

Numéros du rôle : 4308, 4309, 4335, 4378, 4401 et 4402
Arrêt n° 111/2008 du 31 juillet 2008

A R R E T

En cause : les questions préjudicielles relatives aux articles 235^{ter} et 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, posées par la Cour de cassation.

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. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels et T. Merckx-Van Goey, 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 deux arrêts du 2 octobre 2007 en cause respectivement de J.S. et de A. V.C., dont les expéditions sont parvenues au greffe de la Cour le 11 octobre 2007, 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} 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 30 octobre 2007 en cause de G.S. et E.P., dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 9 novembre 2007, la Cour de cassation a posé la même question préjudicielle.

c. Par un arrêt du 27 novembre 2007 et deux arrêts du 18 décembre 2007 en cause respectivement de M. V.C., C.G. et R.B. contre la SA « Dexia Assurances Belgique » et autres, dont les expéditions sont parvenues au greffe de la Cour les 13 et 28 décembre 2007, la Cour de cassation a posé la même question préjudicielle.

Ces affaires, inscrites sous les numéros 4308, 4309, 4335, 4378, 4401 et 4402 du rôle de la Cour, ont été jointes.

Des mémoires et des mémoires en réponse ont été introduits par :

- J.S., A. V.C., G.S., E.P., C.G. et M. V.C.;
- le Conseil des ministres.

A l'audience publique du 29 mai 2008 :

- ont comparu :
 - . Me H. Rieder, avocat au barreau de Gand, pour J.S., A. V.C., G.S., C.G. et M. V.C.;
 - . Me F. Vandevoorde *loco* Me J. Bourtembourg et Me F. Belleflamme, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;
- les juges-rapporteurs T. Merckx-Van Goey et P. Martens 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 aux articles 189^{ter} et 235^{ter} du Code d'instruction criminelle.

La Cour de cassation observe que l'article 235^{ter}, § 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 définitif. 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 sont prévues à la règle, notamment pour ce qui est des arrêts de la chambre des mises en accusation rendus en application de l'article 235^{bis} 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 235^{ter} du même Code.

La Cour de cassation considère que les procédures prévues, d'une part, à l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle et, d'autre part, à l'article 235^{bis} 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° 4401, à la demande de la partie demanderesse devant cette Cour) de poser la question préjudicielle reproduite ci-dessus, identique dans toutes les affaires.

III. *En droit*

- A -

A.1.1. Selon les parties demanderesses 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 47^{sexies} à 47^{novies} 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 demanderessees 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 235ter du Code d'instruction criminelle et le contrôle exercé conformément à l'article 235bis, qui est quant à lui contradictoire et peut faire l'objet d'un recours en cassation immédiat, se recourent partiellement.

A.1.2. Les parties demanderessees devant la Cour de cassation estiment que les formulations des articles 131, 235bis, 235ter et 235quater du Code d'instruction criminelle ne sont pas cohérentes, mais qu'il découle néanmoins raisonnablement de la lecture combinée des articles 47sexies, 47octies, 131, 235bis, 235ter et 235quater 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 demanderessees 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 235bis 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 235ter du Code d'instruction criminelle. Étant 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 235ter, il est créé, sur deux plans, une incompatibilité entre le contrôle exercé conformément à l'article 235bis et celui exercé conformément à l'article 235ter : d'une part, en raison de l'inégalité des armes et du caractère non contradictoire de la procédure de l'article 235ter 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 235ter.

A.1.3. Les parties demanderessees 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 235ter 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 commence par situer le contexte du problème, auquel la Cour constitutionnelle a déjà été confrontée.

Dans son arrêt n° 202/2004 du 24 décembre 2004, la Cour constitutionnelle a jugé que la loi du 6 janvier 2003 relative aux méthodes particulières de recherche violait le droit à un procès équitable en ce qu'elle ne prévoyait pas de 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, un nouvel article 235ter dans le Code d'instruction criminelle, disposition qui confie le contrôle du dossier confidentiel à la chambre des mises en accusation. Selon le paragraphe 6 de cet article, tout recours en cassation contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation était exclu.

Dans son arrêt n° 105/2007 du 19 juillet 2007, la Cour a jugé que cette exclusion du recours en cassation était inconstitutionnelle et l'article 235ter, § 6, du Code d'instruction criminelle a été annulé. Cette annulation ne répondait toutefois pas à la question de savoir comment ce contrôle, que le législateur n'avait pas prévu, devait être exercé.

A.2.2. Le Conseil des ministres constate qu'en vertu de l'article 416 du Code d'instruction criminelle, il n'est en principe pas possible d'introduire un recours en cassation immédiat contre les arrêts de la chambre des mises en accusation, mais que la loi du 19 décembre 2002 a prévu des exceptions pour les arrêts de la chambre des mises en accusation rendus en application de l'article 135 et de l'article 235bis du Code d'instruction criminelle. Il était, par hypothèse, impossible de prévoir une exception quant au pourvoi en cassation formé contre un arrêt de la chambre des mises en accusation par application de l'article 235ter, pourvoi qui n'est devenu possible qu'à la suite de l'annulation de l'article 235ter, § 6, du Code d'instruction criminelle par l'arrêt n° 105/2007 précité.

A.2.3. Le Conseil des ministres estime que, contrairement à ce que suggère la question posée par la Cour de cassation, les procédures prévues aux articles 235bis et 235ter du Code d'instruction criminelle doivent être considérées comme indissociables. Selon le Conseil des ministres, le législateur a en réalité souhaité qu'il y ait

un lien organique entre ces deux dispositions, étant donné que l'article 235ter fait référence aux paragraphes 5 et 6 de l'article 235bis.

Soit, la chambre des mises en accusation considère, en vertu de l'article 235ter, qu'il a été fait un usage régulier des méthodes particulières de recherche et considère dans cette hypothèse également, en vertu de l'article 235bis, que les éléments du dossier répressif qui sont obtenus grâce aux méthodes particulières de recherche le sont régulièrement, soit, la chambre des mises en accusation considère le contraire, toujours en vertu de l'article 235ter, et retire dans cette hypothèse les éléments en question du dossier répressif sur la base de l'article 235bis.

Le Conseil des ministres estime que lorsque la chambre des mises en accusation statue sur la régularité du dossier confidentiel sur la base de l'article 235ter, elle statue également sur la régularité du dossier répressif sur la base de l'article 235bis et qu'il convient d'admettre qu'il est toujours possible de former un pourvoi en cassation immédiat contre la décision de la chambre des mises en accusation.

A.2.4. Si tel n'était pas le cas et s'il devait apparaître que le contrôle exercé par la Cour de cassation sur les arrêts rendus sur la base de l'article 235ter du Code d'instruction criminelle n'est pas aussi complet que le contrôle exercé sur les arrêts rendus sur la base de l'article 235bis de ce Code, il conviendrait néanmoins d'admettre, selon le Conseil des ministres, que les hypothèses dans lesquelles une différence de traitement pourrait être établie ont été implicitement considérées comme négligeables par la Cour.

Le Conseil des ministres observe que la Cour a déjà considéré en B.16.3 de son arrêt n° 105/2007 que l'exigence d'un procès équitable était par trop méconnue en ce que « même un pourvoi en cassation qui serait formé après un arrêt ou un jugement définitif » était exclu.

Dans l'intervalle, la Cour a déjà connu de questions préjudicielles relatives à la différence de traitement entre l'article 235ter du Code d'instruction criminelle, qui s'opposait à l'époque à un pourvoi en cassation, et les articles 416, alinéa 2, et 235bis, du Code d'instruction criminelle, qui prévoyait un « recours en cassation immédiat contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation ». La Cour a rejeté ces questions par ses arrêts n°s 109/2007 du 26 juillet 2007 et 126/2007 du 4 octobre 2007, au motif qu'elles étaient devenues sans objet par suite de l'annulation prononcée dans l'arrêt n° 105/2007. Le Conseil des ministres en conclut que la différence de traitement actuellement en cause soit n'existe plus en raison de l'application combinée des articles 235bis et 235ter du Code d'instruction criminelle, soit ne peut constituer qu'une atteinte marginale à l'exigence d'un procès équitable.

A.2.5. A titre tout à fait subsidiaire, le Conseil des ministres fait valoir que si la Cour devait néanmoins estimer qu'il existe une différence de traitement inconstitutionnelle entre les procédures fondées sur l'article 235bis du Code d'instruction criminelle et celles fondées sur l'article 235ter du même Code, il conviendrait d'admettre que cette différence de traitement ne trouve pas son fondement dans les articles 235bis ou 235ter du Code d'instruction criminelle, mais bien dans l'article 416 du Code d'instruction criminelle, en ce que l'alinéa 2 de cette dernière disposition ne prévoit pas d'exception au principe selon lequel un recours en cassation n'est possible qu'à l'encontre d'un jugement ou arrêt définitif.

Selon le Conseil des ministres, il s'agirait toutefois d'une lacune législative que la Cour peut constater mais à laquelle elle ne peut pas remédier.

A.3. Les parties demanderesses 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 du fait qu'il s'agit toujours d'arrêts contre lesquels un recours en cassation immédiat peut être formé conformément à l'article 235bis. Lorsque ni le ministère public, ni l'une des parties – parallèlement à un contrôle exercé conformément à l'article 235bis [lire : ter] du Code d'instruction criminelle – ne demandent un contrôle conformément à l'article 235bis du Code d'instruction criminelle, la chambre des mises en accusation n'est pas tenue de procéder d'office à ce contrôle.

Les parties demanderesses 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, § 3, du Code d'instruction criminelle.

A.4.1. le Conseil des ministres réplique que la Cour n'a pas mis en cause le contenu du dossier confidentiel, mais bien l'absence de contrôle du dossier confidentiel.

Le législateur a chargé la chambre des mises en accusation de contrôler la régularité des méthodes particulières de recherche et le contrôle du dossier confidentiel satisfait aux conditions posées par la Cour.

A.4.2. Dans sa réplique, le Conseil des ministres fait également valoir que le contrôle exercé par la chambre des mises en accusation sur la base de l'article 235*bis* du Code d'instruction criminelle et celui fondé sur l'article 235*ter* du même Code ont effectivement un objet distinct et ne se chevauchent pas : l'article 235*bis* prévoit de manière générale que la chambre des mises en accusation contrôle la régularité de la procédure et que ce contrôle porte sur les pièces du dossier répressif. L'article 235*ter* prévoit une procédure particulière lorsque seul le recours aux méthodes particulières de recherche doit être contrôlé et ce contrôle porte sur le dossier confidentiel. Les résultats de l'observation ou de l'infiltration sont ensuite résumés dans un procès-verbal qui doit servir de preuve et qui est joint au dossier pénal.

Le Conseil des ministres estime que ces deux contrôles sont par ailleurs liés : le constat d'une irrégularité dans le dossier confidentiel, sur la base de l'article 235*ter*, amène nécessairement la chambre des mises en accusation à retirer le procès-verbal de synthèse du dossier répressif, et ce, en vertu de l'article 235*bis*.

Dès que le dossier confidentiel fait l'objet d'un contrôle, aucune particularité procédurale propre à l'article 235*ter*, comme l'absence d'un recours en cassation immédiat, ne peut être considérée comme discriminatoire. En effet, ces différences procédurales ne peuvent avoir un impact que si le contrôle du dossier confidentiel n'a aucune incidence sur le contrôle du dossier pénal. Le Conseil des ministres conclut que, dans cette hypothèse, seul le dossier répressif sera pris en compte devant le tribunal répressif, ce qui prive les demandeurs de leur intérêt à se plaindre.

- B -

B.1. Par les questions préjudicielles reproduites ci-dessus – 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 sont compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que l'article 416, alinéa 2, ne prévoit pas de 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*, 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.

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 189*ter* 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), dispose :

« 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 235^{ter}, 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 :

« § 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 précédée.

§ 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 235*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), dispose :

« 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. Dans son arrêt n° 105/2007 du 19 juillet 2007, la Cour a annulé le paragraphe 6 de l'article 235*ter* du Code d'instruction criminelle, pour les motifs suivants :

« B.16.1. Les parties requérantes font ensuite valoir que l'article 235*ter*, § 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 235*bis* 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 235*bis* 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 235*ter*, § 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 235*ter* 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 235^{ter}, § 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 va, notamment, de la vie des infiltrants.

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

B.16.7. L'exposé des motifs de la loi attaquée insistait également sur les 'importantes garanties procédurales qui doivent assurer le droit à un procès équitable lors de l'examen devant la chambre des mises en accusation sur la base de l'article 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^{os} 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 définitif.

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. Afin de se conformer à 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 de personnes qui faisaient 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 découle de l'annulation du paragraphe 6 de l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle qu'un pourvoi en cassation doit 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, visant à 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 contenue à l'alinéa 1er de l'article 416, il n'est 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 provient 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'ensuit que l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne prévoit pas un pourvoi en cassation immédiat contre un arrêt de la chambre des mises en accusation lorsque celle-ci exerce un contrôle du dossier confidentiel en application des articles 189^{ter} ou 235^{ter} du Code d'instruction criminelle.

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 (comp. CEDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, § 25).

B.11. Les questions préjudicielles appellent une réponse affirmative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

L'article 416, alinéa 2, 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.

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 31 juillet 2008.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt