciaire effectif est exercé sur cette mise en œuvre. L'absence d'un tel contrôle, sur l'application de techniques d'enquête et de méthodes de recherche qui permettent à la partie poursuivante de rassembler les éléments qui seront présentés à charge lors du procès, est en effet de nature à compromettre gravement le caractère équitable du procès.

B.17.5. Le contexte juridique est toutefois différent lorsque le procureur du Roi décide, conformément à l'article 28quater du Code d'instruction criminelle, de ne pas poursuivre. Tant que le ministère public ne revient pas sur cette décision, il n'est plus question de poursuites pénales au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

B.17.6. Il est vrai que l'emploi de méthodes particulières de recherche à l'égard de personnes qui ne sont finalement pas poursuivies peut impliquer une ingérence dans le droit au respect de la vie privée, du domicile et du secret des lettres ou léser d'une autre manière ces personnes.

B.17.7. Toutefois, aussi longtemps que les éléments qui auraient été recueillis grâce aux techniques de recherche n'ont aucun effet sur la situation des personnes à l'égard desquelles elles ont été appliquées, il peut être admis que le dossier confidentiel ne donne lieu qu'aux contrôles décrits en B.17.3.

B.17.8. En ce qu'il concerne l'absence d'un contrôle juridictionnel des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration dans les dossiers classés sans suite, le moyen n'est pas fondé.

7. *La procédure devant la cour d'assises*

B.18.1. La Cour doit encore examiner si l'article 335bis du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été inséré par l'article 25 de la loi du 27 décembre 2005, viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il appartient au président de la cour d'assises de charger la chambre des mises en accusation de contrôler à nouveau les méthodes particulières de recherche par application de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle, et non au président et aux assesseurs de cette cour ensemble, comme c'est le cas pour d'autres contestations juridiques dans la procédure d'assises.

B.18.2. L'article 335bis du Code d'instruction criminelle permet au président de la cour d'assises d'ordonner à la chambre des mises en accusation de contrôler à nouveau les méthodes particulières de recherche par application de l'article 235ter du même Code lorsque, sur la base d'éléments concrets qui sont apparus postérieurement au contrôle de la chambre des mises en accusation exercé en vertu de l'article 235ter, des questions se posent quant à la régularité des méthodes particulières de recherche.

Il faut qu'il s'agisse d'« éléments qui ne sont pas dénués de toute crédibilité, qui ne sont pas vagues ou généraux mais qui sont bien définis, clairs et déterminés » (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, DOC 51-2055/001, p. 47) :

« On peut, par exemple, penser à de nouveaux éléments pouvant indiquer l'existence d'un motif d'irrecevabilité pour cause de provocation policière que la défense ne peut porter que devant le juge du fond, éléments qui n'étaient pas encore connus de la chambre des mises en accusation au moment où elle a exercé son contrôle en vertu de l'article 235ter et qui n'ont, par conséquent, pas pu être examinés » (*ibid.*, p. 46).

Cette réquisition ou cette demande doit, sous peine de déchéance, être soulevée avant tout autre moyen de droit, sauf si ce moyen concerne des éléments concrets et nouveaux qui sont apparus lors de l'audience (article 335bis, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle).

B.18.3. Conformément à l'article 268 du Code d'instruction criminelle, le président de la cour d'assises est investi d'un pouvoir discrétionnaire, en vertu duquel il pourra prendre sur lui tout ce qu'il croira utile pour découvrir la vérité. Ce pouvoir discrétionnaire peut uniquement être exercé au cours de l'audience, en présence des jurés et des parties.

B.18.4. En conséquence, la disposition attaquée n'est pas dépourvue de justification raisonnable.

B.18.5. Le moyen n'est pas fondé.

8. L'exclusion des conseillers suppléants

B.19.1. Dans leur cinquième moyen, les parties requérantes dans l'affaire n° 4012 font valoir que l'article 27 de la loi du 27 décembre 2005 viole les articles 10 et 11 de la Constitution et est discriminatoire en ce que les conseillers suppléants à la cour d'appel ne peuvent siéger à la chambre des mises en accusation lorsque celle-ci statue en application des articles 235ter et 235quater du Code d'instruction criminelle.

B.19.2. Pour justifier que les conseillers suppléants ne puissent siéger au sein de la chambre des mises en accusation lorsque celle-ci exerce les missions qui lui sont confiées par les articles 235ter et 235quater du Code d'instruction criminelle, la spécificité et la confidentialité de la procédure ont été invoqués par le Gouvernement (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, DOC 51-2055/001, p. 68).

B.19.3. La confidentialité de la procédure ne peut justifier que les conseillers suppléants en soient exclus. Ceux-ci sont tenus au même secret que les conseillers effectifs, ils présentent les mêmes garanties d'intégrité et ils sont soumis à la même discipline.

B.19.4. La nouvelle compétence attribuée à la chambre des mises en accusation suppose que celle-ci exerce, dans les délais fixés par la loi, un contrôle particulier qui déroge de manière substantielle aux règles de la procédure pénale. Compte tenu de la spécificité de la procédure, le législateur a pu considérer que, pour exercer une telle mission, il ne pouvait être recouru à l'article 102, § 1^{er}, alinéa 2, du Code judiciaire, qui permet d'appeler à siéger des conseillers suppléants dans les cas où l'effectif est insuffisant pour composer le siège.

B.19.5. Le moyen n'est pas fondé.

9. L'application de la loi dans le temps

B.20.1. Enfin, la Cour doit examiner si l'article 28 de la loi du 27 décembre 2005 viole les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'il établit une différence de traitement entre les parties à l'égard desquelles des méthodes particulières de recherche ont été appliquées avant l'entrée en vigueur de la loi attaquée et qui pourraient consulter l'intégralité du dossier pénal, d'une part, et les personnes à l'égard desquelles les méthodes particulières de recherche ont été appliquées après cette date, et qui ne peuvent consulter l'intégralité du dossier pénal, d'autre part.

B.20.2. Par la loi du 27 décembre 2005, le législateur a entendu répondre à l'arrêt n° 202/2004 de la Cour, dans lequel plusieurs dispositions de la loi du 6 janvier 2003 ont été annulées. La Cour a maintenu jusqu'au 31 décembre 2005 les effets de certaines de ces dispositions, parmi lesquelles les articles 47septies, § 1^{er}, alinéa 2, et 47novies, § 1^{er}, alinéa 2. En vertu de ces dispositions, le procureur du Roi devait, en ce qui concerne les méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, constituer un dossier confidentiel, auquel il était seul à avoir accès, sans préjudice du droit de consultation du juge d'instruction dans les cas visés à l'article 56bis. Ni les juridictions d'instruction, ni les juridictions de jugement, ni l'inculpé, ni la partie civile n'avaient accès au dossier confidentiel.

B.20.3. Le moyen, qui repose sur une appréciation inexacte des effets de la loi attaquée, n'est pas fondé.

Quant au maintien des effets des dispositions annulées

B.21. Afin d'éviter les conséquences excessives qu'aurait l'effet rétroactif de l'arrêt d'annulation, il convient, en application de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, de maintenir les effets de certaines des dispositions annulées ainsi qu'il est dit au dispositif.

Par ces motifs,

la Cour

1. annule, dans le Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été modifié par la loi du 27 décembre 2005 « portant 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 » :

- l'article 47ter, § 1^{er}, alinéa 3;
- l'article 47decies, § 7;
- la deuxième phrase de l'article 47undecies, alinéa 2;
- la deuxième phrase de l'article 47undecies, alinéa 3;
- l'article 235ter, § 6;

2. rejette les recours pour le surplus;

3. maintient les effets des mesures ordonnées ou autorisées en application de l'article 47ter, § 1^{er}, alinéa 3, et de l'article 47decies, § 7, jusqu'à la publication du présent arrêt au *Moniteur belge*.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise, en langue française et en langue allemande, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, à l'audience publique du 19 juillet 2007.

Le greffier,

P.-Y. Dutilleux.

Le président,

A. Arts.

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

[2007/202433]

Auszug aus dem Urteil Nr. 105/2007 vom 19. Juli 2007

Geschäftsverzeichnisnrn. 4003, 4010, 4012, 4015, 4016 und 4027

In Sachen: Klagen auf völlige oder teilweise Nichtigerklärung des Gesetzes vom 27. Dezember 2005 «zur Abänderung verschiedener Bestimmungen des Strafprozessgesetzbuches und des Gerichtsgesetzbuches im Hinblick auf die Verbesserung der Untersuchungsmethoden im Kampf gegen den Terrorismus und das schwere und organisierte Verbrechen», erhoben von L.L. und anderen.

Der Verfassungsgerichtshof,

zusammengesetzt aus den Vorsitzenden A. Arts und M. Melchior, und den Richtern P. Martens, R. Henneuse, M. Bossuyt, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke und J. Spreutels, unter Assistenz des Kanzlers P.-Y. Dutilleux, unter dem Vorsitz des Vorsitzenden A. Arts,

verkündet nach Beratung folgendes Urteil:

I. Gegenstand der Klagen und Verfahren

a. Mit einer Klageschrift, die dem Hof mit am 20. Juni 2006 bei der Post aufgegebenem Einschreibebrief zugesandt wurde und am 22. Juni 2006 in der Kanzlei eingegangen ist, erhob L.L. Klage auf Nichtigerklärung von Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches, eingefügt durch Artikel 23 des Gesetzes vom 27. Dezember 2005 «zur Abänderung verschiedener Bestimmungen des Strafprozessgesetzbuches und des Gerichtsgesetzbuches im Hinblick auf die Verbesserung der Untersuchungsmethoden im Kampf gegen den Terrorismus und das schwere und organisierte Verbrechen» (veröffentlicht im *Belgischen Staatsblatt* vom 30. Dezember 2005, zweite Ausgabe).

b. Mit einer Klageschrift, die dem Hof mit am 27. Juni 2006 bei der Post aufgegebenem Einschreibebrief zugesandt wurde und am 28. Juni 2006 in der Kanzlei eingegangen ist, erhoben die Kammer der flämischen Rechtsanwaltschaften, mit Sitz in 1000 Brüssel, Koningsstraat 148, und Jo Stevens, wohnhaft in 1818 Antwerpen, Van Schoonbekestraat 70, Klage auf Nichtigerklärung der Artikel 6, 7, 9 bis 13 Nr. 2, 14, 18, 22 bis 25 und 28 des vorerwähnten Gesetzes vom 27. Dezember 2005.

c. Mit einer Klageschrift, die dem Hof mit am 28. Juni 2006 bei der Post aufgegebenem Einschreibebrief zugesandt wurde und am 30. Juni 2006 in der Kanzlei eingegangen ist, erhoben die Kammer der französischsprachigen und deutschsprachigen Rechtsanwaltschaften, mit Sitz in 1050 Brüssel, Washingtonstraat 40, und Denis Bosquet, wohnhaft in 1180 Brüssel, Oude Molenstraat 206, Klage auf Nichtigerklärung des vorerwähnten Gesetzes vom 27. Dezember 2005.

d. Mit einer Klageschrift, die dem Hof mit am 29. Juni 2006 bei der Post aufgegebenem Einschreibebrief zugesandt wurde und am 30. Juni 2006 in der Kanzlei eingegangen ist, erhob P.V. Klage auf Nichtigerklärung von Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches, eingefügt durch Artikel 23 des vorerwähnten Gesetzes vom 27. Dezember 2005.

e. Mit einer Klageschrift, die dem Hof mit am 29. Juni 2006 bei der Post aufgegebenem Einschreibebrief zugesandt wurde und am 30. Juni 2006 in der Kanzlei eingegangen ist, erhob J.G. Klage auf Nichtigerklärung von Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches, eingefügt durch Artikel 23 des vorerwähnten Gesetzes vom 27. Dezember 2005.

f. Mit einer Klageschrift, die dem Hof mit am 30. Juni 2006 bei der Post aufgegebenem Einschreibebrief zugesandt wurde und am 3. Juli 2006 in der Kanzlei eingegangen ist, erhoben die VoG «Syndicat des avocats pour la démocratie», mit Vereinigungssitz in 1030 Brüssel, Paleizenstraat 154, die VoG «Ligue des droits de l'homme», mit Vereinigungssitz in 1190 Brüssel, Aelsembergsesteenweg 303, und die VoG «Liga voor Mensenrechten», mit Vereinigungssitz in 9000 Gent, Van Stopenberghestraat 2, Klage auf Nichtigerklärung der Artikel 2, 5, 6, 10, 12, 13 Nr. 2 und 22 bis 25 des vorerwähnten Gesetzes vom 27. Dezember 2005.

Diese unter den Nummern 4003, 4010, 4012, 4015, 4016 und 4027 ins Geschäftsverzeichnis des Hofes eingetragenen Rechtssachen wurden verbunden.

(...)

III. In rechtlicher Beziehung

(...)

In Bezug auf die angefochtenen Bestimmungen

B.1. Mit dem angefochtenen Gesetz möchte sich der Gesetzgeber einerseits dem Urteil Nr. 202/2004 vom 21. Dezember 2004 beugen, in dem Hof eine Reihe von Bestimmungen für nichtig erklärt hat, die durch das Gesetz vom 6. Januar 2003 in das Strafprozessgesetzbuch eingefügt worden waren, und andererseits der sich aus der Anwendung dieser Methoden ergebenden Notwendigkeit, den Anwendungsbereich gewisser Ermittlungs- und Untersuchungsmethoden zu erweitern, Rechnung tragen.

Der Hof wird in dem Teil, der dem Grund der Klagen gewidmet ist, die angefochtenen Bestimmungen prüfen, die sich beziehen auf:

1. die Definition und die Folgen der Provokation (Artikel 2) (B.4);
2. die Erweiterung der Möglichkeit des Prokurators des Königs, Informationen über Bankkonten, Bankschließfächer, Finanzinstrumente und Banktransaktionen zu sammeln (Artikel 5) (B.5);
3. die Änderung des Verfahrens zur Durchführung der diskreten Sichtkontrolle (Artikel 6 und 18) (B.6);
4. die Möglichkeit, die besonderen Ermittlungsmethoden im Rahmen der Vollstreckung von Strafen anzuwenden (Artikel 7) (B.7);
5. die Genehmigung der Informanten, Straftaten zu begehen (Artikel 13 Nr. 2) (B.8);
6. die richterliche Kontrolle der Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden (Artikel 7 bis 14, 22 bis 25 und 27) (B.9); der Hof prüft insbesondere:
 - a) die Unmöglichkeit für den Beschuldigten und die Zivilpartei, die vertraulich Akte einzusehen (B.9.4 bis B.12.5);
 - b) die bestrittene Unparteilichkeit der Anklagekammer (B.13);
 - c) die getrennte Vernehmung der Parteien und die nichtkontradiktorische Beschaffenheit des Verfahrens (B.14.1 bis B.14.5);
 - d) die Frist für die Einsichtnahme in die Strafakte (B.14.6);
 - e) das Verfahren für die Kontrolle der vertraulichen Akte und der Strafakte durch die Anklagekammer (B.15);
 - f) das Fehlen eines Rechtsmittels gegen das Urteil der Anklagekammer (B.16.1 bis B.16.11);
 - g) das angeführte Fehlen der Sanktionierung von Nichtigkeiten (B.16.12);
 - h) das Fehlen einer Kontrolle der besonderen Ermittlungsmethoden im Fall einer Verfahrenseinstellung, wenn sie im Rahmen der Vollstreckung von Strafen und im Fall der Inanspruchnahme von Informanten durchgeführt wurden (B.17);
7. das Verfahren vor dem Assisenhof (B.18);

8. der Ausschluss von stellvertretenden Gerichtsräten (B.19);

9. die zeitliche Anwendung des Gesetzes (B.20).

In Bezug auf die Zuständigkeit des Hofes

B.2.1. In ihren verschiedenen Klagegründen führen die klagenden Parteien einen Verstoß gegen die Verfassung an, insbesondere gegen deren Artikel 10, 11, 12, 14, 15, 22 und 142, gegebenenfalls in Verbindung mit:

- der Europäischen Menschenrechtskonvention, insbesondere deren Artikeln 3, 6, 7, 8, 10 und 13;

- dem ersten Zusatzprotokoll zur vorerwähnten Konvention, insbesondere dessen Artikel 1;

- des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, insbesondere dessen Artikeln 7, 14, 15 und 17;

- den Grundsätzen der Rechtskraft, der Verhältnismäßigkeit, der Rechtssicherheit und den allgemeinen Grundsätzen des Strafrechtes;

- den Artikeln 8 und 9 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989.

B.2.2. Aufgrund von Artikel 1 dieses Sondergesetzes in der durch das Sondergesetz vom 9. März 2003 abgeänderten Fassung ist der Hof dafür zuständig, über Klagen auf Nichtigerklärung einer gesetzgeberischen Norm zu befinden, und zwar wegen Verletzung

«1. der Regeln, die durch die Verfassung oder aufgrund der Verfassung für die Bestimmung der jeweiligen Zuständigkeiten des Staates, der Gemeinschaften und der Regionen festgelegt sind, oder

2. der Artikel von Titel II ' Die Belgier und ihre Rechte ' und der Artikel 170, 172 und 191 der Verfassung».

B.2.3. Die Klagen sind zulässig, insofern ein Verstoß gegen die Artikel 10, 11, 12, 14, 15 und 22 der Verfassung angeführt wird.

Die Klagen sind hingegen unzulässig, insofern ein direkter Verstoß gegen Artikel 142 angeführt wird. Insofern ein Verstoß gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung in Verbindung mit deren Artikel 142 angeführt wird, legen die Parteien nicht dar, inwiefern das angefochtene Gesetz vom 27. Dezember 2005 gegen diese Bestimmungen verstoßen würde, so dass die Klage auch in diesem Punkt unzulässig ist.

B.2.4. Wenn eine für Belgien verbindliche Vertragsbestimmung eine ähnliche Tragweite hat wie diejenige einer der Verfassungsbestimmungen, für deren Kontrolle der Hof zuständig ist und deren Verstoß angeführt wird, bilden die in dieser Vertragsbestimmung festgelegten Garantien ein unteilbares Ganzes mit den in den betreffenden Verfassungsbestimmungen verankerten Garantien.

Daraus ist zu schlussfolgern, dass der Hof bei der Kontrolle anhand der im ersten Absatz von B.2.3 angeführten Verfassungsbestimmungen die Bestimmungen des internationalen Rechts berücksichtigen muss, die ähnliche Rechte oder Freiheiten gewährleisten.

Zur Hauptsache

B.3.1. Die Bekämpfung gewisser Formen der Kriminalität, insbesondere schwerer Verbrechen oder solcher, die von kriminellen Organisationen, die über bedeutende Mittel verfügen, begangen werden, kann die mit der Ermittlung von Straftaten und mit der Verfolgung ihrer Urheber beauftragten Behörden zwingen, Ermittlungsmethoden anzuwenden, die hinsichtlich der Personen, gegen die diese Untersuchungen geführt werden, notwendigerweise einen Eingriff in gewisse Grundrechte zur Folge haben. Es obliegt dem Gesetzgeber, unter der Aufsicht des Hofes die Bestimmungen, die die Inanspruchnahme dieser Ermittlungsmethoden genehmigen und kontrollieren, so zu formulieren, dass die damit verbundenen Verletzungen der Grundrechte auf das zum Erreichen der beschriebenen Zielsetzung Notwendige begrenzt werden.

B.3.2. Den besonderen Ermittlungs- und Untersuchungsmethoden, die den Gegenstand des angefochtenen Gesetzes bilden, ist gemein, dass sie einen schweren Eingriff in gewisse Grundrechte zur Folge haben können. Sowohl aus der durchgreifenden Beschaffenheit dieser Methoden als auch aus der Sorgfalt, mit der der Gesetzgeber den Rechtsrahmen ihrer Anwendung festgelegt hat, ist zu schlussfolgern, dass im Fall der Nichteinhaltung der wesentlichen Bedingungen für die Anwendung dieser Methoden der unter deren Übertretung erhaltene Beweis ungültig ist.

Der Hof prüft die angeführten Klagegründe unter Berücksichtigung dieser Darlegungen.

1. *Die Definition und die Folgen der Provokation (Artikel 2)*

B.4.1. Artikel 47^{quater} des Strafprozessgesetzbuches bestimmte in der durch Artikel 4 des Gesetzes vom 6. Januar 2003 eingefügten Fassung, dass ein Polizeibeamter eine verdächtige Person im Rahmen einer besonderen Ermittlungsmethode nicht dazu bringen darf, andere Straftaten zu begehen als diejenigen, die sie bereits begehen wollte. Eine Missachtung dieses Verbots hatte eine Unzulässigkeit der Strafverfolgung in Bezug auf diese Handlungen zur Folge.

B.4.2. Im Urteil Nr. 202/2004 hat der Hof festgestellt, dass diese Bestimmung dem Begriff Provokation eine einschränkende Auslegung verlieh, so dass zwischen verfolgten Personen eine Diskriminierung geschaffen wird, je nachdem, ob ihnen gegenüber das Gesetz über die besonderen Ermittlungsmethoden angewandt worden ist oder nicht. Aus diesem Grund hat der Hof die Bestimmung für nichtig erklärt.

B.4.3. Um dieser Kritik zu entsprechen, fügt Artikel 2 des angefochtenen Gesetzes in den einleitenden Titel des Strafprozessgesetzbuches ein neues Kapitel V mit dem Titel «Unzulässigkeit der Strafverfolgung wegen Provokation» ein. Das Kapitel enthält einen neuen Artikel 30 mit folgendem Wortlaut:

«Die Provokation von Straftaten ist verboten.

Es liegt Provokation vor, wenn beim Täter die Absicht zu einer Straftat durch Eingreifen eines Polizeibeamten oder eines Dritten, der auf ausdrückliche Bitte dieses Beamten handelt, direkt hervorgerufen oder verstärkt wird oder bestätigt wird, während der Täter dies beenden wollte.

Im Fall der Provokation ist die Strafverfolgung unzulässig in Bezug auf diese Handlungen».

B.4.4. Da das Verbot der Provokation und deren gesetzliche Definition in den einleitenden Titel des Strafprozessgesetzbuches aufgenommen wurden, sind sie fortan anwendbar auf alle Straftaten und nicht mehr nur auf jene Straftaten, die im Rahmen der Anwendung einer besonderen Ermittlungsmethode provoziert wurden.

Somit hat der Gesetzgeber die in B.4.2 angeführte Diskriminierung beendet.

B.4.5. Insofern die klagenden Parteien in der Rechtssache Nr. 4012 einen Verstoß gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung in Verbindung mit den Artikeln 8 und 9 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 und mit den Grundsätzen der Rechtssicherheit und der Rechtskraft geltend machen, ist ihre Beschwerde unbegründet; der Gesetzgeber hat nämlich nicht gegen die Rechtskraft des Urteils Nr. 202/2004 verstoßen.

Ihre Beschwerde ist nicht zulässig, insofern sie einen Verstoß gegen Artikel 22 der Verfassung und gegen Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention anführen, da sie nicht darlegen, inwiefern gegen diese Bestimmungen verstoßen werde.

B.4.6. Die klagenden Parteien führen einen Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren sowie gegen die Grundsätze der Legalität und der Vorhersehbarkeit in Strafsachen an, insofern Absatz 3 von Artikel 30, der in B.4.3 zitiert wird, die Unzulässigkeit der Strafverfolgung auf provozierte Handlungen beschränke und nicht auf die gesamte Strafverfolgung ausdehne.

B.4.7. Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention garantiert die Rechte der Verteidigung für alle Angeklagten. Diese Bestimmung verhindert zwar grundsätzlich nicht, dass der Beweis einer Straftat durch die Infiltrierung von Polizeibeamten erzielt wird, widersetzt sich jedoch jeder Form der Provokation der Straftat. Es liegt Provokation vor, wenn nichts darauf hindeutet, dass die Straftat auch ohne Eingreifen der Polizei begangen worden wäre (EuGHMR, 9. Juni 1998, *Teixeira de Castro* gegen Portugal, § 39; 24. April 2007, *V.* gegen Finnland, § 69).

Wenn eine ungesetzliche Handlung die Grundlage für das Begehen einer Straftat bildet, verstößt die Strafverfolgung auf grundsätzliche Weise gegen das Recht auf ein faires Verfahren, insofern sie sich auf diese Straftat bezieht.

Die Strafverfolgung in Bezug auf andere Handlungen hingegen, die vor der Provokation stattgefunden haben oder keinerlei Zusammenhang damit aufweisen und die auf gesetzmäßige Weise festgestellt wurden, verstößt nicht gegen das Recht auf ein faires Verfahren.

B.4.8. Es kann nur dem Richter überlassen werden, auf der Grundlage aller faktischen Umstände und Elemente der Sache zu beurteilen, welche Handlungen einen Zusammenhang zu den provozierten Handlungen aufweisen, und zu beschließen, ob die Unzulässigkeit der Strafverfolgung sich auf andere als die direkt provozierten Handlungen ausdehnen soll. Eine solche Beurteilungsbefugnis des Richters verstößt nicht gegen die Grundsätze der Legalität und der Vorhersehbarkeit in Strafsachen.

B.4.9. Der erste Teil des ersten Klagegrunds in der Rechtssache Nr. 4012 und der fünfte Klagegrund in der Rechtssache Nr. 4027 sind unbegründet.

B.4.10. Im zweiten Teil des ersten Klagegrunds in der Rechtssache Nr. 4012 führen die klagenden Parteien an, Personen, die einer Provokation ausgesetzt worden seien im Rahmen der Anwendung einer besonderen Ermittlungsmethode, würden nachteiliger behandelt als Personen, die einer Provokation ausgesetzt worden seien im Rahmen einer Untersuchung, bei der keine besondere Ermittlungsmethode angewandt worden sei, da die erste Kategorie von Personen, indem sie keinen Zugang zur vertraulichen Akte hätten, über keinerlei Mittel verfügten, um zu prüfen, ob die Handlungen, für die sie verfolgt würden, provoziert worden seien oder nicht.

B.4.11. Da dieser Teil des Klagegrunds sich auf den fehlenden Zugang zur vertraulichen Akte bezieht, deckt er sich mit den Klagegründen in Bezug auf die Gerichtsbarkeitsgarantien hinsichtlich dieser Akte; diese werden in B.9 geprüft.

2. *Die Erweiterung der Möglichkeit des Prokurators des Königs, Informationen über Bankkonten, Bankschließfächer, Finanzinstrumente und Banktransaktionen zu sammeln (Artikel 5)*

B.5.1. Artikel 46^{quater} des Strafprozessgesetzbuches sah in der durch Artikel 13 des Gesetzes vom 6. Januar 2003 eingefügten Fassung bereits die Möglichkeit vor, dass der Prokurator des Königs unter bestimmten Bedingungen Angaben über Bankkonten und Banktransaktionen sammeln konnte und diese Transaktionen zeitweise beobachten lassen konnte.

Um dem Bedürfnis nach einem umfassenderen Anwendungsbereich zu entsprechen, das sich in der Praxis ergeben hatte, hat der angefochtene Artikel 5 des Gesetzes vom 27. Dezember 2005 die dem Prokurator des Königs verliehene Befugnis in zweierlei Hinsicht erweitert.

Zunächst beschränkt sich die Möglichkeit, Daten zu sammeln und eine Überwachung vorzunehmen, nicht mehr auf Bankkonten und Banktransaktionen, sie kann sich nämlich nunmehr auch auf Bankschließfächer und Finanzinstrumente im Sinne von Artikel 2 Nr. 1 des Gesetzes vom 2. August 2002 über die Aufsicht über den Finanzsektor und die Finanzdienstleistungen erstrecken.

Sodann erhält der Prokurator des Königs die Befugnis, unter bestimmten Bedingungen eine Maßnahme des sogenannten «Einfrierens» zu fordern, so dass die Bank oder die Kreditanstalt die mit dem Bankkonto, dem Bankschließfach oder dem Finanzinstrument verbundenen Guthaben und Verbindlichkeiten für einen festgelegten Zeitraum nicht herausgeben darf.

Nach Auffassung der klagenden Parteien verstoße der neue Artikel 46^{quater} des Strafprozessgesetzbuches in der durch Artikel 5 des Gesetzes vom 27. Dezember 2005 eingefügten Fassung gegen die Artikel 10, 11 und 22 der Verfassung in Verbindung mit Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention.

B.5.2. In der Klageschrift, die zum Urteil Nr. 202/2004 geführt hat, wurden sowohl der zu umfassende Anwendungsbereich als auch die Anwendungsmodalitäten der Maßnahme im Sinne des ursprünglichen Artikels 46^{quater} bemängelt.

Der Hof urteilte zunächst, dass das Sammeln und Analysieren von Daten in Verbindung mit Bankkonten und Banktransaktionen Maßnahmen sind, die das Recht auf Achtung des Privatlebens der betroffenen Personen sowie der Personen, die finanzielle Kontakte mit den Letztgenannten haben, verletzen. Diese Maßnahmen müssen somit den in Artikel 22 der Verfassung vorgesehenen Erfordernissen der Legalität und der Vorhersehbarkeit entsprechen, ein gesetzmäßiges Ziel verfolgen und einen vernünftigen Zusammenhang der Verhältnismäßigkeit zu diesem Ziel aufweisen.

Der Hof hat festgestellt, dass dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit Genüge getan wird, da die Möglichkeit zur Anwendung dieser Maßnahme auf Straftaten einer gewissen Schwere beschränkt ist; der Prokurator des Königs kann sie nur dann ergreifen, wenn schwerwiegende Indizien dafür vorliegen, dass die Straftaten zu einer korrekionalen Hauptgefängnisstrafe von einem Jahr oder einer schwereren Strafe führen können.

Diese Bedingung wurde unverändert in den neuen Artikel 46^{quater} übernommen. In dieser Hinsicht verstößt der angefochtene Artikel 5 des Gesetzes vom 27. Dezember 2005 nicht gegen Artikel 22 der Verfassung.

B.5.3. Im Urteil Nr. 202/2004 wurde sodann erkannt, dass es sich als gerechtfertigt erweist, dass der Prokurator des Königs von der Bank ebenfalls Auskünfte im Zusammenhang mit den Konten erhalten kann, bei denen der Verdächtige nicht der Inhaber oder der Bevollmächtigte ist, sondern der «wirtschaftliche Eigentümer», das heißt die Person, die von der Bank auf der Grundlage von Artikel 5 des vorerwähnten Gesetzes vom 11. Januar 1993 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung identifiziert wurde.

Vorbehaltlich dieser Auslegung wurde der ursprüngliche Artikel 46^{quater} des Strafprozessgesetzbuches in dieser Hinsicht als mit Artikel 22 der Verfassung vereinbar angesehen.

Der neue Artikel 46^{quater} bestimmt immer noch, dass der Verdächtige Inhaber, Bevollmächtigter oder «wirtschaftlicher Eigentümer» sein muss, so dass die vom Hof angenommene Rechtfertigung in Bezug auf die nunmehr angefochtene Bestimmung aufrechterhalten werden kann.

B.5.4. Schließlich hat der Hof im selben Urteil Nr. 202/2004 erkannt, dass der zeitliche Anwendungsbereich der Maßnahme keine unverhältnismäßige Verletzung der Rechte der betroffenen Personen zur Folge hat und dass mit der Anwendung des Gesetzes vom 8. Dezember 1992 über den Schutz des Privatlebens hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Daten das Recht auf den Schutz des Privatlebens ausreichend gewährleistet ist.

Artikel 46^{quater} enthält in dieser Hinsicht keinerlei Änderung.

B.5.5. Die Beschwerden der klagenden Parteien betreffen jedoch nicht den Umstand, dass die Zuständigkeit des Prokurators des Königs erweitert wird, sondern das Fehlen irgendeines Eingreifens des Untersuchungsrichters. Sie führen an, der neue Artikel 46^{quater} biete in diesem Punkt nicht die gleichen Garantien wie Artikel 88^{bis} (bezüglich der Ermittlung und Ortung der Telekommunikation), die Artikel 46^{ter} und 88^{sexies} (bezüglich des Abfangens, des Öffnens und der Kenntnisnahme von Korrespondenz) und Artikel 90^{ter} (bezüglich des Abhörens, der Kenntnisnahme und der Aufzeichnung privater Kommunikation und Telekommunikation) des Strafprozessgesetzbuches (dritter Teil des vierten Klagegrunds in der Rechtssache Nr. 4012 und erster Klagegrund in der Rechtssache Nr. 4027).

B.5.6. Artikel 88^{bis} des Strafprozessgesetzbuches geht von der grundsätzlichen Zuständigkeit des Untersuchungsrichters aus. Der Prokurator des Königs kann die Ermittlung oder die Ortung der Telekommunikation nur anordnen, wenn es sich um eine Erstattung auf frischer Tat von strafbaren Handlungen im Sinne von Artikel 90^{ter} §§ 2, 3 und 4 des Strafprozessgesetzbuches handelt und unter der Bedingung, dass die Maßnahme innerhalb von vierundzwanzig Stunden durch einen Untersuchungsrichter bestätigt wird. Er kann diese Maßnahme auch anordnen, wenn der Kläger darum bittet, wenn die Maßnahme sich als unentbehrlich erweist für die Feststellung einer strafbaren Handlung im Sinne von Artikel 145 § 3 des Gesetzes vom 13. Juni 2005 über die elektronische Kommunikation.

Gemäß Artikel 90^{ter} des Strafprozessgesetzbuches ist nur der Untersuchungsrichter unter bestimmten Bedingungen befugt, das Abhören, die Kenntnisnahme und das Aufzeichnen privater Kommunikation und Telekommunikation während ihrer Übertragung anzuordnen. Artikel 90^{ter} § 5 desselben Gesetzbuches verleiht diese Befugnis auch dem Prokurator des Königs, aber nur dann, wenn es sich um eine Erstattung auf frischer Tat von Straftaten im Sinne von Artikel 347^{bis} oder 470 des Strafgesetzbuches handelt. Die Maßnahme muss innerhalb von vierundzwanzig Stunden durch den Untersuchungsrichter bestätigt werden. Die Mini-Untersuchung im Sinne von Artikel 28^{septies} des Strafprozessgesetzbuches ist ausgeschlossen.

Gemäß Artikel 46^{ter} des Strafprozessgesetzbuches kann der Prokurator des Königs bei der Ermittlung von Verbrechen und Vergehen die einem Postbetreiber anvertraute Post abfangen und beschlagnahmen, wenn schwerwiegende Indizien dafür bestehen, dass die Straftaten zu einer korrekionalen Hauptgefängnisstrafe von einem Jahr oder einer schwereren Strafe führen können. Um diese Korrespondenz öffnen und ihren Inhalt zur Kenntnis nehmen zu können, ist jedoch, vorbehaltlich des Ertappens auf frischer Tat, das Eingreifen eines Untersuchungsrichters erforderlich (Artikel 88^{sexies} § 1 Absätze 1 und 2 des Strafprozessgesetzbuches).

B.5.7. Ohne die Lage der Personen, die Gegenstand unterschiedlicher Untersuchungsmaßnahmen sind, Punkt für Punkt vergleichen zu müssen, erweist sich, dass das Sammeln von Angaben in Bezug auf Bankkonten, Bankschließfächer, Finanzinstrumente und Banktransaktionen eine andere Beschaffenheit aufweist als die in B.5.6 beschriebenen Maßnahmen, die ein direktes Eindringen in Kommunikationen, die sich auf das Privatleben in seiner intimsten Form beziehen, ermöglichen.

B.5.8. Die angefochtene Maßnahme ist sodann im Lichte anderer ähnlicher Maßnahmen zu prüfen, wie die Beschlagnahme von Forderungen im Sinne von Artikel 37 §§ 2 bis 4 des Strafprozessgesetzbuches und die besondere Untersuchung über Vermögensvorteile im Sinne der Artikel 524^{bis} und 524^{ter} desselben Gesetzbuches, wobei auch dem Prokurator des Königs eine zentrale Rolle zugesprochen ist, auch wenn diese Untersuchung durch einen Richter angeordnet wird. In diesem Zusammenhang betonte der Gesetzgeber nicht nur, dass das Ziel der Maßnahme darin bestand habe, die Rechtsunsicherheit zu beheben, die vorher bestanden habe und die sich aus der Tatsache ergeben habe, dass die «Gerichtsbehörden abhängig sind vom guten Willen und von der Mitarbeit des Banksektors» (*Parl. Dok.*, Kammer, 2001-2002, DOC 50-1688/001, S. 65), sondern auch seinen Wunsch, die Maßnahme auf das Gesetz vom 19. Dezember 2002 zur Erweiterung der Möglichkeiten der Beschlagnahme und Einziehung in Strafsachen abzustimmen (*Parl. Dok.*, Kammer, 2005-2006, DOC 51-2055/001, SS. 11 ff.).

B.5.9. Aus den vorstehenden Erwägungen geht hervor, dass das Sammeln von Bankdaten eigene Merkmale aufweist, wodurch diese Methode sich von dem Abhören privater Kommunikation oder Telekommunikation und dem Öffnen von Korrespondenz unterscheidet und sie sich an die in B.5.8 angeführten Maßnahmen anlehnt. Der Gesetzgeber konnte die dem Prokurator des Königs anvertraute zentrale Rolle erweitern, was die letztgenannten Maßnahmen betrifft. Aus den gleichen Gründen ist die Anwendung der Maßnahme im Rahmen der Mini-Untersuchung im Sinne von Artikel 28^{septies} des Strafprozessgesetzbuches annehmbar.

B.5.10. Die Klagegründe sind unbegründet.

3. Die Änderung des Verfahrens zur Durchführung der diskreten Sichtkontrolle (Artikel 6 und 18)

B.6.1. Mehrere Klagegründe (erster Klagegrund in der Rechtssache Nr. 4010, zweiter Teil des vierten Klagegrunds in der Rechtssache Nr. 4012, zweiter Klagegrund in der Rechtssache Nr. 4027) beziehen sich auf die «diskrete Sichtkontrolle». Die «diskrete Sichtkontrolle» besteht darin, dass die Polizeidienste zu jeder Zeit ohne Mitwissen des Eigentümers oder seiner Angehörigen oder ohne deren Zustimmung einen Privatraum betreten dürfen, mit dem Zweck, entweder «diesen Ort zu inspizieren und auf das etwaige Vorhandensein von Sachen hin zu prüfen, die Gegenstand einer Straftat sind, die dazu gedient haben oder dazu bestimmt sind, eine solche zu begehen, oder die durch eine Straftat hergestellt wurden, von Vermögensvorteilen, die direkt aus der Straftat erzielt wurden, von Gütern und Wertgegenständen, durch die sie ersetzt wurden, und von Einkünften aus den investierten Vorteilen», oder Beweise für das Vorhandensein solcher Sachen zu sammeln oder im Rahmen einer Observation ein technisches Mittel im Sinne von Artikel 47^{sexies} § 1 Absatz 3 des Strafprozessgesetzbuches zu installieren (Artikel 46^{quinquies} §§ 1 und 2 desselben Gesetzbuches). Die Anwendung von technischen Mitteln, mit denen das gleiche Ergebnis erzielt werden kann, ohne den betreffenden privaten Ort materiell zu betreten, wird einem Betreten dieses Ortes gleichgestellt (Artikel 46^{quinquies} § 4).

Wenn die diskrete Sichtkontrolle einen privaten Ort betrifft, der offensichtlich «keine Wohnung, kein durch eine Wohnung umgebenes Nebengebäude im Sinne der Artikel 479, 480 und 481 des Strafgesetzbuches, kein zu Berufszwecken benutzter Raum oder Wohnsitz eines Rechtsanwalts oder eines Arztes im Sinne von Artikel 56^{bis} Absatz 3» ist, muss die Genehmigung durch den Prokurator des Königs erteilt werden (Artikel 46^{quinquies} § 2 des Strafprozessgesetzbuches). Wenn es sich um einen anderen privaten Ort als die Orte im Sinne von Artikel 46^{quinquies} § 1 des Strafprozessgesetzbuches handelt, kann nur der Untersuchungsrichter die Polizeidienste zu einer solchen Kontrolle ermächtigen (Artikel 89^{ter} Absatz 1).

B.6.2. Die klagenden Parteien bemängeln im Wesentlichen den im Gesetz vom 27. Dezember 2005 vorgenommenen Unterschied zwischen privaten Orten im Sinne von Artikel 46^{quinquies} des Strafprozessgesetzbuches und den Orten im Sinne von Artikel 89^{ter} desselben Gesetzbuches, insofern für eine diskrete Sichtkontrolle in der ersten Kategorie von privaten Orten die Genehmigung des Prokurators des Königs ausreicht, während für eine solche Maßnahme in der zweiten Kategorie von privaten Orten die Genehmigung des Untersuchungsrichters erforderlich ist. Sie führen einen Verstoß gegen die Artikel 10, 11, 15 und 22 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention und mit der Rechtskraft des Urteils Nr. 202/2004 an.

B.6.3. Der Behandlungsunterschied beruht auf einem objektiven Kriterium, nämlich der Art des privaten Ortes, an dem die diskrete Sichtkontrolle stattfindet.

Die erste Kategorie von privaten Orten betrifft «Lagerhallen, Lagerschuppen und Garagenboxen» (*Parl. Dok.*, Kammer, 2005-2006, DOC 51-2055/001, S. 16). In diesem Zusammenhang werden angeführt:

«Lagerschuppen, wie diese existieren, Container im Hafen von Antwerpen oder Container, die sich in diesem Hafen befinden, die in vielen Fällen harte Drogen enthalten, die beispielsweise aus Südamerika stammen. Es handelt sich auch um vollständig abgelegene Garagenboxen, in denen in manchen Fällen Waffenlager versteckt sind» (*Parl. Dok.*, Kammer, 2005-2006, DOC 51-2055/005, S. 20).

Die zweite Kategorie von privaten Orten betrifft Wohnungen, die durch Artikel 15 der Verfassung und durch Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention geschützt sind (*Parl. Dok.*, Kammer, 2005-2006, DOC 51-2055/001, S. 17). Hierbei verweist der Gesetzgeber auf die Definition des Begriffs «Wohnung» in der Rechtsprechung des Kassationshofes (ebenda).

B.6.4. Aus den vorstehenden Erwägungen geht hervor, dass es sich bei den privaten Orten im Sinne von Artikel 46*quinquies* des Strafprozessgesetzbuches nicht um Wohnungen im Sinne von Artikel 15 der Verfassung und von Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention handelt. Dies hindert jedoch nicht daran, dass der durch Artikel 22 der Verfassung und Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention gewährleistete Schutz des Privatlebens sich auf solche Orte erstrecken kann.

B.6.5. Die diskrete Sichtkontrolle an den privaten Orten im Sinne von Artikel 46*quinquies* § 1 Absatz 2 des Strafprozessgesetzbuches kann eine Einmischung in das Recht auf Achtung des Privatlebens darstellen.

B.6.6. Selbst wenn der Grad der Einmischung der diskreten Sichtkontrolle in das Privatleben mit der Haussuchung verglichen werden kann, ist es nicht unvernünftig, dass der Prokurator des Königs die diesbezügliche Genehmigung erteilen kann, wenn sie sich nicht auf eine Wohnung bezieht. Auch wenn das Eingreifen eines Richters eine erhebliche Garantie darstellt, ist eine Abweichung davon für private Orte, die nicht als Wohnung dienen, zulässig, wenn sie durch Gründe zu rechtfertigen ist, die den Straftaten eigen sind, auf die sie sich beziehen, wenn diese Abweichung auf das beschränkt ist, was strikt notwendig ist, um das gesetzliche Ziel zu erreichen, und wenn das Fehlen der Garantie eines vorherigen richterlichen Eingreifens durch andere ausreichende Maßnahmen zur Vorbeugung von Missbrauch ausgeglichen wird.

B.6.7. In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass die diskrete Sichtkontrolle an den privaten Orten im Sinne von Artikel 46*quinquies* des Strafprozessgesetzbuches nur möglich ist, wenn die betreffenden strafbaren Handlungen eine Straftat im Sinne von Artikel 90ter §§ 2 bis 4 desselben Gesetzbuches «darstellen oder darstellen würden» oder im Rahmen einer kriminellen Organisation im Sinne von Artikel 324*bis* des Strafgesetzbuches «begangen wurden oder begangen worden wären» und wenn die anderen Untersuchungsmöglichkeiten nicht zur Wahrheitsfindung auszureichen scheinen (Artikel 46*quinquies* § 1 Absatz 1 des Strafprozessgesetzbuches).

Die «diskrete Sichtkontrolle» kann der Prokurator des Königs im Übrigen nur beschließen für Orte, für die man auf der Grundlage von präzisen Indizien vermutet, dass sich die in B.6.1 beschriebenen Sachen, Vermögensvorteile, Güter und Wertgegenstände dort befinden. Außerdem ist erforderlich, dass diesbezügliche Beweise gesammelt werden können oder es sich um Orte handelt, für die man vermutet, dass sie von verdächtigen Personen benutzt werden (Artikel 46*quinquies* § 2 Nr. 1 und § 3).

Schließlich, wenn die Entscheidung zur Genehmigung der diskreten Sichtkontrolle im Rahmen der Anwendung von besonderen Ermittlungsmethoden im Sinne der Artikel 47ter bis 47*decies* des Strafprozessgesetzbuches getroffen wird, werden die Entscheidung und alle damit verbundenen Protokolle spätestens nach Beendigung der besonderen Ermittlungsmethode der Straftakte beigefügt (Artikel 46*quinquies* § 1 Absatz 4 desselben Gesetzbuches).

Folglich sind die in B.6.6 angeführten Bedingungen erfüllt, und der in B.6.2 angeführte Behandlungsunterschied ist vernünftig gerechtfertigt.

B.6.8. Die Klagegründe sind unbegründet.

4. Die Möglichkeit, die besonderen Ermittlungsmethoden im Rahmen der Vollstreckung von Strafen anzuwenden (Artikel 7)

B.7.1. Die klagenden Parteien in der Rechtssache Nr. 4010 leiten einen Klagegrund aus einem Verstoß gegen die Artikel 15 und 22 der Verfassung in Verbindung mit Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention ab, insofern Artikel 47ter § 1 Absatz 3 des Strafprozessgesetzbuches es ermögliche, dass alle besonderen Ermittlungsmethoden, mit Ausnahme derjenigen, die vom Untersuchungsrichter angeordnet werden müssten, ohne Unterschied im Hinblick auf die Vollstreckung von Strafen angewandt werden könnten. Diese Erweiterung der Inanspruchnahme der besonderen Ermittlungsmethoden sei ungerechtfertigt und entspreche nicht dem Subsidiaritätsgrundsatz, da diese Methoden einen ernsthaften Verstoß gegen die durch die vorerwähnten Verfassungs- und Vertragsbestimmungen gewährleisteten Grundrechte und -freiheiten darstellten. Dieser Verstoß sei umso offensichtlicher, als keinerlei richterliche Kontrolle in Bezug auf die Ausführung dieser besonderen Ermittlungsmethoden vorgesehen sei. Sie fügen hinzu, dass die Anwendung dieser Methoden sich nicht auf eine Observation zur Aufspürung eines Flüchtlings, der sich der Vollstreckung seiner Strafe entziehe, beschränke, sondern auch die Anwendung einer Infiltrierung ermögliche, was nicht zu rechtfertigen sei, da diese voraussetze, dass ein Polizeibeamter unter einer fiktiven Identität dauerhafte Kontakte mit Personen unterhalte, «für die schwerwiegende Indizien darauf vorliegen, dass sie strafbare Handlungen begehen oder begehen würden» (Artikel 47*octies* § 1 des Strafprozessgesetzbuches). Schließlich betreffe die allgemeine Möglichkeit, ohne Unterschied alle besonderen Ermittlungsmethoden im Rahmen der Vollstreckung von Strafen anzuwenden, ebenfalls die Personen aus der Umgebung des Verurteilten, die *per definitionem* nicht einer strafbaren Handlung oder einer Handlung, für die die besonderen Untersuchungsmethoden angewandt werden könnten, verdächtigt werden.

B.7.2. In seinem Urteil Nr. 202/2004 hat der Hof einen Klagegrund abgewiesen, der aus einem Verstoß gegen die durch die Artikel 12 Absatz 2, 15 und 22 der Verfassung gewährleisteten Rechte abgeleitet war, da die besonderen Untersuchungsmethoden, die den Gegenstand von Artikel 47ter des Strafprozessgesetzbuches bilden, «ausschließlich mit dem Ziel, begangene oder zukünftige Verbrechen oder Vergehen aufzuspüren, deren Beweise zu sammeln sowie deren Urheber zu identifizieren oder zu verfolgen» angewandt werden können (B.3.2).

B.7.3. Durch Artikel 47ter § 1 Absatz 3 bietet der Gesetzgeber die Möglichkeit, auf Observation, Infiltrierung und Informanten zurückzugreifen «im Rahmen der Vollstreckung von Strafen oder Freiheitsentziehungsmaßnahmen [...], wenn die Person sich deren Vollstreckung entzogen hat».

Die Suche nach einem Verurteilten, der sich der Vollstreckung seiner Strafe entzieht, erfolgt nicht im Rahmen der Ermittlung von Verbrechen oder Vergehen. Die Kontrolle, die Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches fortan der Anklagekammer anvertraut und die in B.9 bis B.15 geprüft wird, kann also nicht durchgeführt werden.

Gemäß Artikel 40 Absatz 2 der Verfassung ist die ausführende Gewalt befugt, das auszuführen, was der Strafrichter beschlossen hat, unter Vorbehalt der dem Gericht zugewiesenen Befugnis bezüglich der Anwendung der Strafen, wenn es darum geht, die Art oder die Dauer der Strafe zu ändern. Die Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der betreffenden Maßnahmen kann also grundsätzlich dem Prokurator des Königs und dem Generalprokurator anvertraut werden, wie dies in Artikel 47*undecies* des Strafprozessgesetzbuches vorgesehen ist.

B.7.4. Die Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden kann jedoch eine Einmischung in das Recht auf Achtung des Privatlebens und der Wohnung darstellen, das durch die im Klagegrund angeführten Bestimmungen gewährleistet wird und das grundsätzlich den Gegenstand der Inanspruchnahme eines unabhängigen und unparteiischen Richters oder zumindest einer Kontrolle durch einen solchen Richter sein muss.

B.7.5. In seinem Gutachten zum Vorentwurf, der zum angefochtenen Gesetz werden sollte, hat die Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates, während sie anführte, dass «die Abänderung von Artikel 47ter § 1 grundsätzlich nicht angreifbar scheint», den Standpunkt vertreten, dass der Text nicht «dem Grundsatz der Vorhersehbarkeit, der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit» entspreche, insofern keinerlei genaue Information «in Bezug auf die Art der begangenen strafbaren Handlungen oder die Schwere der ausgesprochenen Verurteilung» gegeben werde (*Parl. Dok.*, Kammer, DOC 51-2055/001, S. 108). Der Gesetzgeber hat diese Anmerkung berücksichtigt, indem er präziserte, dass diese Methoden im Rahmen der Vollstreckung von Strafen oder Freiheitsentziehungsmaßnahmen «unter den gleichen Bedingungen wie denjenigen, die für die Observation, die Infiltrierung und die Inanspruchnahme von Informanten vorgesehen sind» angewandt werden können» (Artikel 47ter § 1 Absatz 3).

B.7.6. Indem der Gesetzgeber sich darauf beschränkt, auf allgemeine Weise auf Bedingungen zu verweisen, die den vollständig anderen Fall von Maßnahmen betreffen, die angewandt werden auf Personen, die der Verübung von Straftaten verdächtigt werden, und die sich in den Rahmen einer Ermittlung oder einer gerichtlichen Untersuchung einfügen, hat er nicht ausreichend präzise die Anwendungsbedingungen dieser Maßnahmen im Rahmen der Vollstreckung von Strafen definiert. Darüber hinaus kann die Durchführung der besonderen Ermittlungsmethoden durch keinerlei unabhängigen und unparteiischen Richter kontrolliert werden, da diese Durchführung außerhalb des in Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches vorgesehenen Falls stattfindet und keinerlei Bestimmung diese Kontrolle einem anderen Richter anvertraut. Diese Kontrolle ist umso notwendiger, als die Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden gegen die Grundrechte anderer als der verurteilten Personen verstoßen kann.

B.7.7. Der Ministerrat bemerkt in seinem Gegenerwiderungsschriftsatz, dass der Staat sowie die Gemeinden oder die lokalen Polizeizonen haftbar gemacht werden könnten für die durch Mitglieder der Staatsanwaltschaft oder durch die Polizeidienste begangenen Fehler und dass diese Möglichkeit als eine wirksame Beschwerde im Sinne von Artikel 13 der Europäischen Menschenrechtskonvention angesehen werden müsse. Eine solche Klage kann jedoch nicht als eine Kontrolle oder ein sachdienliches Rechtsmittel angesehen werden, da nicht vorgesehen ist, dass der Verurteilte von der Verwendung besonderer Ermittlungsmethoden im Hinblick auf seine Verhaftung in Kenntnis gesetzt wird, und auch dann, wenn er Kenntnis davon erlangt hätte, der Richter, bei dem die Sache anhängig gemacht wird, keinen Zugang zur vertraulichen Akte haben wird.

B.7.8. Der Klagegrund ist begründet, weshalb Artikel 47ter § 1 Absatz 3 für nichtig zu erklären ist. Infolgedessen ist in Artikel 47undecies Absatz 2 der zweite Satz für nichtig zu erklären, wonach der vom Generalprokurator erstellte Bericht die Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden im Rahmen der Durchführung von Strafen oder von Freiheitsentziehungsmaßnahmen behandelt, ebenso wie der zweite Satz von Artikel 47undecies Absatz 3, der eine identische Bestimmung in Bezug auf den Bericht des Föderalprokurators enthält.

5. Die Genehmigung der Informanten, Straftaten zu begehen (Artikel 13 Nr. 2)

B.8.1. Ein Informant ist eine Person, von der angenommen wird, dass sie enge Kontakte zu einer oder mehreren Personen unterhält, für die schwerwiegende Indizien darauf vorliegen, dass sie strafbare Handlungen begehen oder begehen würden, und die dem Polizeibeamten, gegebenenfalls auf dessen Anfrage hin, Informationen und Angaben erteilt (Artikel 47decies § 1 des Strafprozessgesetzbuches).

Bei der Ausarbeitung des Gesetzes vom 6. Januar 2003 hatte der Gesetzgeber ausgeschlossen, dass ein Vorgang der Infiltrierung Personen anvertraut werden könnte, die keine zu diesem Zweck ausgebildeten und speziell geschulten Polizeibeamten sind. Er hatte den Standpunkt vertreten, dass «das Arbeiten mit einem bürgerlichen Infiltrierer, und sicherlich mit einem kriminellen bürgerlichen Infiltrierer (was meistens der Fall ist), nämlich ein hohes Risiko darstellt, da diese Person schwer kontrollierbar ist und oft mit einer sogenannten 'doppelten Strategie' arbeitet oder in ihrem persönlichen Interesse handelt» (*Parl. Dok.*, Kammer, 2001-2002, DOC 50-1688/001, S. 34).

B.8.2. Das angefochtene Gesetz «erhält diese Logik noch immer aufrecht, möchte jedoch gleichzeitig der Inanspruchnahme von Informanten mehr Raum geben, um dem in der Praxis erheblich spürbaren Bedarf zu entsprechen, und auf diese Weise eine wichtige Lücke im Kampf gegen den Terrorismus und das organisierte Verbrechen zu schließen». Der Gesetzgeber hielt es «nach den Anschlägen von New York, Madrid und London für wünschenswert, den Kampf gegen den Terrorismus zu verstärken, indem die Gerichtsbehörden die Möglichkeit erhalten, Untersuchungsmittel anzuwenden, die der Komplexität dieses kriminellen Phänomens besser angepasst sind». Die angefochtene Maßnahme wurde insbesondere durch folgende Argumente gerechtfertigt:

«Die Praxis zeigt nämlich, dass der Prokurator des Königs in einer Reihe von wichtigen und hochsensiblen Untersuchungen im Bereich des Terrorismus und der organisierten Kriminalität in vielen Fällen mit der Frage konfrontiert wird, ob ein Informant, der bereits 'aktiv' Informationen über ein bestimmtes kriminelles Milieu oder eine Tätergruppe sammelt, auch ermächtigt werden kann, sich unter bestimmten Umständen an den kriminellen Handlungen in diesem Milieu oder dieser Tätergruppe zu beteiligen.

Diese Frage ist besonders schwierig für einen Magistrat, der abwägen muss zwischen einerseits der Aufrechterhaltung einer manchmal einzigartigen Informationsposition in einem bestimmten kriminellen Milieu, wenn der Informant ermächtigt wird, strafbare Handlungen der Mittäterschaft oder der Beihilfe zu begehen, und andererseits dem Verlust dieser Informationsposition durch eine sehr strenge Auslegung der Bestimmung in Bezug auf die Inanspruchnahme von Informanten.

Mit anderen Worten lautet die Frage nach der Wirksamkeit der Ermittlung: Was kann ein Informant - der in vielen Fällen aus dem kriminellen Milieu stammt oder eng damit verbunden ist - tun, um diese Position aufrechtzuerhalten?

Beispielsweise ein Informant, der im Rahmen einer Terrorismussache von der terroristischen Organisation gebeten wird, die Wohnung zu mieten, in der ein Anschlag vorbereitet werden soll. Oder derjenige, der eine Zielscheibe erkunden soll. Oder derjenige, der zeitweise gefälschte Reisepässe und Ausweise für diese terroristische Organisation bewahren soll. Es handelt sich dabei um Verstöße gegen Artikel 140 § 1 des Strafgesetzbuches.

Diese Handlungen können als Handlungen der Mittäterschaft im Sinne von Artikel 66 des Strafgesetzbuches angesehen werden. Und was ist mit einem Informanten, der enge Kontakte zu den Mitgliedern einer kriminellen Organisation unterhält und der dem Polizeidienst meldet, dass er über diese Organisation wahrscheinlich in den Besitz einer äußerst gefährlichen Waffe oder einer neuen Art von Drogen, die auf den Markt kommen werden, gelangen wird?

In jedem der vorstehend angeführten Fälle ist die Realität heute so, dass der Prokurator des Königs eigentlich den Standpunkt vertreten müsste, dass diese Handlungen nicht der Definition der Inanspruchnahme von Informanten *sensu stricto* im Sinne von Artikel 47decies § 1 des Strafprozessgesetzbuches entsprechen und dass der Informant somit seine Informationsposition aufgeben muss mit der Folge, dass er später geplante, vorbereitete und vielleicht verübte terroristische Anschlag oder bewaffnete Überfall stattfinden kann ohne ein Mitwissen oder eine 'Kontrolle' der Polizei.

In diesen Fällen übernimmt der Prokurator des Königs heute in den meisten Fällen seine Verantwortung und räumt er bei seiner Entscheidung der öffentlichen Sicherheit und dem allgemeinen Interesse der Gesellschaft den Vorrang ein.

Natürlich handelt es sich um sehr schwere Entscheidungen. Der Gesetzentwurf soll dem Magistrat den rechtlichen Rahmen und die Rechtssicherheit bieten, auf die er bei solchen Entscheidungen im Rahmen der Bekämpfung des Terrorismus oder der organisierten Kriminalität Anrecht hat. Der Gesetzentwurf schafft somit die Möglichkeit, dass der Prokurator des Königs es einem Informanten unter strengen Bedingungen erlaubt, strafbare Handlungen zu begehen» (*Parl. Dok.*, Kammer, 2005-2006, DOC 51-2055/001, SS. 33 bis 35).

B.8.3. Nach Auffassung der klagenden Parteien verstoße die angefochtene Maßnahme gegen die Artikel 10, 11, 12, 14 und 22 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit den Artikeln 3, 6 und 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention, mit Artikel 1 des ersten Zusatzprotokolls zu dieser Konvention, mit den Artikeln 7, 14, 15 und 17 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, mit Artikel 142 der Verfassung, mit den Artikeln 8 und 9 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 und mit dem Grundsatz der Rechtskraft.

Sie fechten sowohl die Gesetzmäßigkeit der Zielsetzung als auch die Verhältnismäßigkeit der angefochtenen Maßnahme an und machen geltend, es werde gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung verstoßen, indem der Informant sich - im Gegensatz zum Infiltranten-Polizeibeamten und zum «bürgerlichen Experten» - nicht auf einen strausschließenden Entschuldigungsgrund berufen könne.

Schließlich beantragen sie die Nichtigerklärung von Artikel 47*undecies* Absatz 4 des Strafprozessgesetzbuches, ersetzt durch Artikel 14 des angefochtenen Gesetzes, und der Artikel 22, 23, 24 und 25 desselben Gesetzes, insofern für dieses neue System der Inanspruchnahme von Informanten keinerlei Kontrolle durch einen unabhängigen und unparteiischen Richter vorgesehen sei.

B.8.4. Gemäß den vorstehend angeführten Vorarbeiten habe die Praxis ergeben, dass für gewisse Arten der Kriminalität die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der «Informationsposition» des Informanten es ihm gestatten muss, bestimmte Straftaten zu begehen. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der betreffenden Kriminalität sehr oft um internationale Kriminalität handelt und dass die Gerichts- und Polizeibehörden sich oft gezwungen sehen, mit den Behörden anderer Länder zusammenzuarbeiten, die auf die eine oder andere Weise die Notwendigkeit berücksichtigt haben, dass die Informanten Straftaten begehen, um ihre Informationsposition aufrechtzuerhalten. Es obliegt dem Hof zu prüfen, ob die zur Erfüllung dieser Notwendigkeit angewandten Mittel einen Zusammenhang zum angestrebten Ziel aufweisen und ob sie verhältnismäßig dazu sind.

Das Bemühen, einer durch die Entwicklung der schweren Kriminalität notwendig gewordenen Praxis einen gesetzlichen Rahmen zu verleihen, trägt zur Einhaltung der Legalitätserfordernisse des Strafrechtes und des Strafverfahrens bei.

B.8.5. Auch wenn ausnahmsweise angenommen werden kann, dass der Gesetzgeber es Magistraten, die mit der Ermittlung und Verfolgung von bestimmten Kategorien von Straftaten beauftragt sind, gestattet, den Informanten, die eine entscheidende Hilfe bei der Ausführung ihrer Aufgabe leisten könnten, zu erlauben, Straftaten zu begehen, um den Erfolg der durchgeführten Untersuchung zu gewährleisten, muss er jedoch Artikel 12 der Verfassung einhalten, der vorsieht, dass Strafverfahren vorhersehbar sind. Die Magistrate müssen sehr genau wissen, welche Straftaten sie einem Informanten erlauben dürfen. Dieses Erfordernis ist umso zwingender, als es hier für eine Gerichtsbehörde darum geht, es einer Person, die weder vereidigt, noch durch eine Behörde beauftragt ist, zu erlauben, eine Straftat zu begehen, die zur Folge haben kann, dass gegen die Grundrechte Dritter verstoßen wird.

B.8.6. Was die Straftaten betrifft, die der Informant selbst begehen darf, müsste der Gesetzgeber grundsätzlich eine einschränkende Liste festlegen. Es ist jedoch annehmbar, dass «offensichtlich nicht mit einer einschränkenden Liste der Straftaten gearbeitet werden kann, die der Informant mittels Genehmigung durch den Prokurator des Königs begehen könnte, da die terroristische oder kriminelle Organisation dann sehr schnell bei der geringsten Vermutung den Informanten auf die Probe stellen würde, indem sie ihn bestimmte Straftaten begehen lässt, die nicht auf der Liste stehen» (ebenda, S. 36).

Der Gesetzgeber kann also nur so vorgehen, dass er Kriterien festlegt, doch diese müssen sehr präzise sein, damit vermieden wird, dass die Erlaubnis nicht über das hinausgeht, was zum Erreichen des angestrebten Ziels strikt notwendig ist.

B.8.7. Zunächst ist erforderlich, dass die Erlaubnis, Straftaten zu begehen, nur mit dem Ziel der Aufrechterhaltung der Informationsposition des Informanten erteilt wird, und die strafbaren Handlungen, die der Informant begeht, müssen absolut notwendig sein für die Aufrechterhaltung dieser Position (Artikel 47*decies* § 7 Absatz 1 *in fine*).

B.8.8. Darüber hinaus müssen diese Straftaten «notwendigerweise im Verhältnis zum Interesse zur Aufrechterhaltung der Informationsposition» stehen.

B.8.9. Außerdem ist ein schriftliches Verfahren einzuhalten; die strafbaren Handlungen, die der Informant begehen darf, müssen dem Prokurator des Königs schriftlich und vorher durch den lokalen Verwalter der Informanten im Sinne von Artikel 47*decies* § 3 Absatz 1 des Strafprozessgesetzbuches zur Kenntnis gebracht werden. Der Prokurator des Königs gibt in einer getrennten schriftlichen Entscheidung die Straftaten an, die der Informant begehen darf. Diese dürfen nicht schwerer sein als diejenigen, die der lokale Verwalter der Informanten ihm vorher mitgeteilt hat.

Die Entscheidung des Prokurators des Königs wird in der vertraulichen Akte im Sinne von Artikel 47*decies* § 6 Absatz 3 des Strafprozessgesetzbuches aufbewahrt.

B.8.10. Mit solchen Kriterien und einem solchen Verfahren wird vermieden, dass bei der Anwendung der angefochtenen Bestimmung nicht die Grenzen dessen überschritten werden, was zum Erreichen des angestrebten Ziels notwendig ist.

B.8.11. Diese Grenzen werden hingegen überschritten, insofern nur Straftaten verboten sind, die die körperliche Unversehrtheit von Personen «direkt und ernsthaft» gefährden würden.

Es kann zwar angenommen werden, dass ein Informant als Haupttäter Straftaten begeht oder dass er sich auf die in den Artikeln 66 und 67 des Strafgesetzbuches angeführten Weisen an Straftaten beteiligt, die durch mit ihm in Kontakt stehende Personen begangen werden könnten, doch es ist aus den in B.8.1 dargelegten Gründen nicht annehmbar, dass Personen, die weder Polizeibeamter, noch bürgerlicher Experte sind und die enge Kontakte mit dem kriminellen Milieu unterhalten, die vorherige Zulassung erhalten können, selbst die körperliche Unversehrtheit von Personen zu beeinträchtigen.

B.8.12. Folglich verstößt Artikel 47*decies* § 7 Absatz 2 des Strafprozessgesetzbuches gegen die Artikel 10, 11 und 12 der Verfassung.

B.8.13. Schließlich ist erforderlich, dass der Informant «enge Beziehungen zu einer oder mehreren Personen unterhält, für die schwerwiegende Indizien darauf vorliegen, dass sie strafbare Handlungen begehen oder begehen würden, die eine Straftat im Sinne der Artikel 137 bis 141, im Sinne der Artikel 324*bis* und 324*ter* oder im Sinne der Artikel 136*bis*, 136*ter*, 136*quater*, 136*sexies*, 136*septies* des Strafgesetzbuches oder im Sinne von Artikel 90*ter* § 2 Nrn. 4, 7, 7*bis*, 7*ter*, 8, 11, 14, 16 und 17 darstellen oder darstellen würden, unter der Bedingung, dass diese letztgenannten Straftaten im Sinne von Artikel 90*ter* § 2 im Rahmen einer kriminellen Organisation im Sinne von Artikel 324*bis* des Strafgesetzbuches begangen werden oder begangen würden» (Artikel 47*decies* § 7 Absatz 1 des Strafprozessgesetzbuches).

B.8.14. Diese Bestimmung legt ausreichend präzise fest, unter welchen Umständen die angefochtene Maßnahme angewandt werden kann, indem sie auf Bestimmungen verweist, die terroristische Straftaten, ernsthafte Verstöße gegen die internationalen Menschenrechte sowie ernsthafte Straftaten betreffen, die «im Rahmen einer kriminellen Organisation im Sinne von Artikel 324*bis* des Strafgesetzbuches begangen wurden». Der Gesetzgeber hat die Grenzen seiner Zielsetzung nicht überschritten, die darin besteht, durch außergewöhnliche Maßnahmen den Terrorismus und die organisierte Kriminalität zu bekämpfen. Indem die angefochtene Bestimmung die strafbaren Handlungen limitativ auflistet, die durch Personen begangen werden können, mit denen der Informant enge Kontakte unterhält, genügt sie im Übrigen dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit, das in B.8.5 in Erinnerung gerufen wurde.

B.8.15. Das Gleiche gilt für die Verweisung auf Artikel 324*ter* des Strafgesetzbuches. Diese Bestimmung erwähnt die strafbaren Handlungen oder Verfahren, die eine kriminelle Organisation anwendet, sowie die Bedingungen der strafbaren Zugehörigkeit zu einer solchen Organisation (§ 1); sie präzisiert, unter welchen Bedingungen eine Person, die sich an der Vorbereitung oder der Ausführung irgendeiner ihr erlaubten Tätigkeiten beteiligt (§ 2), sowie eine Person, die «an gleich welcher Entscheidung im Rahmen der Tätigkeiten der kriminellen Organisation» beteiligt ist (§ 3), strafbar ist. In jedem Fall präzisiert die Bestimmung die Strafe, die auf die darin beschriebene Straftat Anwendung findet.

B.8.16. Indem die angefochtene Bestimmung auf allgemeine Weise auf die strafbaren Handlungen verweist, die eine Straftat «im Sinne von Artikel 324*bis*» des Strafgesetzbuches darstellen würden, eignet sich die angefochtene Bestimmung jedoch einen unzureichend festgelegten Anwendungsbereich an.

Artikel 324*bis* bestimmt:

«Als kriminelle Organisation gilt jede strukturierte Vereinigung von mehr als zwei Personen, die auf längere Dauer ausgerichtet ist, mit dem Ziel, auf der Grundlage eines gemeinschaftlichen Plans Verbrechen und Vergehen zu begehen, die mit einer Gefängnisstrafe von drei Jahren oder einer schwereren Strafe geahndet werden, um direkt oder indirekt Vermögensvorteile zu erzielen.

[...].»

B.8.17. Die Verweisung auf eine Bestimmung mit einem derart umfassenden Anwendungsbereich entspricht nicht den Erfordernissen, die in B.8.5 in Erinnerung gerufen wurden. Überdies entzieht sie der angefochtenen Maßnahme ihre außergewöhnliche Beschaffenheit. Schließlich macht sie die in Artikel 47*decies* § 7 Absatz 1 enthaltene Auflistung einiger der Straftaten im Sinne von Artikel 90*ter* § 2 des Strafprozessgesetzbuches überflüssig, bei denen präzisiert wird, dass sie «im Rahmen einer kriminellen Organisation im Sinne von Artikel 324*bis*» begangen wurden oder begangen werden.

B.8.18. Artikel 47*decies* § 7 Absatz 1 verstößt gegen die Artikel 10, 11 und 12 der Verfassung, insofern er auf allgemeine Weise auf strafbare Handlungen verweist, die eine Straftat im Sinne von Artikel 324*bis* des Strafgesetzbuches darstellen würden.

B.8.19. Was das Fehlen eines straffausschließenden Entschuldigungsgrundes betrifft, kann angenommen werden, dass der Gesetzgeber eine größere Vorsicht an den Tag legt in Bezug auf einen Informanten, von dem angenommen wird, dass er enge Kontakte zum kriminellen Milieu hat, als in Bezug auf Polizeibeamte und bürgerliche Infiltrierer ohne Verbindung zu diesem Milieu. Man kann in der Tat davon ausgehen, dass die Aussichten größer sind, dass er die Grenzen der Genehmigung überschreitet, indem er die Straftaten auch mit einem anderen Ziel als der Aufrechterhaltung seiner Informationsposition begeht oder indem er das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit nicht einhält.

Indem die Maßnahme jedoch nicht angibt, welche Folge die Genehmigung für die strafrechtliche Lage eines Informanten haben kann, während vorgesehen ist, dass ein Magistrat, der die Erlaubnis erteilt, straffrei bleibt (Artikel 47*decies* § 7 Absatz 4) und dass Polizeibeamte, die Straftaten mit dem Einverständnis des Prokurators des Königs begehen, von einer Strafe befreit werden (Artikel 47*quinquies* § 2), erfüllt sie nicht das Erfordernis der Artikel 10 und 11 der Verfassung.

B.8.20. Insofern dieser Artikel schließlich die Kontrolle der Anwendung von Artikel 47*decies* § 7 nicht einem unabhängigen und unparteiischen Richter anvertraut, verstößt er gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung in Verbindung mit Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention. Die vertrauliche Akte über die Informanten enthält fortan Elemente, die eine ähnliche Tragweite haben wie die vertrauliche Akte über die Anwendung einer Infiltrierung, was vorher nicht der Fall war, wie der Hof dies in B.27.2 seines Urteils Nr. 202/2004 festgestellt hat. Diese Akte muss also in Bezug auf diese Elemente durch einen unabhängigen und unparteiischen Richter geprüft werden.

B.8.21. Die Klagegründe sind in dem vorstehend beschriebenen Maße begründet.

B.8.22. Artikel 47*decies* § 7 des Strafprozessgesetzbuches ist für nichtig zu erklären.

B.8.23. Es obliegt dem Gesetzgeber, wenn er der Auffassung ist, eine Bestimmung mit dem gleichen Gegenstand wie die für nichtig erklärte Bestimmung übernehmen zu müssen,

- dem Informanten nicht zu gestatten, selbst gegen die körperliche Unversehrtheit von Personen zu verstoßen (B.8.11);

- nicht auf allgemeine Weise auf die strafbaren Handlungen zu verweisen, die eine Straftat im Sinne von Artikel 324*bis* des Strafgesetzbuches darstellen oder darstellen würden (B.8.18);

- anzugeben, welche Folge die dem Informanten erteilte Genehmigung für dessen strafrechtliche Lage haben kann (B.8.19);

- vorzusehen, dass die Elemente, die im Zusammenhang mit der dem Informanten erteilten Genehmigung der getrennten Akte im Sinne von Artikel 47*decies* § 6 Absatz 3 des Strafprozessgesetzbuches hinzugefügt werden, durch einen unabhängigen und unparteiischen Richter geprüft werden (B.8.20).

6. Die richterliche Kontrolle der Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden (Artikel 7 bis 14, 22 bis 25 und 27)

B.9.1.1. Mehrere Klagegründe sind gegen die Artikel 9 Nrn. 2 und 3, 10, 11, 12, 13, 14, 22, 23, 24 und 25 des Gesetzes vom 27. Dezember 2005 gerichtet und betreffen die durch die Anklagekammer ausgeübte Kontrolle der «getrennten und vertraulichen Akte», die ein Prokurator des Königs, der eine Observation, eine Infiltrierung oder die Inanspruchnahme von Informanten genehmigt, führen muss (Artikel 47*septies* § 1 Absatz 2 im Rahmen der Observation, Artikel 47*novies* § 1 Absatz 2 im Rahmen der Infiltrierung, Artikel 47*decies* § 6 Absatz 3 im Rahmen der Inanspruchnahme von Informanten).

B.9.1.2. Insofern die klagenden Parteien in der Rechtssache Nr. 4012 einen Verstoß gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung in Verbindung mit deren Artikel 142, mit den Artikeln 8 und 9 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 und mit dem Grundsatz der Rechtskraft geltend machen, ist der Klagegrund unbegründet, da der Gesetzgeber, indem er eine richterliche Kontrolle der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung organisiert, die durch das Urteil Nr. 202/2004 sanktionierte Verfassungswidrigkeit behoben hat.

B.9.1.3. Artikel 235ter beauftragt die Anklagekammer mit der Kontrolle der Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und der Infiltrierung. Die Kontrolle ist verpflichtend und findet nach dem Abschluss der Ermittlung statt, ehe die Staatsanwaltschaft zur direkten Vorladung übergeht, oder am Ende der gerichtlichen Untersuchung, wenn der Untersuchungsrichter seine Akte dem Prokurator des Königs übermittelt gemäß Artikel 127 § 1 Absatz 1 des Strafprozessgesetzbuches. Die Anklagekammer kann diese Kontrolle auch vorläufig vornehmen im Laufe der gerichtlichen Untersuchung, entweder von Amts wegen oder auf Ersuchen des Untersuchungsrichters oder auf Antrag der Staatsanwaltschaft hin (Artikel 235quater desselben Gesetzbuches). Diese Kontrolle kann ebenfalls durch das erkennende Gericht (Artikel 189ter desselben Gesetzbuches) oder durch den Vorsitzenden des Assisenhofes (Artikel 335bis desselben Gesetzbuches) angeordnet werden, wenn nach der Kontrolle durch die Anklagekammer neue und konkrete Elemente ans Licht gekommen sind, die auf das Bestehen einer Unregelmäßigkeit in Bezug auf diese besonderen Ermittlungsmethoden hindeuten würden.

Da die Kontrolle der beiden besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und der Infiltrierung auf gleiche Weise geregelt ist, muss der Hof bei der Beantwortung der Klagegründe keinen Unterschied machen, je nachdem, ob nur die Observation oder aber auch die Infiltrierung ins Auge gefasst wird.

B.9.2. Mit der Einfügung der Artikel 235ter, 235quater, 189ter und 335bis in das Strafprozessgesetzbuch wollte der Gesetzgeber dem Urteil Nr. 202/2004 Rechnung tragen. In diesem Urteil hat der Hof festgestellt, dass «mögliche Ungesetzlichkeiten bei der Anwendung der Observation oder der Infiltrierung, die ausschließlich anhand der in der vertraulichen Akte enthaltenen Schriftstücke zu erkennen wären, nicht Gegenstand einer Kontrolle durch einen unabhängigen und unparteiischen Richter sein können und dass diese Ungesetzlichkeiten *a fortiori* nicht sanktioniert werden können» (B.27.9). Der Hof hat erkannt, dass «die Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der Anwendung gewisser besonderer Ermittlungsmethoden unzureichend ist, damit geprüft wird, ob die dadurch verursachte Beeinträchtigung der Grundrechte gerechtfertigt ist und ob nicht auf unverhältnismäßige Weise gegen die Erfordernisse des fairen Verfahrens verstoßen wird, das durch Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention garantiert wird» (B.28).

B.9.3. Auch wenn die Bekämpfung gewisser Formen der Kriminalität die Anwendung bestimmter besonderer Ermittlungsmethoden, die notwendigerweise eine Einmischung in bestimmte Grundrechte zur Folge haben, rechtfertigen kann, muss der Gesetzgeber trotzdem darauf achten, dass bei der richterlichen Kontrolle der Anwendung dieser Methoden das Recht auf ein faires Verfahren gewährleistet wird. Der Hof prüft nachstehend die verschiedenen Beschwerden der klagenden Parteien.

a) *Die Unmöglichkeit für den Beschuldigten und die Zivilpartei, die vertrauliche Akte einzusehen*

B.9.4.1. Nach Auffassung der klagenden Parteien verstießen die angefochtenen Bestimmungen gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention und mit Artikel 14 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, insofern im Rahmen der Kontrolle der Anklagekammer in Bezug auf die Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und der Infiltrierung der Zivilpartei und dem Beschuldigten keine Einsichtnahme in die vertrauliche Akte gewährt werde, während die Ordnungsmäßigkeit anderer Ermittlungsmethoden entweder vor den Untersuchungsgerichten oder vor den erkennenden Gerichten angefochten werden könne anhand aller Elemente der Strafakte.

B.9.4.2. Die Artikel 47septies und 47novies des Strafprozessgesetzbuches bestimmen, dass der Prokurator des Königs, der die Genehmigung zur Observation oder zur Infiltrierung erteilt oder diese ausführt, «eine getrennte und vertrauliche» Akte führen muss.

In Bezug auf die Observation und die Infiltrierung enthält die vertrauliche Akte die Genehmigung des Prokurators des Königs oder des Untersuchungsrichters, diese Methoden anzuwenden, wobei in dieser Genehmigung die Indizien, die die Inanspruchnahme dieser Methode rechtfertigen, die Gründe für ihre Unentbehrlichkeit, der Name oder die Beschreibung der betroffenen Personen, die Weise der Durchführung der Methode, der Zeitraum, in dem sie durchgeführt wird sowie der Name und die Funktion des Gerichtspolizeioffiziers, der die Maßnahme leitet, angegeben werden (Artikel 47sexies § 3 und 47octies § 3). Die vertrauliche Akte enthält auch die dem Polizeibeamten durch den Prokurator des Königs erteilten Genehmigungen, während der Durchführung der Ermittlungsmethode strafbare Handlungen zu begehen (Artikel 47sexies § 4 und 47octies § 4), die Entscheidungen der Abänderung, der Ergänzung oder der Verlängerung (Artikel 47septies § 2 und 47novies § 2) sowie die dem Prokurator des Königs durch den Gerichtspolizeioffizier vorgelegten Berichte über jede Phase der Durchführung der Methode (Artikel 47septies § 1 und 47novies § 1).

B.9.4.3. Das Bestehen einer vertraulichen Akte bedeutet nicht, dass die Strafakte keinerlei Angaben über die Umsetzung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und der Infiltrierung enthalten würde.

Der Gerichtspolizeioffizier, der die Durchführung der Observation oder der Infiltrierung leitet, muss nämlich ein Protokoll über die verschiedenen Phasen ihrer Durchführung erstellen, ohne dabei jedoch Elemente anzugeben, die die verwendeten technischen Mittel und die Untersuchungstechniken sowie die Gewährleistung der Sicherheit und der Anonymität der betreffenden Informanten und der Polizeibeamten gefährden könnten. Außerdem muss im Protokoll auf die Genehmigung zur Anwendung der Observation oder der Infiltrierung verwiesen werden und müssen die Vermerke im Sinne von Artikel 47sexies § 3 Nrn. 1, 2, 3 und 5 (im Fall der Observation) und Artikel 47octies § 3 Nrn. 1, 2, 3 und 5 (im Fall der Infiltrierung) aufgenommen werden. Diese Vermerke sind die schwerwiegenden Indizien der strafbaren Handlung, die die Observation oder die Infiltrierung rechtfertigen, die Gründe, aus denen die Anwendung dieser Methode unentbehrlich ist zur Wahrheitsfindung, der Name oder die Beschreibung der Person oder Personen, auf die sich die Methode bezieht, und der Zeitraum, in dem die Observation oder Infiltrierung ausgeführt werden kann.

Diese Protokolle werden mit der schriftlichen Entscheidung, mit der der Prokurator des Königs oder der Untersuchungsrichter das Bestehen der von ihm verliehenen Genehmigung zur Observation oder Infiltrierung bestätigt, der Strafakte beigefügt, nach der Beendigung der Observation oder der Infiltrierung (Artikel 47septies § 2 und 47novies § 2).

B.10. Bei der durch Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches vorgeschriebenen Kontrolle legt die Staatsanwaltschaft den Magistraten der Anklagekammer die vertrauliche Akte vor. Die Zivilpartei oder der Beschuldigte sind nicht berechtigt, die vertrauliche Akte einzusehen. Der Untersuchungsrichter hat ein Recht auf Einsichtnahme, wenn er selbst eine Genehmigung zur Observation erteilt hat oder wenn eine gerichtliche Untersuchung in einer Rechtssache gefordert wird, in deren Rahmen bereits eine Observation oder Infiltrierung stattgefunden hat.

B.11.1. Die Rechte der Verteidigung und das Recht auf ein faires Verfahren sind grundlegend in einem Rechtsstaat. Der Grundsatz der Waffengleichheit zwischen der verfolgten Partei und der Verteidigung sowie die kontradiktorische Beschaffenheit des Prozesses, einschließlich des Verfahrens, stellen grundsätzliche Elemente des Rechtes auf ein faires Verfahren dar. Das Recht auf einen kontradiktorischen Strafprozess bedeutet, dass sowohl die verfolgte Partei als auch die Verteidigung die Möglichkeit haben müssen, die Bemerkungen oder Beweiselemente der anderen Partei zur Kenntnis zu nehmen und zu beantworten. Daraus ergibt sich ebenfalls die Verpflichtung für die verfolgende Behörde, der Verteidigung grundsätzlich alle Beweiselemente mitzuteilen.

Das Recht auf Einsichtnahme in alle Beweiselemente der verfolgenden Behörde ist jedoch nicht absolut. In gewissen strafrechtlichen Verfahren kann es abweichende Interessen geben, wie die nationale Sicherheit, die Notwendigkeit des Schutzes von Zeugen oder der Geheimhaltung von Untersuchungsmethoden, die mit den Rechten des Angeklagten abzuwägen sind. In gewissen Fällen kann es notwendig sein, bestimmte Beweiselemente vor dieser Partei geheim zu halten, um die Grundrechte von anderen Personen oder ein wichtiges Allgemeininteresse zu wahren.

Die Einmischung in die Rechte der Verteidigung ist jedoch nur zu rechtfertigen, wenn sie streng verhältnismäßig ist zur Bedeutung der zu erreichenden Ziele und durch ein Verfahren ausgeglichen wird, das es einem unabhängigen und unparteiischen Richter ermöglicht, die Gesetzmäßigkeit des Verfahrens zu prüfen (EuGHMR, 22. Juli 2003 und 27. Oktober 2004, *Edwards und Lewis* gegen Vereinigtes Königreich).

B.11.2. Das Ziel des Schutzes der körperlichen Unversehrtheit der Personen, die an den besonderen Ermittlungsmethoden beteiligt sind, ist rechtmäßig und so wichtig, dass es rechtfertigt, dass ihre Anonymität gegenüber den Verfahrensparteien und der Öffentlichkeit vollständig gewährleistet wird. Die Notwendigkeit, die Wirksamkeit der angewandten Methoden für die Zukunft zu gewährleisten, indem bestimmte Techniken verhüllt werden, kann auch rechtfertigen, dass sie eine vertrauliche Beschaffenheit aufweisen.

B.12.1. Wie dies in B.9.2 dargelegt wurde, hat der Hof im Urteil Nr. 202/2004 jedoch erkannt, dass gegen das Erfordernis eines fairen Verfahrens verstoßen wird, wenn die vertrauliche Akte nicht durch einen unabhängigen und unparteiischen Richter geprüft werden kann.

Mit Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches möchte der Gesetzgeber eine vollständige und tatsächliche Prüfung der Gesetzmäßigkeit der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und der Infiltrierung gewährleisten, ohne dabei jedoch die erforderliche geheime Beschaffenheit bestimmter Informationen in der vertraulichen Akte preiszugeben.

B.12.2. Die Angaben, die nicht von den Parteien eingesehen werden können, werden vom Gesetzgeber strikt und einschränkend beschrieben. Das Gesetz könnte nicht umgangen werden, indem in die vertrauliche Akte Elemente aufgenommen würden, die sich in der Strafakte befinden müssen (*Parl. Dok.*, Kammer, 2005-2006, DOC 51-2055/005, S. 32, 36 und 66). Die Angaben der vertraulichen Akte können nicht als Beweis zum Nachteil des Beschuldigten verwendet werden (ebenda, SS. 66-67).

B.12.3. Nur die Informationen, die den Schutz der Ausführenden und die eigentliche Anwendung der Ermittlungsmethoden gefährden können, werden der Einsichtnahme der Verteidigung entzogen. Es handelt sich um die Informationen in Bezug auf die Straftaten, die die Polizeidienste und die Personen im Sinne von Artikel 47quinquies § 2 Absatz 3 des Strafprozessgesetzbuches im Rahmen der Observation (Artikel 47sexies §§ 4 und 7) oder der Infiltrierung (Artikel 47octies §§ 4 und 7) begehen können, da diese Informationen die Identität und die Sicherheit der betroffenen Personen und die Anwendung selbst der Ermittlungsmethode gefährden können.

Alle anderen Informationen über die Anwendung und die Durchführung dieser Ermittlungsmethoden müssen in die Strafakte aufgenommen werden, die im Rahmen des Verfahrens im Sinne von Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches durch die Zivilpartei und den Beschuldigten eingesehen werden können. Diese Akte enthält Informationen über die Anwendung und die Art der angewandten Ermittlungsmethoden, die Gründe, die diese Anwendung rechtfertigen, sowie die verschiedenen Phasen ihrer Ausführung. Die Parteien sind über die vollständige Durchführung der genehmigten besonderen Ermittlungstechniken der Observation und der Infiltrierung informiert, und im Gegensatz zu dem, was einige klagende Parteien behaupten, kann der Beschuldigte das in Artikel 30 des einleitenden Titels des Strafprozessgesetzbuches vorgesehene Verbot zur Anwendung einer Provokation geltend machen.

Wenn die Anklagekammer den Untersuchungsrichter anhört und dieser Einsichtnahme in die vertrauliche Akte erhält, verfügen die Parteien über die Garantie, dass der Untersuchungsrichter, der die Untersuchung *à charge* und *à décharge* führt, die Gesetzmäßigkeit der Beweismittel und die Loyalität, mit der diese gesammelt werden, überwacht.

B.12.4. Der Wille des Gesetzgebers, die schwere Kriminalität wirksam zu bekämpfen, und die Notwendigkeit, hierzu gewisse sensible Angaben geheim zu halten, wären gefährdet, wenn die Beschuldigten bei dieser Art der Kriminalität bei der Kontrolle der vertraulichen Akte durch die Anklagekammer Zugang zu dieser Akte erhalten würden. Es ist nicht unvernünftig, ein Verfahren zu organisieren, das sich von dem Verfahren unterscheidet, für das eine Geheimhaltung nicht erforderlich ist und in dem die Parteien alle Schriftstücke der Strafakte einsehen können.

B.12.5. Insofern in den Klagegründen bemängelt wird, dass es der Zivilpartei und dem Beschuldigten nicht möglich ist, die vertrauliche Akte im Rahmen der Kontrolle der Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und der Infiltrierung durch die Anklagekammer einzusehen, sind sie unbegründet.

b) *Die bestrittene Unparteilichkeit der Anklagekammer*

B.13.1. Die klagenden Parteien bemängeln sodann, dass die Kontrolle der vertraulichen Akte der Anklagekammer anvertraut wird, während dieses Untersuchungsgericht in einer späteren Phase und möglicherweise in der gleichen Zusammensetzung über die Regelung des Verfahrens urteilen müssen, und während sie ihre Entscheidung treffen werde in Kenntnis der vertraulichen Akte und somit nach Kenntnisnahme von Elementen, die den Parteien nicht vorlägen und über die keine kontradiktorische Debatte stattgefunden habe.

B.13.2. Die Entscheidung, die Kontrolle der Ordnungsmäßigkeit der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und der Infiltrierung der Anklagekammer anzuvertrauen, hat der Gesetzgeber wie folgt gerechtfertigt:

«Wie bereits erwähnt, soll mit dem Gesetzentwurf der Situation abgeholfen werden, indem die Anklagekammer als unabhängige und unparteiische richterliche Instanz mit der Kontrolle der Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und der Infiltrierung beauftragt wird.

Der Gesetzgeber hat im Übrigen bereits früher in den Artikeln 136, 136bis, 235 und 235bis des Strafprozessgesetzbuches, die der Anklagekammer eine entscheidende Rolle bei der Kontrolle der gerichtlichen Untersuchungen zuweisen, die Grundlage dieser neuen Rolle festgelegt, die die Anklagekammer in Zukunft im Rahmen der Kontrolle und der Beobachtung der Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden erfüllen wird. Die Entscheidung für die Anklagekammer als unabhängige und unparteiische richterliche Kontrollinstanz ist somit logisch und offensichtlich» (*Parl. Dok.*, Kammer, 2005-2006, DOC 51-2055/001, SS. 54 und 55).

B.13.3. Die Elemente, die der Einsichtnahme durch die Verteidigung entzogen werden, hat der Gesetzgeber strikt und einschränkend festgelegt. Die Information in Bezug auf die Anwendung und die Durchführung der Observation und der Infiltrierung, mit Ausnahme der sensiblen Daten, befinden sich in der Strafakte, die sowohl im Rahmen des Verfahrens von Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches als auch im Rahmen der Regelung des Verfahrens von den Parteien eingesehen werden kann.

Der Umstand, dass die Verteidigung Daten aus der vertraulichen Akte, die die Anklagekammer zur Kenntnis genommen hat, nicht einsehen kann, kann nicht zu einem gesetzmäßigen Zweifel bezüglich der Unparteilichkeit dieses Rechtsprechungorgans bei der Regelung des Verfahrens führen.

B.13.4. Die faire Beschaffenheit eines Prozesses ist unter Berücksichtigung des gesamten Verlaufs des Verfahrens zu prüfen. Die Kontrolle der vertraulichen Akte durch die Anklagekammer wird in der Vorbereitungsphase des Prozesses ausgeübt, ehe die Rechtssache bei den erkennenden Gerichten anhängig gemacht wird, die selbst keine Einsicht in die vertrauliche Akte erhalten und somit in dieser Hinsicht nicht anders behandelt werden als die Parteien. Diese Rechtsprechungorgane entscheiden also nicht auf der Grundlage von Daten, die ihnen, den Parteien jedoch nicht bekannt sind, so dass nicht gegen die Erfordernisse des fairen Verfahrens verstoßen wird.

B.13.5. Insofern die Klagegründe die Unparteilichkeit der Anklagekammer anzweifeln, sind sie unbegründet.

c) *Die getrennte Vernehmung der Parteien und die nichtkontradiktorische Beschaffenheit des Verfahrens*

B.14.1. Nach Auffassung der klagenden Parteien verstoße Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches gegen die Rechte der Verteidigung, insofern die Parteien bei den Verfahren vor der Anklagekammer getrennt angehört würden.

B.14.2. Gemäß Artikel 235ter § 2 des Strafprozessgesetzbuches hört die Anklagekammer die Anmerkungen des Generalprokurators getrennt und in Abwesenheit der Parteien an. Sie hört auf die gleiche Weise die Zivilpartei und die Beschuldigten an, nachdem ihnen spätestens achtundvierzig Stunden vor der Sitzung eine Aufforderung notifiziert wurde, in der ihnen mitgeteilt wird, dass die Strafakte während dieses Zeitraums in der Kanzlei des Gerichtes zur Einsichtnahme vorliegt.

Die Anklagekammer kann auch den Untersuchungsrichter anhören. Wenn der Untersuchungsrichter die Genehmigung zur Observation erteilt hat oder wenn eine gerichtliche Untersuchung in der Rechtssache geführt wird, in der bereits eine Observation oder Infiltrierung stattgefunden hat, hat der Untersuchungsrichter Einsichtnahme in die vertrauliche Akte (Artikel 56bis des Strafprozessgesetzbuches).

Schließlich kann die Anklagekammer den Gerichtspolizeioffizier, der die Durchführung der besonderen Ermittlungsmethoden leitet, getrennt und in Abwesenheit der Parteien anhören oder den Untersuchungsrichter beauftragen, die mit der Ausführung der besonderen Ermittlungsmethoden beauftragten Polizeibeamten und den bürgerlichen Experten in Anwendung der Artikel 86bis und 86ter des Strafprozessgesetzbuches anzuhören, und beschließen, bei dieser Anhörung anwesend zu sein oder eines ihrer Mitglieder damit zu beauftragen.

B.14.3. Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches verpflichtet die Anklagekammer, die Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung beim Abschluss der Ermittlung zu kontrollieren, ehe die Staatsanwaltschaft die direkte Vorladung vornimmt, oder am Ende der gerichtlichen Untersuchung, wenn der Untersuchungsrichter dem Prokurator des Königs seine Akte übermittelt gemäß Artikel 127 § 1 Absatz 1 des Strafprozessgesetzbuches. Die Kontrolle findet also grundsätzlich am Ende der Ermittlung oder der gerichtlichen Untersuchung statt, da diese in ihrer vorbereitenden Phase grundsätzlich inquisitorisch und geheim ist.

B.14.4. Der Gesetzgeber konnte den Standpunkt vertreten, dass eine effektive Kontrolle der vertraulichen Akte durch die Anklagekammer es erfordert, dass sie die in B.14.2 erwähnten Anhörungen vornehmen kann. Um die Vertraulichkeit der sensiblen Daten zu gewährleisten, ist es gerechtfertigt, dass eine solche Untersuchung in Abwesenheit der Parteien stattfinden kann.

Obwohl die Debatte vor der Anklagekammer nicht kontradiktorisch ist, bietet das Gesetz die Garantie, dass alle betroffenen Parteien angehört werden, so dass das Untersuchungsgericht möglichst vollständig informiert wird, ehe es entscheidet. Da die Parteien die Möglichkeit haben, vorher die Strafakte einzusehen, die mit Ausnahme der sensiblen Daten alle Informationen über die angewandten Ermittlungsmethoden enthält, können sie sich angemessen verteidigen (vgl. EuGHMR, 16. Februar 2000, *Jasper* gegen Vereinigtes Königreich, §§ 55 und 56).

B.14.5. Insofern die Kontrolle im Sinne von Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches sich auf die vertrauliche Akte bezieht und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Schriftstücke aus der vertraulichen Akte nicht als Beweis verwendet werden können, werden die Rechte der Verteidigung nicht auf unverhältnismäßige Weise dadurch beeinträchtigt, dass die Parteien getrennt angehört werden.

d) *Die Frist für die Einsichtnahme in die Strafakte*

B.14.6. Im Vergleich zu den Fristen, die bei einem anderen Erscheinen vor den Untersuchungsgerichten anwendbar sind, kann die in Artikel 235ter § 2 Absatz 3 des Strafprozessgesetzbuches vorgesehene Frist von achtundvierzig Stunden, die den Parteien für die Einsichtnahme in die Strafakte zur Verfügung steht, nicht als unverhältnismäßig kurz angesehen werden.

e) *Das Verfahren für die Kontrolle der vertraulichen Akte und der Strafakte durch die Anklagekammer*

B.15.1. Das Verfahren von Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches schließt nicht aus, dass die Anklagekammer nach der Kontrolle der vertraulichen Akte die Kontrolle der Ordnungsmäßigkeit der Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und der Infiltrierung anhand der Strafakte vornimmt. Sie kann insbesondere dazu bewegen werden, wenn nach der Kontrolle der vertraulichen Akte aufgrund von Artikel 235ter § 5 gemäß Artikel 235bis §§ 5 und 6 vorgegangen wird.

B.15.2. Nach Darlegung der klagenden Parteien verstoße Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung und das Recht auf ein faires Verfahren, wenn diese Bestimmung in dem Sinne ausgelegt werde, dass die Strafakte in diesem Fall nicht Gegenstand eines kontradiktorischen Verfahrens sei, während in den Fällen, in denen die Anklagekammer in Anwendung von Artikel 235bis des Strafprozessgesetzbuches über die Ordnungsmäßigkeit der Anwendung anderer Ermittlungsmethoden und über die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens insgesamt befinde, eine kontradiktorische Debatte in Bezug auf die Elemente der Strafakte organisiert werde.

B.15.3. Eine solche Auslegung ist nicht vereinbar mit dem Text der Artikel 235, 235bis und 235ter des Strafprozessgesetzbuches. Artikel 235ter gestattet die getrennte Anhörung der Parteien nur dann, wenn die Kontrolle sich auf den Inhalt der vertraulichen Akte bezieht.

B.15.4. Wenn die Anklagekammer anlässlich der Kontrolle der vertraulichen Akte, die sie aufgrund von Artikel 235ter ausführt, beschließt, eine Untersuchung der Ordnungsmäßigkeit des ihr vorgelegten Verfahrens vorzunehmen, einschließlich der Gesetzmäßigkeit und der Ordnungsmäßigkeit der Observation und der Infiltrierung anhand der Strafakte, muss sie die Wiedereröffnung der Debatten anordnen in Anwendung von Artikel 235bis § 3 und die kontradiktorische Beschaffenheit des Verfahrens im Sinne von Paragraph 4 desselben Artikels beachten, wonach sie «in öffentlicher Sitzung, wenn sie dies auf Ersuchen einer Partei beschließt, die Anmerkungen des Generalprokurators, der Zivilpartei und des Beschuldigten» anhört (Kass., 31. Oktober 2006, P.06.0841.N und P.06.0898.N, und Kass., 5. Dezember 2006, P.06.1232.N).

B.15.5. Die Klagegründe, mit denen die nichtkontradiktorische Beschaffenheit des Verfahrens vor der Anklagekammer und die Frist, über die die Parteien für die Vorbereitung ihrer Verteidigung verfügen, bemängelt werden, sind unbegründet.

f) *Das Fehlen eines Rechtsmittels gegen das Urteil der Anklagekammer*

B.16.1. Die Parteien führen sodann an, Artikel 235ter § 6 des Strafprozessgesetzbuches verstoße gegen die Rechte der Verteidigung, indem er bestimme, dass gegen die Kontrolle der vertraulichen Akte durch die Anklagekammer kein Rechtsmittel möglich sei. So werde ohne Rechtfertigung ein Behandlungsunterschied im Vergleich zu anderen Verfahren eingeführt, wie dasjenige von Artikel 235bis des Strafprozessgesetzbuches, in denen gegen die Entscheidung der Anklagekammer über die Ordnungsmäßigkeit des Strafverfahrens sehr wohl ein Rechtsmittel eingelegt werden könne.

B.16.2. Die Artikel 407, 408, 409 und 413 des Strafprozessgesetzbuches sehen eine Kassationsbeschwerde für alle endgültigen Urteile vor. Gemäß Artikel 416 Absatz 1 des Strafprozessgesetzbuches ist eine Kassationsbeschwerde gegen vorbereitende Urteile und Untersuchungsurteile oder gegen Urteile in letzter Instanz derselben Art erst nach dem endgültigen Urteil möglich. Artikel 416 Absatz 2 gestattet ausnahmsweise in einer begrenzten Anzahl von Fällen eine unmittelbare Kassationsbeschwerde gegen Urteile, die nicht endgültig sind. Zu diesen Ausnahmen gehören unter anderem die Entscheidungen der Anklagekammer in Anwendung von Artikel 235bis des Strafprozessgesetzbuches über die Ordnungsmäßigkeit des Strafverfahrens.

B.16.3. Indem Artikel 235ter § 6 bestimmt, dass «gegen die Kontrolle der vertraulichen Akte durch die Anklagekammer [...] kein Rechtsbehelf eingelegt werden [kann]», beschränkt er sich nicht darauf, die Regel anzuwenden, wonach eine Kassationsbeschwerde erst nach dem endgültigen Urteil möglich ist. Er schließt aus, dass selbst eine nach dem endgültigen Urteil eingereichte Kassationsbeschwerde sich auf die durch die Anklagekammer ausgeübte Kontrolle der vertraulichen Akte nach Beendigung der Ermittlung oder der gerichtlichen Untersuchung beziehen kann.

Eine solche Abweichung von den in B.16.2 in Erinnerung gerufenen Regeln ist nur annehmbar, wenn es vernünftigerweise gerechtfertigt ist, einer Kategorie von Personen die Möglichkeit einer Beschwerde vor dem Kassationshof vorzuenthalten.

B.16.4. Der Ausschluss der Kassationsbeschwerde gegen Urteile, die in Anwendung von Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches gefällt werden, wurde durch die notwendigerweise geheime Beschaffenheit der Angaben der vertraulichen Akte gerechtfertigt, die ausschließlich durch die Magistrate der Anklagekammer kontrolliert werden können (*Parl. Dok.*, Kammer, 2005-2006, DOC 51-2055/001, S. 63).

Eine solche Sorge könnte rechtfertigen, dass nur die Magistrate des Kassationshofes das Recht auf Einsichtnahme in die vertrauliche Akte haben könnten und dass der Vorsitzende der befassten Kammer die erforderlichen Maßnahmen ergreifen würde, um den Schutz der vertraulichen Akte zu gewährleisten, wie dies in Bezug auf das Verfahren vor der Anklagekammer in Artikel 235ter § 3 vorgesehen ist. Indem der Gesetzgeber jedoch jedes Rechtsmittel gegen die Kontrolle der vertraulichen Akte ausgeschlossen hat, hat er die Grenzen dessen überschritten, was notwendig war, um die Geheimhaltung der in dieser Akte enthaltenen sensiblen Daten zu gewährleisten.

B.16.5. Die bemängelte Maßnahme wurde durch einen Vergleich «mit dem Zustand, der durch das Gesetz vom 8. April 2002 über die Anonymität der Zeugen entstanden ist» gerechtfertigt, wobei der Kassationshof «keine direkte Kontrolle ausüben darf, um zu prüfen, ob die Vorschriften von Artikel 156 des Strafprozessgesetzbuches eingehalten werden, oder der Zeuge eine Person ist, der das Recht, als Zeuge aufzutreten, entzogen wurde, oder ein Minderjähriger unter 15 Jahren, die folglich keinen Eid ablegen können», da diese Angaben zur Identität in einem geheimen oder vertraulichen Register eingetragen sind, das «dem Berufsgeheimnis unterliegt und in keinem Fall der Strafakte beigefügt werden kann» und das «folglich dem Kassationshof nicht mitgeteilt werden darf» (ebenda).

Die Rechtfertigung einer Maßnahme kann sich nicht daraus ergeben, dass eine ähnliche Maßnahme in einer anderen, nicht vergleichbaren Angelegenheit ergriffen wurde. Die Maßnahmen der Infiltrierung und Observation können eine Einmischung in das Recht auf Achtung des Privatlebens und der Wohnung darstellen, die durch Verfassungs- und Vertragsnormen gewährleistet werden, in Bezug auf die der Kassationshof, selbst von Amts wegen, eine Kontrolle der Gerichtsentscheidungen ausüben kann, was voraussetzt, dass er Zugang zu den vertraulichen Daten hat. Darüber müssen diese Maßnahmen den Erfordernissen der Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität im Sinne der Artikel 47sexies § 2 und 47octies § 2 des Strafprozessgesetzbuches entsprechen, was zur Kontrolle der Gesetzmäßigkeit gehört, die der Kassationshof ausüben muss.

B.16.6. Sodann wird angeführt, dass der Schutz der vertraulichen Akte ein höheres Interesse sei und dass man keinerlei Risiko eingehen könne, da namentlich das Leben der Infiltrierer auf dem Spiel stehe.

Da jeder Magistrat an das Berufsgeheimnis gebunden ist, ist es nicht zu rechtfertigen, dass dem Kassationshof der Zugang zu einer durch die Anklagekammer kontrollierten Akte verweigert wird, da die Vertraulichkeit dieser Akte auf die gleiche Weise innerhalb dieser beiden Gerichte gewährleistet werden kann.

B.16.7. In der Begründung des angefochtenen Gesetzes wurden ebenfalls die «weitgehenden Verfahrensgarantien, die das Recht auf ein faires Verfahren während der Behandlung vor der Anklagekammer auf der Grundlage von Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches gewährleisten müssen» hervorgehoben (ebenda, S. 82; *Parl. Dok.*, Senat, 2005-2006, Nr. 3-1491/3, S. 17).

B.16.8. Der Umstand, dass weitgehende Garantien bei der von der Anklagekammer durchgeführten Kontrolle vorgesehen sind, kann nicht rechtfertigen, dass die Kontrolle der Gesetzmäßigkeit durch den Kassationshof ausgeschlossen wird, die insbesondere die Einhaltung dieser Garantien umfassen muss.

B.16.9. Es wird auch angeführt, dass der Kassationshof eine Kontrolle über die juristischen Folgen der Kontrolle der Anklagekammer ausübt, wenn beim Kassationshof eine Rechtssache anhängig gemacht wird in Anwendung von Artikel 235bis. Diese Kontrolle erlaubt es dem Kassationshof jedoch nicht, Kenntnisse über Daten zu erlangen, deren Untersuchung die Anklagekammer gegebenenfalls dazu veranlasst hat, auf die Gesetzmäßigkeit oder die Gesetzwidrigkeit der bemängelten Maßnahmen zu schließen.

B.16.10. Schließlich wird angeführt, dass die Entscheidung der Anklagekammer nicht endgültig sei und dass der Tatsachenrichter in Anwendung der Artikel 189ter und 335bis des Strafprozessgesetzbuches die Anklagekammer beauftragen könne, die Anwendung der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung erneut zu kontrollieren, in Anwendung von Artikel 235ter.

Diese Möglichkeit, die nur für den Fall vorgesehen ist, dass konkrete Angaben «nach der Kontrolle durch die Anklagekammer ans Licht gekommen sind», ist nicht der vom Kassationshof in Strafsachen ausgeübte Kontrolle der Gesetzmäßigkeit gleichzusetzen.

B.16.11. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass Artikel 235ter § 6 einen Behandlungsunterschied einführt, der nicht vernünftigerweise gerechtfertigt ist. Diese Bestimmung ist für nichtig zu erklären.

g) *Das angeführte Fehlen der Sanktionierung der Nichtigkeiten*

B.16.12. Wenn die Anklagekammer eine Unregelmäßigkeit, ein Versäumnis oder eine Nichtigkeit im Sinne von Artikel 131 § 1 oder aber einen Grund der Unzulässigkeit oder des Verfalls der Strafverfolgung feststellt, spricht sie die Nichtigkeit der davon betroffenen Handlung oder eines Teils oder der Gesamtheit des darauf folgenden Verfahrens aus (Artikel 235ter § 5 und Artikel 235bis §§ 5 und 6 des Strafprozessgesetzbuches); die für nichtig erklärten Schriftstücke werden aus der Akte entfernt und nach der Frist der Kassationsbeschwerde bei der Kanzlei des Gerichts erster Instanz hinterlegt.

Aufgrund dieser Bestimmungen ist die Anklagekammer verpflichtet, Unregelmäßigkeiten zu sanktionieren, die umso schwerwiegender sind, als sie Untersuchungsmethoden betreffen, die eine Einmischung in die Grundrechte und -freiheiten darstellen, wie dies in B.3.2 angeführt wurde.

Die klagenden Parteien machen jedoch geltend, dass gemäß der Rechtsprechung des Kassationshofes (Kass., 14. Oktober 2003, P.03.0762.N; 23. März 2004, P.04.0012.N, und 2. März 2005, P.04.1644.F) von der Anklagekammer festgestellte Versäumnisse oder Unregelmäßigkeiten nicht verhinderten, dass sie den Beschuldigten an den Tatsachenrichter verwiesen. Dieser könne nämlich urteilen, dass die Versäumnisse oder Unregelmäßigkeiten nicht gegen eine bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebene Formalität verstießen, nicht das Recht auf ein faires Verfahren gefährdeten und nicht die Glaubwürdigkeit von Beweisen beeinträchtigten.

Eine solche Argumentation ist nicht gegen die angefochtenen Bestimmungen gerichtet, sondern gegen eine Rechtsprechung der Anklagekammern und des Kassationshofes.

Der Hof ist nicht befugt, die Gesetzmäßigkeit der Ausführung zu prüfen, die einer Gesetzesbestimmung durch die mit deren Anwendung beauftragten Rechtsprechungsorgane verliehen wird.

h) *Das Fehlen einer Kontrolle der besonderen Ermittlungsmethoden im Fall einer Verfahrenseinstellung, wenn sie im Rahmen der Vollstreckung von Strafen und im Fall der Inanspruchnahme von Informanten durchgeführt werden*

B.17.1. Das Fehlen einer Kontrolle der besonderen Ermittlungsmethoden durch einen unabhängigen und unparteiischen Richter, wenn sie im Rahmen der Vollstreckung von Strafen durchgeführt werden, wurde in B.7 geprüft. Das Fehlen einer Kontrolle im Fall der Inanspruchnahme von Informanten wurde in B.8 geprüft.

B.17.2. Der Hof muss prüfen, ob die angefochtenen Bestimmungen gegen die Artikel 10, 11, 15 und 22 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit den Artikeln 6 und 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention und mit den Artikeln 14 und 17 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, verstoßen, insofern sie keine Kontrolle durch einen unabhängigen und unparteiischen Richter vorsehen, wenn die Staatsanwaltschaft nach der Anwendung von besonderen Ermittlungsmethoden beschließt, die Sache einzustellen.

B.17.3. Gemäß Artikel 47undecies Absatz 1 des Strafprozessgesetzbuches, so wie er durch Artikel 14 des Gesetzes vom 27. Dezember 2005 eingefügt wurde, übermittelt der Prokurator des Königs mindestens alle drei Monate alle Akten, in denen er die besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und der Infiltrierung angewandt hat und in denen beschlossen hat, keine Verfolgung einzuleiten, dem Generalprokurator, damit dieser eine Kontrolle über die Gesetzmäßigkeit der angewandten Methoden ausüben kann. Der Generalprokurator erstellt einen Bericht über diese Kontrolle. Dieser Bericht wird dem Kollegium der Generalprokuratoren übermittelt, das die globale Bewertung und die statistischen Angaben in Bezug auf diesen Bericht in seinen Jahresbericht im Sinne von Artikel 143bis § 7 des Gerichtsgesetzbuches aufnimmt (Artikel 47undecies Absatz 2 des Strafprozessgesetzbuches).

Auch für den Föderalprokurator ist ein ähnlicher Bericht vorgesehen (Artikel 47undecies Absatz 3 des Strafprozessgesetzbuches).

B.17.4. Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention gewährleistet die Einhaltung der Rechte der Verteidigung und die ehrliche Behandlung der Rechtssachen aller Rechtssuchenden. Wenn vor der Strafverfolgung (EuGHMR, 24. November 1993, *Imbrioscia* gegen Schweiz) Ermittlungsmethoden angewandt werden, die gegen Grundrechte verstoßen, bringen diese Grundsätze die Garantie mit sich, dass diese Anwendung einer tatsächlichen richterlichen Kontrolle unterzogen wird. Das Fehlen einer solchen Kontrolle der Anwendung der Ermittlungs- und Untersuchungsmethoden, anhand deren die verfolgende Partei Elemente sammeln kann, die während des Prozesses als Belastungselemente vorgelegt werden, beeinträchtigt in der Tat auf ernsthafte Weise die ehrliche Beschaffenheit des Prozesses.

B.17.5. Der juristische Kontext ist jedoch anders, wenn der Prokurator des Königs gemäß Artikel 28quater des Strafprozessgesetzbuches beschließt, keine Verfolgung einzuleiten. Solange die Staatsanwaltschaft diese Entscheidung nicht rückgängig macht, handelt es sich nicht mehr um eine Strafverfolgung im Sinne von Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention und von Artikel 14 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte.

B.17.6. Zwar kann die Anwendung von besonderen Ermittlungsmethoden in Bezug auf Personen, die schlussendlich nicht verfolgt werden, eine Einmischung in das Recht auf Achtung des Privatlebens, ihrer Wohnung oder ihres Briefgeheimnisses darstellen oder diesen Personen auf andere Weise schaden.

B.17.7. Solange die durch die Ermittlungstechniken gesammelten Elemente jedoch keinerlei Folgen für die Lage der Personen haben, in Bezug auf die sie angewandt wurden, ist davon auszugehen, dass die vertrauliche Akte nur Gegenstand der in B.17.3 beschriebenen Kontrollen ist.

B.17.8. In Bezug auf das Fehlen einer richterlichen Kontrolle der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltrierung in den eingestellten Akten ist der Klagegrund unbegründet.

7. *Das Verfahren vor dem Assisenhof*

B.18.1. Der Hof muss noch prüfen, ob Artikel 335bis des Strafprozessgesetzbuches in der durch Artikel 25 des Gesetzes vom 27. Dezember 2005 eingefügten Fassung gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung verstößt, insofern es dem Vorsitzenden des Assisenhofes obliegt, die Anklagekammer mit der erneuten Kontrolle der besonderen Ermittlungstechniken in Anwendung von Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches zu beauftragen, und dem Vorsitzenden und den Beisitzern dieses Hofes gemeinsam, wie dies der Fall für andere rechtliche Anfechtungen im Assisenverfahren ist.

B.18.2. Artikel 335*bis* des Strafprozessgesetzbuches bietet dem Vorsitzenden des Assisenhofes die Möglichkeit, die Anklagekammer erneut mit der Kontrolle der besonderen Ermittlungsmethoden zu beauftragen in Anwendung von Artikel 235*ter* desselben Gesetzbuches, wenn auf der Grundlage konkreter Elemente, die erst nach der Kontrolle durch die Anklagekammer gemäß Artikel 235*ter* ans Licht gekommen sind, Fragen in Bezug auf die Ordnungsmäßigkeit der besonderen Ermittlungsmethoden auftauchen.

Es muss sich um «Elemente, die nicht jeder Glaubwürdigkeit entbehren, nicht vage oder allgemein sind, sondern genau umschrieben, deutlich und bestimmt sind» handeln (*Parl. Dok.*, Kammer, 2005-2006, DOC 51-2055/001, S. 47):

«Es kann sich beispielsweise um neue Elemente handeln, die auf das Vorhandensein eines Grundes der Unzulässigkeit wegen polizeilicher Provokation hinweisen, die die Verteidigung nur vor dem Tatsachenrichter anführen kann und die der Anklagekammer zu dem Zeitpunkt, als sie die Kontrolle im Sinne von Artikel 235*ter* ausgeübt hat, noch nicht bekannt waren und die infolgedessen nicht geprüft werden konnten» (ebenda, S. 46).

Dieser Antrag oder dieses Ersuchen muss, um nicht zu verfallen, vor jeglichem anderen Rechtsmittel vorgebracht werden, außer wenn dieses Rechtsmittel konkrete und neue Elemente betrifft, die während der Sitzung ans Licht gekommen sind (Artikel 335*bis* Absatz 2 des Strafprozessgesetzbuches).

B.18.3. Aufgrund von Artikel 268 des Strafprozessgesetzbuches verfügt der Vorsitzende des Assisenhofes über eine Ermessensbefugnis, wonach er alles tun kann, was er als nützlich zur Wahrheitsfindung erachtet. Diese Ermessensbefugnis darf nur während der Sitzung, in Anwesenheit der Geschworenen und der Parteien ausgeübt werden.

B.18.4. Folglich entbehrt die angefochtene Maßnahme nicht einer vernünftigen Rechtfertigung.

B.18.5. Der Klagegrund ist unbegründet.

8. Der Ausschluss von stellvertretenden Gerichtsräten

B.19.1. Die klagenden Parteien in der Rechtssache Nr. 4012 führen in ihrem fünften Klagegrund an, Artikel 27 des Gesetzes vom 27. Dezember 2005 verstoße gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung und sei diskriminierend, insofern die stellvertretenden Gerichtsräte beim Appellationshof nicht in der Anklagekammer tagen dürften, wenn diese in Anwendung der Artikel 235*ter* und 235*quater* des Strafprozessgesetzbuches tage.

B.19.2. Um zu rechtfertigen, dass die stellvertretenden Gerichtsräte nicht in der Anklagekammer tagen dürfen, wenn diese Aufträge erfüllt, die ihr durch die Artikel 235*ter* und 235*quater* des Strafprozessgesetzbuches anvertraut wurden, hat die Regierung die besondere Beschaffenheit und die Vertraulichkeit des Verfahrens angeführt (*Parl. Dok.*, Kammer, 2005-2006, DOC 51-2055/001, S. 68).

B.19.3. Die Vertraulichkeit des Verfahrens kann nicht rechtfertigen, dass die stellvertretenden Gerichtsräte davon ausgeschlossen werden. Sie unterliegen der gleichen Geheimhaltungspflicht wie die ordentlichen Gerichtsräte, sie weisen die gleichen Garantien der Integrität auf und sie unterliegen der gleichen Disziplin.

B.19.4. Die neue Befugnis der Anklagekammer setzt voraus, dass sie innerhalb der im Gesetz festgelegten Fristen eine besondere Kontrolle ausübt, die im Wesentlichen von den Regeln des Strafverfahrens abweicht. Unter Berücksichtigung der besonderen Beschaffenheit des Verfahrens konnte der Gesetzgeber davon ausgehen, dass zur Ausübung eines solchen Auftrags nicht auf Artikel 102 § 1 Absatz 2 des Gerichtsgesetzbuches zurückgegriffen werden kann, der es ermöglicht, dass stellvertretende Gerichtsräte in Anspruch genommen werden, wenn nicht ausreichend ordentliche Gerichtsräte vorhanden sind, um die Besetzung zu gewährleisten.

B.19.5. Der Klagegrund ist unbegründet.

9. Die zeitliche Anwendung des Gesetzes

B.20.1. Schließlich muss der Hof prüfen, ob Artikel 28 des Gesetzes vom 27. Dezember 2005 gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, verstößt, insofern er einen Behandlungsunterschied einführe zwischen einerseits den Parteien, auf die die besonderen Ermittlungsmethoden vor dem Inkrafttreten des angefochtenen Gesetzes angewandt worden seien und die ein Recht auf Einsichtnahme in die vollständige Strafakte hätten, und andererseits Parteien, auf die die besonderen Ermittlungsmethoden nach diesem Datum angewandt worden seien und die kein Recht auf Einsichtnahme in die vollständige Strafakte hätten.

B.20.2. Mit dem Gesetz vom 27. Dezember 2005 wollte sich der Gesetzgeber dem Urteil Nr. 202/2004 des Hofes beugen, in dem eine Reihe von Bestimmungen des Gesetzes vom 6. Januar 2003 für nichtig erklärt wurden. Für einige dieser Bestimmungen, darunter die Artikel 47*septies* § 1 Absatz 2 und 47*novies* § 1 Absatz 2, hat der Hof die Folgen bis zum 31. Dezember 2005 aufrechterhalten. Gemäß diesen Bestimmungen musste der Prokurator des Königs in Bezug auf die besonderen Ermittlungstechniken der Observation und der Infiltrierung eine vertrauliche Akte erstellen, auf die er alleine Zugang hatte, unbeschadet des Rechtes auf Einsichtnahme des Untersuchungsrichters in den in Artikel 56*bis* vorgesehenen Fällen. Weder die Untersuchungsgerichte, noch die erkennenden Gerichte, noch der Beschuldigte, noch die Zivilpartei hatten Zugang zur vertraulichen Akte.

B.20.3. Der Klagegrund ist nicht begründet.

In Bezug auf die Aufrechterhaltung der Folgen der für nichtig erklärten Bestimmungen

B.21. Damit die übermäßigen Folgen der Rückwirkung des Nichtigkeitsurteils vermieden werden, ist es angebracht, in Anwendung von Artikel 8 Absatz 2 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 die Folgen einiger der für nichtig erklärten Bestimmungen aufrechtzuerhalten, so wie dies im Urteilstenor angegeben ist.

Aus diesen Gründen:

Der Hof

1. erklärt im Strafprozessgesetzbuch in der durch das Gesetz vom 27. Dezember 2005 «zur Abänderung verschiedener Bestimmungen des Strafprozessgesetzbuches und des Gerichtsgesetzbuches im Hinblick auf die Verbesserung der Untersuchungsmethoden im Kampf gegen den Terrorismus und das schwere und organisierte Verbrechen» abgeänderten Fassung

- Artikel 47*ter* § 1 Absatz 3,

- Artikel 47*decies* § 7,

- den zweiten Satz in Artikel 47*undecies* Absatz 2,

- den zweiten Satz in Artikel 47*undecies* Absatz 3 und

- Artikel 235*ter* § 6

für nichtig;

2. weist die Klagen im Übrigen zurück;
 3. erhält die Folgen der in Anwendung von Artikel 47ter § 1 Absatz 3 und von Artikel 47decies § 7 angeordneten oder zugelassenen Maßnahmen bis zur Veröffentlichung des vorliegenden Urteils im *Belgischen Staatsblatt* aufrecht.
 Verkündet in niederländischer, französischer und deutscher Sprache, gemäß Artikel 65 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989, in der öffentlichen Sitzung vom 19. Juli 2007.

Der Kanzler,
 P.-Y. Dutilleux.

Der Vorsitzende,
 A. Arts.

GRONDWETTELIJK HOF

[2007/202512]

Bericht voorgeschreven bij artikel 74 van de bijzondere wet van 6 januari 1989

Bij arrest van 26 juni 2007 in zake de procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel tegen Frank Vandenbroucke, waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 4 juli 2007, heeft het Hof van Cassatie de volgende prejudiciële vraag gesteld :

« Schendt artikel 44 van het decreet van 27 maart 1991 inzake medische verantwoorde sportbeoefening, geïnterpreteerd in die zin dat door dat artikel een strafuitsluitende verschoningsgrond wordt gecreëerd die niet enkel geldt met betrekking tot feiten die alleen strafbaar zijn op grond van artikel 43 Dopingdecreet, maar dat deze ook geldt voor wat betreft louter het bezit van verboden substanties, strafbaar gesteld door de Drugwet, de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheden van de Staat, de gemeenschappen en de gewesten, in zoverre de toepassing ervan de residuaire bevoegdheid van de federale wetgever in het gedrang brengt ? ».

Die zaak is ingeschreven onder nummer 4259 van de rol van het Hof.

De griffier,
 P.-Y. Dutilleux.

COUR CONSTITUTIONNELLE

[2007/202512]

Avis prescrit par l'article 74 de la loi spéciale du 6 janvier 1989

Par arrêt du 26 juin 2007 en cause du procureur général près la Cour d'appel de Bruxelles contre Frank Vandenbroucke, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 4 juillet 2007, la Cour de cassation a posé la question préjudicielle suivante :

« L'article 44 du décret du 27 mars 1991 relatif à la pratique du sport dans le respect des impératifs de santé, interprété en ce sens que cet article crée une cause d'excuse exclusive de peine qui s'applique non seulement aux faits qui sont uniquement punissables en vertu de l'article 43 du décret sur le dopage, mais également à la simple détention de substances interdites, sanctionnée par la loi relative aux drogues, viole-t-il les règles qui sont établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'État, des communautés et des régions, en ce que son application met en péril la compétence résiduelle du législateur fédéral ? ».

Cette affaire est inscrite sous le numéro 4259 du rôle de la Cour.

Le greffier,
 P.-Y. Dutilleux.

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

[2007/202512]

Bekanntmachung vorgeschrieben durch Artikel 74 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989

In seinem Urteil vom 26. Juni 2007 in Sachen des Generalprokurators beim Appellationshof Brüssel gegen Frank Vandenbroucke, dessen Ausfertigung am 4. Juli 2007 in der Kanzlei des Hofes eingegangen ist, hat der Kassationshof folgende präjudizielle Frage gestellt:

« Verstößt Artikel 44 des Dekrets vom 27. März 1991 bezüglich der Sportausübung unter Beachtung der gesundheitlichen Anforderungen, dahingehend ausgelegt, dass durch diesen Artikel ein straffausschließender Entschuldigungsgrund eingeführt wird, der nicht nur in Bezug auf Handlungen gilt, welche nur aufgrund von Artikel 43 des Dopingdekrets strafbar sind, sondern auch für den bloßen Besitz verbotener Substanzen gilt, der durch das Betäubungsmittelgesetz unter Strafe gestellt wird, gegen die durch die Verfassung oder kraft derselben zur Bestimmung der jeweiligen Zuständigkeiten von Staat, Gemeinschaften und Regionen festgelegten Vorschriften, insofern seine Anwendung die Restbefugnis des föderalen Gesetzgebers beeinträchtigt? ».

Diese Rechtssache wurde unter der Nummer 4259 ins Geschäftsverzeichnis des Hofes eingetragen.

Der Kanzler,
 P.-Y. Dutilleux.