Numéros du rôle : 4128 et 4196
Arrêt n° 22/2008 du 21 février 2008

A R R E T

En cause : les questions préjudicielles relatives aux articles 47septies, 47novies, 189ter et 235ter du Code d'instruction criminelle, posées par la Cour d'appel de Gand.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents M. Bossuyt et M. Melchior, et des juges P. Martens, R. Henneuse, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Moerman, E. Derycke et J. Spreutels, 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 arrêt du 16 janvier 2007 en cause du ministère public contre R.V. et autres, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 25 janvier 2007, la Cour d'appel de Gand a posé la question préjudicielle suivante :

« Les articles 189^{ter} et 235^{ter} du Code d'instruction criminelle violent-ils 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, en tant que les personnes qui ont fait l'objet de la méthode particulière de recherche de l'observation avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 2003 n'ont pas droit au contrôle du dossier confidentiel relatif à cette méthode de recherche par une juridiction impartiale et indépendante, alors que les personnes qui ont fait l'objet de la méthode particulière de recherche de l'observation après l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 2003 ont effectivement droit au contrôle du dossier confidentiel relatif à cette méthode de recherche par une juridiction impartiale et indépendante, à savoir la chambre des mises en accusation ? ».

b. Par arrêt du 14 mars 2007 en cause du ministère public contre G.D. et autres, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 19 avril 2007, la Cour d'appel de Gand a posé les questions préjudicielles suivantes :

1. « L'article 189^{ter} du Code d'instruction criminelle viole-t-il 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, en tant que des personnes qui ont fait l'objet des méthodes particulières de recherche d'observation ou d'infiltration avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 2003 n'ont pas le droit de demander à la chambre des mises en accusation, par application de l'article 189^{ter} du Code d'instruction criminelle, le contrôle fondé sur l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, alors que les personnes qui ont fait l'objet des méthodes particulières de recherche d'observation ou d'infiltration après l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 2003 ont effectivement accès à la chambre des mises en accusation ? » ;

2. « Les articles :

- 47^{septies} du Code d'instruction criminelle, inséré par l'article 4 de la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête (*Moniteur belge* du 12 mai 2003) et modifié par l'article 10 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 (*Moniteur belge* du 30 décembre 2005),

- 47^{novies} du Code d'instruction criminelle, inséré par l'article 4 de la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête (*Moniteur belge* du 12 mai 2003) et modifié par l'article 12 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 (*Moniteur belge* du 30 décembre 2005),

- 189^{ter} du Code d'instruction criminelle, inséré par l'article 22 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 (*Moniteur belge* du 30 décembre 2005) et

- 235^{ter} 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 (*Moniteur belge* du 30 décembre 2005),

interprétés en ce sens

- que l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, inséré par la loi du 27 décembre 2005 - article qui est entré en vigueur le 30 décembre 2005 - instaure une procédure distincte par laquelle la chambre des mises en accusation examine la régularité de l'application des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration pour autant seulement qu'elle doit contrôler à cette fin le dossier confidentiel visé aux articles 47^{septies} ou 47^{novies} du Code d'instruction criminelle, insérés par la loi du 6 janvier 2003 - loi qui est entrée en vigueur le 22 mai 2003 - et remplacés par la loi du 27 décembre 2005 et

- que le contrôle de l'application des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration fondé sur les articles 189^{ter} et 235^{ter} du Code d'instruction criminelle n'est pas possible pour les méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration qui ont été utilisées avant l'entrée en vigueur des lois du 6 janvier 2003 et du 27 décembre 2005, sur la base de la circulaire ministérielle du 24 avril 1990;

violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution et le principe général de droit du droit de défense, lus aussi bien séparément qu'en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ? ».

Ces affaires, inscrites sous les numéros 4128 et 4196 du rôle de la Cour, ont été jointes.

I.V., G.D. et T.H., J.J. et le Conseil des ministres ont introduit des mémoires ; I.V. et G.D. et T.H. ont également introduit des mémoires en réponse.

A l'audience publique du 7 novembre 2007 :

- ont comparu :

. Me H. Rieder, avocat au barreau de Gand, pour I.V., G.D. et T.H.;

. Me D. Pattyn, avocat au barreau de Bruges, pour J.J.;

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

- les juges-rapporteurs A. Alen et J. Spreutels 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*

Dans l'affaire n° 4128

Les prévenus sont poursuivis devant le Tribunal correctionnel de Courtrai pour trafic de diverses substances prohibées, sur la base d'une instruction judiciaire dans laquelle a été appliquée la méthode particulière de recherche de l'observation. Par jugement interlocutoire du 13 juin 2006, le tribunal décide, en application de l'article 189^{ter} du Code d'instruction criminelle, de charger la Chambre des mises en accusation de Gand de procéder à un contrôle de légalité de l'application de cette méthode particulière de recherche, conformément à l'article 235^{ter} du même Code.

Le ministère public, qui a intenté l'action devant la chambre des mises en accusation, fait valoir que cette juridiction n'est matériellement pas compétente pour connaître de l'action, au motif qu'il s'agit d'une méthode particulière de recherche d'observation qui a été exécutée avant l'entrée en vigueur des lois du 6 janvier 2003 et du 27 décembre 2005 et qui, comme l'a constaté la Cour de cassation dans un arrêt du 31 octobre 2006 (P.06.1016.N), ne relèverait pas du pouvoir de contrôle de la chambre des mises en accusation.

L'inculpé fait valoir qu'une différence de traitement injustifiée pourrait résulter de la limitation du pouvoir de contrôle de la chambre des mises en accusation aux applications de la méthode particulière de recherche de l'observation qui sont intervenues après l'entrée en vigueur, le 22 mai 2003, de la loi du 6 janvier 2003. La juridiction *a quo* estime dès lors devoir faire droit à la demande de l'inculpé visant à poser une question préjudicielle, avant de continuer l'affaire sur le fond.

Dans l'affaire n° 4196

Les prévenus sont poursuivis, entre autres, pour la possession, la fourniture et la mise en vente de stupéfiants et de substances psychotropes sans autorisation, sur la base d'une instruction judiciaire dans laquelle ont été appliquées les méthodes particulières de recherche de l'observation et de l'infiltration.

Par jugement interlocutoire du 3 juillet 2006, le tribunal correctionnel, avant de faire droit, ordonne entre autres de renvoyer la cause au ministère public en lui demandant d'introduire la cause auprès de la chambre des mises en accusation en vue de procéder au contrôle prévu par l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle. Le ministère public interjette appel de toutes les dispositions du jugement interlocutoire devant la Cour d'appel.

L'article 189^{ter} du Code d'instruction criminelle renvoyant à l'article 235^{ter} du même Code, qui traite, en son paragraphe 3, du dossier confidentiel visé aux articles 47^{septies}, § 1er, alinéa 2, ou 47^{novies}, § 1er, alinéa 2, la Cour d'appel postule qu'une lecture littérale de la loi ne permet pas que le dossier confidentiel puisse, dans l'affaire soumise, être transmis au ministère public pour que celui-ci l'introduise auprès de la chambre des mises en accusation en vue d'un contrôle. La Cour d'appel pose dès lors les deux questions préjudicielles soulevées par les deux prévenus.

III. *En droit*

- A -

Position de l'inculpé I.V. dans l'affaire n° 4128

A.1. Selon l'inculpé I.V., il existe une différence de traitement non justifiée entre les catégories totalement égales d'inculpés ont fait l'objet de la méthode particulière de recherche de l'observation, selon que celle-ci a eu lieu avant ou après l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête, en raison du fait que l'instruction judiciaire n'était pas encore clôturée, et 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, en ce que les uns n'ont pas accès alors que les autres ont accès à un juge indépendant et impartial, qui peut contrôler la légalité du contenu du dossier confidentiel.

Le législateur n'a pas fourni de but légitime pour cette différence de traitement et il n'existe pas davantage de justification objective et raisonnable pour celle-ci. En effet, le législateur a simplement oublié de prévoir des dispositions transitoires afin d'exécuter l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 202/2004 du 21 décembre 2004. Le défaut d'accès à un juge indépendant et impartial est une conséquence disproportionnée de l'absence d'une réglementation légale.

A.2. Cette partie peut admettre l'interprétation des dispositions en cause comme étant des règles de procédure qui sont dès lors immédiatement applicables à toutes les procédures pendantes, de sorte que la chambre des mises en accusation est aussi compétente pour contrôler les méthodes particulières de recherche de l'observation et de l'infiltration antérieures à l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 2003.

Toutefois, la différence de traitement susvisée découle de l'interprétation que la Cour de cassation a donnée à ces dispositions, qui a pour effet que la portée de l'arrêt n° 202/2004 de la Cour constitutionnelle est méconnue et que la compétence de la chambre des mises en accusation à l'égard des méthodes particulières de recherche précitées est exclue.

Position du prévenu J.J. dans l'affaire n° 4196

A.3. Le prévenu J.J. souligne que les lois des 6 janvier 2003 et 27 décembre 2005, en tant que lois relatives à l'organisation judiciaire, à la compétence et à la procédure, s'appliquent aux procédures pendantes, à défaut de dispositions transitoires, conformément à l'article 3 du Code judiciaire, qui est également d'application pour la procédure pénale.

A.4. Les méthodes particulières de recherche de l'observation et de l'infiltration impliquent une restriction du droit de consultation, puisque l'article 47^{novies} du Code d'instruction criminelle instaure un dossier confidentiel auquel seul le procureur du Roi a en principe accès. Avec les articles 189^{ter} et 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, insérés par la loi du 27 décembre 2005, le législateur voulait satisfaire aux exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour dans son arrêt n° 202/2004 du 21 décembre 2004 en ce qui concerne les garanties procédurales pour l'application des méthodes particulières de recherche. Le contrôle dont il est question dans les dispositions précitées a été conçu par le législateur comme une procédure permettant à un juge indépendant et impartial d'examiner la mise en œuvre des méthodes de l'observation et de l'infiltration.

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 27 décembre 2005, un contrôle de la limitation du droit de consultation n'existait pas dans l'ordre juridique belge. Ne pas appliquer les dispositions précitées aux méthodes particulières de recherche de l'observation et de l'infiltration mises en œuvre avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 2003 signifierait que tout contrôle de celles-ci est exclu. Ceci serait incompatible avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui considère qu'une limitation du droit de consultation doit être compensée par une procédure permettant à un juge indépendant et impartial de vérifier la légalité de la procédure.

L'interprétation de l'article 189^{ter} du Code d'instruction criminelle en ce sens que le contrôle dont il est question aux articles 189^{ter} et 235^{ter} du même Code peut être demandé par des personnes qui ont fait l'objet des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 2003 satisfait formellement aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Toute autre interprétation entraînerait une différence de traitement injustifiable de diverses catégories de prévenus. C'est pourquoi, selon cette partie, il y a lieu de répondre par l'affirmative à la première question préjudicielle.

A.5. La deuxième question préjudicielle concerne la constitutionnalité de l'interprétation que la Cour de cassation donne aux articles 47^{septies}, 47^{novies}, 189^{ter} et 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, disant que le contrôle de l'application des méthodes particulières de recherche de l'observation et de l'infiltration n'est pas possible pour celles qui « ont été mises en œuvre » avant l'entrée en vigueur des lois des 6 janvier 2003 et 27 décembre 2005. Cette position entraîne une violation 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 et, partant, une violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

A.6. Cette partie ajoute enfin qu'il ne peut être déduit de ce qui précède qu'elle estime que les dispositions précitées satisfont aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, tel qu'elles sont interprétées par la Cour européenne des droits de l'homme. D'abord aucune disposition ne règle le fait que la défense soit informée de ce que son droit de consultation est limité. Ensuite il n'existe pas de procédure permettant de décider d'accorder ou non un droit de consultation concernant certaines preuves. Enfin, la nécessité de limiter le droit de consultation pendant la procédure pénale n'est pas soumise en permanence à l'appréciation du juge répressif.

Position des prévenus G.D. et T.H. dans l'affaire n° 4196

A.7. Les prévenus G.D. et T.H. font valoir qu'ils ont fait l'objet d'observations et d'infiltrations antérieures à l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 2003 et qu'en vertu de l'arrêt de la Cour de cassation du 31 octobre 2006, le dossier confidentiel constitué à ce sujet ne peut faire l'objet d'un contrôle par un juge indépendant et impartial. La différence de traitement avec les personnes qui ont fait l'objet de ces méthodes particulières de recherche après ladite date, personnes auxquelles les prévenus sont pourtant comparables - plus encore : auxquelles ils sont semblables -, n'est pas objectivement et raisonnablement justifiée, et certainement pas si l'on tient compte du fait que le dossier confidentiel constitué à leur sujet n'est pas soumis à un contrôle judiciaire.

Selon ces parties, les dispositions en cause sont des règles de procédure qui devraient être appliquées immédiatement à toutes les affaires pendantes, de sorte qu'il n'aurait même pas fallu prévoir des mesures transitoires. Les questions préjudicielles posées ne sont que la conséquence d'un arrêt de la Cour de cassation qui aurait méconnu la portée de l'arrêt n° 202/2004.

Position du Conseil des ministres dans les deux affaires

A.8. Le Conseil des ministres observe qu'une simple différence de traitement dans le temps ne constitue pas en soi une discrimination, de sorte que, prises à la lettre, les questions préjudicielles appellent une réponse négative.

A.9. Selon le Conseil des ministres, on ne saurait toutefois négliger l'arrêt n° 202/2004 déjà mentionné. Sur la base de ce dernier, on ne peut que soit interpréter les articles 189^{ter} et 235^{ter} du Code d'instruction criminelle conformément à la Constitution, de sorte qu'ils s'appliquent également à l'observation et à l'infiltration mises en œuvre avant l'entrée en vigueur de ces dispositions, soit conclure à l'inconstitutionnalité de ces articles pour cause d'absence de contrôle judiciaire de cette observation et de cette infiltration.

Le Conseil des ministres plaide explicitement pour une interprétation conforme à la Constitution, de sorte que la chambre des mises en accusation soit compétente pour contrôler la légalité des méthodes particulières de recherche de l'observation et de l'infiltration, quelque soit le moment auquel ces méthodes ont été appliquées et tant que le permet la procédure en cours. En effet, il s'agit de lois de procédure qui sont en principe d'application immédiate, sûrement lorsque les droits de la défense n'en sont pas compromis, ce qui n'est certainement pas le cas en l'espèce, puisque ces droits s'en trouveraient au contraire garantis.

A.10. Le Conseil des ministres est conscient du fait que, selon la Cour de cassation, dans son arrêt du 31 octobre 2006, les dispositions en cause ne s'appliquent pas aux méthodes particulières de recherche de l'observation et de l'infiltration mises en œuvre avant l'entrée en vigueur des lois des 6 janvier 2003 et 27 décembre 2005. Il appartient toutefois aux juges *a quo* d'apprécier s'ils peuvent ou non exercer un contrôle conforme à la Constitution. Les dispositions en cause ne sont cependant pas entachées d'inconstitutionnalité, puisque le législateur n'était pas tenu de conférer explicitement un effet rétroactif à la loi du 27 décembre 2005 et qu'une simple différence de traitement dans le temps ne constitue pas une discrimination.

- B -

B.1. Bien que les questions préjudicielles ne soient pas formulées en des termes totalement identiques, elles ont pour objet de demander à la Cour si les dispositions en cause violent les articles 10 et 11 de la Constitution et le principe général des droits de la défense, 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.

La Cour doit statuer sur ces dispositions, en tant que des personnes qui ont fait l'objet des méthodes particulières de recherche de l'observation et de l'infiltration avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 2003 « concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête » (*Moniteur belge* du 12 mai 2003) n'auraient pas le droit de demander au tribunal, sur la base de l'article 189^{ter} du Code d'instruction criminelle, de charger la chambre des mises en accusation du contrôle de l'application de ces méthodes particulières de recherche, en application de l'article 235^{ter} du même Code, alors que les personnes qui ont fait l'objet de ces méthodes particulières de recherche après l'entrée en vigueur de la loi précitée du 6 janvier 2003 auraient effectivement ce droit. Il apparaît de la motivation des arrêts de saisine de la Cour que les questions portent sur les seuls articles 189^{ter} et 235^{ter} du Code d'instruction criminelle (et non sur les articles 47^{septies} et 47^{novies} du même Code, qui règlent le dossier confidentiel lui-même).

B.2. Les articles 189^{ter} et 235^{ter} du Code d'instruction criminelle ont été insérés par les articles 22 et 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 » (*Moniteur belge* du

30 décembre 2005) afin d'organiser un contrôle judiciaire des méthodes particulières de recherche de l'observation et de l'infiltration.

Il est ainsi donné suite à l'arrêt de la Cour n° 202/2004 du 21 décembre 2004. Dans cet arrêt, la Cour avait en effet constaté que les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec le droit à un procès équitable et avec les droits de la défense, garantis par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, étaient violés en ce 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 [...] *a fortiori*, ces illégalités ne peuvent être sanctionnées » (B.27.9).

B.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 de l'observation et de l'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, § 1er, alinéa 1er, 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 sur la réquisition 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), 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.

Ce contrôle par la chambre des mises en accusation peut être ordonné, par une juridiction de jugement, soit d'office, soit sur la réquisition du ministère public, soit à la demande du prévenu, de la partie civile ou de leurs avocats. Le tribunal transmet le dossier au ministère public, afin de porter l'affaire à cet effet devant la chambre des mises en accusation.

Dans l'arrêt n° 105/2007 du 19 juillet 2007, la Cour a jugé que les articles 189^{ter} et 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, à l'exception toutefois du paragraphe 6 de ce dernier article, étaient compatibles avec les dispositions qui sont également mentionnées en l'espèce dans les questions préjudicielles.

B.4. La différence de traitement soumise à la Cour se fonde sur une lecture littérale des dispositions précitées, et en particulier de l'article 235^{ter}, § 3, qui renvoie au 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 dans lesquelles ou dans le cadre desquelles les méthodes particulières de recherche de l'observation ou de l'infiltration ont été appliquées. Selon la Cour de cassation, la chambre des mises en accusation ne peut être chargée du contrôle de l'application des méthodes particulières de recherche de l'observation et de l'infiltration mises en œuvre avant l'entrée en vigueur de la loi précitée du 6 janvier 2003 - qui a fixé la base légale de ces méthodes particulières de recherche -, conformément aux circulaires ministérielles des 24 avril 1990 et 5 mars 1992 (Cass., 31 octobre 2006, P.06.1016.N).

B.5. La différence de traitement soumise à la Cour découle de la date à laquelle les méthodes particulières de recherche de l'observation et de l'infiltration ont été mises en œuvre.

Les articles 10 et 11 de la Constitution ne requièrent pas qu'une modification législative soit toujours accompagnée d'un régime transitoire particulier. En outre, c'est le propre d'une nouvelle règle d'établir une distinction entre les personnes qui sont concernées par des situations juridiques qui entrent dans le champ d'application de la règle antérieure et les personnes qui sont concernées par des situations juridiques qui entrent dans le champ d'application de la nouvelle règle. Semblable distinction ne viole pas en soi les articles 10 et 11 de la Constitution. A peine de rendre impossible toute modification de la loi, il ne peut être soutenu qu'une disposition nouvelle violerait les articles constitutionnels précités par cela seul qu'elle modifie les conditions d'application de la législation ancienne.

B.6. La Cour doit toutefois examiner si l'absence de contrôle par un juge indépendant et impartial des méthodes particulières de recherche de l'observation et de l'infiltration mises en

œuvre avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 2003, qui résulte de la lecture littérale précitée des dispositions en cause, est compatible avec les dispositions dont la Cour doit assurer le respect.

B.7. 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 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.8. De ce qui précède, il découle que les personnes qui ont fait l'objet de l'une de ces méthodes particulières de recherche avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 2003 seraient discriminées dans l'exercice des droits de la défense et du droit à un procès équitable.

B.9. La Cour a annulé, par son arrêt n° 202/2004 du 21 décembre 2004, les articles 47*sexies*, §§ 4 et 7, alinéa 2, 47*septies*, § 1er, alinéa 2, et § 2, 47*octies*, §§ 4 et 7, alinéa 2, 47*novies*, § 1er, alinéa 2, et § 2, et 47*undecies* du Code d'instruction criminelle,

modifié par la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête, mais a maintenu les effets de ces dispositions pendant le temps nécessaire au législateur pour instaurer le contrôle requis, par un juge indépendant et impartial, de la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche de l'observation et de l'infiltration, ce délai ayant pris fin au plus tard le 31 décembre 2005 (B.30.3). La Cour a jugé que les articles précités « [étaient] entachés d'inconstitutionnalité uniquement en ce qu'ils ne prévoient pas que la mise en œuvre des méthodes d'observation et d'infiltration est contrôlée par un juge indépendant et impartial » et qu'elle ne pouvait qu'annuler ces articles, « la Cour n'étant pas compétente pour effectuer elle-même la désignation du juge compétent » (B.29).

B.10. A la lumière de cette décision de maintien des effets des dispositions annulées, il peut, en vue de garantir les droits fondamentaux prévus à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, être remédié à l'inconstitutionnalité constatée en B.8 par l'application des articles 189^{ter} et 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, puisque la loi du 27 décembre 2005 a désigné un juge qui est compétent dans des circonstances comparables. Ce juge peut donc, pour tous les litiges qui n'ont pas encore fait l'objet d'une décision définitive, contrôler la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche, que celle-ci ait eu lieu avant ou après l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 2003 précitée. En effet, en juger autrement créerait, au détriment des personnes qui sont visées par les questions préjudicielles, une atteinte discriminatoire aux droits garantis par les dispositions conventionnelles précitées.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

A condition qu'il soit procédé comme il est dit en B.10, les articles 189^{ter} et 235^{ter} du Code d'instruction criminelle ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution, lus ou non en combinaison 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.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise et en langue française, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, à l'audience publique du 21 février 2008.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt