

Rolnummers 4457, 4458, 4460 en 4463
Arrest nr. 45/2009 van 11 maart 2009

A R R E S T

In zake :

- de prejudiciële vragen betreffende artikel 416, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering, gesteld door het Hof van Cassatie;
- de prejudiciële vragen betreffende de artikelen 235^{ter} en 416, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering, gesteld door het Hof van Cassatie.

Het Grondwettelijk Hof,

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

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* * *

I. Onderwerp van de prejudiciële vragen en rechtspleging

a) Bij twee arresten van 2 april 2008 in zake respectievelijk C.P. en A.Y., waarvan de expedities ter griffie van het Hof zijn ingekomen op 18 april 2008, heeft het Hof van Cassatie de volgende prejudiciële vraag gesteld :

« Schendt artikel 416, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering de artikelen 10 en 11 van de Grondwet doordat het geen onmiddellijk cassatieberoep toelaat tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling dat uitspraak doet met toepassing van artikel 235^{ter} van hetzelfde Wetboek, terwijl het genoemde artikel 416, tweede lid, een onmiddellijk beroep toelaat tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling dat uitspraak doet met toepassing van artikel 235^{bis} van het voormelde Wetboek ? ».

b) Bij arrest van 8 april 2008 in zake J.L. en anderen, waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 23 april 2008, heeft het Hof van Cassatie de volgende prejudiciële vraag gesteld :

« Schenden artikel 235^{ter} en/of artikel 416, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, doordat daarin niet wordt voorzien in een onmiddellijk cassatieberoep tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling bij een controle van het vertrouwelijk dossier overeenkomstig de artikelen 189^{ter} en/of 235^{ter} van het Wetboek van strafvordering dat een voorbereidend arrest is, terwijl artikel 416, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering, in afwijking van het eerste lid van dat artikel, onmiddellijk cassatieberoep toelaat tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling gewezen met toepassing van artikel 235^{bis} van het Wetboek van strafvordering betreffende het onderzoek van de regelmatigheid van de rechtspleging dat een gelijkaardig voorbereidend arrest is als dit gewezen bij toepassing van artikel 235^{ter} van het Wetboek van strafvordering ? ».

c) Bij arrest van 22 april 2008 in zake K. V.M. en S. D.B., waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 30 april 2008, heeft het Hof van Cassatie de volgende prejudiciële vragen gesteld :

1. « Schenden artikel 235^{ter} en/of artikel 416, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, doordat daarin niet wordt voorzien in een onmiddellijk cassatieberoep tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling bij de controle van het vertrouwelijk dossier overeenkomstig de artikelen 189^{ter} en/of 235^{ter} van het Wetboek van strafvordering dat een voorbereidend arrest is, terwijl artikel 416, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering, in afwijking van het eerste lid van dat artikel, onmiddellijk cassatieberoep toelaat tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling gewezen met toepassing van artikel 235^{bis} van het Wetboek van strafvordering betreffende het onderzoek van de regelmatigheid van de rechtspleging dat een gelijkaardig voorbereidend arrest is als dit gewezen bij toepassing van artikel 235^{ter} van het Wetboek van strafvordering ? »;

2. « Schendt artikel 235^{ter}, § 2, derde lid, Wetboek van strafvordering de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in samenhang met het artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR voorzover dat personen die het voorwerp zijn van observatie voor de controle van de regelmatigheid van die observatie niet toegelaten worden om een kopie te verkrijgen van het strafdossier en

slechts over een periode van 48 uren beschikken om inzage te doen in het strafdossier, terwijl een categorie van andere personen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden omdat zij het voorwerp uitmaken van een vordering tot verwijzing, de regelmatigheid daarvan wel aan de hand van een kopie van het strafdossier kunnen toetsen en eveneens over een langere periode dan 48 uren beschikken om die regelmatigheid te controleren ? ».

Die zaken, ingeschreven onder de nummers 4457, 4458, 4460 en 4463 van de rol van het Hof, werden samengevoegd.

Memories zijn ingediend door :

- J.L., in de zaak nr. 4460;
- J. V.D.B., W. V.D.B., G.V. en G.V., in de zaak nr. 4460;
- K. V.M., in de zaak nr. 4463;
- de Ministerraad, in alle zaken.

Memories van antwoord zijn ingediend door :

- J. V.D.B., W. V.D.B., G.V., G.V. en K. V.M., in de zaken nrs. 4460 en 4463;
- de Ministerraad, in de zaken nrs. 4460 en 4463.

Op de openbare terechtzitting van 19 november 2008 :

- zijn verschenen :

. Mr. D. Martens, advocaat bij de balie te Gent, *loco* Mr. J. Verbist, advocaat bij het Hof Cassatie, voor J.L., in de zaak nr. 4460;

. Mr. H. Rieder, tevens *loco* Mr. J. Van Cauter, advocaten bij de balie te Gent, voor J. V.D.B., W. V.D.B., G.V. en G.V., in de zaak nr. 4460, en voor K. V.M., in de zaak nr. 4463;

. Mr. E. Jacobowitz, tevens *loco* Mr. P. De Maeyer, advocaten bij de balie te Brussel, voor de Ministerraad;

- hebben de rechters-verslaggevers J. Spreutels en E. De Groot verslag uitgebracht;
- zijn de voornoemde advocaten gehoord;
- zijn de zaken in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. De feiten en de rechtspleging in de bodemgeschillen

Bij het verwijzende rechtscollege zijn cassatieberoepen ingediend tegen arresten van de kamer van inbeschuldigingstelling te Luik (zaak nr. 4457), te Brussel (zaak nr. 4458) en te Gent (zaken nrs. 4460 en 4463) waarbij die rechtscolleges controle uitoefenen over de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie overeenkomstig de artikelen 189^{ter} en 235^{ter} van het Wetboek van strafvordering.

Het Hof van Cassatie doet opmerken dat artikel 235^{ter}, § 6, van het Wetboek van strafvordering cassatieberoep uitsluit, maar dat die bepaling bij arrest nr. 105/2007 van 19 juli 2007 is vernietigd, en dat derhalve de gemeenrechtelijke bepaling van artikel 416 van het Wetboek van strafvordering geldt, volgens welke cassatieberoepen in beginsel eerst openstaan tegen eindarresten of -vonnissen. Bijgevolg zouden de betrokken cassatieberoepen niet ontvankelijk zijn.

Het Hof van Cassatie doet evenwel opmerken dat in het tweede lid van voormeld artikel 416 een aantal uitzonderingen op de regel zijn opgenomen, onder andere ten aanzien van arresten van de kamer van inbeschuldigingstelling geweest met toepassing van artikel 235^{bis} van het Wetboek van strafvordering, waartegen dus wel een onmiddellijk cassatieberoep openstaat, in tegenstelling tot de arresten geweest met toepassing van artikel 235^{ter} van dat Wetboek.

Het Hof van Cassatie stelt dat de procedures van, enerzijds, artikel 235^{ter} van het Wetboek van strafvordering en, anderzijds, artikel 235^{bis} van dat Wetboek, dermate vergelijkbaar zijn dat de vraag rijst of dat onderscheid wel verenigbaar is met het gelijkheidsbeginsel vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Het Hof van Cassatie beslist de hiervoor geciteerde prejudiciële vragen te stellen.

III. In rechte

- A -

Ten aanzien van de prejudiciële vragen in de zaken nrs. 4457, 4458 en 4460 en de eerste prejudiciële vraag in de zaak nr. 4463

A.1.1. In haar memorie die is ingediend in de zaak nr. 4460, herinnert de eisende partij voor het Hof van Cassatie aan de feiten van de zaak en aan de draagwijdte van de in het geding zijnde bepalingen.

Zij voert aan dat het niet verantwoord is dat een onmiddellijk cassatieberoep mogelijk is wanneer het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling is geweest op basis van artikel 235^{bis} van het Wetboek van strafvordering (regelmatigheid van de rechtspleging) maar niet mogelijk is wanneer dat arrest is geweest op basis van artikel 235^{ter} (bijzondere opsporingsmethoden) van hetzelfde Wetboek. Door artikel 416 van het Wetboek wordt aldus een verschil in behandeling gecreëerd dat niet redelijk verantwoord is aangezien niet kan worden ontkend dat er een nauw verband bestaat tussen de voormelde artikelen 235^{bis} en 235^{ter}, hetgeen de verwijzende rechter zelf heeft vastgesteld. Artikel 235^{ter} betreft een bijzondere regeling van het onderzoek van de regelmatigheid van de rechtspleging zoals het is bedoeld in artikel 235^{bis}, dat ertoe strekt die controle mogelijk te maken voordat de zaak naar de feitenrechter wordt verwezen en het de kamer van inbeschuldigingstelling mogelijk te maken de gepaste maatregelen te nemen. Zelfs al werd het later aangenomen, toch beantwoordt artikel 235^{ter} aan hetzelfde oogmerk. De reden die het Hof in zijn arrest nr. 105/2007 ertoe heeft gebracht de ontstentenis van de mogelijkheid tot cassatieberoep af te keuren wanneer die bepaling wordt toegepast, is dezelfde als de reden die ertoe moet leiden dat de ontstentenis van de mogelijkheid tot onmiddellijk beroep in hetzelfde geval wordt afgekeurd.

A.1.2. In hun memories die zijn ingediend in de zaken nrs. 4460 en 4463, vergelijken de eisende partijen voor het Hof van Cassatie de arresten die zijn geweest op basis van de artikelen 235^{bis} en 235^{ter} van het Wetboek van strafvordering en die betrekking hebben op de regelmatigheid van de strafprocedure. Zij doen gelden dat, in beide gevallen, de eventuele onregelmatigheden dezelfde gevolgen hebben, dat ze niet meer kunnen worden opgeworpen voor de feitenrechter en dat beide rechtsplegingen elkaar overlappen *ratione materiae*. Enkel de in artikel 235^{bis} bedoelde rechtspleging wordt echter op tegenspraak gevoerd en maakt een onmiddellijk cassatieberoep mogelijk.

A.1.3. Die eisende partijen zijn van oordeel dat de bewoordingen van de artikelen 131, 235*bis*, 235*ter* en 235*quater* van het Wetboek van strafvordering niet consistent zijn, maar dat uit de gecombineerde lezing van de artikelen 47*sexies*, 47*octies*, 131, 235*bis*, 235*ter* en 235*quater* van dat Wetboek toch redelijkerwijze voortvloeit dat observatie en infiltratie kunnen worden beschouwd als technieken van « bewijsverkrijging » in de zin van artikel 131, § 1, 2^o, van dat Wetboek.

Zij doen opmerken dat de controle op het gebruik van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie als methoden van bewijsverkrijging aan de kamer van inbeschuldigingstelling toekomt met toepassing van artikel 235*bis* van het Wetboek van strafvordering, maar dat die methoden ook het voorwerp zijn van de toetsing door de kamer van inbeschuldigingstelling met toepassing van artikel 235*ter* van het Wetboek van strafvordering. Aangezien de controle over het vertrouwelijk dossier een onderdeel is van de exclusieve bevoegdheid van de kamer van inbeschuldigingstelling met toepassing van artikel 235*ter*, ontstaat er op twee vlakken een onverzoenbaarheid tussen de controle overeenkomstig artikel 235*bis* en die overeenkomstig artikel 235*ter*: enerzijds, vanwege het gebrek aan wapengelijkheid en tegenspraak in de procedure van artikel 235*ter*, en, anderzijds, vanwege de onmogelijkheid om onmiddellijk cassatieberoep in te stellen tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling met toepassing van artikel 235*ter*.

A.1.4. De eisende partijen voor het Hof van Cassatie verklaren niet in te zien waarom een beslissing van de kamer van inbeschuldigingstelling met toepassing van artikel 235*ter* van het Wetboek van strafvordering niet vatbaar zou zijn voor een onmiddellijk cassatieberoep.

Zij doen gelden dat de vertrouwelijkheid van het vertrouwelijk dossier door een dergelijk beroep niet op de helling zou worden gezet: net zoals de kamer van inbeschuldigingstelling kan het Hof van Cassatie immers erover waken dat de inhoud van het vertrouwelijk dossier of elementen die erop betrekking hebben, niet in zijn arrest worden vermeld; dat is trouwens wat kan worden afgeleid uit hetgeen het Hof heeft beslist in het arrest nr. 105/2007 van 19 juli 2007. Zij doen ook gelden dat de verwijzing in artikel 235*ter*, § 5, naar artikel 235*bis*, §§ 5 en 6, het niet mogelijk maakt aan te nemen dat het onmiddellijk cassatieberoep mogelijk zou zijn wanneer artikel 235*ter* wordt toegepast: artikel 235*bis*, §§ 5 en 6, kan immers enkel worden toegepast in de gevallen die erin zijn bedoeld. Zij besluiten dat de onmogelijkheid om een onmiddellijk cassatieberoep in te stellen wanneer infiltraties of observaties zijn uitgevoerd, onevenredige gevolgen heeft.

A.2.1. De Ministerraad situeert eerst de context van de in het geding zijnde bepalingen.

In zijn arrest nr. 202/2004 van 21 december 2004 heeft het Hof geoordeeld dat de wet van 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden het recht op een eerlijk proces schond doordat niet was voorzien in een controle op het vertrouwelijk dossier door een onafhankelijke en onpartijdige rechter.

De wetgever heeft aan dat arrest gevolg willen geven door met de wet van 27 december 2005 de nieuwe artikelen 235*ter* en 235*quater* in het Wetboek van strafvordering in te voegen. Aldus wordt de controle van het vertrouwelijk dossier aan de kamer van inbeschuldigingstelling toevertrouwd. Volgens paragraaf 6 van het voormelde artikel 235*ter* wordt het cassatieberoep tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling uitgesloten.

In zijn arrest nr. 105/2007 van 19 juli 2007 oordeelde het Hof dat die uitsluiting van cassatieberoep ongrondwettig was en werd artikel 235*ter*, § 6, van het Wetboek van strafvordering vernietigd. Bijgevolg is het gemeen recht (artikel 416 van het Wetboek van strafvordering) van toepassing.

In zijn verwijzingsarresten interpreteert het Hof van Cassatie het voormelde artikel 416 in die zin dat er geen onmiddellijk cassatieberoep mogelijk zou zijn, krachtens het tweede lid van dat artikel, tegen een arrest gewezen overeenkomstig artikel 235*ter* van het Wetboek van strafvordering en dat tegen zulk een arrest cassatieberoep slechts zou openstaan na een eindarrest of eindvonnis. Vervolgens vergelijkt de verwijzende rechter die toestand met het geval waarin een arrest overeenkomstig artikel 235*bis* van hetzelfde Wetboek wordt gewezen, arrest waartegen wel een onmiddellijk cassatieberoep overeenkomstig artikel 416, tweede lid, mogelijk is.

A.2.2. Ten gronde betoogt de Ministerraad dat de wetgever, rekening houdend met het voormelde arrest nr. 202/2004, een evenwicht tot stand wilde brengen tussen, enerzijds, een betere bescherming van de rechten van verdediging en, anderzijds, een doeltreffende aanwending van de bijzondere opsporingsmethoden.

In het voormelde arrest nr. 105/2007 was het Hof evenwel van oordeel dat paragraaf 6 van artikel 235^{ter} diende te worden vernietigd, aangezien de ontstentenis van de mogelijkheid om cassatieberoep in te stellen, het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie schendt.

Bijgevolg zijn er volgens de Ministerraad slechts twee mogelijkheden : ofwel worden de in het geding zijnde bepalingen grondwetsconform geïnterpreteerd (onmiddellijk cassatieberoep mogelijk), ofwel dient te worden besloten dat geen onmiddellijk cassatieberoep mogelijk is.

Een grondwetsconforme interpretatie lijkt mogelijk. Uit de lezing van artikel 235^{ter} blijkt dat er tussen dat artikel en artikel 235^{bis} een verband bestaat : sommige bepalingen kunnen worden toegepast zowel op de gevallen, bedoeld in artikel 235^{bis}, als op de gevallen, bedoeld in artikel 235^{ter}. Aldus lijkt artikel 416, tweede lid, middels artikel 235^{ter}, *in fine*, in samenhang gelezen met artikel 235^{bis}, § 6, eveneens van toepassing te zijn op de arresten gewezen in het kader van het onderzoek van het vertrouwelijk dossier. Het Hof van Cassatie blijkt evenwel een andere mening toegegaan.

Rekening houdend met de interpretatie van het Hof van Cassatie en met het voormelde arrest nr. 105/2007 zal het volgens de Ministerraad aan de betrokken rechtscollages toekomen te beslissen of zij de in het geding zijnde bepalingen al dan niet grondwetsconform kunnen interpreteren. Het is evenwel duidelijk dat artikel 235^{ter} en artikel 416, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering zelf niet ongrondwettig zijn, nu het in het geding zijnde verschil in behandeling enkel aan een leemte in de wetgeving is toe te schrijven en dit ten gevolge van het arrest nr. 105/2007.

A.3. In hun memorie van antwoord zetten de eisende partijen voor het Hof van Cassatie (zaken nrs. 4460 en 4463) uiteen dat in het arrest nr. 111/2008 van 31 juli 2008 de in het geding zijnde kwestie is beslecht door te oordelen dat de onmogelijkheid om een onmiddellijk cassatieberoep in te stellen tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling, in strijd is met de Grondwet. Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 12 augustus 2008 echter geoordeeld dat enkel de wetgever de leemte die aanleiding gaf tot die ongrondwettigheid, kon wegwerken en heeft het cassatieberoep dat was ingesteld, onontvankelijk verklaard. Dat arrest is niet alleen in strijd met de rechtspraak van het voormelde arrest nr. 111/2008 maar ook met de rechtspraak van het arrest Vermeire dat is geweest door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens op 29 november 1991 en dat de rechter de verplichting oplegt aan de nationale wet een interpretatie te geven die in overeenstemming is met het in het Europees Verdrag voor de rechten van de mens vervatte beginsel van niet-discriminatie. Het in deze zaak te wijzen arrest dient dus uitdrukkelijk de noodzaak te herhalen van een grondwetsconforme interpretatie door alle gerechtelijke instanties.

A.4. In zijn memorie van antwoord in de zaken nrs. 4460 en 4463 verwijst de Ministerraad naar het arrest nr. 111/2008 van 31 juli 2008 en is hij van mening dat B.10 van dat arrest de door hem verdedigde conforme interpretatie bevestigt.

Ten aanzien van de tweede vraag in de zaak nr. 4463

A.5. De eisende partijen voor het Hof van Cassatie zijn van mening dat, in tegenstelling tot de rechtzoekenden die het voorwerp zijn van een bijzondere opsporingsmethode observatie of infiltratie, de rechtzoekenden die niet het voorwerp van zulk een bijzondere opsporingsmethode zijn en ten aanzien van wie de kamer van inbeschuldigingstelling geen controle overeenkomstig artikel 235^{ter} van het Wetboek van strafvordering uitoefent, doch die wel het voorwerp zijn van opsporingsmethoden die niet als bijzonder worden aangeduid, hoewel zij een even ingrijpende schending van het recht op bescherming van het privéleven vormen (zoals bijvoorbeeld een huiszoeking of een telefoontap), wel over voldoende tijd en faciliteiten beschikken om hun verdediging behoorlijk voor te bereiden.

Voor dat verschil in behandeling van vergelijkbare categorieën van personen is volgens de eisende partijen voor het Hof van Cassatie geen objectief of redelijk criterium van onderscheid voorhanden. Overigens heeft de wetgever niet aangegeven welk doel hij in dat verband nastreeft.

De procedure waarin artikel 235^{ter} voorziet, houdt een onevenredige schending in van het recht van verdediging, gewaarborgd door artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en door artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, aangezien het voor de betrokkene feitelijk onmogelijk is om binnen de 48 uren zijn verdediging voor te bereiden. Bovendien is die termijn van 48 uren een fictie, aangezien de verdediging op dat ogenblik nog geen recht heeft op een kopie van

het strafdossier en dat dossier bijgevolg slechts gedurende de openingsuren van de griffie kan worden geraadpleegd. In werkelijkheid beschikt de betrokkene of zijn raadsman slechts over een termijn van 13 uren om het dossier te bestuderen. Die termijn kan bovendien niet volledig worden benut, gelet op de andere verplichtingen van de raadsman van de betrokkene.

In even korte termijnen is enkel voorzien in de wet op de voorlopige hechtenis, maar beide situaties zijn absoluut niet vergelijkbaar. De in artikel 127 van het Wetboek van strafvordering bedoelde procedure, waardoor de in verdenkinggestelde een kopie van het strafdossier kan verkrijgen en dat strafdossier kan inzien gedurende ten minste vijftien dagen indien hij niet is aangehouden en gedurende drie dagen indien hij is aangehouden, is daarentegen wel vergelijkbaar.

Bijgevolg doet artikel 235^{ter} op onevenredige wijze afbreuk aan de in de voormelde verdragsbepalingen gewaarborgde beginselen van de tegenspraak, het recht van verdediging en de wapengelijkheid tussen het openbaar ministerie en de verdediging.

A.6. De Ministerraad betoogt dat de in het geding zijnde bepalingen ertoe strekken het vertrouwelijk dossier zoveel mogelijk te beschermen. Overigens mag niet uit het oog worden verloren dat het vertrouwelijk dossier slechts zeer beperkte inlichtingen bevat (inzonderheid de gebruikte technische middelen, de identiteit van de betrokken agenten en het infiltratiescenario) die niet als bewijsmiddelen mogen worden gebruikt. Het niet voorzien in de mogelijkheid om een kopie van het dossier op te vragen en de beperkte mogelijkheid tot inzage ervan, houden verband met de zorg het vertrouwelijk dossier zoveel mogelijk te beschermen. In zijn arrest nr. 202/2004 (B.27.7) heeft het Hof daarop reeds gewezen.

Het recht van verdediging wordt volgens de Ministerraad niet op onevenredige wijze beperkt, maar wordt (in het licht van de noodzaak het vertrouwelijk dossier te beschermen) maximaal gevrijwaard : de verdediging kan het strafdossier onbeperkt raadplegen; de verdediging wordt gehoord; de verdediging kan haar standpunt schriftelijk voor de kamer van inbeschuldigingstelling uiteenzetten; de kamer van inbeschuldigingstelling kan alle andere actoren horen en bijkomende hoorzittingen bevelen. Bovendien is de beslissing van de kamer van inbeschuldigingstelling niet definitief.

Met verwijzing naar het arrest nr. 105/2007 stelt de Ministerraad dat de thans in het geding zijnde bepalingen de toetsing aan de in de tweede prejudiciële vraag vermelde referentienormen reeds hebben doorstaan. In dat arrest onderzocht het Hof een aantal middelen die inhoudelijk identiek zijn aan de thans in de tweede prejudiciële vraag geformuleerde kritiek.

A.7. In zijn memorie van antwoord in de zaken nrs. 4460-4463 geeft de Ministerraad aan dat de tweede prejudiciële vraag reeds werd onderzocht in het arrest nr. 107/2007 van 26 juli 2007 en is de Ministerraad van mening dat ze bijgevolg ontkennend dient te worden beantwoord.

- B -

Ten aanzien van de prejudiciële vraag in de zaken nrs. 4457, 4458 en 4460 en de eerste prejudiciële vraag in de zaak nr. 4463

B.1. Met de hiervoor geciteerde prejudiciële vragen vraagt het Hof van Cassatie of de artikelen 235^{ter} en 416, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering, in de redactie ervan vóór de wijziging door de wet van 16 januari 2009 « tot wijziging van de artikelen 189^{ter}, 235^{ter}, 335^{bis} en 416 van het Wetboek van strafvordering » (*Belgisch Staatsblad*, 16 januari

2009, tweede editie) (hierna: de wet van 16 januari 2009), bestaanbaar zijn met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, nu dat artikel 416, tweede lid, niet voorziet in een mogelijkheid tot onmiddellijk cassatieberoep tegen een voorbereidend arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling houdende controle, op basis van het vertrouwelijk dossier, van de regelmatigheid van de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie overeenkomstig artikel 189^{ter} of artikel 235^{ter}, in de redactie ervan vóór de wijziging door de voormelde wet van 16 januari 2009, terwijl op grond van artikel 416, tweede lid, wel een onmiddellijk cassatieberoep openstaat tegen de voorbereidende arresten van de kamer van inbeschuldigingstelling houdende controle van de regelmatigheid van de rechtspleging krachtens artikel 235^{bis} van het Wetboek van strafvordering.

Bij zijn arrest nr. 111/2008 van 31 juli 2008 heeft het Hof soortgelijke prejudiciële vragen beantwoord.

Het Hof spreekt zich niet uit over de eventuele gevolgen van de wet van 16 januari 2009 op de zaken die aanleiding hebben gegeven tot de huidige prejudiciële vragen.

B.2.1. Artikel 235^{bis} van het Wetboek van strafvordering, ingevoegd bij de wet van 12 maart 1998 tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek (*Belgisch Staatsblad*, 2 april 1998), bepaalt :

« § 1. Bij de regeling van de rechtspleging onderzoekt de kamer van inbeschuldigingstelling, op vordering van het openbaar ministerie of op verzoek van een van de partijen, de regelmatigheid van de haar voorgelegde procedure. Zij kan dit zelfs ambtshalve doen.

§ 2. De kamer van inbeschuldigingstelling handelt op dezelfde wijze in de andere gevallen waarin ze kennis neemt van de zaak.

§ 3. Wanneer de kamer van inbeschuldigingstelling ambtshalve de regelmatigheid van de rechtspleging onderzoekt en er een nietigheid, een grond van niet-ontvankelijkheid of van verval van de strafvordering kan bestaan, beveelt ze de debatten te heropenen.

§ 4. De kamer van inbeschuldigingstelling hoort, in openbare terechtzitting indien ze op verzoek van een partij daartoe besluit, de opmerkingen van de procureur-generaal, de burgerlijke partij en de in verdenkinggestelde.

§ 5. De onregelmatigheden, verzuimen of nietigheden als bedoeld in artikel 131, § 1, of met betrekking tot de verwijzingsbeschikking die door de kamer van inbeschuldigingstelling zijn onderzocht, kunnen niet meer opgeworpen worden voor de feitenrechter, behoudens de middelen die verband houden met de bewijswaardering of die de openbare orde aanbelangen. Hetzelfde geldt voor de gronden van niet-ontvankelijkheid of van verval van de strafvordering, behalve wanneer ze zijn ontstaan na de debatten voor de kamer van inbeschuldigingstelling. De bepalingen van deze paragraaf zijn niet van toepassing ten aanzien van de partijen die pas na de verwijzing naar het vonnisgerecht in de rechtspleging betrokken zijn, behalve indien de stukken uit het dossier worden verwijderd overeenkomstig artikel 131, § 2, of overeenkomstig § 6 van dit artikel.

§ 6. Wanneer de kamer van inbeschuldigingstelling een onregelmatigheid, verzuim of nietigheid als bedoeld in artikel 131, § 1, of een grond van niet-ontvankelijkheid of van verval van de strafvordering vaststelt, spreekt zij, als daartoe grond bestaat, de nietigheid uit van de handeling die erdoor is aangetast en van een deel of het geheel van de erop volgende rechtspleging. Nietigverklaarde stukken worden uit het dossier verwijderd en neergelegd ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg, na het verstrijken van de termijn voor cassatieberoep ».

B.2.2. Het eveneens in de prejudiciële vragen vermelde artikel 189^{ter} van het Wetboek van strafvordering, ingevoegd bij de wet van 27 december 2005 houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van strafvordering en van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de verbetering van de onderzoeksmethoden in de strijd tegen het terrorisme en de zware en georganiseerde criminaliteit (*Belgisch Staatsblad*, 30 december 2005), bepaalde vóór de wijziging ervan bij de voormelde wet van 16 januari 2009 :

« De rechtbank kan, op basis van concrete gegevens, die pas aan het licht zijn gekomen na de controle van de kamer van inbeschuldigingstelling krachtens artikel 235^{ter}, hetzij ambtshalve, hetzij op vordering van het openbaar ministerie, hetzij op verzoek van de beklaagde, de burgerlijke partij of hun advocaten, de kamer van inbeschuldigingstelling gelasten de controle over de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie uit te oefenen met toepassing van artikel 235^{ter}.

Deze vordering of dit verzoek dient, op straffe van verval, voor ieder ander rechtsmiddel te worden opgeworpen, behalve indien het middel betrekking heeft op nieuwe en concrete elementen die tijdens de terechtzitting aan het licht zijn gekomen.

De rechtbank zendt het dossier aan het openbaar ministerie over, teneinde de zaak daartoe bij de kamer van inbeschuldigingstelling aan te brengen ».

B.2.3. Artikel 235^{ter} van het Wetboek van strafvordering, eveneens ingevoegd door de voormelde wet van 27 december 2005, bepaalde vóór de vernietiging van paragraaf 6 ervan bij het arrest nr. 105/2007 van 19 juli 2007 en vóór de wijziging ervan bij de voormelde wet van 16 januari 2009 :

« § 1. De kamer van inbeschuldigingstelling is belast met de controle over de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie.

De kamer van inbeschuldigingstelling onderzoekt, op vordering van het openbaar ministerie, de regelmatigheid van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie bij het afsluiten van het opsporingsonderzoek waarin deze methoden werden toegepast en alvorens het openbaar ministerie tot rechtstreekse dagvaarding overgaat.

De kamer van inbeschuldigingstelling onderzoekt op het ogenblik dat de onderzoeksrechter zijn dossier aan de procureur des Konings verzendt krachtens artikel 127, § 1, eerste lid, op vordering van het openbaar ministerie, de regelmatigheid van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie die werden toegepast in het kader van het gerechtelijk onderzoek of in het daaraan voorafgaande opsporingsonderzoek.

§ 2. De kamer van inbeschuldigingstelling doet uitspraak binnen dertig dagen na ontvangst van de vordering van het openbaar ministerie. Deze termijn wordt teruggebracht tot acht dagen indien één van de in verdenking gestelden zich in voorlopige hechtenis bevindt.

De kamer van inbeschuldigingstelling hoort, afzonderlijk en buiten de aanwezigheid van de partijen, de opmerkingen van de procureur-generaal.

Zij hoort, op dezelfde wijze, de burgerlijke partij en de in verdenking gestelde, na kennisgeving die hen door de griffier ten laatste achtenveertig uur vóór de zitting per faxpost of bij een ter post aangetekende brief wordt gedaan. De griffier stelt hen in dezelfde post eveneens ter kennis dat het strafdossier tijdens deze periode op de griffie in origineel of in kopie ter inzage ligt.

Zij kan, met betrekking tot de toegepaste bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie, de onderzoeksrechter en de in de artikelen 47*sexies*, § 3, 6° en 47*octies*, § 3, 6° bedoelde officier van gerechtelijke politie afzonderlijk en buiten de aanwezigheid van de partijen horen.

De kamer van inbeschuldigingstelling kan de onderzoeksrechter gelasten de politieambtenaren die belast zijn met de uitvoering van de observatie en infiltratie en de in artikel 47*octies*, § 1, tweede lid, bedoelde burger te horen met toepassing van de artikelen 86*bis* en 86*ter*. Zij kan beslissen bij het verhoor door de onderzoeksrechter aanwezig te zijn of één van haar leden daartoe af te vaardigen.

§ 3. Het openbaar ministerie legt aan de voorzitter van de kamer van inbeschuldigingstelling het vertrouwelijk dossier voor bedoeld in de artikelen 47*septies*, § 1, tweede lid, of 47*novies*, § 1, tweede lid, dat betrekking heeft op het opsporingsonderzoek of gerechtelijk onderzoek bedoeld in § 1. Enkel de magistraten van de kamer van inbeschuldigingstelling hebben het recht dit vertrouwelijk dossier in te zien.

De voorzitter van de kamer van inbeschuldigingstelling neemt de nodige maatregelen ter beveiliging van het vertrouwelijk dossier. Hij bezorgt het vertrouwelijk dossier, na kennisname ervan, onmiddellijk aan het openbaar ministerie terug.

§ 4. In het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling mag geen gewag worden gemaakt van de inhoud van het vertrouwelijk dossier, noch van enig element dat de afscherming van de gebruikte technische hulpmiddelen en de politionele onderzoekstechnieken of de vrijwaring van de veiligheid en de afscherming van de identiteit van de informant, de politieambtenaren die belast zijn met de uitvoering van de observatie of infiltratie en de in artikel 47octies, § 1, tweede lid, bedoelde burger in het gedrang kan brengen.

§ 5. Er wordt verder gehandeld overeenkomstig artikel 235bis, §§ 5 en 6.

§ 6. Tegen de controle van het vertrouwelijk dossier door de kamer van inbeschuldigingstelling staat geen rechtsmiddel open ».

B.2.4. Artikel 416 van het Wetboek van strafvordering, gewijzigd bij de wetten van 12 maart 1998 (*Belgisch Staatsblad*, 2 april 1998), 19 december 2002 (*Belgisch Staatsblad*, 14 februari 2003) en 13 juni 2006 (*Belgisch Staatsblad*, 19 juli 2006), bepaalde vóór de wijziging ervan bij de voormelde wet van 16 januari 2009 :

« Beroep in cassatie tegen voorbereidende arresten en arresten van onderzoek of tegen in laatste aanleg gewezen vonnissen van dezelfde soort staat eerst open na het eindarrest of het eindvonnis; de vrijwillige tenuitvoerlegging van die voorbereidende arresten of vonnissen kan in geen geval als middel van niet-ontvankelijkheid worden ingeroepen.

Het vorige lid is niet van toepassing op arresten of vonnissen inzake bevoegdheid of met toepassing van de artikelen 135 en 235bis, noch op arresten of vonnissen inzake de burgerlijke rechtsvordering die uitspraak doen over het beginsel van aansprakelijkheid, noch op arresten waarbij overeenkomstig artikel 524bis, § 1, uitspraak wordt gedaan over de strafvordering en een bijzonder onderzoek naar de vermogensvoordelen wordt bevolen, noch op verwijzingsarresten overeenkomstig artikel 57bis van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade ».

B.3. De vernietiging van paragraaf 6 van artikel 235ter van het Wetboek van strafvordering bij het voormelde arrest nr. 105/2007 was op de volgende motieven gebaseerd :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B.4. Na de vernietiging van artikel 235^{ter}, § 6, van het Wetboek van strafvordering bij zijn arrest nr. 105/2007 heeft het Hof een aantal prejudiciële vragen zonder voorwerp verklaard in zoverre die betrekking hadden op de ontstentenis van een beroep tegen de arresten van de kamer van inbeschuldigingstelling houdende controle van het vertrouwelijk dossier (arresten nrs. 107/2007 van 26 juli 2007, 109/2007 van 26 juli 2007, 126/2007 van 4 oktober 2007, 6/2008 van 17 januari 2008 en 18/2008 van 14 februari 2008).

B.5. Toen de wetgever met de wet van 12 maart 1998 tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, waarbij het artikel 235^{bis} werd ingevoegd in het Wetboek van strafvordering, voorschreef dat de onregelmatigheden, verzuimen of nietigheden als bedoeld in artikel 131, § 1, of met betrekking tot de verwijzingsbeschikking die door de kamer van inbeschuldigingstelling zijn onderzocht, in beginsel niet meer kunnen worden opgeworpen voor de feitenrechter, behoudens de middelen die verband houden met de bewijswaardering of die de openbare orde aanbelangen (artikel 235^{bis}, § 5), voorzag hij ten aanzien van de arresten van de kamer van inbeschuldigingstelling op basis van het voormelde artikel 235^{bis} tegelijkertijd in een bijkomende uitzondering op de regel van artikel 416, eerste lid, dat bepaalt dat cassatieberoep slechts na het eindarrest of het eindvonnis mogelijk is.

In de memorie van toelichting van het wetsontwerp is daaromtrent gesteld :

« In zoverre de middelen, opgeworpen door uitoefening van het in artikel 135 Sv van het ontwerp voorziene rechtsmiddel of naar voor gebracht in het kader van artikel 235 Sv van het ontwerp, niet meer voor de vonnisrechter kunnen worden opgeworpen, moest de verdachte de mogelijkheid krijgen om onmiddellijk een voorziening in cassatie in te stellen tegen een negatieve beslissing van de kamer van inbeschuldigingstelling. Het ontwerp beoogt hier [in] een nieuwe uitzondering te voorzien op de regel van het huidige artikel 416, eerste alinea, Sv dat bepaalt dat voorziening in cassatie tegen voorbereidende arresten of arresten van onderzoek onontvankelijk zijn voordat de definitieve beslissing ten gronde niet is uitgesproken. Daar de vragen betreffende de regelmatigheid van het onderzoek definitief kunnen worden behandeld bij de regeling van de rechtspleging, is het noodzakelijk dat zij zonodig door het Hof van Cassatie kunnen worden onderzocht » (*Parl. St.*, Kamer, 1996-1997, nr. 857/1, p. 71).

B.6. Krachtens artikel 235*bis* van het Wetboek van strafvordering staat het aan de kamer van inbeschuldigingstelling om de regelmatigheid van de haar voorgelegde procedure te controleren, hetzij ambtshalve, hetzij op vordering van het openbaar ministerie of op verzoek van een van de partijen. In voorkomend geval worden de aangetaste handelingen nietig verklaard en worden de nietig verklaarde stukken uit het dossier verwijderd en neergelegd ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg, na het verstrijken van de termijn voor cassatieberoep (artikel 235*bis*, § 6). Krachtens artikel 416, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering, zoals gewijzigd bij de wet van 12 maart 1998, is tegen de beslissing van de kamer van inbeschuldigingstelling overeenkomstig artikel 235*bis* onmiddellijk cassatieberoep mogelijk.

B.7. Naar aanleiding van het arrest van het Hof nr. 202/2004 van 21 december 2004 heeft de wetgever bij wet van 27 december 2005 artikel 235*ter* in het Wetboek van strafvordering ingevoegd. Op grond van die bepaling controleert de kamer van inbeschuldigingstelling de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden van observatie en infiltratie aan de hand van het vertrouwelijk dossier.

B.8. Met zijn voormeld arrest nr. 105/2007 heeft het Hof paragraaf 6 van artikel 235*ter* van het Wetboek van strafvordering - die elk rechtsmiddel tegen de controle van het vertrouwelijk dossier uitgeoefend door de kamer van inbeschuldigingstelling krachtens artikel 235*ter* uitsloot - vernietigd, omdat het zonder verantwoording de categorie van personen die het voorwerp waren van een onderzoeksmethode van observatie en infiltratie, uitsloot van de mogelijkheid om cassatieberoep in te stellen tegen de beslissing van de kamer van inbeschuldigingstelling genomen met toepassing van artikel 235*ter* van het Wetboek van strafvordering, terwijl die mogelijkheid wel bestaat tegen de beslissingen van de kamer van inbeschuldigingstelling met toepassing van artikel 235*bis* van dat Wetboek.

Uit de vernietiging van paragraaf 6 van artikel 235*ter* van het Wetboek van strafvordering vloeide voort dat evenzeer cassatieberoep mogelijk moest zijn tegen de beslissingen van de kamer van inbeschuldigingstelling genomen met toepassing van artikel 189*ter* of artikel 235*ter* als tegen die genomen met toepassing van artikel 235*bis*.

Rekening houdend met de bedoeling van de wetgever, zoals in B.5 is omschreven, om tegen de arresten van de kamer van inbeschuldigingstelling betreffende de regelmatigheid van de haar voorgelegde procedure met toepassing van artikel 235*bis* een onmiddellijk cassatieberoep mogelijk te maken door af te wijken van de regel vervat in het eerste lid van artikel 416, was het niet verantwoord dat de arresten van de kamer van inbeschuldigingstelling over de regelmatigheid van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie aan de hand van het vertrouwelijk dossier met toepassing van artikel 189*ter* of artikel 235*ter* niet eveneens het voorwerp zouden kunnen uitmaken van een onmiddellijk cassatieberoep.

Dat onverantwoorde verschil in behandeling vloeide voort uit de ontstentenis, in artikel 416, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering, van een wetsbepaling die voor de beslissingen van de kamer van inbeschuldigingstelling met toepassing van artikel 235*ter* eenzelfde draagwijdte heeft als die ten aanzien van de beslissingen van de kamer van inbeschuldigingstelling met toepassing van artikel 235*bis*.

B.9. Hieruit volgde dat artikel 416, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering, in de redactie ervan vóór de wijziging bij de voormelde wet van 16 januari 2009, niet bestaanbaar was met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre het niet voorzag in een onmiddellijk cassatieberoep tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling wanneer deze een controle van het vertrouwelijk dossier uitoefende met toepassing van de artikelen 189*ter* of 235*ter* van het Wetboek van strafvordering, in de redactie ervan vóór de wijziging bij de voormelde wet van 16 januari 2009.

B.10. Wat ten slotte de opmerking van de Ministerraad betreft volgens welke het Hof een leemte in de wetgeving kan vaststellen maar die niet kan opvullen, komt het, indien de leemte zich bevindt in de aan het Hof voorgelegde tekst, de verwijzende rechter toe een einde te maken aan de door het Hof vastgestelde ongrondwettigheid, wanneer die vaststelling is uitgedrukt in voldoende precieze en volledige bewoordingen om toe te laten dat de in het geding zijnde bepaling wordt toegepast met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (vgl. EHRM, 29 november 1991, *Vermeire* t. België, § 25).

B.11. De prejudiciële vragen in de zaken nrs. 4457, 4458 en 4460 en de eerste prejudiciële vraag in de zaak nr. 4463 dienen bevestigend te worden beantwoord.

Ten aanzien van de tweede prejudiciële vraag in de zaak nr. 4463

B.12. Met de tweede prejudiciële vraag in de zaak nr. 4463 vraagt het Hof van Cassatie of artikel 235^{ter}, § 2, derde lid, van het Wetboek van strafvordering, in de redactie ervan vóór de wijziging bij de voormelde wet van 16 januari 2009, bestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, nu dat artikel 235^{ter}, § 2, derde lid, niet bepaalde dat de categorie van personen die het voorwerp van de bijzondere opsporingsmethode observatie is, een kopie van het strafdossier kan verkrijgen - met het oog op een controle van de regelmatigheid van die bijzondere opsporingsmethode - en stelde dat die categorie slechts over een periode van 48 uren beschikt om inzage van het strafdossier te nemen, terwijl de categorie van personen die het voorwerp van een even ingrijpende schending van hun privéleven is, zoals in het geval van een beschikking tot huiszoeking of een beschikking tot telefoontap, wel de regelmatigheid daarvan kunnen toetsen aan de hand van een kopie van het strafdossier en daarvoor over een langere periode dan 48 uren beschikken. De voormelde wet van 16 januari 2009 heeft die situatie niet gewijzigd.

B.13. In die prejudiciële vraag wordt de controle van de regelmatigheid van de bijzondere opsporingsmethode observatie vergeleken met de controle van de regelmatigheid van de « gewone » opsporingsmethoden, met name huiszoeking en telefoontap, en zulks vanuit het oogpunt van het nemen van een kopie van het strafdossier en van de termijn van 48 uren om inzage te nemen van dat dossier.

Aldus wordt het Hof ondervraagd over de bestaanbaarheid van de in het geding zijnde bepalingen met de in die vraag aangehaalde toetsingsnormen, nu een aantal procedureregels die voor bepaalde « gewone » opsporingsmethoden gelden, niet voor de bijzondere opsporingsmethode van observatie van toepassing zijn.

B.14. Met zijn arrest nr. 105/2007 van 19 juli 2007 heeft het Hof uitspraak gedaan over beroepen tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van de wet van 27 december 2005.

In dat arrest heeft het Hof geoordeeld :

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

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

Hiermede rekening houdend onderzoekt het Hof de aangevoerde middelen.

[...]

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

[...]

d) *De termijn voor inzage in het strafdossier*

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

B.15. In zijn arrest nr. 107/2007 van 26 juli 2007, gewezen op prejudiciële vragen, heeft het Hof in dezelfde zin uitspraak gedaan.

B.16. Te dezen is er geen aanleiding om anders te oordelen.

B.17. Door de partijen niet de mogelijkheid te bieden een kopie van het strafdossier op te vragen dat hun gedurende 48 uren ter beschikking wordt gesteld, maakt artikel 235*ter*, § 2, derde lid, van het Wetboek van strafvordering bovendien geen onevenredige inbreuk op de rechten van de partijen, vermits artikel 127, § 2, van hetzelfde Wetboek hun de mogelijkheid biedt een kopie van het dossier op te vragen bij de regeling van de rechtspleging.

B.18. De tweede prejudiciële vraag in de zaak nr. 4463 dient ontkennend te worden beantwoord.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht :

1. Artikel 416, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering, in de redactie ervan vóór de wijziging bij de wet van 16 januari 2009 « tot wijziging van de artikelen 189*ter*, 235*ter*, 335*bis* en 416 van het Wetboek van strafvordering », schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre het niet voorziet in een onmiddellijk cassatieberoep tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling houdende controle, op basis van het vertrouwelijk dossier, van de regelmatigheid van de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie met toepassing van de artikelen 189*ter* of 235*ter* van het Wetboek van strafvordering.

2. Artikel 235*ter*, § 2, van het Wetboek van strafvordering, zoals ingevoegd bij artikel 23 van de wet van 27 december 2005, in de redactie ervan vóór de wijziging bij de voormelde wet van 16 januari 2009, schendt niet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de in de prejudiciële vragen vermelde verdragsbepalingen.

Aldus uitgesproken in het Frans en het Nederlands, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989, op de openbare terechtzitting van 11 maart 2009.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

M. Melchior