

Numéros du rôle : 4421, 4422, 4423,
4431 et 4441

Arrêt n° 25/2009
du 18 février 2009

ARRET

En cause : les questions préjudicielles relatives aux articles 47sexies, § 3, 47septies, § 2, 235ter et 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, posées par la Cour de cassation.

La Cour constitutionnelle,

composée de présidents M. Bossuyt et M. Melchior, et des juges P. Martens, R. Hennens, D. Lavrysen, J.-P. Moerman et E. Derycke, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président M. Bossuyt,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* *

I. *Objet des questions préjudicielles et procédure*

a. Par trois arrêts du 15 janvier 2008 en cause respectivement de H.E. et I.E., P.V., et K.S. et J.S., dont les expéditions sont parvenues au greffe de la Cour le 29 janvier 2008, la Cour de cassation a posé la question préjudicielle suivante :

« L'article 235^{ter} et/ou l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'ils ne prévoient pas un pourvoi en cassation immédiat contre un arrêt de la chambre des mises en accusation dans le cas d'un contrôle du dossier confidentiel conformément aux articles 189^{ter} et/ou 235^{ter} [ou : ' 189^{ter} et 235^{ter} '] du Code d'instruction criminelle, lequel arrêt est un arrêt préparatoire, alors que l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle permet, par dérogation au premier alinéa de cet article, un pourvoi en cassation immédiat contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation rendu par application de l'article 235^{bis} du Code d'instruction criminelle relatif à l'examen de la régularité de la procédure, lequel arrêt est un arrêt préparatoire analogue à celui rendu par application de l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle ? ».

b. Par arrêt du 29 janvier 2008 en cause de V.I., dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 14 février 2008, la Cour de cassation a posé les questions préjudicielles suivantes :

1. « Les articles 235^{ter} et/ou 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution, dans la mesure où ils ne permettent pas l'introduction d'un pourvoi immédiat contre un arrêt rendu par la chambre des mises en accusation sur le contrôle du dossier confidentiel conformément aux articles 189^{ter} et/ou 235^{ter} du Code d'instruction criminelle qui constitue un arrêt préparatoire, alors que l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, par dérogation à l'alinéa 1^{er} de cet article, autorise l'introduction d'un pourvoi immédiat contre l'arrêt rendu par la chambre des mises en accusation en application de l'article 235^{bis} du Code d'instruction criminelle sur l'examen de la régularité de la procédure qui constitue un arrêt préparatoire similaire à celui qui est rendu en application de l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle ? »;

2. « L'article 235^{ter}, § 2, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dans la mesure où les personnes faisant l'objet d'une observation désireuses de contrôler la régularité de cette observation ne sont pas autorisées à obtenir une copie du dossier répressif et ne disposent que d'une période de 48 heures pour consulter le dossier répressif, alors que d'autres personnes se trouvant dans une situation comparable parce qu'elles font l'objet d'une même violation grave de leur vie privée, comme c'est le cas à la suite d'une ordonnance de perquisition ou d'une ordonnance d'écoute téléphonique, peuvent en contrôler la régularité à la lumière d'une copie du dossier répressif et disposent en outre d'une période de plus de 48 heures pour contrôler cette régularité ? »;

3. « Les articles 47^{sexies}, § 3, 1^o, 2^o, 3^o et 5^o, et 47^{septies}, § 2, lus en combinaison avec l'article 235^{ter}, § 2, du Code d'instruction criminelle violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la mesure où les personnes faisant l'objet de la

méthode particulière de recherche de l'observation, ne sont pas autorisées à contester la régularité de la méthode particulière de recherche de l'observation, au cours de débats contradictoires en présence de toutes les parties au procès, à la lumière de tous les éléments du dossier répressif, en disposant du temps et des facilités nécessaires et en bénéficiant de l'audition contradictoire de témoins, alors que d'autres personnes se trouvant dans une situation comparable parce qu'elles font l'objet d'une ordonnance de perquisition ou d'une ordonnance d'écoute téléphonique, peuvent contester la régularité de l'ordonnance de perquisition ou de l'ordonnance d'écoute téléphonique au cours de débats contradictoires, en présence de toutes les parties au procès, à la lumière de tous les éléments du dossier répressif, dans les délais et avec les facilités nécessaires et, éventuellement, une audition contradictoire des témoins ? ».

c. Par arrêt du 19 février 2008 en cause de W.S., dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 3 mars 2008, la Cour de cassation a posé la question préjudicielle suivante :

« Les articles 235^{ter} et/ou 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution, dans la mesure où ils ne permettent pas l'introduction d'un pourvoi immédiat contre un arrêt rendu par la chambre des mises en accusation sur le contrôle du dossier confidentiel conformément aux articles 189^{ter} et/ou 235^{ter} du Code d'instruction criminelle qui constitue un arrêt préparatoire, alors que l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, par dérogation à l'alinéa 1^{er} de cet article, autorise l'introduction d'un pourvoi immédiat contre l'arrêt rendu par la chambre des mises en accusation en application de l'article 235^{bis} du Code d'instruction criminelle sur l'examen de la régularité de la procédure qui constitue un arrêt préparatoire similaire à celui qui est rendu en application de l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle ? ».

Ces affaires, inscrites sous les numéros 4421, 4422, 4423, 4431 et 4441 du rôle de la Cour, ont été jointes.

Des mémoires ont été introduits par :

- H.E., I.E. et P.V. (dans les affaires n^{os} 4421 et 4422) et V.I. (dans l'affaire n^o 4431), ayant élu domicile à 9000 Gand, Recollettenlei 39-40;
- le Conseil des ministres (dans toutes les affaires).

Des mémoires en réponse ont été introduits par :

- H.E., I.E. et P.V. (dans les affaires n^{os} 4421 et 4422) et V.I. (dans l'affaire n^o 4431).

A l'audience publique du 19 novembre 2008 :

- ont comparu :

. Me H. Rieder, avocat au barreau de Gand, pour H.E., I.E., P.V. et V.I.;

. Me E. Jacobowitz, qui comparaisait également *loco* Me P. De Maeyer, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;

- les juges-rapporteurs E. Derycke et R. Henneuse ont fait rapport;
- les avocats précités ont été entendus;
- les affaires ont été mises en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

II. *Les faits et les procédures antérieures*

La juridiction *a quo* est saisie de pourvois en cassation formés contre des arrêts de la chambre des mises en accusation, par lesquels celle-ci contrôle l'application des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, conformément à l'article 235ter du Code d'instruction criminelle.

La Cour de cassation observe que l'article 235ter, § 6, du Code d'instruction criminelle excluait le pourvoi en cassation, mais que cette disposition a été annulée par l'arrêt n° 105/2007 du 19 juillet 2007 et que, dès lors, la règle de droit commun de l'article 416 du Code d'instruction criminelle s'applique, en vertu de laquelle les recours en cassation ne sont en principe ouverts qu'après l'arrêt ou le jugement définitifs. Par conséquent, les pourvois en cassation en question ne seraient pas recevables.

La Cour de cassation observe toutefois qu'à l'alinéa 2 de l'article 416 précité, plusieurs exceptions à la règle sont prévues, notamment pour les arrêts de la chambre des mises en accusation rendus en application de l'article 235bis du Code d'instruction criminelle, lesquels peuvent donc faire l'objet d'un recours en cassation immédiat, contrairement aux arrêts rendus en application de l'article 235ter du même Code.

La Cour de cassation considère que les procédures prévues, d'une part, à l'article 235ter du Code d'instruction criminelle et, d'autre part, à l'article 235bis du même Code, sont à ce point comparables que la question se pose de savoir si cette distinction est compatible avec le principe d'égalité inscrit aux articles 10 et 11 de la Constitution. La Cour de cassation décide d'office (et, dans l'affaire n° 4441, à la demande de la partie demanderesse devant cette Cour) de poser la question préjudicielle reproduite ci-dessus, identique dans toutes les affaires.

En outre, dans l'affaire n° 4431, la Cour de cassation pose deux autres questions préjudicielles à la demande de la partie demanderesse devant cette Cour.

III. *En droit*

- A -

Quant à la question préjudicielle dans les affaires n^{os} 4421, 4422, 4423 et 4441 et à la première question préjudicielle dans l'affaire n° 4431

A.1.1. Selon les parties demandereses devant la Cour de cassation, le législateur a semé la confusion en ne transposant pas l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 202/2004 du 21 décembre 2004 aux articles 47sexies à 47novies du Code d'instruction criminelle, dans lesquels le contenu du dossier confidentiel a été étendu à d'autres éléments que les éléments confidentiels visés par la Cour en B.27.7 de cet arrêt.

Dans ce passage de l'arrêt, la Cour a limité les données auxquelles pouvait être conféré un caractère confidentiel à « l'intégrité physique des personnes participant aux méthodes particulières de recherche » et aux « méthodes mises en œuvre [...] en occultant certaines techniques », mais le contenu du dossier confidentiel a

été élargi aux autorisations de procéder à des observations et infiltrations (article 47*septies*, § 2, et 47*novies*, § 2), aux rapports confidentiels de l'officier de police judiciaire, visés aux articles 47*sexies*, § 3, 6°, et 47*octies*, § 3, 6°, (articles 47*septies*, § 1er, alinéas 1er et 2, et 47*novies*, § 1er, alinéas 1er et 2) ainsi qu'aux décisions du procureur du Roi visées aux articles 47*sexies*, §§ 4 et 7, alinéa 2, et 47*octies*, §§ 4 et 7, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle.

Selon les parties demanderesse devant la Cour de cassation, le législateur a ainsi, sans justification, étendu le contenu du dossier confidentiel et la compétence matérielle de la chambre des mises en accusation, de sorte que le contrôle de la chambre des mises en accusation conformément à l'article 235*ter* du Code d'instruction criminelle et le contrôle exercé conformément à l'article 235*bis*, qui est quant à lui contradictoire et peut faire l'objet d'un recours en cassation immédiat, se recoupent partiellement.

A.1.2. Les parties demanderesse devant la Cour de cassation estiment que les formulations des articles 131, 235*bis*, 235*ter* et 235*quater* du Code d'instruction criminelle ne sont pas cohérentes, mais qu'il découle néanmoins raisonnablement de la lecture combinée des articles 47*sexies*, 47*octies*, 131, 235*bis*, 235*ter* et 235*quater* de ce Code que l'observation et l'infiltration peuvent être considérées comme des techniques d'« obtention de la preuve » au sens de l'article 131, § 1er, 2°, de ce Code.

Les parties demanderesse devant la Cour de cassation observent que le contrôle de l'utilisation des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration en tant que méthodes d'obtention de la preuve appartient à la chambre des mises en accusation par application de l'article 235*bis* du Code d'instruction criminelle, mais que ces méthodes font également l'objet du contrôle exercé par la chambre des mises en accusation par application de l'article 235*ter* du Code d'instruction criminelle. Etant donné que le contrôle du dossier confidentiel est un élément de la compétence exclusive de la chambre des mises en accusation par application de l'article 235*ter*, il est créé, sur deux plans, une incompatibilité entre le contrôle exercé conformément à l'article 235*bis* et celui exercé conformément à l'article 235*ter*. D'une part, en raison de l'inégalité des armes et du caractère non contradictoire de la procédure de l'article 235*ter* et, d'autre part, en raison de l'impossibilité d'introduire un recours en cassation immédiat contre un arrêt de la chambre des mises en accusation par application de l'article 235*ter*.

A.1.3. Les parties demanderesse devant la Cour de cassation disent ne pas apercevoir pourquoi une décision de la chambre des mises en accusation rendue en application de l'article 235*ter* du Code d'instruction criminelle ne serait pas susceptible d'un recours en cassation immédiat.

Elles concluent que les questions préjudicielles appellent une réponse affirmative.

A.2.1. Le Conseil des ministres situe tout d'abord le contexte des dispositions en cause.

Dans son arrêt n° 202/2004 du 21 décembre 2004, la Cour a considéré que la loi du 6 janvier 2003 concernait les méthodes particulières de recherche violait le droit à un procès équitable en ce qu'elle ne prévoyait aucun contrôle du dossier confidentiel par un juge indépendant et impartial.

Le législateur a voulu donner suite à cet arrêt en insérant, par la loi du 27 décembre 2005, les nouveaux articles 235*ter* et 235*quater* dans le Code d'instruction criminelle. Ainsi, le contrôle du dossier confidentiel est confié à la chambre des mises en accusation. En vertu du paragraphe 6 de l'article 235*ter* précité, le recours en cassation contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation est exclu.

Dans son arrêt n° 105/2007 du 19 juillet 2007, la Cour a considéré que cette exclusion du recours en cassation était inconstitutionnelle et l'article 235*ter*, § 6, du Code d'instruction criminelle a été annulé. Par conséquent, c'est le droit commun (article 416 du Code d'instruction criminelle) qui est applicable.

Dans ses arrêts de renvoi, la Cour de cassation interprète l'article 416 précité en ce sens qu'aucun recours en cassation ne pourrait être formé, en vertu du second alinéa de ce même article, contre un arrêt rendu conformément à l'article 235*ter* du Code d'instruction criminelle et que contre un tel arrêt, un recours en cassation ne serait ouvert qu'après un arrêt ou un jugement définitifs. Ensuite, le juge *a quo* compare cette situation au cas dans lequel un arrêt est rendu conformément à l'article 235*bis* du même Code, contre lequel un recours en cassation immédiat est possible, en vertu de l'article 416, alinéa 2.

A.2.2. Quant au fond, le Conseil des ministres soutient que le législateur entendait, compte tenu de l'arrêt n° 202/2004 précité, instaurer un équilibre entre, d'une part, une meilleure protection des droits de défense et, d'autre part, une utilisation efficace des méthodes particulières de recherche.

Dans l'arrêt n° 105/2007 mentionné plus haut, la Cour a toutefois considéré que le paragraphe 6 de l'article 235ter devait être annulé, parce que l'impossibilité d'introduire un recours en cassation viole le principe d'égalité et de non-discrimination.

Par conséquent, seules deux possibilités existent, selon le Conseil des ministres : soit les dispositions en cause reçoivent une interprétation conforme à la Constitution (possibilité de recours en cassation immédiat), soit il faut conclure à l'impossibilité d'un recours en cassation immédiat.

Une interprétation conforme à la Constitution semble possible. La lecture de l'article 235ter fait apparaître qu'il existe un lien entre cet article et l'article 235bis : certaines dispositions peuvent être appliquées tant aux cas visés à l'article 235bis qu'aux cas visés à l'article 235ter. Ainsi, l'article 416, alinéa 2, à travers l'article 235ter, *in fine*, lu en combinaison avec l'article 235bis, § 6, semble également s'appliquer aux arrêts rendus dans le cadre de l'examen du dossier confidentiel. La Cour de cassation paraît toutefois être d'un autre avis.

Compte tenu de l'interprétation de la Cour de cassation et de l'arrêt n° 105/2007 mentionné plus haut, il appartiendra, selon le Conseil des ministres, aux juridictions concernées de décider si elles peuvent ou non donner aux dispositions en cause une interprétation conforme à la Constitution. Il est toutefois évident que l'article 235ter et l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle ne sont eux-mêmes pas inconstitutionnels, puisque la différence de traitement en cause est uniquement due à une lacune dans la législation et ce, à la suite de l'arrêt n° 105/2007.

A.3. Les parties demandereses devant la Cour de cassation répondent que le Conseil des ministres part erronément du principe que les arrêts de la chambre des mises en accusation rendus par application de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle peuvent toujours faire l'objet d'un recours en cassation immédiat, parce qu'il s'agit toujours aussi d'arrêts contre lesquels un recours en cassation immédiat peut être formé conformément à l'article 235bis.

Contrairement à ce que le Conseil des ministres allègue, le renvoi, dans l'article 235ter, § 5, du Code d'instruction criminelle, à l'article 235bis, §§ 5 et 6, du même Code n'implique pas que le délai de recours en cassation visé à l'article 235bis, § 6, vaille également pour l'arrêt rendu dans le cadre de l'article 235ter. Les dispositions de l'article 235bis, §§ 5 et 6, portent en effet exclusivement sur le cas dans lequel la chambre des mises en accusation constate une irrégularité, une omission ou une cause de nullité visée à l'article 131, § 1er, ou une cause d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique. Lorsque la chambre des mises en accusation ne constate rien de tel, les dispositions de l'article 235bis, §§ 5 et 6, ne sont pas applicables.

Les parties demandereses devant la Cour de cassation citent un arrêt du 31 décembre 2007 dans lequel la chambre des mises en accusation de Gand a considéré que, lorsqu'une observation est considérée comme régulière, il n'y a pas lieu d'entamer la procédure prévue par l'article 235bis, du Code d'instruction criminelle.

Quant à la deuxième question préjudicielle dans l'affaire n° 4431

A.4. Contrairement à la catégorie des personnes qui font l'objet d'une méthode particulière de recherche d'observation ou d'infiltration, la catégorie des personnes qui ne font pas l'objet d'une telle méthode particulière de recherche et à l'égard desquelles la chambre des mises en accusation n'exerce aucun contrôle conformément à l'article 235ter du Code d'instruction criminelle, mais qui font effectivement l'objet de méthodes de recherche qui ne sont pas qualifiées de particulières, bien qu'elles constituent une violation tout aussi profonde du droit à la protection de la vie privée (comme, par exemple, une visite domiciliaire ou une écoute téléphonique), dispose, quant à elle, de suffisamment de temps et de facilités pour préparer dûment sa défense.

Selon la partie demanderesse devant la Cour de cassation, aucun critère de distinction objectif et raisonnable ne justifie cette différence de traitement de catégories comparables de personnes. Par ailleurs, le législateur n'a pas indiqué l'objectif qu'il poursuivait à cet égard.

La procédure prévue par l'article 235ter emporte une violation disproportionnée du droit de défense garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, puisqu'il est en fait impossible, pour l'intéressé, de préparer sa défense dans les 48 heures. En outre, ce délai de 48 heures est une fiction, puisque, à ce moment, la défense n'a pas encore droit à une copie du dossier répressif et que celui-ci ne peut par conséquent être consulté que pendant les heures d'ouverture du greffe. En réalité, l'intéressé ou son conseil ne disposent que d'un délai de 13 heures pour étudier le dossier. Ce délai ne peut en outre être exploité intégralement, vu les autres obligations du conseil de l'intéressé.

Par conséquent, l'article 235ter porte atteinte de manière disproportionnée aux principes du contradictoire, du droit de défense et de l'égalité des armes entre le ministère public et la défense, garantis par les dispositions conventionnelles précitées.

A.5. Le Conseil des ministres soutient que les dispositions en cause visent à protéger au maximum le dossier confidentiel. Du reste, il convient de ne pas perdre de vue que le dossier confidentiel ne contient que des informations très restreintes (en particulier les moyens techniques utilisés, l'identité des agents concernés et le scénario d'infiltration), qui ne peuvent être utilisées comme moyens de preuve. Le fait de ne pas prévoir la possibilité de lever copie du dossier et la possibilité limitée de prendre connaissance de celui-ci sont liés au souci de protéger au maximum le dossier confidentiel. La Cour l'a déjà relevé dans son arrêt n° 202/2004 (B.27.7).

Selon le Conseil des ministres, le droit de défense n'est pas restreint de manière disproportionnée mais préservé au maximum, compte tenu de la nécessité de protéger le dossier confidentiel : la défense peut consulter le dossier répressif de manière illimitée; la défense est entendue; la défense peut exposer par écrit son point de vue devant la chambre des mises en accusation; la chambre des mises en accusation peut entendre tous les autres acteurs et ordonner des audiences supplémentaires. En outre, la décision de la chambre des mises en accusation n'est pas définitive.

Renvoyant à l'arrêt n° 105/2007, le Conseil des ministres soutient que les dispositions présentement en cause ont déjà résisté au contrôle au regard des normes de référence mentionnées dans la seconde question préjudicielle. Dans cet arrêt, la Cour a examiné plusieurs moyens dont le contenu était identique à la critique présentement formulée dans la deuxième question préjudicielle.

A.6. La partie demanderesse devant la Cour de cassation répond que l'objectif de protection maximale du dossier confidentiel n'est pas atteint en excluant la possibilité de lever copie du dossier public, ni en limitant le délai de consultation de ce dossier à 48 heures.

Le Conseil des ministres ne peut être suivi dans son argumentation selon laquelle, comparé au délai applicable à d'autres comparutions devant les juridictions d'instruction, le délai de 48 heures prévu à l'article 235ter, § 1, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle ne peut être considéré comme trop bref. La partie demanderesse devant la Cour de cassation relève en outre que les seules « autres comparutions devant les juridictions d'instruction » dans le cadre desquelles les justiciables disposent d'un délai de consultation d'une brièveté comparable sont les procédures fixées dans le cadre de la loi sur la détention préventive. La procédure prévue à l'article 235ter n'est nullement comparable à une procédure dans le cadre de la loi sur la détention préventive, mais bien à la procédure prévue à l'article 127 du Code d'instruction criminelle, du moins en ce qui concerne le délai et les facilités nécessaires pour la préparation de la comparution : pour l'inculpé non détenu, le délai s'élève, dans le cadre du règlement de la procédure, à au moins 15 jours; pour l'inculpé en détention, ce délai s'élève à 3 jours (article 127, §§ 2 et 3). En outre, tant l'inculpé non détenu que l'inculpé détenu ont le droit de lever copie du dossier répressif (article 127, § 2).

Quant à la troisième question préjudicielle dans l'affaire n° 4431

A.7. Contrairement à la catégorie des personnes qui font l'objet d'une méthode particulière de recherche d'observation ou d'infiltration, la catégorie des personnes qui ne font pas l'objet d'une telle méthode particulière de recherche et à l'égard desquelles la chambre des mises en accusation n'exerce aucun contrôle conformément à l'article 235ter du Code d'instruction criminelle, mais qui font l'objet de méthodes de recherche qui ne sont pas qualifiées de particulières, bien qu'elles constituent une violation tout aussi profonde du droit à la protection de

la vie privée (comme, par exemple, une visite domiciliaire ou une écoute téléphonique), est, quant à elle, autorisée à contester la régularité de la mesure concernée dans un débat contradictoire, en présence de toutes les parties au procès, sur la base de tous les éléments du dossier répressif, en disposant du temps et des facilités nécessaires et en bénéficiant de l'audition contradictoire de témoins.

Selon la partie demanderesse devant la Cour de cassation aucun critère de distinction objectif et raisonnable ne justifie cette différence de traitement de catégories comparables de personnes. Par ailleurs, le législateur n'a pas indiqué l'objectif qu'il poursuivait à cet égard.

L'absence de contradiction doit être réduite au strict minimum. La défense doit conserver le droit de contester, tant devant les juridictions d'instruction que devant le juge du fond, la légalité, en fait et en droit, des mentions visées à l'article 47*sexies*, § 3, 1°, 2°, 3°, et 5°, du Code d'instruction criminelle. Ces mentions sont accessibles par le biais du procès-verbal, rédigé conformément à l'article 47*septies*, § 2, alinéa 3, du même Code. Rien ne justifie le fait qu'aucun débat contradictoire ne puisse être mené à ce sujet, lorsque la défense obtient de la chambre des mises en accusation la garantie juridique que les données qui ont été portées à sa connaissance par le biais du procès-verbal précité sont identiques aux données du dossier confidentiel. Le soin d'apprécier la légalité de ces données non confidentielles ne relève plus de la compétence de la chambre des mises en accusation. Dans la mesure où l'article 235*ter* est interprété en ce sens que la chambre des mises en accusation est, dans le cadre de cette procédure non contradictoire, compétente pour se prononcer sur l'intégralité du contrôle de légalité, il s'agirait d'une conséquence disproportionnée. Une interprétation aussi large de l'article 235*ter* impliquerait une violation du principe d'égalité et de non-discrimination, combiné avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit le principe du contradictoire dans la procédure pénale, les droits de défense et l'égalité des armes entre le ministère public et la défense.

La partie demanderesse devant la Cour de cassation conclut que l'article 47*sexies*, § 3, 1°, 2°, 3° et 5°, et l'article 47*septies*, § 2, lus en combinaison avec l'article 235*ter*, § 2, violent les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6 de la Convention européenne. Dans l'interprétation selon laquelle la chambre des mises en accusation, dans le cadre de la procédure non contradictoire visée à l'article 235*ter*, est compétente pour exercer un contrôle de légalité intégral, incluant donc les données provenant du dossier confidentiel (y compris les données mentionnées à l'article 47*sexies*, § 3, 1°, 2°, 3° et 5°, pour autant que la défense reçoive de la chambre des mises en accusation la garantie que ces données sont identiques aux données provenant du dossier confidentiel).

A.8. Le Conseil des ministres renvoie ce qu'il a exposé dans le cadre des première et deuxième questions préjudicielles.

Renvoyant à l'arrêt n° 105/2007, le Conseil des ministres soutient que les dispositions présentement en cause ont déjà résisté au contrôle au regard des normes de référence mentionnées dans la troisième question préjudicielle. (an) Or, par l'arrêt, la Cour a examiné plusieurs moyens dont le contenu était identique à la critique présentée et formulée dans la troisième question préjudicielle.

A.9. La partie demanderesse devant la Cour de cassation répond que si la chambre des mises en accusation – lors du contrôle du dossier confidentiel qu'elle effectue en vertu de l'article 235*ter* – ne décide pas de vérifier la régularité de la procédure (en ce compris la légalité de l'observation et de l'infiltration sur la base du dossier répressif), l'article 235*bis* – et donc le caractère contradictoire de la procédure visé à l'article 235*bis*, § 4 – ne s'applique pas. Pour cette raison, les normes de référence citées dans la troisième question préjudicielle sont violées.

- B -

Quant à la question préjudicielle dans les affaires n^{os} 4421, 4422, 4423 et 4441 et à la première question préjudicielle dans l'affaire n^o 4431

B.1. Par les questions préjudicielles reproduites plus haut – dont la formulation est identique dans chacune des affaires jointes -, la Cour de cassation demande si les articles 235^{ter} et 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, tels qu'ils étaient rédigés avant leur modification par la loi du 16 janvier 2009 « modifiant les articles 189^{ter}, 235^{ter}, 335^{bis} et 416 du Code d'instruction criminelle » (*Moniteur belge*, 16 janvier 2009, édition 2) (ci-après : la loi du 16 janvier 2009), sont compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que l'article 416, alinéa 2, ne prévoit pas la possibilité de former un recours en cassation immédiat contre un arrêt préparatoire de la chambre des mises en accusation exerçant le contrôle, sur la base du dossier confidentiel, de la régularité de l'application des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, conformément à l'article 189^{ter} ou à l'article 235^{ter}, tels qu'ils étaient rédigés avant leur modification par la loi précitée du 16 janvier 2009, alors qu'en vertu de l'article 416, alinéa 2, un recours en cassation immédiat peut être formé contre les arrêts préparatoires de la chambre des mises en accusation exerçant le contrôle de la régularité de la procédure en application de l'article 235^{bis} du Code d'instruction criminelle.

Par son arrêt n^o 111/2008 du 31 juillet 2008, la Cour a répondu à des questions préjudicielles identiques.

La Cour ne se prononce pas sur l'incidence éventuelle de la loi du 16 janvier 2009 sur les affaires qui ont donné lieu aux présentes questions préjudicielles.

B.2.1. L'article 235^{bis} du Code d'instruction criminelle, inséré par la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction (*Moniteur belge*, 2 avril 1998), dispose :

« § 1er. Lors du règlement de la procédure, la chambre des mises en accusation contrôle, sur la réquisition du ministère public ou à la requête d'une des parties, la régularité de la procédure qui lui est soumise. Elle peut même le faire d'office.

§ 2. La chambre des mises en accusation agit de même, dans les autres cas de saisine.

§ 3. Lorsque la chambre des mises en accusation contrôle d'office la régularité de la procédure et qu'il peut exister une cause de nullité, d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique, elle ordonne la réouverture des débats.

§ 4. La chambre des mises en accusation 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.

§ 5. Les irrégularités, omissions ou causes de nullités visées à l'article 131, § 1er, ou relatives à l'ordonnance de renvoi, et qui ont été examinées devant la chambre des mises en accusation ne peuvent plus l'être devant le juge du fond, sans préjudice des moyens touchant à l'appréciation de la preuve ou qui concernent l'ordre public. Il en va de même pour les causes d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique, sauf lorsqu'elles ne sont acquises que postérieurement aux débats devant la chambre des mises en accusation. Les dispositions du présent paragraphe ne sont pas applicables à l'égard des parties qui ne sont appelées dans l'instance qu'après le renvoi à la juridiction de jugement, sauf si les pièces sont retirées du dossier conformément à l'article 131, § 2, ou au § 6 du présent article.

§ 6. Lorsque la chambre des mises en accusation constate une irrégularité, omission ou cause de nullité visée à l'article 131, § 1er, ou une cause d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique, elle prononce, le cas échéant, la nullité de l'acte qui en est entaché et de tout ou partie de la procédure ultérieure. Les pièces annulées sont retirées du dossier et déposées au greffe du tribunal de première instance, après l'expiration du délai de cassation ».

B.2.2. L'article 139ter du Code d'instruction criminelle, également mentionné dans les questions préjudicielles, disposition qui a été insérée 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 (*Moniteur belge*, 30 décembre 2005), disposait avant sa modification par la loi précitée du 16 janvier 2009 :

« Sur la base d'éléments concrets qui ne sont apparus que postérieurement au contrôle de la chambre des mises en accusation exercé en vertu de l'article 235ter, le tribunal peut, soit d'office, soit sur réquisition du ministère public, soit à la demande du prévenu, de la partie civile ou de leurs avocats, charger la chambre des mises en accusation de contrôler

l'application des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, en application de l'article 235^{ter}.

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.

Le tribunal transmet le dossier au ministère public, afin de porter l'affaire à cet effet devant la chambre des mises en accusation ».

B.2.3. L'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, également inséré par la loi précitée du 27 décembre 2005, disposait avant l'annulation de son paragraphe 6 par l'arrêt n° 105/2007 du 19 juillet 2007 et avant sa modification par la loi précitée du 16 janvier 2009 :

« § 1er. La chambre des mises en accusation est chargée de contrôler [...] la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration.

Dès la clôture de l'information dans laquelle ces méthodes ont été utilisées et avant que le ministère public ne procède à la citation directe, la chambre des mises en accusation examine, sur la réquisition du ministère public, la régularité des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration.

Dès le moment où le juge d'instruction communique son dossier au procureur du Roi en vertu de l'article 127, § 1er, alinéa 1er, la chambre des mises en accusation examine, sur la réquisition du ministère public, la régularité des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration qui ont été appliquées dans le cadre de l'instruction ou de l'information qui l'a précitée.

§ 2. La chambre des mises en accusation se prononce dans les trente jours de la réception de la réquisition du ministère public. Ce délai est ramené à huit jours si l'un des inculpés se trouve en détention préventive.

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 par le greffier par télécopie ou par lettre recommandée à la poste au plus tard quarante-huit heures avant l'audience. Le greffier les informe également dans cette convocation, que le dossier répressif est mis à leur disposition au greffe, en original ou en copie pour consultation pendant cette période.

Pour les méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, elle peut entendre, séparément et en l'absence des parties, le juge d'instruction et l'officier de police judiciaire visé aux articles 47^{sexies}, § 3, 6°, et 47^{octies}, § 3, 6°.

La chambre des mises en accusation peut charger le juge d'instruction d'entendre les fonctionnaires de police chargés d'exécuter l'observation et l'infiltration et le civil visé à l'article 47*octies*, § 1er, alinéa 2, en application des articles 86*bis* et 86*ter*. Elle peut décider d'être présente à l'audition menée par le juge d'instruction ou de déléguer un de ses membres à cet effet.

§ 3. Le ministère public soumet au président de la chambre des mises en accusation le dossier confidentiel visé aux articles 47*septies*, § 1er, alinéa 2, ou 47*novies*, § 1er, alinéa 2, qui porte sur l'information ou sur l'instruction visée au § 1er. Seuls les magistrats de la chambre des mises en accusation ont le droit de consulter ce dossier confidentiel.

Le président de la chambre des mises en accusation prend les mesures nécessaires en vue d'assurer la protection du dossier confidentiel. Il le restitue immédiatement au ministère public après en avoir pris connaissance.

§ 4. L'arrêt de la chambre des mises en accusation ne peut pas faire mention du contenu du dossier confidentiel, ni du moindre élément susceptible de compromettre les moyens techniques et les techniques d'enquête policière utilisés ou la garantie de la sécurité et de l'anonymat de l'indicateur, des fonctionnaires de police chargés de l'exécution de l'observation ou de l'infiltration et du civil visé à l'article 47*octies*, § 1er, alinéa 2.

§ 5. Il est procédé pour le surplus conformément à l'article 135*bis*, §§ 5 et 6.

§ 6. Le contrôle du dossier confidentiel par la chambre des mises en accusation n'est susceptible d'aucun recours ».

B.2.4. L'article 416 du Code d'instruction criminelle, modifié par les lois du 12 mars 1998 (*Moniteur belge*, 2 avril 1998), 19 décembre 2002 (*Moniteur belge*, 14 février 2003) et 13 juin 2006 (*Moniteur belge*, 19 juillet 2006) et disposait avant sa modification par la loi précitée du 15 janvier 2009 :

« 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'exécution volontaire de tels arrêts ou jugements préparatoires ne pourra, en aucun cas, être opposée comme fin de non-recevoir.

L'alinéa précédent ne s'applique pas aux arrêts ou jugements rendus sur la compétence ou en application des articles 135 et 235*bis*, ni aux arrêts ou jugements relatifs à l'action civile qui statuent sur le principe d'une responsabilité, ni aux arrêts par lesquels conformément à l'article 524*bis*, § 1er, il est statué sur l'action publique et ordonné une enquête particulière sur les avantages patrimoniaux, ni aux arrêts de renvoi conformément à l'article 57*bis* de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait ».

B.3. L'annulation du paragraphe 6 de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle par l'arrêt précité n° 105/2007 était fondée sur les motifs suivants :

« 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 1er, 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 47*sexies*, § 2, et 47*octies*, § 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 a, 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 communiqué 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 235*ter*, 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 235*bis*. 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 189^{ter} et 335^{bis} 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 235^{ter}.

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 235^{ter}, § 6, établit une différence de traitement qui n'est pas raisonnablement justifiée. Cette disposition doit être annulée ».

B.4. Postérieurement à l'annulation de l'article 235^{ter}, § 6, du Code d'instruction criminelle par son arrêt n° 105/2007, la Cour a déclaré plusieurs questions préjudicielles sans objet en ce qu'elles concernaient l'absence de recours contre les arrêts de la chambre des mises en accusation portant contrôle du dossier confidentiel (arrêts n°s 107/2007 du 26 juillet 2007, 109/2007 du 26 juillet 2007, 126/2007 du 4 octobre 2007, 6/2008 du 17 janvier 2008 et 18/2008 du 14 février 2008).

B.5. Lorsque le législateur a prévu, par la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, insérant un nouvel article 235^{bis} dans le Code d'instruction criminelle, que les irrégularités, omissions ou causes de nullités visées à l'article 131, § 1er, ou relatives à l'ordonnance de renvoi et qui ont été examinées devant la chambre des mises en accusation ne peuvent en principe plus l'être devant le juge du fond, sans préjudice des moyens touchant à l'appréciation de la preuve ou qui concernent l'ordre public (article 235^{bis}, § 5), il a prévu parallèlement, pour les arrêts de la chambre des mises en accusation rendus sur la base de l'article 235^{bis} précité, une exception supplémentaire à la règle de l'article 416, alinéa 1er, qui dispose que les recours en cassation ne sont ouverts qu'après l'arrêt ou le jugement définitifs.

Dans l'exposé des motifs du projet de loi, il est dit à ce sujet :

« Dans la mesure où les moyens soulevés dans l'exercice du recours introduit par l'article 135, en projet, du CIC ou développés dans le cadre de l'article 235 en projet, du même Code ne peuvent plus être invoqués devant le juge du fond, il est impératif d'ouvrir à

l'inculpé la possibilité de se pourvoir immédiatement en cassation contre un arrêt défavorable de la chambre des mises en accusation. Le projet tend ainsi à introduire une nouvelle exception à la règle reprise à l'alinéa 1er de l'article 416 actuel, selon laquelle les pourvois formés contre les arrêts préparatoires ou d'instruction sont irrecevables tant que la décision définitive sur le fond n'a pas été prononcée. Puisque les problèmes relatifs à la régularité de l'instruction peuvent être définitivement tranchés au stade du règlement de la procédure, il est nécessaire qu'ils puissent au besoin être examinés par la Cour de cassation » (*Doc. parl.*, Chambre, 1996-1997, n° 857/1, p. 71).

B.6. En vertu de l'article 235*bis* du Code d'instruction criminelle, il appartient à la chambre des mises en accusation de contrôler la régularité de la procédure qui lui est soumise, soit d'office, soit sur la réquisition du ministère public ou à la demande d'une des parties. Le cas échéant, les actes viciés sont annulés et les pièces annulées sont retirées du dossier et déposées au greffe du tribunal de première instance, après l'expiration du délai de cassation (article 235*bis*, § 6). En vertu de l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été modifié par la loi du 12 mars 1998, la décision de la chambre des mises en accusation rendue conformément à l'article 235*bis* peut faire l'objet d'un recours en cassation immédiat.

B.7. A la suite de l'arrêt de la Cour n° 202/2004 du 21 décembre 2004, le législateur a, par la loi du 27 décembre 2005, inséré l'article 235*ter* dans le Code d'instruction criminelle. En vertu de cette disposition, la chambre des mises en accusation contrôle l'application des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration sur la base du dossier confidentiel.

B.8. Par l'arrêt précité n° 105/2007, la Cour a annulé le paragraphe 6 de l'article 235*ter* du Code d'instruction criminelle – qui excluait tout recours contre le contrôle du dossier confidentiel exercé par la chambre des mises en accusation en vertu de cet article 235*ter* – parce qu'il privait sans justification la catégorie des personnes ayant fait l'objet d'une méthode de recherche d'observation et d'infiltration de la possibilité d'introduire un pourvoi en cassation contre la décision de la chambre des mises en accusation prise en application de l'article 235*ter* du Code d'instruction criminelle, alors que cette possibilité existe contre les décisions de la chambre des mises en accusation prises en application de l'article 235*bis* de ce Code.

Il découlait de l'annulation du paragraphe 6 de l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle qu'un pourvoi en cassation devait être possible aussi bien contre les décisions de la chambre des mises en accusation prises en application de l'article 189^{ter} ou de l'article 235^{ter} que contre celles prises en application de l'article 235^{bis}.

Compte tenu de l'objectif du législateur, tel qu'il est défini en B.5, qui est de permettre un pourvoi en cassation immédiat contre les arrêts de la chambre des mises en accusation relatifs à la régularité de la procédure qui lui est soumise en application de l'article 235^{bis}, par dérogation à la règle inscrite à l'alinéa 1er de l'article 416, il n'était pas justifié que les arrêts par lesquels la chambre des mises en accusation contrôle la régularité des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration sur la base du dossier confidentiel, en application de l'article 189^{ter} ou de l'article 235^{ter}, ne puissent pas également faire l'objet d'un pourvoi en cassation immédiat.

Cette différence de traitement injustifiée provenait de l'absence, dans l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, d'une disposition législative ayant, pour les décisions prises par la chambre des mises en accusation en application de l'article 235^{ter}, une portée identique à celle qui concerne les décisions de la chambre des mises en accusation prises en application de l'article 235^{bis}.

B.9. Il s'ensuivait que l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, tel qu'il était rédigé avant sa modification par la loi du 16 janvier 2009, n'était pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne prévoyait pas un pourvoi en cassation immédiat contre un arrêt de la chambre des mises en accusation, lorsque celle-ci exerçait un contrôle du dossier confidentiel en application des articles 189^{ter} ou 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, tels qu'ils étaient rédigés avant leur modification par la loi du 16 janvier 2009.

B.10. Enfin, pour ce qui est de l'observation du Conseil des ministres selon laquelle la Cour peut constater une lacune législative mais ne peut la combler, c'est au juge *a quo* qu'il appartient, si la lacune est située dans le texte soumis à la Cour, de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée par celle-ci, lorsque ce constat est exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que la disposition en cause soit appliquée

dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution (cf. CEDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, § 25).

B.11. Les questions préjudicielles dans les affaires n^{os} 4421, 4422, 4423 et 4441 ainsi que la première question préjudicielle dans l'affaire n^o 4431 appellent une réponse affirmative.

Quant aux deuxième et troisième questions préjudicielles dans l'affaire n^o 4431

B.12.1. Par la deuxième question préjudicielle dans l'affaire n^o 4431, la Cour de cassation demande si l'article 235ter, § 2, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle, tel qu'il était rédigé avant sa modification par la loi du 16 janvier 2009, est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés 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, dès lors que cet article 235ter, § 2, alinéa 3, ne prévoyait pas que la catégorie de personnes faisant l'objet de la méthode particulière de recherche d'observation puisse - en vue d'un contrôle de la régularité de cette méthode particulière de recherche - obtenir une copie du dossier répressif et qu'il énonçait que cette catégorie de personnes ne dispose que d'une période de 48 heures pour consulter le dossier répressif, alors que la catégorie de personnes faisant l'objet d'une telle violation grave de leur vie privée, comme dans le cas d'une ordonnance de perquisition ou d'une ordonnance d'écoute téléphonique, peut, elle, en contrôler la régularité à la lumière d'une copie du dossier répressif et dispose pour ce faire d'une période de plus de 48 heures. La loi précitée du 16 janvier 2009 n'a pas modifié cet état de chose.

B.12.2. Par la troisième question préjudicielle dans l'affaire n^o 4431, la Cour de cassation demande si l'article 47sexies, § 3, 1^o, 2^o, 3^o et 5^o, ainsi que l'article 47septies, § 2, du Code d'instruction criminelle, combinés avec l'article 235ter, § 2, - tels qu'ils étaient rédigés avant leur modification par la loi du 16 janvier 2009 - du même Code, sont compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que les dispositions précitées du Code d'instruction criminelle ne prévoyaient pas que la catégorie des personnes ayant fait l'objet de

la méthode particulière de recherche d'observation pût contester la régularité de cette observation au cours de débats contradictoires, alors que la catégorie de personnes faisant l'objet d'une ordonnance de perquisition ou d'une ordonnance d'écoute téléphonique peut, elle, en contester la régularité au cours de débats contradictoires.

B.12.3. Dans ces questions préjudicielles, le contrôle de la régularité de la méthode particulière de recherche d'observation est comparé au contrôle de la régularité des méthodes « ordinaires » de recherche que sont la perquisition et l'écoute téléphonique, en particulier du point de vue (1) de la levée d'une copie du dossier répressif, (2) du délai de 48 heures pour consulter le dossier répressif et (3) du caractère contradictoire de la procédure.

La Cour est donc interrogée sur la compatibilité des dispositions en cause avec les normes de contrôle mentionnées dans ces questions, dès lors que des règles de procédure applicables à certaines méthodes « ordinaires » de recherche ne s'appliquent pas à la méthode particulière de recherche d'observation.

B.12.4. Eu égard à la connexité des deuxième et troisième questions préjudicielles dans l'affaire n° 4431, celles-ci sont examinées conjointement.

B.13.1. L'article 235^{ter}, § 2, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle, inséré par la loi précitée du 27 décembre 2005, disposait avant sa modification par la loi précitée du 16 janvier 2009 :

« [La chambre des mises en accusation] entend de la même manière la partie civile et l'inculpé, après convocation qui leur est notifiée par le greffier par télécopie ou par lettre recommandée à la poste au plus tard quarante-huit heures avant l'audience. Le greffier les informe également dans cette convocation, que le dossier répressif est mis à leur disposition au greffe, en original ou en copie pour consultation pendant cette période ».

B.13.2. L'article 47^{sexies}, § 3, du même Code, inséré par la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête, dispose :

« L'autorisation de procéder à l'observation est écrite et contient les mentions suivantes :

1° les indices sérieux de l'infraction qui justifient l'observation et, si l'observation s'inscrit dans le cadre de l'enquête proactive définie à l'article 28*bis*, § 2, les indices particuliers relatifs aux éléments décrits dans cette dernière disposition;

2° les motifs pour lesquels l'observation est indispensable à la manifestation de la vérité;

3° le nom ou, s'il n'est pas connu, une description aussi précise que possible de la ou des personnes observées, ainsi que des choses, des lieux ou des événements visés au § 1er;

[...]

5° la période au cours de laquelle l'observation peut être exécutée et laquelle ne peut excéder un mois à compter de la date de l'autorisation;

[...] ».

B.13.3. L'article 47*septies* du même Code, inséré par la loi précitée du 6 janvier 2003 et remplacé par la loi précitée du 27 décembre 2005, dispose :

« § 2. L'autorisation d'observation et les décisions de modification, d'extension ou de prolongation sont jointes au dossier confidentiel.

L'officier de police judiciaire visé à l'article 47*sexies*, § 3, 6°, rédige le procès-verbal des différentes phases de l'exécution de l'observation, mais n'y mentionne aucun des éléments susceptibles de compromettre les moyens techniques et les techniques d'enquête policière utilisés ou la garantie de la sécurité et de l'anonymat de l'indicateur et des fonctionnaires de police chargés de l'exécution de l'observation. Ces éléments ne figurent que dans le rapport écrit visé au § 1er, alinéa 1er.

Il est fait référence dans un procès-verbal à l'autorisation d'observation et il est fait mention des indications visées à l'article 47*sexies*, § 3, 1°, 2°, 3° et 5°. Le procureur du Roi confirme par décision écrite l'existence de l'autorisation d'observation qu'il a accordée.

Les procès-verbaux qui ont été rédigés ainsi que la décision visée à l'alinéa 3 sont joints au dossier répressif au plus tard après qu'il a été mis fin à l'observation ».

B.14. Par son arrêt n° 105/2007 du 19 juillet 2007, la Cour a statué sur des recours en annulation totale ou partielle de la loi du 27 décembre 2005.

Dans cet arrêt, la Cour a jugé :

« 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.

[...]

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 47septies et 47novies 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*, § 1er, et 47*novies*, § 1er).

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 d'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 47*sexies*, § 3, 1°, 2°, 3° et 5° (en cas d'observation) ou à l'article 47*octies*, § 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 47*septies*, § 2, et 47*novies*, § 2).

B.10. Dans le cadre du contrôle prévu par l'article 235*ter* 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 47^{octies}, §§ 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 235^{ter} 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 secrets 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.13.3. 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 235^{ter} 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, § 1er, alinéa 1er, 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 seront 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 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, 235*bis* et 235*ter* du Code d'instruction criminelle. L'article 235*ter* 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 235*ter*, 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 235*bis*, § 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 ».

B.15. Dans son arrêt n° 107/2007 du 26 juillet 2007, rendu sur questions préjudicielles, la Cour a confirmé les considérations précitées de son arrêt n° 105/2007 du 19 juillet 2007.

B.16. Les griefs actuels correspondent en substance à certains griefs que la Cour a examinés dans ses arrêts n°s 105/2007 et 107/2007.

Il n'y a pas lieu en l'espèce de statuer autrement.

B.17. En outre, en n'accordant pas la possibilité aux parties de lever copie du dossier pénal qui est mis à leur disposition pendant quarante-huit heures, l'article 235*ter*, § 2, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits des parties, puisque l'article 127, § 2, du même Code leur permet de lever une copie du dossier lors du règlement de la procédure.

B.18. Les deuxième et troisième questions préjudicielles dans l'affaire n° 4431 appellent une réponse négative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

1. L'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, tel qu'il était rédigé avant sa modification par la loi du 16 janvier 2009 « modifiant les articles 189^{ter}, 235^{ter}, 335^{bis} et 416 du Code d'instruction criminelle », viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne prévoit pas un recours en cassation immédiat contre un arrêt de la chambre des mises en accusation qui contrôle, sur la base du dossier confidentiel, la régularité de la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration, en application des articles 189^{ter} ou 235^{ter} du Code d'instruction criminelle.

2. L'article 235^{ter}, § 2, du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été inséré par l'article 23 de la loi du 27 décembre 2005 et tel qu'il était rédigé avant sa modification par la loi du 16 janvier 2009 précitée, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec les dispositions de droit international mentionnées dans les questions préjudicielles.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise et en langue française, conformément à l'article 65 (e) de la loi spéciale du 6 janvier 1989, à l'audience publique du 18 février 2009.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt