

WETTEN, DECRETEN, ORDONNANTIES EN VERORDENINGEN LOIS, DECRETS, ORDONNANCES ET REGLEMENTS

GRONDWETTELIJK HOF

[2017/207063]

Uittreksel uit arrest nr. 148/2017 van 21 december 2017

Rolnummers 6492, 6493, 6494, 6495, 6496, 6497 en 6498

In zake : de beroepen tot gedeeltelijke vernietiging van de wet van 5 februari 2016 tot wijziging van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie, ingesteld door Luc Lamine en Alphonsius Mariën, door de vzw « Syndicat des Avocats pour la Démocratie », door Auguste Verwerft, door de vzw « Liga voor Mensenrechten », door de vzw « Ligue des Droits de l'Homme » en de vzw « Association Syndicale des Magistrats » en door de « Ordre des barreaux francophones et germanophone ».

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters E. De Groot en J. Spreutels, en de rechters L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul, F. Daoût, T. Giet en R. Leysen, bijgestaan door de griffier F. Meersschaut, onder voorzitterschap van voorzitter E. De Groot,

wijst na beraad het volgende arrest :

I. *Onderwerp van de beroepen en rechtspleging*

a. Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 11 augustus 2016 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 12 augustus 2016, hebben Luc Lamine en Alphonsius Mariën beroep tot vernietiging ingesteld van artikel 6 en de daarmee samenhangende artikelen 7, 11, 14, 1^o, 15, 17, 18, 19, 2^o, 36, 151, 155 en 170, 2^o, van de wet van 5 februari 2016 tot wijziging van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie (bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 19 februari 2016, vierde editie).

b. Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 11 augustus 2016 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 12 augustus 2016, heeft Luc Lamine beroep tot vernietiging ingesteld van de artikelen 127 tot 130, 136 en 137 van dezelfde wet alsmede van de daarmee onlosmakelijk verbonden bepalingen, zoals artikel 121.

c. Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 16 augustus 2016 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 17 augustus 2016, heeft de vzw « Syndicat des Avocats pour la Démocratie », bijgestaan en vertegenwoordigd door A. Lebeau, advocaat bij de balie te Charleroi, en Mr. L. Laperche, advocaat bij de balie te Brussel, beroep tot vernietiging ingesteld van de artikelen 63, 1^o, 132, 1^o, en 197 van dezelfde wet.

d. Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 16 augustus 2016 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 17 augustus 2016, heeft Auguste Verwerft beroep tot vernietiging ingesteld van artikel 6 en de daarmee samenhangende artikelen 7, 11, 14, 1^o, 15, 17, 18, 19, 2^o, 36, 151, 155 en 170, 2^o, van dezelfde wet.

e. Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 17 augustus 2016 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 18 augustus 2016, heeft de vzw « Liga voor Mensenrechten », bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. J. Vander Velpen, advocaat bij de balie te Antwerpen, en Mr. J. Heymans, advocaat bij de balie te Gent, beroep tot vernietiging ingesteld van dezelfde wet, en in het bijzonder van de artikelen 63, 83, § 6, 121, 122, 123 en 127 ervan.

f. Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 18 augustus 2016 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 22 augustus 2016, is beroep tot vernietiging ingesteld van dezelfde wet, en in het bijzonder van de artikelen 63, 83, § 6, 1^o, 89, 121, 127, 137, 148, 153 en 163 ervan, door de vzw « Ligue des Droits de l'Homme » en de vzw « Association Syndicale des Magistrats », bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. D. Ribant, Mr. C. Macq en Mr. D. de Beco, advocaten bij de balie te Brussel.

g. Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 18 augustus 2016 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 22 augustus 2016, heeft de « Ordre des barreaux francophones et germanophone », bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. V. Letellier, Mr. H. Sax en Mr. A. Schaus, advocaten bij de balie te Brussel, beroep tot vernietiging ingesteld van dezelfde wet, en in het bijzonder van de artikelen 2 tot 6, 12 tot 18, 36, 51, 66, 1^o, 83, 99, 100, 115, 121, 122, 127 tot 130, 136, 137, 151, 155 en 170 ervan.

Die zaken, ingeschreven onder de nummers 6492, 6493, 6494, 6495, 6496, 6497 en 6498 van de rol van het Hof, werden samengevoegd.

(...)

II. *In rechte*

(...)

Ten aanzien van de bestreden wet

B.1.1. De wet van 5 februari 2016 tot wijziging van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie (ook wel de « Potpourri II-wet » genoemd) beoogt het strafrecht en de strafrechtspleging te verbeteren en te moderniseren, teneinde de rechtsbedeling efficiënter, sneller en goedkoper te doen verlopen zonder de kwaliteit van de rechtsbedeling of de fundamentele rechten van de rechtzoekenden in het gedrang te brengen (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 3, en DOC 54-1418/005, p. 5).

De wet van 5 februari 2016 past in het kader van een ruimere hervorming van justitie, zoals vooropgesteld in het plan « Een efficiëntere justitie voor meer rechtvaardigheid » van de minister van Justitie dat op 18 maart 2015 aan de Kamer van volksvertegenwoordigers werd voorgesteld. Bij de voormelde wet worden « in afwachting van de globale hervorming van het strafprocesrecht [...] al wel punctuele maatregelen [...] genomen waarvan kan worden aangenomen dat ze de werklust onmiddellijk positief zullen beïnvloeden en de procedure efficiënter maken, zonder te raken aan de fundamentele rechten van de partijen in de procedure. [...] Soms gaat het om gerichte maatregelen, andere maatregelen zijn fundamenteeler van aard. Zij beogen een gemeenschappelijk doel, te weten de dienstverlening van justitie te verbeteren en te moderniseren en verspillingen van tijd, energie en geld, die ondraaglijk zijn geworden, te beperken » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 4).

B.1.2. De verzoekende partijen vorderen de vernietiging van de volgende bepalingen van de wet van 5 februari 2016, die het Hof in de hiernavolgende volgorde onderzoekt :

- de artikelen 6, 121, 122 en 123 en de daarmee onlosmakelijk verbonden bepalingen, betreffende de verhoging van de straffen voor gecorrectionaliseerde misdaden en de veralgemening van de correctionaliseerbaarheid van misdaden (B.2 tot B.17);

- artikel 63, betreffende de uitbreiding van het zogenaamde « mini-onderzoek » tot de huiszoeking (B.18 tot B.22);

- artikel 66, 1°, betreffende de afschaffing van de automatische nietigheidssanctie in het geval van een gebrek in de beschikking waarbij het af luisteren en opnemen van communicatie wordt toegestaan (B.23 tot B.29);
- artikel 83, betreffende de beperking van de mogelijkheid van verzet (B.30 tot B.40);
- artikel 89, betreffende de invoering van de verplichting om in hoger beroep een verzoekschrift met vermelding van de grieven in te dienen (B.41 tot B.46);
- de artikelen 99, 100 en 115, betreffende de afschaffing van het onmiddellijk cassatieberoep tegen de beslissingen van de kamer van inbeschuldigingstelling met toepassing van de artikelen 135, 235*bis* en 235*ter* van het Wetboek van strafvordering (B.47 tot B.56);
- de artikelen 128, 129, 130 en 136, betreffende de wijziging van de termijnen tot handhaving van de voorlopige hechtenis (B.57 tot B.68);
- de artikelen 127 en 137, betreffende de beperking van het onmiddellijk cassatieberoep tegen de beslissingen van de kamer van inbeschuldigingstelling inzake de voorlopige hechtenis (B.69 tot B.79);
- artikel 132, betreffende de handhaving van de voorlopige hechtenis onder elektronisch toezicht door de raadkamer op het ogenblik van de regeling van de rechtspleging (B.80 tot B.84);
- de artikelen 148, 153 en 163, betreffende de uitsluiting van strafmodaliteiten voor de personen die niet over een recht van verblijf beschikken (B.85 tot B.91).
- artikel 197, betreffende de invoering van de mogelijkheid om parketjuristen te belasten met bepaalde bevoegdheden van het openbaar ministerie (B.92 tot B.100).

Ten gronde

De verhoging van de straffen voor gecorrectionaliseerde misdaden en de veralgemening van de correctionaliseerbaarheid van misdaden

B.2. De verzoekende partijen in de zaken nrs. 6492 en 6495 vorderen de vernietiging van artikel 6 van de wet van 5 februari 2016. Daarnaast verzoeken zij het Hof tevens de onlosmakelijk daarmee verbonden bepalingen te vernietigen, meer bepaald de artikelen 7, 11, 14, 1°, 15, 17, 18, 19, 2°, 36, 151, 155 en 170, 2°, van dezelfde wet. De verzoekende partij in de zaak nr. 6496 vordert de vernietiging van de artikelen 121, 122 en 123 van dezelfde wet. De verzoekende partij in de zaak nr. 6497 vordert de vernietiging van artikel 121 van dezelfde wet.

B.3.1. Het bestreden artikel 6 van de wet van 5 februari 2016 bepaalt :

« In artikel 25 van [het Strafwetboek], gewijzigd bij de wet van 21 december 2009, wordt het vijfde lid vervangen als volgt :

' Hij is ten hoogste achtentwintig jaar voor een met opsluiting van twintig jaar tot dertig jaar strafbare misdaad die gecorrectionaliseerd is.

Hij is ten hoogste achtendertig jaar voor een met opsluiting van dertig jaar tot veertig jaar strafbare misdaad die gecorrectionaliseerd is.

Hij is ten hoogste veertig jaar voor een met levenslange opsluiting strafbare misdaad die gecorrectionaliseerd is. ' ».

Het aldus gewijzigde artikel 25 van het Strafwetboek bepaalt :

« De duur van de correctionele gevangenisstraf is, behoudens de in de wet bepaalde gevallen, ten minste acht dagen en ten hoogste vijf jaar.

Hij is ten hoogste vijf jaar voor een met opsluiting van vijf jaar tot tien jaar strafbare misdaad die gecorrectionaliseerd is.

Hij is ten hoogste tien jaar voor een met opsluiting van tien jaar tot vijftien jaar strafbare misdaad die gecorrectionaliseerd is.

Hij is ten hoogste vijftien jaar voor een met opsluiting van vijftien jaar tot twintig jaar strafbare misdaad die gecorrectionaliseerd is.

Hij is ten hoogste achtentwintig jaar voor een met opsluiting van twintig jaar tot dertig jaar strafbare misdaad die gecorrectionaliseerd is.

Hij is ten hoogste achtendertig jaar voor een met opsluiting van dertig jaar tot veertig jaar strafbare misdaad die gecorrectionaliseerd is.

Hij is ten hoogste veertig jaar voor een met levenslange opsluiting strafbare misdaad die gecorrectionaliseerd is.

De duur van een dag gevangenisstraf is vierentwintig uren.

De duur van een maand gevangenisstraf is dertig dagen ».

B.3.2. Het bestreden artikel 121 van de wet van 5 februari 2016 bepaalt :

« In artikel 2 van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden, vervangen bij de wet van 21 december 2009 en gewijzigd bij de wetten van 27 december 2012 en 14 januari 2013, wordt het derde lid opgeheven ».

Het aldus gewijzigde artikel 2 van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden bepaalt :

« In de gevallen waarin er grond mocht zijn om alleen een correctionele straf uit te spreken wegens verzachtende omstandigheden of om reden van verschoning, kan de raadkamer of de kamer van inbeschuldigingstelling, bij een met redenen omklede beschikking, de verdachte naar de correctionele rechtbank verwijzen.

Evenzo kan het openbaar ministerie, indien geen gerechtelijk onderzoek is gevorderd, de beklaagde rechtstreeks voor de correctionele rechtbank dagvaarden of oproepen met mededeling van de verzachtende omstandigheden of van de reden van verschoning, wanneer het van oordeel is dat er wegens verzachtende omstandigheden of om reden van verschoning geen grond is om een hogere straf te vorderen dan een correctionele straf ».

B.3.3. Het bestreden artikel 122 van de wet van 5 februari 2016 bepaalt :

« In artikel 3, derde lid, van dezelfde wet, vervangen bij de wet van 1 februari 1977 en gewijzigd bij de wetten van 11 juli 1994 en 8 juni 2008, worden de woorden ' en daarvoor in aanmerking komt op grond van artikel 2, derde lid ' opgeheven ».

Het aldus gewijzigde artikel 3 van de wet van 4 oktober 1867 bepaalt :

« De correctionele rechtbank naar welke de verdachte is verwezen, kan zich niet onbevoegd verklaren ten aanzien van de verzachtende omstandigheden of de reden van verschoning.

Zij kan zich nochtans onbevoegd verklaren ten aanzien van de verzachtende omstandigheden of de grond van verschoning wanneer zij geadiëerd is met toepassing van artikel 2, tweede lid.

Zij kan zich bevoegd verklaren door de verzachtende omstandigheden of de verschoningsgrond aan te nemen wanneer zij vaststelt dat de bij haar aanhangig gemaakte misdaad niet is gecorrectionaliseerd ».

B.3.4. Het bestreden artikel 123 van de wet van 5 februari 2016 bepaalt :

« In artikel 5 van dezelfde wet, gewijzigd bij de wetten van 11 juli 1994 en 8 juni 2008, wordt het tweede lid opgeheven ».

Het aldus gewijzigde artikel 5 van de wet van 4 oktober 1867 bepaalt :

« De politierechtbank waar de beklaagde naar verwezen wordt, kan haar bevoegdheid, wat de verzachtende omstandigheden betreft, niet afwijzen, en zij kan de politiestrafen uitspreken.

Zij kan zich bevoegd verklaren door de verzachtende omstandigheden aan te nemen die de raadkamer, de kamer van inbeschuldigingstelling of het openbaar ministerie hebben verzuimd te vermelden bij de aanhangigmaking van het in artikel 4, eerste lid, omschreven feit ».

B.4.1. Artikel 1 van het Strafwetboek bepaalt de indeling van de misdrijven in overtredingen, wanbedrijven en misdaden als volgt :

« Het misdrijf, naar de wetten strafbaar met een criminele straf, is een misdaad.

Het misdrijf, naar de wetten strafbaar met een correctionele straf, is een wanbedrijf.

Het misdrijf, naar de wetten strafbaar met een politiestraf, is een overtreding ».

De criminele straffen zijn, blijkens artikel 7, 1^o, van het Strafwetboek, de opsluiting en de hechtenis. De correctionele straffen en de politiestrafen zijn, krachtens artikel 7, 2^o, van het Strafwetboek, de gevangenisstraf, de straf onder elektronisch toezicht, de werkstraf en de autonome probatiestraf.

Vóór de inwerkingtreding van de bestreden wet van 5 februari 2016 bepaalden de artikelen 8 en 9 van het Strafwetboek dat de opsluiting levenslang is, dan wel kan worden uitgesproken voor een termijn van vijf tot tien jaar, een termijn van tien tot vijftien jaar, een termijn van vijftien tot twintig jaar of een termijn van twintig tot dertig jaar. Artikel 2 van de bestreden wet van 5 februari 2016 voegt daar de opsluiting voor een termijn van dertig tot veertig jaar aan toe.

B.4.2. Artikel 25 van het Strafwetboek bepaalt de maximumstraffen die door de correctionele rechtbanken kunnen worden uitgesproken. Oorspronkelijk luidde die bepaling als volgt :

« De duur van de correctionele gevangenisstraf is ten minste acht dagen en ten hoogste vijf jaar, behoudens de bij de wet uitgezonderde gevallen.

De duur van een dag gevangenisstraf is vierentwintig uren.

De duur van een maand gevangenisstraf is dertig dagen ».

Hoewel die bepaling steeds toeliet om van de gebruikelijke duur van een correctionele gevangenisstraf af te wijken, was de wet van 1 februari 1977 « tot wijziging van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden en van het Strafwetboek » de eerste die in een algemene afwijking voorzag, door te bepalen dat de gevangenisstraf voor een gecorrectionaliseerde misdaad die strafbaar was met tijdelijke dwangarbeid ten hoogste tien jaar kon bedragen. Sedert de wijziging van artikel 25 van het Strafwetboek bij de wet van 23 januari 2003 « houdende harmonisatie van de geldende wetsbepalingen met de wet van 10 juli 1996 tot afschaffing van de doodstraf en tot wijziging van de criminele straffen » gold het maximum van ten hoogste tien jaar gevangenisstraf voor « een met opsluiting van tien jaar tot vijftien jaar, respectievelijk een langere termijn of met levenslange opsluiting strafbare misdaad die gecorrectionaliseerd is ».

Bij de wet van 21 december 2009 « tot hervorming van het hof van assisen » werd de maximumstraf die door een correctionele rechtbank kan worden uitgesproken, verhoogd tot twintig jaar gevangenisstraf. Een gevangenisstraf tot vijftien jaar kon voortaan worden uitgesproken voor een met opsluiting van vijftien tot twintig jaar strafbare misdaad die was gecorrectionaliseerd. Een gevangenisstraf tot twintig jaar kon voortaan worden uitgesproken voor een met opsluiting van twintig tot dertig jaar of met levenslange opsluiting strafbare misdaad die was gecorrectionaliseerd.

B.4.3. Het bestreden artikel 6 van de wet van 5 februari 2016 verhoogt de maximumstraf die door een correctionele rechtbank kan worden uitgesproken tot veertig jaar. Het voegt aan de in artikel 25 van het Strafwetboek bepaalde termijnen drie nieuwe termijnen toe, namelijk een gevangenisstraf van ten hoogste achtentwintig jaar voor een met opsluiting van twintig tot dertig jaar strafbare misdaad die gecorrectionaliseerd is, een gevangenisstraf van ten hoogste achtentwintig jaar voor een met opsluiting van dertig tot veertig jaar strafbare misdaad die gecorrectionaliseerd is, en een gevangenisstraf van ten hoogste veertig jaar voor een met levenslange opsluiting strafbare misdaad die gecorrectionaliseerd is.

B.5.1. Krachtens artikel 79 van het Strafwetboek worden de criminele straffen verminderd overeenkomstig de artikelen 80 tot 84 van hetzelfde Wetboek, indien verzachtende omstandigheden aanwezig zijn. Artikel 80 van het Strafwetboek, zoals gewijzigd bij artikel 17 van de bestreden wet van 5 februari 2016, bepaalt :

« Levenslange opsluiting wordt vervangen door tijdelijke opsluiting of door gevangenisstraf van ten minste drie jaar en van ten hoogste veertig jaar.

Opsluiting van dertig jaar tot veertig jaar door opsluiting van achtentwintig jaar of voor een kortere termijn, of door gevangenisstraf van ten minste drie jaar en van ten hoogste achtentwintig jaar.

Opsluiting van twintig jaar tot dertig jaar door opsluiting van achtentwintig jaar of voor een kortere termijn, of door gevangenisstraf van ten minste drie jaar en van ten hoogste achtentwintig jaar.

Opsluiting van vijftien jaar tot twintig jaar door opsluiting van tien jaar tot vijftien jaar, respectievelijk gedurende vijf jaar tot tien jaar of door gevangenisstraf van ten minste één jaar en van ten hoogste vijftien jaar.

Opsluiting van tien jaar tot vijftien jaar door opsluiting van vijf jaar tot tien jaar of door gevangenisstraf van ten minste zes maanden en van ten hoogste tien jaar.

Opsluiting van vijf jaar tot tien jaar door gevangenisstraf van ten minste één maand en van ten hoogste vijf jaar ».

Die bepaling betreft niet de gevolgen van het aannemen van verzachtende omstandigheden voor de bevoegdheid van de rechter, doch louter de invloed daarvan op de straftoemeting ter individualisering van de straf. Zij biedt het hof van assisen, indien het verzachtende omstandigheden aanneemt, immers de keuze tussen een opsluiting en een gevangenisstraf voor alle misdaden die worden bestraft met een opsluiting van tien jaar tot een levenslange opsluiting, en zij laat dat hof toe een gevangenisstraf tot vijf jaar uit te spreken voor de misdaden waarop de wet een opsluiting van vijf tot tien jaar stelt. De duur van beide mogelijke straffen overlapt telkens grotendeels.

B.5.2. De grondslag van de wijziging van het bevoegde rechtscollege in geval van correctionalisering van misdaden is gelegen in de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden.

Krachtens artikel 1, eerste lid, van de wet van 4 oktober 1867 berust de beoordeling van de verzachtende omstandigheden bij het rechtsprekende college, bij de rechtsmachten belast met het onderzoek en bij het openbaar ministerie. Krachtens artikel 1, tweede lid, van dezelfde wet, dat ter zake de motiveringsplicht oplegt, moeten die verzachtende omstandigheden in de arresten en vonnissen worden medegedeeld. Krachtens artikel 2, tweede lid, van dezelfde wet dient de rechtstreekse dagvaarding wegens een gecorrectionaliseerde misdaad door het openbaar ministerie te geschieden met mededeling van de verzachtende omstandigheden.

B.5.3.1. Vóór de wijziging ervan bij het bestreden artikel 121 van de wet van 5 februari 2016 bepaalde artikel 2 van de wet van 4 oktober 1867, zoals vervangen bij de wet van 21 december 2009 en gewijzigd bij de wetten van 27 december 2012 en 14 januari 2013 :

« In de gevallen waarin er grond mocht zijn om alleen een correctionele straf uit te spreken wegens verzachtende omstandigheden of om reden van verschoning, kan de raadkamer of de kamer van inbeschuldigingstelling, bij een met redenen omklede beschikking, de verdachte naar de correctionele rechtbank verwijzen.

Evenzo kan het openbaar ministerie, indien geen gerechtelijk onderzoek is gevorderd, de beklagde rechtstreeks voor de correctionele rechtbank dagvaarden of oproepen met mededeling van de verzachtende omstandigheden of van de reden van verschoning, wanneer het van oordeel is dat er wegens verzachtende omstandigheden of om reden van verschoning geen grond is om een hogere straf te vorderen dan een correctionele straf.

Alleen in de volgende gevallen kan het openbaar ministerie rechtstreeks dagvaarden of oproepen en kan de raadkamer of de kamer van inbeschuldigingstelling verwijzen wegens verzachtende omstandigheden :

- 1° als de in de wet bepaalde straf twintig jaar opsluiting niet te boven gaat;
- 2° als het gaat om een poging tot misdaad strafbaar met levenslange opsluiting;
- 3° als het gaat om een misdaad bedoeld in artikel 216, tweede lid, van het Strafwetboek;
- 4° als het gaat om een misdaad bedoeld in artikel 347bis, § 2 en 4, van het Strafwetboek;
- 5° als het gaat om een misdaad bedoeld in artikel 375, laatste lid, van het Strafwetboek, waarvoor de straf in voorkomend geval met toepassing van artikel 377bis van hetzelfde Wetboek kan worden verhoogd;
- 5°/1 als het gaat om een misdaad bedoeld in artikel 405quater, 6°, van het Strafwetboek;
- 6° als het gaat om een misdaad bedoeld in artikel 408 van het Strafwetboek;
- 6°/1 als het gaat om een misdaad bedoeld in artikel 410bis, derde lid, 5°, van het Strafwetboek;
- 7° als het gaat om een misdaad bedoeld in de artikelen 428, § 5, en 429 van het Strafwetboek;
- 8° als het gaat om een misdaad bedoeld in artikel 473, laatste lid, van het Strafwetboek;
- 9° als het gaat om een misdaad bedoeld in artikel 474 van het Strafwetboek;
- 10° als het gaat om een misdaad bedoeld in artikel 476 van het Strafwetboek;
- 11° als het gaat om een misdaad bedoeld in artikel 477sexies van het Strafwetboek;
- 12° als het gaat om een misdaad bedoeld in artikel 513, tweede lid, van het Strafwetboek, waarvoor de straf in voorkomend geval met toepassing van artikel 514bis van hetzelfde Wetboek kan worden verhoogd;
- 13° als het gaat om een misdaad bedoeld in artikel 518, tweede lid, van het Strafwetboek;
- 14° als het gaat om een misdaad bedoeld in artikel 530, laatste lid, van het Strafwetboek, die met toepassing van artikel 531 van hetzelfde Wetboek wordt gestraft, waarvoor de straf in voorkomend geval met toepassing van artikel 532bis van hetzelfde Wetboek kan worden verhoogd ».

B.5.3.2. Vóór de wijziging ervan bij het bestreden artikel 121 van de wet van 5 februari 2016 beperkte artikel 2, derde lid, van de wet van 4 oktober 1867 de bevoegdheid van de raadkamer, de kamer van inbeschuldigingstelling en het openbaar ministerie om een misdaad te correctionaliseren op grond van verzachtende omstandigheden aan de hand van een limitatieve lijst. Als algemene regel gold dat een misdaad waarop de wet een opsluiting van meer dan twintig jaar stelde, niet kon worden gecorrectionaliseerd. Vóór de vervanging van het voormelde artikel 2 bij artikel 230 van de wet van 21 december 2009 « tot hervorming van het hof van assisen » waren de meeste uitzonderingen op die regel onderworpen aan een voorwaarde met betrekking tot de ernst van de gevolgen van de misdaad voor het slachtoffer.

De wet van 21 december 2009 heeft die voorwaarde afgeschaft en heeft de limitatieve lijst van correctionaliseerbare misdaden uitgebreid, enerzijds, met de poging tot misdaad strafbaar met levenslange opsluiting en, anderzijds, met enkele specifieke misdaden waarop de wet een opsluiting van meer dan twintig jaar stelde. Bij artikel 21 van de wet van 27 december 2012 « houdende diverse bepalingen betreffende justitie » en bij artikel 3 van de wet van 14 januari 2013 « tot wijziging van artikel 405quater van het Strafwetboek en artikel 2 van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden » werd de limitatieve lijst van correctionaliseerbare misdaden verder uitgebreid, respectievelijk met de misdaad bedoeld in artikel 410bis, derde lid, 5°, van het Strafwetboek en met de misdaad bedoeld in artikel 405quater, 6°, van het Strafwetboek.

B.5.3.3. Het bestreden artikel 121 van de wet van 5 februari 2016 heeft die limitatieve lijst, zoals zij was neergelegd in het voormelde artikel 2, derde lid, van de wet van 4 oktober 1867, opgeheven. Bijgevolg kunnen de raadkamer, de kamer van inbeschuldigingstelling en het openbaar ministerie voortaan elke misdaad correctionaliseren door verzachtende omstandigheden aan te nemen, ongeacht de maximale duur van de opsluiting die de wet op die misdaad stelt en ongeacht de gevolgen ervan voor het slachtoffer.

B.5.3.4. De onderzoeksgerechten en het openbaar ministerie beschikken aldus steeds over de mogelijkheid om een misdaad te correctionaliseren door verzachtende omstandigheden aan te nemen, maar zijn daartoe nooit verplicht. Behoudens de verplichting om de in aanmerking genomen verzachtende omstandigheden te motiveren, bevat de wet van 4 oktober 1867 evenwel geen criteria.

Het college van procureurs-generaal heeft in zijn omzendbrief nr. 2/2016 van 17 februari 2016 de volgende richtlijnen aangenomen :

« 2. Als algemene richtlijn geldt dat het Openbaar Ministerie voor de kamer van inbeschuldigingstelling de verwijzing van een zaak naar het hof van assisen slechts zal vorderen indien het op dat ogenblik meent de straf van levenslange opsluiting te zullen vorderen bij afwezigheid van verzachtende omstandigheden.

Deze afwezigheid van verzachtende omstandigheden moet worden gemotiveerd in de schriftelijke vordering voor de kamer van inbeschuldigingstelling en kan bijvoorbeeld blijken uit de aard van de feiten zelf, de context waarbinnen ze werden gepleegd of omstandigheden gelinkt aan de persoonlijkheid van de beklagde.

3. Het spreekt voor zich dat bij de berechting van meerdere beklagden in de zin van art. 66 tot en met 69 Strafwetboek, alle beklagden naar het hof van assisen dienen te worden verwezen, gelet op de samenhang, ongeacht of bij één of meerdere personen wel verzachtende omstandigheden kunnen worden ingeroepen.

4. Bij de beoordeling of zal worden gevorderd een zaak naar het hof van assisen te verwijzen, is de afweging van voorgaande feiten en/of voorgaande veroordelingen een criterium waarmee rekening moet gehouden worden.

Het bestaan van voorgaanden (welke misdrijven, aantal misdrijven, in welke periode van de levensloop van de dader, ...) kan immers een indicatie vormen voor de uitgesproken criminele persoonlijkheid van de dader.

Op zich volstaat de optelling van het aantal veroordelingen echter niet als decisief criterium om de verwijzing naar het hof van assisen te vorderen.

5. Deze richtlijn vormt een ruggensteun en aftoetsnorm voor de individuele magistraat die moet afwegen welke rechter hij zal vatten, na grondige afweging van alle elementen van het strafdossier.

In aansluiting hierop, zal de procureur-generaal in zijn ressort, net zoals de federale procureur in zijn parket, een magistraat aanduiden als referentiemagistraat in deze materie. Deze magistraat ondersteunt en begeleidt zijn collega's bij voormeld beslissingsproces. De referentiemagistraat houdt overzicht op de belangrijke criminele zaken in het ressort en stelt zijn expertise ter beschikking bij vragen over de toepassing van deze richtlijn.

Hij waakt over de coherente toepassing van deze richtlijn en analyseert vanuit dat perspectief de rechtspraak van de kamer van inbeschuldigingstelling ».

B.5.3.5. Wanneer een misdaad wordt gecorrectionaliseerd doordat de onderzoeksgerechten of het openbaar ministerie verzachtende omstandigheden aannemen, wordt de misdaad geacht *ab initio* een wanbedrijf te zijn geweest (Cass., 28 mei 1997, *Arr. Cass.*, 1997, nr. 243; Cass., 5 februari 2003, *Arr. Cass.*, 2003, nr. 85).

B.5.4. Terwijl de mogelijkheid om een misdaad te correctionaliseren door verzachtende omstandigheden aan te nemen, oorspronkelijk was voorbehouden aan de onderzoeksgerechten, staat zij sinds de inwerkingtreding van de wet van 11 juli 1994 « betreffende de politierechtbanken en houdende een aantal bepalingen betreffende de versnelling en de modernisering van de strafrechtspleging » eveneens open voor het openbaar ministerie, wanneer het de beklagde rechtstreeks voor het vonnisgerecht dagvaardt.

Wanneer het openbaar ministerie een misdaad correctionaliseert, dient de dagvaarding melding te maken van de in aanmerking genomen verzachtende omstandigheden.

B.5.5.1. Vóór de wijziging ervan bij het bestreden artikel 122 van de wet van 5 februari 2016 bepaalde artikel 3 van de wet van 4 oktober 1867 :

« De correctionele rechtbank naar welke de verdachte is verwezen, kan zich niet onbevoegd verklaren ten aanzien van de verzachtende omstandigheden of de reden van verschoning.

Zij kan zich nochtans onbevoegd verklaren ten aanzien van de verzachtende omstandigheden of de grond van verschoning wanneer zij geadiëerd is met toepassing van artikel 2, tweede lid.

Zij kan zich bevoegd verklaren door de verzachtende omstandigheden of de verschoningsgrond aan te nemen wanneer zij vaststelt dat de bij haar aanhangig gemaakte misdaad niet is gecorrectionaliseerd en daarvoor in aanmerking komt op grond van artikel 2, derde lid ».

Het bestreden artikel 122 van de wet van 5 februari 2016 heeft in artikel 3, derde lid, van de wet van 4 oktober 1867 de woorden « en daarvoor in aanmerking komt op grond van artikel 2, derde lid » opgeheven, aangezien artikel 2, derde lid, waarnaar wordt verwezen, werd opgeheven bij het bestreden artikel 121 van de wet van 5 februari 2016.

B.5.5.2. Krachtens artikel 3, eerste lid, van de wet van 4 oktober 1867 kan de correctionele rechtbank waarnaar een misdaad is verwezen met aanneming van verzachtende omstandigheden, zich niet onbevoegd verklaren ten aanzien van die verzachtende omstandigheden indien de verwijzing is uitgesproken door de raadkamer of door de kamer van inbeschuldigingstelling. Aldus zijn de door de raadkamer of de kamer van inbeschuldigingstelling regelmatig aangenomen verzachtende omstandigheden bindend voor het vonnisgerecht, dat het bestaan ervan niet mag afwijzen. Op die manier beslissen de onderzoeksgerechten bij voorbaat dat het vonnisgerecht, indien het de feiten bewezen verklaart, verzachtende omstandigheden in aanmerking moet nemen voor de straftoemeting.

Krachtens artikel 3, tweede lid, van de wet van 4 oktober 1867 kan de correctionele rechtbank waarvoor de vermoedelijke daders van een misdaad zijn gedagvaard met aanneming van verzachtende omstandigheden, zich daarentegen wel onbevoegd verklaren ten aanzien van die verzachtende omstandigheden indien de aanhangigmaking bij het rechtscollege het gevolg is van een rechtstreekse dagvaarding door het openbaar ministerie. De aanduiding van verzachtende omstandigheden door het openbaar ministerie is bijgevolg niet bindend voor de correctionele rechtbank. Indien zij zich bevoegd verklaart, is zij niettemin verplicht om de door het openbaar ministerie vermelde verzachtende omstandigheden in acht te nemen.

B.5.6. Artikel 4 van de wet van 4 oktober 1867, dat niet werd gewijzigd bij de bestreden wet van 5 februari 2016, bepaalt :

« Wanneer het ten laste gelegde feit strafbaar is met gevangenisstraf of met geldboete en de raadkamer op het verslag van de onderzoeksrechter of op de vordering van het openbaar ministerie van oordeel is dat er grond is om die straffen tot politiestrafen te verminderen, kan zij de verdachte naar de bevoegde politierechtbank verwijzen, met vermelding van de verzachtende omstandigheden.

Evenzo kan het openbaar ministerie, indien geen gerechtelijk onderzoek is gevorderd, de beklagde rechtstreeks voor de bevoegde politierechtbank dagvaarden of oproepen met mededeling van de verzachtende omstandigheden wanneer het van oordeel is dat er wegens verzachtende omstandigheden geen grond is om een hogere straf te vorderen dan een politiestraf ».

Vóór de wijziging ervan bij het bestreden artikel 123 van de wet van 5 februari 2016 bepaalde artikel 5 van de wet van 4 oktober 1867 :

« De politierechtbank waar de beklagde naar verwezen wordt, kan haar bevoegdheid, wat de verzachtende omstandigheden betreft, niet afwijzen, en zij kan de politiestrafen uitspreken.

Zij kan zich nochtans onbevoegd verklaren ten aanzien van de verzachtende omstandigheden indien zij geadiëerd is met toepassing van artikel 4, tweede lid.

Zij kan zich bevoegd verklaren door de verzachtende omstandigheden aan te nemen die de raadkamer, de kamer van inbeschuldigingstelling of het openbaar ministerie hebben verzuimd te vermelden bij de aanhangigmaking van het in artikel 4, eerste lid, omschreven feit ».

Het bestreden artikel 123 van de wet van 5 februari 2016 heeft het tweede lid van artikel 5 van de wet van 4 oktober 1867 opgeheven. Als gevolg van die opheffing kan de politierechtbank haar bevoegdheid, wat de verzachtende omstandigheden betreft, nooit afwijzen, ongeacht of het gaat om een verwijzing door de raadkamer of om een rechtstreekse dagvaarding door het openbaar ministerie.

B.6.1. De bestreden artikelen 6, 121 en 122 van de wet van 5 februari 2016 hangen onlosmakelijk samen, aangezien zij alle beogen om, in lijn met de eerdere hervormingen met dezelfde doelstelling, de correctionalisering mogelijk te maken van zoveel mogelijk misdaden en aldus de behandeling ervan te onttrekken aan het hof van assisen ten voordele van de correctionele rechtbank, die voortaan veel hogere gevangenisstraffen kan opleggen.

In de parlementaire voorbereiding van de bestreden wet werd de doelstelling van de veralgemeende correctionaliseerbaarheid (artikel 121 van de wet van 5 februari 2016) als volgt verwoord :

« Doorheen de opeenvolgende hervormingen is de mogelijkheid tot het correctionaliseren van de misdaden aanzienlijk uitgebreid, waardoor de correctionele rechtbanken aldus kennis kunnen nemen van de meeste zaken van criminele aard.

Het behoud van categorieën niet-correctionaliseerbare misdaden heeft geen bestaansreden meer.

De assisenprocedure is extreem zwaar.

In geval van vernietiging van de uitspraak - waarvoor het risico aanzienlijk veel groter is dan bij de arresten van beroepsmagistraten - moet de procedure worden herbegonnen voor een ander hof van assisen.

Het hof van assisen is zodanig overbelast dat beschuldigen in voorlopige hechtenis opnieuw in vrijheid moeten worden gesteld in afwachting van hun berechting indien de zitting niet binnen een redelijke termijn na het arrest tot gevangenneming kan worden geopend.

De toenemende complexiteit - die losstaat van de kwalificatie van de feiten - van bepaalde dossiers, van de onderzoekstechnieken en van de wetgeving, de verplichting om de uitspraak te motiveren (zeker met de bijstand van het hof), de overmatige werklast die deze procedure inhoudt voor de magistraten, de desorganisatie van de kamers van de hoven van beroep en van de correctionele rechtbanken door het tijdelijk inzetten van rechters bij dat niet-permanente rechtscollege, het risico op bedreigingen van of druk op de gezworenen, enz. hebben de Hoge Raad voor de Justitie, paritair samengesteld uit magistraten en niet-magistraten, ertoe gebracht zich in zijn advies van 28 januari 2009 uit te spreken ten gunste van de schrapping van dit rechtscollege [...].

De korpschefs van de zetel en van het parket hebben zich eveneens in die zin uitgesproken [...].

Een dergelijke hervorming wordt hier niet voorgesteld. Daarvoor zou trouwens de herziening van artikel 150 van de Grondwet vereist zijn.

[...]

Conclusie : de verantwoordelijkheid om geval per geval te beoordelen welke zaken respectievelijk het best door het hof van assisen of door de correctionele rechtscolleges worden berecht, moet aan de beoordeling van het parket en de onderzoeksgerechten, en, overeenkomstig het advies van de Raad van State, aan de rechter ten gronde (in geval van rechtstreekse dagvaarding door het parket) worden overgelaten.

[...]

Zoals hierboven reeds werd vermeld, beoogt het ontwerp geenszins de stelselmatige en blinde correctionalisering van alle misdrijven en de heimelijke uitholling van het hof van assisen.

De assisenprocedure blijft wel degelijk van toepassing op misdrijven die daarvoor werkelijk in aanmerking lijken te komen. Zij wordt in dit ontwerp zelfs verbeterd.

Het openbaar ministerie kan in een omzendbrief criteria bepalen die de magistraten van het openbaar ministerie de mogelijkheid bieden om de zaken te bepalen waarvan de verwijzing naar het hof van assisen [moet worden] gevorderd, inzonderheid om de eenheid van de handelwijzen in de verschillende arrondissementen van het Koninkrijk te waarborgen. Ingeval die omzendbrief wordt uitgevaardigd op grond van artikel 143bis van het Gerechtelijk Wetboek kan de vereiste consensus van aard zijn om een evenwichtig standpunt te garanderen » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 112-115).

De doelstelling van de verhoging van de straffen voor gecorrectionaliseerde misdaden (artikel 6 van de wet van 5 februari 2016) werd voorgesteld als een noodzakelijk gevolg van de veralgemeende correctionaliseerbaarheid van misdaden. In de parlementaire voorbereiding van de bestreden wet staat in dat verband het volgende te lezen :

« Deze wijzigingen vloeien voort uit de veralgemening van de ' correctionaliseerbaarheid ' van de misdaden (cf. Hoofdstuk 2 van Titel III van dit ontwerp, betreffende artikel 2 van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden).

De mogelijkheid om alle misdaden - met inbegrip van de meest ernstige - te correctionalisieren, die dit ontwerp beoogt in te voeren, maakt het noodzakelijk de bovengrens van de gevangenisstraf vast te leggen in geval van correctionalisering van de misdaden die strafbaar zijn met levenslange opsluiting (b.v. een moord). Er wordt voorgesteld om die bovengrens vast te leggen op veertig jaar.

De bovengrens van de gevangenisstraf in geval van correctionalisering van misdaden strafbaar met opsluiting van twintig tot dertig jaar moet tevens worden herzien, aangezien tot dusver enkel een gedeelte ervan correctionaliseerbaar was. Doodslag werd bijvoorbeeld als te ernstig beschouwd om te kunnen worden gecorrectionaliseerd. Er wordt voorgesteld die bovengrens te verhogen van twintig tot achtentwintig jaar. De Raad van State drukt in zijn advies (nr. 21) inderdaad de vrees uit dat het minieme verschil (2 jaar) van de duur van de maximale vrijheidsbenemende straf waarin is voorzien vóór en na correctionalisering ertoe zal leiden dat de verzachtende omstandigheden op oneigenlijke wijze in aanmerking worden genomen. Hieronder wordt tegemoetgekomen aan die vrees door te wijzen op de draagwijdte van de verplichting tot motivering van die beslissing (cf. infra, bespreking van de voorgestelde wijziging van artikel 2 van de wet van 4 oktober 1867).

De bovengrens van de gevangenisstraf in geval van correctionalisering van een misdaad strafbaar met de (nieuwe) straf van opsluiting of hechtenis van dertig tot veertig jaar wordt op achtendertig jaar [gebracht].

[...]

Bijgevolg kunnen de correctionele rechtbanken voortaan gevangenisstraffen tot veertig jaar uitspreken, in plaats van 20 jaar zoals thans het geval is.

De dubbele aanleg - waarvan het ontbreken bij assisen vaak wordt bekritiseerd, maar moeilijk verenigbaar lijkt met het systeem van de volksjury - en het gegeven dat de correctionele kamers collegiaal zetelen, in ieder geval van het hof van beroep, lijken in dat opzicht voldoende garanties te bieden » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 5-6).

B.6.2. Zoals de afdeling wetgeving van de Raad van State heeft opgemerkt, wordt aldus het begrip « verzachtende omstandigheden » gedenatureerd, aangezien dat begrip voornamelijk wordt gehanteerd om het rechtscollege te bepalen dat bevoegd is om kennis te nemen van een criminele zaak, veeleer dan om de straftoemeting te individualiseren :

« Dit neemt nochtans niet weg dat er in de rechtsleer terecht heel wat kritiek is geuit over de wijze waarop de correctionalisering in de praktijk wordt toegepast. Deze kritiek komt er op neer dat een techniek die bedoeld zou moeten zijn om bij ' verzachtende omstandigheden ' in een aangepaste bestraffing te voorzien, vooral, zo niet uitsluitend wordt aangewend om het misdrijf te ' denatureren ' en aldus het hof van assisen uit te sluiten. De critici wijzen daarbij op de systematische toepassing van de correctionalisering. In alle of bijna alle gevallen die volgens de wet correctionaliseerbaar zijn, wordt ook daadwerkelijk gecorrectionaliseerd. Dit is mede het gevolg van het feit dat een zeer ruim scala van omstandigheden in verband met de persoon van de dader, als van omstandigheden die betrekking hebben op de gepleegde misdaad, als ' verzachtende omstandigheden ' in aanmerking komen en dat de onderzoeksgerechten ter zake soeverein oordelen, zonder controle van het Hof van Cassatie. De critici wijzen er op dat verzachtende omstandigheden eigenlijk niet door de onderzoeksgerechten, voorafgaand aan het strafproces, dienen te worden vastgesteld, maar door de strafrechter die eerst oordeelt over de schuld en vervolgens over de strafmaat en daarbij eventueel met verzachtende omstandigheden rekening houdt. Zij klagen ook de gebrekkige motivering van de beslissing om te correctionalisieren aan. Alhoewel de wet uitdrukkelijk oplegt dat de raadkamer of de kamer van inbeschuldigingstelling slechts ' bij een met redenen omklede beschikking ' de betichte naar de correctionele rechtbank kan verwijzen, blijft de motivering vaak tot stijlformules beperkt. Deze vaststellingen leiden tot het oordeel dat de correctionalisering een ' quasi-automatisme ' en een ' artificiële constructie ' is, dat ze een exorbitant en kunstmatig karakter heeft, dat ze nog nauwelijks iets te maken heeft met een adequate individualisering van de strafmaat wegens verzachtende omstandigheden, maar alles met het beoogde neveneffect : het vermijden van het hof van assisen.

Vandaar ook dat er voor wordt gepleit om komaf te maken met dit ' misbruik ' van een techniek die al in 1867 als een voorlopige regeling werd voorgesteld, en hetzij artikel 150 van de Grondwet te herzien, hetzij de basiscriteria van de indeling van de misdrijven in artikel 1 van het Strafwetboek te wijzigen en nog slechts een beperkt aantal misdrijven te kwalificeren als ' misdaden ' waarvoor het hof van assisen bevoegd is » (*Parl. St., Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 269*).

B.7. De verzoekende partijen voeren aan dat de bestreden bepalingen niet bestaanbaar zijn met de artikelen 10, 11, 12, 13, 14, 23 en 150 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 6, 7 en 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, met de artikelen 14, 15 en 25 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, met het beginsel van behoorlijke wetgeving, met het redelijkheidsbeginsel, met het wettigheidsbeginsel in strafzaken, met het recht op een eerlijk proces en met het verbod op rechtsmisbruik.

Uit de uiteenzetting van de middelen blijkt dat het Hof zich moet uitspreken over de bestaanbaarheid van de bestreden bepalingen met het recht op toegang tot de door de wet aangewezen rechter, nu als gevolg van de veralgemeende correctionaliseerbaarheid de overgrote meerderheid van de misdaden niet langer wordt beoordeeld door het hof van assisen, terwijl uit artikel 150 van de Grondwet voortvloeit dat de jury de natuurlijke rechter is voor alle criminele zaken. Het begrip « verzachtende omstandigheden » zou daartoe oneigenlijk worden gebruikt, aangezien het niet erom gaat de straf te individualiseren, maar wel de bevoegdheid van de rechtscollages om kennis te nemen van de criminele zaken te wijzigen. De geringe vermindering van de maximumstraf na correctionalisering zou overigens aantonen dat er geen sprake is van enige verzachting van de straf.

De verzoekende partijen klagen ook aan dat de onderzoeksgerechten en het openbaar ministerie een te grote vrijheid hebben om het bevoegde rechtscollage voor een als misdaad gekwalificeerd feit te bepalen, terwijl het uit de wet zou moeten blijken. De beklagde zou geen kennis hebben van de motieven die aan zijn verwijzing naar het ene of het andere rechtscollage ten grondslag liggen. Het rechtszekerheidsbeginsel en het wettigheidsbeginsel in strafzaken zouden zijn geschonden doordat de verdachte de gevolgen van zijn handelingen niet zou kunnen inschatten. Wanneer de correctionalisering het gevolg is van een rechtstreekse dagvaarding door het openbaar ministerie, dat zelf een partij in het strafproces is, zou tevens de wapengelijkheid worden geschonden.

Het recht op een eerlijk proces zou volgens de verzoekende partijen ook worden geschonden doordat het onderzoeksgerecht dat beslist om een zaak niet te correctionaliseren, reeds het vooroordeel zou uitspreken dat de zwaarst mogelijke straf moet worden toegepast en dat het hof van assisen geen verzachtende omstandigheden zou mogen aannemen.

Tevens zou er sprake zijn van een ongelijkheid van behandeling tussen verdachten van een gecorrectionaliseerde misdaad en verdachten van een gecontraventionaliseerd wanbedrijf, aangezien de beklagde voor de politierechtbank tot niet meer dan zeven dagen gevangenisstraf kan worden veroordeeld, terwijl de correctionele rechtbank gevangenisstraffen kan uitspreken die de vijf jaar ver te boven gaan.

Het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie zou ook worden geschonden doordat verdachten die zich in vergelijkbare of zelfs identieke situaties bevinden, ongelijk zouden worden behandeld naar gelang van de subjectieve appreciatie van het betrokken onderzoeksgerecht of van de betrokken parketmagistraat.

Aangezien het vermijden van de verwijzing van een groot aantal zaken naar de volksjury impliceert dat de burgers niet langer kunnen participeren aan de totstandkoming van de strafrechtspraak, zouden de bestreden bepalingen bovendien het recht op maatschappelijke ontplooiing beperken, zonder dat daarvoor redenen bestaan die verband houden met het algemeen belang.

B.8.1. Artikel 13 van de Grondwet bepaalt :

« Niemand kan tegen zijn wil worden afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent ».

Het recht op toegang tot de rechter zou inhoudsloos zijn indien niet voldaan is aan het recht op een eerlijk proces, zoals gewaarborgd bij artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, bij artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en bij een algemeen rechtsbeginsel. Bijgevolg dienen bij een toetsing aan artikel 13 van de Grondwet die waarborgen te worden betrokken.

Artikel 150 van de Grondwet bepaalt :

« De jury wordt ingesteld voor alle criminele zaken, alsmede voor politieke misdrijven en drukpersmisdrijven, behoudens voor drukpersmisdrijven die door racisme of xenofobie ingegeven zijn ».

B.8.2. Artikel 12 van de Grondwet, vóór de herziening van 24 oktober 2017, bepaalde :

« De vrijheid van de persoon is gewaarborgd.

Niemand kan worden vervolgd dan in de gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die zij voorschrijft.

Behalve bij ontdekking op heterdaad kan niemand worden aangehouden dan krachtens een met redenen omkleed bevel van de rechter, dat moet worden betekend bij de aanhouding of uiterlijk binnen vierentwintig uren ».

Artikel 14 van de Grondwet bepaalt :

« Geen straf kan worden ingevoerd of toegepast dan krachtens de wet ».

Die grondwetsbepalingen dienen in samenhang te worden gelezen met de eveneens aangevoerde artikelen 7 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en 15 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, die analoge rechten en vrijheden waarborgen.

B.8.3. Artikel 23 van de Grondwet bepaalt :

« Ieder heeft het recht een menswaardig leven te leiden.

Daartoe waarborgen de wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel, rekening houdend met de overeenkomstige plichten, de economische, sociale en culturele rechten, waarvan ze de voorwaarden voor de uitoefening bepalen.

Die rechten omvatten inzonderheid :

[...]

5° het recht op culturele en maatschappelijke ontplooiing;

[...] ».

Artikel 25 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten bepaalt :

« Elke burger heeft het recht en dient in de gelegenheid te worden gesteld, zonder dat het onderscheid bedoeld in artikel 2 wordt gemaakt en zonder onredelijke beperkingen :

a) deel te nemen aan de behandeling van openbare aangelegenheden, hetzij rechtstreeks of door middel van vrijelijk gekozen vertegenwoordigers;

[...] ».

B.9. Het hiervoor aangehaalde artikel 13 van de Grondwet waarborgt aan alle personen die zich in dezelfde toestand bevinden het recht om volgens dezelfde regels inzake bevoegdheid en rechtspleging te worden berecht. Aldus dient een verschil in behandeling in dat opzicht redelijk te worden verantwoord.

Tevens waarborgt die bepaling dat de bevoegdheid van de rechtscolleges voortvloeit uit « de wet », alsook dat de rechtsonderhorige steeds op grond van objectieve criteria kan uitmaken welke rechter bevoegd is om kennis te nemen van de geschillen waarbij hij betrokken is.

De in artikel 13 van de Grondwet vervatte waarborg is des te belangrijker wanneer de bevoegde rechter niet door « de wet », maar, zoals te dezen, door de Grondwet wordt bepaald.

B.10. Krachtens artikel 150 van de Grondwet dienen « alle criminele zaken » door het hof van assisen te worden behandeld. Aangezien die grondwetsbepaling de term « criminele zaken » niet definieert, beschikt de wetgever over een ruime appreciatiebevoegdheid om de respectieve bevoegdheden van het hof van assisen en van de correctionele rechtbanken af te bakenen. Hij kan daarbij onder meer rekening houden met de aard van de gepleegde feiten, met de wettelijk bepaalde straf en met de ernst en de gevolgen van het misdrijf voor het slachtoffer en voor de maatschappij.

Zoals de afdeling wetgeving van de Raad van State in haar advies bij het voorontwerp van de bestreden wet heeft opgemerkt, is die appreciatiebevoegdheid evenwel niet onbegrensd, aangezien artikel 150 van de Grondwet aan de wetgever oplegt om minstens de zwaarste misdrijven aan de jury voor te behouden (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 266).

B.11.1. De bestreden artikelen 6 en 121 van de wet van 5 februari 2016 hebben als gevolg dat alle misdaden voortaan kunnen worden gecorrectionaliseerd, zelfs indien zij strafbaar zijn met een levenslange opsluiting, waarbij de correctionele rechtbanken voor dergelijke gecorrectionaliseerde misdaden voortaan gevangenisstraffen tot veertig jaar kunnen uitspreken.

B.11.2. Zoals in B.4.2 is vermeld, werd de maximale gevangenisstraf die de correctionele rechtbanken voor gecorrectionaliseerde misdaden kunnen uitspreken, stelselmatig verhoogd. Terwijl zij krachtens de artikelen 1 en 25, eerste lid, van het Strafwetboek voor een wanbedrijf in beginsel nog steeds een gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaar kunnen uitspreken, konden zij voor een gecorrectionaliseerde misdaad sinds de wet van 1 februari 1977 een gevangenisstraf van ten hoogste tien jaar en sinds de wet van 21 december 2009 een gevangenisstraf van ten hoogste twintig jaar opleggen. Het bestreden artikel 6 van de wet van 5 februari 2016 heeft dat plafond nogmaals verdubbeld. Thans bedraagt de maximumstraf die de correctionele rechtbanken kunnen opleggen voor een gecorrectionaliseerde misdaad dus het achtvoud van de strafmaat die zij voor een wanbedrijf kunnen opleggen.

B.11.3. Doordat het bestreden artikel 121 van de wet van 5 februari 2016 de limitatieve lijst van correctionaliseerbare misdaden heeft opgeheven, wordt de beslissing tot correctionalisering, behoudens het bestaan van verzachtende omstandigheden, aan geen enkel materieel criterium meer onderworpen. Voorheen bevatte de limitatieve lijst daarentegen het beginsel dat een misdaad waarop de wet een opsluiting van meer dan twintig jaar stelde, niet kon worden gecorrectionaliseerd, en onderwierp de wetgever de correctionalisering van bepaalde misdaden waarop de wet wel een opsluiting van meer dan twintig jaar stelde, aan criteria met betrekking tot de ernst en de gevolgen van de misdaad voor het slachtoffer en met betrekking tot het gegeven dat de misdaad niet voltrokken was.

B.11.4. Sinds de inwerkingtreding van de bestreden artikelen 6 en 121 van de wet van 5 februari 2016 is het dus niet langer zo dat de wet de berechting van de zwaarste misdaden voorbehoudt aan het rechtscollege dat artikel 150 van de Grondwet ten behoeve van diegenen die worden vervolgd voor dergelijke misdaden aanwijst. Elke misdaad kan immers aan de correctionele rechtbank dan wel aan het hof van assisen worden voorgelegd, naar gelang van een beslissing die wordt genomen door de onderzoeksgerechten of door het openbaar ministerie. De beide rechtscolleges verschillen nochtans wezenlijk, onder meer wat betreft het oproepen van getuigen, de beoordeling van de schuldvraag en de mogelijkheid om hoger beroep aan te tekenen.

De omstandigheid dat een gecorrectionaliseerde misdaad als gevolg van een dergelijke verwijzing een wanbedrijf uitmaakt, doet aan die vaststelling geen afbreuk.

B.12. Met de veralgemeende correctionaliseerbaarheid van misdaden en met de verhoging van de strafmaat die door de correctionele rechtbanken kan worden uitgesproken, streeft de wetgever de in B.6.1 vermelde doelstellingen na.

Hoewel de bestreden bepalingen hoofdzakelijk de regeling inzake verzachtende omstandigheden hervormen, hebben die doelstellingen geen betrekking op het beleid inzake de individualisering van de straf naar gelang van de kenmerken van het misdrijf of van de dader, maar op het beleid inzake de bevoegdheid van de rechtscolleges en inzonderheid het onttrekken van zaken aan het hof van assisen. De afdeling wetgeving van de Raad van State merkte hieromtrent op :

« Om de veralgemening van de correctionaliseerbaarheid van misdaden te verantwoorden, worden in de memorie van toelichting geen argumenten aangevoerd die verband houden met een aangepaste bestraffing in geval van verzachtende omstandigheden, doch uitsluitend argumenten tegen het hof van assisen : te zware en te dure procedure, overbelasting van het hof van assisen met gevolgen voor de voorlopige hechtenis, de complexiteit van bepaalde dossiers, de motiveringsverplichting, de overmatige werklast voor de magistraten, de desorganisatie van de kamers van beroep en van de correctionele rechtbanken door het tijdelijke inzetten van magistraten bij dat niet-permanente rechtscollege, het risico op bedreigingen van of druk op de gezworenen enzovoort.

De Raad van State wenst zich over deze motieven niet uit te spreken, doch wil wel aangeven dat ze eigenlijk thuis horen in een voorstel hetzij tot herziening van artikel 150 van de Grondwet, hetzij tot herziening van de bepalingen in het Strafwetboek die de misdrijven indelen in misdaden, wanbedrijven en overtredingen, aan de hand van straffen die de wet voor elk van deze categorieën bepaalt » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 279-280).

B.13. De bestreden bepalingen kunnen tot gevolg hebben dat alle misdaden aan de rechter die de Grondwet toewijst zullen worden onttrokken. Zo gaf de voorzitter van het college van de hoven en rechtbanken tijdens de parlementaire voorbereiding aan dat het college voorstander is van de veralgemeende correctionaliseerbaarheid van misdaden, « die een vrijwel algehele afschaffing van de assisenprocedure tot gevolg zal hebben » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/005, p. 182).

Dat gevolg blijkt eveneens uit de in B.5.3.4 vermelde omzendbrief van het college van procureurs-generaal, waarin wordt aanbevolen dat het openbaar ministerie de verwijzing van een zaak naar het hof van assisen nog slechts zal vorderen indien het op dat ogenblik meent de straf van levenslange opsluiting te zullen vorderen bij afwezigheid van verzachtende omstandigheden. Bijgevolg zal het openbaar ministerie de verwijzing naar het hof van assisen niet meer vorderen voor de misdaden waarop de wet geen levenslange opsluiting stelt, en zal het zelfs voor de misdaden waarop de wet een levenslange opsluiting stelt, in beginsel de correctionalisering vorderen, behalve indien er geen verzachtende omstandigheden zijn.

Door bovendien te preciseren dat het die afwezigheid van verzachtende omstandigheden is die moet worden gemotiveerd in de schriftelijke vordering voor de kamer van inbeschuldigingstelling, vereist die omzendbrief dat het openbaar ministerie die gevallen motiveert waarin het een misdaad wel wil laten beoordelen door de grondwettelijk bevoegde rechter.

B.14.1. De bestreden bepalingen geven de onderzoeksgerechten en het openbaar ministerie geen criteria aan om te bepalen welke zaken al dan niet dienen te worden gecorrectionaliseerd. Uit de in B.6.1 vermelde parlementaire voorbereiding blijkt dat die afwezigheid van criteria uitdrukkelijk door de wetgever is gewild.

Aldus beschikken de onderzoeksgerechten en het openbaar ministerie slechts over het criterium van de verzachtende omstandigheden om te bepalen of een misdaad wordt berecht door het hof van assisen of door de correctionele rechtbank.

B.14.2. Het criterium van de verzachtende omstandigheden werd ook vóór de inwerkingtreding van de bestreden bepalingen gehanteerd om zaken aan het hof van assisen te onttrekken. De correctionele rechtbank diende toen, na de correctionalisering, steeds een lagere vrijheidsberovende straf uit te spreken dan degene die de beklaagde voor het hof van assisen riskeerde.

Thans kunnen de correctionele rechtbanken evenwel, zoals in B.4.3 is vermeld, voor de zwaarste categorieën van misdrijven gevangenisstraffen uitspreken die amper lager liggen dan de maximale duur van de opsluiting die de beschuldigde voor het hof van assisen riskeert.

Aangezien de maximale duur van de door de correctionele rechtbanken opgelegde gevangenisstraf voor de drie zwaarste categorieën van gecorrectionaliseerde misdaden hoger ligt dan de minimale duur van de opsluiting die door het hof van assisen kan worden opgelegd, is overigens niet verzekerd dat de correctionalisering in het voordeel van de betrokkene is wat de strafmaat betreft.

Aldus wordt het begrip « verzachtende omstandigheden » gedenatureerd, doordat het hoofdzakelijk wordt gehanteerd om de bevoegdheid van de rechtscolleges te bepalen, terwijl de correctionalisering amper gevolgen heeft voor de duur van de vrijheidsberovende straf.

B.14.3. De bestreden regeling verzekert dus niet dat personen die zich in dezelfde toestand bevinden, volgens dezelfde regels inzake bevoegdheid en rechtspleging worden berecht. In dat opzicht merkte de Hoge Raad voor de Justitie in een ambtshalve advies van 29 juni 2015 het volgende op :

« Wat de beoogde maatregelen betreft is de HRJ voornamelijk bekommerd om het ontbreken in het voorontwerp van wet van ieder criterium waarmee de misdaden kunnen worden bepaald die in de praktijk worden gecorrectionaliseerd door het parket of de kamer van inbeschuldigingstelling, en de misdaden die niet worden gecorrectionaliseerd. Niettegenstaande het bestaan van een mogelijke omzendbrief van het College van procureurs-generaal, zal dit gebrek aan objectieve criteria volgens de HRJ leiden tot grote verschillen in de behandeling tussen de rechtzoekenden, onder meer in functie van het strafbeleid van het arrondissement waarin vervolgingen en andere subjectieve criteria worden uitgeoefend, wat niet kan worden aanvaard. Bij wijze van voorbeeld is het mogelijk dat er in de toekomst meer correctionaliseringen in het gerechtelijk arrondissement van Brussel zijn dan elders, gelet op de wachtlijst voor de organisatie van zittingen van het hof van assisen in dit arrondissement (deze vaststelling wordt overigens des te zinvoller met de inwerkingtreding van de wet tot hervorming van de gerechtelijke organisatie in 2017 en de verplichting voor de rechtscolleges om hun werkingsbegroting zelfstandig te beheren).

De HRJ meent dat deze mogelijke discriminatie tussen rechtzoekenden des te meer onaanvaardbaar is omdat er in een geval (bij een correctionalisering) hoger beroep kan worden aangetekend tegen de ten gronde gewezen beslissing terwijl in een ander geval (bij verwijzing vóór het hof van assisen) de door het hof van assisen ten gronde gewezen beslissing in laatste aanleg wordt gewezen waartegen geen hoger beroep kan worden ingesteld (met uitzondering van een cassatieberoep) » (HRJ, Ambtshalve advies over het voorontwerp van wet tot wijziging van het strafrecht en de strafprocedure, 29 juni 2015, www.hrj.be, p. 10).

In tegenstelling tot wat de Ministerraad beweert, wordt die ongelijke behandeling niet verantwoord door de in artikel 151, § 1, van de Grondwet bedoelde onafhankelijkheid van het openbaar ministerie in de individuele opsporing en vervolging van misdrijven. Die onafhankelijkheid in het strafrechtelijk beleid geldt overigens slechts voor het openbaar ministerie, en niet voor de onderzoeksgerechten. Uit de door de minister van Justitie in de parlementaire voorbereiding gegeven cijfers blijkt nochtans dat de overgrote meerderheid van de beslissingen tot correctionalisering door de onderzoeksgerechten wordt genomen (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/005, p. 2).

B.15.1. Het enige middel in de zaken nrs. 6492 en 6495, het eerste en het derde onderdeel van het derde middel in de zaak nr. 6496 en het zesde middel in de zaak nr. 6497 zijn gegrond. Bijgevolg dienen de artikelen 6 en 121 van de wet van 5 februari 2016 te worden vernietigd.

B.15.2. Aangezien de artikelen 15, 17, 1^o en 2^o, 18, 1^o en 2^o, 19, 2^o, 36, 122, 151, 155 en 170, 2^o, van de wet van 5 februari 2016 onlosmakelijk verbonden zijn met de artikelen 6 en 121 van dezelfde wet, dienen zij eveneens te worden vernietigd.

B.16.1. Krachtens het bestreden artikel 123 van de wet van 5 februari 2016 kan de politierechtbank haar bevoegdheid, wat de verzachtende omstandigheden betreft, niet langer afwijzen indien een wanbedrijf wordt gecontractionaliseerd op grond van verzachtende omstandigheden in een rechtstreekse dagvaarding door het openbaar ministerie. Daarentegen kan de correctionele rechtbank haar bevoegdheid, wat de verzachtende omstandigheden betreft, krachtens artikel 3, tweede lid, van de wet van 4 oktober 1867 nog steeds afwijzen indien een misdaad wordt gecorrectionaliseerd op grond van verzachtende omstandigheden in een rechtstreekse dagvaarding door het openbaar ministerie.

B.16.2. In het voorontwerp van de bestreden wet voorzagt artikel 122 oorspronkelijk erin dat de correctionele rechtbank haar bevoegdheid, wat de verzachtende omstandigheden betreft, niet langer zou kunnen afwijzen indien een misdaad wordt gecorrectionaliseerd op grond van verzachtende omstandigheden in een rechtstreekse dagvaarding door het openbaar ministerie. Hieromtrent heeft de afdeling wetgeving van de Raad van State in haar advies evenwel het volgende opgemerkt :

« 24. Een ander aspect van de ontworpen regeling is problematisch in het licht van artikel 150 van de Grondwet. Sinds het van kracht worden van de wet van 11 juli 1994 is het op grond van artikel 2 van de wet van 4 oktober 1867 ook voor het openbaar ministerie mogelijk om, indien er geen gerechtelijk onderzoek is gevorderd, de beklaagde rechtstreeks voor de correctionele rechtbank te dagvaarden of op te roepen, met de mededeling van de verzachtende omstandigheden of van de reden van verschoning, wanneer het van oordeel is dat er wegens verzachtende omstandigheden of om reden van verschoning geen grond is om een hogere straf te vorderen dan een correctionele straf. Op grond van artikel 3, tweede lid, van diezelfde wet kan de correctionele rechtbank naar dewelke de beklaagde is verwezen, zich echter, in die hypothese, onbevoegd verklaren ten aanzien van de verzachtende omstandigheden of de grond van verschoning.

Op grond van de ontworpen regeling zal ook het openbaar ministerie voortaan de verdachten van alle misdaden, met uitzondering van de twee vermeld in het ontworpen artikel 2, derde lid, van de wet van 4 oktober 1867 rechtstreeks voor de correctionele rechtbank kunnen dagvaarden. Anders dan is voorzien in de huidige regeling, zal de correctionele rechtbank zich dan echter, volgens de ontworpen regeling, niet langer onbevoegd kunnen verklaren.

25. Ook al zal het in de praktijk wellicht niet vaak voorkomen, de ontworpen regeling sluit niet uit dat de correctionele rechtbank die, na een grondig onderzoek van alle elementen van de zaak, tot de bevinding komt dat er geen verzachtende omstandigheden of redenen van verschoning kunnen worden weerhouden, en dat een criminele straf dient te worden uitgesproken die hoger is dan de maximale correctionele straf die binnen zijn bereik ligt, zich desalniettemin tot het uitspreken van die lagere straf zal dienen te beperken. Die regeling impliceert dat het openbaar

ministerie kan verhinderen dat de hoogste straffen worden uitgesproken - de levenslange opsluiting of de levenslange hechtenis - die enkel door het hof van assisen kunnen worden opgelegd. Het aanvaarden van verzachtende omstandigheden door het openbaar ministerie kan immers niet door de correctionele rechtbank worden tegengesproken en kan evenmin met een rechtsmiddel worden bestreden.

De regeling staat dan ook op gespannen voet met artikel 150 van de Grondwet, dat vergt dat de zwaarste misdaden - waarop de wet een levenslange opsluiting of een levenslange hechtenis heeft gesteld -, door het hof van assisen worden berecht, tenzij de wet de misdaad voor correctionalisering vatbaar heeft verklaard en een onafhankelijk en onpartijdig rechtscollege - het weze een onderzoeksgerecht of de rechter ten gronde - heeft vastgesteld dat verzachtende omstandigheden of redenen van verschoning een lagere bestraffing kunnen verantwoorden » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 273-274).

Als gevolg van die kritiek werd het voorontwerp van wet aangepast. Aangezien het bestreden artikel 123 van de wet van 5 februari 2016 evenwel niet werd aangepast, geeft de bestreden wet aanleiding tot het in B.16.1 vermelde verschil in behandeling.

B.16.3. Krachtens artikel 179 van het Wetboek van strafvordering nemen de correctionele rechtbanken, onverminderd de bevoegdheid verleend aan andere rechtscolleges, kennis van alle misdrijven waarvan de straf hoger is dan een gevangenisstraf van zeven dagen en een geldboete van vijftiengintig euro. Krachtens artikel 137 van hetzelfde Wetboek nemen de politierechtbanken kennis van de overtredingen.

B.16.4. In zoverre de bestreden bepaling het mogelijk maakt dat het openbaar ministerie, louter op grond van het criterium van de verzachtende omstandigheden, een wanbedrijf onttrekt aan de correctionele rechtbank en het brengt voor de politierechtbank, zonder dat een onderzoeksgerecht of een vonnisgerecht daarop controle kan uitoefenen, is zij niet bestaanbaar met artikel 13 van de Grondwet.

Aangezien het openbaar ministerie één van de partijen in het strafgeding is, is die mogelijkheid eveneens niet bestaanbaar met het recht op wapengelijkheid.

B.16.5. Doordat de bestreden bepaling het rechterlijk toezicht door de vonnisrechter op de contraventionalisering bij rechtstreekse dagvaarding door het openbaar ministerie uitsluit, terwijl de correctionalisering bij rechtstreekse dagvaarding door het openbaar ministerie wel aan het rechterlijk toezicht door de vonnisrechter is onderworpen, is zij niet bestaanbaar met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

B.16.6. Het tweede onderdeel van het derde middel in de zaak nr. 6496 is gegrond. Bijgevolg dient artikel 123 van de wet van 5 februari 2016 te worden vernietigd.

B.17. Teneinde rechtsonzekerheid te vermijden, dienen, met toepassing van artikel 8, derde lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, de gevolgen van de vernietigde bepalingen te worden gehandhaafd zoals aangegeven in het dictum.

Het mini-onderzoek

B.18. De verzoekende partijen in de zaken nrs. 6494, 6496 en 6497 vorderen de vernietiging van artikel 63 van de wet van 5 februari 2016. Zij voeren aan dat die bepaling niet bestaanbaar is met de artikelen 10, 11, 15, 16 en 22 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 6 en 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en met artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

B.19.1. Het bestreden artikel 63 van de wet van 5 februari 2016 bepaalt :

« In artikel 28septies van [het Wetboek van Strafvordering], ingevoegd bij de wet van 12 maart 1998 en vervangen bij de wet van 27 december 2005, worden de volgende wijzigingen aangebracht :

1° de woorden ' de onderzoekshandelingen als bedoeld in de artikelen 56bis, tweede lid, en 89ter en de huiszoeking, ' worden vervangen door de woorden ' en de onderzoekshandelingen als bedoeld in de artikelen 56bis, tweede lid, en 89ter, '.

2° het artikel wordt aangevuld met een lid, luidende :

' In geval van een nieuwe vordering op grond van het eerste lid in hetzelfde dossier, wordt de zaak aanhangig gemaakt bij dezelfde onderzoeksrechter indien die nog in functie is. ' ».

Het aldus gewijzigde artikel 28septies van het Wetboek van strafvordering bepaalt :

« De procureur des Konings kan de onderzoeksrechter vorderen een onderzoekshandeling te verrichten waarvoor alleen de onderzoeksrechter bevoegd is, met uitzondering van het bevel tot aanhouding bedoeld in artikel 16 van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, de volledig anonieme getuigenis zoals bedoeld in artikel 86bis, de bewakingsmaatregel bedoeld in artikel 90ter, en de onderzoekshandelingen als bedoeld in de artikelen 56bis, tweede lid, en 89ter, zonder dat een gerechtelijk onderzoek wordt ingesteld. Na de uitvoering van de door de onderzoeksrechter verrichte onderzoekshandeling beslist deze of hij het dossier terugzendt aan de procureur des Konings die instaat voor de voortzetting van het opsporingsonderzoek, dan wel of hij het gehele onderzoek zelf voortzet, in welk geval er verder wordt gehandeld overeenkomstig de bepalingen van hoofdstuk VI van dit Boek. Tegen deze beslissing staat geen rechtsmiddel open.

In geval van een nieuwe vordering op grond van het eerste lid in hetzelfde dossier, wordt de zaak aanhangig gemaakt bij dezelfde onderzoeksrechter indien die nog in functie is ».

B.19.2. Vermits de grieven van de verzoekende partijen enkel zijn gericht tegen artikel 63, 1°, van de wet van 5 februari 2016, dat het toepassingsgebied van het zogenaamde « mini-onderzoek » zoals geregeld in artikel 28septies van het Wetboek van strafvordering uitbreidt tot de huiszoeking, beperkt het Hof zijn onderzoek tot die bepaling.

B.20.1. Artikel 28septies van het Wetboek van strafvordering, dat bij de wet van 12 maart 1998 tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek werd ingevoegd, bepaalt dat de procureur des Konings de onderzoeksrechter kan vorderen een onderzoekshandeling te verrichten waarvoor alleen de onderzoeksrechter bevoegd is, zonder dat een gerechtelijk onderzoek wordt ingesteld. Die procedure, die het « mini-onderzoek » wordt genoemd, vormt een uitzondering op het beginsel dat het opsporingsonderzoek geen enkele dwangmaatregel of schending van individuele rechten en vrijheden mag inhouden (artikel 28bis, § 3, eerste lid, van het Wetboek van strafvordering) zodat een dergelijke onderzoekshandeling in beginsel enkel in het kader van een gerechtelijk onderzoek kan worden uitgevoerd.

Met de invoering van het mini-onderzoek bij de wet van 12 maart 1998 wenste de wetgever « enerzijds de onderzoeksrechter te ontlasten van kleinere relatief eenvoudige strafzaken zodat deze zich vooral kan wijden aan complexe zaken, [en] anderzijds de met een gerechtelijk onderzoek gepaard gaande relatief zware procedure (regeling van de rechtspleging, beschikking van de raadkamer, hoger beroep bij de kamer van inbeschuldigingstelling, ...) voor deze eenvoudige strafzaken te vermijden, zodat het Openbaar Ministerie desgevallend rechtstreeks kan dagvaarden of seponeren » (*Parl. St.*, Kamer, 1996-1997, nr. 857/1, pp. 37 en 38).

De wetgever was erom bekommerd « voldoende garanties [te bieden] om te vermijden dat het gerechtelijk onderzoek zou worden uitgehold of dat bepaalde fundamentele rechten in het gedrang zouden komen » (*ibid.*, p. 38). Om die reden werden welbepaalde onderzoekshandelingen, namelijk de huiszoeking, het bevel tot aanhouding en het

afluisteren en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie, van het toepassingsgebied van het mini-onderzoek uitgesloten. Voorts werd voorzien in een evocatierecht voor de onderzoeksrechter, die na de uitvoering van de gevorderde onderzoekshandeling kan beslissen om het gehele onderzoek zelf voort te zetten. Tegen die beslissing van de onderzoeksrechter om al dan niet te evoceren staat geen rechtsmiddel open.

B.20.2. Bij de wet van 8 april 2002 betreffende de anonimiteit van de getuigen werd de « volledig anonieme getuigenis » in artikel 28septies van het Wetboek van strafvordering toegevoegd aan de onderzoekshandelingen die van het toepassingsgebied van het mini-onderzoek zijn uitgesloten. Die uitsluiting werd verantwoord door het feit dat het gaat om « een uitzonderlijk bewijsmiddel dat afwijkt van het gemeen recht omdat het afbreuk doet aan het recht van verdediging [en] op tegenspraak dat wordt bekrachtigd door artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden » (*Parl. St., Kamer, 2000-2001, DOC 50-1185/007, p. 2*).

B.20.3. Ingevolge de wet van 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden werd het mini-onderzoek mogelijk voor de observatie met behulp van technische hulpmiddelen om zicht te verkrijgen in een woning (artikel 56bis, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering) en voor de inijkoperatie (artikel 89ter van het Wetboek van strafvordering). Voorts werd aan artikel 28septies van het Wetboek van strafvordering een derde lid toegevoegd waarbij het evocatierecht van de onderzoeksrechter werd uitgesloten voor de voormelde onderzoekshandelingen.

Bij zijn arrest nr. 202/2004 van 21 december 2004 heeft het Hof het voormelde derde lid van artikel 28septies van het Wetboek van strafvordering vernietigd, alsmede de artikelen 56bis, tweede lid, en 89ter van hetzelfde Wetboek, in zoverre zij kunnen worden toegepast in samenhang met het voormelde artikel 28septies.

Het Hof oordeelde inzake de observatie :

« B.5.7.4. De observatie met gebruik van technische hulpmiddelen om zicht te verwerven in een woning is een maatregel die, wat betreft de inmenging in het recht op eerbiediging van het privé-leven, kan worden vergeleken met de huiszoeking en met het afluisteren en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie, toegestaan bij artikel 90ter van het Wetboek van Strafvordering. Die beide maatregelen zijn echter uitdrukkelijk uitgesloten van de toepassingsfeer van het voormelde artikel 28septies.

Door die beide maatregelen, alsmede het bevel tot aanhouding, uit te sluiten van het mini-onderzoek, wilde de wetgever, die de bedoeling had ' de onderzoeksrechter te ontlasten van kleinere relatief eenvoudige strafzaken ', echter ' voldoende garanties [bieden] om te vermijden dat het gerechtelijk onderzoek zou worden uitgehold of dat bepaalde fundamentele rechten in het gedrang zouden komen ' (*Parl. St., Kamer, 1996-1997, nr. 857/1, pp. 37 en 38*). Verder is gepreciseerd dat indien die drie maatregelen zouden kunnen worden aangewend in het raam van een mini-onderzoek ' het toepassingsgebied van deze procedure aanzienlijk [zou worden uitgebreid] en ertoe [zou] leiden dat de figuur van de onderzoeksrechter wordt omgevormd tot die van rechter van het onderzoek, hetgeen niet overeenstemt met de doelstelling van het ontwerp ' (*Parl. St., Senaat, 1997-1998, nr. 1-704/4, p. 185*).

Op dezelfde wijze heeft de wetgever, voor ' de volledig anonieme getuigenis ', ' bewust [ervoor] gekozen de beoordeling of de getuige die wenst anoniem te blijven inderdaad recht heeft op dit beschermingsstatuut, uitsluitend aan de onderzoeksrechter toe te vertrouwen ' (*Parl. St., Kamer, 2000-2001, DOC 50-1185/001, p. 27*), en heeft hij het amendement aangenomen waarbij werd voorgesteld om die maatregel van het mini-onderzoek uit te sluiten omdat het gaat om ' een uitzonderlijk bewijsmiddel dat afwijkt van het gemeen recht omdat het afbreuk doet aan het recht van verdediging [en] op tegenspraak dat wordt bekrachtigd door artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden ' (*Parl. St., Kamer, 2000-2001, DOC 50-1185/007, p. 3*).

B.5.7.5. De inmenging in het recht op eerbiediging van het privé-leven en in het recht op onschendbaarheid van de woning van de personen die het voorwerp uitmaken van een observatie met gebruik van technische hulpmiddelen om zicht te verwerven in een woning, is des te ernstiger daar het derde lid van artikel 28septies van het Wetboek van Strafvordering, ingevoegd bij artikel 14 van de aangevochten wet, het tweede lid, dat het de onderzoeksrechter mogelijk maakt het onderzoek zelf voort te zetten, ontoepasbaar maakt.

B.5.7.6. Vanwege de ernst van de erdoor teweeggebrachte inmenging in grondrechten, kan de maatregel enkel worden toegelaten onder dezelfde voorwaarden als diegene die gelden in verband met de huiszoeking en het afluisteren van telefoongesprekken.

B.5.7.7. Doordat de wetgever, in de huidige stand van de organisatie van de strafrechtspleging, heeft nagelaten de observatie met gebruik van technische hulpmiddelen om zicht te verwerven in een woning uit te sluiten van de toepassingsfeer van het mini-onderzoek, dat het voorwerp uitmaakt van artikel 28septies van het Wetboek van Strafvordering, heeft hij de in het middel bedoelde bepalingen geschonden ».

Het Hof oordeelde in gelijkaardige bewoordingen inzake de inijkoperatie :

« B.13.7. De inijkoperatie is een maatregel die, wat betreft de inmenging in het recht op eerbiediging van het privé-leven, kan worden vergeleken met de klassieke huiszoeking en met het afluisteren en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie toegestaan bij artikel 90ter van het Wetboek van Strafvordering. Die beide maatregelen zijn echter uitdrukkelijk uitgesloten van de toepassingsfeer van het voormelde artikel 28septies.

B.13.8. Om dezelfde redenen als die welke zijn uiteengezet in B.5.7.4 en B.5.7.5, is het middel gegrond.

B.13.9. Vanwege de ernst van de erdoor teweeggebrachte inmenging in grondrechten, kan de maatregel enkel worden toegelaten onder dezelfde voorwaarden als diegene die gelden in verband met de huiszoeking en het afluisteren van telefoongesprekken.

B.13.10. Doordat de wetgever, in de huidige stand van de organisatie van de strafrechtspleging heeft nagelaten de inijkoperatie uit te sluiten van de toepassingsfeer van het mini-onderzoek, dat het voorwerp uitmaakt van artikel 28septies van het Wetboek van Strafvordering, heeft hij de in het middel bedoelde bepalingen geschonden ».

B.20.4. Rekening houdend met dat arrest nr. 202/2004 heeft de wetgever artikel 28septies van het Wetboek van strafvordering 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 » vervangen, waarbij de observatie met gebruik van technische hulpmiddelen om zicht te verwerven in een woning en de inijkoperatie eveneens van het toepassingsgebied van het mini-onderzoek werden uitgesloten.

Krachtens artikel 28septies van het Wetboek van strafvordering, zoals vervangen bij de voormelde wet van 27 december 2005, werden aldus de volgende onderzoekshandelingen van het toepassingsgebied van het mini-onderzoek uitgesloten : het bevel tot aanhouding, de volledig anonieme getuigenis, het afluisteren en opnemen van communicatie, de observatie met gebruik van technische hulpmiddelen om zicht te verwerven in een woning, de inijkoperatie en de huiszoeking.

B.20.5. Bij het bestreden artikel 63 van de wet van 5 februari 2016 wordt de huiszoeking geschrapt uit de voormelde lijst van onderzoekshandelingen die van het toepassingsgebied van het mini-onderzoek zijn uitgesloten. De wetgever verduidelijkte dat die wijziging werd doorgevoerd « vanuit pragmatisch oogpunt » en « hetzelfde doel [beoogde] als

bij de invoering van het mini-onderzoek [...] bij de wet van 12 maart 1998 [, namelijk] enerzijds om de onderzoeksrechter te ontlasten van de relatief eenvoudige of kleine strafzaken, zodat hij zich zou kunnen wijden aan de meer complexe zaken, en anderzijds de relatief zware procedure vermijden die is verbonden aan een gerechtelijk onderzoek » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 52).

B.21. De verzoekende partijen voeren aan dat de bestreden bepaling, door het toepassingsgebied van het mini-onderzoek uit te breiden tot de huiszoeking, onverantwoorde verschillen in behandeling instelt, enerzijds, tussen personen die het voorwerp zijn van een huiszoeking en personen die het voorwerp zijn van onderzoekshandelingen die van het toepassingsgebied van het mini-onderzoek uitgesloten blijven en, anderzijds, tussen de personen die het voorwerp uitmaken van een huiszoeking naargelang die huiszoeking wordt uitgevoerd in het kader van een gerechtelijk onderzoek dan wel in het kader van een mini-onderzoek. De bestreden bepaling zou een onevenredige inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven, in het recht op de onschendbaarheid van de woning en in het recht op een eerlijk proces inhouden.

B.22.1. Zoals het Hof heeft geoordeeld bij zijn voormelde arrest nr. 202/2004, zijn de huiszoeking, het af luisteren en opnemen van communicatie, de observatie met gebruik van technische hulpmiddelen om zicht te verwerven in een woning en de inblikoperatie maatregelen die vergelijkbaar zijn wat betreft de inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven die zij teweegbrengen. Terwijl de eerstgenoemde maatregel door de bestreden bepaling evenwel onder het toepassingsgebied van het mini-onderzoek wordt gebracht, blijven de overige vermelde maatregelen daarvan uitgesloten.

Ter verantwoording van dat verschil in behandeling wordt in de memorie van toelichting aangegeven dat dat onderscheid

« niet [is] ingegeven door een verschil inzake de aantasting van de persoonlijke levenssfeer, maar omdat het mini-onderzoek moet voorbehouden worden voor *punctuele* maatregelen, hetgeen de voorlopige hechtenis, het af luisteren van telefoongesprekken of de observaties niet zijn en die, voor verlenging vatbaar, een opvolging vereisen die moeilijk los van het onderzoek kan worden beheerd. Indien een onderzoeksrechter dergelijke maatregelen zou bevelen zonder het dossier aan zich te trekken, zou het dossier moeten worden 'ontdubbeld' tijdens de uitvoering ervan, die beheerd wordt door de onderzoeksrechter, terwijl het openbaar ministerie het onderzoek blijft beheren. Een dergelijke situatie zou een bron van verwarring (meer bepaald voor de onderzoekers) en fouten zijn. In de praktijk zou evocatie zich opdringen.

Daaruit volgt dat een uitbreiding van het mini-onderzoek tot het af luisteren van telefoongesprekken of tot de observaties met technische middelen waarschijnlijk slechts weinig of geen rechtvaardiging of belang in de praktijk zou hebben.

Een andere beschouwing heeft ertoe geleid dat het toepassingsgebied van het mini-onderzoek niet is uitgebreid tot de inblikoperatie. Die techniek is weliswaar *punctueel*, net als de huiszoeking, maar in tegenstelling tot de huiszoeking is hij *geheim*, hetgeen doorgedreven waarborgen verantwoordt (in die zin: M.-A. BEERNAERT, H.D., e.a., *op. cit.*, p. 576).

De huiszoeking geschiedt in principe in aanwezigheid van de verdachte of van een gemachtigde die hij kan aanstellen, in elk geval indien hij aangehouden is (artikel 39 van het Wetboek van Strafvordering) » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 55-56).

B.22.2. Daargelaten de vraag of het *punctuele* en het niet-geheime karakter van de maatregel een pertinent criterium is ter verantwoording van het bestreden verschil in behandeling, dient te worden vastgesteld dat de bestreden bepaling tot gevolg heeft dat de huiszoeking via het mini-onderzoek kan worden gevorderd in het kader van een opsporingsonderzoek, zonder dat een gerechtelijk onderzoek moet worden opgestart.

Het opsporingsonderzoek wordt gekenmerkt door zijn uitgesproken geheim en niet-contradictoir karakter, waarbij de belanghebbenden over minder waarborgen ter bescherming van de rechten van verdediging beschikken dan tijdens het gerechtelijk onderzoek.

Weliswaar hebben de rechtstreeks belanghebbenden reeds tijdens het opsporingsonderzoek het recht om toegang tot het strafdossier te vragen (artikel 21*bis* van het Wetboek van strafvordering). Anders dan voor het gerechtelijk onderzoek (artikel 61*ter* van het Wetboek van strafvordering) is dat recht op toegang tot het dossier voor het opsporingsonderzoek evenwel niet procedureel geregeld, zodat het openbaar ministerie - bij gebrek aan wettelijk bepaalde weigeringsgronden - het verzoek om toegang tot een dossier zonder meer kan weigeren en er geen rechtsmiddel tegen een weigeringsbeslissing of de ontstentenis van een beslissing voorhanden is. Bij zijn arrest nr. 6/2017 van 25 januari 2017 heeft het Hof geoordeeld dat die ontstentenis van een rechtsmiddel tegen de weigering of de ontstentenis van een beslissing door het openbaar ministerie ten aanzien van een door een verdachte geformuleerd verzoek om toegang tot een dossier in het opsporingsonderzoek de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt. Vermits die ongrondwettigheid is uitgedrukt in voldoende precieze en volledige bewoordingen die toelaten artikel 21*bis* van het Wetboek van strafvordering toe te passen met inachtneming van de referentienormen op grond waarvan het Hof zijn toetsingsbevoegdheid uitoefent, heeft het Hof ook geoordeeld dat het, in afwachting van het optreden van de wetgever, aan de rechter toekomt een einde te maken aan de schending van die normen, door artikel 61*ter* van het Wetboek van strafvordering bij analogie toe te passen.

Voorts beschikken de belanghebbenden tijdens het opsporingsonderzoek niet over een formeel recht om een bepaalde opsporingshandeling te vragen, terwijl een recht om bijkomende onderzoekshandelingen te vragen wel aan de in verdenking gestelde en de burgerlijke partij wordt toegekend tijdens het gerechtelijk onderzoek (artikel 61*quinquies* van het Wetboek van strafvordering). De belanghebbenden kunnen weliswaar steeds een informeel verzoek aan het openbaar ministerie richten, doch het openbaar ministerie is geenszins verplicht op dat verzoek in te gaan en de partijen beschikken niet over enig rechtsmiddel tegen een weigeringsbeslissing of de ontstentenis van een beslissing.

Tot slot is er tijdens het opsporingsonderzoek geen toezicht op de regelmatigheid van de procedure door een onafhankelijke en onpartijdige rechter, die het dossier van eventuele nietigheden kan zuiveren, terwijl een dergelijk toezicht wel voorhanden is tijdens het gerechtelijk onderzoek (artikel 235*bis* van het Wetboek van strafvordering).

B.22.3. Ook de afdeling wetgeving van de Raad van State wees in haar advies op de zwakkere rechtspositie van de belanghebbenden tijdens het opsporingsonderzoek :

« De uitbreiding van het toepassingsgebied van het zogenaamde mini-onderzoek heeft als gevolg dat het reeds bestaande verschil in behandeling inzake inzagerecht in het dossier al naargelang er al dan niet een gerechtelijk onderzoek is opgestart, wordt versterkt. Waar zulk een inzagerecht procedureel geregeld is in het raam van het gerechtelijk onderzoek (zie artikel 61*ter* van het Wetboek van Strafvordering), is dat niet het geval in het raam van het opsporingsonderzoek, ook niet wanneer er onderzoeksmaatregelen werden verricht in het raam van het mini-onderzoek. De vraag rijst in dit verband of de belangrijke verruiming van het toepassingsgebied van artikel 28*septies* van het Wetboek van Strafvordering niet moet leiden tot het toekennen van een inzagerecht in het dossier wanneer met toepassing van dat artikel door de onderzoeksrechter onderzoeksdaden werden verricht » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 292).

In antwoord op dit advies wordt in de memorie van toelichting vermeld :

« Het is niet de bedoeling, althans vóór de globale hervorming van de strafprocedure die is aangekondigd in het regeerakkoord, om wijzigingen aan te brengen in de verschillen inzake het recht van de belanghebbenden om toegang te hebben tot het dossier naargelang het dossier het voorwerp heeft uitgemaakt van een opsporingsonderzoek of van een gerechtelijk onderzoek » (*ibid.*, p. 56).

B.22.4. Vanwege de ernst van de erdoor teweeggebrachte inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven en de onschendbaarheid van de woning, kan de huiszoeking, in de huidige stand van de regelgeving inzake de strafrechtspleging, enkel worden toegelaten in het kader van een gerechtelijk onderzoek, waarbij de belanghebbenden beschikken over een georganiseerd recht om toegang tot het dossier en bijkomende onderzoekshandelingen te vragen en waarbij is voorzien in een toezicht door de kamer van inbeschuldigingstelling op de regelmatigheid van de procedure.

Door de huiszoeking, in de huidige stand van de regelgeving inzake de strafrechtspleging, onder het toepassingsgebied van het mini-onderzoek te brengen, zonder te voorzien in bijkomende waarborgen ter bescherming van de rechten van verdediging, doet de bestreden bepaling op discriminerende wijze afbreuk aan het recht op eerbiediging van het privéleven en aan het recht op de onschendbaarheid van de woning.

B.22.5. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat het bestreden artikel 63, 1°, van de wet van 5 februari 2016 de artikelen 10, 11, 15 en 22 van de Grondwet schendt, en bijgevolg dient te worden vernietigd.

Nu een onderzoek van de overige grieven en referentienormen niet kan leiden tot een ruimere vernietiging, is er geen aanleiding om de middelen in dat opzicht te onderzoeken.

B.22.6. Ter vrijwaring van de wettigheid van de huiszoekingen die op grond van de vernietigde bepaling zouden zijn verricht, handhaaft het Hof, met toepassing van artikel 8, derde lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, de gevolgen van de vernietigde bepaling zoals aangegeven in het dictum.

Het af luisteren en opnemen van communicatie

B.23.1. De verzoekende partij in de zaak nr. 6498 leidt een eerste middel af uit de schending van artikel 22 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, door artikel 66, 1°, van de wet van 5 februari 2016, dat het eerste zinsdeel van het tweede lid van paragraaf 1 van artikel 90^{quater} van het Wetboek van strafvordering vervangt door de woorden : « De beschikking wordt gedagtekend en vermeldt ». Vóór de wijziging van die bepaling bij het bestreden artikel 66, 1°, luidde dat zinsdeel : « Op straffe van nietigheid wordt de beschikking gedagtekend en vermeldt zij ».

De beschikking waarvan in die bepaling sprake is, is die waarmee de onderzoeksrechter bij wijze van uitzondering het af luisteren, kennisnemen en opnemen, tijdens de overdracht ervan, van privécommunicatie of -telecommunicatie toestaat. De vermeldingen die deze beschikking moet bevatten, betreffen de concrete aanwijzingen en feiten die de maatregel verantwoorden, de redenen waarom die onontbeerlijk is om de waarheid aan de dag te brengen, de persoon en het communicatie- of telecommunicatiemiddel dat het voorwerp is van de bewaking, de betrokken periode en de naam en hoedanigheid van de officier van gerechtelijke politie die voor de uitvoering van de maatregel is aangewezen.

B.23.2. Artikel 90^{quater} van het Wetboek van strafvordering is vervangen bij artikel 18 van de wet van 25 december 2016 « houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van strafvordering en het Strafwetboek, met het oog op de verbetering van de bijzondere opsporingsmethoden en bepaalde onderzoeksmethoden met betrekking tot internet en elektronische en telecommunicaties en tot oprichting van een gegevensbank stemafdrukken ». De nieuwe bepaling is in werking getreden op 27 januari 2017.

B.23.3. De bestreden bepaling is in werking getreden tien dagen na de bekendmaking ervan, namelijk op 29 februari 2016. In zoverre zij uitwerking kon hebben tussen die datum en 27 januari 2017, is het beroep niet zonder voorwerp geworden wat die bepaling betreft.

B.24. De verzoekende partij verwijt de wetgever dat hij, door de automatische nietigheid op te heffen, eveneens een procedure van controle *a priori* van de maatregelen inzake telefoontaps heeft afgeschaft die noodzakelijk is om te waarborgen dat de aantasting van het recht op de bescherming van het privéleven die zij inhouden, noodzakelijk is in een democratische samenleving.

B.25. In de memorie van toelichting van de bestreden wet wordt aangegeven dat de maatregel noodzakelijk werd geacht omdat de met toepassing van de artikelen 90^{ter} en volgende van het Wetboek van strafvordering uitgevoerde telefoontaps vooral worden gebruikt in dossiers van zware en georganiseerde criminaliteit en « de gevolgen van een nietigheidssanctie [...] dan ook in dergelijke dossiers dramatisch en niet in verhouding [zijn] met het evenwicht dat gezocht moet worden tussen de bescherming van de privacy en een efficiënte bestrijding van dergelijke vormen van criminaliteit » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 62).

In de memorie van toelichting wordt gepreciseerd :

« De voorgestelde wijziging zal dus niet tot gevolg hebben dat de burger minder beschermd is tegen misbruiken inzake telefoontaps :

- de vormvereisten zijn niet gewijzigd;

- tot nietigheid van onregelmatig verkregen bewijselement kan nog worden besloten indien ' de begane onregelmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast, of het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces ' (cf. artikel 32 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering);

- illegaal af luisteren vormt een strafbaar feit, zowel door een openbaar officier of ambtenaar, drager of agent van de openbare macht (artikel 259^{bis} van het Strafwetboek) als wanneer het wordt gepleegd door een andere persoon (artikel 314^{bis} van het Strafwetboek);

- in artikel 90^{decies} van het Wetboek van Strafvordering is gesteld dat de minister van Justitie elk jaar verslag uitbrengt ' aan het Parlement over de toepassing van de artikelen 90^{ter} tot en met 90^{novies}. Hij brengt het Parlement op de hoogte van het aantal onderzoeken die aanleiding gegeven hebben tot de maatregelen bedoeld in die artikelen, van de duur van die maatregelen, van het aantal betrokken personen en van de behaalde resultaten '.

Die waarborgen maken het niet mogelijk te overwegen dat op niet-gemotiveerde wijze wordt afgeluisterd in de hoop misdrijven te ontdekken (' *fishing '*): een dergelijke methode zou geen enkele kans bieden op een veroordeling, behalve van de daders van dat illegaal af luisteren » (*ibid.*, pp. 62-63).

B.26.1. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelt dat het, ingevolge de aard van maatregelen inzake geheime bewaking die de betrokkene noodgedwongen beletten daadwerkelijk beroep in te stellen of rechtstreeks deel te nemen aan enige controle, « onontbeerlijk blijkt dat de bestaande procedures op zich gepaste en gelijkwaardige waarborgen bieden om de rechten van het individu te vrijwaren ».

Het voegt eraan toe :

« Bovendien, teneinde niet verder te gaan dan hetgeen noodzakelijk is in de zin van artikel 8.2, moeten, in de controleprocedures, de waarden van een democratische maatschappij zo getrouw mogelijk worden nageleefd. Op een gebied waar misbruiken mogelijk zo eenvoudig zijn in individuele gevallen en nadelige gevolgen voor de hele democratische maatschappij met zich zouden kunnen meebrengen, is het in beginsel wenselijk dat de controle wordt toevertrouwd aan een rechter, daar de rechterlijke macht de beste waarborgen inzake onafhankelijkheid, onpartijdigheid en regelmatige procedure biedt » (EHRM, grote kamer, 4 december 2015, *Roman Zakharov t. Rusland*, § 233).

B.26.2. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelt voorts dat de noodzaak om een gerechtelijke machtiging vóór de tenuitvoerlegging van een maatregel van geheime bewaking te verkrijgen, een belangrijke waarborg tegen willekeur vormt, en hecht belang aan het feit dat de rechter zijn beslissing om de maatregel van onderschepping toe te staan, dient te motiveren (*ibid.*, § § 249 en 259).

B.27.1. De bestreden bepaling verzacht de weerslag van de formele onregelmatigheden in de beschikking van de onderzoeksrechter waarbij het afluisteren en opnemen van communicatie wordt toegestaan, op de geldigheid van het aldus verkregen strafrechtelijk bewijs. Terwijl vroeger elke schending van een voorschrift van artikel 90^{quater} van het Wetboek van strafvordering automatisch met zich meebracht dat de uitgevoerde telefoontaps onmogelijk konden worden gebruikt tijdens het strafproces, dient de rechter ten gronde voortaan de geldigheid van het verkregen bewijs te beoordelen in het licht van artikel 32 van de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering en kan hij in voorkomend geval daarmee rekening houden indien de begane onregelmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs niet heeft aangetast en het gebruik van het bewijs niet in strijd is met het recht op een eerlijk proces.

B.27.2. De bestreden bepaling heeft daarentegen geen weerslag op het onderzoek dat de rechter kan verrichten naar de verenigbaarheid van het afluisteren en opnemen van communicatie met het recht op de bescherming van het privéleven van de betrokkenen. Artikel 90^{quater} van het Wetboek van strafvordering, zoals gewijzigd bij de bestreden bepaling, vereist nog steeds dat het afluisteren en opnemen vooraf wordt toegestaan door een onderzoeksrechter en dat die laatste zijn beschikking met redenen omkleedt door de concrete aanwijzingen en feiten aan te geven die de maatregel verantwoordt, alsook de redenen waarom die onontbeerlijk is, de persoon en het communicatiemiddel dat aan de bewaking zijn onderworpen, de betrokken periode en de naam en hoedanigheid van de officier van gerechtelijke politie die is aangewezen voor de uitvoering van de maatregel. Die vereisten kunnen, in het licht van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens die in B.26 is aangehaald, de naleving van het recht op de bescherming van het privéleven waarborgen.

Elke maatregel inzake het afluisteren of opnemen van communicatie die met schending van de wettelijke voorschriften zou zijn uitgevoerd, kan als onwettig worden beschouwd en aanleiding geven tot de toepassing van artikel 259^{bis} van het Strafwetboek ten aanzien van de ambtenaar van de openbare macht die de auteur ervan is, alsook tot het herstel ten aanzien van de persoon wiens recht op de bescherming van het privéleven zou zijn geschonden.

B.28. De bestreden bepaling heeft niet de draagwijdte die de verzoekende partij eraan geeft, daar zij de bescherming tegen de aantastingen van het privéleven van de personen die voortvloeien uit de maatregelen inzake het afluisteren en opnemen van communicatie, niet vermindert.

Artikel 90^{quater} van het Wetboek van strafvordering, zoals gewijzigd bij de bestreden bepaling, is niet onbestaanbaar met artikel 22 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. Het onderzoek naar de verenigbaarheid van de bestreden bepaling met artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten leidt niet tot een andere conclusie.

B.29. Het middel dat is gericht tegen het bestreden artikel 66, 1^o, van de wet van 5 februari 2016, is niet gegrond.

Het verzet

B.30. De verzoekende partijen in de zaken nrs. 6496, 6497 en 6498 vorderen de vernietiging van artikel 83 van de wet van 5 februari 2016. Zij voeren aan dat die bepaling niet bestaanbaar is met de artikelen 10, 11, 12, 13 en 14 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, met artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en met de algemene rechtsbeginselen inzake het recht op een eerlijk proces, de eerbiediging van de rechten van verdediging, het recht op toegang tot de rechter en het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel.

B.31.1. Het bestreden artikel 83 van de wet van 5 februari 2016 vervangt de regeling inzake het verzet tegen een bij verstek uitgesproken strafvonnis, zoals neergelegd in artikel 187 van het Wetboek van strafvordering. Met die nieuwe regeling beoogt de wetgever « het codificeren, vereenvoudigen en rationaliseren van de verzetprocedure, zonder daarbij het recht op een tweede aanleg te beperken » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 72).

B.31.2 De grieven van de verzoekende partijen zijn gericht tegen het nieuwe artikel 187, § 6, van het Wetboek van strafvordering, dat bepaalt :

« Het verzet wordt als ongedaan beschouwd :

1^o indien de eiser in verzet, wanneer hij persoonlijk of in de persoon van een advocaat verschijnt en vaststaat dat hij kennis heeft gehad van de dagvaarding in de procedure waarin hij verstek heeft laten gaan, geen gewag maakt van overmacht of van een wettige reden van verschoning ter rechtvaardiging van zijn verstek bij de bestreden rechtspleging, waarbij het erkennen van de aangevoerde overmacht of reden overgelaten wordt aan het soevereine oordeel van de rechter;

2^o indien de eiser in verzet nogmaals verstek laat gaan bij zijn verzet, en dat in alle gevallen, ongeacht de redenen voor de opeenvolgende verstekken en zelfs indien het verzet reeds ontvankelijk werd verklaard ».

Het Hof beperkt zijn onderzoek tot die bepaling.

B.32.1. Het verzet is een gewoon rechtsmiddel dat openstaat voor de partij die bij verstek is veroordeeld teneinde vanwege het rechtscollege dat bij verstek heeft geoordeeld, een nieuwe beslissing na een contradictoir debat te verkrijgen.

Het wezen en de doelstelling zelf van het verzet bestaan erin de persoon de mogelijkheid te bieden ten volle zijn rechten van verdediging uit te oefenen, die als gevolg van zijn niet-verschijnen mogelijkerwijze niet alle elementen van een zaak kent of zich daarover althans niet nader heeft kunnen verklaren.

B.32.2. Het « ongedaan verzet » houdt in dat het verzet ontvankelijk is maar als vervallen wordt beschouwd, met als gevolg dat het verstekvonnis waartegen verzet was ingesteld, onaangetast blijft (Cass., 18 november 2003, *Arr. Cass.*, 2003, nr. 576). Het betreft een bijzondere sanctie die wegens welbepaalde omstandigheden die verband houden met de houding van de verzetdoende partij, wordt opgelegd.

De beslissing die het verzet ongedaan verklaart, heeft tot gevolg het rechtscollege dat bij verstek uitspraak deed, de zaak niet opnieuw moet beoordelen in het kader van een verzetsprocedure. De bij verstek gewezen beslissing blijft bestaan en is enkel nog vatbaar voor hoger beroep of, indien zij is gewezen in hoger beroep, voor cassatieberoep.

B.32.3. Vóór de opheffing ervan bij de wet van 5 februari 2016, werd het « ongedaan verzet » geregeld in artikel 188 van het Wetboek van strafvordering, dat bepaalde dat het verzet als ongedaan wordt beschouwd indien de verzetdoende partij of haar raadsman niet verschijnt op de eerste nuttige zitting na het aantekenen van het verzet.

Bij artikel 83 van de wet van 5 februari 2016 heeft de wetgever de sanctie van « ongedaan verzet » uitgebreid tot nieuwe hypothesen. Die uitbreiding wordt verantwoord door de vaststelling dat « bij de huidige stand van zaken [...] van de verzetprocedure misbruik [wordt] gemaakt door bepaalde beklaagden in wiens geval het verstek ofwel te wijten is aan hun eigen onachtzaamheid ofwel ingezet wordt als vertragingstrategie, met het oog op een overschrijding van de redelijke termijn of zelfs een verjaring van het misdrijf waarvoor zij worden vervolgd. Aangezien het verzet in eerste aanleg en in hoger beroep is toegelaten, komt het voor dat een zaak vier keer wordt behandeld » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 73). Voorts dient die uitbreiding « de belangen van de slachtoffers, die vaak ontoemoedigd zijn door de verplichting om de debatten herhaaldelijk te volgen, met tijdverlies en uitgaven voor erelonen tot gevolg » (*ibid.*, p. 72).

Krachtens het bestreden artikel 187, § 6, van het Wetboek van strafvordering, zoals vervangen bij artikel 83 van de wet van 5 februari 2016, wordt het verzet in twee gevallen als « ongedaan » beschouwd : enerzijds, wanneer de eiser in verzet, in zoverre hij persoonlijk of in de persoon van een advocaat verschijnt en vaststaat dat hij kennis heeft gehad van de dagvaarding in de procedure waarin hij verstek heeft laten gaan, geen gewag maakt van overmacht of van een wettige reden van verschoning ter rechtvaardiging van zijn verstek, waarbij het erkennen van de aangevoerde overmacht of reden overgelaten wordt aan het soevereine oordeel van de rechter (1^o), en, anderzijds, indien de eiser in verzet nogmaals verstek laat gaan bij zijn verzet, en dat in alle gevallen, ongeacht de redenen voor de opeenvolgende verstekken en zelfs indien het verzet reeds ontvankelijk werd verklaard (2^o).

B.33. Uit de uiteenzetting van de middelen blijkt dat het Hof de bestaanbaarheid dient te onderzoeken van de woorden « wettige reden van verschoning » en « waarbij het erkennen van de aangevoerde overmacht of reden overgelaten wordt aan het soevereine oordeel van de rechter », die worden gebruikt in het bestreden artikel 187, § 6, 1^o, van het Wetboek van strafvordering, met het wettigheidsbeginsel in strafzaken, zoals gewaarborgd bij de artikelen 12 en 14 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 7 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Voorts dient het Hof de bestaanbaarheid te onderzoeken van artikel 187, § 6, van het Wetboek van strafvordering met de artikelen 10, 11 en 13 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de aangevoerde verdragsbepalingen en met de algemene rechtsbeginselen, doordat het zou voorzien in een discriminerende beperking van de mogelijkheid om verzet aan te tekenen. Vermits het onderzoek van die grief afhangt van de draagwijdte van de bestreden bepaling, dient de eerstgenoemde grief vooreerst te worden onderzocht.

B.34.1. Artikel 12, tweede lid, van de Grondwet bepaalt :

« Niemand kan worden vervolgd dan in de gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die zij voorschrijft ».

Artikel 14 van de Grondwet bepaalt :

« Geen straf kan worden ingevoerd of toegepast dan krachtens de wet ».

Artikel 7.1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens bepaalt :

« Niemand kan worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde. Evenmin zal een zwaardere straf worden opgelegd dan die welke ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was ».

B.34.2. In zoverre het het wettigheidsbeginsel in strafzaken waarborgt, heeft artikel 7.1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens een draagwijdte die analoog is aan de artikelen 12, tweede lid, en 14 van de Grondwet.

B.34.3. Uit die bepalingen vloeit voort dat de strafwet moet worden geformuleerd in bewoordingen op grond waarvan eenieder, op het ogenblik waarop hij een gedrag aanneemt, kan uitmaken of dat gedrag al dan niet strafbaar is en de mogelijkerwijs op te lopen straf kan kennen. De beginselen van wettigheid en voorspelbaarheid zijn van toepassing op de hele strafrechtspleging. De voormelde bepalingen willen aldus elk risico van willekeurig optreden vanwege de uitvoerende of de rechterlijke macht uitsluiten bij het vaststellen en toepassen van de straffen.

Het wettigheidsbeginsel in strafzaken gaat niet zover dat het de wetgever ertoe verplicht elk aspect van de strafbaarstelling, van de straf of van de strafrechtspleging zelf te regelen. Meer bepaald staat het niet eraan in de weg dat de wetgever aan de rechter of aan het openbaar ministerie een beoordelingsbevoegdheid toekent. Er dient immers rekening te worden gehouden met het algemene karakter van de wettelijke bepalingen, de uiteenlopende situaties waarop zij van toepassing zijn en de evolutie van de gedragingen die zij bestraffen.

B.34.4. Te dezen is niet de wettigheid van de strafbaarstelling of van de straf in het geding, maar die van de strafrechtspleging.

De vereiste van voorspelbaarheid van de strafrechtspleging waarborgt elke burger dat tegen hem enkel een opsporingsonderzoek, een gerechtelijk onderzoek en een vervolging kunnen worden ingesteld volgens een bij de wet vastgestelde procedure waarvan hij vóór de aanwending ervan kennis kan nemen.

B.35.1. Uit de parlementaire voorbereiding van de bestreden bepaling blijkt dat de wetgever de misbruiken van de verzetsprocedure heeft willen tegengaan door de beperking van de mogelijkheid om tegen een verstekvonnis verzet aan te tekenen, zonder daarbij afbreuk te doen aan het recht van de partijen om te worden gehoord, dat deel uitmaakt van het recht op een eerlijk proces, en de vereisten die ter zake worden gesteld door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 72-80).

B.35.2. Door in het bestreden artikel 187, § 6, 1^o, van het Wetboek van strafvordering te bepalen dat het verzet als ongedaan wordt beschouwd indien het verstek noch door « overmacht », noch door een « wettige reden van verschoning » wordt gerechtvaardigd, heeft de wetgever bewust een ruime beoordelingsvrijheid aan de rechter gelaten (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 80). De wetgever wenste immers te waarborgen dat, overeenkomstig de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, « het verzet effectief blijft voor de niet verschenen beklaagden die geen afstand hebben gedaan van te verschijnen en zich te verdedigen, en evenmin de intentie hadden zich te onttrekken aan het recht » (*ibid.*, p. 79).

De parlementaire voorbereiding vermeldt inzake de begrippen « overmacht » en « wettige reden van verschoning » :

« In de notie overmacht kunnen twee soorten situaties vervat zijn :

- De gevallen waarbij de beklaagde geen kennis had van de dagvaarding, waardoor hij aanwezig noch vertegenwoordigd was op de terechtzitting;

- De gevallen waarbij de beklaagde kennis had van de dagvaarding en geen afstand wenste te doen van zijn recht om aanwezig of vertegenwoordigd te zijn, maar zijn aanwezigheid of vertegenwoordiging belet werd door een geldige reden buiten zijn wil om.

Het voornoemde wetsvoorstel van 15 mei 2000, ingediend door de heren Bourgeois, Van Hoorebeke en Erdman, verbond de ontvankelijkheid van het verzet aan het bewijs van een gerechtvaardigd verstek wegens overmacht. Die piste werd uiteindelijk verlaten omdat overmacht als notie te vaag werd geacht. De vrees bestond aldus dat de uitlegging van die notie aanleiding zou geven tot eindeloze discussies (zie *Gedr. St.*, Kamer, gewone zitting 2002-2003, nr. 50-0651/004, blz. 6 en 11).

Om dat te voorkomen, wordt voorgesteld om overmacht uit te breiden met de gevallen waarin de beklagde een reden opgeeft die als geldig wordt erkend door het rechtscollege waarvoor hij is opgeroepen. In de UG-studie was trouwens gewag gemaakt van de notie verschoning (blz. 158, § 709). Overigens is de wettige reden van verschoning als notie reeds opgenomen in artikel 630, tiende en elfde lid, van het Wetboek van Strafvordering, met betrekking tot het herstel.

De benadering waarbij overmacht en de geldige reden worden gecombineerd, is verwant aan de benadering in het Franse recht, die verzet toelaat in zowel de situaties waar de verdachte effectief geen kennis heeft gehad van de regelmatige dagvaarding die niet aan de persoon is betekend (een geval dat bij ons onder overmacht zou vallen) als de situaties waar de dagvaarding regelmatig betekend was aan de persoon, maar een verschoning die als geldig is erkend door het rechtscollege waarvoor de niet verschenen partij is opgeroepen zijn afwezigheid rechtvaardigt (artikelen 410 tot 412 van de Code de procédure pénale français) » (*ibid.*, pp. 79-80).

Uit de voormelde parlementaire voorbereiding blijkt dat het begrip « wettige reden van verschoning » aldus moet worden geïnterpreteerd dat het de gevallen omvat die geen overmacht uitmaken en waarin de verzetdoende partij kennis had van de dagvaarding, maar een reden aanvoert waaruit blijkt dat haar afwezigheid niet was ingegeven door de wens om afstand te doen van haar recht om te verschijnen en zich te verdedigen, noch om zich te onttrekken aan het gerecht.

Het begrip « wettige reden van verschoning » is voldoende duidelijk en rechtszeker en doet geen afbreuk aan het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel.

B.35.3. Aan het voorgaande wordt geen afbreuk gedaan door de vermelding in het bestreden artikel 187, § 6, 1^o, dat « het erkennen van de aangevoerde overmacht of reden overgelaten wordt aan het soevereine oordeel van de rechter ». Die vermelding bevestigt louter de algemene regel dat de rechter, bij gebrek aan dwingende beoordelingscriteria die in de wet zijn opgenomen, op onaantastbare wijze over die punten oordeelt, zij het dat de rechter daarbij gebonden is door de gebruikelijke betekenis van de begrippen « overmacht » en « wettige reden van verschoning », zoals die door de wetgever werd verduidelijkt.

Het komt het Hof van Cassatie toe om erover te waken dat die begrippen niet willekeurig worden ingevuld en om na te gaan of de rechter uit de feiten wettig heeft kunnen afleiden dat er al dan niet sprake was van overmacht of van een wettig reden van verschoning.

B.35.4. Het bestreden artikel 187, § 6, 1^o, van het Wetboek van strafvordering, vervangen bij artikel 83 van de wet van 5 februari 2016, schendt bijgevolg niet de artikelen 12 en 14 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 7 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

B.36.1. De verzoekende partijen voeren voorts aan dat artikel 187, § 6, van het Wetboek van strafvordering afbreuk doet aan de artikelen 10, 11 en 13 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, met artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en met de algemene rechtsbeginselen inzake het recht op een eerlijk proces, de eerbiediging van de rechten van verdediging, het recht op toegang tot de rechter en het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel, in zoverre het de mogelijkheid om verzet aan te tekenen beperkt.

Die bepaling zou discriminerend zijn, in zoverre zij ertoe leidt dat de beklagde die verstek heeft laten gaan in de procedure waarbij uitspraak wordt gedaan over de strafvordering op dezelfde wijze wordt behandeld als de veroordeelde die verstek heeft laten gaan in de procedure strekkende tot herstel in eer en rechten. Krachtens de bestreden bepaling, respectievelijk krachtens artikel 630 van het Wetboek van strafvordering dienen beiden een wettige reden van verschoning aan te voeren ter rechtvaardiging van hun afwezigheid ter zitting. Er zouden nochtans wezenlijke verschillen tussen beide categorieën van personen bestaan die zich zouden verzetten tegen de voormelde gelijke behandeling.

B.36.2. Anders dan wat de verzoekende partij in de zaak nr. 6498 aanvoert, bevatten de aangevoerde grondwets- en verdragsbepalingen geen *standstill*-verplichting.

B.37. Het verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen dat voortvloeit uit de toepassing van verschillende procedureregels in verschillende omstandigheden, houdt op zich geen discriminatie in. Hetzelfde geldt voor de identieke behandeling die voortvloeit uit de toepassing van dezelfde procedureregels in verschillende omstandigheden. Van discriminatie zou slechts sprake zijn indien de verschillende of identieke behandeling die voortvloeit uit de toepassing van die procedureregels een onevenredige beperking van de rechten van de daarbij betrokken personen met zich zou meebrengen.

B.38.1. Artikel 13 van de Grondwet houdt een recht in op toegang tot de bevoegde rechter. Dat recht wordt eveneens gewaarborgd bij artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, bij artikel 14, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en bij een algemeen rechtsbeginsel.

Artikel 13 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens waarborgt voor personen van wie de rechten en vrijheden vermeld in dat Verdrag zijn geschonden, een recht op daadwerkelijke rechtshulp voor een nationale instantie.

B.38.2. De verschijning van een beklagde is van kapitaal belang, zowel wegens het recht van die laatste om te worden gehoord als wegens de noodzaak de juistheid van zijn verklaringen te controleren en ze te confronteren met de beweringen van het slachtoffer, wiens belangen moeten worden beschermd, alsook met die van de getuigen (EHRM, 23 november 1993, *Poitrimol* t. Frankrijk, § 35; 13 februari 2001, *Krombach* t. Frankrijk, § 84; 14 juni 2001, *Medenica* t. Zwitserland, § 54; 13 januari 2011, *Drakos* t. Griekenland, § 35).

Indien het nationaal recht het verloop van een proces toelaat niettegenstaande de afwezigheid van de beschuldigde, moet die later kunnen verkrijgen dat een rechtscollege opnieuw, na hem te hebben gehoord, uitspraak doet over de gegrondheid van de beschuldiging, zowel in feite als in rechte, wanneer niet vaststaat dat hij heeft afgezien van zijn recht om te verschijnen en zich te verdedigen, noch dat hij de bedoeling heeft gehad zich aan het gerecht te onttrekken (EHRM, grote kamer, 1 maart 2006, *Sejdovic* t. Italië, § 82; 1 maart 2011, *Faniel* t. België, § 26). Het vermag niet aan de beschuldigde toe te komen te moeten bewijzen dat hij zich niet aan het gerecht wou onttrekken of dat zijn afwezigheid door een geval van overmacht werd verklaard. Tegelijkertijd staat het de nationale overheden vrij te beoordelen of de verschoningsgronden die door de beschuldigde zijn verstrekt om zijn afwezigheid te verantwoorden, geldig waren dan wel of de bij het dossier gevoegde elementen het mogelijk maakten te besluiten dat zijn afwezigheid onafhankelijk was van zijn wil (EHRM, *Sejdovic* t. Italië, voormeld, § 88).

De wetgever moet onverantwoorde niet-verschijningen kunnen ontraden, op voorwaarde dat de sancties niet onevenredig blijken te zijn en dat de beklagde niet het recht op de bijstand van een raadsman wordt ontzegd (EHRM, *Sejdovic* t. Italië, voormeld, § 92).

B.39.1. Uit de in B.32.3 en B.35 vermelde parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever misbruiken van de verzetsprocedure heeft willen vermijden, zonder daarbij afbreuk te doen aan de vereisten die door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens inzake het recht op toegang tot de rechter worden gesteld. Om die reden heeft de wetgever bepaald dat enkel in de twee gevallen die worden beoogd in de bestreden bepaling het verzet als ongedaan wordt beschouwd.

B.39.2. Wat de in artikel 187, § 6, 1^o, van het Wetboek van strafvordering geïmagineerde situatie betreft, dient - opdat het verzet als ongedaan kan worden beschouwd - allereerst vast te staan dat de verzetdoende partij kennis heeft gehad van de dagvaarding in de procedure waarin hij verstek heeft laten gaan. Het komt aan de vervolgende of de burgerlijke partij toe dat bewijs te leveren; op de beklagde rust ter zake geen enkele bewijslast (Cass., 17 januari 2017, P.16.0989.N). Die kennisname moet bovendien met zekerheid vaststaan; er mag geen enkele redelijke twijfel over bestaan.

Vervolgens kan het verzet slechts ongedaan worden verklaard indien de verzetdoende partij « geen gewag maakt van overmacht of van een wettige reden van verschoning ter rechtvaardiging van zijn verstek bij de bestreden rechtspleging ». Zoals in B.35 is vermeld, moet die voorwaarde, overeenkomstig de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, aldus worden geïnterpreteerd dat « het verzet effectief blijft voor de niet verschenen beklagden die geen afstand hebben gedaan van te verschijnen en zich te verdedigen, en evenmin de intentie hadden zich te onttrekken aan het recht » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 79). Het volstaat dat de verzetdoende partij « gewag maakt » van overmacht of van een wettige reden van verschoning, en dus dat zij het bestaan van die reden voldoende aannemelijk maakt, zonder dat zij daarvan het bewijs dient te leveren.

Slechts in zoverre aan die cumulatieve voorwaarden is voldaan, en aldus vaststaat dat de beklagde afstand heeft gedaan van het recht te verschijnen en zich te verdedigen dan wel de intentie had zich aan het gerecht te onttrekken, wordt het verzet als ongedaan beschouwd.

B.39.3. Krachtens artikel 187, § 6, 2^o, van het Wetboek van strafvordering wordt het verzet eveneens als ongedaan beschouwd indien de verzetdoende partij nogmaals verstek laat gaan bij zijn verzet, en dat in alle gevallen, ongeacht de redenen voor de opeenvolgende verstekken en zelfs indien het verzet reeds ontvankelijk werd verklaard. Die situatie werd reeds gedeeltelijk geïmagineerd bij het vroegere artikel 188 van het Wetboek van strafvordering, namelijk in zoverre het een afwezigheid op de eerste nuttige terechtzitting na het aantekenen van het verzet betrof, en werd bij artikel 83 van de wet van 5 februari 2016 uitgebreid tot alle afwezigheden van de verzetdoende partij in de verzetsprocedure.

Het kan worden verantwoord dat een afwezigheid ter terechtzitting met meer gestrengheid wordt beoordeeld ten aanzien van een partij die reeds verstek heeft laten gaan en die door verzet aan te tekenen zelf het initiatief heeft genomen om vanwege het rechtscollege dat bij verstek heeft geoordeeld, een nieuwe beslissing na een contradictoair debat te verkrijgen.

Bovendien geldt ook in dat geval het algemene rechtsbeginsel dat de gestrengheid van de wet in geval van overmacht kan worden gemilderd, waarvan de bestreden wet niet is afgeweken. Zoals ook in de parlementaire voorbereiding wordt bevestigd, kan het verzet bijgevolg niet als ongedaan worden beschouwd indien de afwezigheid van de verzetdoende partij in de verzetsprocedure door overmacht kan worden gerechtvaardigd (*Parl. St.*, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 81, en DOC 54-1418/005, pp. 110-111).

B.39.4. Onder voorbehoud dat het op de wijze vermeld in B.39.2 en B.39.3 wordt geïnterpreteerd, doet artikel 187, § 6, van het Wetboek van strafvordering niet op onevenredige wijze afbreuk aan het recht van de beklagde op toegang tot de rechter.

B.40. Onder dat voorbehoud zijn de middelen die zijn gericht tegen het voormelde artikel 187, § 6, van het Wetboek van strafvordering, zoals vervangen bij artikel 83 van de wet van 5 februari 2016, niet gegrond.

Het hoger beroep op grieven

B.41. De verzoekende partijen in de zaak nr. 6497 leiden een derde middel af uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, door artikel 89 van de wet van 5 februari 2016, dat artikel 204 van het Wetboek van strafvordering vervangt door de volgende bepaling :

« Op straffe van verval van het hoger beroep bepaalt het verzoekschrift nauwkeurig de grieven die tegen het vonnis worden ingebracht, met inbegrip van de procedurele grieven, en wordt het verzoekschrift binnen dezelfde termijn en op dezelfde griffie ingediend als de in artikel 203 bedoelde verklaring. Het verzoekschrift wordt ondertekend door de eiser in beroep of zijn advocaat, of door een ander bijzonder gevolmachtigde. In dit laatste geval wordt de volmacht bij het verzoekschrift gevoegd.

Dit verzoekschrift kan ook rechtstreeks worden ingediend op de griffie van de rechtbank of het hof waarvoor het hoger beroep wordt gebracht.

Daartoe kan een formulier, waarvan het model wordt bepaald door de Koning, worden gebruikt.

Deze bepaling geldt ook voor het openbaar ministerie ».

B.42. De verzoekende partijen verwijten die bepaling de partijen te beletten het hoger beroep voor het rechtscollege in hoger beroep uit te breiden.

B.43.1. De Ministerraad werpt een exceptie van niet-ontvankelijkheid van dat middel op. Hij wijst erop dat de verzoekende partijen, in de uiteenzetting van het middel, niet verwijzen naar het bestreden artikel 89, maar wel naar artikel 94 van dezelfde wet, dat niet in het verzoekschrift wordt beoogd, en dat artikel 210 van hetzelfde Wetboek aanvult met een lid waarin de mogelijkheden voor de rechter in hoger beroep om middelen ambtshalve aan te voeren, worden beperkt, alsook naar de inhoud van het formulier voor het instellen van hoger beroep dat als bijlage bij het koninklijk besluit van 18 februari 2016 tot uitvoering van artikel 204, derde lid, van het Wetboek van strafvordering is bekendgemaakt.

B.43.2. Hoewel de argumentatie van de verzoekende partijen gedeeltelijk steunt op het niet-bestreden artikel 94 van de wet van 5 februari 2016, alsook op een bijlage bij een koninklijk besluit dat niet onder de bevoegdheid van het Hof valt, kan hun kritiek, die niet uitsluitend betrekking heeft op de mogelijkheid voor de rechter in hoger beroep om middelen ambtshalve aan te voeren maar meer algemeen de onmogelijkheid voor de partijen beoogt om de draagwijdte van hun hoger beroep uit te breiden na het indienen van het verzoekschrift met vermelding van de grieven, worden gesitueerd in het bestreden artikel 89, in zoverre het niet bepaalt dat grieven die niet in dat verzoekschrift zijn aangegeven nog kunnen worden aangevoerd voor het rechtscollege.

B.43.3. De exceptie van niet-ontvankelijkheid wordt verworpen.

B.44.1. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de bestreden bepaling « in het belang van alle partijen » werd geacht, aangezien zij ertoe strekte « de eisers in beroep [...] die noch een advocaat noch een ruime scholing hebben [...] bewust te [maken] van de draagwijdte van de akte van hoger beroep en van de mogelijkheid om die te beperken » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 85).

B.44.2. In het verslag van de Kamercommissie wordt vermeld :

« Het wetsontwerp strekt er ook toe de strafzaken in hoger beroep doeltreffender te behandelen.

- De eiser zal een verzoekschrift moeten neerleggen waarin de grieven die tegen het vonnis in eerste aanleg worden ingebracht, nauwkeurig worden omschreven, met inbegrip van de grieven betreffende de procedure.

Dit impliceert dat men moet preciseren op welke punten de in eerste aanleg gewezen beslissing moet worden gewijzigd (bijvoorbeeld ' de straf '), en niet de middelen die zullen worden uiteengezet om die betwisting te staven.

Die verplichting geldt ook voor het openbaar ministerie.

Bij ontstentenis kan de rechter het beroep onontvankelijk verklaren.

Dat beginsel is eigenlijk al in de wet opgenomen, maar zonder dat de niet-naleving ervan wordt gekoppeld aan een sanctie van onontvankelijkheid, waardoor het geen effect sorteert.

Een bij koninklijk besluit bepaald formulier zal in de griffies, de gevangenissen enzovoort ter beschikking worden gesteld van de eisers, zodat al wie geen advocaat heeft of geen ruime scholing heeft genoten, de draagwijdte van de akte van hoger beroep en de mogelijkheid om die te beperken, kan begrijpen.

Thans gaat een veroordeelde al te vaak in hoger beroep of tekent hij automatisch verzet aan zonder erover na te denken. Hoewel het verzet de eiser in verzet niet kan schaden, ligt dat voor de eiser in beroep anders: ingeval zijn beroep wordt gevolgd door een andere partij, kan dat aanleiding geven tot een verzwarende van de straf of tot burgerlijke belangen die zwaarder gaan doorwegen» (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/005, pp. 15-16).

B.44.3. In het formulier dat is bekendgemaakt als bijlage bij het voormelde koninklijk besluit van 18 februari 2016 en dat krachtens artikel 1 van dat koninklijk besluit kan worden gebruikt voor het instellen van hoger beroep overeenkomstig de bestreden bepaling, wordt verzocht een of meer « beschikkingen » van het eerste vonnis waartegen een grief is aangevoerd, aan te vinken. Die beschikkingen zijn, wat de strafvordering betreft, de schuldverklaring, de kwalificatie van het misdrijf, de voorschriften betreffende de rechtspleging, de strafmaat, de internering, het niet toepassen van het gevraagde gewoon uitstel, het probatie-uitstel, de gewone opschorting of de probatieopschorting, de verbeurdverklaring, de andere maatregelen: herstelmaatregel of dwangsom, de verjaring, de schending van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, de vrijspraak, de andere beschikkingen. Ten aanzien van de burgerlijke vordering zijn de beschikkingen de ontvankelijkheid, het causaal verband, de schadebegroting (cijfers), de interesten en de andere beschikkingen.

Die opsomming, met uitzondering van « de schending van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens », betreft alleen de aspecten van het vonnis waartegen hoger beroep wordt ingesteld en niet de argumentatie of de middelen die zullen worden uiteengezet door de appellants om de rechters in hoger beroep te overtuigen.

B.44.4. Het Hof van Cassatie heeft in verband met het begrip « grief » in de zin van artikel 204 van het Wetboek van strafvordering gepreciseerd:

« Een grief als bedoeld in artikel 204 Wetboek van Strafvordering is de specifieke aanwijzing door de appellant van een afzonderlijke beslissing van het beroepen vonnis, waarvan hij de hervorming door de appelrechter vraagt.

Niet is vereist dat de appellant in zijn verzoekschrift of zijn grievenformulier noodzakelijk:

- reeds opgave doet van de redenen waarom hij de hervorming vraagt,
- enkel de meest 'juiste' grief aankruist;
- zijn grieven beperkt tot grieven die niet ambtshalve door de rechter kunnen worden ingeroepen;
- voor elke aangekruiste grief reeds preciseerd op welke telastlegging deze betrekking heeft.

Het staat aan de appelrechter om onaantastbaar in feite te oordelen of de appellant in het verzoekschrift of in het grievenformulier zijn grieven tegen het beroepen vonnis voldoende nauwkeurig heeft opgegeven, zoals vereist door artikel 204 Wetboek van Strafvordering» (*Cass.*, 18 april 2017, P.17.0105.N).

« Bij de toepassing van artikel 204 Wetboek van Strafvordering moet rekening worden gehouden met het door artikel 6.1 EVRM gewaarborgde recht van toegang tot de rechter, zoals uitgelegd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Uit die bepaling volgt dat de lidstaten het instellen van rechtsmiddelen afhankelijk mogen maken van voorwaarden, maar dat bij de toepassing van die voorwaarden de rechter niet overdreven formalistisch mag zijn zodat de billijkheid van de procedure wordt aangetast of overdreven soepel zodat de opgelegde voorwaarden inhoudsloos worden» (*Cass.*, 18 april 2017, P.17.0147.N).

Het Hof van Cassatie heeft voorts gepreciseerd:

« Artikel 204 van het Wetboek van strafvordering, waarvan de schending in het middel wordt aangevoerd, verplicht de eiser in beroep om de punten te preciseren waarop de bestreden beslissing dient te worden hervormd. Het schrijft hem niet voor aan te geven om welke redenen dat dient te gebeuren» (*Cass.*, 3 mei 2017, P.17.0145.F, eigen vertaling; in dezelfde zin *Cass.*, 18 april 2017, nr. 17.0031.N en 17.0087.F).

Het heeft ook geoordeeld:

« 6. Een grief in de zin van artikel 204 van het Wetboek van strafvordering is de specifieke aanwijzing, in het verzoekschrift van beroep, van een bepaalde beslissing van het beroepen vonnis, die de appellant wil laten hervormen door de appelrechter. Het is niet vereist dat de appellant, in het verzoekschrift of het grievenformulier, de redenen van zijn beroep aangeeft, noch de middelen die hij wil aanvoeren om te verkrijgen dat de in de grief beoogde beslissing wordt hervormd.

De aanwijzing van de grieven is nauwkeurig in de zin van die bepaling, wanneer die de appelrechters en de partijen toelaat om de beslissing of beslissingen van het bestreden vonnis, die de appellant wil laten hervormen, met zekerheid te bepalen, met andere woorden, om de saisine van de appelrechters te bepalen» (*Cass.*, 28 juni 2017, P.17.0176.F; 27 september 2017, P.17.0257.F, eigen vertaling).

B.45.1. Uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie blijkt dat het begrip « grief » in de zin van artikel 204 van het Wetboek van strafvordering niet samenvalt met het begrip « middel » in de betekenis die de verzoekende partijen eraan geven. De bestreden bepaling schrijft dus voor dat de appellant in zijn verzoekschrift de onderdelen van het vonnis in eerste aanleg aanwijst die hij wil laten hervormen en niet de argumenten die hij daartoe wenst aan te voeren.

B.45.2. Bijgevolg belet de bestreden bepaling niet dat de appellant, voor het eerst in hoger beroep en in de loop van de procedure, de middelen aanvoert die hij geschikt acht om de hervorming te verkrijgen van de in eerste aanleg gewezen beslissing, met inbegrip, in voorkomend geval, van de overschrijding van de redelijke termijn, of nog, een omkering van de rechtspraak tussen de eerste en tweede aanleg.

B.46. Rekening houdend met hetgeen in B.44.4 en in B.45 is vermeld, is het middel dat is gericht tegen artikel 89 van de wet van 5 februari 2016 niet gegrond.

Het onmiddellijk cassatieberoep tegen de beslissingen met toepassing van de artikelen 135, 235bis en 235ter van het Wetboek van strafvordering

B.47. De verzoekende partij in de zaak nr. 6498 leidt een middel af uit de schending, door de artikelen 99, 100 en 115 van de wet van 5 februari 2016, van de artikelen 10, 11 en 12 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

B.48.1. De bestreden artikelen 99, 100 en 115 van de wet van 5 februari 2016 heffen de mogelijkheid op om onmiddellijk cassatieberoep in te stellen tegen de beslissingen van de kamer van inbeschuldigingstelling met toepassing van de artikelen 135, 235bis en 235ter van het Wetboek van strafvordering. Daartoe wijzigen die bepalingen de artikelen 235bis, § 6, 235ter, § 6 en 420, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering.

B.48.2. Vóór de wijziging ervan bij het bestreden artikel 115, bepaalde artikel 420 van het Wetboek van strafvordering:

« Tegen de voorbereidende beslissingen en beslissingen van onderzoek, zelfs al zijn die zonder voorbehoud ten uitvoer gelegd, kan slechts cassatieberoep worden ingesteld na het eindarrest of het eindvonnis.

Er kan niettemin onmiddellijk cassatieberoep worden ingesteld tegen de beslissingen :

1° inzake bevoegdheid;

2° met toepassing van de artikelen 135, 235bis en 235ter;

3° die inzake de burgerlijke rechtsvordering uitspraak doen over het beginsel van aansprakelijkheid;

4° die, overeenkomstig artikel 524bis, § 1, uitspraak doen over de strafvordering en een bijzonder onderzoek naar vermogensvoordelen bevelen ».

B.49.1. Overeenkomstig het voormelde artikel 420, eerste lid, van het Wetboek van strafvordering staat beroep in cassatie tegen voorbereidende beslissingen en beslissingen van onderzoek eerst open na het eindarrest of het eindvonnis. Artikel 420, 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.

B.49.2. Vóór de vervanging van artikel 420, tweede lid, bij het bestreden artikel 115, behoorden tot die uitzonderingen de beslissingen van de kamer van inbeschuldigingstelling gewezen met toepassing van artikel 135 van het Wetboek van strafvordering over een hoger beroep tegen een beschikking van de raadkamer en met toepassing van artikel 235bis van hetzelfde Wetboek over de regelmatigheid van de procedure.

De mogelijkheid tot onmiddellijk cassatieberoep tegen die beslissingen werd ingevoerd bij de wet van 12 maart 1998 tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek. Bij diezelfde wet werd erin voorzien dat de onregelmatigheden, verzuimen of nietigheden die invloed hebben op een handeling van het onderzoek of de bewijsverkriging 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 235bis, § 5). Aldus beoogde de wetgever het vooronderzoek definitief van onregelmatigheden te zuiveren vooraleer de zaak naar het vonnisgerecht wordt verwezen (*Parl. St.*, Kamer, 1996-1997, nr. 857/1, p. 61).

In de memorie van toelichting staat te lezen :

« 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 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 zonedig door het Hof van Cassatie kunnen worden onderzocht » (*Parl. St.*, Kamer, 1996-1997, nr. 857/1, p. 71).

B.49.3. Voorts stond, vóór de vervanging van artikel 420, tweede lid, bij het bestreden artikel 115, onmiddellijk cassatieberoep eveneens open tegen de arresten van de kamer van inbeschuldigingstelling gewezen met toepassing van artikel 235ter van het Wetboek van strafvordering over de regelmatigheid van de bijzondere opsporingsmethoden observatie en infiltratie.

Die mogelijkheid werd bij de wet van 16 januari 2009 tot wijziging van de artikelen 189ter, 235ter, 335bis en 416 van het Wetboek van Strafvordering ingevoerd ten gevolge van het arrest nr. 111/2008 van 31 juli 2008, waarin het Hof had vastgesteld dat de ontstentenis van een onmiddellijk cassatieberoep tegen die arresten van de kamer van inbeschuldigingstelling de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schond.

Het Hof oordeelde :

« Rekening houdend met de bedoeling van de wetgever [...] om tegen de arresten van de kamer van inbeschuldigingstelling betreffende de regelmatigheid van de haar voorgelegde procedure met toepassing van artikel 235bis een onmiddellijk cassatieberoep mogelijk te maken door af te wijken van de regel vervat in het eerste lid van artikel 416, is 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 189ter of artikel 235ter niet eveneens het voorwerp zouden kunnen uitmaken van een onmiddellijk cassatieberoep » (arrest nr. 111/2008 van 31 juli 2008, B.8).

B.49.4. Bij het bestreden artikel 115 van de wet van 5 februari 2016 heeft de wetgever de mogelijkheid om onmiddellijk cassatieberoep in te stellen tegen de beslissingen van de kamer van inbeschuldigingstelling gewezen met toepassing van de artikelen 135, 235bis en 235ter van het Wetboek van strafvordering, waarin werd voorzien bij het vroegere artikel 420, tweede lid, 2°, van hetzelfde Wetboek, opgeheven. Die wetswijziging heeft tot gevolg dat voor de voormelde beslissingen de algemene regel vervat in artikel 420, eerste lid, van toepassing is, zodat cassatieberoep daartegen slechts mogelijk is na het eindarrest of eindvonnis.

De bestreden artikelen 99 en 100 van de wet van 5 februari 2016 schrappen de verwijzingen, in de artikelen 235bis en 235ter van het Wetboek van strafvordering, naar het onmiddellijk cassatieberoep en zijn dus onlosmakelijk verbonden met het bestreden artikel 115.

B.49.5. In de memorie van toelichting is de opheffing van die mogelijkheid tot onmiddellijk cassatieberoep als volgt verantwoord :

« De wildgroei van de uitzonderingen op dat grondbeginsel volgens hetwelk de ontvankelijkheid van cassatieberoep tegen de voorbereidende beslissingen en beslissingen van onderzoek pas mogelijk is na het eindarrest of het eindvonnis, is een van de oorzaken van de verzadiging van het Hof.

De schrapping van het onmiddellijk cassatieberoep tegen beslissingen gewezen met toepassing van de artikelen 135, 235bis en 235ter van het Wetboek van Strafvordering strekt ertoe de afgeleiden die verband houden met de ontwikkeling van het proces tijdens het proces te voorkomen.

Het gaat om een maatregel die met aandrang werd voorgesteld in het 'Overzicht van de wetten die voor de hoven en de rechtbanken moeilijkheden bij de toepassing of de interpretatie ervan hebben opgeleverd' voorgelegd op 17 oktober 2014 door de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie aan het Parlementair Comité belast met de wetevaluatie (verslag 2013-2014 DOC 54-0435/001 blz. 31 tot 33, zoals in zijn verslag van het vorige jaar).

Zij strekt tevens ertoe een einde te maken aan de negatieve gevolgen van de verlenging van de rechtspleging betreffende de voorlopige hechtenis en de redelijke termijn.

Dat resulteert niet in een verzwakking van de controle van de wettelijkheid van de rechtspleging, maar in de verdaging van die controle naar het einde van het proces, het enige tijdstip waarop een volledig overzicht bestaat en de echte impact van de aangevoerde onregelmatigheden op de rechtspleging kan worden vastgelegd.

Een dergelijke oplossing zou het Hof een zware last ontnemen, waarvan het aantal verworpen cassatieberoepen de overbodigheid aantoonde » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 104-105).

B.50. De verzoekende partij in de zaak nr. 6498 voert aan dat de bestreden artikelen 109, 110 en 115 van de wet van 5 februari 2016 een schending inhouden van de artikelen 10, 11 en 12 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, doordat « het openbaar

ministerie en de burgerlijke partij [...] een onmiddellijk cassatieberoep [kunnen] instellen tegen elke beschikking tot buitenvervolginstelling, ook wanneer die gegrond is op de onregelmatigheid van het gerechtelijk onderzoek terwijl, omgekeerd, de inverdenkinggestelde niet onmiddellijk cassatieberoep kan aantekenen tegen een verwijzingsbeschikking, zelfs niet wanneer hij de onregelmatigheid van het gerechtelijk onderzoek aanvoert ».

B.51.1. De verzoekende partij zet niet uiteen in welke zin de bestreden bepalingen artikel 12 van de Grondwet en artikel 13 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens schenden.

Het middel is niet ontvankelijk, in zoverre het is afgeleid uit de schending van die bepalingen.

B.51.2. De Ministerraad voert aan dat artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens te dezen niet toepasselijk is.

B.51.3. Al is artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens in beginsel niet van toepassing in de fase voorafgaand aan de strafrechtspleging voor de rechtscolleges die over de gegrondheid van de strafvordering uitspraak doen, toch dient ermee rekening te worden gehouden dat de vereisten van artikel 6 een rol kunnen spelen vóór de aanhangigmaking van de zaak bij de rechter ten gronde, indien en voor zover de initiële miskenning ervan het eerlijk karakter van het proces ernstig in het gedrang dreigt te brengen (EHRM, 24 november 1993, *Imbrioscia t. Zwitserland*, § 36).

B.52. Het Hof dient te beoordelen of het verschil in behandeling tussen, enerzijds, het openbaar ministerie en de burgerlijke partij, die onmiddellijk een cassatieberoep kunnen instellen tegen een arrest van buitenvervolginstelling en, anderzijds, de inverdenkinggestelde, die geen onmiddellijk cassatieberoep kan instellen tegen een verwijzingsarrest, bestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Dat verschil in behandeling vloeit voort uit het feit dat een arrest van buitenvervolginstelling een eindarrest is, waartegen overeenkomstig artikel 417 van het Wetboek van strafvordering onmiddellijk cassatieberoep kan worden ingesteld, terwijl een verwijzingsarrest een voorbereidende beslissing of een beslissing van onderzoek is waartegen, overeenkomstig de algemene regel van artikel 420, eerste lid, en in gevolge de opheffing bij de bestreden bepaling van de uitzondering waarin is voorzien in het vroegere tweede lid, 2^o, daarvan, slechts een cassatieberoep kan worden ingesteld na de eindbeslissing.

B.53. Het verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen dat voortvloeit uit de toepassing van verschillende procedureregels in verschillende omstandigheden, houdt op zich geen discriminatie in. Van discriminatie zou slechts sprake zijn indien het verschil in behandeling dat voortvloeit uit de toepassing van die procedureregels een onevenredige beperking van de rechten van de daarbij betrokken personen met zich zou meebrengen.

B.54. Artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, dat het recht op een eerlijk proces waarborgt, houdt niet, op algemene wijze, het recht op een cassatieberoep in. Wanneer de wetgever evenwel in het rechtsmiddel van cassatieberoep voorziet, moet hij daarbij een eerlijk verloop van de procedure waarborgen en kan hij dat rechtsmiddel niet aan bepaalde categorieën van rechtzoekenden ontzeggen zonder dat daarvoor een redelijke verantwoording bestaat.

Het recht op toegang tot de rechter, dat een onderdeel is van het recht op een eerlijk proces, kan worden onderworpen aan ontvankelijkheidsvoorwaarden, met name wat betreft het instellen van een rechtsmiddel. Die voorwaarden mogen echter niet ertoe leiden dat het recht op zodanige wijze wordt beperkt dat de kern ervan wordt aangetast. Dit zou het geval zijn wanneer de beperkingen geen wettig doel nastreven of indien er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het nagestreefde doel. De verenigbaarheid van de beperkingen met het recht op toegang tot een rechterlijke instantie hangt af van de bijzonderheden van de in het geding zijnde procedure en wordt beoordeeld in het licht van het proces in zijn geheel (EHRM, 29 maart 2011, *RTBF t. België*, §§ 69-70).

B.55.1. De bestreden bepalingen voeren een maatregel in die reeds herhaaldelijk door het Hof van Cassatie is voorgesteld met het oog op het beheersen en het wegwerken van een aanzienlijke en aanhoudende gerechtelijke achterstand (zie Verslag 2012-2013 van de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie aan het Parlementair Comité belast met de wetsevaluatie, *Parl. St.*, Kamer, 2012-2013, DOC 53-1414/011, en Senaat, 2012-2013, nr. 5-1453/7, pp. 5-10; Verslag 2013-2014 van de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie aan het Parlementair Comité belast met de wetsevaluatie, *Parl. St.*, Kamer, 2014-2015, DOC 54-0435/001, en Senaat, 2014-2015, nr. 6-39/1, pp. 31-33).

De toevloed aan cassatieberoepen en de daaruit voortvloeiende achterstand zou onder meer kunnen worden verklaard door de mogelijkheid om, in afwijking van het algemene beginsel vervat in artikel 420, eerste lid, van het Wetboek van strafvordering, onmiddellijk cassatieberoep in te stellen tegen de beslissingen van de kamer van inbeschuldigingstelling met toepassing van de artikelen 135, 235bis en 235ter van hetzelfde Wetboek (zie Verslag 2012-2013 van de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie aan het Parlementair Comité belast met de wetsevaluatie, voormeld, p. 8). Volgens de parlementaire voorbereiding van de bestreden bepaling « ontardt [die mogelijkheid] vaak in een proces tijdens het proces, waardoor de rechtsplegingen, tijdens dewelke dezelfde vragen opnieuw worden gesteld in een andere vorm of door een andere partij, bovenmatig worden verlengd nog vóór het vonnis ten gronde wordt gewezen in de zaak » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/005, p. 19).

B.55.2. De bestreden bepalingen streven aldus een wettig doel na, namelijk het beheersen en het wegwerken van een aanzienlijke gerechtelijke achterstand, en zijn pertinent om dat doel te bereiken.

Zij houden geen onevenredige beperking in van de rechten van de betrokkenen. Ingevolge de opheffing van de mogelijkheid om onmiddellijk cassatieberoep in te stellen tegen de beslissingen van de kamer van inbeschuldigingstelling met toepassing van de artikelen 135, 235bis en 235ter van het Wetboek van strafvordering, wordt de algemene regel vervat in artikel 420, eerste lid, van dat Wetboek van toepassing. Tegen die beslissingen staat aldus nog steeds cassatieberoep open, zij het slechts na het eindarrest of het eindvonnis.

B.55.3. Weliswaar is de wetgever met de bestreden bepalingen daaromtrent teruggekomen op de bij de wet van 12 maart 1998 gemaakte keuze om het onderzoeksdossier definitief van onregelmatigheden te zuiveren vooraleer de zaak naar de vonnisrechter wordt verwezen. Een dergelijke beleidswijziging behoort tot de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever.

Zoals blijkt uit de in B.49.5 aangehaalde parlementaire voorbereiding, is die keuze verantwoord door de vaststelling dat de mogelijkheid om onmiddellijk cassatieberoep in te stellen tegen de beslissingen van de kamer van inbeschuldigingstelling met toepassing van de artikelen 135, 235bis en 235ter tot een toevloed aan cassatieberoepen en een aanzienlijke gerechtelijke achterstand heeft geleid. Die keuze is bovendien in overeenstemming met ontwikkelingen in de rechtspraak en de wetgeving, die tot gevolg hebben dat de onregelmatigheden, verzuimen of nietigheden die door de kamer van inbeschuldigingstelling zijn onderzocht in welbepaalde omstandigheden alsnog voor de vonnisrechter kunnen worden gebracht, zodat het bij de wet van 12 maart 1998 nagestreefde doel in ieder geval niet volledig wordt bereikt.

B.56. Het middel dat is gericht tegen de artikelen 99, 100 en 115 van de wet van 5 februari 2016, is niet gegrond.

De termijnen tot handhaving van de voorlopige hechtenis

B.57. De verzoekende partijen in de zaken nrs. 6493 en 6498 vorderen de vernietiging van de artikelen 128, 129, 130 en 136 van de wet van 5 februari 2016. Zij voeren aan dat die bepalingen niet bestaanbaar zijn met de artikelen 10, 11, 12 en 23 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 5 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met andere verdragsbepalingen en beginselen.

De verzoekende partij in de zaak nr. 6493 vordert eveneens de vernietiging van artikel 121 van de wet van 5 februari 2016, dat onlosmakelijk verbonden zou zijn met het bestreden artikel 128.

B.58. De Ministerraad voert aan dat de verzoekende partij in de zaak nr. 6493 uitsluitend grieven ontwikkelt tegen de artikelen 121 en 128 van de wet van 5 februari 2016, zodat het middel niet ontvankelijk moet worden verklaard in zoverre het is gericht tegen de artikelen 129, 130 en 136 van dezelfde wet.

Vermits het derde middel in de zaak nr. 6498 eveneens tegen de artikelen 129, 130 en 136 is gericht en de ontvankelijkheid daarvan niet wordt betwist, is het niet noodzakelijk zich uit te spreken over die exceptie nu het onderzoek daarvan niet kan leiden tot een beperking van de beroepen in de andere samengevoegde zaken.

B.59.1. De bestreden artikelen 128, 129, 130 en 136 van de wet van 5 februari 2016 wijzigen de handhavingstermijnen van de voorlopige hechtenis, zoals daarin is voorzien in de artikelen 22, 22*bis*, 23 en 30 van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis (hierna : de wet van 20 juli 1990).

B.59.2. Krachtens artikel 21 van de wet van 20 juli 1990 is de eerste beschikking tot handhaving van de voorlopige hechtenis, die door de raadkamer moet worden genomen binnen vijf dagen na de betekening van het bevel tot aanhouding, één maand geldig.

B.59.3. Artikel 22 van de wet van 20 juli 1990 betreft de termijn tot handhaving van de voorlopige hechtenis vanaf de tweede verschijning van de verdachte voor de raadkamer.

Vóór de wijziging ervan bij het bestreden artikel 128 bepaalde artikel 22 dat de raadkamer, zolang aan de voorlopige hechtenis geen einde was gemaakt en het gerechtelijk onderzoek niet was afgesloten, van maand tot maand over het handhaven van de voorlopige hechtenis oordeelde (artikel 22, eerste lid). Indien het te laste gelegde feit niet onder de toepassing van artikel 2 van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden ressorteerde, deed de raadkamer om de drie maanden uitspraak over het handhaven van de voorlopige hechtenis (artikel 22, tweede lid).

Het vroegere artikel 22 maakte aldus een onderscheid tussen, enerzijds, de wanbedrijven en de correctionaliseerbare misdaden en, anderzijds, de niet-correctionaliseerbare misdaden : terwijl de beschikking tot handhaving van de voorlopige hechtenis voor de eerstgenoemde misdrijven steeds geldig was voor één maand, gold voor de niet-correctionaliseerbare misdaden vanaf de tweede verschijning voor de raadkamer een handhavingstermijn van drie maanden.

In het geval van een beschikking tot handhaving van de voorlopige hechtenis voor drie maanden werd het dossier maandelijks ter beschikking gesteld van de inverdenkinggestelde (artikel 22, laatste lid). Bovendien kon de inverdenkinggestelde, krachtens het vroegere artikel 22*bis* van de wet van 20 juli 1990, maandelijks een verzoekschrift tot invrijheidstelling bij de raadkamer indienen. Indien de raadkamer besliste de voorlopige hechtenis te handhaven, was die beslissing voor drie maanden geldig, zij het dat de inverdenkinggestelde na één maand opnieuw een verzoekschrift tot invrijheidstelling kon indienen.

Krachtens het vroegere artikel 30, § 4, eerste lid, van de wet van 20 juli 1990 golden voor het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling gewezen in hoger beroep tegen de beschikking van de raadkamer dezelfde handhavingstermijnen als voor de beschikking van de raadkamer : het arrest leverde aldus een titel van vrijheidsbeneming voor één maand op indien het ten laste gelegde feit een wanbedrijf of een correctionaliseerbare misdaad betrof, dan wel een titel van vrijheidsbeneming voor drie maanden indien het een niet-correctionaliseerbare misdaad betrof en het hoger beroep betrekking had op de tweede of de navolgende beslissing inzake de handhaving van de voorlopige hechtenis. Voorts bepaalde artikel 30, § 4, tweede lid, dat, wanneer de kamer van inbeschuldigingstelling in een afzonderlijk arrest uitspraak doet over de voorlopige hechtenis nadat zij bij toepassing van de artikelen 135 en 235 van het Wetboek van strafvordering een onderzoeksmagistraat met een zaak heeft belast en de inverdenkinggestelde van zijn vrijheid is beroofd, het arrest tot handhaving van de voorlopige hechtenis gold als titel van vrijheidsbeneming voor één maand.

B.59.4. Bij de bestreden bepalingen werden die handhavingstermijnen gewijzigd.

Het nieuwe artikel 22, eerste en tweede lid, van de wet van 20 juli 1990, zoals vervangen bij het bestreden artikel 128, bepaalt :

« Zolang aan de voorlopige hechtenis geen einde wordt gemaakt en het gerechtelijk onderzoek niet is afgesloten, oordeelt de raadkamer van maand tot maand of, vanaf de derde beslissing, om de twee maanden over het handhaven van de voorlopige hechtenis en over de modaliteit van uitvoering ervan.

Vanaf de derde beslissing, levert de beschikking tot handhaving van de voorlopige hechtenis en over de modaliteit van uitvoering hiervan een titel van vrijheidsbeneming voor twee maanden op ».

De artikelen 22, laatste lid, en 22*bis* van de wet van 20 juli 1990, die in geval van een beslissing tot handhaving voor drie maanden voorzagen in een maandelijks terbeschikkingstelling van het dossier respectievelijk in de mogelijkheid tot het indienen van een verzoekschrift tot invrijheidstelling, werden bij de bestreden artikelen 128 en 129 opgeheven.

De verwijzingen naar het opheffen artikel 22*bis* in de artikelen 23 en 30 van de wet van 20 juli 1990 werden bij de bestreden artikelen 130 en 136 geschrapt.

Tot slot heeft het bestreden artikel 136 in artikel 30, § 4, van de wet van 20 juli 1990 de termijnen van de handavingsbeslissingen van de kamer van inbeschuldigingstelling gewijzigd. Artikel 30, § 4, bepaalt sindsdien :

« Het gerecht dat over het hoger beroep beslist, doet uitspraak rekening houdend met de omstandigheden van de zaak op het ogenblik van zijn uitspraak. Indien de kamer van inbeschuldigingstelling, in de gevallen van de artikelen 21, 22 en 28, beslist dat de voorlopige hechtenis gehandhaafd blijft, levert het arrest een titel van vrijheidsbeneming op voor een maand te rekenen van de beslissing indien zij betrekking heeft op de eerste of de tweede beschikking van de raadkamer, of voor twee maanden te rekenen van de beslissing indien zij betrekking heeft op een daaropvolgende beschikking.

Wanneer, bij toepassing van de artikelen 135 en 235 van het Wetboek van strafvordering, de kamer van inbeschuldigingstelling een onderzoeksmagistraat met een zaak belast en de inverdenkinggestelde van zijn vrijheid is beroofd, doet de kamer van inbeschuldigingstelling uitspraak over de voorlopige hechtenis in een afzonderlijk arrest dat, in geval van handhaving van de voorlopige hechtenis, geldt als titel van vrijheidsbeneming voor twee maanden ».

B.59.5. De bestreden bepalingen hebben aldus het vroegere onderscheid tussen, enerzijds, de wanbedrijven en de correctionaliseerbare misdaden en, anderzijds, de niet-correctionaliseerbare misdaden opgeheven. Voor alle misdrijven geldt dat de eerste en de tweede beslissing van de raadkamer of, na hoger beroep, van de kamer van inbeschuldigingstelling tot handhaving van de voorlopige hechtenis een titel van vrijheidsbeneming voor één maand opleveren, terwijl de daaropvolgende beslissingen tot handhaving een titel van vrijheidsbeneming voor twee maanden opleveren. De inverdenkinggestelde beschikt niet meer over de mogelijkheid om tussentijds een verzoekschrift tot invrijheidstelling in te dienen, noch wordt het dossier maandelijks ter beschikking gesteld.

B.59.6. Die wijzigingen van de termijnen tot handhaving van de voorlopige hechtenis werden als volgt verantwoord :

« Het eerste punt betreft de wijziging van de maandelijkse controle.

Uit het onderzoek ' De voorlopige hechtenis en haar alternatieven. Onderzoekers en actoren in debat ' van het NICC (2011) kunnen een aantal gemiddelde duurtijden van de voorlopige hechtenis worden afgeleid.

Zo blijkt dat personen die verdacht worden van doodslag het langst in voorlopige hechtenis blijven (141,6 dagen). Langere detentieperiodes werden ook vastgesteld bij de misdrijven ' bendevorming ' (97,2 dagen), ' mensenhandel ' (87,7 dagen), ' gijzeling ' (79,8 dagen) en ' verkrachting ' (70,3 dagen). Voor de drie meest voorkomende misdrijfcategorieën ' diefstal ', ' diefstal met geweld ' en ' drugs ' werd een duur van de voorlopige hechtenis vastgesteld van respectievelijk 51,8 dagen, 60,5 dagen en 66,0 dagen (pagina 52 van het onderzoek).

Op basis van deze cijfers lijkt het gepast de controlemomenten van de voorlopige hechtenis aan te passen en deze op een uniforme wijze te stroomlijnen [...].

Voorliggend ontwerp stelt het volgende verloop voor inzake de controle op de noodzaak van de handhaving van de voorlopige hechtenis : vijf dagen - een maand - een maand - vervolgens om de twee maanden.

[...]

Dergelijk verloop komt tegemoet enerzijds aan de vaststellingen van de gemiddelde duurtijd van een voorlopige hechtenis en het garanderen van een regelmatige controle op de verdere noodzaak van de handhaving van de voorlopige hechtenis en anderzijds komt het ook tegemoet aan de door de wetgever in 2005 nagestreefde doelstelling van rationalisatie van de procedure voor de gerechtelijke onderzoeken van langere duur, en dit op een uniforme wijze voor alle misdrijven zodat de onduidelijkheden en moeilijkheden die na 2005 ontstonden worden voorkomen (zie verder punt 2 van deze toelichting).

Er wordt tevens aan herinnerd dat de onderzoeksrechter overeenkomstig artikel 25 van de wet op elk moment kan beslissen het bevel tot aanhouding op te heffen, zonder dat het openbaar ministerie hoger beroep kan instellen tegen die beschikking tot opheffing.

De bedoeling van die bepaling bestaat dus niet erin de voorlopige hechtenis te verlengen maar de controleprocedure te vereenvoudigen en te rationaliseren door de termijnen voor alle tenlasteleggingen te uniformiseren.

Het tweede punt beoogt de opheffing van het door de wetgever in 2005 ingevoerde onderscheid betreffende de driemaandelijke controle van de voorlopige hechtenis inzake niet correctionaliseerbare misdaden. Het onderscheid werd ingevoerd met het oog op een zekere rationalisering van de procedure vanuit de vaststelling dat voor niet correctionaliseerbare misdaden een gerechtelijk onderzoek van langere duur noodzakelijk is. Met deze wijziging beoogde de wetgever te vermijden dat het dossier teveel ' heen en weer ' zou gaan tussen de onderzoeksrechter en de raadkamer, en aldus zou kostbare tijd kunnen worden gewonnen omdat de onderzoeksrechter langer over zijn dossier zou kunnen beschikken en zijn onderzoek dus zou kunnen verderzetten.

Ondanks deze eerbare doelstelling, vormde het door de wetgever ingevoerde onderscheid sinds de invoering ervan een bron van moeilijkheden en onduidelijkheden in de rechtspraak en ook in de rechtsleer was het voorwerp van felle kritiek. In de opeenvolgende rapporten wetsevaluatie van het College van procureurs generaal werd het steevast aangehaald als een belangrijk, zo niet het belangrijkste, knelpunt in de wet voorlopige hechtenis. Men moet dan ook concluderen dat het gepast is opnieuw een eenvoudige duur te voorzien zonder enig onderscheid tussen de misdrijven die aan de basis van het bevel tot aanhouding liggen.

De laatste aanpassing tot slot is een technische aanpassing die voortvloeit uit de opheffing van het onderscheid tussen de correctionaliseerbare en de niet correctionaliseerbare misdaden. Gelet op de opheffing van het tweede lid, moeten deze passages, die verwijzen naar de *in casu* terbeschikkingstelling van het dossier en de wijze van terbeschikkingstelling van het dossier, ook worden opgeheven.

[...]

In zijn advies 57 792/1/V (nr. 89) preciseert de Raad van State : ' Gelet op deze verklaring en het gegeven dat een tweemaandelijke controle op de voorlopige hechtenis door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens niet in strijd werd bevonden met artikel 5 van het EVRM (zie bijv. EHRM 2 oktober 2012, *Abdulhakov* t. Rusland, § 213), lijken de in artikel 126 van het ontwerp vervatte wijzigingen aanvaardbaar. ' » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 120-122).

Inzake de opheffing van de mogelijkheid voor de inverdenkinggestelde voor een niet-correctionaliseerbare misdaad om maandelijks een verzoekschrift tot invrijheidstelling in te dienen, staat in de parlementaire voorbereiding te lezen :

« Gelet op de opheffing van dit onderscheid [ten aanzien van de niet correctionaliseerbare misdaden], de opheffing van voornoemd artikel 136ter van het Wetboek van Strafvordering en de vermindering van de maximumtermijn (van drie naar twee maanden gebracht) tussen twee controles van de voorlopige hechtenis door de raadkamer, moet ook dit artikel worden opgeheven » (*ibid.*, p. 122).

B.60. De verzoekende partij in de zaak nr. 6493 voert aan dat het bestreden artikel 128 van de wet van 5 februari 2016 afbreuk doet aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre het een verschil in behandeling instelt tussen, enerzijds, de personen in voorlopige hechtenis bij een eerste en een tweede verschijning voor het onderzoeksgerecht, voor wie de hechtenis maandelijks wordt herzien en, anderzijds, de personen in voorlopige hechtenis bij een derde of een latere verschijning voor hetzelfde gerecht, voor wie de hechtenis tweemaandelijks wordt herzien.

B.61. De artikelen 10 en 11 van de Grondwet nopen tot een vergelijking van de situatie van twee verschillende categorieën van personen en niet van de situatie van eenzelfde persoon in opeenvolgende fasen van eenzelfde procedure.

Het feit dat eenzelfde persoon verschillend wordt behandeld, wat de termijn van de handhaving van zijn voorlopige hechtenis betreft, naargelang het om een eerste of tweede beslissing tot handhaving gaat dan wel om een daaropvolgende handhavingsbeslissing, kan op zich geen schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet uitmaken.

B.62. De verzoekende partijen in de zaken nrs. 6493 en 6498 voeren voorts aan dat de bestreden bepalingen een schending inhouden van de artikelen 10, 11 en 12 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 5 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, doordat die bepalingen de termijn van de handhaving van de voorlopige hechtenis verlengen tot twee maanden, zonder dat de inverdenkinggestelde tussentijds een verzoekschrift tot invrijheidstelling kan indienen.

B.63.1. Artikel 12, derde lid, van de Grondwet, vóór de herziening van 24 oktober 2017, bepaalde :

« Behalve bij ontdekking op heterdaad kan niemand worden aangehouden dan krachtens een met redenen omkleed bevel van de rechter, dat moet worden betekend bij de aanhouding of uiterlijk binnen vierentwintig uren ».

Artikel 5 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens bepaalt :

« 1. Eenieder heeft recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid. Niemand mag van zijn vrijheid worden beroofd, behalve in de navolgende gevallen en langs wettelijke weg :

[...]

c) indien hij op rechtmatige wijze is gearresteerd of gevangen gehouden ten einde voor de bevoegde rechterlijke instantie te worden geleid, wanneer redelijke termen aanwezig zijn om te vermoeden, dat hij een strafbaar feit heeft begaan of indien er redelijke gronden zijn om aan te nemen dat het noodzakelijk is hem te beletten een strafbaar feit te begaan of te ontvluchten nadat hij dit heeft begaan;

[...]

3. Eenieder die gearresteerd is of gevangen wordt gehouden, overeenkomstig lid 1 c) van dit artikel moet onmiddellijk voor een rechter worden geleid of voor een andere autoriteit die door de wet bevoegd verklaard is om rechterlijke macht uit te oefenen en heeft het recht binnen een redelijke termijn berecht te worden of hangende het proces in vrijheid te worden gesteld. De invrijheidstelling kan afhankelijk worden gesteld van een waarborg voor de verschijning van de betrokkene in rechte.

4. Eenieder die door arrestatie of gevangenhouding van zijn vrijheid is beroofd heeft het recht voorziening te vragen bij de rechter opdat deze op korte termijn beslist over de wettigheid van zijn gevangenhouding en zijn invrijheidstelling beveelt, indien de gevangenhouding onrechtmatig is ».

B.63.2. Gelet op het fundamentele belang van de *habeas corpus* dienen alle beperkingen op de individuele vrijheid restrictief te worden geïnterpreteerd en dient hun grondwettigheid met de grootste omzichtigheid te worden onderzocht.

B.63.3. Wanneer een verdragsbepaling die België bindt, een draagwijdte heeft die analoog is aan die van een van de grondwetsbepalingen waarvan de toetsing tot de bevoegdheid van het Hof behoort en waarvan de schending wordt aangevoerd, vormen de waarborgen vervat in die verdragsbepaling een onlosmakelijk geheel met de waarborgen die in de betrokken grondwetsbepalingen zijn opgenomen.

B.63.4. Vermits zowel artikel 12 van de Grondwet als artikel 5 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens het recht op individuele vrijheid waarborgen, dient het Hof, bij de toetsing aan die grondwetsbepaling, rekening te houden met de voormelde verdragsbepaling.

B.64.1. Op grond van artikel 5.4 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens heeft eenieder die door arrestatie of gevangenhouding van zijn vrijheid is beroofd, het recht voorziening te vragen bij de rechter opdat deze op korte termijn beslist over de wettigheid van zijn gevangenhouding en zijn invrijheidstelling beveelt, indien de gevangenhouding onrechtmatig is.

Een systeem van automatische periodieke herziening van de rechtmatigheid van de gevangenhouding, zonder dat de persoon in voorlopige hechtenis over de mogelijkheid beschikt om tussentijds een verzoekschrift tot herziening in te dienen, is op zich niet onverenigbaar met artikel 5.4, op voorwaarde dat de herziening binnen redelijke tussenpozen geschiedt (EHRM, 24 september 2000, *Herczegfalvy* t. Oostenrijk, § 75; 2 oktober 2012, *Abdulkhakov* t. Rusland, §§ 209 en 210). Die vereiste van een herziening binnen redelijke tussenpozen verschilt naar gelang van de aard van de betrokken vrijheidsbeneming. Een voorlopige hechtenis, zijnde een maatregel die volgens het Europees Verdrag van strikt beperkte duur moet zijn, vereist korte tussenpozen (EHRM, 25 oktober 1989, *Bezicheri* t. Italië, § 21; *Abdulkhakov* t. Rusland, voormeld, § 213).

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft reeds geoordeeld dat een systeem van automatische periodieke herziening van de voorlopige hechtenis met een maximumtermijn van twee maanden tussen de herzieningen, verenigbaar was met artikel 5.4 van het Verdrag (EHRM, 15 november 2005, *Reinprecht* t. Oostenrijk, §§ 24 en 33; *Abdulkhakov* t. Rusland, voormeld, § 213).

B.64.2. Bij de beoordeling van de redelijkheid van de tussenpozen, waardoor wordt voldaan aan het vereiste van een beslissing « op korte termijn » zoals bedoeld in het voormelde artikel 5.4, dient rekening te worden gehouden met de verschillende procedurebepalingen en termijnen zoals daarin is voorzien in het interne recht (EHRM, 21 april 2009, *Raducu* t. Roemenië, § 82).

Krachtens artikel 22, eerste en tweede lid, van de wet van 20 juli 1990, zoals vervangen bij het bestreden artikel 128, zijn de eerste en de tweede beslissing van de raadkamer, en in voorkomend geval van de kamer van inbeschuldigingstelling in hoger beroep, strekkende tot handhaving van de voorlopige hechtenis geldig voor één maand. Het is pas vanaf de derde beslissing tot handhaving van de voorlopige hechtenis dat die beslissing een titel van vrijheidsbeneming voor twee maanden oplevert. De wetgever vermocht daarbij rekening te houden met de vaststelling dat enkel voor de meest ernstige misdrijven de voorlopige hechtenis langer duurt dan twee maanden en vijf dagen, zodat de handhavingstermijn van twee maanden in de praktijk slechts in die gevallen wordt toegepast (zie *Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/005, p. 59).

In zoverre de verzoekende partij in de zaak nr. 6493 ter zake aanvoert dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens strengere voorwaarden inzake de rechtmatigheid van de voorlopige hechtenis stelt naarmate de hechtenis langer duurt, dient te worden vastgesteld dat die voorwaarden de motivering van de voorlopige hechtenis betreffen. Het Europees Hof stelt aldus dat de in artikel 5.1, c), opgesomde gronden ter rechtvaardiging van de voorlopige hechtenis na verloop van tijd hun relevantie verliezen en dat de gerechtelijke overheden nog meer specifieke gronden dienen aan te voeren om het voortduren van de voorlopige hechtenis te rechtvaardigen (EHRM, 16 maart 2010, *Jiga* t. Roemenië, § 76). De bestreden bepalingen, die enkel de termijn van de beslissing tot handhaving van de voorlopige hechtenis verlengen naarmate de hechtenis langer duurt, doen geen afbreuk aan die bijzondere motiveringsplicht voor de onderzoeksgerechten, die onverkort blijft gelden.

Op grond van artikel 25 van de wet van 20 juli 1990 kan de onderzoeksrechter op elk ogenblik van het onderzoek, ambtshalve dan wel op verzoek van de procureur des Konings, beslissen om het bevel tot aanhouding op te heffen, zonder dat tegen die beslissing een rechtsmiddel openstaat. Aldus kan de onderzoeksrechter, indien er zich in de periode tussen de automatische herzieningen van de voorlopige hechtenis nieuwe elementen voordoen die een invloed hebben op de rechtmatigheid van de voorlopige hechtenis, die elementen beoordelen en in voorkomend geval de invrijheidstelling van de betrokkene bevelen.

B.64.3. Rekening houdend met die omstandigheden en met de voormelde rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, kan niet worden besloten dat de bestreden bepalingen, die vanaf de derde beslissing tot handhaving van de voorlopige hechtenis voorzien in een handhavingstermijn van twee maanden zonder dat de in verdenkinggestelde over de mogelijkheid beschikt om een tussentijds verzoekschrift tot voorlopige invrijheidstelling in te dienen, onredelijk zouden zijn in het licht van artikel 5.4 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. Het komt de bevoegde rechter toe, rekening houdend met de omstandigheden van de zaak en meer bepaald de complexiteit ervan, met het gedrag van de rechtsonderhorige en de houding van de bevoegde overheden, na te gaan of in een bepaalde zaak de « korte termijn » zoals bedoeld in het voormelde artikel 5.4 niet is overschreden.

B.64.4. Ter ondersteuning van haar middel verwijst de verzoekende partij in de zaak nr. 6493 nog naar regel 17(2) van de Aanbeveling REC(2006)13 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa van 27 september 2006 aan de lidstaten « betreffende de voorlopige hechtenis, de voorwaarden waarin zij wordt uitgevoerd en de invoering van waarborgen tegen misbruik », dat bepaalt :

« De tijd tussen de nieuwe onderzoeken mag in principe niet meer dan een maand bedragen, tenzij de betrokkene beschikt over het recht om, op elk ogenblik, een aanvraag tot invrijheidstelling in te dienen en te laten onderzoeken ».

Voorts verwijst zij naar principe 32.1 van de Resolutie A/RES/43/173 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties van 9 december 1988 « houdende het geheel van principes ter bescherming van alle personen onderworpen aan enige vorm van hechtenis of gevangenschap », dat bepaalt :

« De gedetineerde of zijn raadsman zal het recht hebben om, overeenkomstig het intern recht, op elk ogenblik een beroep in te stellen voor een gerechtelijke of andere overheid teneinde de wettigheid van de detentiemaatregel te betwisten en zijn onmiddellijke invrijheidstelling te verkrijgen indien die maatregel onregelmatig is ».

Die aanbeveling en die resolutie hebben geen bindende kracht. Het niet naleven van de daarin vervatte beginselen, ook al zouden zij in samenhang worden gelezen met de in het middel aangevoerde bepalingen, kan de vernietiging van de bestreden bepalingen dan ook niet verantwoord worden.

B.65. De bestreden bepalingen doen bijgevolg geen afbreuk aan de artikelen 10, 11 en 12 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 5 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

De combinatie met de andere in het middel aangevoerde verdragsbepalingen en beginselen leidt niet tot een ander resultaat.

B.66. De verzoekende partij in de zaak nr. 6493 voert tot slot een schending aan van de in artikel 23 van de Grondwet besloten *standstill*-verplichting, doordat het bestreden artikel 128 van de wet van 5 februari 2016 afwijkt van de voorheen gewaarborgde maandelijkse controle op de voorlopige hechtenis, zonder dat dit zou kunnen worden verantwoord door redenen van algemeen belang.

B.67. Het middel voert een schending aan van de in artikel 23 besloten *standstill*-verplichting zonder te preciseren hoe de bestreden bepaling een aanzienlijke achteruitgang zou betekenen in de bescherming van de bij die bepaling gewaarborgde rechten, zodat de precisie vereist bij artikel 6 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof ontbreekt om het Hof in staat te stellen daarover te oordelen.

B.68. De middelen die zijn gericht tegen de bestreden artikelen 128, 129, 130 en 136 van de wet van 5 februari 2016, zijn niet gegrond.

Het cassatieberoep inzake de voorlopige hechtenis

B.69. De verzoekende partijen in de zaken nrs. 6492, 6496, 6497 en 6498 vorderen de vernietiging van de artikelen 127 en 137 van de wet van 5 februari 2016, die de mogelijkheid beperken om inzake de voorlopige hechtenis cassatieberoep in te stellen.

Zij voeren aan dat die bepalingen niet bestaanbaar zijn met de artikelen 10, 11, 12, 13 en 23 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 5 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met andere grondwets- en verdragsbepalingen en beginselen.

B.70. De grieven van de verzoekende partijen in de zaken nrs. 6496, 6497 en 6498 zijn uitsluitend gericht tegen het bestreden artikel 137. Enkel de verzoekende partij in de zaak nr. 6493 zet grieven uiteen tegen het bestreden artikel 127, die soortgelijk zijn aan de grieven gericht tegen artikel 137.

B.71.1. Het bestreden artikel 137 van de wet van 5 februari 2016, wijzigt artikel 31, § 2, van de wet van 20 juli 1990, dat, ten aanzien van de beslissingen waarmee de voorlopige hechtenis wordt gehandhaafd, voorziet in een specifieke termijn voor het instellen van een cassatieberoep, alsook in een kortere termijn waarbinnen het Hof van Cassatie uitspraak moet doen.

Vóór de wijziging van het voormelde artikel 31, § 2, bij artikel 137 van de wet van 5 februari 2016, bepaalde artikel 31 van de wet van 20 juli 1990 :

« § 1. De arresten en vonnissen waardoor de voorlopige hechtenis wordt gehandhaafd, worden binnen vierentwintig uren aan de verdachte betekend in de vorm bepaald in artikel 18.

§ 2. Tegen deze beslissingen kan cassatieberoep worden ingesteld binnen een termijn van vierentwintig uren die begint te lopen vanaf de dag waarop de beslissing aan verdachte wordt betekend.

§ 3. Het dossier wordt binnen vierentwintig uren te rekenen van het instellen van het cassatieberoep aan de griffier van het Hof van Cassatie toegestuurd. Cassatiemiddelen kunnen worden voorgedragen, hetzij in de akte van voorziening, hetzij in een bij die gelegenheid neergelegd geschrift, hetzij in een memorie die op de griffie van het Hof van Cassatie moet toekomen uiterlijk de vijfde dag na de datum van de voorziening.

Het Hof van Cassatie beslist binnen vijftien dagen te rekenen van het instellen van het cassatieberoep, terwijl de verdachte inmiddels in hechtenis blijft. De verdachte wordt in vrijheid gesteld als het arrest niet gewezen is binnen die termijn.

§ 4. Na een cassatiearrest met verwijzing, doet de kamer van inbeschuldigingstelling waarnaar de zaak verwezen is, uitspraak binnen vijftien dagen te rekenen van de uitspraak van het arrest van het Hof van Cassatie, terwijl de verdachte inmiddels in hechtenis blijft. De verdachte wordt in vrijheid gesteld als het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling niet gewezen is binnen die termijn.

Voor het overige zijn de bepalingen van artikel 30, §§ 3 en 4, mede van toepassing.

Als het gerecht waarnaar de zaak verwezen is de voorlopige hechtenis handhaaft, geldt zijn beslissing als titel van hechtenis voor een maand te rekenen van de beslissing.

§ 5. Als het cassatieberoep wordt verworpen, dient de raadkamer uitspraak te doen binnen vijftien dagen te rekenen vanaf de uitspraak van het arrest van het Hof van Cassatie, terwijl de verdachte inmiddels in hechtenis blijft. Hij wordt in vrijheid gesteld als de beschikking van de raadkamer niet gewezen wordt binnen deze termijn ».

Het bestreden artikel 137 beperkt de mogelijkheid van een « onmiddellijk » cassatieberoep tot de arresten van de kamer van inbeschuldigingstelling die in hoger beroep worden gewezen tegen de eerste beslissing tot handhaving van de voorlopige hechtenis, genomen door de raadkamer op grond van artikel 21, § 1, tweede lid, van de wet van 20 juli 1990. De andere beslissingen tot handhaving van de voorlopige hechtenis, namelijk de arresten die in hoger beroep worden gewezen tegen de navolgende beslissingen tot handhaving van de voorlopige hechtenis gewezen door de raadkamer op grond van artikel 22 van de wet van 20 juli 1990, kunnen daarentegen niet meer het voorwerp uitmaken van een « onmiddellijk » cassatieberoep.

Artikel 31, § 2, van de wet van 20 juli 1990, zoals gewijzigd bij het bestreden artikel 137, bepaalt aldus :

« Tegen deze beslissingen [waardoor de voorlopige hechtenis wordt gehandhaafd] kan geen onmiddellijk cassatieberoep worden ingesteld behoudens tegen de arresten gewezen door de kamer van inbeschuldigingstelling op het beroep tegen de beslissingen bedoeld in artikel 21, § 1, tweede lid, waartegen cassatieberoep kan worden ingesteld binnen een termijn van vierentwintig uren die begint te lopen vanaf de dag waarop de beslissing aan de verdachte wordt betekend ».

B.71.2. Het bestreden artikel 127 wijzigt artikel 20, § 6, van de wet van 20 juli 1990 om een einde te maken aan de mogelijkheid van een « onmiddellijk » cassatieberoep die voorheen bestond tegen de beslissingen met betrekking tot de maatregelen inzake het gescheiden houden van de verdachte of inzake het elektronisch toezicht, beslist in het kader van de tenuitvoerlegging van het bevel tot aanhouding.

Vóór de wijziging ervan bepaalde artikel 20, § 6, van de wet van 20 juli 1990 :

« De verdachte kan bij het onderzoeksgerecht dat oordeelt over de voorlopige hechtenis een verzoekschrift indienen tot wijziging of opheffing van de door de onderzoeksrechter krachtens § 3 en § 3bis opgelegde maatregelen bij het onderzoeksgerecht dat oordeelt over de voorlopige hechtenis. Het verzoekschrift wordt bij het dossier van de voorlopige hechtenis gevoegd.

De procedure verloopt overeenkomstig de bepalingen van de artikelen 21 tot 24. Hoger beroep tegen de beslissing wordt ingesteld overeenkomstig artikel 30 en cassatieberoep overeenkomstig artikel 31 ».

Zoals gewijzigd bij het bestreden artikel 127 bepaalt artikel 20, § 6 :

« De verdachte kan bij het onderzoeksgerecht dat oordeelt over de voorlopige hechtenis een verzoekschrift indienen tot wijziging of opheffing van de door de onderzoeksrechter krachtens § 3 en § 3bis opgelegde maatregelen bij het onderzoeksgerecht dat oordeelt over de voorlopige hechtenis. Het verzoekschrift wordt bij het dossier van de voorlopige hechtenis gevoegd.

De procedure verloopt overeenkomstig de bepalingen van de artikelen 21 tot 24. Hoger beroep tegen de beslissing wordt ingesteld overeenkomstig artikel 30. Tegen de beslissing in hoger beroep kan geen onmiddellijk cassatieberoep worden ingesteld ».

B.72.1. Ten aanzien van de beperking van de mogelijkheid om cassatieberoep in te stellen tegen de handhavingen van de voorlopige hechtenis, wordt in de parlementaire voorbereiding uiteengezet :

« Dit artikel strekt ertoe de mogelijkheid om cassatieberoep in te stellen in het kader van de voorlopige hechtenis te beperken.

Deze maatregel kadert in de verdere rationalisering van de procedure en beoogt de opdrachten van het Hof verder te beperken tot haar ' *core business* ', met name het onderzoek van eendarresten of eindvonnissen.

De mogelijkheid van een onmiddellijk cassatieberoep inzake voorlopige hechtenis is een afwijking van de algemene regel volgens welke dat rechtsmiddel slechts kan worden ingesteld na de eindbeslissing van de feitenrechter (artikel 416 van het Wetboek van Strafvordering). Die uitzondering werd pas in 1990 ingevoerd. Er wordt voorgesteld ze niet te schrappen maar wel te beperken.

De zaken in het kader van de voorlopige hechteniswet betreffen geen eendarresten of eindvonnissen. De zware procedure en de omvang van het aantal cassatiezaken in voorlopige hechtenis betekenen bovendien een zware belasting voor de werkzaamheden van het Hof. Uit de cijfers van het Hof blijkt daarenboven ook dat slechts in een beperkt aantal gevallen beslist wordt tot cassatie. Zo sprak de kamer voor strafzaken van het Hof in 2014 1921 (N + F) arresten uit, 240 (162 N + 78 F) daarvan betroffen zaken inzake de voorlopige hechtenis, en in deze laatste besliste het hof slechts in 15 gevallen (9 N + 6 F) - tot verbreking; 94 % van de beroepen hebben dus geen cassatie tot gevolg gehad. En niet elke verbreking heeft noodzakelijkerwijs een vrijlating door de kamer waarnaar de zaak wordt verwezen tot gevolg.

De door de wetgever in 1990 ingevoerde mogelijkheid tot cassatieberoep blijkt dus in de praktijk zeer weinig meerwaarde te bieden. Dit gegeven, samen met de optie om de werkzaamheden van het Hof van Cassatie te centreren rond haar ' *core business* ' leiden aldus tot de vaststelling dat het cassatieberoep in het kader van de voorlopige hechtenis kan tenminste worden beperkt.

Het cassatieberoep blijft mogelijk inzake voorlopige hechtenis, maar kan enkel worden ingesteld tegen de beslissing van de kamer van inbeschuldigingstelling om de voorlopige hechtenis te handhaven, in het kader van het hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van de raadkamer gegeven binnen vijf dagen na het aanhoudingsbevel.

Het controleren van de wettelijkheid daarvan blijkt immers belangrijker dan het controleren van de wettelijkheid van de latere beslissingen tot verlenging van de voorlopige hechtenis. Het is immers bij die eerste bevestiging dat de wettelijkheid en de regelmatigheid van het aanhoudingsmandaat worden nagegaan. Tijdens de volgende verschijningen is de raadkamer niet meer gemachtigd om tot dat onderzoek over te gaan, aangezien haar controle dan beperkt is tot de persistentie van ernstige aanwijzingen van schuld ten aanzien van de inverdenkinggestelde en de noodzaak om hem in voorlopige hechtenis te houden gelet op de wettelijke criteria of de uitvoeringsmodaliteit ervan te wijzigen (art. 22, zesde lid).

Voor het overige blijft het cassatieberoep mogelijk na de eindbeslissing ten gronde, volgens het gemeen recht. Aangezien de voorlopige hechtenis zal ondergaan zijn, zal het praktische nut van een cassatieberoep weliswaar kleiner zijn (behalve mogelijkheid tot vergoeding), maar zo zal het Hof van Cassatie zijn taak behouden om de rechtspraak ervan inzake voorlopige hechtenis te verduidelijken en de schendingen van de wet te censureren. Er bestaat dan ook geen reden om te denken dat de rechtscollages in de toekomst minder aandacht ervoor zullen hebben om hun beslissingen van verlenging van de voorlopige hechtenis op adequate wijze te motiveren.

Ten slotte lijkt die onmiddellijke controle van het Hof zich des te minder op te dringen daar de onderzoeksrechter de mogelijkheid heeft om te allen tijde, ambtshalve of op vordering van het openbaar ministerie, het bevel tot aanhouding op te heffen, zulks zonder enig rechtsmiddel (artikel 25 van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis). Zelfs zonder mogelijkheid van cassatieberoep bestaat dus reeds een drievoudige controle van de voorlopige hechtenis door verschillende rechters: de onderzoeksrechter, de raadkamer en de kamer van inbeschuldigingstelling. Dat verklaart het zeer geringe aantal verbrekingen (15 in 2014 op 11 660 opsluitingen op basis van een aanhoudingsbevel, d.i. nauwelijks meer dan één op duizend) » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 127-128).

B.72.2. Ten aanzien van de opheffing van het cassatieberoep tegen de beslissingen met betrekking tot de beperking van het « vrije verkeer » in het kader van de voorlopige hechtenis, wordt in de parlementaire voorbereiding vermeld :

« Dit artikel heft de mogelijkheid op van het cassatieberoep tegen de beslissingen inzake de beperkingen van het ' vrije verkeer ' in het kader van de voorlopige hechtenis.

Om redenen die leiden tot de beperking van de mogelijkheid tot cassatieberoep tegen beslissingen tot handhaving en tegen beslissingen tot afwijzing van de verzoeken tot invrijheidsstelling, moet deze mogelijkheid hier worden opgeheven (voor de volledige toelichting, zie *infra* commentaar van artikel 138) » (*ibid.*, pp. 119-120).

B.72.3. In verband met het ontworpen artikel dat het bestreden artikel 137 is geworden, heeft de afdeling wetgeving van de Raad van State de volgende opmerkingen geformuleerd :

« Op zich vloeit uit artikel 5, lid 4, van het EVRM niet voort dat onmiddellijk cassatieberoep dient open te staan tegen beslissingen inzake voorlopige hechtenis. Die bepaling houdt zelfs geen recht op hoger beroep in tegen rechterlijke beslissingen waarbij de vrijheidsberoving werd bevolen of voortgezet. In het arrest over de zaak *Jecius tegen Litouwen* heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in dit verband als volgt geoordeeld :

' *L'article 5 § 4 ne garantit aucun droit, en tant que tel, à un recours contre les décisions ordonnant ou prolongeant une détention, puisque la disposition en question comporte en anglais le terme de ' proceedings' et non celui d' ' appeal' . En principe, l'article 5 § 4 se contente de l'intervention d'un organe unique, à condition que la procédure suivie ait un caractère judiciaire et donne à l'individu en cause des garanties adaptées à la nature de la privation de liberté dont il s'agit (voir, mutatis mutandis, l'arrêt De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique du 18 juin 1971, série A no 12, pp. 40-41, § 76).* '

Ten gevolge van de ontworpen bepaling wordt evenwel een onderscheid in behandeling ingesteld tussen personen die cassatieberoep aantekenen tegen arresten inzake voorlopige hechtenis al naargelang het gaat om een eerste beslissing tot handhaving (onmiddellijk nadat de onderzoeksrechter een bevel tot aanhouding heeft uitgevaardigd) dan wel om de verdere verlenging van de aanhouding. Volgens de memorie van toelichting zou de controle die wordt uitgeoefend ten gevolge van de aanwending van het eerstgenoemde cassatieberoep ' belangrijker [zijn] dan het controleren van de wettelijkheid van de latere beslissingen tot verlenging van de voorlopige hechtenis '. Vraag is of deze summierere verantwoording kan volstaan, mede gelet op het oordeel van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat de gronden van de voorlopige hechtenis strikter moeten worden gecontroleerd met het verstrijken van de tijd. Ook rijst de vraag of de vaststelling dat slechts een gering deel van de betrokken cassatieberoepen slagen, een afdoende verantwoording voor het gemaakte onderscheid kan bieden nu er minder ingrijpende middelen bestaan om kunnen worden ingevoerd om procesmisbruik te vermijden.

De stellers van het ontwerp dienen zich gelet op wat voorafgaat opnieuw te beraden over de vraag of er een afdoende verantwoording bestaat voor de ontworpen inperking van het cassatieberoep inzake voorlopige hechtenis. In ieder geval verdient het aanbeveling, zo artikel 135 van het ontwerp behouden blijft, op een meer omstandige wijze in te gaan op die verantwoording » (*ibid.*, pp. 281-282).

B.73.1. De verzoekende partijen voeren aan dat het bestreden artikel 137 van de wet van 5 februari 2016 afbreuk doet aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre het een verschil in behandeling instelt tussen de personen die het voorwerp uitmaken van een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling tot handhaving van de voorlopige hechtenis, naargelang het een eerste dan wel een navolgende beslissing tot handhaving betreft. Enkel in het eerstgenoemde geval staat een « onmiddellijk » cassatieberoep tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling open.

B.73.2. Zoals in B.61 is vermeld, nopen de artikelen 10 en 11 van de Grondwet tot een vergelijking van de situatie van twee verschillende categorieën van personen en niet van de situatie van eenzelfde persoon in opeenvolgende fasen van eenzelfde procedure.

Het feit dat eenzelfde persoon verschillend wordt behandeld, wat de mogelijkheid om een onmiddellijk cassatieberoep in te stellen betreft, naargelang het om een eerste dan wel om een navolgende beslissing tot handhaving van de voorlopige hechtenis gaat, kan op zich geen schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet uitmaken.

B.74. De verzoekende partijen voeren voorts de schending aan door het bestreden artikel 137 van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 5 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, in zoverre de personen die het voorwerp uitmaken van een tweede of navolgende beslissing tot handhaving van de voorlopige hechtenis geen onmiddellijk cassatieberoep kunnen instellen tegen het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling, terwijl de personen die het voorwerp uitmaken van een beslissing vermeld in artikel 420, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering of die het voorwerp uitmaken van een eindarrest of eindvonnis, daartegen wel een « onmiddellijk » cassatieberoep kunnen instellen.

B.75.1. Het verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen dat voortvloeit uit de toepassing van verschillende procedureregels in verschillende omstandigheden, houdt op zich geen discriminatie in. Van discriminatie zou slechts sprake zijn indien het verschil in behandeling dat voortvloeit uit de toepassing van die procedureregels een onevenredige beperking van de rechten van de daarbij betrokken personen met zich zou meebrengen.

B.75.2. Er zij te dezen aan herinnerd, zoals in B.63.2 is vermeld, dat, gelet op het fundamentele belang van de *habeas corpus*, alle beperkingen van de individuele vrijheid restrictief dienen te worden geïnterpreteerd en hun grondwettigheid met de grootste omzichtigheid dient te worden onderzocht.

B.75.3. Uit artikel 5.4 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, dat voor eenieder die door arrestatie of gevangenhouding van zijn vrijheid is beroofd, het recht waarborgt om een voorziening te vragen bij de rechter, vloeit geen recht voort op een rechtsmiddel tegen de gerechtelijke beslissingen waarbij een aanhouding wordt bevolen of verlengd. Op grond van artikel 5.4 volstaat het optreden van één rechtsinstantie, op voorwaarde dat de gevolgde procedure een gerechtelijk karakter heeft en aan de betrokken persoon waarborgen biedt die aangepast zijn aan de aard van de betrokken vrijheidsberoving (EHRM, 18 juni 1971, *De Wilde, Ooms en Versyp t. België*, § 76; 31 juli 2000, *Jecius t. Litouwen*, § 100).

Tot die waarborgen behoort de vereiste van een motivering van de voorlopige hechtenis die rekening houdt met het tijdsverloop, waarbij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelt dat het gevaar dat een voorlopige hechtenis kan verantwoorden « noodzakelijkerwijs afneemt met de tijd en dat de gerechtelijke overheden bijgevolg nog meer specifieke motiveringen moeten voorleggen om de instandhouding van de redenen van de hechtenis te verantwoorden » (EHRM, 16 maart 2010, *Jiga t. Roemenië*, § 76; 15 maart 2011, *Begu t. Roemenië*, § 84), waarbij de hechtenis enkel nog « legitiem is indien de openbare orde daadwerkelijk bedreigd blijft » (EHRM, 23 september 1998, *L.A. t. Frankrijk*, § 104).

B.76.1. Zoals die is geregeld in de wet van 20 juli 1990 is de voorlopige hechtenis een uitzonderlijke maatregel (*Parl. St.*, Senaat, 1988-1989, nr. 658/2, pp. 6, 8 en 18), die met redenen dient te worden omkleed en alleen kan worden verantwoord in geval van « volstreekte noodzakelijkheid voor de openbare veiligheid ». Die maatregel strekt ertoe « tegelijkertijd rekening [te houden] met de fundamentele rechten van het individu en met de noden van de samenleving » (*Parl. St.*, Senaat, 1988-1989, nr. 658/1, p. 1; *Parl. St.*, Senaat, 1988-1989, nr. 658/2, p. 4).

Over de handhaving van de voorlopige hechtenis wordt beslist, in eerste aanleg, door de raadkamer en, in hoger beroep, door de kamer van inbeschuldigingstelling. De procedure heeft onbetwistbaar een gerechtelijk karakter. De onderzoeksgerechten oordelen over de handhaving van maand tot maand en, vanaf de derde beslissing tot handhaving van de voorlopige hechtenis, om de tweede maanden.

De beslissing tot handhaving van de voorlopige hechtenis dient door het onderzoeksgerecht met redenen te worden omkleed « overeenkomstig artikel 16, § 5, eerste en tweede lid » van de wet van 20 juli 1990, met name in het licht van de « volstreekte noodzakelijkheid voor de openbare veiligheid ».

B.76.2. Het bestreden artikel 137 heeft tot gevolg dat een « onmiddellijk » cassatieberoep uitsluitend open staat tegen de arresten die worden gewezen door de kamer van inbeschuldigingstelling op het hoger beroep ingesteld tegen de eerste beslissing tot handhaving van de voorlopige hechtenis. Tegen de andere beslissingen tot handhaving van de voorlopige hechtenis, en met name vanaf de tweede beslissing tot handhaving, kan geen enkel « onmiddellijk » cassatieberoep meer worden ingesteld.

Uit de in B.72.1 aangehaalde parlementaire voorbereiding blijkt dat die opheffing van een « onmiddellijk » cassatieberoep is verantwoord door het feit dat, inzake de voorlopige hechtenis, 94 % van de beroepen geen cassatie tot gevolg heeft gehad (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 127), alsook door het feit dat « het controleren van de wettelijkheid [van de eerste beslissing tot handhaving van de voorlopige hechtenis] immers belangrijker [blijkt] dan het controleren van de wettelijkheid van de latere beslissingen tot verlenging van de voorlopige hechtenis. Het is immers bij die eerste bevestiging dat de wettelijkheid en de regelmatigheid van het aanhoudingsmandaat worden nagegaan. Tijdens de volgende verschijningen is de raadkamer niet meer gemachtigd om tot dat onderzoek over te gaan, aangezien haar controle dan beperkt is tot de persistentie van ernstige aanwijzingen van schuld ten aanzien van de in verdenking gestelde en de noodzaak om hem in voorlopige hechtenis te houden gelet op de wettelijke criteria of de uitvoeringsmodaliteit ervan te wijzigen » (*ibid.*, p. 128; zie eveneens *Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/005, p. 24).

Er dient te worden nagegaan of die dubbele verantwoording in het licht van de beperking van de individuele vrijheid die een beslissing tot handhaving van de voorlopige hechtenis met zich meebrengt, kan verantwoord worden dat een cassatieberoep aldus wordt opgeheven.

B.77.1. In de parlementaire voorbereiding van de wet van 20 juli 1990, die het cassatieberoep inzake de voorlopige hechtenis uitdrukkelijk heeft geregeld, wordt de *ratio legis* van een specifieke regeling van cassatieberoep in die materie uiteengezet :

« Zonder enige wettekst aanvaardt de rechtspraak dat cassatieberoep tegen arresten van bevestiging van het bevel tot aanhouding of van handhaving van de voorlopige hechtenis ontvankelijk is. Vermits er geen specifieke wettelijke regeling bestaat, verloopt de cassatieprocedure op de gewone wijze. Er is geen enkele termijn voorzien waarbinnen het Hof uitspraak moet doen, zoals er geen enkele termijn is bepaald voor de uitspraak door de verwijzingsrechter. Er is evenmin sprake van enige schorsende werking van het cassatieberoep. Dit mondt noodzakelijk uit in het gekende systeem van de dubbele of parallelle procedure betreffende een en dezelfde voorlopige hechtenis; terwijl de cassatieprocedure loopt en terwijl de zaak, na cassatie, bij een andere kamer van inbeschuldigingstelling aanhangig is, loopt de gewone rechtspleging door met maandelijks verschijning voor de raadkamer, eventueel gevolgd door een nieuw hoger beroep en een nieuw cassatieberoep, hetgeen aanleiding geeft tot onnoemelijke complicaties.

Er werd nu gestreefd naar een wettelijke regeling die erree rekening houdt dat de zaken van voorlopige hechtenis een aparte behandeling verdienen wegens de uitzonderlijke hoogdringendheid van de voorgelegde betwisting.

Hoofdbekommernis hierbij is het uitsluiten van de parallelle procedure. Daartoe werd een eerste stap gezet bij de regeling van het hoger beroep. Het systeem wordt nu afgewerkt in de cassatieprocedure. Vermits de regeling het belang van een goede rechtsbedeling, dus het belang van alle betrokkenen, beoogt, wordt van alle betrokkenen een, overigens begrijpelijke, goede wil en inspanning gevraagd.

Er is geen enkele reden waarom de verdachte over vijftien vrije dagen dient te beschikken om zich in cassatie te voorzien en niet eenvoudig over 24 uur, wat de termijn is voor het instellen van het hoger beroep. Voor het Hof van Cassatie en eventueel nadien voor de verwijzingsrechter, zullen uitzonderlijk strikte termijnen gelden zonder welke een autonoom systeem van cassatieprocedure in deze materie niet zou mogelijk zijn » (*Parl. St.*, Senaat, 1988-1989, nr. 658/1, pp. 17-18).

In het verslag wordt eveneens vermeld :

« Het cassatieberoep doet thans eveneens problemen rijzen.

Wegens de lange termijnen die gelden voor het cassatieberoep en voor het wijzen van arresten, wordt men in de praktijk vaak geconfronteerd met dubbele procedures : er loopt een procedure bij het Hof van Cassatie, terwijl er ook een procedure aan de gang is bij de kamer van inbeschuldigingstelling.

Het cassatie-arrest laat lang op zich wachten, wat er in feite op neerkomt dat het cassatieberoep weinig doeltreffend is.

Het wetsontwerp voorziet dus in kortere termijnen voor de voorziening in cassatie en voor de uitspraak van de arresten.

Die regel is zeer belangrijk, daar zij een effectieve controle van het Hof van Cassatie waarborgt » (*Parl. St.*, Senaat, 1988-1989, nr. 658/2, p. 14).

B.77.2. Uit die parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever, bij het regelen van het cassatieberoep inzake de voorlopige hechtenis, de doeltreffendheid van de toetsing door het Hof van Cassatie wilde waarborgen in een materie die intrinsiek « hoogdringend » werd geacht, waarbij werd voorzien in kortere termijnen voor het instellen van het beroep en voor de uitspraak van het arrest, zonder zich evenwel te bekommeren om het « onmiddellijke » karakter van het cassatieberoep.

De waarborg van een arrest dat snel wordt gewezen door het Hof van Cassatie inzake de voorlopige hechtenis werd dus beschouwd als een voorwaarde voor de doeltreffendheid van het cassatieberoep.

B.77.3. Niets laat toe aan te nemen dat die overwegingen in verband met de doeltreffendheid van het cassatieberoep vandaag niet meer gelden.

Enerzijds is het verkeerd ervan uit te gaan, zoals in de hiervoor aangehaalde parlementaire voorbereiding wordt gedaan, dat de controle van de wettigheid en van de naleving van de wezenlijke vormvereisten minder cruciaal zou zijn voor de navolgende beslissingen tot handhaving van de voorlopige hechtenis. Zoals in B.75.3 is vermeld, blijven die beslissingen immers onderworpen aan een verplichte motivering en die verplichting is zelfs strikter in het licht van het tijdsverloop, zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft geoordeeld.

Anderzijds dient de doeltreffendheid van een cassatieberoep te worden benaderd in het licht van de doelstellingen ervan en van de waarborgen die het aan de rechtzoekende biedt, in het bijzonder ten aanzien van een vrijheidsberovende maatregel, en niet ten aanzien van het statistische aantal verbrekingen waartoe het zou kunnen leiden.

B.77.4. Bovendien heeft de bestreden maatregel onevenredige gevolgen in het licht van het fundamenteel recht op de individuele vrijheid waarop elke beslissing tot handhaving van de voorlopige hechtenis steunt.

Immers, hoewel artikel 5.4 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens geen enkel recht doet ontstaan op een beroep tegen de jurisdictionele beslissingen die ertoe strekken een aanhouding te bevelen of te verlengen, zodat de wetgever niet ertoe gehouden is te voorzien in een cassatieberoep tegen een beslissing tot handhaving van de

voorlopige hechtenis, vormt een controle van de wettigheid van die beslissingen, en met name van de inachtneming van de verplichting van een bijzondere motivering waartoe de onderzoeksgerechten gehouden zijn, op dat gebied niettemin een essentiële waarborg, hetgeen de wetgever heeft bevestigd bij de wet van 20 juli 1990 en hetgeen hij opnieuw heeft bevestigd door, bij het bestreden artikel 137, een cassatieberoep te behouden ten aanzien van de eerste beslissing tot handhaving van de voorlopige hechtenis.

De mogelijkheid, waarnaar in de parlementaire voorbereiding wordt verwezen, om cassatieberoep in te stellen tegen de beslissing tot handhaving van de voorlopige hechtenis, zelfs na de eindbeslissing ten gronde, overeenkomstig de algemene regel vervat in artikel 420, eerste lid, van het Wetboek van strafvordering (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 128), kan - in de veronderstelling dat die algemene regel te dezen van toepassing kan zijn - de maatregel niet evenredig maken, aangezien, zoals in de in B.77.1 aangehaalde parlementaire voorbereiding wordt aangegeven, de doeltreffendheid van een cassatieberoep inzake de voorlopige hechtenis veronderstelt dat het arrest van het Hof van Cassatie snel wordt gewezen.

B.77.5. De opheffing van het cassatieberoep voor de andere beslissingen tot handhaving van de voorlopige hechtenis dan die van de kamer van inbeschuldigingstelling die in hoger beroep worden gewezen tegen de eerste beslissing tot handhaving van de voorlopige hechtenis, is dus niet redelijk verantwoord.

B.77.6. In de mate waarin de middelen zijn afgeleid uit de schending van de artikelen 10, 11 en 12 van de Grondwet, zijn zij gegrond, in zoverre zij zijn gericht tegen het bestreden artikel 137 van de wet van 5 februari 2016.

De andere grieven dienen niet te worden onderzocht, daar zij niet kunnen leiden tot een ruimere vernietiging.

B.78. De verzoekende partijen voeren dezelfde of soortgelijke grieven aan tegen artikel 127 van de wet van 5 februari 2016, dat het onmiddellijk cassatieberoep opheft tegen de arresten van de kamer van inbeschuldigingstelling inzake de beslissing van de onderzoeksrechter tot beperking van bezoek, briefwisseling of telefoongesprekken, of tot invoering van een elektronisch toezicht ten aanzien van een persoon in voorlopige hechtenis.

Om dezelfde redenen als die welke zijn vermeld in B.72 tot B.77, zijn de middelen gegrond in zoverre zij zijn gericht tegen het bestreden artikel 127 van de wet van 5 februari 2016.

B.79. Het risico bestaat dat een vernietiging zonder meer van de artikelen 127 en 137 van de wet van 5 februari 2016 rechtsonzekerheid zou doen ontstaan ten aanzien van de beslissingen inzake voorlopige hechtenis waartegen een cassatieberoep had kunnen worden ingesteld bij ontstentenis van die bepalingen.

Met toepassing van artikel 8, derde lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof dienen de gevolgen van de vernietigde bepalingen derhalve te worden gehandhaafd zoals aangegeven in het dictum.

De voorlopige hechtenis onder elektronisch toezicht (artikel 132, 1^o, van de bestreden wet)

B.80.1. De verzoekende partij in de zaak nr. 6494 leidt een tweede middel af uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet door artikel 132, 1^o, van de wet van 5 februari 2016, dat artikel 26, § 3, van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis aanvult met een lid dat luidt :

« Indien de verdachte in hechtenis onder elektronisch toezicht staat, kan de raadkamer bij een met redenen omklede beslissing de hechtenis onder elektronisch toezicht handhaven ».

B.80.2. Artikel 26, § 3, maakt deel uit van hoofdstuk VI van titel I van de voormelde wet van 20 juli 1990, dat betrekking heeft op de weerslag van de regeling van de rechtspleging op de vrijheidsbenemende maatregelen. In het stadium van de regeling van de rechtspleging beslist de raadkamer, wanneer zij de inverdenkinggestelde naar het vonnisgerecht verwijst wegens een feit waarop een gevangenisstraf staat waarvan de duur langer is dan de reeds ondergane voorlopige hechtenis, ofwel hem in vrijheid te stellen, eventueel onder voorwaarden, ofwel hem verder aan te houden.

B.80.3. De verzoekende partij verwijt de bestreden bepaling dat zij de raadkamer, uitspraak doende in het stadium van de regeling van de rechtspleging, niet toelaat te beslissen om een inverdenkinggestelde die zich tot dan in voorlopige hechtenis in een strafinrichting bevond, onder elektronisch toezicht te plaatsen, terwijl zij in dat stadium kan beslissen de inverdenkinggestelde die reeds in voorlopige hechtenis onder elektronisch toezicht staat, onder elektronisch toezicht te houden. De bestreden bepaling zou aldus een met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet strijdig verschil in behandeling invoeren onder inverdenkinggestelden, naar gelang van de modaliteiten voor de uitvoering van de voorlopige hechtenis die op hen van toepassing zijn op het ogenblik van de regeling van de rechtspleging.

B.81.1. Krachtens artikel 16, § 1, van de wet van 20 juli 1990 beslist de onderzoeksrechter die een aanhoudingsbevel verleent of dat bevel moet worden uitgevoerd in een gevangenis of door een hechtenis onder elektronisch toezicht. Die laatste vormt dus een modaliteit voor de uitvoering van de voorlopige hechtenis. De hechtenis onder elektronisch toezicht impliceert de voortdurende aanwezigheid van de inverdenkinggestelde op een bepaald adres, met uitzondering van de toegestane verplaatsingen.

B.81.2. Krachtens de artikelen 21 en 22 van dezelfde wet kan de raadkamer, telkens als zij uitspraak doet over de handhaving van de voorlopige hechtenis, de modaliteiten ervan wijzigen, zodat zij kan beslissen dat een inverdenkinggestelde die de voorlopige hechtenis in een strafinrichting uitvoert, onder elektronisch toezicht dient te worden geplaatst of omgekeerd. Wanneer zij daarentegen uitspraak doet in het stadium van de regeling van de rechtspleging kan de raadkamer, luidens de bestreden bepaling, niet beslissen dat een inverdenkinggestelde in voorlopige hechtenis in een strafinrichting voortaan in voorlopige hechtenis onder elektronisch toezicht wordt geplaatst.

B.82.1. Uit de memorie van toelichting bij het wetsontwerp blijkt dat de wetgever met die bepaling wilde « [tegemmoetkomen] aan de onduidelijkheid in de wetgeving inzake de weerslag van de regeling van de rechtspleging op de hechtenis onder elektronisch toezicht » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 123). Het college van procureurs-generaal had immers, in zijn omzendbrief nr. 2/2014, de aandacht erop gevestigd dat de wetgever, op het ogenblik dat hij het elektronisch toezicht had ingevoerd als een modaliteit voor de uitvoering van de voorlopige hechtenis, het lot van die modaliteit bij de regeling van de rechtspleging niet had vastgelegd. Die lacune had tot gevolg dat de onderzoeksgerechten, ten aanzien van een inverdenkinggestelde die op het ogenblik van de regeling van de rechtspleging onder elektronisch toezicht stond, niet wettelijk konden beslissen om die modaliteit van de voorlopige hechtenis te handhaven (*ibid.*). Het Hof van Cassatie heeft bij een arrest van 11 februari 2015 in die zin geoordeeld dat « wanneer het onderzoeksgerecht de verwijzing beveelt van een inverdenkinggestelde die zich in voorlopige hechtenis onder elektronisch toezicht bevond, [...] het niet anders kon dan een einde te stellen aan die hechtenis of de inverdenkinggestelde vrij te laten onder voorwaarden met toepassing van artikel 35 van [de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis] » (Cass., 11 februari 2015, *Arr. Cass.*, 2015, nr. 102).

B.82.2. In de parlementaire voorbereiding met betrekking tot de bestreden bepaling wordt gepreciseerd :

« Voorliggend artikel stelt aldus voor om artikel 26, § 3, van de wet voorlopige hechtenis in die zin aan te passen dat bij de regeling van de rechtspleging kan worden beslist om de hechtenis onder elektronisch toezicht te handhaven ingeval de betrokkene op dat moment in hechtenis onder elektronisch toezicht staat. Deze formulering laat toe te vermijden dat de raadkamer op het ogenblik van de verwijzing zou beslissen om een niet aangehouden verdachte toch aan te houden en onder elektronisch toezicht te plaatsen waardoor aldus een *net-widening*-effect zou kunnen ontstaan dat moet worden vermeden » (*ibid.*, p. 124).

B.82.3. In haar advies had de afdeling wetgeving van de Raad van State de aandacht van de wetgever gevestigd op het feit dat de gekozen formulering de onderzoeksgerechten, uitspraak doende in het stadium van de regeling van de rechtspleging, niet zou toelaten een inverdenkinggestelde, tot dan in voorlopige hechtenis in een strafinrichting, de modaliteit voor de uitvoering van de voorlopige hechtenis onder elektronisch toezicht te laten genieten :

« De vraag rijst of in het ontworpen artikel 26, § 3, tweede lid, [...] ook niet moet worden bepaald dat de raadkamer bij de regeling van de rechtspleging kan beslissen om de persoon die aangehouden is, maar die niet onder elektronisch toezicht staat, voortaan onder elektronisch toezicht te plaatsen, zoals dat het geval is wanneer de raadkamer uitspraak doet over de handhaving van de voorlopige hechtenis » (*ibid.*, p. 301).

B.83.1. Het in het geding zijnde verschil in behandeling berust op het criterium van de modaliteit voor de uitvoering van de voorlopige hechtenis op het ogenblik van de regeling van de rechtspleging. Een dergelijk criterium is objectief. Dat criterium is daarentegen niet relevant om te verantwoorden dat de onderzoeksgerechten in het stadium van de regeling van de rechtspleging niet kunnen beslissen een inverdenkinggestelde die tijdens de voorlopige hechtenis in een strafinrichting verblijft, onder elektronisch toezicht te plaatsen, terwijl zij in hetzelfde stadium kunnen beslissen die modaliteit voor de uitvoering van de voorlopige hechtenis te handhaven ten aanzien van een inverdenkinggestelde die reeds onder elektronisch toezicht staat en zij eveneens kunnen beslissen de inverdenkinggestelde die tot dan in voorlopige hechtenis was, in voorkomend geval onder voorwaarden, in vrijheid te stellen. De onderzoeksgerechten zijn immers, bij de regeling van de rechtspleging, bevoegd om uitspraak te doen over het al dan niet handhaven van de voorlopige hechtenis in een strafinrichting of onder elektronisch toezicht en onderzoeken bijgevolg op dat ogenblik of het verantwoord is de betrokkene in voorlopige hechtenis te houden en onder welke modaliteiten dat gebeurt. Het is niet verantwoord dat zij, wanneer zij bij die gelegenheid vaststellen dat de inverdenkinggestelde voldoet aan de voorwaarden om het elektronisch toezicht te genieten, niet kunnen beslissen hem die modaliteit toe te kennen.

B.83.2. De maatregel heeft bovendien onevenredige gevolgen voor de inverdenkinggestelde die voldoet aan de voorwaarden om een maatregel van elektronisch toezicht in het stadium van de regeling van de rechtspleging te genieten en ten aanzien van wie de raadkamer alleen kan beslissen om de hechtenis in een strafinrichting te handhaven. Het gegeven dat die situatie slechts uitzonderlijk zou voorkomen, zoals de Ministerraad aanvoert, leidt overigens niet ertoe de onevenredige gevolgen van het bestreden verschil in behandeling te verzachten voor de inverdenkinggestelden die zich in die situatie zouden bevinden.

B.84. Het middel is gegrond. Artikel 132, 1^o, van de wet van 5 februari 2016 dient te worden vernietigd in zoverre het de raadkamer, uitspraak doende in het stadium van de regeling van de rechtspleging, niet toelaat aan de inverdenkinggestelde die tijdens de voorlopige hechtenis in een strafinrichting verblijft, het voordeel van de voorlopige hechtenis onder elektronisch toezicht toe te kennen.

De strafuitvoeringsmodaliteiten voor de personen die niet over een verblijfsrecht beschikken

B.85.1. De verzoekende partijen in de zaak nr. 6497 leiden een vierde middel af uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 22 van de Grondwet, door de artikelen 148, 153 en 163 van de wet van 5 februari 2016, die nieuwe bepalingen invoegen in de wet van 17 mei 2006 « betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten ».

B.85.2. Het bestreden artikel 148 voegt in de voormelde wet een nieuw artikel 20 in, dat bepaalt :

« De uitgaansvergunning als bedoeld in artikel 4, § 3, het penitentiair verlof en de onderbreking van de strafuitvoering worden niet toegekend wanneer op grond van een advies van de Dienst Vreemdelingenzaken blijkt dat de veroordeelde niet toegelaten of gemachtigd is tot een verblijf in het Rijk ».

Het bestreden artikel 153 voegt in de voormelde wet een nieuw artikel 25/2 in, dat bepaalt :

« De beperkte detentie, het elektronisch toezicht en de voorwaardelijke invrijheidstelling worden niet toegekend wanneer op grond van een advies van de Dienst Vreemdelingenzaken blijkt dat de veroordeelde niet toegelaten of gemachtigd is tot een verblijf in het Rijk ».

Het bestreden artikel 163 vult artikel 59 van de voormelde wet aan met twee nieuwe leden, die bepalen :

« Deze strafuitvoeringsmodaliteiten, met uitzondering van de in artikel 4, § 2, bedoelde uitgaansvergunning, worden niet toegekend wanneer op grond van een advies van de Dienst Vreemdelingenzaken blijkt dat de veroordeelde niet toegelaten of gemachtigd is tot een verblijf in het Rijk.

De artikelen 64, 67, 68 en 70 zijn van toepassing ».

B.85.3. De verzoekende partijen verwijten die bepalingen de veroordeelden die niet zijn toegelaten of gemachtigd tot een verblijf op het grondgebied op absolute wijze uit te sluiten van het voordeel van de meeste strafuitvoeringsmodaliteiten die de veroordeelden tot een vrijheidsstraf kunnen genieten. De bestreden bepalingen zouden aldus onder veroordeelden een onverantwoord verschil in behandeling invoeren naar gelang van hun verblijfsstatuut, waarbij de Belgen en de tot het verblijf in België toegelaten vreemdelingen aanspraak kunnen maken op de toekenning van die modaliteiten indien zij voldoen aan de wettelijke voorwaarden om die te genieten, terwijl de vreemdelingen die niet over een verblijfsrecht beschikken, nooit daarop aanspraak kunnen maken, zelfs indien zij voldoen aan alle andere voorwaarden om die te genieten.

B.86.1. De uitgaansvergunning bedoeld in artikel 4, § 3, van de voormelde wet van 17 mei 2006 maakt het de veroordeelde mogelijk om, tijdens de twee jaren die voorafgaan aan de datum waarop de veroordeelde tot voorwaardelijke invrijheidstelling kan worden toegelaten, de gevangenis te verlaten voor een duur die niet langer mag zijn dan zestien uur teneinde zijn sociale re-integratie voor te bereiden. Het penitentiair verlof laat de veroordeelde die zich bevindt in het jaar dat voorafgaat aan de datum waarop hij tot voorwaardelijke invrijheidstelling kan worden toegelaten, toe de gevangenis driemaal zesendertig uur per trimester te verlaten teneinde zijn familiale, affectieve en sociale contacten in stand te houden en te bevorderen en zijn sociale re-integratie voor te bereiden (artikelen 6 en 7 van dezelfde wet). De onderbreking van de strafuitvoering schorst de uitvoering van de straf voor een duur van maximum drie maanden, die kan worden hernieuwd; zij kan aan de veroordeelde worden toegekend om ernstige en uitzonderlijke redenen van familiale aard (artikel 15 van dezelfde wet).

B.86.2. De beperkte detentie is een wijze van uitvoering van de vrijheidsstraf die de veroordeelde toelaat om op regelmatige wijze de strafinrichting te verlaten voor een duur van maximum zestien uur per dag. Zij kan worden toegekend om hem in staat te stellen professionele, opleidings- of familiale belangen te behartigen die zijn aanwezigheid buiten de gevangenis vereisen (artikel 21 van dezelfde wet). Het elektronisch toezicht is een wijze van uitvoering van de vrijheidsstraf waardoor de veroordeelde zijn vrijheidsstraf helemaal of gedeeltelijk buiten de gevangenis ondergaat volgens een bepaald uitvoeringsplan, waarvan de naleving onder meer door elektronische middelen wordt gecontroleerd (artikel 22 van dezelfde wet). Die twee wijzen van uitvoering van de straf kunnen door het strafuitvoeringsgerecht worden toegekend aan de veroordeelde die zich op zes maanden na in de tijdsvoorwaarden bevindt voor de toekenning van de voorwaardelijke invrijheidstelling en die aan bepaalde voorwaarden voldoet

(artikel 23 van dezelfde wet). De voorwaardelijke invrijheidstelling is een wijze van uitvoering van de vrijheidsstraf die kan worden toegekend aan de veroordeelde die reeds een bepaald deel van zijn straf heeft ondergaan en aan bepaalde voorwaarden voldoet, waarbij de veroordeelde zijn straf buiten de strafinrichting ondergaat, mits hij de voorwaarden naleeft die hem gedurende een bepaalde proeftijd worden opgelegd.

B.86.3. Krachtens artikel 59 van dezelfde wet kan het strafuitvoeringsgerecht, waarbij een procedure tot toekenning van een strafuitvoeringsmodaliteit aanhangig is, bij wijze van uitzondering een andere uitvoeringsmodaliteit toekennen dan die welke is gevraagd wanneer dat absoluut noodzakelijk is om op korte termijn de gevraagde strafuitvoeringsmodaliteit toe te kennen. Het kan aldus een uitgaansvergunning, een penitentiair verlof, een beperkte detentie of een elektronisch toezicht toekennen.

B.87. Met toepassing van de bestreden bepalingen kunnen de veroordeelde vreemdelingen die niet tot het verblijf op het grondgebied zijn toegelaten of gemachtigd, de voormelde strafuitvoeringsmodaliteiten niet genieten. Zij kunnen daarentegen wel aanspraak maken op de uitgaansvergunning bedoeld in artikel 4, § 2, van de wet van 17 mei 2006, die op elk moment van de detentieperiode kan worden toegekend voor een bepaalde duur van maximum zestien uur om ofwel sociale, morele, juridische, familiale, opleidings- of professionele belangen te behartigen die hun aanwezigheid buiten de gevangenis vereisen, ofwel een medisch onderzoek of een medische behandeling buiten de gevangenis te ondergaan.

B.88.1. In de memorie van toelichting wordt in verband met de bestreden bepalingen aangegeven :

« Dit artikel beoogt te vermijden dat aan veroordeelden die illegaal zijn in het Rijk, en dus niet in de vrije samenleving mogen vertoeven, toch een uitgaansvergunning, penitentiair verlof of onderbreking van de strafuitvoering zou toegekend worden. Deze modaliteiten zijn er bovendien op gericht om een reclassering in België voor te bereiden of uit te werken na de vrijstelling hetgeen voor die categorie van personen niet mogelijk is. Zij kunnen namelijk alleen vrijgesteld worden met het oog op verwijdering van het grondgebied. De wet omschrijft de categorie van die personen als veroordeelden waarvoor op grond van een advies van de Dienst Vreemdelingenzaken blijkt dat zij niet toegelaten of gemachtigd zijn tot een verblijf in het Rijk » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 131).

« Naar analogie met artikel 147 [148 geworden] wordt de toekenning van de beperkte detentie, het elektronisch toezicht en de voorwaardelijke invrijheidstelling uitgesloten voor veroordeelden waarvan op grond van een advies van de Dienst Vreemdelingenzaken blijkt dat zij niet toegelaten of gemachtigd zijn tot een verblijf in het Rijk » (*ibid.*, p. 133).

« Deze wijziging [van artikel 163] beoogt te vermijden dat veroordeelden die geen recht hebben op verblijf in het Rijk, tijdens een overeenkomstig artikel 59 door de strafuitvoeringsrechtbank toegekende strafuitvoeringsmodaliteit, in de vrije samenleving zouden vertoeven » (*ibid.*, p. 136).

B.88.2. De wetgever heeft voorzien in de mogelijkheid om de in B.87 bedoelde uitgaansvergunning toe te kennen aan de veroordeelde vreemdelingen die niet over een verblijfsrecht beschikken, in antwoord op het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State, die had opgemerkt :

« Die doelstelling [bestaande in het vermijden dat illegaal verblijvende personen zich op het grondgebied bevinden] kan de voorgestelde wijzigingen evenwel niet verantwoorden. Zoals de beslissing betreffende de detentie zelf, is de beslissing tot toekenning van een strafuitvoeringsmodaliteit immers niet te beschouwen als een beslissing over het verblijfsstatuut of als een beslissing die zulks impliceert, en heeft deze dus niet tot gevolg dat de betrokkene wettig in het land zou verblijven.

[...] Zelfs al kan de onregelmatige verblijfsituatie van de betrokkene relevant zijn bij het toekennen van bepaalde strafuitvoeringsmodaliteiten, kan worden betwijfeld of zulks *in elk geval en voor elke strafuitvoeringsmodaliteit* zo is.

[...]

Gelet op wat voorafgaat moet beter worden verantwoord, voor elk type van strafuitvoeringsmodaliteit afzonderlijk, waarom een verschillende behandeling pertinent en proportioneel is in het licht van het beoogde doel, en waarom het noodzakelijk is om een absolute onmogelijkheid tot het toekennen van strafuitvoeringsmodaliteiten te creëren » (*ibid.*, pp. 283-284).

B.89. Het door de bestreden bepalingen vastgestelde verschil in behandeling berust op het administratieve verblijfsstatuut van de veroordeelde persoon. De vreemdelingen van wie op grond van een advies van de Dienst Vreemdelingenzaken blijkt dat zij niet of niet meer beschikken over een wettelijk verblijfsrecht in België, kunnen, in tegenstelling tot de Belgen en de vreemdelingen die legaal op het grondgebied verblijven, geen enkele bij de wet van 17 mei 2006 bepaalde strafuitvoeringsmodaliteit verkrijgen, behalve de in B.87 bedoelde uitgaansvergunning.

Dat criterium van onderscheid is objectief en het laat toe het door de wetgever nagestreefde doel te bereiken, namelijk niet toelaten dat personen die niet over een regelmatige machtiging tot verblijf beschikken, zich op het grondgebied verplaatsen buiten de strafinrichting waarin zij de straf waartoe zij zijn veroordeeld ondergaan.

Het Hof moet echter nog nagaan of de maatregel die erin bestaat een hele categorie van veroordeelden *a priori* en zonder individueel onderzoek uit te sluiten van het voordeel van de in B.86 vermelde strafuitvoeringsmodaliteiten redelijk evenredig is met het nagestreefde doel, rekening houdend met de redenen waarom de betrokken strafuitvoeringsmodaliteiten zijn ingevoerd.

B.90.1. De strafuitvoeringsmodaliteiten waarop de bestreden bepalingen betrekking hebben, strekken ertoe de sociale re-integratie van de veroordeelde te bevorderen, hem in staat te stellen om, gedurende de periode van zijn detentie, familiale, affectieve en sociale contacten in stand te houden, of hem toe te laten het hoofd te bieden aan een ernstige en uitzonderlijke situatie van familiale aard.

De toekenning van die modaliteiten is nooit automatisch en vindt slechts plaats nadat de bevoegde overheid, naar gelang van het geval, zorgvuldig het realistische en doenbare karakter van het voorgelegde reclasseringsplan heeft beoordeeld, alsook de eventuele tegenaanwijzingen die meer bepaald verband houden met het risico van herhaling, met het risico dat de veroordeelde aan de slachtoffers overlast bezorgt en met het risico dat hij zich aan de uitvoering van zijn straf onttrekt. Vóór de inwerkingtreding van de bestreden bepalingen hielden de bevoegde overheden, bij dat onderzoek, rekening met de specifieke verblijfsituatie van de buitenlandse aanvragers in het licht van zowel de mogelijkheden tot re-integratie als het risico van onttrekking aan de uitvoering van de straf.

De beslissingen om een strafuitvoeringsmodaliteit toe te kennen, hebben betrekking op de uitvoering van de gevangenisstraf en wijzigen de aard en de duur van de door de rechter uitgesproken vrijheidsstraffen niet. De uitvoering van de straf loopt tijdens de toepassing van de toegekende strafuitvoeringsmodaliteit. Zij wijzigen evenmin het verblijfsstatuut van de veroordeelde vreemdeling.

B.90.2. De bestreden bepalingen sluiten alle vreemdelingen van wie de aanwezigheid op het grondgebied niet gedekt is door een machtiging tot verblijf op het ogenblik dat zij verzoeken om een in B.86 vermelde strafuitvoeringsmodaliteit, uit van de mogelijkheid om die laatste aan te vragen en te verkrijgen, ongeacht de feiten die zij hebben begaan, de straf die tegen hen is uitgesproken, hun gedrag sinds hun opsluiting, de historiek van hun administratieve verblijfsituatie, hun familiebanden in België en de mogelijkheid tot verwijdering wat hen betreft. Door het absolute en automatische karakter ervan verhinderen zij dat de bevoegde overheid hun aanvraag onderzoekt om een maatregel te genieten die hen in staat stelt hun sociale re-integratie voor te bereiden of familiale, affectieve en sociale contacten in stand te houden.

B.90.3. Door de overheden die bevoegd zijn voor de toekenning van de strafuitvoeringsmodaliteiten niet toe te staan om te onderzoeken, in het licht van de concrete administratieve, familiale en sociale situatie van de buitenlandse aanvrager, of het gerechtvaardigd is hem de gevraagde modaliteit te weigeren om reden dat op grond van een advies van de Dienst Vreemdelingenzaken blijkt dat hij niet toegelaten of gemachtigd is tot een verblijf op het grondgebied, heeft de wetgever een onevenredige maatregel genomen.

B.90.4. In voorkomend geval kan een maatregel tot verwijdering van de betrokkene overigens, indien aan de voorwaarden is voldaan, worden uitgevoerd door middel van de toekenning van een maatregel overeenkomstig de artikelen 20/1 of 25/3 van de wet van 17 mei 2006. De toekenning van een door de bestreden bepalingen beoogde strafuitvoeringsmodaliteit belemmert in voorkomend geval de verwijdering van het grondgebied bijgevolg niet en belet de overheden dus ook niet om het beleid van hun keuze inzake de toegang tot het grondgebied te voeren.

B.91. Het door de bestreden bepalingen ingevoerde verschil in behandeling onder tot een vrijheidsstraf veroordeelde personen, op grond van hun verblijfsstatuut, is niet redelijk verantwoord en heeft onevenredige gevolgen ten aanzien van de aangevoerde grondrechten.

Het middel is in die mate gegrond. De artikelen 148, 153 en 163 van de wet van 5 februari 2016 dienen te worden vernietigd.

Die vernietiging staat er niet aan in de weg dat de wetgever voor elke overwogen strafuitvoeringsmodaliteit oordeelt of het relevant is die uit te sluiten voor sommige categorieën van vreemdelingen die niet tot het verblijf gemachtigd zijn, met naleving van het evenredigheidsbeginsel.

De bevoegdheden die de parketjuristen mogen uitoefenen

B.92.1. De verzoekende partij in de zaak nr. 6494 leidt een derde middel af uit de schending, door artikel 197 van de wet van 5 februari 2016, van de artikelen 10, 11 en 12 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 151, § 1, van de Grondwet, 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.

B.92.2. Het bestreden artikel 197 vult artikel 162, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek aan met vijf leden, die luiden :

« Bij een met redenen omklede individuele beschikking en na positief advies van de bevoegde procureur-generaal, kan de korpschef de uitoefening van alle bevoegdheden van het openbaar ministerie delen met de bij het parket-generaal, het auditoraat-generaal, het federaal parket, het parket of het arbeidsauditoraat aangewezen vastbenoemde parketjuristen, voor zover deze over een anciënniteit van ten minste twee jaar als jurist binnen de rechterlijke orde beschikken.

De in het derde lid bedoelde parketjuristen kunnen de strafvordering voor de politierechtbank uitoefenen, behoudens wat inbreuken op artikel 419, tweede lid, van het Strafwetboek betreft.

Uitgesloten zijn :

- de bevoegdheid van het uitoefenen van de strafvordering voor de hoven van assisen, voor de kamers voor correctionele zaken van de hoven van beroep en voor de correctionele rechtbanken;

- de bevoegdheden van het openbaar ministerie in het kader van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis;

- het vorderingsrecht tot het opleggen van maatregelen op grond van als misdrijf omschreven feiten voor de jeugdkamers van de hoven van beroep of de jeugdrechtbank.

De bevoegdheden die enkel parketmagistraten die daartoe een bijzondere, door de wet voorgeschreven opleiding hebben gevolgd, kunnen uitoefenen, kunnen de parketjuristen enkel uitoefenen mits eenzelfde opleiding gevolgd te hebben.

De werkelijk gepresteerde diensten in de hoedanigheid van contractueel jurist worden in aanmerking genomen voor de berekening van de vereiste anciënniteit. Deze toekenning van bevoegdheden kan op elk ogenblik door de korpschef worden ingetrokken. De parketjurist staat onder het gezag en toezicht van zijn korpschef en oefent de hem toegekende bevoegdheden uit onder de verantwoordelijkheid van een of meerdere magistraten ».

B.93.1. In het eerste onderdeel van dat middel verwijt de verzoekende partij de bestreden bepaling dat zij niet uitdrukkelijk alle bevoegdheden beoogt die de parketjuristen kunnen uitoefenen, hetgeen in strijd zou zijn met het beginsel van de wettigheid van de strafvervolgingen gewaarborgd bij artikel 12, tweede lid, van de Grondwet.

B.93.2. Artikel 12, tweede lid, van de Grondwet bepaalt :

« Niemand kan worden vervolgd dan in de gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die zij voorschrijft ».

B.93.3. De in artikel 12, tweede lid, van de Grondwet vermelde beginselen van wettigheid en voorspelbaarheid van de strafrechtspleging zijn van toepassing op de hele rechtspleging, met inbegrip van de stadia van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek.

De vereiste van voorspelbaarheid van de strafrechtspleging waarborgt elke burger dat tegen hem enkel een opsporingsonderzoek, een gerechtelijk onderzoek en een vervolging kunnen worden ingesteld volgens een bij de wet vastgestelde procedure waarvan hij vóór de aanwending ervan kennis kan nemen.

B.94.1. Het voorontwerp van de bestreden bepaling verleende aan de minister van Justitie, op advies van het college van procureurs-generaal, delegatie om de bevoegdheden te bepalen waarvan de uitoefening door de korpschef kon worden toegewezen aan de parketjuristen, met uitzondering van het uitoefenen van de strafvordering voor de kamers voor correctionele zaken van de hoven van beroep en de correctionele rechtbanken en van de bevoegdheden van het openbaar ministerie in het kader van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 234).

B.94.2. De afdeling wetgeving van de Raad van State heeft in dat verband opgemerkt :

« Wel kan het bepalen van de bevoegdheden die kunnen worden uitgeoefend door de parketmagistraten, niet worden overgelaten aan de minister bevoegd voor Justitie. [Er] moet [...] worden gewezen [op het feit] dat nu bepaalde bevoegdheden betrekking kunnen hebben op de ' vorm van de vervolging ' in de zin van artikel 12, tweede lid, van de Grondwet, krachtens het daarin opgenomen legaliteitsbeginsel vereist is dat de wetgever zelf de bevoegdheden vaststelt die in aanmerking komen voor uitoefening door parketjuristen » (*ibid.*, p. 306).

B.94.3. In antwoord op die opmerking heeft de wetgever de delegatie aan de minister van Justitie weggelaten en beslist dat alle bevoegdheden van het openbaar ministerie, met uitzondering van die welke hij nauwkeurig heeft opgesomd, kunnen worden uitgeoefend door de parketjuristen die door de korpschef worden aangewezen. In de memorie van toelichting wordt voorts gepreciseerd :

« In antwoord op deze opmerking van de Raad van State kan worden gesteld dat het niet de bedoeling is dat parketjuristen de strafvordering zouden uitoefenen of tot strafvervolging zouden overgaan, behalve voor de politierechtbank. Daarom wordt, overeenkomstig de opmerking van de Raad van State, de bevoegdheid van de parketjuristen om de strafvordering voor de politierechtbank uit te oefenen, expliciet in deze bepaling opgenomen. Er wordt een uitzondering voorzien voor de inbreuken op artikel 419, tweede lid, van het Strafwetboek (verkeersongevallen met dodelijke afloop) » (*ibid.*, p. 147).

« Evenwel is het niet mogelijk een exhaustieve opsomming van alle mogelijke taken van een parketjurist met deze bijzondere bevoegdheid in de wet op te nemen.

Het betreft immers niet alleen alle handelingen die ertoe strekken de misdrijven, hun daders en de bewijzen ervan op te sporen en de gegevens te verzamelen die dienstig zijn voor de uitoefening van de strafvordering overeenkomstig artikel 28bis, § 1, van het Wetboek van strafvordering, doch ook, bijvoorbeeld, de inwinning van informatie met het oog op herstel in eer en rechten overeenkomstig artikel 621 e.v. van het Wetboek van strafvordering » (*ibid.*, p. 149).

B.95. Door te bepalen dat aan de parketjuristen die aan de anciënniteitsvoorwaarden voldoen « alle bevoegdheden van het openbaar ministerie » kunnen worden toegewezen, met uitzondering van bepaalde op limitatieve wijze opgesomde bevoegdheden, definieert het bestreden artikel de betrokken bevoegdheden op nauwkeurige en duidelijke wijze. Het is immers, bij het lezen van de bepaling, mogelijk na te gaan of de uitoefening van een bepaalde bevoegdheid van het openbaar ministerie kan worden toegewezen aan een parketjurist die voldoet aan de daartoe vastgestelde voorwaarden, daar zulks het geval is wanneer de betrokken bevoegdheid niet is opgenomen onder de opgesomde uitzonderingen.

B.96.1. In het tweede onderdeel van dat middel verwijt de verzoekende partij de bestreden bepaling twee fundamenteel verschillende categorieën van personen, namelijk de magistraten van het openbaar ministerie, enerzijds, en de parketjuristen, anderzijds, op dezelfde wijze te behandelen door hun dezelfde prerogatieven toe te vertrouwen, hetgeen een schending zou inhouden van het recht op een eerlijk proces van de rechtzoekenden in zoverre afbreuk zou worden gedaan aan het beginsel van de onafhankelijkheid van de magistraten van het openbaar ministerie.

B.96.2. Artikel 151, § 1, eerste lid, van de Grondwet bepaalt :

« De rechters zijn onafhankelijk in de uitoefening van hun rechtsprekende bevoegdheden. Het openbaar ministerie is onafhankelijk in de individuele opsporing en vervolging onverminderd het recht van de bevoegde minister om de vervolging te bevelen en om de bindende richtlijnen van het strafrechtelijk beleid, inclusief die van het opsporings- en vervolgingsbeleid, vast te leggen ».

B.97. Met de bestreden bepaling wilde de wetgever « de werklast van parketmagistraten [...] verlichten » door de korpschef toe te laten hen te ontlasten van bepaalde bevoegdheden die door een parketjurist kunnen worden uitgeoefend, « uiteraard nog steeds onder zijn gezag en toezicht en onder de verantwoordelijkheid van een of meerdere magistraten ». Voor de korpschef of voor de magistraten van het openbaar ministerie gaat het niet erom bevoegdheden te verliezen, maar wel te delen met de parketjuristen, zodat zij nog steeds « naast de parketjurist kunnen optreden » (*ibid.*, p. 147).

B.98.1. Het is juist dat de magistraten en de parketjuristen op onderscheiden wijze worden aangeworven en dat zij een verschillend statuut hebben, met name inzake tucht, zodat de parketjuristen niet dezelfde waarborg van onafhankelijkheid als de magistraten van het openbaar ministerie vertonen.

B.98.2. Niettemin heeft de wetgever erover gewaakt dat het delen van de bevoegdheden van de magistraten van het openbaar ministerie met de parketjuristen gepaard gaat met waarborgen die kunnen verzekeren dat de uitoefening van de strafvordering en alle door het parket uitgevoerde taken verder op onafhankelijke wijze gebeurt. Aldus kan de bevoegdheid om de strafvordering uit te oefenen, nog steeds niet worden uitgeoefend door de parketjuristen, met uitzondering van de strafvordering voor de politierechtbanken, behalve voor de feiten bedoeld in artikel 419, tweede lid, van het Strafwetboek. Hetzelfde geldt voor de bevoegdheden van het openbaar ministerie in het kader van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis en zijn bevoegdheid met betrekking tot als misdrijf omschreven feiten voor de jeugdgerechten. De toewijzing heeft overigens op een individuele basis plaats, rekening houdend met de persoonlijkheid, de kennis, de bevoegdheden, de ervaring en de opleiding van iedere parketjurist en de toegekende bevoegdheden worden uitgeoefend onder het gezag en het toezicht van de magistraten van het openbaar ministerie. Ten slotte kan de korpschef die bevoegdheidstoewijzing op elk ogenblik intrekken, zonder dat die intrekking moet worden beschouwd als een tuchtsanctie.

B.99. Hieruit vloeit voort dat de mogelijkheid, voor de korpschef, om de bevoegdheden van de magistraten van het openbaar ministerie toe te wijzen aan de parketjuristen, met uitzondering van de in de bestreden bepaling opgesomde taken, geen afbreuk doet aan de onafhankelijkheid van het openbaar ministerie en derhalve aan het recht op een eerlijk proces van de rechtzoekenden.

B.100. Het middel dat is gericht tegen artikel 197 van de wet van 5 februari 2016, is in geen enkel van de onderdelen ervan gegrond.

Om die redenen,
het Hof

1. vernietigt in de wet van 5 februari 2016 tot wijziging van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie :

- de artikelen 6 en 121 tot 123, alsmede de artikelen 15, 17, 1^o en 2^o, 18, 1^o en 2^o, 19, 2^o, 36, 151, 155 en 170, 2^o;
- artikel 63, 1^o;
- de artikelen 127 en 137;

- artikel 132, 1^o, in zoverre het de raadkamer, uitspraak doende in het stadium van de regeling van de rechtspleging, niet toelaat aan de inverdenkinggestelde die tijdens de voorlopige hechtenis in een strafinrichting verblijft, het voordeel van de voorlopige hechtenis onder elektronisch toezicht toe te kennen;

- de artikelen 148, 153 en 163;

2. handhaaft de gevolgen van :

- de artikelen 6, 15, 17, 1^o en 2^o, 18, 1^o en 2^o, 19, 2^o, 36, 121 tot 123, 151, 155 en 170, 2^o, van de wet van 5 februari 2016 ten aanzien van de beslissingen die op grond van die bepalingen zijn genomen vóór de datum van bekendmaking van dit arrest in het *Belgisch Staatsblad*;

- artikel 63, 1^o, van de wet van 5 februari 2016 ten aanzien van de huiszoekingen die zijn uitgevoerd vóór de datum van bekendmaking van dit arrest in het *Belgisch Staatsblad*;

- de artikelen 127 en 137 van de wet van 5 februari 2016 tot de datum van bekendmaking van dit arrest in het *Belgisch Staatsblad*;

3. verwerpt de beroepen voor het overige,

- onder voorbehoud van de in B.39.2 en in B.39.3 vermelde interpretatie van artikel 187, § 6, van het Wetboek van strafvordering, zoals vervangen bij artikel 83 van de wet van 5 februari 2016;

- rekening houdend met hetgeen in B.44.4 en in B.45 is vermeld inzake artikel 204 van het Wetboek van strafvordering, zoals vervangen bij artikel 89 van de wet van 5 februari 2016.

Aldus gewezen in het Nederlands, het Frans en het Duits, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op 21 december 2017.

De griffier,
F. Meersschaut

De voorzitter,
E. De Groot

COUR CONSTITUTIONNELLE

[2017/207063]

Extrait de l'arrêt n° 148/2017 du 21 décembre 2017

Numéros du rôle : 6492, 6493, 6494, 6495, 6496, 6497 et 6498

En cause : les recours en annulation partielle de la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, introduits par Luc Lamine et Alphonsius Mariën, par l'ASBL « Syndicat des Avocats pour la Démocratie », par Auguste Verwerft, par l'ASBL « Liga voor Mensenrechten », par l'ASBL « Ligue des Droits de l'Homme » et l'ASBL « Association Syndicale des Magistrats » et par l'Ordre des barreaux francophones et germanophone.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents E. De Groot et J. Spreutels, et des juges L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, T. Merckx-Van Goeij, P. Nihoul, F. Daoût, T. Giet et R. Leysen, assistée du greffier F. Meersschart, présidée par le président E. De Groot,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

I. *Objet des recours et procédure*

a. Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 11 août 2016 et parvenue au greffe le 12 août 2016, Luc Lamine et Alphonsius Mariën ont introduit un recours en annulation de l'article 6 et des articles 7, 11, 14, 1^o, 15, 17, 18, 19, 2^o, 36, 151, 155 et 170, 2^o, qui y sont liés, de la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice (publiée au *Moniteur belge* du 19 février 2016, quatrième édition).

b. Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 11 août 2016 et parvenue au greffe le 12 août 2016, Luc Lamine a introduit un recours en annulation des articles 127 à 130, 136 et 137 de la même loi, ainsi que des articles indissociablement liés à ces dispositions, notamment l'article 121.

c. Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 16 août 2016 et parvenue au greffe le 17 août 2016, l'ASBL « Syndicat des Avocats pour la Démocratie », assistée et représentée par Me A. Lebeau, avocat au barreau de Charleroi, et Me L. Laperche, avocat au barreau de Bruxelles, a introduit un recours en annulation des articles 63, 1^o, 132, 1^o, et 197 de la même loi.

d. Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 16 août 2016 et parvenue au greffe le 17 août 2016, Auguste Verwerft a introduit un recours en annulation de l'article 6 et des articles 7, 11, 14, 1^o, 15, 17, 18, 19, 2^o, 36, 151, 155 et 170, 2^o, de la même loi, qui y sont liés.

e. Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 17 août 2016 et parvenue au greffe le 18 août 2016, l'ASBL « Liga voor Mensenrechten », assistée et représentée par Me J. Vander Velpen, avocat au barreau d'Anvers, et Me J. Heymans, avocat au barreau de Gand, a introduit un recours en annulation de la même loi, et, en particulier, de ses articles 63, 83, § 6, 121, 122, 123 et 127.

f. Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 18 août 2016 et parvenue au greffe le 22 août 2016, un recours en annulation de la même loi, et, en particulier, de ses articles 63, 83, § 6, 1^o, 89, 121, 127, 137, 148, 153 et 163, a été introduit par l'ASBL « Ligue des Droits de l'Homme » et l'ASBL « Association Syndicale des Magistrats », assistées et représentées par Me D. Ribant, Me C. Macq et Me D. de Beco, avocats au barreau de Bruxelles.

g. Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 18 août 2016 et parvenue au greffe le 22 août 2016, l'« Ordre des barreaux francophones et germanophone », assisté et représenté par Me V. Letellier, Me H. Sax et Me A. Schaus, avocats au barreau de Bruxelles, a introduit un recours en annulation de la même loi, et, en particulier, de ses articles 2 à 6, 12 à 18, 36, 51, 66, 1^o, 83, 99, 100, 115, 121, 122, 127 à 130, 136, 137, 151, 155 et 170.

Ces affaires, inscrites sous les numéros 6492, 6493, 6494, 6495, 6496, 6497 et 6498 du rôle de la Cour, ont été jointes.

(...)

II. *En droit*

(...)

Quant à la loi attaquée

B.1.1. La loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice (aussi appelée la « loi pot-pourri II ») vise à améliorer et à moderniser le droit pénal et la procédure pénale, afin de rendre l'administration de la justice plus efficace, plus rapide et plus économique sans compromettre la qualité de l'administration de la justice ou les droits fondamentaux des justiciables (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 3, et DOC 54-1418/005, p. 5).

La loi du 5 février 2016 s'inscrit dans une réforme plus large de la justice, qui est exposée dans le plan du ministre de la Justice « Une plus grande efficacité pour une meilleure justice », présenté le 18 mars 2015 à la Chambre des représentants. Par la loi précitée, « dans l'attente de la réforme globale du droit de la procédure pénale, des mesures ponctuelles peuvent déjà être prises, dont on peut supposer qu'elles auront immédiatement une influence positive sur la charge de travail et sur l'efficacité de la procédure, sans toucher aux droits fondamentaux des parties à la procédure. [...] Certaines de ces mesures sont ponctuelles, d'autres plus fondamentales. Elles ont en commun leur but, qui est d'améliorer et moderniser le service de la justice et de réduire les gaspillages de temps, d'énergie et d'argent, qui sont devenus insupportables » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 4).

B.1.2. Les parties requérantes demandent l'annulation des dispositions suivantes de la loi du 5 février 2016, que la Cour examine dans l'ordre suivant :

- les articles 6, 121, 122 et 123 et les dispositions indissociablement liées, relatifs à l'augmentation des peines pour les crimes correctionnalisés et à la généralisation de la possibilité de correctionnaliser les crimes (B.2 à B.17);
- l'article 63, relatif à l'extension de la « mini-instruction » à la perquisition (B.18 à B.22);
- l'article 66, 1^o, relatif à la suppression de la sanction automatique de nullité en cas de vice affectant l'ordonnance autorisant l'écoute et l'enregistrement de communications (B.23 à B.29);
- l'article 83, relatif à la limitation de la possibilité de faire opposition (B.30 à B.40);
- l'article 89, relatif à l'instauration de l'obligation d'introduire, en degré d'appel, une requête contenant les griefs (B.41 à B.46);
- les articles 99, 100 et 115, relatifs à la suppression du pourvoi en cassation immédiat contre les décisions de la chambre des mises en accusation statuant en application des articles 135, 235^{bis} et 235^{ter} du Code d'instruction criminelle (B.47 à B.56);
- les articles 128, 129, 130 et 136, relatifs à la modification des délais de maintien de la détention préventive (B.57 à B.68);
- les articles 127 et 137, relatifs à la limitation du pourvoi en cassation immédiat contre les décisions de la chambre des mises en accusation concernant la détention préventive (B.69 à B.79);

- l'article 132, relatif au maintien de la détention préventive sous surveillance électronique par la chambre du conseil lors du règlement de la procédure (B.80 à B.84);
- les articles 148, 153 et 163, relatifs à l'exclusion des modalités de la peine pour les personnes qui ne disposent pas d'un titre de séjour (B.85 à B.91);
- l'article 197, relatif à l'instauration de la possibilité de charger des juristes de parquet de certaines compétences du ministère public (B.92 à B.100).

Quant au fond

L'augmentation de la durée des peines pour les crimes correctionnalisés et la généralisation de la possibilité de correctionnaliser les crimes

B.2. Les parties requérantes dans les affaires n^{os} 6492 et 6495 demandent l'annulation de l'article 6 de la loi du 5 février 2016. Elles demandent en outre à la Cour d'annuler également les dispositions qui sont indissociables de cet article, en particulier les articles 7, 11, 14, 1^o, 15, 17, 18, 19, 2^o, 36, 151, 155 et 170, 2^o, de la même loi. La partie requérante dans l'affaire n^o 6496 demande l'annulation des articles 121, 122 et 123 de la même loi. La partie requérante dans l'affaire n^o 6497 demande l'annulation de l'article 121 de la même loi.

B.3.1. L'article 6, attaqué, de la loi du 5 février 2016 dispose :

« Dans l'article 25 du [Code pénal], modifié par la loi du 21 décembre 2009, l'alinéa 5 est remplacé par ce qui suit :
' Elle est de vingt-huit ans au plus s'il s'agit d'un crime punissable de la réclusion de vingt ans à trente ans qui a été correctionnalisé.

Elle est de trente-huit ans au plus s'il s'agit d'un crime punissable de la réclusion de trente ans à quarante ans qui a été correctionnalisé.

Elle est de quarante ans au plus s'il s'agit d'un crime punissable de la réclusion à perpétuité qui a été correctionnalisé. ' ».

L'article 25, ainsi modifié, du Code pénal dispose :

« La durée de l'emprisonnement correctionnel est, sauf les cas prévus par la loi, de huit jours au moins et de cinq ans au plus.

Elle est de cinq ans au plus s'il s'agit d'un crime punissable de la réclusion de cinq ans à dix ans qui a été correctionnalisé.

Elle est de dix ans au plus s'il s'agit d'un crime punissable de la réclusion de dix ans à quinze ans qui a été correctionnalisé.

Elle est de quinze ans au plus s'il s'agit d'un crime punissable de la réclusion de quinze ans à vingt ans qui a été correctionnalisé.

Elle est de vingt-huit ans au plus s'il s'agit d'un crime punissable de la réclusion de vingt ans à trente ans qui a été correctionnalisé.

Elle est de trente-huit ans au plus s'il s'agit d'un crime punissable de la réclusion de trente ans à quarante ans qui a été correctionnalisé.

Elle est de quarante ans au plus s'il s'agit d'un crime punissable de la réclusion à perpétuité qui a été correctionnalisé.

La durée d'un jour d'emprisonnement est de vingt-quatre heures.

La durée d'un mois d'emprisonnement est de trente jours ».

B.3.2. L'article 121, attaqué, de la loi du 5 février 2016 dispose :

« Dans l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, remplacé par la loi du 21 décembre 2009 et modifié par les lois des 27 décembre 2012 et 14 janvier 2013, l'alinéa 3 est abrogé ».

L'article 2, ainsi modifié, de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes dispose :

« Dans le cas où il y aurait lieu de ne prononcer qu'une peine correctionnelle en raison de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse, la chambre du conseil ou la chambre des mises en accusation peut, par ordonnance motivée, renvoyer l'inculpé au tribunal correctionnel.

De la même manière, dans les cas où une instruction n'a pas été requise, le ministère public peut, s'il estime qu'il n'y a pas lieu de requérir une peine plus sévère qu'une peine correctionnelle en raison de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse, citer directement ou convoquer le prévenu devant le tribunal correctionnel en indiquant ces circonstances atténuantes ou la cause d'excuse ».

B.3.3. L'article 122, attaqué, de la loi du 5 février 2016 dispose :

« Dans l'article 3, alinéa 3, de la même loi, remplacé par la loi du 1^{er} février 1977 et modifié par les lois des 11 juillet 1994 et 8 juin 2008, les mots ' et peut l'être en vertu de l'article 2, alinéa 3 ' sont abrogés ».

L'article 3, ainsi modifié, de la loi du 4 octobre 1867 dispose :

« Le tribunal correctionnel, devant lequel l'inculpé est renvoyé, ne peut décliner sa compétence en ce qui concerne les circonstances atténuantes ou la cause d'excuse.

Il peut cependant décliner sa compétence en ce qui concerne les circonstances atténuantes ou la cause d'excuse s'il est saisi en application de l'article 2, alinéa 2.

Il peut se déclarer compétent en admettant les circonstances atténuantes ou la cause d'excuse lorsqu'il constate que le crime dont il a été saisi n'a pas été correctionnalisé ».

B.3.4. L'article 123, attaqué, de la loi du 5 février 2016 dispose :

« Dans l'article 5 de la même loi, modifié par les lois des 11 juillet 1994 et 8 juin 2008, l'alinéa 2 est abrogé ».

L'article 5, ainsi modifié, de la loi du 4 octobre 1867 dispose :

« Le tribunal de police devant lequel le prévenu sera renvoyé ne pourra décliner sa compétence en ce qui concerne les circonstances atténuantes, et il pourra prononcer les peines de police.

Il peut se déclarer compétent en admettant les circonstances atténuantes que la chambre du conseil, la chambre de mise en accusation ou le ministère public a omis d'énoncer lorsqu'il a été saisi du fait mentionné à l'article 4, alinéa 1^{er} ».

B.4.1. L'article 1^{er} du Code pénal répartit les infractions selon les catégories suivantes :

« L'infraction que les lois punissent d'une peine criminelle est un crime.

L'infraction que les lois punissent d'une peine correctionnelle est un délit.

L'infraction que les lois punissent d'une peine de police est une contravention ».

Aux termes de l'article 7, 1^o, du Code pénal, les peines criminelles sont la réclusion et la détention. Aux termes de l'article 7, 2^o, du Code pénal, les peines correctionnelles sont l'emprisonnement, la peine de surveillance électronique, la peine de travail et la peine de probation autonome.

Avant l'entrée en vigueur de la loi attaquée du 5 février 2016, les articles 8 et 9 du Code pénal disposaient que la réclusion était à perpétuité ou pouvait être prononcée pour un terme de cinq à dix ans, de dix à quinze ans, de quinze à vingt ans ou de vingt à trente ans. L'article 2 de la loi attaquée du 5 février 2016 y ajoute la réclusion prononcée pour un terme de trente à quarante ans.

B.4.2. L'article 25 du Code pénal fixe les peines maximales pouvant être prononcées par les tribunaux correctionnels. A l'origine, cette disposition était libellée comme suit :

« La durée de l'emprisonnement correctionnel est de huit jours au moins et de cinq années au plus, sauf les cas exceptés par la loi.

La durée d'un jour d'emprisonnement est de vingt-quatre heures.

La durée d'un mois d'emprisonnement est de trente jours ».

Bien que cette disposition ait toujours permis de déroger aux durées habituelles de l'emprisonnement correctionnel, la loi du 1^{er} février 1977 modifiant la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes et le Code pénal a été la première loi à prévoir une dérogation générale, en disposant que l'emprisonnement pour un crime correctionnalisé punissable des travaux forcés était de dix ans au plus. Depuis la modification de l'article 25 du Code pénal par la loi du 23 janvier 2003 relative à la mise en concordance des dispositions légales en vigueur avec la loi du 10 juillet 1996 portant abolition de la peine de mort et modifiant les peines criminelles, la durée de l'emprisonnement était de dix ans au plus pour un « crime punissable de la réclusion de dix ans à quinze ans ou pour un terme supérieur ou de la réclusion à perpétuité, qui a été correctionnalisé ».

La loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises a porté la peine maximale pouvant être prononcée par un tribunal correctionnel à un emprisonnement de vingt ans. Une peine d'emprisonnement de quinze ans au plus pouvait depuis lors être prononcée pour un crime punissable de la réclusion de quinze à vingt ans qui a été correctionnalisé. Une peine d'emprisonnement de vingt ans au plus pouvait depuis lors être prononcée pour un crime punissable de la réclusion de vingt à trente ans ou de la réclusion à perpétuité qui a été correctionnalisé.

B.4.3. L'article 6, attaqué, de la loi du 5 février 2016 porte à quarante ans la peine maximale pouvant être prononcée par un tribunal correctionnel. Il ajoute trois nouvelles durées d'emprisonnement à celles prévues par l'article 25 du Code pénal, à savoir un emprisonnement de vingt-huit ans au plus pour un crime punissable de la réclusion de vingt à trente ans qui a été correctionnalisé, un emprisonnement de trente-huit ans au plus pour un crime punissable de la réclusion de trente à quarante ans qui a été correctionnalisé, et un emprisonnement de quarante ans au plus pour un crime punissable de la réclusion à perpétuité qui a été correctionnalisé.

B.5.1. En vertu de l'article 79 du Code pénal, les peines criminelles sont réduites conformément aux articles 80 à 84 du même Code, s'il existe des circonstances atténuantes. L'article 80 du Code pénal, tel qu'il a été modifié par l'article 17 de la loi attaquée du 5 février 2016, dispose :

« La réclusion à perpétuité sera remplacée par la réclusion à temps ou par un emprisonnement de trois ans au moins et de quarante ans au plus.

La réclusion de trente ans à quarante ans par la réclusion de trente-huit ans ou pour un terme inférieur ou par un emprisonnement de trois ans au moins et de trente-huit ans au plus.

La réclusion de vingt ans à trente ans, par la réclusion de vingt-huit ans ou pour un terme inférieur ou par un emprisonnement de trois ans au moins et de vingt-huit ans au plus.

La réclusion de quinze ans à vingt ans, par la réclusion de dix ans à quinze ans ou de cinq ans à dix ans ou par un emprisonnement d'un an au moins et de quinze ans au plus.

La réclusion de dix ans à quinze ans, par la réclusion de cinq ans à dix ans ou par un emprisonnement de six mois au moins et de dix ans au plus.

La réclusion de cinq ans à dix ans, par un emprisonnement d'un mois au moins et de cinq ans au plus ».

Cette disposition ne concerne pas l'incidence de la prise en considération de circonstances atténuantes sur la compétence du juge mais uniquement l'influence de l'existence de circonstances atténuantes sur la fixation du taux de la peine, en vue d'individualiser cette peine. Elle permet en effet à la cour d'assises, lorsque celle-ci admet des circonstances atténuantes, de choisir entre la réclusion et une peine d'emprisonnement pour tous les crimes qui sont punis d'une réclusion de dix ans jusqu'à la perpétuité et de prononcer une peine d'emprisonnement de cinq ans au plus pour les crimes que la loi punit d'une réclusion de cinq à dix ans. Les durées des deux peines éventuelles se recouvrent chaque fois largement.

B.5.2. Le fondement du changement de juridiction compétente, en cas de correctionnalisation de crimes, se trouve dans la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes.

En vertu de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 4 octobre 1867, l'appréciation des circonstances atténuantes appartient aux juridictions de jugement, aux juridictions d'instruction et au ministère public. En vertu de l'article 1^{er}, alinéa 2, de la même loi, qui impose, en la matière, l'obligation de motivation, ces circonstances atténuantes doivent être indiquées dans les arrêts et jugements. En vertu de l'article 2, alinéa 2, de la même loi, le ministère public doit indiquer ces circonstances atténuantes lorsqu'il procède à une citation directe pour un crime correctionnalisé.

B.5.3.1. Avant sa modification par l'article 121, attaqué, de la loi du 5 février 2016, l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867, tel qu'il a été remplacé par la loi du 21 novembre 2009 et modifié par les lois des 27 décembre 2012 et 14 janvier 2013, disposait :

« Dans le cas où il y aurait lieu de ne prononcer qu'une peine correctionnelle en raison de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse, la chambre du conseil ou la chambre des mises en accusation peut, par ordonnance motivée, renvoyer l'inculpé au tribunal correctionnel.

De la même manière, dans les cas où une instruction n'a pas été requise, le ministère public peut, s'il estime qu'il n'y a pas lieu de requérir une peine plus sévère qu'une peine correctionnelle en raison de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse, citer directement ou convoquer le prévenu devant le tribunal correctionnel en indiquant ces circonstances atténuantes ou la cause d'excuse.

La citation directe ou la convocation par le ministère public, ainsi que le renvoi par la chambre du conseil ou la chambre des mises en accusation en raison de circonstances atténuantes, ne sont possibles que dans les cas suivants :

1° si la peine prévue par la loi n'excède pas vingt ans de réclusion;

2° s'il s'agit d'une tentative de crime qui est puni de la réclusion à perpétuité;

3° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 216, alinéa 2, du Code pénal;

4° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 347bis, §§ 2 et 4, du Code pénal;

5° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 375, dernier alinéa, du Code pénal, et pour lequel la peine peut, le cas échéant, être augmentée en application de l'article 377bis du même Code;

5°/1 s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 405quater, 6°, du Code pénal;

6° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 408 du Code pénal;

6°/1 s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 410bis, alinéa 3, 5°, du Code pénal;

7° s'il s'agit d'un crime qui est visé aux articles 428, § 5, et 429 du Code pénal;

8° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 473, dernier alinéa, du Code pénal;

9° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 474 du Code pénal;

10° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 476 du Code pénal.

11° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 477*sexies* du Code pénal;

12° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 513, alinéa 2, du Code pénal, et pour lequel la peine peut, le cas échéant, être augmentée en application de l'article 514*bis* du même Code;

13° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 518, alinéa 2, du Code pénal;

14° s'il s'agit d'un crime qui est visé à l'article 530, dernier alinéa, du Code pénal, qui est puni par application de l'article 531 du même Code et pour lequel la peine peut, le cas échéant, être augmentée en application de l'article 532*bis* du même Code ».

B.5.3.2. Avant sa modification par l'article 121, attaqué, de la loi du 5 février 2016, l'article 2, alinéa 3, de la loi du 4 octobre 1867 restreignait, au moyen d'une liste limitative, les pouvoirs dont disposaient la chambre du conseil, la chambre des mises en accusation et le ministère public pour correctionnaliser un crime sur la base de circonstances atténuantes. La règle générale était la suivante : un crime que la loi punissait d'une réclusion de plus de vingt ans ne pouvait être correctionnalisé. Avant le remplacement de l'article 2 précité par l'article 230 de la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises, la plupart des exceptions à cette règle étaient assorties d'une condition relative à la gravité des conséquences du crime pour la victime.

La loi du 21 décembre 2009 a supprimé cette condition et a ajouté à la liste limitative des crimes correctionnalisables, d'une part, la tentative de crime punissable de la réclusion à perpétuité et, d'autre part, certains crimes spécifiques que la loi punissait d'une réclusion de plus de vingt ans. L'article 21 de la loi du 27 décembre 2012 portant des dispositions diverses en matière de justice et l'article 3 de la loi du 14 janvier 2013 modifiant l'article 405*quater* du Code pénal et l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes ont également étendu la liste limitative des crimes correctionnalisés, respectivement au crime visé à l'article 410*bis*, alinéa 3, 5°, du Code pénal et au crime visé à l'article 405*quater*, 6°, du Code pénal.

B.5.3.3. L'article 121, attaqué, de la loi du 5 février 2016, a abrogé cette liste limitative, telle qu'elle figurait à l'article 2, alinéa 3, précité, de la loi du 4 octobre 1867. Par conséquent, la chambre du conseil, la chambre des mises en accusation et le ministère public peuvent désormais correctionnaliser tous les crimes en admettant des circonstances atténuantes, quelle que soit la durée maximale de la réclusion fixée par la loi pour ce crime et quelles que soient les conséquences de celui-ci pour la victime.

B.5.3.4. Les juridictions d'instruction et le ministère public ont donc toujours la possibilité de correctionnaliser un crime, en admettant des circonstances atténuantes, mais n'en ont jamais l'obligation. Abstraction faite de l'obligation de motiver les circonstances atténuantes prises en compte, la loi du 4 octobre 1867 ne contient toutefois aucun critère.

Le collège des procureurs généraux a adopté, dans sa circulaire n° 2/2016, du 17 février 2016, les directives suivantes :

« 2. Le ministère public applique le principe général selon lequel il requerra en chambre des mises en accusation le renvoi d'une affaire devant la cour d'assises uniquement dans les cas où il estimera, à ce stade de la procédure, devoir requérir la peine de réclusion criminelle à perpétuité en raison de l'absence de circonstances atténuantes.

Cette absence de circonstances atténuantes doit être motivée dans le réquisitoire écrit déposé en chambre des mises en accusation; elle peut par exemple résulter de la nature des faits eux-mêmes, du contexte dans lequel ils ont été commis ou de circonstances liées à la personnalité de l'inculpé.

3. Il va de soi que la mise en cause de plusieurs inculpés au sens des articles 66 à 69 du Code pénal emporte le renvoi de tous devant la cour d'assises eu égard à la connexité, sans préjudice des circonstances atténuantes qui pourraient éventuellement être invoquées par un ou plusieurs de ces inculpés.

4. Pour apprécier le renvoi ou non d'une affaire devant la cour d'assises, il convient de tenir compte de la présence d'antécédents judiciaires et/ou de condamnations antérieures.

L'existence d'antécédents (nature et nombre de délits ou de crimes, période à laquelle ils ont été commis) peut être en effet révélatrice de la personnalité criminelle de leur auteur.

Le total mathématique des condamnations antérieures n'est cependant pas en soi un critère décisif pour requérir le renvoi devant la cour d'assises.

5. Les présentes directives constituent une forme d'appui et un critère de réflexion pour le magistrat qui devra décider de la saisine de telle ou telle juridiction, après examen approfondi de tous les éléments du dossier.

Par application de ce qui précède, le procureur général désignera dans son ressort (tout comme le procureur fédéral dans son parquet) un magistrat de référence en cette matière. Ce magistrat assistera et encadrera ses collègues dans le processus décisionnel; il se tiendra informé du suivi des affaires criminelles importantes dans son ressort et mettra son expérience à profit pour répondre à toute question relative à l'application des présentes directives.

Il veillera à la cohérence du système et analysera notamment la jurisprudence de la chambre des mises en accusation en cette matière ».

B.5.3.5. Lorsqu'un crime est correctionnalisé en raison de la prise en considération de circonstances atténuantes par les juridictions d'instruction ou par le ministère public, le crime est réputé avoir été un délit dès le jour où il a été commis (Cass., 28 mai 1997, *Pas.*, 1997, n° 243; Cass., 5 février 2003, *Pas.*, 2003, n° 85).

B.5.4. Alors que la possibilité de correctionnaliser un crime en prenant en considération des circonstances atténuantes était à l'origine réservée aux juridictions d'instruction, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 1994 relative aux tribunaux de police et portant certaines dispositions relatives à l'accélération et à la modernisation de la justice pénale, cette possibilité est également ouverte au ministère public, lorsqu'il cite directement le prévenu devant la juridiction de jugement.

Lorsque le ministère public correctionnalise un crime, la citation doit énoncer les circonstances atténuantes prises en considération.

B.5.5.1. Avant sa modification par l'article 122, attaqué, de la loi du 5 février 2016, l'article 3 de la loi du 4 octobre 1867 disposait :

« Le tribunal correctionnel, devant lequel l'inculpé est renvoyé, ne peut décliner sa compétence en ce qui concerne les circonstances atténuantes ou la cause d'excuse.

Il peut cependant décliner sa compétence en ce qui concerne les circonstances atténuantes ou la cause d'excuse s'il est saisi en application de l'article 2, alinéa 2.

Il peut se déclarer compétent en admettant les circonstances atténuantes ou la cause d'excuse lorsqu'il constate que le crime dont il a été saisi n'a pas été correctionnalisé et peut l'être en vertu de l'article 2, alinéa 3 ».

L'article 122, attaqué, de la loi du 5 février 2016 a abrogé, dans l'article 3, alinéa 3, de la loi du 4 octobre 1867, les mots « et peut l'être en vertu de l'article 2, alinéa 3 », étant donné que l'article 2, alinéa 3, auquel il est fait référence, a été abrogé par l'article 121, attaqué, de la loi du 5 février 2016.

B.5.5.2. En vertu de l'article 3, alinéa 1^{er}, de la loi du 4 octobre 1867, le tribunal correctionnel devant lequel un crime est renvoyé avec admission de circonstances atténuantes ne peut décliner sa compétence en ce qui concerne les circonstances atténuantes, si le renvoi a été prononcé par la chambre du conseil ou par la chambre des mises en accusation. Ainsi, les circonstances atténuantes régulièrement admises par la chambre du conseil ou par la chambre des mises en accusation sont contraignantes pour la juridiction de jugement, qui ne peut rejeter l'existence de celles-ci. De cette manière, les juridictions d'instruction décident à l'avance que la juridiction de jugement, si elle déclare les faits prouvés, doit tenir compte de circonstances atténuantes pour fixer le taux de la peine.

En vertu de l'article 3, alinéa 2, de la loi du 4 octobre 1867, le tribunal correctionnel devant lequel les auteurs présumés d'un crime sont cités avec admission de circonstances atténuantes peut cependant décliner sa compétence en ce qui concerne les circonstances atténuantes, si la saisine de la juridiction résulte d'une citation directe par le ministère public. Le fait que le ministère public indique des circonstances atténuantes n'est donc pas contraignant pour le tribunal correctionnel. Néanmoins, si le tribunal correctionnel se déclare compétent, il est tenu de prendre en compte les circonstances atténuantes indiquées par le ministère public.

B.5.6. L'article 4 de la loi du 4 octobre 1867, qui n'a pas été modifié par la loi attaquée du 5 février 2016, dispose :

« Lorsque le fait imputé est punissable de l'emprisonnement ou de l'amende et que, sur le rapport du juge d'instruction ou sur le réquisitoire du ministère public, la chambre du conseil est d'avis qu'il y a lieu de réduire ces peines au taux de peines de police, elle peut renvoyer l'inculpé devant le tribunal de police compétent, en énonçant les circonstances atténuantes.

De la même manière, dans les cas où une instruction n'a pas été requise, le ministère public peut, s'il estime qu'il n'y a pas lieu de requérir une peine plus sévère qu'une peine de police en raison de circonstances atténuantes, citer ou convoquer directement le prévenu devant le tribunal de police compétent en indiquant ces circonstances atténuantes ».

Avant sa modification par l'article 123, attaqué, de la loi du 5 février 2016, l'article 5 de la loi du 4 octobre 1867 disposait :

« Le tribunal de police devant lequel le prévenu sera renvoyé ne pourra décliner sa compétence en ce qui concerne les circonstances atténuantes, et il pourra prononcer les peines de police.

Il pourra cependant décliner sa compétence en ce qui concerne les circonstances atténuantes s'il est saisi en application de l'article 4, alinéa 2.

Il peut se déclarer compétent en admettant les circonstances atténuantes que la chambre du conseil, la chambre de mise en accusation ou le ministère public a omis d'énoncer lorsqu'il a été saisi du fait mentionné à l'article 4, alinéa 1^{er} ».

L'article 123, attaqué, de la loi du 5 février 2016 a abrogé l'article 5, alinéa 2, de la loi du 4 octobre 1867. En conséquence de cette abrogation, le tribunal de police ne peut jamais décliner sa compétence, en ce qui concerne les circonstances atténuantes, qu'il s'agisse d'un renvoi par la chambre du conseil ou d'une citation directe par le ministère public.

B.6.1. Les articles 6, 121 et 122, attaqués, de la loi du 5 février 2016 sont indissociablement liés, étant donné qu'ils visent tous, dans le prolongement des réformes antérieures qui poursuivaient le même objectif, à permettre la correctionnalisation d'un maximum de crimes et donc à soustraire leur traitement à la cour d'assises, en faveur du tribunal correctionnel, qui peut infliger désormais des peines d'emprisonnement bien plus longues.

Dans les travaux préparatoires de la loi attaquée, l'objectif de la généralisation de la possibilité de correctionnaliser les crimes est justifié comme suit (article 121 de la loi du 5 février 2016) :

« Au fil des réformes successives, la possibilité de correctionnaliser les crimes s'est considérablement étendue, de sorte à permettre aux tribunaux correctionnels de connaître de la plupart des affaires de nature criminelle.

Le maintien de catégories de crimes non correctionnalisables n'a plus de raison d'être.

La procédure d'assises est extrêmement lourde.

En cas de cassation du verdict - dont le risque est très largement supérieur à celui des arrêts rendus par des magistrats professionnels - la procédure doit être recommencée devant une autre cour d'assises.

L'engorgement de la cour d'assises est tel que des accusés en détention préventive doivent être remis en liberté dans l'attente de leur jugement faute de pouvoir ouvrir la session dans un délai raisonnable après l'arrêt de prise de corps.

La complexité croissante - et indépendante de la qualification des faits - de certains dossiers, des techniques d'enquête et de la législation, l'obligation de motiver le verdict (certes avec l'assistance de la cour), la surcharge de travail qu'implique cette procédure pour les magistrats, la désorganisation des chambres des cours d'appel et des tribunaux correctionnels du fait de l'affectation temporaire de juges à cette juridiction non permanente, le risque de menaces ou pressions sur les jurés, etc. ont amené le Conseil supérieur de la Justice, composé paritairement de magistrats et de non-magistrats, à se prononcer, dans son avis rendu le 28 janvier 2009, en faveur de la suppression de cette juridiction [...].

Les chefs de corps du siège et du parquet se sont également prononcés dans ce sens [...].

Une telle réforme n'est pas proposée ici. Elle exigerait d'ailleurs la révision de l'article 150 de la Constitution.

[...]

En conclusion, il s'impose de laisser à l'appréciation du parquet, des juridictions d'instruction et, conformément à l'avis du Conseil d'Etat, du juge du fond (en cas de citation directe par le parquet) la responsabilité de juger, au cas par cas, quelles affaires seront respectivement jugées le mieux par la cour d'assises ou par les juridictions correctionnelles.

[...]

En revanche, comme rappelé précédemment, le projet ne vise nullement à aboutir à une correctionnalisation systématique et aveugle de tous les crimes, à vider subrepticement la cour d'assises de toute substance.

La procédure d'assises reste bien applicable aux crimes qui paraissent réellement mériter d'être portés devant elle. Elle est même améliorée par le présent projet.

Le Ministère public peut fixer, dans une circulaire, des critères permettant aux magistrats du ministère public de déterminer les affaires dont il convient de requérir le renvoi devant la cour d'assises, notamment pour garantir l'uniformité des pratiques dans les différents arrondissements du Royaume. Si cette circulaire est émise en vertu de l'article 143bis du Code judiciaire, le consensus requis paraît de nature à garantir une position équilibrée » (*Doc. parl., Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 112-115*).

L'objectif consistant à augmenter les peines pour les crimes correctionnalisés (article 6 de la loi du 5 février 2016) a été présenté comme une conséquence nécessaire de la généralisation de la possibilité de correctionnaliser des crimes. A cet égard, les travaux préparatoires de la loi attaquée mentionnent :

« Ces modifications découlent de la généralisation de la 'correctionnalisabilité' des crimes (cf. Chapitre 2 du Titre III du présent projet, concernant l'article 2 de la loi du 5 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes).

La possibilité de correctionnaliser tous les crimes - y compris les plus graves - que le présent projet vise à introduire impose de déterminer le plafond de la peine d'emprisonnement en cas de correctionnalisation des crimes punissables de la réclusion à perpétuité (p.ex. un assassinat). Il est proposé de fixer ce plafond à quarante ans.

Il convient également de revoir le plafond de la peine d'emprisonnement en cas de correctionnalisation des crimes punissables de la réclusion de vingt à trente ans, dont seule une partie de ces derniers était correctionnalisable jusqu'ici. Le meurtre, par exemple, était considéré comme étant trop grave pour pouvoir être correctionnalisé. Il est proposé de porter ce plafond de vingt à vingt-huit ans. Certes, dans son avis (n° 21), le Conseil d'Etat exprime la crainte que la différence minimale (2 ans) de la durée de privative de liberté maximale prévue avant et après correctionnalisation ne conduise à retenir les circonstances atténuantes de manière impropre. Il est répondu ci-dessous à cette crainte, en rappelant la portée de l'obligation de motiver cette décision (cf. infra, commentaire de la modification proposée de l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867).

Le plafond de la peine d'emprisonnement en cas de correctionnalisation d'un crime punissable de la (nouvelle) peine de réclusion ou détention de trente à quarante ans est fixé à trente-huit ans.

[...]

Les juridictions correctionnelles pourront donc dorénavant prononcer des peines d'emprisonnement allant jusqu'à quarante ans, contre vingt ans aujourd'hui.

Le double degré de juridiction - dont l'absence en matière d'assises est souvent critiquée mais paraît peu compatible avec le système du jury populaire - et la collégialité des chambres correctionnelles, à tout le moins de la cour d'appel, paraissent à cet égard des garde-fous suffisants » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 5-6).

B.6.2. Comme l'a souligné la section de législation du Conseil d'Etat, la notion de « circonstances atténuantes » est ainsi dénaturée, étant donné que cette notion est principalement utilisée en vue de déterminer le juge compétent pour connaître d'une affaire criminelle, plutôt qu'en vue d'individualiser le taux de la peine :

« Il n'en demeure pas moins que la doctrine, à juste titre, a formulé un grand nombre de critiques sur la manière dont la correctionnalisation est appliquée dans la pratique. Ces critiques considèrent en substance qu'une technique qui devrait avoir pour objectif de permettre d'adapter la peine lorsqu'il existe des 'circonstances atténuantes', est principalement, voire exclusivement utilisée pour 'dénaturer' l'infraction et mettre ainsi la cour d'assises hors jeu. A cet égard, les critiques relèvent que la correctionnalisation est appliquée systématiquement. Dans tous les cas, ou presque, pour lesquels la loi permet une correctionnalisation, elle a effectivement lieu. Cela s'explique notamment par le fait qu'il existe une très large gamme de circonstances relatives, tant à la personne de l'auteur, qu'au crime commis, qui sont admises comme circonstances atténuantes et que les juridictions d'instruction décident souverainement en la matière, en dehors du contrôle de la Cour de cassation. Les critiques soulignent qu'en réalité, des circonstances atténuantes ne doivent pas être constatées par les juridictions d'instruction, préalablement au procès pénal, mais par le juge pénal, lequel se prononce d'abord sur la culpabilité et fixe ensuite le taux de la peine en tenant éventuellement compte de circonstances atténuantes. Ils dénoncent également la motivation lacunaire de la décision de correctionnalisation. Bien que la loi impose expressément que la chambre du conseil ou la chambre des mises en accusation ne peut renvoyer l'inculpé devant le tribunal correctionnel que 'par une ordonnance motivée', la motivation demeure souvent limitée à des formules de style. Ces constatations conduisent à conclure que la correctionnalisation est un 'quasi automatisme' et une 'construction artificielle', qu'elle a un caractère exorbitant et artificiel, qu'elle n'a plus grand-chose à voir avec une individualisation adéquate du taux de la peine pour tenir compte de circonstances atténuantes, mais qu'elle recherche avant tout son effet secondaire : éviter la cour d'assises. C'est également la raison pour laquelle il est plaidé pour mettre un terme à cet 'abus' d'une technique qui, déjà en 1867, était présentée comme un régime provisoire et pour soit revoir l'article 150 de la Constitution, soit modifier les critères de base de la classification des infractions inscrits à l'article 1^{er} du Code pénal et ne plus qualifier de 'crimes' relevant de la compétence de la cour d'assises qu'un nombre limité d'infractions » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 269).

B.7. Les parties requérantes font valoir que les dispositions attaquées ne sont pas compatibles avec les articles 10, 11, 12, 13, 14, 23 et 150 de la Constitution, combinés avec les articles 6, 7 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, avec les articles 14, 15 et 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, avec le principe de bonne législation, avec le principe du raisonnable, avec le principe de légalité en matière pénale, avec le droit à un procès équitable et avec l'interdiction de l'abus de droit.

Il ressort de l'exposé des moyens que la Cour doit se prononcer sur la compatibilité des dispositions attaquées avec le droit d'accès au juge désigné par la loi, en ce que, du fait de la généralisation de la possibilité de correctionnaliser, la toute grande majorité des crimes n'est plus jugée par la cour d'assises, alors qu'il découle de l'article 150 de la Constitution que le jury est le juge naturel en toutes matières criminelles. L'usage de la notion de « circonstances atténuantes » à cette fin serait inapproprié, étant donné qu'il ne s'agit pas d'individualiser la peine, mais bien de modifier la compétence des juridictions pour connaître des affaires criminelles. La légère diminution de la peine maximale après correctionnalisation démontrerait du reste qu'il n'est pas question d'un quelconque adoucissement de la peine.

Les parties requérantes dénoncent également le fait que les juridictions d'instruction et le ministère public disposent d'une trop grande liberté pour déterminer la juridiction compétente pour un fait qualifié de crime, alors qu'elle devrait être désignée par la loi. Le prévenu n'aurait aucune connaissance des motifs qui justifient son renvoi devant une juridiction plutôt que devant une autre. Le principe de la sécurité juridique et le principe de légalité en matière pénale seraient violés, en ce que le prévenu ne pourrait évaluer les conséquences de ses actes. L'égalité des armes serait également violée lorsque la correctionnalisation résulte d'une citation directe par le ministère public, qui est lui-même partie au procès.

Selon les parties requérantes, le droit à un procès équitable serait également violé, en ce que la juridiction d'instruction qui décide de ne pas correctionnaliser une affaire préjugerait déjà que la peine la plus lourde possible doit être appliquée et que la cour d'assises ne pourrait tenir compte d'aucune circonstance atténuante.

Il serait également question d'une inégalité de traitement entre les personnes inculpées pour un crime correctionnalisé et les personnes inculpées pour un délit contraventionnalisé, étant donné que le prévenu devant le tribunal de police ne peut être condamné à plus de sept jours d'emprisonnement, alors que le tribunal correctionnel peut prononcer des peines d'emprisonnement dépassant largement les cinq ans.

Le principe d'égalité et de non-discrimination serait également violé en ce que des inculpés qui se trouvent dans des situations comparables, voire identiques, seraient traités différemment selon l'appréciation subjective de la juridiction d'instruction concernée ou le magistrat du parquet concerné.

Etant donné que le fait d'éviter le renvoi d'un grand nombre d'affaires devant le jury populaire implique que les citoyens ne peuvent plus participer à l'élaboration de la jurisprudence pénale, les dispositions attaquées limiteraient en outre le droit à l'épanouissement social, sans que des motifs liés à l'intérêt général le justifient.

B.8.1. L'article 13 de la Constitution dispose :

« Nul ne peut être distrait, contre son gré, du juge que la loi lui assigne ».

Le droit d'accès au juge serait vidé de tout contenu s'il n'était pas satisfait aux exigences du procès équitable, garanti par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, par l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et par un principe général de droit. Par conséquent, lors d'un contrôle au regard de l'article 13 de la Constitution, il convient de tenir compte de ces garanties.

L'article 150 de la Constitution dispose :

« Le jury est établi en toutes matières criminelles et pour les délits politiques et de presse, à l'exception des délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie ».

B.8.2. L'article 12 de la Constitution, avant la révision du 24 octobre 2017, disposait :

« La liberté individuelle est garantie.

Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit.

Hors le cas de flagrant délit, nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance motivée du juge, qui doit être signifiée au moment de l'arrestation, ou au plus tard dans les vingt-quatre heures ».

L'article 14 de la Constitution dispose :

« Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi ».

Ces dispositions constitutionnelles doivent être lues en combinaison avec l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, également invoqués, qui garantissent des droits et libertés analogues.

B.8.3. L'article 23 de la Constitution dispose :

« Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine.

A cette fin, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice.

Ces droits comprennent notamment :

[...]

5° le droit à l'épanouissement culturel et social;

[...] ».

L'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose :

« Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables :

a) De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis;

[...] ».

B.9. L'article 13 de la Constitution, précité, garantit à toutes les personnes qui se trouvent dans la même situation le droit d'être jugées selon les mêmes règles en ce qui concerne la compétence et la procédure. Une différence de traitement à cet égard doit donc être raisonnablement justifiée.

Cette disposition garantit aussi que la compétence des juridictions découle de « la loi » et que le justiciable peut toujours savoir, sur la base de critères objectifs, quel est le juge compétent pour connaître des litiges dans lesquels il est impliqué.

La garantie inscrite à l'article 13 de la Constitution est d'autant plus importante lorsque le juge compétent est désigné, non pas par « la loi », mais, comme c'est le cas en l'espèce, par la Constitution.

B.10. En vertu de l'article 150 de la Constitution, la cour d'assises est compétente « en toutes matières criminelles ». Comme cette disposition constitutionnelle ne définit pas la notion de « matières criminelles », le législateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour délimiter les compétences respectives de la cour d'assises et des tribunaux correctionnels. A cet égard, il peut notamment tenir compte de la nature des faits commis, de la peine prévue par la loi et de la gravité et des conséquences de l'infraction pour la victime et pour la société.

Comme la section de législation du Conseil d'Etat l'a observé dans son avis relatif à l'avant-projet de la loi attaquée, cette marge d'appréciation connaît cependant des limites, étant donné que l'article 150 de la Constitution impose au législateur de réserver au moins au jury les crimes les plus graves (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 266).

B.11.1. Les articles 6 et 121, attaqués, de la loi du 5 février 2016 ont pour effet que tous les crimes peuvent désormais être correctionnalisés, même s'ils sont punissables de la réclusion à perpétuité, les tribunaux correctionnels pouvant dorénavant prononcer des peines d'emprisonnement allant jusqu'à quarante ans pour punir de tels crimes correctionnalisés.

B.11.2. Comme il est dit en B.4.2, la peine d'emprisonnement maximale pouvant être prononcée par les tribunaux correctionnels pour punir des crimes correctionnalisés a systématiquement augmenté. Si, en vertu des articles 1^{er} et 25, alinéa 1^{er}, du Code pénal, les tribunaux correctionnels peuvent en principe toujours prononcer une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans pour punir un délit, ils pouvaient, pour punir un crime correctionnalisé, prononcer, depuis la loi du 1^{er} février 1977, une peine d'emprisonnement de dix ans au plus, et, depuis la loi du 21 décembre 2009, une peine d'emprisonnement de vingt ans au plus. L'article 6, attaqué, de la loi du 5 février 2016 a une nouvelle fois doublé ce plafond. La peine maximale que les tribunaux correctionnels peuvent infliger pour punir un crime correctionnalisé est donc aujourd'hui huit fois plus élevée que le taux de la peine que ces mêmes tribunaux peuvent infliger pour punir un délit.

B.11.3. L'article 121, attaqué, de la loi du 5 février 2016 ayant abrogé la liste limitative des crimes correctionnalisables, la décision de correctionnalisation n'est plus soumise au moindre critère matériel, abstraction faite de l'existence de circonstances atténuantes. Auparavant, en revanche, la liste limitative reprenait le principe selon lequel un crime que la loi punissait d'une peine de réclusion de plus de vingt ans ne pouvait pas être correctionnalisé et le législateur subordonnait la correctionnalisation de certains crimes que la loi punissait d'une peine de réclusion de plus de vingt ans au respect de critères relatifs à la gravité et aux conséquences du crime pour la victime, ainsi qu'à la circonstance que le crime n'avait pas été entièrement accompli.

B.11.4. Depuis l'entrée en vigueur des articles 6 et 121, attaqués, de la loi du 5 février 2016, il n'est donc plus exact que la loi réserve l'examen des crimes les plus graves à la juridiction que l'article 150 de la Constitution assigne aux personnes poursuivies pour de tels crimes. Tout crime peut en effet être porté soit devant le tribunal correctionnel, soit devant la cour d'assises, en fonction d'une décision prise par les juridictions d'instruction ou par le ministère public. Les deux juridictions sont pourtant fondamentalement différentes, notamment en ce qui concerne la convocation des témoins, l'appréciation de la question de la culpabilité et la possibilité d'interjeter appel.

La circonstance qu'un crime correctionnalisé constitue un délit du fait d'un tel renvoi ne porte pas atteinte à cette constatation.

B.12. En prévoyant de généraliser la possibilité de correctionnalisation des crimes et d'augmenter le taux de la peine pouvant être prononcée par les tribunaux correctionnels, le législateur poursuit les objectifs mentionnés en B.6.1.

Bien que les dispositions attaquées réforment principalement le régime des circonstances atténuantes, les objectifs précités ne concernent pas la politique d'individualisation de la peine fondée sur les caractéristiques de l'infraction ou de l'auteur de celle-ci mais ont trait à la politique relative à la compétence des juridictions et tendent en particulier à soustraire des affaires à la compétence de la cour d'assises. A cet égard, la section de législation du Conseil d'Etat a souligné que :

« Pour justifier la généralisation de la possibilité de correctionnaliser les crimes, l'exposé des motifs ne fournit aucun argument relatif à une répression adaptée en cas de circonstances atténuantes, mais exclusivement des arguments contre la cour d'assises : procédure trop lourde et trop coûteuse, engorgement de la cour d'assises avec des conséquences pour la détention préventive, la complexité de certains dossiers, l'obligation de motivation, la surcharge de travail pour les magistrats, la désorganisation des chambres des cours d'appel et des tribunaux correctionnels du fait de l'affectation temporaire de magistrats à cette juridiction non permanente, le risque de menaces ou pressions sur les jurés, etc.

Le Conseil d'Etat ne souhaite pas se prononcer sur ces motifs, mais tient néanmoins à souligner qu'en réalité ceux-ci doivent figurer dans une proposition soit de révision de l'article 150 de la Constitution, soit de révision des dispositions du Code pénal, qui classent les infractions en crimes, délits et contraventions, à l'aide de peines que la loi prévoit pour chacune de ces catégories » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 279-280).

B.13. Les dispositions attaquées peuvent avoir pour conséquence de soustraire tous les crimes au juge désigné par la Constitution. Ainsi, le président du collège des cours et tribunaux a-t-il déclaré, lors des travaux préparatoires, que ce collège était favorable à la généralisation de la correctionnalisation « qui aura pour effet d'entraîner une quasi suppression de la procédure d'assises » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/005, p. 182).

Cette conséquence ressort également de la circulaire du collège des procureurs généraux, mentionnée en B.5.3.4, dans laquelle ceux-ci recommandent que le ministère public ne demande plus le renvoi d'une affaire devant la cour d'assises que s'il estime, à ce moment-là, qu'il requerra la peine de réclusion à perpétuité, en raison de l'absence de circonstances atténuantes. Par conséquent, le ministère public ne requerra plus le renvoi devant la cour d'assises pour des crimes qui ne sont plus punis de la réclusion à perpétuité et requerra en principe la correctionnalisation, même pour les crimes que la loi punit de la réclusion à perpétuité, sauf s'il n'existe pas de circonstances atténuantes.

En précisant en outre que c'est l'absence de circonstances atténuantes qui doit être motivée dans le réquisitoire écrit déposé en chambre des mises en accusation, cette circulaire exige que le ministère public motive les cas dans lesquels il accepte de faire juger un crime par le juge désigné par la Constitution.

B.14.1. Les dispositions attaquées n'indiquent ni aux juridictions d'instruction ni au ministère public le moindre critère pour déterminer les affaires qui doivent être correctionnalisées ou non. Il ressort des travaux préparatoires mentionnés en B.6.1 que cette absence de critères a expressément été voulue par le législateur.

Le seul critère permettant aux juridictions d'instruction et au ministère public de déterminer si un crime est jugé par la cour d'assises ou par le tribunal correctionnel est donc celui des circonstances atténuantes.

B.14.2. Le critère des circonstances atténuantes était aussi utilisé avant l'entrée en vigueur des dispositions attaquées pour soustraire des affaires à la cour d'assises. Le tribunal correctionnel était alors toujours tenu, après correctionnalisation, de prononcer une peine privative de liberté inférieure à celle que l'accusé risquait de se voir infliger par la cour d'assises.

Or, comme il est dit en B.4.3, les tribunaux correctionnels peuvent désormais prononcer, pour les catégories d'infractions les plus graves, des peines d'emprisonnement de peu inférieures à la réclusion maximale que l'accusé risque de se voir infliger par la cour d'assises.

Etant donné que la durée maximale de la peine d'emprisonnement infligée par les tribunaux correctionnels pour les trois catégories de crimes correctionnalisés les plus graves est supérieure à la durée minimale de la réclusion que la cour d'assises peut infliger, il n'est du reste pas garanti que la correctionnalisation soit à l'avantage de l'intéressé en ce qui concerne le taux de la peine.

La notion de « circonstances atténuantes » est donc dénaturée, en ce qu'elle est principalement utilisée pour déterminer la compétence des juridictions, cependant que la correctionnalisation a une incidence minime sur la durée de la peine privative de liberté.

B.14.3. La réglementation attaquée ne garantit donc pas que des personnes qui se trouvent dans des situations identiques soient jugées selon les mêmes règles de compétence et de procédure. Dans cette optique, le Conseil supérieur de la Justice a observé, dans un avis rendu d'office le 29 juin 2015 :

« A propos des mesures envisagées, le CSJ s'inquiète essentiellement de l'absence, dans l'avant-projet de loi, de tout critère permettant de déterminer les crimes qui, dans la pratique, feront l'objet d'une correctionnalisation par le parquet ou par la Chambre des mises en accusation, et ceux qui ne seront pas correctionnalisés. Nonobstant l'existence d'une probable circulaire prise en la matière par le Collège des Procureurs généraux, cette absence de critères objectifs mènera, selon le CSJ, à des différences de traitement importantes entre les justiciables, en fonction notamment de la politique criminelle de l'arrondissement dans lequel s'exercent les poursuites et d'autres critères subjectifs, ce qui n'est pas acceptable. A titre d'exemple, il est probable qu'il y ait à l'avenir plus de correctionnalisations dans l'arrondissement judiciaire de Bruxelles qu'ailleurs, vu la liste d'attente pour l'organisation de sessions de Cours d'assises dans cet arrondissement (ce constat prendra du reste d'autant plus de sens avec l'entrée en vigueur de la loi réformant l'organisation judiciaire dans le courant de l'année 2017 et l'obligation qu'elle imposera aux juridictions d'avoir une gestion autonome de leur budget de fonctionnement).

Le CSJ estime que ces discriminations potentielles entre les justiciables sont d'autant plus inacceptables que dans un cas de figure (en cas de correctionnalisation), il sera possible d'interjeter appel à l'encontre de la décision prononcée au fond tandis que dans l'autre cas de figure (en cas de renvoi devant la Cour d'assises), la décision rendue au fond par la Cour d'assises sera rendue en dernier ressort et ne sera susceptible d'aucun recours (à l'exception d'un pourvoi en cassation) » (CSJ, Avis d'office sur l'avant-projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale, 29 juin 2015, www.csj.be, p. 10).

Contrairement à ce qu'affirme le Conseil des ministres, l'indépendance du ministère public dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, inscrite à l'article 151, § 1^{er}, de la Constitution, ne justifie pas cette différence de traitement. L'indépendance quant à la politique criminelle menée appartient du reste uniquement au ministère public et ne concerne pas les juridictions d'instruction. Il ressort pourtant des chiffres donnés par le ministre de la Justice dans les travaux préparatoires que la toute grande majorité des décisions de correctionnalisation sont prises par les juridictions d'instruction (*Doc. parl., Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/005, p. 2*).

B.15.1. Le moyen unique dans les affaires n^{os} 6492 et 6495, le troisième moyen dans l'affaire n^o 6496, en ses première et troisième branches, et le sixième moyen dans l'affaire n^o 6497 sont fondés. Partant, les articles 6 et 121 de la loi du 5 février 2016 doivent être annulés.

B.15.2. Etant donné que les articles 15, 17, 1^o et 2^o, 18, 1^o et 2^o, 19, 2^o, 36, 122, 151, 155 et 170, 2^o, de la loi du 5 février 2016 sont indissociablement liés aux articles 6 et 121 de cette même loi, il y a lieu d'annuler ces dispositions.

B.16.1. En vertu de l'article 123, attaqué, de la loi du 5 février 2016, le tribunal de police ne peut plus décliner sa compétence, en ce qui concerne les circonstances atténuantes, lorsqu'un délit est contraventionnalisé, sur la base de circonstances atténuantes, dans une citation directe par le ministère public. En vertu de l'article 3, alinéa 2, de la loi du 4 octobre 1867, en revanche, le tribunal correctionnel peut toujours décliner sa compétence, en ce qui concerne les circonstances atténuantes, lorsqu'un crime est correctionnalisé, sur la base de l'existence de circonstances atténuantes, dans une citation directe par le ministère public.

B.16.2. Dans l'avant-projet de la loi attaquée, l'article 122 prévoyait à l'origine qu'en ce qui concerne les circonstances atténuantes, le tribunal correctionnel ne pourrait plus décliner sa compétence lorsqu'un crime est correctionnalisé, en raison de l'existence de circonstances atténuantes, dans une citation directe par le ministère public. A cet égard, la section de législation du Conseil d'Etat a toutefois souligné dans son avis que :

« 24. Un autre aspect du régime en projet pose problème à la lumière de l'article 150 de la Constitution. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 1994, l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867, [...] permet également au ministère public, dans les cas où une instruction n'a pas été requise, de citer directement ou de convoquer le prévenu devant le tribunal correctionnel en indiquant ces circonstances atténuantes ou la cause d'excuse, s'il estime qu'il n'y a pas lieu de requérir une peine plus sévère qu'une peine correctionnelle en raison de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse. En application de l'article 3, alinéa 2, de cette même loi, le tribunal correctionnel devant lequel le prévenu est renvoyé peut cependant, dans cette hypothèse, décliner sa compétence en ce qui concerne les circonstances atténuantes ou la cause d'excuse.

En vertu du régime en projet, le ministère public pourra désormais aussi citer directement devant le tribunal correctionnel les prévenus de tous les crimes, à l'exception des deux mentionnés à l'article 2, alinéa 3, en projet, de la loi du 4 octobre 1867. Contrairement à ce que prévoit la réglementation actuelle, le tribunal correctionnel ne pourra toutefois plus, selon le régime en projet, se déclarer incompétent.

25. Même si cette situation ne se produira pas souvent dans la pratique, le régime en projet n'exclut pas que le tribunal correctionnel qui, après un examen approfondi de tous les éléments de l'affaire, arrive à la conclusion qu'aucune circonstance atténuante ni cause d'excuse ne peut être retenue et qu'il y a lieu de prononcer une peine criminelle plus sévère que la peine correctionnelle maximale qui se présente à lui, devra néanmoins se limiter à prononcer cette peine moins sévère. Ce régime implique que le ministère public peut empêcher que les peines les plus sévères - la réclusion à perpétuité ou la détention à perpétuité qui ne peuvent être infligées que par la cour d'assises, soient prononcées. L'acceptation de circonstances atténuantes par le ministère public ne peut en effet être contestée par le tribunal correctionnel et ne peut pas non plus être attaquée dans un moyen de droit.

Le régime se heurte par conséquent à l'article 150 de la Constitution qui exige que les crimes les plus graves - pour lesquels la loi a prévu une réclusion à perpétuité ou une détention à perpétuité - soient jugés par la cour d'assises, à moins que la loi n'ait déclaré que le crime pouvait être correctionnalisé et qu'une juridiction indépendante et impartiale - qu'il s'agisse d'une juridiction d'instruction ou du juge de fond - ait constaté que des circonstances atténuantes ou des causes d'excuse peuvent justifier une peine moins sévère » (*Doc. parl., Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 273-274*).

A la suite de cette critique, l'avant-projet de loi a été adapté. Etant donné que l'article 123, attaqué, n'a toutefois pas été adapté, la loi attaquée fait naître la différence de traitement mentionnée en B.16.1.

B.16.3. En vertu de l'article 179 du Code d'instruction criminelle, les tribunaux correctionnels connaissent de tous les délits dont la peine excède sept jours d'emprisonnement et vingt-cinq francs d'amende, sans préjudice de la compétence attribuée à d'autres juridictions. En vertu de l'article 137 du même Code, les tribunaux de police connaissent des contraventions.

B.16.4. Dans la mesure où la disposition attaquée permet au ministère public, sur la seule base du critère des circonstances atténuantes, de soustraire une infraction au tribunal correctionnel et de la porter devant le tribunal de police, sans qu'une juridiction d'instruction ou une juridiction de jugement puisse exercer un contrôle à cet égard, elle n'est pas compatible avec l'article 13 de la Constitution.

Dès lors que le ministère public est une des parties au procès pénal, cette possibilité qui lui est offerte n'est pas non plus compatible avec le droit à l'égalité des armes.

B.16.5. Etant donné que la disposition attaquée exclut le contrôle juridictionnel, par le juge du fond, de la contraventionnalisation en cas de citation directe par le ministère public, alors que la correctionnalisation en cas de citation directe par le ministère public est soumise au contrôle juridictionnel du juge du fond, elle n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

B.16.6. Le troisième moyen dans l'affaire n^o 6496 est fondé en sa deuxième branche. Par conséquent, il convient d'annuler l'article 123 de la loi du 5 février 2016.

B.17. Afin d'éviter toute insécurité juridique, il convient de maintenir, en application de l'article 8, alinéa 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, les effets des dispositions annulées comme il est indiqué dans le dispositif.

La mini-instruction

B.18. Les parties requérantes dans les affaires n^{os} 6494, 6496 et 6497 demandent l'annulation de l'article 63 de la loi du 5 février 2016. Elles font valoir que cette disposition n'est pas compatible avec les articles 10, 11, 15, 16 et 22 de la Constitution, combinés ou non avec les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

B.19.1. L'article 63 attaqué de la loi du 5 février 2016 dispose :

« A l'article 28septies du [Code d'instruction criminelle], inséré par la loi du 12 mars 1998 et remplacé par la loi du 27 décembre 2005, les modifications suivantes sont apportées :

1^o les mots ' , des actes d'instruction tels qu'ils sont prévus aux articles 56bis, alinéa 2, et 89ter ainsi que de la perquisition, ' sont remplacés par les mots ' et des actes d'instruction tels qu'ils sont prévus aux articles 56bis, alinéa 2, et 89ter, '.

2° l'article est complété par un alinéa rédigé comme suit :

' En cas de nouveau réquisitoire sur la base de l'alinéa 1^{er} dans un même dossier, le même juge d'instruction en est saisi s'il est encore en fonction ' ».

L'article 28septies du Code d'instruction criminelle, ainsi modifié, dispose :

« Le procureur du Roi peut requérir du juge d'instruction l'accomplissement d'un acte d'instruction pour lequel seul le juge d'instruction est compétent, à l'exception du mandat d'arrêt tel qu'il est prévu par l'article 16 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, du témoignage anonyme complet tel qu'il est prévu à l'article 86bis, de la mesure de surveillance telle qu'elle est prévue par l'article 90ter et des actes d'instruction tels qu'ils sont prévus aux articles 56bis, alinéa 2, et 89ter, sans qu'une instruction soit ouverte. Après l'exécution de l'acte d'instruction accompli par le juge d'instruction, celui-ci décide s'il renvoie le dossier au procureur du Roi qui est responsable de la poursuite de l'information ou si, au contraire, il continue lui-même l'enquête, auquel cas il est procédé conformément aux dispositions du Chapitre VI du présent Livre. Cette décision n'est susceptible d'aucun recours.

En cas de nouveau réquisitoire sur la base de l'alinéa 1^{er} dans un même dossier, le même juge d'instruction en est saisi s'il est encore en fonction ».

B.19.2. Etant donné que les griefs des parties requérantes sont uniquement dirigés contre l'article 63, 1^o, de la loi du 5 février 2016, qui étend à la perquisition le champ d'application de la « mini-instruction » telle qu'elle est réglée à l'article 28septies du Code d'instruction criminelle, la Cour limite son examen à cette disposition.

B.20.1. L'article 28septies du Code d'instruction criminelle, qui a été 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, dispose que le procureur du Roi peut requérir du juge d'instruction l'accomplissement d'un acte d'instruction pour lequel seul le juge d'instruction est compétent, sans qu'une instruction soit ouverte. Cette procédure, appelée la « mini-instruction », constitue une exception au principe selon lequel les actes d'information ne peuvent comporter aucun acte de contrainte ni porter atteinte aux libertés et aux droits individuels (article 28bis, § 3, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle), de sorte qu'un tel acte d'instruction ne peut en principe être accompli que dans le cadre d'une instruction.

En instaurant la mini-instruction par la loi du 12 mars 1998, le législateur avait l'intention « d'une part, de décharger le juge d'instruction des affaires pénales relativement simples ou petites de manière à ce qu'il puisse se consacrer à des affaires plus complexes, d'autre part, d'éviter la procédure relativement lourde allant de pair avec une instruction (règlement de la procédure, disposition de la Chambre du Conseil, appel devant la Chambre des mises en accusation, [...]) pour ces simples affaires pénales, de sorte que le Ministère public puisse, le cas échéant, les traiter directement ou les classer sans suite » (*Doc. parl.*, Chambre, 1996-1997, n° 857/1, pp. 37 et 38).

Le législateur souhaitait offrir « des garanties suffisantes aux fins d'éviter que l'instruction soit vidée de toute substance ou que certains droits fondamentaux soient compromis » (*ibid.*, p. 38). Pour cette raison, certains actes d'instruction, notamment la perquisition, le mandat d'arrêt et l'écoute et l'enregistrement de communications et télécommunications privées, ont été exclus du champ d'application de la mini-instruction. Un droit d'évocation a en outre été attribué au juge d'instruction, qui, après l'accomplissement de l'acte d'instruction requis, peut décider de poursuivre lui-même l'ensemble de l'instruction. Cette décision du juge d'instruction d'évoquer ou non l'affaire n'est susceptible d'aucun recours.

B.20.2. La loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins a ajouté, dans l'article 28septies du Code d'instruction criminelle, le « témoignage anonyme complet » aux actes d'instruction qui sont exclus du champ d'application de la mini-instruction. Cette exclusion a été justifiée par le fait qu'il s'agit d'« un mode de preuve exceptionnel, exorbitant du droit commun en ce qu'il porte atteinte au droit de défense [et] de contradiction consacré par l'article 6 de la CEDH » (*Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, DOC 50-1185/007, p. 2).

B.20.3. Par suite de la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête, la mini-instruction a été rendue possible pour l'observation effectuée à l'aide de moyens techniques afin d'avoir une vue dans une habitation (article 56bis, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle) et pour le contrôle visuel discret (article 89ter du Code d'instruction criminelle). Il fut ensuite ajouté un alinéa 3 à l'article 28septies du Code d'instruction criminelle, qui excluait le droit d'évocation du juge d'instruction pour les actes d'instruction précités.

Par son arrêt n° 202/2004, du 21 décembre 2004, la Cour a annulé l'alinéa 3 précité de l'article 28septies du Code d'instruction criminelle, de même que les articles 56bis, alinéa 2, et 89ter du même Code, en ce qu'ils peuvent être appliqués en combinaison avec l'article 28septies précité.

La Cour a jugé relativement à l'observation :

« B.5.7.4. L'observation avec moyens techniques afin d'avoir une vue dans une habitation est une mesure qui peut être comparée, en ce qui concerne l'ingérence dans les droits garantissant la vie privée, à la perquisition et aux écoutes et enregistrements des communications et télécommunications privées autorisés par l'article 90ter du C.I.Cr. Or, ces deux mesures sont expressément exclues du champ d'application de l'article 28septies précité.

En excluant de la mini-instruction ces deux mesures, ainsi que le mandat d'arrêt, le législateur, qui entendait ' décharger le juge d'instruction des affaires pénales relativement simples ou petites ', voulait toutefois ' offrir des garanties suffisantes aux fins d'éviter que l'instruction soit vidée de toute substance ou que certains droits fondamentaux soient compromis ' (*Doc. parl.*, Chambre, 1996-1997, n° 857/1, pp. 37 et 38). Il a encore précisé que, si ces trois mesures pouvaient être utilisées dans le cadre d'une mini-instruction, ' le champ d'application de cette procédure s'en trouverait considérablement étendu et l'institution du juge d'instruction se verrait transformée en celle de juge de l'instruction, ce qui ne correspond pas à l'objectif du projet ' (*Doc. parl.*, Sénat, 1997-1998, n° 1-704/4, p. 185).

De même pour le ' témoignage anonyme complet ', le législateur a décidé ' sciemment de confier uniquement au juge d'instruction le soin d'apprécier si le témoin qui souhaite garder l'anonymat a bien droit à ce statut protégé ' (*Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, DOC 50 1185/001, p. 27), et il a adopté l'amendement qui proposait d'exclure cette mesure de la mini-instruction parce qu'il s'agit ' d'un mode de preuve exceptionnel, exorbitant du droit commun en ce qu'il porte atteinte au droit de défense [et] de contradiction consacré par l'article 6 de la C.E.D.H. ' (*Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, DOC 50 1185/007, p. 3).

B.5.7.5. L'atteinte aux droits au respect de la vie privée et à l'inviolabilité du domicile des personnes qui font l'objet d'une observation à l'aide de moyens techniques afin d'avoir une vue dans une habitation est d'autant plus grave que l'alinéa 3 de l'article 28septies du C.I.Cr., inséré par l'article 14 de la loi attaquée, rend inapplicable l'alinéa 2 qui eût permis au juge d'instruction de continuer lui-même l'enquête.

B.5.7.6. En raison de la gravité de l'atteinte à des droits fondamentaux qu'elle implique, la mesure ne peut être autorisée que dans les mêmes conditions que celles concernant la perquisition et les écoutes téléphoniques.

B.5.7.7. En négligeant, dans l'état actuel de l'organisation de la procédure pénale, d'exclure du champ d'application de la mini-instruction, qui fait l'objet de l'article 28septies du C.I.Cr., l'observation avec des moyens techniques permettant d'avoir une vue dans une habitation, le législateur a violé les dispositions visées au moyen ».

La Cour a jugé, en des termes analogues, en ce qui concerne le contrôle visuel discret :

« B.13.7. Le contrôle visuel discret est une mesure qui peut être comparée, en ce qui concerne l'atteinte au respect de la vie privée, à la perquisition classique et aux écoutes et enregistrements des communications et télécommunications privées autorisés par l'article 90^{ter} du C.I.Cr. Or, ces deux mesures sont expressément exclues du champ d'application de l'article 28^{septies} précité.

B.13.8. Pour les mêmes raisons que celles qui sont exprimées aux B.5.7.4 et B.5.7.5, le moyen est fondé.

B.13.9. En raison de la gravité de l'atteinte à des droits fondamentaux qu'elle implique, la mesure ne peut être autorisée que dans les mêmes conditions que celles concernant la perquisition et les écoutes téléphoniques.

B.13.10. En négligeant, dans l'état actuel de l'organisation de la procédure pénale, d'exclure le contrôle visuel discret du champ d'application de la mini-instruction, qui fait l'objet de l'article 28^{septies} du C.I.Cr., le législateur a violé les dispositions visées au moyen ».

B.20.4. Compte tenu de cet arrêt n° 202/2004, le législateur a, 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, remplacé l'article 28^{septies} du Code d'instruction criminelle et a exclu aussi du champ d'application de la mini-instruction l'observation effectuée à l'aide de moyens techniques afin d'avoir une vue dans une habitation et le contrôle visuel discret.

En vertu de l'article 28^{septies} du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été remplacé par la loi précitée du 27 décembre 2005, les actes d'instruction suivants ont ainsi été exclus du champ d'application de la mini-instruction : le mandat d'arrêt, le témoignage anonyme complet, l'écoute et l'enregistrement de communications, l'observation effectuée à l'aide de moyens techniques afin d'avoir une vue dans une habitation, le contrôle visuel discret et la perquisition.

B.20.5. Par l'article 63, attaqué, de la loi du 5 février 2016, la perquisition est retirée de la liste précitée des actes d'instruction qui sont exclus du champ d'application de la mini-instruction. Le législateur a précisé que cette modification a été opérée « dans un but pragmatique » et que « l'objectif poursuivi est celui qui avait prévalu lors de l'introduction de la mini-instruction [, à savoir,] d'une part, de décharger le juge d'instruction des affaires pénales relativement simples ou petites de manière à ce qu'il puisse se consacrer à des affaires plus complexes et, d'autre part, d'éviter la procédure relativement lourde allant de pair avec une instruction » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 52).

B.21. Les parties requérantes font valoir qu'en étendant à la perquisition le champ d'application de la mini-instruction, la disposition attaquée établit des différences de traitement injustifiées, d'une part, entre les personnes qui font l'objet d'une perquisition et celles qui font l'objet d'actes d'instruction qui restent exclus du champ d'application de la mini-instruction et, d'autre part, entre les personnes qui font l'objet d'une perquisition selon que la perquisition est menée dans le cadre d'une instruction ou dans le cadre d'une mini-instruction. La disposition attaquée comporterait une ingérence disproportionnée dans le droit au respect de la vie privée, dans le droit à l'inviolabilité du domicile et dans le droit à un procès équitable.

B.22.1. Comme la Cour l'a jugé par son arrêt n° 202/2004 précité, la perquisition, l'écoute et l'enregistrement des communications, l'observation effectuée à l'aide de moyens techniques afin d'avoir une vue dans une habitation et le contrôle visuel discret sont des mesures comparables en ce qui concerne l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée qu'elles occasionnent. Or, si la première mesure entre dans le champ d'application de la mini-instruction du fait de la disposition attaquée, les autres mesures mentionnées en restent exclues.

Afin de justifier cette différence de traitement, il est indiqué dans l'exposé des motifs :

« ce n'est pas en raison d'une différence quant à l'atteinte à la vie privée mais car la mini-instruction doit être réservée à des mesures *ponctuelles*, que ne sont ni la détention préventive ni les écoutes téléphoniques, ni les observations, qui, susceptibles d'être prolongées, exigent un suivi qu'il paraît difficile de gérer indépendamment de l'enquête. Si un juge d'instruction ordonnait de telles mesures sans évoquer le dossier, le dossier devrait être 'dédoublé' durant leur exécution, gérée par le juge d'instruction alors que le ministère public continue de gérer l'enquête. Une telle situation serait source de confusion (notamment pour les enquêteurs) et d'erreurs. Dans la pratique, l'évocation s'imposerait dans ce cas.

Il en résulte qu'une extension de la mini-instruction aux écoutes téléphoniques ou aux observations avec moyens techniques n'aurait probablement que peu ou pas de justification ni d'intérêt dans la pratique.

C'est une autre considération qui a conduit à ne pas étendre le champ d'application de la mini-instruction au contrôle visuel discret. Cette technique est certes ponctuelle, tout comme la perquisition, mais, contrairement à la perquisition, elle est secrète, ce qui justifie des garanties renforcées (en ce sens : M.-A. BEERNAERT e.a., *op.cit.*, p. 576).

La perquisition se fait quant à elle en principe en présence de l'inculpé ou d'un fondé de pouvoir qu'il pourra nommer, à tout le moins s'il est détenu (article 39 du Code d'Instruction criminelle) » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 55-56).

B.22.2. Indépendamment de la question de savoir si le caractère ponctuel et non secret de la mesure constitue un critère pertinent pour justifier la différence de traitement attaquée, il convient de constater que la disposition attaquée a pour conséquence que la perquisition peut être requise via la mini-instruction dans le cadre d'une information, sans qu'une instruction doive être ouverte.

L'information se caractérise par son caractère éminemment secret et non contradictoire, les intéressés disposant de moins de garanties de protection des droits de la défense qu'au cours de l'instruction.

Certes, les personnes directement intéressées ont déjà le droit de demander accès au dossier pénal au cours de l'information (article 21^{bis} du Code d'instruction criminelle). A l'inverse de ce qui est le cas pour l'instruction (article 61^{ter} du Code d'instruction criminelle), ce droit d'accès au dossier, dans le cadre de l'information, n'est toutefois pas réglé au niveau procédural, de sorte que le ministère public - à défaut de motifs de refus légaux - peut simplement refuser la demande d'accès au dossier et aucune voie de recours n'est ouverte contre une décision de refus ou contre l'absence de décision. Par son arrêt n° 6/2017, du 25 janvier 2017, la Cour a jugé que cette absence de recours contre le refus ou l'absence de décision du ministère public en réponse à une demande d'accès à un dossier au cours de l'information, formulée par un inculpé, violait les articles 10 et 11 de la Constitution. Etant donné que ce constat d'inconstitutionnalité est exprimé en des termes suffisamment précis et complets qui permettent l'application de l'article 21^{bis} du Code d'instruction criminelle dans le respect des normes de référence sur la base desquelles la Cour exerce son contrôle, la Cour a aussi jugé que, dans l'attente de l'intervention du législateur, il appartenait au juge de mettre fin à la violation de ces normes, en appliquant par analogie l'article 61^{ter} du Code d'instruction criminelle.

En outre, au cours de l'information, les intéressés ne disposent pas d'un droit formel de demander certains actes d'information, alors qu'un droit de demander des actes d'instruction complémentaires est accordé à l'inculpé et à la partie civile au cours de l'instruction (article 61^{quinquies} du Code d'instruction criminelle). Il est vrai que les intéressés peuvent toujours adresser une demande informelle au ministère public, mais ce dernier n'est pas tenu d'accéder à cette demande et les parties ne disposent d'aucune voie de recours contre un refus ou une absence de décision.

Enfin, au cours de l'information, la régularité de la procédure n'est pas contrôlée par un juge indépendant et impartial, lequel pourrait purger le dossier d'éventuelles nullités, alors qu'un tel contrôle existe au cours de l'instruction (article 235bis du Code d'instruction criminelle).

B.22.3. Dans son avis, la section de législation du Conseil d'Etat a elle aussi relevé la position plus précaire des personnes intéressées au cours de l'information :

« L'extension du champ d'application de la ' mini-instruction ' a pour conséquence de renforcer la différence de traitement déjà existante concernant le droit de consultation du dossier, selon qu'une instruction est ouverte ou non. Alors que la procédure règle pareil droit de consultation dans le cadre de l'instruction (voir l'article 61ter du Code d'instruction criminelle), il n'en va pas de même dans le cadre de l'information, même lorsque des mesures d'instruction ont été accomplies dans le cadre de la mini-instruction. A cet égard, la question se pose de savoir si l'élargissement important du champ d'application de l'article 28septies du Code d'instruction criminelle ne doit pas conduire à l'attribution d'un droit de consultation du dossier lorsque des actes d'instruction ont été accomplis par le juge d'instruction en application de cet article » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 292).

En réponse à cet avis, l'exposé des motifs indique :

« Il n'est pas envisagé de modifier, à tout le moins avant la réforme globale de la procédure pénale, annoncée dans l'accord de gouvernement, les différences quant au droit des intéressés d'accéder au dossier selon que le dossier a fait l'objet d'une information ou d'une instruction » (*ibid.*, p. 56).

B.22.4. En raison de la gravité de l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et de l'inviolabilité du domicile qu'elle implique, la perquisition ne peut, en l'état actuel de la réglementation en matière de procédure pénale, être autorisée que dans le cadre d'une instruction, au cours de laquelle les personnes intéressées disposent d'un droit organisé de demander un accès au dossier et des actes d'instruction supplémentaires et au cours de laquelle la chambre des mises en accusation peut exercer un contrôle quant à la régularité de la procédure.

En incluant la perquisition, en l'état actuel de la réglementation en matière de procédure pénale, dans le champ d'application de la mini-instruction, sans prévoir des garanties supplémentaires pour protéger les droits de la défense, la disposition attaquée porte une atteinte discriminatoire au droit au respect de la vie privée et au droit à l'inviolabilité du domicile.

B.22.5. Il résulte de ce qui précède que l'article 63, 1^o, attaqué, de la loi du 5 février 2016 viole les articles 10, 11, 15 et 22 de la Constitution et qu'il doit dès lors être annulé.

L'examen des autres griefs et normes de référence ne pouvant donner lieu à une annulation plus étendue, il n'y a pas lieu d'examiner les moyens sous cet angle.

B.22.6. En vue de préserver la légalité des perquisitions qui auraient été effectuées sur la base de la disposition annulée, la Cour maintient, en application de l'article 8, alinéa 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, les effets de la disposition annulée, comme il est indiqué dans le dispositif.

L'écoute et l'enregistrement des communications

B.23.1. La partie requérante dans l'affaire n^o 6498 prend un premier moyen de la violation de l'article 22 de la Constitution, combiné ou non avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, par l'article 66, 1^o, de la loi du 5 février 2016, qui remplace le premier membre de phrase de l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} de l'article 90quater du Code d'instruction criminelle par les mots « L'ordonnance est datée et indique ». Avant la modification de cette disposition par l'article 66, 1^o, attaqué, ce membre de phrase était ainsi rédigé : « A peine de nullité, l'ordonnance est datée et indique ».

L'ordonnance dont question dans cette disposition est celle par laquelle le juge d'instruction autorise, à titre exceptionnel, l'écoute, la prise de connaissance et l'enregistrement, pendant leur transmission, des communications ou des télécommunications privées. Les indications que cette ordonnance doit contenir portent sur les indices et faits concrets qui justifient la mesure, les motifs pour lesquels celle-ci est indispensable à la manifestation de la vérité, la personne et le moyen de communication ou de télécommunication soumis à la surveillance, la période concernée et les nom et qualité de l'officier de police judiciaire chargé de l'exécution de la mesure.

B.23.2. L'article 90quater du Code d'instruction criminelle a été remplacé par l'article 18 de la loi du 25 décembre 2016 « portant des modifications diverses au Code d'instruction criminelle et au Code pénal, en vue d'améliorer les méthodes particulières de recherche et certaines mesures d'enquête concernant Internet, les communications électroniques et les télécommunications et créant une banque de données des empreintes vocales ». La nouvelle disposition est entrée en vigueur le 27 janvier 2017.

B.23.3. La disposition attaquée est entrée en vigueur dix jours après sa publication, soit le 29 février 2016. Dans la mesure où elle a pu produire des effets entre cette date et le 27 janvier 2017, le recours n'a pas perdu son objet en ce qui la concerne.

B.24. La partie requérante fait grief au législateur d'avoir, en supprimant la nullité automatique, également supprimé une procédure de contrôle *a priori* des mesures d'écoutes téléphoniques indispensable à la garantie que l'atteinte au droit au respect de la vie privée qu'elles représentent soit nécessaire dans une société démocratique.

B.25. L'exposé des motifs de la loi attaquée indique que la mesure a été jugée nécessaire parce que les écoutes effectuées en application des articles 90ter et suivants du Code d'instruction criminelle sont surtout utilisées dans des dossiers de criminalité grave et organisée et que « les conséquences d'une sanction de nullité sont dès lors dramatiques dans pareils dossiers et non proportionnelles à l'équilibre qui doit être recherché entre la protection de la vie privée et une lutte efficace contre ces formes de criminalité » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 62).

L'exposé des motifs précise :

« La modification proposée n'aura donc pas pour effet de diminuer la protection du citoyen contre les abus en matière d'écoutes téléphoniques :

- les exigences formelles sont inchangées;
- la nullité d'un élément de preuve obtenu irrégulièrement pourra encore être décidée si 'l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve, ou l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable' (cf. article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale);
- une écoute illégale constitue une infraction pénale, tant dans le chef d'un officier ou fonctionnaire public, dépositaire ou agent de la force publique (article 259bis du Code pénal) que s'il est commis par une autre personne (article 314bis du Code pénal);
- l'article 90decies du Code d'instruction criminelle stipule que le ministre de la Justice fait 'rapport annuellement au Parlement sur l'application des articles 90ter à 90novies. Il informe le Parlement du nombre d'instructions ayant donné lieu à des mesures visées par ces articles, de la durée de ces mesures, du nombre de personnes concernées et des résultats obtenus'.

Ces garanties ne permettent pas d'envisager que l'on recoure à des écoutes non motivées dans l'espoir de découvrir des infractions ('*fishing*'): une telle méthode n'aurait aucune chance d'aboutir à une condamnation, sinon des auteurs des écoutes illégales » (*ibid.*, pp. 62-63).

B.26.1. La Cour européenne des droits de l'homme juge que puisque, par nature lorsqu'il s'agit de mesures de surveillance secrète, l'intéressé est forcément empêché d'introduire un recours effectif ou de prendre une part directe à un contrôle quelconque, « il se révèle indispensable que les procédures existantes procurent en elles-mêmes des garanties appropriées et équivalentes sauvegardant les droits de l'individu ».

Elle ajoute :

« Il faut de surcroît, pour ne pas dépasser les bornes de la nécessité au sens de l'article 8, § 2, respecter aussi fidèlement que possible, dans les procédures de contrôle, les valeurs d'une société démocratique. En un domaine où les abus sont potentiellement si aisés dans des cas individuels et pourraient entraîner des conséquences préjudiciables pour la société démocratique toute entière, il est en principe souhaitable que le contrôle soit confié à un juge, car le pouvoir judiciaire offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière » (CEDH, grande chambre, 4 décembre 2015, *Roman Zakharov* c. Russie, § 233).

B.26.2. La Cour européenne des droits de l'homme considère encore que la nécessité d'obtenir une autorisation judiciaire préalable à la mise en œuvre d'une mesure de surveillance secrète constitue une importante garantie contre l'arbitraire et attache de l'importance au fait que le juge doit motiver sa décision d'autoriser la mesure d'interception (*ibid.*, § § 249 et 259).

B.27.1. La disposition attaquée atténue l'effet des irrégularités formelles entachant l'ordonnance du juge d'instruction autorisant l'écoute et l'enregistrement de communications sur la validité de la preuve pénale qui en découle. Alors qu'auparavant, toute violation d'une prescription de l'article 90^{quater} du Code d'instruction criminelle entraînait automatiquement l'impossibilité de l'utilisation au cours du procès pénal des écoutes réalisées, désormais, le juge du fond doit apprécier la validité de la preuve obtenue à l'aune de l'article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale et peut, le cas échéant, en tenir compte si l'irrégularité commise n'a pas entaché la fiabilité de la preuve et si son usage n'est pas contraire au droit à un procès équitable.

B.27.2. En revanche, la disposition attaquée n'a pas d'effet sur l'examen qui peut être fait par le juge de la compatibilité des écoutes et enregistrements de communications avec le droit au respect de la vie privée des personnes concernées. L'article 90^{quater} du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été modifié par la disposition attaquée, exige toujours que les écoutes et enregistrements soient préalablement autorisés par un juge d'instruction et que celui-ci motive son ordonnance en indiquant les indices et faits concrets qui justifient la mesure, les motifs pour lesquels celle-ci est indispensable, la personne et le moyen de communication soumis à la surveillance, la période concernée et les nom et qualité de l'officier de police judiciaire chargé de l'exécution de la mesure. Ces exigences sont de nature à garantir, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme citée en B.26, le respect du droit à la vie privée.

Toute mesure d'écoutes ou d'enregistrements de communications qui serait effectuée en violation des prescriptions légales pourrait être considérée comme illégale et donner lieu à l'application de l'article 259^{bis} du Code pénal à l'égard de l'agent de la force publique qui en est l'auteur ainsi qu'à réparation à l'égard de la personne dont le droit au respect de la vie privée aurait été violé.

B.28. La disposition attaquée n'a pas la portée que lui donne la partie requérante car elle ne diminue pas la protection contre les atteintes à la vie privée des personnes résultant des mesures d'écoutes et d'enregistrements des communications.

L'article 90^{quater} du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été modifié par la disposition attaquée, n'est pas incompatible avec l'article 22 de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'examen de la compatibilité de la disposition attaquée avec l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne conduit pas à une autre conclusion.

B.29. Le moyen pris contre l'article 66, 1^o, de la loi du 5 février 2016 n'est pas fondé.

L'opposition

B.30. Les parties requérantes dans les affaires n^{os} 6496, 6497 et 6498 demandent l'annulation de l'article 83 de la loi du 5 février 2016. Elles font valoir que cette disposition n'est pas compatible avec les articles 10, 11, 12, 13 et 14 de la Constitution, combinés ou non avec les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et avec les principes généraux du droit relatifs au droit à un procès équitable, au respect des droits de défense, au droit d'accès au juge et au droit à un recours effectif.

B.31.1. L'article 83, attaqué, de la loi du 5 février 2016 remplace le système de l'opposition à un jugement pénal rendu par défaut, tel qu'il est prévu dans l'article 187 du Code d'instruction criminelle. Par ce nouveau système, le législateur vise à « codifier, simplifier et rationaliser la procédure de l'opposition sans pour autant limiter le droit à un second degré de juridiction » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 72).

B.31.2. Les griefs des parties requérantes sont dirigés contre le nouvel article 187, § 6, du Code d'instruction criminelle, qui dispose :

« L'opposition sera déclarée non avenue :

1^o si l'opposant, lorsqu'il comparaît en personne ou par avocat et qu'il est établi qu'il a eu connaissance de la citation dans la procédure dans laquelle il a fait défaut, ne fait pas état d'un cas de force majeure ou d'une excuse légitime justifiant son défaut lors de la procédure attaquée, la reconnaissance de la force majeure ou de l'excuse invoquées restant soumise à l'appréciation souveraine du juge;

2^o si l'opposant fait à nouveau défaut sur son opposition, et ce dans tous les cas, quels que soient les motifs des défauts successifs et même si l'opposition a déjà été reçue ».

La Cour limite son examen à cette disposition.

B.32.1. L'opposition est une voie de recours ordinaire ouverte à la partie qui a été condamnée par défaut, en vue d'obtenir de la juridiction qui a statué par défaut une nouvelle décision après un débat contradictoire.

L'essence et la finalité mêmes de l'opposition sont de permettre le plein exercice des droits de la défense par une personne qui pourrait, en raison de sa défaillance, ne pas avoir connaissance de tous les éléments d'une cause ou tout au moins ne pas avoir pu s'expliquer sur eux.

B.32.2. L'« opposition non avenue » signifie que l'opposition est recevable mais considérée comme étant frappée de déchéance, impliquant que le jugement rendu par défaut contre lequel l'opposition était dirigée demeure inchangé (Cass., 18 novembre 2003, *Pas.*, n^o 576). Il s'agit d'une sanction particulière qui est imposée en raison de circonstances déterminées, liées au comportement de l'opposant.

La décision qui déclare l'opposition non avenue a pour conséquence que la juridiction qui a statué par défaut ne doit pas réexaminer l'affaire dans le cadre d'une procédure d'opposition. La décision rendue par défaut subsiste et est uniquement susceptible d'appel ou, si elle est rendue en degré d'appel, de pourvoi en cassation.

B.32.3. Avant son abrogation par la loi du 5 février 2016, l'« opposition non avenue » était réglée par l'article 188 du Code d'instruction criminelle, qui disposait que l'opposition est considérée comme non avenue lorsque l'opposant ou son conseil ne comparaît pas à la première audience utile après la formation de l'opposition.

Par l'article 83 de la loi du 5 février 2016, le législateur a étendu la sanction de l'« opposition non avenue » à de nouvelles hypothèses. Cette extension a été justifiée par le constat qu'« en son état actuel, la procédure de l'opposition fait l'objet d'abus de la part de certains prévenus dont le défaut est soit dû à leur propre négligence, soit utilisé comme stratégie de défense dilatoire visant à un dépassement du délai raisonnable, voire à une prescription de l'infraction du chef de laquelle ils sont poursuivis. L'opposition étant admise en première instance et en degré d'appel, il arrive qu'une affaire soit traitée à quatre reprises » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 73). Par ailleurs, cette extension « sert en outre les intérêts des victimes, qui sont souvent découragées par l'obligation de suivre les débats à plusieurs reprises, avec les pertes de temps et les frais d'honoraires d'avocats qui en découlent » (*ibid.*, p. 72).

En vertu de l'article 187, § 6, attaqué, du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été remplacé par l'article 83 de la loi du 5 février 2016, l'opposition doit être considérée comme « non avenue » dans deux cas : d'une part, si l'opposant, lorsqu'il comparait en personne ou par avocat et qu'il est établi qu'il a eu connaissance de la citation dans la procédure dans laquelle il a fait défaut, ne fait pas état d'un cas de force majeure ou d'une excuse légitime justifiant son défaut, la reconnaissance de la force majeure ou de l'excuse invoquées restant soumise à l'appréciation souveraine du juge (1^o) et, d'autre part, si l'opposant fait à nouveau défaut sur son opposition, et ce dans tous les cas, quels que soient les motifs des défauts successifs et même si l'opposition a déjà été reçue (2^o).

B.33. Il ressort de l'exposé des moyens que la Cour doit examiner la compatibilité des mots « excuse légitime » et « la reconnaissance de la force majeure ou de l'excuse invoquées restant soumise à l'appréciation souveraine du juge », utilisés dans l'article 187, § 6, 1^o, attaqué, du Code d'instruction criminelle, avec le principe de légalité en matière pénale, garanti par les articles 12 et 14 de la Constitution, combinés avec l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour doit par ailleurs examiner la compatibilité de l'article 187, § 6, du Code d'instruction criminelle avec les articles 10, 11 et 13 de la Constitution, combinés avec les dispositions conventionnelles et avec les principes généraux de droit invoqués, en ce que cette disposition établirait une restriction discriminatoire de la possibilité de faire opposition. L'examen de ce grief étant lié à la portée de la disposition attaquée, le grief cité en premier doit être examiné en priorité.

B.34.1. L'article 12, alinéa 2, de la Constitution dispose :

« Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit ».

L'article 14 de la Constitution dispose :

« Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi ».

L'article 7.1 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

« Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise ».

B.34.2. En ce qu'il garantit le principe de légalité en matière pénale, l'article 7.1 de la Convention européenne des droits de l'homme a une portée analogue à celle des articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution.

B.34.3. Il découle des dispositions précitées que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de connaître, au moment où il adopte un comportement, si ce comportement est punissable ou non et la peine éventuellement encourue. Les principes de légalité et de prévisibilité sont applicables à l'ensemble de la procédure pénale. Ces dispositions entendent ainsi exclure tout risque d'intervention arbitraire de la part du pouvoir exécutif ou du pouvoir judiciaire dans l'établissement et l'application des peines.

Le principe de légalité en matière pénale ne va pas jusqu'à obliger le législateur à régler lui-même chaque aspect de l'incrimination, de la peine ou de la procédure pénale. Plus précisément, il n'empêche pas que le législateur attribue un pouvoir d'appréciation au juge ou au ministère public. Il faut en effet tenir compte du caractère de généralité des dispositions législatives, de la diversité des situations auxquelles elles s'appliquent et de l'évolution des comportements qu'elles répriment.

B.34.4. En l'espèce, ce n'est pas la légalité de l'incrimination ou de la peine qui est en cause mais celle de la procédure pénale.

L'exigence de prévisibilité de la procédure pénale garantit à tout citoyen qu'il ne peut faire l'objet d'une information, d'une instruction et de poursuites que selon une procédure établie par la loi et dont il peut prendre connaissance avant sa mise en œuvre.

B.35.1. Les travaux préparatoires de la disposition attaquée font apparaître que le législateur a voulu combattre les abus de la procédure d'opposition, en limitant la possibilité de faire opposition à un jugement rendu par défaut, sans porter atteinte au droit des parties d'être entendues, droit qui relève du droit à un procès équitable, et aux exigences émises en la matière par la Cour européenne des droits de l'homme (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 72-80).

B.35.2. En prévoyant, à l'article 187, § 6, 1^o, attaqué, du Code d'instruction criminelle, que l'opposition est déclarée non avenue si le défaut n'est justifié ni par la « force majeure » ni par une « excuse légitime », le législateur a sciemment laissé une grande marge d'appréciation au juge (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 80). En effet, le législateur souhaitait garantir que, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, « le recours en opposition reste effectif pour les prévenus défaillants qui n'ont ni renoncé à comparaître et à se défendre ni eu l'intention de se soustraire à la justice » (*ibid.*, p. 79).

En ce qui concerne les notions de « force majeure » et d'« excuse légitime », les travaux préparatoires indiquent :

« Deux types de situations peuvent être couverts par la notion de force majeure :

- Les cas où le prévenu n'a pas eu connaissance de la citation, ce qui explique qu'il n'était ni présent, ni représenté à l'audience;

- Les cas où le prévenu a eu connaissance de la citation, ne souhaitait pas renoncer à son droit d'être présent ou d'être représenté, mais sa présence ou sa représentation a été empêchée par un motif légitime indépendant de sa volonté.

La proposition de loi précitée du 15 mai 2000 introduite par MM. Bourgeois Van Hoorebeke et Erdman avait envisagé subordonner la recevabilité de l'opposition à la démonstration d'un défaut justifié par la force majeure. Cette piste avait finalement été abandonnée en raison du caractère jugé trop vague de la notion de force majeure. Il avait alors été craint que l'interprétation de cette notion donne lieu à d'interminables discussions (voir *Doc. Parl.*, Chambre, Sess. ord., 2002-2003, n^o 50-0651/004, pp. 6 et 11).

Afin de le prévenir, il est proposé d'ajouter aux cas de force majeure, les cas où le prévenu justifie d'un motif reconnu valable par la juridiction devant laquelle il est appelé. L'on notera que la notion d'excuse avait été envisagée dans l'étude UG (p. 158, § 709). Par ailleurs, la notion d'excuse légitime apparaît déjà à l'article 630, alinéas 10 et 11, du Code d'instruction criminelle concernant la réhabilitation.

L'approche combinant la force majeure et le motif valable s'apparente à celle du droit français qui permet l'opposition tant dans les situations où le prévenu n'a pas eu connaissance effective de la citation régulière non signifiée à personne (un cas qui relèverait chez nous de la force majeure) que dans les situations où la citation a été régulière à personne mais une excuse reconnue valable par la juridiction devant laquelle le défaillant est appelé justifie son absence (articles 410 à 412 du Code de procédure pénale français) » (*ibid.*, pp. 79-80).

Il ressort des travaux préparatoires précités que la notion d'« excuse légitime » doit être interprétée en ce sens qu'elle couvre les cas qui ne sont pas des cas de force majeure et où l'opposant avait connaissance de la citation mais invoque un motif faisant apparaître que son absence ne signifiait pas qu'il souhaitait renoncer à son droit de comparaître et de se défendre, ou se soustraire à la justice.

La notion d'« excuse légitime » est suffisamment claire, présente une sécurité juridique suffisante et ne porte pas atteinte au principe de légalité en matière pénale.

B.35.3. Le fait que l'article 187, § 6, 1^o, attaqué, mentionne que « la reconnaissance de la force majeure ou de l'excuse invoquées rest [e] soumise à l'appréciation souveraine du juge » ne change rien à ce qui précède. Cette mention confirme simplement la règle générale selon laquelle le juge, à défaut de critères d'appréciation contraignants figurant dans la loi, statue souverainement sur ces points, le juge étant toutefois lié par la signification usuelle des notions de « force majeure » et d'« excuse légitime », telle qu'elle a été précisée par le législateur.

Il appartient à la Cour de cassation de veiller à ce que ces notions ne soient pas interprétées de manière arbitraire et de vérifier si le juge a pu légitimement déduire des faits qu'il est ou non question de force majeure ou d'excuse légitime.

B.35.4. L'article 187, § 6, 1^o, attaqué, du Code d'instruction criminelle, remplacé par l'article 83 de la loi du 5 février 2016, ne viole dès lors pas les articles 12 et 14 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme.

B.36.1. Les parties requérantes font encore valoir que l'article 187, § 6, du Code d'instruction criminelle viole les articles 10, 11 et 13 de la Constitution, combinés ou non avec les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et avec les principes généraux du droit relatifs au droit à un procès équitable, au respect des droits de la défense, au droit d'accès au juge et au droit à un recours effectif, en ce qu'il limite la possibilité de faire opposition.

Cette disposition serait discriminatoire en ce qu'elle a pour conséquence que le prévenu qui fait défaut dans la procédure par laquelle il est statué sur l'action publique est traité de la même manière que le condamné qui fait défaut dans la procédure de réhabilitation. En vertu respectivement de la disposition attaquée et de l'article 630 du Code d'instruction criminelle, tous deux doivent invoquer une excuse légitime pour justifier leur absence à l'audience. Or, il existerait entre ces deux catégories de personnes des différences fondamentales qui s'opposeraient à cette identité de traitement.

B.36.2. Contrairement à ce que soutient la partie requérante dans l'affaire n^o 6498, les dispositions constitutionnelles et conventionnelles invoquées ne contiennent pas d'obligation de *standstill*.

B.37. La différence de traitement entre certaines catégories de personnes qui découle de l'application de règles procédurales différentes dans des circonstances différentes n'est pas discriminatoire en soi. Il en va de même du traitement identique qui découle de l'application des mêmes règles procédurales dans des circonstances différentes. Il ne pourrait être question de discrimination que si la différence de traitement ou l'identité de traitement qui découle de l'application de ces règles de procédure entraînait une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées.

B.38.1. L'article 13 de la Constitution implique un droit d'accès au juge compétent. Ce droit est également garanti par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, par l'article 14, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et par un principe général de droit.

L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit le droit à un recours effectif devant une instance nationale à toute personne dont les droits et libertés mentionnés dans cette Convention ont été violés.

B.38.2. La comparaison d'un prévenu revêt une importance capitale en raison tant du droit de celui-ci à être entendu que de la nécessité de contrôler l'exactitude de ses affirmations et de les confronter avec les dires de la victime, dont il y a lieu de protéger les intérêts, ainsi qu'avec ceux des témoins (CEDH, 23 novembre 1993, *Poitrimol* c. France, § 35; 13 février 2001, *Krombach* c. France, § 84; 14 juin 2001, *Medenica* c. Suisse, § 54; 13 janvier 2011, *Drakos* c. Grèce, § 35).

Si le droit national autorise le déroulement d'un procès nonobstant l'absence de l'accusé, celui-ci doit pouvoir obtenir ultérieurement qu'une juridiction statue à nouveau, après l'avoir entendu, sur le bien-fondé de l'accusation en fait comme en droit, lorsqu'il n'est pas établi qu'il a renoncé à son droit de comparaître et de se défendre ni qu'il a eu l'intention de se soustraire à la justice (CEDH, grande chambre, 1^{er} mars 2006, *Sejdovic* c. Italie, § 82; 1^{er} mars 2011, *Faniel* c. Belgique, § 26). Il faut qu'il n'incombe pas à l'accusé de prouver qu'il n'entendait pas se dérober à la justice ni que son absence s'expliquait par un cas de force majeure. En même temps, il est loisible aux autorités nationales d'évaluer si les excuses fournies par l'accusé pour justifier son absence étaient valables ou si les éléments versés au dossier permettaient de conclure que son absence était indépendante de sa volonté (CEDH, *Sejdovic* c. Italie, précité, § 88).

Le législateur doit pouvoir décourager des abstentions injustifiées, à condition que les sanctions ne se révèlent pas disproportionnées et que le prévenu ne soit pas privé du droit à l'assistance d'un défenseur (*ibid.*, § 92).

B.39.1. Il ressort des travaux préparatoires mentionnés en B.32.3 et B.35 que le législateur a voulu éviter les abus de la procédure d'opposition sans porter atteinte aux exigences émises par la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne le droit d'accès au juge. Pour cette raison, le législateur a prévu que l'opposition ne peut être considérée comme non avenue que dans les deux hypothèses visées dans la disposition attaquée.

B.39.2. En ce qui concerne la situation visée à l'article 187, § 6, 1^o, du Code d'instruction criminelle, pour que l'opposition puisse être considérée comme non avenue, il faut d'abord qu'il soit établi que l'opposant a eu connaissance de la citation dans la procédure par défaut. Il appartient à la partie poursuivante ou à la partie civile d'en apporter la preuve; le prévenu n'a pas à fournir de preuve en la matière (Cass., 17 janvier 2017, P.16.0989.N). Cette prise de connaissance doit en outre être établie avec certitude; il ne peut y avoir le moindre doute raisonnable à ce sujet.

Ensuite, l'opposition ne peut être déclarée non avenue que si l'opposant « ne fait pas état d'un cas de force majeure ou d'une excuse légitime justifiant son défaut lors de la procédure attaquée ». Comme il est dit en B.35, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, cette condition doit être interprétée en ce sens que « le recours en opposition reste effectif pour les prévenus défaillants qui n'ont ni renoncé à comparaître et à se défendre ni eu l'intention de se soustraire à la justice » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 79). Il suffit que l'opposant « fasse état » d'un cas de force majeure ou d'une excuse légitime et donc qu'il démontre à suffisance l'existence de ce motif, sans qu'il soit tenu d'en apporter la preuve.

Ce n'est que dans la mesure où il est satisfait à ces conditions cumulatives, et qu'il est donc établi que le prévenu a renoncé au droit de comparaître et de se défendre ou avait l'intention de se soustraire à la justice, que l'opposition est considérée comme non avenue.

B.39.3. En vertu de l'article 187, § 6, 2°, du Code d'instruction criminelle, l'opposition est aussi déclarée non avenue si l'opposant fait à nouveau défaut sur son opposition, et ce dans tous les cas, quels que soient les motifs des défauts successifs et même si l'opposition a déjà été reçue. Cette situation était déjà en partie visée par l'ancien article 188 du Code d'instruction criminelle, en ce qu'il concernait une absence à la première audience utile après la formation de l'opposition, et a été étendue par l'article 83 de la loi du 5 février 2016 à toutes les absences de l'opposant dans la procédure d'opposition.

Il peut être justifié qu'une absence à l'audience soit appréciée plus sévèrement à l'égard d'une partie qui a déjà fait défaut et qui, en signifiant l'opposition, a elle-même pris l'initiative d'obtenir de la juridiction qui a statué par défaut une nouvelle décision après un débat contradictoire.

En outre s'applique, dans ce cas aussi, le principe général de droit selon lequel la rigueur de la loi peut être tempérée en cas de force majeure, principe auquel la loi attaquée n'a pas dérogé. Comme le confirment également les travaux préparatoires, l'opposition ne peut dès lors être déclarée non avenue si une cause de force majeure justifie l'absence de l'opposant au cours de la procédure d'opposition (*Doc. parl.*, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 81, et DOC 54-1418/005, pp. 110-111).

B.39.4. Sous réserve qu'il soit interprété de la manière indiquée en B.39.2 et B.39.3, l'article 187, § 6, du Code d'instruction criminelle ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit du prévenu d'accéder au juge.

B.40. Sous cette réserve, les moyens dirigés contre l'article 187, § 6, précité, du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été remplacé par l'article 83 de la loi du 5 février 2016, ne sont pas fondés.

L'appel sur griefs

B.41. Les parties requérantes dans l'affaire n° 6497 prennent un troisième moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, par l'article 89 de la loi du 5 février 2016, qui remplace l'article 204 du Code d'instruction criminelle par la disposition suivante :

« A peine de déchéance de l'appel, la requête indique précisément les griefs élevés, y compris les griefs procéduraires, contre le jugement et est remise, dans le même délai et au même greffe que la déclaration visée à l'article 203. Elle est signée par l'appelant, son avocat ou tout autre fondé de pouvoir spécial. Dans ce dernier cas, le pouvoir est annexé à la requête.

Cette requête peut aussi être remise directement au greffe du tribunal ou de la cour où l'appel est porté.

Un formulaire dont le modèle est déterminé par le Roi peut être utilisé à cette fin.

La présente disposition s'applique également au ministère public ».

B.42. Les parties requérantes reprochent à cette disposition d'empêcher les parties d'étendre l'appel devant la juridiction d'appel.

B.43.1. Le Conseil des ministres soulève une exception d'irrecevabilité de ce moyen. Il relève que les parties requérantes renvoient, dans le développement du moyen, non pas à l'article 89 attaqué, mais bien à l'article 94 de la même loi, non visé par la requête, qui complète l'article 210 du même Code par un alinéa limitant les possibilités pour le juge d'appel de soulever des moyens d'office, ainsi qu'au contenu du formulaire d'appel publié en annexe à l'arrêté royal du 18 février 2016 portant exécution de l'article 204, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle.

B.43.2. Bien que l'argumentation des parties requérantes s'appuie partiellement sur l'article 94, non attaqué, de la loi du 5 février 2016, ainsi que sur une annexe à un arrêté royal qui ne relève pas de la compétence de la Cour, leur critique, qui ne concerne pas uniquement la possibilité pour le juge d'appel de soulever des griefs d'office mais qui vise plus largement l'impossibilité pour les parties d'étendre la portée de leur appel après l'introduction de la requête contenant les griefs, peut être localisée dans l'article 89 attaqué, en ce qu'il ne prévoit pas que des griefs non indiqués dans cette requête peuvent encore être soulevés devant la juridiction.

B.43.3. L'exception d'irrecevabilité est rejetée.

B.44.1. Il ressort de l'exposé des motifs que la disposition attaquée a été conçue comme étant « dans l'intérêt de toutes les parties », dès lors qu'elle avait pour but de faire « prendre conscience [aux appelants qui n'ont ni avocat ni une grande instruction] de la portée de l'acte d'appel et de la faculté de le limiter » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 85).

B.44.2. Le rapport de la commission de la Chambre indique :

« Le projet de loi a aussi pour but de traiter plus efficacement les affaires pénales en degré d'appel.

- L'appelant devra déposer une requête dans laquelle sont définis précisément les griefs formulés contre le jugement rendu en première instance, en ce compris les griefs relatifs à la procédure.

Ceci implique de préciser [...] les points sur lesquels il y a lieu de modifier la décision rendue en première instance (par exemple 'la peine'), et non les moyens qui seront développés à l'appui de cette contestation.

Cette obligation vaut également pour le ministère public.

A défaut, le juge peut déclarer l'appel irrecevable.

La loi connaît en réalité déjà ce principe mais sans assortir son non-respect d'une sanction d'irrecevabilité, ce qui le prive de portée pratique.

Un formulaire déterminé par arrêté royal sera mis à la disposition des appelants dans les greffes, prisons, etc. afin de permettre à ceux qui n'ont ni avocat ni une grande instruction de prendre conscience de la portée de l'acte d'appel et de la faculté de le limiter.

Trop souvent, aujourd'hui, un condamné forme un appel ou une opposition mécaniquement, sans y réfléchir. Or, si l'opposition ne peut nuire à l'opposant, il n'en va pas de même pour l'appelant : si son appel est suivi par une autre partie, il peut en résulter une aggravation de la peine ou des intérêts civils en degré d'appel » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/005, pp. 15-16).

B.44.3. Le formulaire publié en annexe à l'arrêté royal du 18 février 2016 précité, qui, en vertu de l'article 1^{er} de cet arrêté royal, peut être utilisé pour interjeter appel conformément à la disposition attaquée, invite à cocher une ou plusieurs « dispositions » du premier jugement contre lequel un grief est élevé. Ces dispositions sont, en ce qui concerne l'action publique, la déclaration de culpabilité, la qualification de l'infraction, les règles concernant la procédure, le taux de la peine, l'internement, la non-application du sursis simple, du sursis probatoire, de la suspension simple ou de la suspension probatoire, la confiscation, les autres mesures : remise en état ou astreinte, la prescription, la violation de la Convention européenne des droits de l'homme, l'acquiescement, les autres dispositions. En ce qui concerne l'action civile, les dispositions sont la recevabilité, le lien causal, l'évaluation du dommage (montant), les intérêts et les autres dispositions.

Cette énumération, à l'exception de « la violation de la Convention européenne des droits de l'homme », ne concerne que les aspects du jugement dont il est fait appel et non l'argumentation ou les moyens qui seront développés par la partie appelante pour emporter la conviction des juges d'appel.

B.44.4. La Cour de cassation a précisé, au sujet de la notion de « grief » au sens de l'article 204 du Code d'instruction criminelle :

« Constitue un grief visé à l'article 204 du Code d'instruction criminelle, la désignation spécifique, par l'appelant, d'une décision distincte du jugement dont appel, dont il demande la réformation par le juge d'appel.

Il n'est pas requis que, dans sa requête ou son formulaire de griefs, l'appelant :

- indique déjà les motifs pour lesquels il demande cette réformation,
- coche uniquement le grief le plus ' exact ',
- limite ses griefs à ceux qui ne peuvent être invoqués d'office par le juge,
- pour chaque grief coché, précise déjà sur quelle prévention celui-ci porte.

Il appartient au juge d'appel d'apprécier souverainement, en fait, si, dans la requête ou le formulaire de griefs, l'appelant a indiqué de manière suffisamment précise ses griefs à l'encontre du jugement dont appel, comme l'exige l'article 204 du Code d'instruction criminelle » (Cass., 18 avril 2017, P.17.0105.N, traduction libre).

« Lors de l'application de l'article 204 du Code d'instruction criminelle, il doit être tenu compte du droit d'accès au juge, garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme tel qu'il est interprété par la Cour européenne des droits de l'homme. Il découle de cette disposition que les Etats membres peuvent, lorsqu'ils créent des possibilités d'appel, établir des conditions, mais que lors de l'application de ces conditions le juge ne peut être exagérément formaliste en manière telle qu'il soit porté atteinte au caractère équitable de la procédure ou exagérément souple en manière telle que les conditions établies soient vidées de leur contenu » (Cass., 18 avril 2017, P.17.0147.N, traduction libre).

La Cour de cassation a encore précisé :

« L'article 204 du Code d'instruction criminelle, dont le moyen accuse la violation, impose à l'appelant de préciser les points sur lesquels la décision entreprise doit être réformée. Il ne lui prescrit pas d'indiquer la raison pour laquelle elle doit l'être » (Cass., 3 mai 2017, P.17.0145.F; dans le même sens, Cass., 18 avril 2017, P.17.0031.N et P.17.0087.F).

Elle a encore jugé :

« 6. Un grief au sens de l'article 204 du Code d'instruction criminelle est l'indication spécifique dans la requête d'appel d'une décision déterminée du jugement entrepris, dont la partie appelante demande la réformation par le juge d'appel. Il n'est pas requis que, dans la requête ou le formulaire de griefs, la partie appelante énonce les raisons de son appel ni les moyens qu'elle entend invoquer pour obtenir la réformation de la décision visée par le grief.

L'indication des griefs est précise au sens de cette disposition lorsqu'elle permet aux juges d'appel et aux parties de déterminer avec certitude la décision ou les décisions du jugement entrepris, dont la partie appelante demande la réformation, en d'autres mots de déterminer la saisine des juges d'appel » (Cass., 28 juin 2017, P.17.0176.F; 27 septembre 2017, P.17.0257.F).

B.45.1. Il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation que la notion de « grief », au sens de l'article 204 du Code d'instruction criminelle, ne se confond pas avec la notion de « moyen » au sens où l'entendent les parties requérantes. La disposition attaquée prescrit donc que l'appelant désigne, dans sa requête, les parties du jugement de première instance qu'il entend voir réformer et non les arguments qu'il souhaite avancer à cette fin.

B.45.2. Par conséquent, la disposition attaquée n'empêche pas que l'appelant invoque, pour la première fois en degré d'appel et en cours de procédure, les moyens qu'il estime appropriés pour obtenir la réformation de la décision rendue en première instance, en ce compris, le cas échéant, le dépassement du délai raisonnable ou encore un revirement de jurisprudence intervenu entre les deux instances.

B.46. Compte tenu de ce qui est dit en B.44.4 et en B.45, le moyen dirigé contre l'article 89 de la loi du 5 février 2016 n'est pas fondé.

Le pourvoi en cassation immédiat contre les décisions prises en application des articles 135, 235bis et 235ter du Code d'instruction criminelle

B.47. La partie requérante dans l'affaire n° 6498 prend un moyen de la violation, par les articles 99, 100 et 115 de la loi du 5 février 2016, des articles 10, 11 et 12 de la Constitution, combinés ou non avec les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

B.48.1. Les articles 99, 100 et 115, attaqués, de la loi du 5 février 2016 suppriment la possibilité de former un pourvoi en cassation immédiat contre les décisions prises par la chambre des mises en accusation en application des articles 135, 235bis et 235ter du Code d'instruction criminelle. Ces dispositions modifient à cette fin les articles 235bis, § 6, 235ter, § 6, et 420, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle.

B.48.2. Avant sa modification par l'article 115 attaqué, l'article 420 du Code d'instruction criminelle disposait :

« Le pourvoi en cassation contre les décisions préparatoires et d'instruction n'est ouvert qu'après l'arrêt ou le jugement définitif, même si elles ont été exécutées sans réserve.

Toutefois, il peut être formé un pourvoi en cassation immédiat contre les décisions :

- 1° sur la compétence;
- 2° en application des articles 135, 235bis et 235ter;
- 3° relatives à l'action civile qui statue sur le principe d'une responsabilité;
- 4° qui, conformément à l'article 524bis, § 1^{er}, statue sur l'action publique et ordonnent une enquête particulière sur les avantages patrimoniaux ».

B.49.1. Conformément à l'article 420, alinéa 1^{er}, précité, du Code d'instruction criminelle, le pourvoi en cassation contre les décisions préparatoires et d'instruction n'est ouvert qu'après l'arrêt ou le jugement définitifs. L'article 420, alinéa 2, admet exceptionnellement, dans un nombre de cas limité, un recours en cassation immédiat contre un arrêt ou un jugement non définitifs.

B.49.2. Avant le remplacement de l'article 420, alinéa 2, par l'article 115 attaqué, figuraient parmi ces exceptions les décisions rendues par la chambre des mises en accusation en application de l'article 135 du Code d'instruction criminelle, concernant un appel formé contre une décision de la chambre du conseil, et en application de l'article 235bis du même Code, concernant la régularité de la procédure.

La possibilité de former un pourvoi en cassation immédiat contre ces décisions a été instaurée par la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction judiciaires. Cette même loi prévoyait que les irrégularités, omissions ou causes de nullités affectant un acte d'instruction ou l'obtention de la preuve ou relatives à l'ordonnance de renvoi, et qui ont été examinées devant la chambre des mises en accusation ne peuvent en principe plus être invoquées devant le juge du fond, sans préjudice des moyens touchant à l'appréciation de la preuve ou qui concernent l'ordre public (article 235bis, § 5). Le législateur visait donc à purger définitivement les irrégularités de la procédure préparatoire, avant le renvoi de l'affaire devant le juge du fond (*Doc. parl.*, Chambre, 1996-1997, n° 857/1, p. 61).

L'exposé des motifs indique :

« 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 1^{er} 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.49.3. Par ailleurs, avant le remplacement de l'article 420, alinéa 2, par l'article 115 attaqué, le pourvoi en cassation immédiat était aussi ouvert contre les arrêts rendus par la chambre des mises en accusation en application de l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle sur la régularité des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration.

Cette possibilité a été instaurée par la loi du 16 janvier 2009 modifiant les articles 189^{ter}, 235^{ter}, 335^{bis} et 416 du Code d'instruction criminelle, à la suite de l'arrêt n° 111/2008, du 31 juillet 2008, dans lequel la Cour avait constaté que l'absence d'un pourvoi en cassation immédiat contre ces arrêts de la chambre des mises en accusation violait les articles 10 et 11 de la Constitution.

La Cour a jugé :

« Compte tenu de l'objectif du législateur, [...] 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 1^{er} 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 » (arrêt n° 111/2008 du 31 juillet 2008, B.8).

B.49.4. Par l'article 115, attaqué, de la loi du 5 février 2016, le législateur a supprimé la possibilité de former un pourvoi en cassation immédiat contre les décisions rendues par la chambre des mises en accusation en application des articles 135, 235^{bis} et 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, qui était prévue par l'ancien article 420, alinéa 2, 2^o, du même Code. Cette modification législative a pour effet que la règle générale contenue dans l'article 420, alinéa 1^{er}, est applicable aux décisions précitées, de sorte que le pourvoi en cassation formé contre ces décisions n'est plus ouvert qu'après l'arrêt ou le jugement définitifs.

Les articles 99 et 100, attaqués, de la loi du 5 février 2016 suppriment, dans les articles 235^{bis} et 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, les références au pourvoi en cassation immédiat et sont dès lors indissociables de l'article 115 attaqué.

B.49.5. Dans l'exposé des motifs, l'abrogation de cette possibilité de pourvoi en cassation immédiat est justifiée en ces termes :

« La prolifération des exceptions au principe de base selon lequel la recevabilité du pourvoi contre les décisions préparatoires et d'instruction n'est ouverte qu'après l'arrêt ou le jugement définitif, est une des causes de l'engorgement de la Cour.

La suppression du pourvoi immédiat contre les arrêts rendus en application des articles 135, 235^{bis} et 235^{ter} du Code d'instruction criminelle a pour but d'éviter les dérives liées au développement du procès fait dans le procès.

Il s'agit d'une mesure suggérée avec insistance dans le Relevé des lois qui ont posé des difficultés d'application ou d'interprétation pour les cours et tribunaux, présenté le 17 octobre 2014 par le procureur général près la Cour de cassation au Comité parlementaire chargé du suivi législatif (rapport 2013-2014, DOC 54-0435/001 pp. 31 à 33), tout comme dans son rapport de l'année précédente.

Elle vise aussi à pallier les conséquences négatives de l'allongement des procédures sur la détention préventive et sur le délai raisonnable.

Il n'en résulte toutefois pas un affaiblissement du contrôle de légalité de la procédure mais seulement le report de ce contrôle à la fin du procès, qui est le seul moment où, disposant d'une vue d'ensemble, l'on peut mesurer l'impact véritable, sur la procédure, des irrégularités invoquées.

Une telle solution soulagerait la Cour d'un fardeau énorme et dont le nombre de pourvois rejetés indique qu'il est inutile » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 104-105).

B.50. La partie requérante dans l'affaire n° 6498 fait valoir que les articles 109, 110 et 115, attaqués, de la loi du 5 février 2016 violent les articles 10, 11 et 12 de la Constitution, combinés ou non avec les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que « le ministère public et la partie civile [...] peuvent former un pourvoi en cassation immédiat contre toute ordonnance de non-lieu, même lorsque cette ordonnance est fondée sur l'irrégularité de l'instruction, alors que, à l'inverse, l'inculpé ne peut pas former un recours en cassation immédiat contre une ordonnance de renvoi, même lorsqu'il invoque l'irrégularité de l'instruction ».

B.51.1. La partie requérante n'expose pas en quoi les dispositions attaquées violent l'article 12 de la Constitution et l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le moyen est irrecevable en ce qu'il est pris de la violation de ces dispositions.

B.51.2. Le Conseil des ministres fait valoir que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas applicable en l'espèce.

B.51.3. Si l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est en principe pas applicable au cours de la phase préalable à la procédure pénale devant les juridictions qui statuent sur le bien-fondé de l'action pénale, il convient d'avoir égard au fait que les exigences de l'article 6 peuvent jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès (CEDH, 24 novembre 1993, *Imbrioscia c. Suisse*, § 36).

B.52. Il appartient à la Cour de juger si la différence de traitement entre, d'une part, le ministère public et la partie civile, qui peuvent former un pourvoi en cassation immédiat contre un arrêt de non-lieu, et, d'autre part, l'inculpé, qui ne peut former un pourvoi en cassation immédiat contre un arrêt de renvoi, est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Cette différence de traitement découle du fait qu'un arrêt de non-lieu est un arrêt définitif, contre lequel, conformément à l'article 417 du Code d'instruction criminelle, un pourvoi en cassation immédiat peut être formé, alors qu'un arrêt de renvoi est une décision préparatoire ou d'instruction contre laquelle, conformément à la règle générale contenue dans l'article 420, alinéa 1^{er}, et du fait de la suppression, par la disposition attaquée, de l'exception prévue à l'alinéa 2, 2^o, du même article, un pourvoi en cassation ne peut être formé qu'après la décision définitive.

B.53. La différence de traitement entre certaines catégories de personnes qui découle de l'application de règles procédurales différentes dans des circonstances différentes n'est pas discriminatoire en soi. Il ne pourrait être question de discrimination que si la différence de traitement qui découle de l'application de ces règles de procédure entraînait une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées.

B.54. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit le droit à un procès équitable, n'implique pas, de manière générale, le droit à un pourvoi en cassation. Toutefois, lorsque le législateur prévoit la voie de recours du pourvoi en cassation, il doit à cette occasion garantir un déroulement équitable de la procédure et ne peut refuser cette voie de recours à certaines catégories de justiciables sans qu'existe pour ce faire une justification raisonnable.

Le droit d'accès à un juge, qui constitue un aspect du droit à un procès équitable, peut être soumis à des conditions de recevabilité, notamment en ce qui concerne l'introduction d'une voie de recours. Ces conditions ne peuvent cependant aboutir à restreindre ce droit de manière telle que celui-ci s'en trouve atteint dans sa substance même. Tel serait le cas si les restrictions imposées ne tendaient pas vers un but légitime et s'il n'existait pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. La compatibilité de ces limitations avec le droit d'accès à un tribunal dépend des particularités de la procédure en cause et s'apprécie au regard de l'ensemble du procès (CEDH, 29 mars 2011, *RTBF c. Belgique*, § § 69-70).

B.55.1. Les dispositions attaquées introduisent une mesure, suggérée à plusieurs reprises déjà par la Cour de cassation, visant à maîtriser et éliminer un arriéré juridictionnel considérable et persistant (cf. Rapport 2012-2013 du procureur général près la Cour de cassation au Comité parlementaire chargé du suivi législatif, *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, DOC 53-1414/011, et Sénat, 2012-2013, n° 5-1453/7, pp. 5-10; Rapport 2013-2014 du procureur général près la Cour de cassation au Comité parlementaire chargé du suivi législatif *Doc. parl.*, Chambre, 2014-2015, DOC 54-0435/001, et Sénat, 2014-2015, n° 6-39/1, pp. 31-33).

L'afflux de pourvois en cassation et l'arriéré qui en résulte pourraient entre autres s'expliquer par la possibilité de former, par dérogation au principe général contenu dans l'article 420, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, un pourvoi en cassation immédiat contre les décisions prises par la chambre des mises en accusation en application des articles 135, 235^{bis} et 235^{ter} du même Code (cf. Rapport 2012-2013 du procureur général près la Cour de cassation au Comité parlementaire chargé du suivi législatif, précité, p. 8). Selon les travaux préparatoires de la disposition attaquée, « [c]ette faculté dégénère souvent en procès fait dans le procès, allongeant démesurément les procédures avant même le jugement de l'affaire au fond, où les mêmes questions seront reposées sous un habillage différent ou par une autre partie » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/005, p. 19).

B.55.2. Les dispositions attaquées poursuivent dès lors un objectif légitime, à savoir la maîtrise et l'élimination d'un arriéré juridictionnel considérable, et sont pertinentes pour atteindre cet objectif.

Elles ne limitent pas les droits des personnes concernées de manière disproportionnée. Du fait de la suppression de la possibilité de former un pourvoi en cassation immédiat contre les décisions prises par la chambre des mises en accusation en application des articles 135, 235^{bis} et 235^{ter} du Code d'instruction criminelle, la règle générale contenue dans l'article 420, alinéa 1^{er}, de ce Code est d'application. Un pourvoi en cassation est donc toujours ouvert contre ces décisions, fût-ce uniquement après l'arrêt ou le jugement définitifs.

B.55.3. Certes, par les dispositions attaquées, le législateur revient à cet égard sur le choix, qu'il avait opéré en adoptant la loi du 12 mars 1998, de purger définitivement les irrégularités du dossier d'instruction avant que l'affaire soit renvoyée devant le juge du fond. Un tel changement de politique relève du pouvoir d'appréciation du législateur.

Ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires cités en B.49.5, ce choix est justifié par la constatation que la possibilité de former un pourvoi en cassation immédiat contre les décisions de la chambre des mises en accusation en application des articles 135, 235^{bis} et 235^{ter} a entraîné un afflux de recours et un arriéré juridictionnel considérable. Ce choix est en outre conforme aux évolutions de la jurisprudence et de la législation, qui ont pour conséquence que les irrégularités, omissions ou causes de nullité examinées par la chambre des mises en accusation peuvent encore, dans certaines circonstances, être portées devant la juridiction de jugement, de sorte que l'objectif poursuivi par la loi du 12 mars 1998 n'est en tout cas pas complètement atteint.

B.56. Le moyen dirigé contre les articles 99, 100 et 115 de la loi du 5 février 2016 n'est pas fondé.

Les délais de maintien de la détention préventive

B.57. Les parties requérantes dans les affaires n°s 6493 et 6498 demandent l'annulation des articles 128, 129, 130 et 136 de la loi du 5 février 2016. Elles font valoir que ces dispositions ne sont pas compatibles avec les articles 10, 11, 12 et 23 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec d'autres dispositions et principes conventionnels.

La partie requérante dans l'affaire n° 6493 demande également l'annulation de l'article 121 de la loi du 5 février 2016, qui serait indissociablement lié à l'article 128 attaqué.

B.58. Le Conseil des ministres fait valoir que la partie requérante dans l'affaire n° 6493 développe des griefs exclusivement à l'encontre des articles 121 et 128 de la loi du 5 février 2016, de sorte que le moyen devrait être déclaré irrecevable en ce qu'il est dirigé contre les articles 129, 130 et 136 de la même loi.

Le troisième moyen dans l'affaire n° 6498, dont la recevabilité n'est pas contestée, étant également dirigé contre les articles 129, 130 et 136, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur cette exception, dès lors que l'examen de celle-ci ne saurait aboutir à une limitation des recours dans les autres affaires jointes.

B.59.1. Les articles 128, 129, 130 et 136, attaqués, de la loi du 5 février 2016 modifient les délais de maintien de la détention préventive, tels qu'ils sont prévus par les articles 22, 22^{bis}, 23 et 30 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive (ci-après : la loi du 20 juillet 1990).

B.59.2. En vertu de l'article 21 de la loi du 20 juillet 1990, la première ordonnance de maintien de la détention préventive, qui doit être prise par la chambre du conseil dans les cinq jours à compter de la signification du mandat d'arrêt, est valable un mois.

B.59.3. L'article 22 de la loi du 20 juillet 1990 concerne le délai de maintien de la détention préventive à partir de la deuxième comparution de l'inculpé devant la chambre du conseil.

Avant sa modification par l'article 128 attaqué, l'article 22 disposait que la chambre du conseil, tant qu'il n'était pas mis fin à la détention préventive et que l'instruction n'était pas close, était appelée à statuer, de mois en mois, sur le maintien de la détention préventive (article 22, alinéa 1^{er}). Si le fait mis à charge ne relevait pas de l'application de l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, la chambre du conseil statuait tous les trois mois sur le maintien de la détention préventive (article 22, alinéa 2).

L'ancien article 22 établissait donc une distinction entre les délits et les crimes correctionnalisables, d'une part, et les crimes non correctionnalisables, d'autre part : l'ordonnance de maintien de la détention préventive pour les infractions citées en premier lieu était toujours valable un mois, tandis que, pour les crimes non correctionnalisables, dès la deuxième comparution devant la chambre du conseil, un délai de maintien de trois mois était applicable.

Dans le cas d'une ordonnance de maintien de la détention préventive pour trois mois, le dossier était mensuellement mis à la disposition de l'inculpé (article 22, dernier alinéa). Par ailleurs, en vertu de l'ancien article 22bis de la loi du 20 juillet 1990, l'inculpé pouvait déposer de mois en mois une requête de mise en liberté devant la chambre du conseil. Si la chambre du conseil décidait de maintenir la détention préventive, cette décision était valable trois mois et l'inculpé pouvait, après un mois, introduire à nouveau une requête de mise en liberté.

En vertu de l'ancien article 30, § 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 20 juillet 1990, pour l'arrêt de la chambre des mises en accusation statuant en degré d'appel sur l'ordonnance de la chambre du conseil, les délais de maintien étaient les mêmes que pour l'ordonnance de la chambre du conseil : l'arrêt formait donc un titre de privation de liberté pour un mois, si le fait imputé concernait un délit ou un crime correctionnalisable, ou un titre de privation de liberté pour trois mois, s'il s'agissait d'un crime non correctionnalisable et si l'appel portait sur la deuxième décision ou sur une décision ultérieure concernant le maintien de la détention préventive. Par ailleurs, l'article 30, § 4, alinéa 2, disposait que, si la chambre des mises en accusation statuait par un arrêt distinct sur la détention préventive, après avoir saisi un magistrat instructeur, par application des articles 135 et 235 du Code d'instruction criminelle, et que l'inculpé était privé de liberté, l'arrêt de maintien de la détention préventive formait titre de détention pour un mois.

B.59.4. Les dispositions attaquées ont modifié ces délais de maintien.

Le nouvel article 22, alinéas 1^{er} et 2, de la loi du 20 juillet 1990, tel qu'il a été remplacé par l'article 128 attaqué, dispose :

« Tant qu'il n'est pas mis fin à la détention préventive et que l'instruction n'est pas close, la chambre du conseil est appelée à statuer, de mois en mois ou, à partir de la troisième décision, tous les deux mois, sur le maintien de la détention et sur la modalité de l'exécution de celle-ci.

A partir de la troisième décision, l'ordonnance de maintien en détention préventive et relative à la modalité de l'exécution de celle-ci forme un titre de privation de liberté pour deux mois ».

Les articles 22, dernier alinéa, et 22bis de la loi du 20 juillet 1990, qui prévoyaient, en cas de décision de maintien pour trois mois, respectivement une mise à disposition mensuelle du dossier ou la possibilité d'introduire une requête de mise en liberté, ont été abrogés par les articles 128 et 129 attaqués.

Les références à l'article 22bis abrogé qui figuraient dans les articles 23 et 30 de la loi du 20 juillet 1990 ont été supprimées par les articles 130 et 136 attaqués.

Enfin, l'article 136 attaqué a modifié, dans l'article 30, § 4, de la loi du 20 juillet 1990, les délais des décisions de maintien de la chambre des mises en accusation. L'article 30, § 4, dispose depuis :

« La juridiction d'appel statue en tenant compte des circonstances de la cause au moment de sa décision. Si la chambre des mises en accusation, dans les cas des articles 21, 22 et 28, décide de maintenir la détention préventive, l'arrêt forme un titre de privation de liberté pour un mois à partir de la décision si elle porte sur la première ou la deuxième ordonnance de la chambre du conseil ou pour deux mois à partir de la décision si elle porte sur une ordonnance subséquente.

Si, à la suite de l'application des articles 135 et 235 du Code d'instruction criminelle, la chambre des mises en accusation saisit un magistrat instructeur et que l'inculpé est détenu, la chambre des mises en accusation statue sur la détention préventive par un arrêt séparé qui, en cas de maintien de la détention préventive, forme titre de détention pour deux mois ».

B.59.5. Les dispositions attaquées ont donc abrogé l'ancienne distinction entre, d'une part, les délits et les crimes correctionnalisables et, d'autre part, les crimes non correctionnalisables. Pour toutes les infractions, la première et la deuxième décision de la chambre du conseil ou, sur appel, de la chambre des mises en accusation, tendant au maintien de la détention préventive, forment titre de détention pour un mois, tandis que les décisions ultérieures de maintien forment titre de détention pour deux mois. L'inculpé ne dispose plus de la possibilité d'introduire dans l'intervalle une requête de mise en liberté et le dossier n'est plus mis à disposition mensuellement.

B.59.6. Ces modifications des délais de maintien de la détention préventive ont été justifiées comme suit :

« Le premier point concerne la modification du contrôle mensuel.

L'étude ' La détention préventive et ses alternatives. Chercheurs et acteurs en débat ' de l'INCC (2011) permet de déduire un certain nombre de durées moyennes de la détention préventive.

Ainsi, il apparaît que les personnes suspectées d'homicide restent le plus longtemps en détention préventive (141,6 jours). De plus longues périodes de détention ont également été constatées concernant les infractions ' association de malfaiteurs ' (97,2 jours), ' traite des êtres humains ' (87,7 jours), ' prise d'otage ' (79,8 jours) et ' viol ' (70,3 jours). Pour les trois catégories d'infractions les plus fréquentes, ' vol ', ' vol avec violences ' et ' stupéfiants ', une durée de détention préventive de respectivement 51,8 jours, 60,5 jours et 66,0 jours a été relevée (p. 52 de l'étude).

Sur la base de ces chiffres, il paraît opportun d'adapter les moments de contrôle de la détention préventive et de rationaliser ceux-ci de manière uniforme [...].

Le présent projet propose le déroulement suivant concernant le contrôle de la nécessité du maintien de la détention préventive : cinq jours - un mois - un mois - ensuite, tous les deux mois.

[...]

Pareil déroulement répond, d'une part, aux constatations de durée moyenne d'une détention préventive et à la garantie d'un contrôle régulier de la nécessité ultérieure du maintien de la détention préventive et, d'autre part, à l'objectif poursuivi par le législateur en 2005 de rationalisation de la procédure pour les instructions de longue durée, ce de manière uniforme pour toutes les infractions afin d'éviter les imprécisions et les difficultés qui ont surgi après 2005 (voir plus loin au point 2 du présent commentaire).

De plus, il est rappelé que conformément à l'article 25 de la loi, le juge d'instruction peut décider à tout moment de donner mainlevée du mandat d'arrêt, sans que le ministère public puisse interjeter appel contre cette ordonnance de mainlevée.

Le but de cette disposition n'est donc pas de rallonger la détention préventive mais de simplifier et rationaliser la procédure de contrôle en uniformisant les délais pour tous les chefs d'inculpation.

Le deuxième point vise à supprimer la distinction que le législateur a introduite en 2005 en ce qui concerne le contrôle trimestriel de la détention préventive pour les crimes non correctionnalisables. Cette distinction a été introduite en vue d'une certaine rationalisation de la procédure sur la base du constat qu'une instruction de plus longue durée est nécessaire pour les crimes non correctionnalisables. Avec cette modification, le législateur voulait éviter que le dossier fasse trop d'allers et retours entre le juge d'instruction et la chambre du conseil et gagner ainsi un temps précieux en permettant au juge d'instruction de disposer plus longtemps de son dossier et de poursuivre son instruction.

Malgré cet objectif louable, la distinction introduite par le législateur est, depuis son introduction, source de difficultés et de confusion dans la pratique juridique. Elle a également fait l'objet de vives critiques dans la doctrine. Dans ses rapports de suivi législatif successifs, le Collège des procureurs généraux a toujours cité cette distinction comme un problème important, voire le principal problème, dans la loi relative à la détention préventive. Nous devons dès lors conclure qu'il est indiqué de prévoir à nouveau une durée uniforme sans aucune distinction entre les infractions qui se trouvent à la base du mandat d'arrêt.

Enfin, la dernière adaptation est une adaptation d'ordre technique qui découle de la suppression de la distinction entre les crimes correctionnalisables et les crimes non correctionnalisables. Compte tenu de l'abrogation de l'alinéa 2, ces passages, qui renvoient à la mise à disposition en l'espèce du dossier et aux modalités de mise à disposition du dossier, doivent également être supprimés.

[...]

Dans son avis 57 792/1/V (nr 89), le Conseil d'Etat précise : ' Vu cette déclaration et le fait qu'un contrôle bimensuel sur la détention préventive n'a pas été jugé contraire à l'article 5 de la CEDH par la Cour européenne des droits de l'homme (voy. par exemple Cour eur. D.H., *Abdulhakov* c. Russie, 2 octobre 2012, § 213), les modifications contenues à l'article 126 du projet paraissent admissibles. ' (traduction libre) » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 120-122).

En ce qui concerne la suppression de la possibilité pour la personne inculpée d'un crime non correctionnalisable d'introduire mensuellement une requête de mise en liberté, les travaux préparatoires indiquent :

« Vu la suppression de cette distinction [concernant les crimes non correctionnalisables], l'abrogation de l'article 136ter du Code d'instruction criminelle précité et la diminution du délai maximal (ramené de trois à deux mois) entre deux contrôles de la détention préventive par la chambre du conseil, cet article doit également être abrogé » (*ibid.*, p. 122).

B.60. La partie requérante dans l'affaire n° 6493 fait valoir que l'article 128, attaqué, de la loi du 5 février 2016 viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il établit une différence de traitement entre, d'une part, les personnes en détention préventive lors d'une première et d'une deuxième comparution devant la juridiction d'instruction, pour lesquelles la détention est réexaminée mensuellement, et, d'autre part, les personnes en détention préventive lors d'une troisième comparution ou d'une comparution ultérieure devant la même juridiction, pour lesquelles la détention est réexaminée tous les deux mois.

B.61. Les articles 10 et 11 de la Constitution invitent à comparer les situations respectives de deux catégories de personnes différentes et non les situations dans lesquelles se trouve une même personne au cours de phases successives d'une même procédure.

Le fait qu'une même personne soit traitée différemment en ce qui concerne le délai de maintien de sa détention préventive selon qu'il s'agit d'une première ou d'une deuxième décision de maintien ou d'une décision de maintien ultérieure ne saurait en soi constituer une violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

B.62. Les parties requérantes dans les affaires n°s 6493 et 6498 font ensuite valoir que les dispositions attaquées violent les articles 10, 11 et 12 de la Constitution, combinés avec l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que ces dispositions portent le délai de maintien de la détention préventive à deux mois, sans que l'inculpé puisse, dans l'intervalle, introduire une requête de mise en liberté.

B.63.1. L'article 12, alinéa 3, de la Constitution, avant la révision du 24 octobre 2017, disposait :

« Hors le cas de flagrant délit, nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance motivée du juge, qui doit être signifiée au moment de l'arrestation, ou au plus tard dans les vingt-quatre heures ».

L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

[...]

c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci;

[...]

3. Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1. c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.

4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ».

B.63.2. Eu égard à l'importance fondamentale de l'*habeas corpus*, toutes les limitations de la liberté individuelle doivent être interprétées de manière restrictive et leur constitutionnalité doit être examinée avec la plus grande circonspection.

B.63.3. Lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à celle d'une des dispositions constitutionnelles dont le contrôle relève de la compétence de la Cour et dont la violation est alléguée, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles concernées.

B.63.4. Etant donné que tant l'article 12 de la Constitution que l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissent le droit à la liberté individuelle, la Cour doit, lorsqu'elle exerce un contrôle au regard de cette disposition constitutionnelle, prendre en compte la disposition conventionnelle précitée.

B.64.1. En vertu de l'article 5.4 de la Convention européenne des droits de l'homme, toute personne qui est privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et qu'il ordonne sa libération si la détention est illégale.

Un système de contrôle périodique et automatique de la légalité de la détention, sans que la personne en détention préventive dispose de la possibilité d'introduire dans l'intervalle une requête en révision, n'est pas en soi incompatible avec l'article 5.4, à condition que la révision ait lieu à des intervalles raisonnables (CEDH, 24 septembre 2000, *Herczegfalvy* c. Autriche, § 75; 2 octobre 2012, *Abdulkhakov* c. Russie, § § 209 et 210). Cette exigence de contrôle à intervalles raisonnables diffère selon la nature de la détention concernée. Une détention préventive, mesure qui, selon la Convention européenne, doit être de durée strictement limitée, exige des intervalles courts (CEDH, 25 octobre 1989, *Bezicheri* c. Italie, § 21; *Abdulkhakov* c. Russie, précité, § 213).

La Cour européenne des droits de l'homme a déjà jugé qu'un système de contrôle périodique et automatique de la détention préventive prévoyant un délai maximum de deux mois entre les contrôles était compatible avec l'article 5.4 de la Convention (CEDH, 15 novembre 2005, *Reinprecht* c. Autriche, § § 24 et 33; *Abdulkhakov* c. Russie, précité, § 213).

B.64.2. Afin d'examiner le caractère raisonnable des intervalles, dans l'analyse du respect de l'exigence de « bref délai » visée à l'article 5.4 précité, il convient de tenir compte des différentes dispositions et des délais de procédure prévus par le droit interne (CEDH, 21 avril 2009, *Raducu c. Roumanie*, § 82).

En vertu de l'article 22, alinéas 1^{er} et 2, de la loi du 21 juillet 1990, tel qu'il a été remplacé par l'article 128 attaqué, les première et deuxième décisions de la chambre du conseil et, le cas échéant, de la chambre des mises en accusation en degré d'appel, tendant au maintien de la détention préventive sont valables un mois. Ce n'est qu'à partir de la troisième décision de maintien de la détention préventive que cette décision forme titre de détention pour deux mois. A cet égard, le législateur a pu prendre en compte le constat que ce n'est que pour les infractions les plus graves que la détention préventive dépasse deux mois et cinq jours, de sorte que le délai de maintien de deux mois n'est appliqué, en pratique, que dans ces cas-là (voir *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/005, p. 59).

En tant que la partie requérante dans l'affaire n° 6493 fait valoir que la Cour européenne des droits de l'homme établit des conditions plus strictes quant à la régularité de la détention préventive à mesure que la détention se prolonge, il convient de constater que ces conditions portent sur la motivation de la détention préventive. La Cour européenne juge ainsi que la pertinence des motifs de justification de la détention préventive, énumérés à l'article 5.1, c), décroît avec le temps et que les autorités judiciaires doivent présenter des motivations encore plus spécifiques pour justifier la persistance des raisons de la détention préventive (CEDH, 16 mars 2010, *Jiga c. Roumanie*, § 76). Les dispositions attaquées, qui prolongent uniquement le délai de la décision de maintenir la détention préventive à mesure que la détention se prolonge ne portent pas atteinte à cette obligation spéciale de motivation pour les juridictions d'instruction, qui continue de s'appliquer pleinement.

En vertu de l'article 25 de la loi du 20 juillet 1990, le juge d'instruction peut à tout moment de l'instruction, d'office ou à la requête du procureur du Roi, décider de lever le mandat d'arrêt, sans qu'une voie de recours soit ouverte à l'encontre de cette décision. Si, au cours de la période entre les contrôles automatiques de la détention préventive, des éléments nouveaux se présentent qui ont une incidence sur la régularité de la détention préventive, le juge d'instruction peut donc apprécier ces éléments et ordonner le cas échéant la libération de l'intéressé.

B.64.3. Compte tenu de ces circonstances et de la jurisprudence précitée de la Cour européenne des droits de l'homme, il ne peut être conclu que les dispositions attaquées, qui, à partir de la troisième décision de maintien de la détention préventive, prévoient un délai de maintien de deux mois sans que l'inculpé dispose de la possibilité d'introduire une requête de mise en liberté préventive intermédiaire, seraient déraisonnables au regard de l'article 5.4 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il incombe au juge compétent d'examiner, en tenant compte des circonstances de l'affaire et, plus particulièrement de sa complexité, ainsi que du comportement de l'inculpé et de l'attitude des autorités compétentes, si, en l'espèce, le « bref délai », visé à l'article 5.4 précité n'est pas dépassé.

B.64.4. A l'appui de son moyen, la partie requérante dans l'affaire n° 6493 se réfère encore à la règle 17(2) de la Recommandation du 27 septembre 2006 REC(2006)13 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres « concernant la détention provisoire, les conditions dans lesquelles elle est exécutée et la mise en place de garanties contre les abus », qui dispose :

« L'intervalle entre les réexamens ne doit en principe pas être supérieur à un mois, à moins que la personne concernée ne dispose du droit de présenter et de faire examiner, à tout moment, une demande de remise en liberté ».

Elle se réfère ensuite au principe 32.1 de la Résolution A/RES/43/173 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 9 décembre 1988 « portant l'ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement », qui dispose :

« La personne détenue ou son conseil aura le droit d'introduire à tout moment un recours, conformément au droit interne, devant une autorité judiciaire ou autre afin de contester la légalité de la mesure de détention et d'obtenir sa mise en liberté sans délai, si cette mesure est irrégulière ».

Cette recommandation et cette résolution n'ont pas force obligatoire. La méconnaissance des principes qu'elles contiennent, fussent-ils combinés avec les dispositions invoquées dans le moyen, ne peut dès lors justifier l'annulation des dispositions attaquées.

B.65. Par conséquent, les dispositions attaquées ne violent pas les articles 10, 11 et 12 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La combinaison avec les autres dispositions et principes conventionnels invoqués au moyen n'aboutit pas à un autre résultat.

B.66. Enfin, la partie requérante dans l'affaire n° 6493 invoque la violation de l'obligation de *standstill* contenue dans l'article 23 de la Constitution, en ce que l'article 128 attaqué de la loi du 5 février 2016 déroge au contrôle mensuel de la détention préventive qui était garanti par le passé, sans que cette modification puisse être justifiée par des motifs d'intérêt général.

B.67. Le moyen est pris de la violation de l'obligation de *standstill* contenue dans l'article 23 sans préciser en quoi la disposition attaquée impliquerait un recul significatif de la protection des droits garantis par cette disposition, de sorte qu'il manque de la précision exigée par l'article 6 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle pour permettre à la Cour d'en juger.

B.68. Les moyens qui sont dirigés contre les articles 128, 129, 130 et 136, attaqués, de la loi du 5 février 2016 ne sont pas fondés.

Le pourvoi en cassation en matière de détention préventive

B.69. Les parties requérantes dans les affaires n°s 6492, 6496, 6497 et 6498 demandent l'annulation des articles 127 et 137 de la loi du 5 février 2016, qui limitent la possibilité de former un pourvoi en cassation en matière de détention préventive.

Elles font valoir que ces dispositions ne sont pas compatibles avec les articles 10, 11, 12, 13 et 23 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec d'autres dispositions et principes constitutionnels et conventionnels.

B.70. Les griefs formulés par les parties requérantes dans les affaires n°s 6496, 6497 et 6498 sont exclusivement dirigés contre l'article 137 attaqué. Seule la partie requérante dans l'affaire n° 6493 développe, contre l'article 127 attaqué, des griefs analogues aux griefs dirigés contre l'article 137.

B.71.1. L'article 137, attaqué, de la loi du 5 février 2016 modifie l'article 31, § 2, de la loi du 20 juillet 1990, qui prévoit, en ce qui concerne les décisions par lesquelles la détention préventive est maintenue, un délai spécifique pour introduire un pourvoi en cassation, ainsi qu'un délai abrégé dans lequel la Cour de cassation doit statuer.

Avant la modification apportée à l'article 31, § 2, précité par l'article 137 de la loi du 5 février 2016, l'article 31 de la loi du 20 juillet 1990 disposait :

« § 1. Les arrêts et jugements par lesquels la détention préventive est maintenue, sont signifiés à l'inculpé dans les vingt-quatre heures, dans les formes prévues à l'article 18.

§ 2. Ces décisions peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation dans un délai de vingt-quatre heures qui court à compter du jour où la décision est signifiée à l'inculpé.

§ 3. Le dossier est transmis au greffe de la Cour de cassation dans les vingt-quatre heures à compter du pourvoi. Les moyens de cassation peuvent être proposés soit dans l'acte de pourvoi, soit dans un écrit déposé à cette occasion, soit dans un mémoire qui doit parvenir au greffe de la Cour de cassation au plus tard le cinquième jour après la date du pourvoi.

La Cour de cassation statue dans un délai de quinze jours à compter de la date du pourvoi, l'inculpé restant en détention. L'inculpé est mis en liberté si l'arrêt n'est pas rendu dans ce délai.

§ 4. Après un arrêt de cassation avec renvoi, la chambre des mises en accusation à laquelle la cause est renvoyée doit statuer dans les quinze jours à compter du prononcé de l'arrêt de la Cour de cassation, l'inculpé restant entre-temps en détention. Il est mis en liberté si l'arrêt de la chambre des mises en accusation n'est pas rendu dans ce délai.

Pour le surplus, les dispositions de l'article 30, §§ 3 et 4, sont d'application.

Si la juridiction de renvoi maintient la détention préventive, sa décision constitue un titre de détention pour un mois à compter de la décision.

§ 5. Si le pourvoi en cassation est rejeté, la chambre du conseil doit statuer dans les quinze jours à compter du prononcé de l'arrêt de la Cour de cassation, l'inculpé restant entre-temps en détention. Il est mis en liberté si l'ordonnance de la chambre du conseil n'est pas rendue dans ce délai ».

L'article 137 attaqué limite la possibilité d'un pourvoi en cassation « immédiat » aux arrêts de la chambre des mises en accusation rendus en degré d'appel contre la première décision de maintien de la détention préventive, prise par la chambre du conseil sur la base de l'article 21, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 20 juillet 1990. Par contre, les autres décisions de maintien de la détention préventive, à savoir les arrêts rendus en appel contre les décisions ultérieures de maintien de la détention préventive rendues par la chambre du conseil sur la base de l'article 22 de la loi du 20 juillet 1990, ne peuvent plus faire l'objet d'un pourvoi en cassation « immédiat ».

L'article 31, § 2, de la loi du 20 juillet 1990, tel qu'il a été modifié par l'arrêt 137, attaqué, dispose en effet :

« Ces décisions [par lesquelles la détention préventive est maintenue] ne sont susceptibles d'aucun pourvoi en cassation immédiat, à l'exception des arrêts rendus par la chambre des mises en accusation sur l'appel formé contre les décisions visées à l'article 21, § 1^{er}, alinéa 2, lesquels peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation dans un délai de vingt-quatre heures, qui court à compter du jour où la décision est signifiée à l'inculpé ».

B.71.2. L'article 127 attaqué modifie l'article 20, § 6, de la loi du 20 juillet 1990 afin de supprimer la possibilité de pourvoi en cassation « immédiat » qui existait auparavant contre les décisions relatives aux mesures de mise à l'écart de l'inculpé ou de surveillance électronique, décidées dans le cadre de l'exécution du mandat d'arrêt.

Avant sa modification, l'article 20, § 6, de la loi du 20 juillet 1990 disposait :

« L'inculpé peut introduire auprès de la juridiction d'instruction qui statue sur la détention préventive une requête en vue de la modification ou de la levée des mesures imposées par le juge d'instruction en vertu des § 3 et § 3bis. Cette requête est jointe au dossier de la détention préventive.

La procédure se déroule conformément aux dispositions des articles 21 à 24. L'appel de la décision est interjeté conformément à l'article 30 et le pourvoi en cassation est introduit conformément à l'article 31 ».

Tel qu'il a été modifié par l'article 127 attaqué, l'article 20, § 6, dispose :

« L'inculpé peut introduire auprès de la juridiction d'instruction qui statue sur la détention préventive une requête en vue de la modification ou de la levée des mesures imposées par le juge d'instruction en vertu des § 3 et § 3bis. Cette requête est jointe au dossier de la détention préventive.

La procédure se déroule conformément aux dispositions des articles 21 à 24. L'appel de la décision est interjeté conformément à l'article 30. La décision prononcée en appel n'est susceptible d'aucun pourvoi en cassation immédiat ».

B.72.1. En ce qui concerne la limitation de la possibilité de former un pourvoi en cassation contre les confirmations de la détention préventive, les travaux préparatoires exposent :

« Cet article vise à limiter la possibilité de former un pourvoi en cassation dans le cadre de la détention préventive.

Cette mesure s'inscrit dans le cadre de la poursuite de la rationalisation de la procédure et vise à continuer à limiter les missions de la Cour à son '*core business*', à savoir l'examen d'arrêts ou de jugements définitifs.

La possibilité d'un pourvoi immédiat en matière de détention préventive est une dérogation à la règle générale suivant laquelle ce recours n'est ouvert qu'après la décision définitive de la juridiction de fond (article 416 du Code d'instruction criminelle). Cette exception n'a été introduite qu'en 1990. Il est proposé non de la supprimer mais de la limiter.

Les affaires dans le cadre de la loi relative à la détention préventive ne concernent pas des arrêts ou des jugements définitifs. La lourdeur de la procédure et le nombre important d'affaires de détention préventive en cassation représentent en outre une lourde charge pour la Cour. Il ressort par ailleurs des chiffres de la Cour qu'elle ne décide de casser la décision que dans un nombre limité de cas. Ainsi, la chambre de la Cour qui traite des affaires pénales a rendu 1921 arrêts (F + N) en 2014, dont 240 (78 F et 162 N) concernaient des affaires de détention préventive. Dans ces derniers, la Cour n'a décidé de casser la décision qu'à 15 reprises (6 F et 9 N); 94 % des pourvois n'ont donc mené à aucune cassation. Et chaque cassation n'entraîne pas nécessairement une libération par la chambre à laquelle l'affaire est renvoyée.

La possibilité de pourvoi en cassation, introduite en 1990 par le législateur, n'offre donc qu'une plus-value très limitée dans la pratique. Cette donnée et le choix de concentrer les travaux de la Cour de cassation sur son '*core business*' conduisent donc à la constatation que le pourvoi en cassation dans le cadre de la détention préventive peut être à tout le moins limité.

Le pourvoi restera possible en matière de détention préventive mais seulement contre la décision de la chambre des mises en accusation de maintenir la détention préventive sur l'appel formé contre l'ordonnance de la chambre du conseil rendue dans les cinq jours du mandat d'arrêt.

Le contrôle de la légalité de celui-ci paraît en effet plus crucial que celui des décisions, ultérieures, de prolongation de la détention préventive. En effet, c'est lors de cette première confirmation que sont vérifiées la légalité et la régularité du mandat d'arrêt. Lors des comparutions suivantes, la chambre du conseil n'est plus habilitée à procéder à cet examen, son contrôle se limitant alors à la persistance d'indices sérieux de culpabilité à charge de l'inculpé et à la nécessité de maintenir la détention préventive au regard des critères légaux ou d'en modifier la modalité d'exécution (art. 22, al. 6).

Pour le reste, le pourvoi restera possible après la décision définitive au fond, selon le droit commun. Certes, puisque la détention préventive aura été subie, l'intérêt pratique d'un pourvoi sera moindre (sauf possibilité d'indemnisation) mais la Cour de cassation conservera de la sorte sa tâche de préciser sa jurisprudence en matière de détention préventive et de censurer les violations de la loi. Il n'existe dès lors pas de raison de penser que les juridictions seront à l'avenir moins attentives à motiver adéquatement leurs décisions de prolongation de détention préventive.

Enfin, ce contrôle immédiat de la Cour paraît d'autant moins s'imposer que le juge d'instruction [a] la faculté de donner à tout moment, d'office ou sur réquisitions du ministère public, mainlevée du mandat d'arrêt, et ce sans aucun recours (article 25 de la loi du 20 juillet 1990 sur la détention préventive). Même sans possibilité de pourvoi, il existe donc déjà un triple degré de contrôle de la détention préventive par des juges distincts : le juge d'instruction, la chambre du conseil et la chambre des mises en accusation, ce qui explique le nombre infinitésimal de cassations (15 en 2014 sur 11 660 écrous sur la base d'un mandat d'arrêt, soit à peine plus d'un sur mille) » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, pp. 127-128).

B.72.2. En ce qui concerne la suppression du pourvoi en cassation contre les décisions relatives aux restrictions à la « libre circulation » dans le cadre de la détention préventive, les travaux préparatoires exposent :

« Cet article supprime la possibilité de former un pourvoi en cassation contre les décisions relatives aux restrictions à la ' libre circulation ' dans le cadre de la détention préventive.

Pour les raisons qui amènent à limiter la possibilité de former un pourvoi en cassation contre les décisions de maintien de la détention préventive et contre les décisions de rejet des demandes de mise en liberté, cette possibilité doit ici être supprimée (pour l'exposé des motifs complet, cf. *infra* commentaire de l'article 138) » (*ibid.*, pp. 119-120).

B.72.3. En ce qui concerne l'article en projet devenu l'article 137 attaqué, la section de législation du Conseil d'Etat a émis les observations suivantes :

« En soi, il ne résulte pas de l'article 5, § 4, de la CEDH qu'un pourvoi en cassation immédiat doit être ouvert contre des décisions prises en matière de détention préventive. Cette disposition ne comporte même pas un droit à interjeter appel de décisions de justice ordonnant ou prolongeant la privation de liberté. Dans l'arrêt sur l'affaire *Jecius contre Lituanie*, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé à cet égard comme suit :

' L'article 5, § 4, ne garantit aucun droit, en tant que tel, à un recours contre les décisions ordonnant ou prolongeant une détention, puisque la disposition en question comporte en anglais le terme de " proceedings " et non celui d'"appel". En principe, l'article 5, § 4, se contente de l'intervention d'un organe unique, à condition que la procédure suivie ait un caractère judiciaire et donne à l'individu en cause des garanties adaptées à la nature de la privation de liberté dont il s'agit (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique du 18 juin 1971, série A n° 12, pp. 40-41, § 76) '.

Consécutivement à la disposition en projet, une différence de traitement est toutefois opérée entre les personnes qui forment un pourvoi en cassation contre des arrêts rendus en matière de détention préventive, selon qu'il s'agisse d'une première décision de maintien (immédiatement après que le juge d'instruction a décerné un mandat d'arrêt) ou de la prolongation de la détention. Selon l'exposé des motifs, le contrôle exercé à la suite du pourvoi en cassation cité en premier lieu serait ' en effet plus crucial que celui des décisions, ultérieures, de prolongation de la détention préventive '. La question est de savoir si cette justification sommaire peut suffire, compte tenu également du jugement de la Cour européenne des droits de l'homme selon lequel les motivations de la détention préventive doivent être contrôlées de manière plus stricte avec le temps. La question se pose également de savoir si la constatation que seul un nombre limité des pourvois en cassation concernés aboutissent peut offrir une justification adéquate à la distinction opérée, dès lors que des moyens moins radicaux existent ou peuvent être introduits pour éviter un abus de procédure.

Compte tenu de ce qui précède, les auteurs du projet devront se concerter à nouveau sur la question de savoir si la limitation en projet du pourvoi en cassation en matière de détention préventive fait l'objet d'une justification adéquate. Dans l'hypothèse où l'article 135 du projet est maintenu, il est recommandé, en tout état de cause, de se pencher d'une manière plus circonstanciée sur cette justification » (*ibid.*, pp. 281-282).

B.73.1. Les parties requérantes font valoir que l'article 137, attaqué, de la loi du 5 février 2016 porte atteinte aux articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'il crée une différence de traitement entre les personnes qui font l'objet d'un arrêt de la chambre des mises en accusation décidant le maintien de la détention préventive, selon qu'il s'agit d'une première décision ou d'une décision ultérieure de maintien de la détention préventive. L'arrêt rendu par la chambre des mises en accusation n'est susceptible d'un pourvoi en cassation « immédiat » que dans le premier cas.

B.73.2. Comme il est dit en B.61, les articles 10 et 11 de la Constitution invitent à comparer les situations de deux catégories de personnes différentes et non les situations d'une seule et même personne dans différentes phases d'une seule et même procédure.

Le fait qu'une seule et même personne soit traitée différemment, en ce qui concerne la possibilité de former un pourvoi en cassation « immédiat », selon qu'il s'agit ou non d'une première décision confirmant la détention préventive, ne saurait constituer une violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

B.74. Les parties requérantes allèguent encore la violation, par l'article 137 attaqué, des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que les personnes qui font l'objet d'une deuxième décision ou d'une décision ultérieure de maintien de la détention préventive ne peuvent former un pourvoi en cassation « immédiat » contre l'arrêt rendu par la chambre des mises en accusation, alors que les personnes qui font l'objet d'une décision visée à l'article 420, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle ou d'un arrêt ou jugement définitif, peuvent en revanche former un pourvoi en cassation « immédiat ».

B.75.1. La différence de traitement entre certaines catégories de personnes qui découle de l'application de règles procédurales différentes dans des circonstances différentes n'est pas discriminatoire en soi. Il ne pourrait être question de discrimination que si la différence de traitement qui découle de l'application de ces règles de procédure entraînait une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées.

B.75.2. Il s'impose de rappeler en l'espèce, comme il est dit en B.63.2, qu'en égard à l'importance fondamentale de l'*habeas corpus*, toutes les limitations de la liberté individuelle doivent être interprétées de manière restrictive et leur constitutionnalité doit être examinée avec la plus grande circonspection.

B.75.3. L'article 5.4 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit à toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention le droit d'introduire un recours devant un tribunal, ne fait naître aucun droit à un recours contre les décisions juridictionnelles ordonnant ou prolongeant une arrestation. En vertu de l'article 5.4, l'intervention d'un organe unique suffit, à condition que la procédure suivie ait un caractère juridictionnel et donne à l'individu en cause des garanties adaptées à la nature de la privation de liberté dont il s'agit (CEDH, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp* c. Belgique, § 76; 31 juillet 2000, *Jecius* c. Lituanie, § 100).

Parmi ces garanties figure l'exigence d'une motivation de la détention préventive qui tienne compte de l'écoulement du temps, la Cour européenne des droits de l'homme considérant que le danger de nature à justifier une détention provisoire « décroît nécessairement avec le temps et que, dès lors, les autorités judiciaires doivent présenter des motivations encore plus spécifiques pour justifier la persistance des raisons de la détention » (CEDH, 16 mars 2010, *Jiga* c. Roumanie, § 76; 15 mars 2011, *Begu* c. Roumanie, § 84), la détention ne demeurant « légitime que si l'ordre public reste effectivement menacé » (CEDH, 23 septembre 1998, *I.A.* c. France, § 104).

B.76.1. Telle qu'elle est organisée par la loi du 20 juillet 1990, la détention préventive est une mesure exceptionnelle (*Doc. parl.*, Sénat, 1988-1989, n° 658/2, pp. 6, 8 et 18), qui doit être motivée et ne peut être justifiée qu'en cas d'« absolue nécessité pour la sécurité publique ». Cette mesure vise à garantir « en même temps les droits fondamentaux de l'individu et les besoins de la société » (*Doc. parl.*, Sénat, 1988-1989, n° 658/1, p. 1; *Doc. parl.*, Sénat, 1988-1989, n° 658/2, p. 4).

La décision de maintenir la détention préventive est prise par la chambre du conseil en première instance et par la chambre des mises en accusation en degré d'appel. La procédure revêt incontestablement un caractère juridictionnel. Les juridictions d'instruction statuent de mois en mois ou, à partir de la troisième décision, tous les deux mois, sur le maintien de la détention préventive.

La décision de maintien en détention préventive doit être motivée par la juridiction d'instruction « comme il est prévu à l'article 16, § 5, premier et deuxième alinéas » de la loi du 20 juillet 1990, notamment au regard de l'« absolue nécessité pour la sécurité publique ».

B.76.2. L'article 137 attaqué a pour conséquence qu'un pourvoi en cassation « immédiat » est ouvert uniquement contre les arrêts rendus par la chambre des mises en accusation sur l'appel formé contre la première décision de maintien de la détention préventive. A l'égard des autres décisions de maintien de la détention préventive, et notamment à partir de la deuxième décision de maintien, plus aucun pourvoi en cassation « immédiat » ne peut être formé.

Il ressort des travaux préparatoires cités en B.72.1 que cette suppression d'un pourvoi en cassation « immédiat » a été justifiée par le fait qu'en matière de détention préventive, 94 % des pourvois n'ont donné lieu à aucune cassation (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 127), ainsi que par le fait que le « contrôle de la légalité de [la première décision de maintien de la détention préventive] paraît en effet plus crucial que celui des décisions subséquentes de prolongation de la détention préventive. En effet, c'est lors de cette première confirmation que sont vérifiées la légalité et la régularité du mandat d'arrêt. Lors des comparutions suivantes, la chambre du conseil n'est plus habilitée à procéder à cet examen, son contrôle se limitant alors à la persistance d'indices sérieux de culpabilité à charge de l'inculpé et à la nécessité de maintenir la détention préventive au regard des critères légaux ou d'en modifier la modalité d'exécution » (*ibid.*, p. 128; voir aussi *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/005, p. 24).

Il convient d'examiner si cette double justification peut, au regard de la limitation qu'apporte à la liberté individuelle une décision de maintien de la détention préventive, justifier qu'un pourvoi en cassation soit de la sorte supprimé.

B.77.1. Les travaux préparatoires de la loi du 20 juillet 1990, qui a expressément organisé le pourvoi en cassation en matière de détention préventive, exposent la *ratio legis* d'un régime spécifique de pourvoi en cassation en cette matière :

« Sans aucun texte légal, la jurisprudence considère comme admissible le pourvoi en cassation contre les arrêts de confirmation du mandat d'arrêt ou de maintien de la détention préventive. Etant donné qu'il n'existe aucune réglementation légale spécifique, la procédure en cassation se déroule de la manière ordinaire. Il n'y a aucun délai pour la prononciation de l'arrêt de la Cour, comme il n'y a aucun délai pour la prononciation de l'arrêt du juge de renvoi. Il n'est pas question d'un effet suspensif quelconque du pourvoi. Ceci débouche nécessairement sur le système connu de la double procédure ou de la procédure parallèle concernant une seule et même détention préventive; pendant que la procédure en cassation se poursuit et pendant que, après cassation, une autre chambre des mises en accusation est saisie, la procédure normale continue avec la comparution mensuelle devant la chambre du conseil, suivie éventuellement d'un nouvel appel et d'un nouveau pourvoi, ce qui ne manque pas de donner lieu à des complications sans nom.

Le but a été de réaliser un système légal qui tienne compte du fait que les affaires de détention préventive méritent un traitement spécial, eu égard à l'urgence exceptionnelle de la contestation à juger.

Le souci prédominant a été d'exclure la procédure parallèle. Un premier pas dans cette direction a été effectué par la réglementation de l'appel. Le système est maintenant parachevé dans la procédure en cassation. Puisque la réglementation a en vue l'intérêt d'une bonne justice, donc l'intérêt de tous les intéressés, il est demandé à chacun une bonne volonté et un effort d'ailleurs bien compréhensibles.

Il n'y a aucune raison que l'inculpé dispose de quinze jours francs pour se pourvoir et non tout simplement du délai de 24 heures, délai qui est déjà celui de l'appel. Pour la Cour de cassation et éventuellement après le juge de renvoi, il y aura des délais extrêmement stricts, sans lesquels un système autonome de procédure en cassation en cette matière ne serait pas réalisable » (*Doc. parl.*, Sénat, 1988-1989, n° 658/1, pp. 17-18).

Le rapport mentionne également :

« Le pourvoi en cassation suscite lui aussi des difficultés à l'heure actuelle.

En raison de la longueur des délais qui ont cours en matière d'introduction des pourvois et de prononcé des arrêts, on se trouve bien souvent dans la pratique devant des situations de double procédure : une procédure est pendante devant la Cour de cassation, tandis qu'une autre est pendante devant la chambre des mises en accusation.

L'arrêt de cassation se fait attendre longtemps, ce qui a pour effet indirect de réduire l'effectivité du pourvoi.

Le projet de loi prévoit donc un jeu de délais réduits pour l'introduction des pourvois et pour le prononcé des arrêts.

Cette règle est fort importante, car elle garantit un contrôle effectif de la Cour de cassation » (*Doc. parl.*, Sénat, 1988-1989, n° 658/2, p. 14).

B.77.2. Il ressort de ces travaux préparatoires qu'en organisant le pourvoi en cassation en matière préventive, le législateur avait pour objectif de garantir l'efficacité du contrôle de la Cour de cassation, dans une matière considérée comme intrinsèquement « urgente », en prévoyant des délais abrégés pour l'introduction du pourvoi et le prononcé de l'arrêt, sans toutefois se préoccuper du caractère « immédiat » du pourvoi en cassation.

La garantie d'un arrêt rendu rapidement par la Cour de cassation en matière de détention préventive était donc considérée comme une condition de l'efficacité du pourvoi en cassation.

B.77.3. Rien ne permet de considérer que ces considérations quant à l'efficacité du pourvoi en cassation ne sont plus valables aujourd'hui.

D'une part, il est erroné de considérer, comme dans les travaux préparatoires précités, que le contrôle de la légalité et du respect des formalités substantielles serait moins crucial pour les décisions subséquentes de maintien de la détention préventive. En effet, comme il est dit en B.75.3, ces décisions restent soumises à une obligation de motivation, et cette obligation est même accentuée au regard de l'écoulement du temps, comme l'a jugé la Cour européenne des droits de l'homme.

D'autre part, l'efficacité d'un pourvoi en cassation doit être envisagée à la lumière de ses finalités et des garanties qu'il offre au justiciable, particulièrement en ce qui concerne une mesure privative de liberté, et non au regard du nombre statistique de cassations auxquelles il pourrait donner lieu.

B.77.4. En outre, la mesure attaquée entraîne des effets disproportionnés au regard du droit fondamental à la liberté individuelle sous-jacent à toute décision de maintien de la détention préventive.

En effet, même si l'article 5.4 de la Convention européenne des droits de l'homme ne fait naître aucun droit à un recours contre les décisions juridictionnelles visant à ordonner ou à prolonger une arrestation, de sorte que le législateur n'est pas tenu de prévoir un pourvoi en cassation contre une décision de maintien de la détention préventive, il n'en

demeure pas moins qu'un contrôle de la légalité de ces décisions, et notamment du respect de l'obligation de motivation spéciale qui incombe aux juridictions d'instruction, constitue une garantie essentielle en ce domaine, ce que le législateur avait confirmé par la loi du 20 juillet 1990 et ce qu'il a encore confirmé en maintenant, par l'article 137 attaqué, un pourvoi en cassation à l'égard de la première décision de maintien de la détention préventive.

Quant à la possibilité évoquée dans les travaux préparatoires, de former un pourvoi en cassation contre la décision de maintenir la détention préventive, fût-ce après la décision définitive au fond, conformément à la règle générale contenue dans l'article 420, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 128), elle n'est pas - à supposer que cette règle générale puisse s'appliquer en l'espèce - de nature à rendre la mesure proportionnée, dès lors que, comme l'indiquent les travaux préparatoires cités en B.77.1, l'efficacité d'un pourvoi en cassation en matière de détention préventive suppose que l'arrêt de la Cour de cassation soit rendu rapidement.

B.77.5. La suppression du pourvoi en cassation pour les décisions de maintien de la détention préventive autres que celles de la chambre des mises en accusation rendues en degré d'appel contre la première décision de maintien de la détention préventive n'est donc pas raisonnablement justifiée.

B.77.6. Dans la mesure où ils sont pris de la violation des articles 10, 11 et 12 de la Constitution, les moyens sont fondés en tant qu'ils sont dirigés contre l'article 137, attaqué, de la loi du 5 février 2016.

Il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs, ceux-ci ne pouvant conduire à une annulation plus étendue.

B.78. Les parties requérantes invoquent des griefs identiques ou similaires contre l'article 127 de la loi du 5 février 2016, qui abroge le pourvoi en cassation immédiat contre les arrêts rendus par la chambre des mises en accusation en ce qui concerne la décision du juge d'instruction portant restriction des visites, de la correspondance et des communications téléphoniques, ou établissant une surveillance électronique à l'égard d'une personne en détention préventive.

Pour les mêmes motifs que ceux énoncés en B.75 à B.77, les moyens sont fondés en tant qu'ils sont dirigés contre l'article 127, attaqué, de la loi du 5 février 2016.

B.79. Une annulation pure et simple des articles 127 et 137 de la loi du 5 février 2016 risque d'engendrer une insécurité juridique à l'égard des décisions en matière de détention préventive contre lesquelles un pourvoi en cassation aurait pu être introduit en l'absence de ces dispositions.

Dès lors, en application de l'article 8, alinéa 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, il y a lieu de maintenir les effets des dispositions annulées dans la mesure indiquée dans le dispositif.

La détention préventive sous surveillance électronique

B.80.1. La partie requérante dans l'affaire n° 6494 prend un deuxième moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution par l'article 132, 1°, de la loi du 5 février 2016, qui complète l'article 26, § 3, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive d'un alinéa rédigé comme suit :

« Si l'inculpé se trouve en détention sous surveillance électronique, la chambre du conseil peut, par décision motivée, maintenir la détention préventive sous surveillance électronique ».

B.80.2. L'article 26, § 3, est situé dans le chapitre VI du premier titre de la loi du 20 juillet 1990 précitée, chapitre qui traite de l'incidence du règlement de la procédure sur les mesures privatives de liberté. Au stade du règlement de la procédure, la chambre du conseil décide, lorsqu'elle renvoie l'inculpé devant la juridiction de jugement pour un fait passible d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à la durée de la détention préventive déjà subie, soit de le mettre en liberté, éventuellement sous conditions, soit de le maintenir en détention.

B.80.3. La partie requérante fait grief à la disposition attaquée de ne pas permettre à la chambre du conseil, statuant en règlement de la procédure, de décider de placer sous surveillance électronique un inculpé qui était, jusque-là, en détention préventive dans un établissement pénitentiaire, alors qu'elle peut, à ce stade, décider de maintenir sous surveillance électronique l'inculpé qui est déjà placé en détention préventive sous surveillance électronique. La disposition attaquée créerait ainsi une différence de traitement contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution entre inculpés, selon les modalités d'exécution de la détention préventive qui leur sont applicables au moment du règlement de la procédure.

B.81.1. En vertu de l'article 16, § 1^{er}, de la loi du 20 juillet 1990, le juge d'instruction qui décerne un mandat d'arrêt décide s'il doit être exécuté dans une prison ou par détention sous surveillance électronique. Celle-ci constitue donc une modalité d'exécution de la détention préventive. La détention sous surveillance électronique implique la présence permanente de l'inculpé à une adresse déterminée, sauf les déplacements autorisés.

B.81.2. En vertu des articles 21 et 22 de la même loi, chaque fois qu'elle statue sur le maintien de la détention préventive, la chambre du conseil peut en modifier les modalités, de sorte qu'elle peut décider qu'un inculpé exécutant la détention préventive en prison doit être placé sous surveillance électronique ou inversement. En revanche, lorsqu'elle statue au stade du règlement de la procédure, la chambre du conseil ne peut, aux termes de la disposition attaquée, décider qu'un inculpé détenu préventivement en prison est désormais placé en détention préventive sous surveillance électronique.

B.82.1. Il apparaît de l'exposé des motifs du projet de loi que le législateur avait l'intention, par cette disposition, de « remédier à la confusion qui [régnait] dans la législation quant à l'impact du règlement de la procédure sur la détention sous surveillance électronique » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 123). Le collège des procureurs généraux avait en effet attiré l'attention, dans sa circulaire n° 2/2014, sur le fait qu'au moment où le législateur avait introduit la surveillance électronique comme une modalité d'exécution de la détention préventive, il n'avait pas réglé le sort de cette modalité lors du règlement de la procédure. Cette lacune avait pour conséquence que les juridictions d'instruction ne pouvaient légalement décider, à l'égard d'un inculpé qui était sous surveillance électronique au moment du règlement de la procédure, le maintien de cette modalité de la détention préventive (*ibid.*). La Cour de cassation a en ce sens jugé, par un arrêt du 11 février 2015, qu'« au moment où elle ordonne le renvoi de l'inculpé qui se trouvait en détention préventive sous surveillance électronique, la juridiction d'instruction ne peut que mettre fin à cette détention ou libérer l'inculpé sous conditions en application de l'article 35 de [la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive] » (*Cass.*, 11 février 2015, *Pas.*, 2015, n° 102).

B.82.2. Les travaux préparatoires relatifs à la disposition attaquée précisent :

« Cet article propose donc d'adapter l'article 26, § 3, de la loi relative à la détention préventive de manière à ce qu'il puisse être décidé dans le cadre du règlement de la procédure de maintenir la détention sous surveillance électronique lorsque l'intéressé se trouve à ce moment en détention sous surveillance électronique. Cette formulation permet d'éviter qu'au moment du renvoi, la chambre du conseil décide tout de même d'arrêter un suspect non détenu et de le placer sous surveillance électronique, ce qui pourrait être à l'origine d'un effet de *net-widening* qu'il faut éviter » (*ibid.*, p. 124).

B.82.3. Dans son avis, la section de législation du Conseil d'Etat avait attiré l'attention du législateur sur le fait que la formulation retenue ne permettait pas aux juridictions d'instruction, statuant en règlement de la procédure, de faire bénéficier un inculpé, jusque-là détenu préventivement en prison, de la modalité d'exécution de la détention préventive sous surveillance électronique :

« La question se pose de savoir si l'article 26, § 3, alinéa 2, en projet, [...] ne devrait pas aussi disposer que la chambre du conseil, lors du règlement de la procédure, peut décider de placer dorénavant sous surveillance électronique la personne qui est détenue mais qui ne se trouve pas sous surveillance électronique, comme tel est le cas lorsque la chambre du conseil statue sur le maintien de la détention préventive » (*ibid.*, p. 301).

B.83.1. La différence de traitement en cause repose sur le critère de la modalité d'exécution de la détention préventive au moment du règlement de la procédure. Un tel critère est objectif. En revanche, ce critère n'est pas pertinent pour justifier que les juridictions d'instruction ne puissent, au stade du règlement de la procédure, décider de faire bénéficier un inculpé détenu préventivement en prison de la surveillance électronique alors qu'elles peuvent, au même stade, décider du maintien de cette modalité d'exécution de la détention préventive à l'égard d'un inculpé qui se trouve déjà sous surveillance électronique et qu'elles peuvent également décider de la libération, le cas échéant sous conditions, de l'inculpé jusqu'alors détenu préventivement. En effet, les juridictions d'instruction, lors du règlement de la procédure, ont la compétence de statuer sur le maintien ou non de la détention préventive en prison ou sous surveillance électronique et examinent dès lors à ce moment s'il est justifié de maintenir l'intéressé en détention préventive et selon quelles modalités. Il n'est pas justifié qu'elles ne puissent pas décider, si elles constatent à cette occasion que l'inculpé réunit les conditions pour bénéficier de la surveillance électronique, de le faire bénéficier de cette modalité.

B.83.2. La mesure a, en outre, des effets disproportionnés à l'égard de l'inculpé se trouvant dans les conditions pour bénéficier d'une mesure de surveillance électronique au stade du règlement de la procédure et à l'égard duquel la chambre du conseil ne peut que décider le maintien en prison. Au surplus, la circonstance que cette situation ne se présenterait qu'exceptionnellement, ainsi que le soutient le Conseil des ministres, n'a pas pour effet d'atténuer les conséquences disproportionnées de la différence de traitement attaquée pour les inculpés qui se trouveraient dans cette situation.

B.84. Le moyen est fondé. Il y a lieu d'annuler l'article 132, 1^o, de la loi du 5 février 2016, en ce qu'il ne permet pas à la chambre du conseil, statuant au stade du règlement de la procédure, d'accorder à l'inculpé qui exécute la détention préventive en prison de bénéficier de la détention préventive sous surveillance électronique.

Les modalités d'exécution de la peine pour les personnes ne disposant pas d'un droit de séjour

B.85.1. Les parties requérantes dans l'affaire n^o 6497 prennent un quatrième moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 22 de la Constitution, par les articles 148, 153 et 163 de la loi du 5 février 2016, qui insèrent de nouvelles dispositions dans la loi du 17 mai 2006 « relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine ».

B.85.2. L'article 148 attaqué insère dans la loi précitée un nouvel article 20 qui dispose :

« La permission de sortie visée à l'article 4, § 3, le congé pénitentiaire et l'interruption de l'exécution de la peine ne sont pas accordés s'il ressort d'un avis de l'Office des étrangers que le condamné n'est pas autorisé ou habilité à séjourner dans le Royaume ».

L'article 153 attaqué insère dans la loi précitée un nouvel article 25/2 qui dispose :

« La détention limitée, la surveillance électronique et la libération conditionnelle ne sont pas accordées s'il ressort d'un avis de l'Office des étrangers que le condamné n'est pas autorisé ou habilité à séjourner dans le Royaume ».

L'article 163 attaqué complète l'article 59 de la loi précitée par deux nouveaux alinéas qui disposent :

« Ces modalités d'exécution des peines, à l'exception de la permission de sortie visée à l'article 4, § 2, ne sont pas accordées s'il ressort d'un avis de l'Office des étrangers que le condamné n'est pas autorisé ou habilité à séjourner dans le Royaume.

Les articles 64, 67, 68 et 70 s'appliquent ».

B.85.3. Les parties requérantes font grief à ces dispositions d'exclure de manière absolue les condamnés non autorisés ou habilités à séjourner sur le territoire du bénéfice de la majorité des modalités d'exécution de la peine dont peuvent bénéficier les condamnés purgeant une peine privative de liberté. Les dispositions attaquées créeraient ainsi une différence de traitement non justifiée entre condamnés selon leur statut de séjour, les Belges et les étrangers autorisés au séjour en Belgique pouvant prétendre à l'octroi de ces modalités s'ils se trouvent dans les conditions légales pour en bénéficier, les étrangers ne disposant pas d'un droit de séjour ne pouvant jamais y prétendre, même s'ils remplissent toutes les autres conditions pour en bénéficier.

B.86.1. La permission de sortie visée à l'article 4, § 3, de la loi précitée du 17 mai 2006 permet au condamné, au cours des deux années précédant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle, de quitter la prison pour une période n'excédant pas seize heures afin de préparer sa réinsertion sociale. Le congé pénitentiaire permet au condamné qui se trouve dans l'année précédant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle de quitter la prison trois fois trente-six heures par trimestre en vue de préserver et favoriser ses contacts familiaux, affectifs et sociaux et de préparer sa réinsertion sociale (articles 6 et 7 de la même loi). L'interruption de l'exécution de la peine suspend l'exécution de la peine pour une durée de trois mois au maximum, renouvelable; elle peut être accordée au condamné pour des motifs graves et exceptionnels à caractère familial (article 15 de la même loi).

B.86.2. La détention limitée est un mode d'exécution de la peine privative de liberté qui permet au condamné de quitter, de manière régulière, l'établissement pénitentiaire pour une durée de seize heures maximum par jour. Elle peut être accordée en vue de lui permettre de défendre des intérêts professionnels, de formation ou familiaux qui requièrent sa présence hors de la prison (article 21 de la même loi). La surveillance électronique est un mode d'exécution de la peine privative de liberté par lequel le condamné subit tout ou partie de sa peine en dehors de la prison, selon un plan d'exécution déterminé, dont le respect est contrôlé notamment par des moyens électroniques (article 22 de la même loi). Ces deux modes d'exécution de la peine peuvent être accordés par la juridiction d'application des peines au condamné qui se trouve, à six mois près, dans les conditions de temps pour une libération conditionnelle et qui satisfait à certaines conditions (article 23 de la même loi). La libération conditionnelle est un mode d'exécution de la peine privative de liberté qui peut être octroyé au condamné ayant déjà effectué une partie déterminée de sa peine et qui satisfait à certaines conditions, par lequel le condamné subit sa peine hors de la prison, moyennant le respect des conditions qui lui sont imposées pendant un délai d'épreuve déterminé.

B.86.3. En vertu de l'article 59 de la même loi, à titre exceptionnel, la juridiction de l'application des peines, saisie d'une procédure d'octroi d'une modalité d'exécution de la peine, peut accorder une modalité d'exécution de la peine autre que celle demandée si cela est absolument nécessaire pour permettre l'octroi à court terme de la modalité d'exécution de la peine sollicitée. Elle peut ainsi accorder une permission de sortie, un congé pénitentiaire, une détention limitée ou une surveillance électronique.

B.87. En application des dispositions attaquées, les condamnés étrangers qui ne sont pas autorisés ou habilités à séjourner sur le territoire ne peuvent bénéficier des modalités d'exécution de la peine précitées. Ils peuvent en revanche prétendre à la permission de sortie visée à l'article 4, § 2, de la loi du 17 mai 2006, qui peut être octroyée à tout moment de la détention pour une durée déterminée de maximum seize heures en vue soit de défendre des intérêts sociaux, moraux, juridiques, familiaux, de formation ou professionnels qui requièrent leur présence hors de la prison soit de subir un examen ou un traitement médical hors de la prison.

B.88.1. L'exposé des motifs indique au sujet des dispositions attaquées :

« Cet article tend à éviter qu'une permission de sortie, un congé pénitentiaire ou une interruption de l'exécution de la peine soit accordé à des condamnés qui sont dans le royaume illégalement et qui ne peuvent donc pas demeurer dans la société libre. Ces modalités visent en outre à préparer ou à développer une réinsertion en Belgique après la libération, ce qui n'est pas possible pour cette catégorie de personnes. En effet, elles peuvent être libérées uniquement en vue de leur éloignement du territoire. La loi décrit les personnes de cette catégorie comme des condamnés pour lesquels il ressort d'un avis de l'Office des étrangers qu'ils ne sont pas autorisés ou habilités à séjourner dans le royaume » (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54 1418/001, p. 131).

« Par analogie avec l'article 147 [devenu 148], l'octroi de la détention limitée, de la surveillance électronique et de la libération conditionnelle est exclu pour les condamnés pour lesquels il ressort d'un avis de l'Office des étrangers qu'ils ne sont pas autorisés ou habilités à séjourner dans le royaume » (*ibid.*, p. 133).

« Cette modification [de l'article 163] tend à éviter que des condamnés qui n'ont pas de droit de séjour dans le royaume demeurent dans la société libre pendant une modalité d'exécution de la peine accordée par le tribunal de l'application des peines conformément à l'article 59 » (*ibid.*, p. 136).

B.88.2. Le législateur a prévu la possibilité d'octroi de la permission de sortie visée en B.87 aux condamnés étrangers ne bénéficiant pas d'un droit de séjour en réponse à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat. Celle-ci avait observé :

« Cet objectif [d'éviter que des personnes en séjour illégal se trouvent sur le territoire] ne saurait toutefois justifier les modifications proposées. En effet, à l'instar de la décision sur la détention elle-même, la décision d'octroyer une modalité d'exécution de la peine ne se conçoit pas comme une décision portant sur le statut du séjour ou comme une décision qui l'implique et, partant, elle n'a pas pour effet que l'intéressé séjournerait légalement dans le pays.

[...] Même si la situation de séjour illégal de l'intéressé peut s'avérer pertinente dans l'octroi de certaines modalités d'exécution de la peine, il est permis de douter qu'il en est effectivement ainsi *dans tous les cas et pour chacune des modalités d'exécution de la peine.*

[...]

Eu égard à ce qui précède, il convient de mieux justifier, en ce qui concerne chaque type de modalité d'exécution de la peine pris séparément, en quoi une différence de traitement est pertinente et proportionnelle au regard de l'objectif poursuivi et en quoi il est nécessaire d'instaurer une impossibilité absolue d'octroi de modalités d'exécution de la peine » (*ibid.*, pp. 283-284).

B.89. La différence de traitement établie par les dispositions attaquées repose sur le statut administratif de séjour de la personne condamnée. Les étrangers dont il ressort d'un avis de l'Office des étrangers qu'ils ne bénéficient pas, ou qu'ils ne bénéficient plus, d'un droit de séjour légal en Belgique ne peuvent, contrairement aux Belges et aux étrangers en séjour légal sur le territoire, obtenir aucune des modalités d'exécution de la peine prévues par la loi du 17 mai 2006, à part la permission de sortie visée en B.87.

Ce critère de distinction est objectif et il permet de rencontrer le but poursuivi par le législateur, à savoir ne pas permettre que des personnes qui ne disposent pas d'une autorisation de séjour en règle circulent sur le territoire hors de l'établissement pénitentiaire dans lequel ils purgent la peine à laquelle ils ont été condamnés.

La Cour doit toutefois encore examiner si la mesure qui consiste à exclure *a priori* et sans examen individuel toute une catégorie de condamnés du bénéfice des modalités d'exécution de la peine mentionnées en B.86 est raisonnablement proportionnée à l'objectif poursuivi, compte tenu des motifs pour lesquels les modalités d'exécution de la peine concernées ont été instituées.

B.90.1. Les modalités d'exécution de la peine concernées par les dispositions attaquées ont pour objet de favoriser la réinsertion sociale du condamné, de lui permettre de maintenir, durant le temps de sa détention, des liens familiaux, affectifs et sociaux ou encore de lui permettre de faire face à une situation d'ordre familial grave et exceptionnelle.

L'octroi de ces modalités n'est jamais automatique et n'intervient qu'après que l'autorité compétente a soigneusement évalué, selon les cas, le caractère réaliste et praticable du plan de réinsertion présenté et les éventuelles contre-indications tenant notamment au risque de récidive, au risque que le condamné importune les victimes, ainsi qu'au risque qu'il se soustraie à l'exécution de sa peine. Avant l'entrée en vigueur des dispositions attaquées, les autorités compétentes tenaient compte, dans cet examen, de la situation spécifique de séjour des étrangers demandeurs au regard tant des possibilités de réinsertion que du risque de soustraction à l'exécution de la peine.

Les décisions d'octroyer une modalité d'exécution de la peine portent sur l'exécution de la peine d'emprisonnement et ne modifient pas la nature et la durée des peines privatives de liberté prononcées par le juge. L'exécution de la peine court pendant l'application de la modalité d'exécution de la peine octroyée. Elles ne modifient pas non plus le statut de séjour de l'étranger condamné.

B.90.2. Les dispositions attaquées excluent de la possibilité de demander et d'obtenir une modalité d'exécution de la peine mentionnée en B.86 tous les étrangers dont la présence sur le territoire n'est pas couverte par une autorisation de séjour au moment où ils en font la demande, quels que soient les faits qu'ils ont commis, la peine prononcée à leur égard, leur comportement depuis leur incarcération, l'historique de leur situation administrative de séjour, leurs attaches familiales en Belgique et la possibilité d'éloignement en ce qui les concerne. Par leur caractère absolu et automatique, elles font obstacle à ce que l'autorité compétente examine leur demande à bénéficier d'une mesure leur permettant de préparer leur réinsertion sociale ou de maintenir des liens familiaux, affectifs ou sociaux.

B.90.3. En ne permettant pas aux autorités compétentes pour octroyer les modalités d'exécution de la peine d'examiner, au regard de la situation administrative, familiale et sociale concrète de l'étranger demandeur, s'il est justifié de lui refuser la modalité qu'il sollicite au motif qu'il ressort d'un avis de l'Office des étrangers qu'il n'est pas autorisé à séjourner sur le territoire, le législateur a pris une mesure disproportionnée.

B.90.4. Par ailleurs, le cas échéant, une mesure d'éloignement de l'intéressé peut, si les conditions sont remplies, être exécutée à la faveur de l'octroi d'une mesure conformément aux articles 20/1 ou 25/3 de la loi du 17 mai 2006. L'octroi d'une modalité d'exécution de la peine visée par les dispositions attaquées ne constitue dès lors pas un obstacle à l'éloignement du territoire s'il y a lieu et n'empêche donc pas les autorités de mener la politique de leur choix en matière d'accès au territoire.

B.91. La différence de traitement créée par les dispositions attaquées entre personnes condamnées à une peine privative de liberté sur la base de leur statut de séjour n'est pas raisonnablement justifiée et entraîne des effets disproportionnés au regard des droits fondamentaux invoqués.

Dans cette mesure, le moyen est fondé. Il y a lieu d'annuler les articles 148, 153 et 163 de la loi du 5 février 2016.

Cette annulation n'empêche pas que le législateur apprécie, pour chaque modalité d'exécution de la peine envisagée, s'il est pertinent de l'exclure pour certaines catégories d'étrangers non autorisés au séjour, dans le respect du principe de proportionnalité.

Les compétences pouvant être exercées par les juristes de parquet

B.92.1. La partie requérante dans l'affaire n° 6494 prend un troisième moyen de la violation, par l'article 197 de la loi du 5 février 2016, des articles 10, 11 et 12 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 151, § 1^{er}, de la Constitution, avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

B.92.2. L'article 197 attaqué complète l'article 162, § 2, du Code judiciaire par cinq alinéas ainsi rédigés :

« Par ordonnance individuelle motivée et après avis positif du procureur général compétent, le chef de corps peut attribuer l'exercice de toutes les compétences du ministère public à des juristes de parquet nommés à titre définitif désignés près le parquet général, l'auditorat général, le parquet fédéral, le parquet ou l'auditorat du travail, dans la mesure où ceux-ci justifient d'une ancienneté de deux ans au minimum comme juriste dans l'ordre judiciaire.

Les juristes de parquet visés à l'alinéa 3 peuvent exercer l'action publique devant le tribunal de police, sauf si elle porte sur les infractions à l'article 419, alinéa 2, du Code pénal.

Sont exclus :

- la compétence liée à l'exercice de l'action publique devant les cours d'assises, les chambres correctionnelles des cours d'appel et les tribunaux correctionnels;
- les compétences du ministère public dans le cadre de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive;
- le droit d'action visant à imposer des mesures sur la base de faits qualifiés infraction devant les chambres de jeunesse des cours d'appel ou le tribunal de la jeunesse.

Les compétences qui ne peuvent être exercées que par les magistrats de parquet qui ont suivi à cet effet la formation particulière prescrite par la loi peuvent être exercées par les juristes de parquet, à condition qu'ils aient suivi une même formation.

Les services effectivement prestés en qualité de juriste contractuel sont pris en compte pour le calcul de l'ancienneté. Cette attribution de compétences peut être retirée à tout moment par le chef de corps. Le juriste de parquet est placé sous l'autorité et la surveillance de son chef de corps et exerce les compétences qui lui ont été attribuées sous la responsabilité d'un ou de plusieurs magistrats ».

B.93.1. Par la première branche de ce moyen, la partie requérante fait grief à la disposition attaquée de ne pas viser expressément toutes les compétences pouvant être exercées par les juristes de parquet, ce qui serait contraire au principe de légalité des poursuites pénales garanti par l'article 12, alinéa 2, de la Constitution.

B.93.2. L'article 12, alinéa 2, de la Constitution dispose :

« Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit ».

B.93.3. Les principes de légalité et de prévisibilité de la procédure pénale énoncés par l'article 12, alinéa 2, de la Constitution sont applicables à l'ensemble de la procédure, en ce compris les stades de l'information et de l'instruction.

L'exigence de prévisibilité de la procédure pénale garantit à tout citoyen qu'il ne peut faire l'objet d'une information, d'une instruction et de poursuites que selon une procédure établie par la loi et dont il peut prendre connaissance avant sa mise en œuvre.

B.94.1. L'avant-projet de la disposition attaquée donnait délégation au ministre de la Justice, sur avis du collège des procureurs généraux, pour déterminer les compétences dont l'exercice pouvait être attribué par le chef de corps aux juristes de parquet, à l'exclusion de l'exercice de l'action publique devant les chambres correctionnelles des cours d'appel et les tribunaux correctionnels et des compétences du ministère public dans le cadre de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 234).

B.94.2. La section de législation du Conseil d'Etat a observé à ce sujet :

« Toutefois, le soin d'arrêter les compétences pouvant être exercées par les magistrats de parquet, ne saurait être laissé au ministre ayant la Justice dans ses attributions. [II] y a lieu d'attirer l'attention sur le fait que dès lors que certaines compétences peuvent concerner la ' forme des poursuites ' au sens de l'article 12, alinéa 2, de la Constitution, il est requis en vertu du principe de légalité qui y est inscrit que le législateur fixe lui-même les compétences pouvant être exercées par les juristes de parquet » (*ibid.*, p. 306).

B.94.3. En réponse à cette observation, le législateur a omis la délégation au ministre de la Justice et a décidé que toutes les compétences du ministère public, à l'exception de celles qu'il a énumérées précisément, peuvent être exercées par les juristes de parquet désignés par le chef de corps. L'exposé des motifs précise en outre :

« En réponse à cette remarque du Conseil d'Etat, on peut dire que l'objectif n'est pas que les juristes de parquet exercent l'action publique ou engagent des poursuites pénales, sauf devant le tribunal de police. C'est la raison pour laquelle, conformément à la remarque du Conseil d'Etat, la compétence des juristes de parquet d'exercer l'action publique devant le tribunal de police figure explicitement dans cette disposition. Une exception est prévue pour les infractions à l'article 419, alinéa 2, du Code pénal (accidents de roulage avec issue fatale) » (*ibid.*, p. 147).

« Il n'est par contre pas possible de prévoir dans la loi une liste exhaustive de toutes les tâches possibles d'un juriste de parquet doté de cette compétence particulière.

Il est en effet non seulement question de l'ensemble des actes destinés à rechercher les infractions, leurs auteurs et les preuves et à rassembler les éléments utiles à l'exercice de l'action publique conformément à l'article 28bis, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, mais également, par exemple, de la collecte d'informations à des fins de réhabilitation conformément aux articles 621 et suivants du Code d'instruction criminelle » (*ibid.*, p. 149).

B.95. En disposant que les juristes de parquet qui répondent aux conditions d'ancienneté requises peuvent se voir attribuer « toutes les compétences du ministère public » à l'exception de certaines compétences énumérées limitativement, l'article attaqué définit les compétences concernées de manière précise et claire. Il est en effet possible, à la lecture de la disposition, de déterminer si l'exercice d'une compétence déterminée du ministère public peut être attribué à un juriste de parquet remplissant les conditions fixées à cette fin, car tel est le cas si la compétence concernée ne figure pas parmi les exceptions énumérées.

B.96.1. Par la seconde branche de ce moyen, la partie requérante fait grief à la disposition attaquée de traiter de la même manière, en leur confiant les mêmes prérogatives, deux catégories de personnes fondamentalement différentes, à savoir, d'une part, les magistrats du ministère public et, d'autre part, les juristes de parquet, ce qui entraînerait une violation du droit au procès équitable des justiciables dans la mesure où il serait porté atteinte au principe de l'indépendance des magistrats du ministère public.

B.96.2. L'article 151, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la Constitution dispose :

« Les juges sont indépendants dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles. Le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, sans préjudice du droit du ministre compétent d'ordonner des poursuites et d'arrêter des directives contraignantes de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite ».

B.97. Par la disposition attaquée, le législateur avait pour but « d'alléger la charge de travail des magistrats de parquet », en permettant au chef de corps de les décharger de certaines compétences qui peuvent être exercées par un juriste de parquet, « toujours, naturellement, sous son autorité et sa surveillance et sous la responsabilité d'un ou de plusieurs magistrats ». Il ne s'agit pas, pour le chef de corps ou pour les magistrats du ministère public, de perdre des compétences, mais bien de les partager avec les juristes de parquet, en manière telle qu'ils puissent toujours « encore agir en plus du juriste de parquet » (*ibid.*, p. 147).

B.98.1. Il est vrai que les magistrats et les juristes de parquet sont recrutés de manière distincte et qu'ils ont un statut, notamment disciplinaire, différent, de sorte que les juristes de parquet ne présentent pas la même garantie d'indépendance que les magistrats du ministère public.

B.98.2. Néanmoins, le législateur a veillé à ce que le partage des compétences des magistrats du ministère public avec les juristes de parquet soit entouré de garanties permettant d'assurer que l'exercice de l'action publique et l'ensemble des tâches accomplies par le parquet continuent à l'être de manière indépendante. Ainsi, la compétence d'exercer l'action publique est toujours exclue de la possibilité d'exercice par les juristes de parquet, à l'exception de l'action publique devant les tribunaux de police sauf pour les faits visés à l'article 419, alinéa 2, du Code pénal. Il en va de même des compétences du ministère public dans le cadre de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive et de sa compétence relative aux faits qualifiés infraction devant les juridictions de la jeunesse. Par ailleurs, l'attribution a lieu sur une base individuelle, en considération de la personnalité, des connaissances, des compétences, de l'expérience et de la formation de chaque juriste de parquet, et les compétences attribuées sont exercées sous l'autorité et la surveillance des magistrats du ministère public. Enfin, le chef de corps peut retirer cette attribution de compétence à tout moment, sans que ce retrait doive être considéré comme une sanction disciplinaire.

B.99. Il résulte de ce qui précède que la possibilité pour le chef de corps d'attribuer les compétences des magistrats du ministère public aux juristes de parquet, à l'exception des tâches énumérées par la disposition attaquée, ne porte pas atteinte à l'indépendance du ministère public et, partant, au droit au procès équitable des justiciables.

B.100. Le moyen dirigé contre l'article 197 de la loi du 5 février 2016 n'est fondé en aucune de ses branches.

Par ces motifs,
la Cour

1. annule, dans la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice :

- les articles 6 et 121 à 123, ainsi que les articles 15, 17, 1^o et 2^o, 18, 1^o et 2^o, 19, 2^o, 36, 151, 155 et 170, 2^o;
- l'article 63, 1^o;
- les articles 127 et 137;

- l'article 132, 1^o, en ce qu'il ne permet pas à la chambre du conseil, statuant au stade du règlement de la procédure, d'accorder à l'inculpé qui exécute la détention préventive en prison de bénéficier de la détention préventive sous surveillance électronique;

- les articles 148, 153 et 163;

2. maintient les effets :

- des articles 6, 15, 17, 1^o et 2^o, 18, 1^o et 2^o, 19, 2^o, 36, 121 à 123, 151, 155 et 170, 2^o, de la loi du 5 février 2016, à l'égard des décisions rendues sur la base de ces dispositions avant la date de publication du présent arrêt au *Moniteur belge*;

- de l'article 63, 1^o, de la loi du 5 février 2016, à l'égard des perquisitions effectuées avant la date de publication du présent arrêt au *Moniteur belge*;

- des articles 127 et 137 de la loi du 5 février 2016 jusqu'au jour de la publication du présent arrêt au *Moniteur belge*;

3. rejette les recours pour le surplus,

- sous réserve de l'interprétation, mentionnée en B.39.2 et en B.39.3, de l'article 187, § 6, du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été remplacé par l'article 83 de la loi du 5 février 2016;

- compte tenu de ce qui est dit en B.44.4 et en B.45 à propos de l'article 204 du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été remplacé par l'article 89 de la loi du 5 février 2016.

Ainsi rendu en langue néerlandaise, en langue française et en langue allemande, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, le 21 décembre 2017.

Le greffier,
F. Meersschaut

Le président,
E. De Groot

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

[2017/207063]

Auszug aus dem Entscheid Nr. 148/2017 vom 21. Dezember 2017

Geschäftsverzeichnisnummern 6492, 6493, 6494, 6495, 6496, 6497 und 6498

In Sachen: Klagen auf teilweise Nichtigerklärung des Gesetzes vom 5. Februar 2016 zur Abänderung des Strafrechts und des Strafprozessrechts und zur Festlegung verschiedener Bestimmungen im Bereich der Justiz, erhoben von Luc Lamine und Alphonsius Mariën, von der VoG « Syndicat des Avocats pour la Démocratie », von Auguste Verwerf, von der VoG « Liga voor Mensenrechten », von der VoG « Ligue des Droits de l'Homme » und der VoG « Association Syndicale des Magistrats » und von der Kammer der französischsprachigen und deutschsprachigen Rechtsanwaltschaften.

Der Verfassungsgerichtshof,

zusammengesetzt aus den Präsidenten E. De Groot und J. Spreutels, und den Richtern L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul, F. Daoût, T. Giet und R. Leysen, unter Assistenz des Kanzlers F. Meersschaut, unter dem Vorsitz des Präsidenten E. De Groot,

erlässt nach Beratung folgenden Entscheid:

I. Gegenstand der Klagen und Verfahren

a. Mit einer Klageschrift, die dem Gerichtshof mit am 11. August 2016 bei der Post aufgegebenem Einschreibebrief zugesandt wurde und am 12. August 2016 in der Kanzlei eingegangen ist, erhoben Luc Lamine und Alphonsius Mariën Klage auf Nichtigerklärung von Artikel 6 sowie der damit zusammenhängenden Artikel 7, 11, 14 Nr. 1, 15, 17, 18, 19 Nr. 2, 36, 151, 155 und 170 Nr. 2 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 zur Abänderung des Strafrechts und des Strafprozessrechts und zur Festlegung verschiedener Bestimmungen im Bereich der Justiz (veröffentlicht im *Belgischen Staatsblatt* vom 19. Februar 2016, vierte Ausgabe).

b. Mit einer Klageschrift, die dem Gerichtshof mit am 11. August 2016 bei der Post aufgegebenem Einschreibebrief zugesandt wurde und am 12. August 2016 in der Kanzlei eingegangen ist, erhob Luc Lamine Klage auf Nichtigerklärung der Artikel 127 bis 130, 136 und 137 desselben Gesetzes sowie der untrennbar damit verbundenen Bestimmungen wie Artikel 121.

c. Mit einer Klageschrift, die dem Gerichtshof mit am 16. August 2016 bei der Post aufgegebenem Einschreibebrief zugesandt wurde und am 17. August 2016 in der Kanzlei eingegangen ist, erhob die VoG « Syndicat des Avocats pour la Démocratie », unterstützt und vertreten durch RÅin A. Lebeau, in Charleroi zugelassen, und RÅin L. Laperche, in Brüssel zugelassen, Klage auf Nichtigerklärung der Artikel 63 Nr. 1, 132 Nr. 1 und 197 desselben Gesetzes.

d. Mit einer Klageschrift, die dem Gerichtshof mit am 16. August 2016 bei der Post aufgegebenem Einschreibebrief zugesandt wurde und am 17. August 2016 in der Kanzlei eingegangen ist, erhob Auguste Verwerft Klage auf Nichtigerklärung von Artikel 6 und der damit zusammenhängenden Artikel 7, 11, 14 Nr. 1, 15, 17, 18, 19 Nr. 2, 36, 151, 155 und 170 Nr. 2 desselben Gesetzes.

e. Mit einer Klageschrift, die dem Gerichtshof mit am 17. August 2016 bei der Post aufgegebenem Einschreibebrief zugesandt wurde und am 18. August 2016 in der Kanzlei eingegangen ist, erhob die VoG « Liga voor Mensenrechten », unterstützt und vertreten durch RA J. Vander Velpen, in Antwerpen zugelassen, und RA J. Heymans, in Gent zugelassen, Klage auf Nichtigerklärung desselben Gesetzes, insbesondere seiner Artikel 63, 83 § 6, 121, 122, 123 und 127.

f. Mit einer Klageschrift, die dem Gerichtshof mit am 18. August 2016 bei der Post aufgegebenem Einschreibebrief zugesandt wurde und am 22. August 2016 in der Kanzlei eingegangen ist, erhoben Klage auf Nichtigerklärung desselben Gesetzes, insbesondere seiner Artikel 63, 83 § 6 Nr. 1, 89, 121, 127, 137, 148, 153 und 163: die VoG « Ligue des Droits de l'Homme » und die VoG « Association Syndicale des Magistrats », unterstützt und vertreten durch RA D. Ribant, RÅin C. Macq und RA D. de Beco, in Brüssel zugelassen.

g. Mit einer Klageschrift, die dem Gerichtshof mit am 18. August 2016 bei der Post aufgegebenem Einschreibebrief zugesandt wurde und am 22. August 2016 in der Kanzlei eingegangen ist, erhob die Kammer der französischsprachigen und deutschsprachigen Rechtsanwaltschaften, unterstützt und vertreten durch RA V. Letellier, RA H. Sax und RÅin A. Schaus, in Brüssel zugelassen, Klage auf Nichtigerklärung desselben Gesetzes, insbesondere seiner Artikel 2 bis 6, 12 bis 18, 36, 51, 66 Nr. 1, 83, 99, 100, 115, 121, 122, 127 bis 130, 136, 137, 151, 155 und 170.

Diese unter den Nummern 6492, 6493, 6494, 6495, 6496, 6497 und 6498 ins Geschäftsverzeichnis des Gerichtshofes eingetragenen Rechtssachen wurden verbunden.

(...)

II. Rechtliche Würdigung

(...)

In Bezug auf das angefochtene Gesetz

B.1.1. Das Gesetz vom 5. Februar 2016 zur Abänderung des Strafrechts und des Strafprozessrechts und zur Festlegung verschiedener Bestimmungen im Bereich der Justiz (auch das « Potpourri-II-Gesetz » genannt) bezweckt, das Strafrecht und das Strafverfahren zu verbessern und zu modernisieren, um die Rechtspflege effizienter, schneller und kostengünstiger zu machen, ohne die Qualität der Rechtspflege oder die Grundrechte der Rechtsuchenden zu gefährden (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, S. 3, und DOC 54-1418/005, S. 5).

Das Gesetz vom 5. Februar 2016 ist Bestandteil einer umfassenderen Justizreform, die im Plan « Eine effizientere Justiz für mehr Gerechtigkeit » des Ministers der Justiz angekündigt wurde; dieser Plan wurde am 18. März 2015 der Abgeordnetenkammer vorgestellt. Durch das vorerwähnte Gesetz werden « in Erwartung der globalen Reform des Strafprozessrechts [...] bereits punktuelle Maßnahmen [...] ergriffen, und es ist anzunehmen, dass sie die Arbeitsbelastung unmittelbar positiv beeinflussen werden und das Verfahren effizienter machen werden, ohne die Grundrechte der Parteien in den Verfahren zu beeinträchtigen. [...] Bisweilen handelt es sich um gezielte Maßnahmen, während andere Maßnahmen eher grundsätzlicher Art sind. Sie dienen einem gemeinsamen Ziel, nämlich die Dienstleistung der Justiz zu verbessern und zu modernisieren und die Vergeudung von Zeit, Energie und Geld, die untragbar geworden ist, zu begrenzen » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, S. 4).

B.1.2. Die klagenden Parteien beantragen die Nichtigerklärung der nachstehenden Bestimmungen des Gesetzes vom 5. Februar 2016, die der Gerichtshof in der nachstehenden Reihenfolge prüft:

- die Artikel 6, 121, 122 und 123 und die untrennbar damit verbundenen Bestimmungen über die Erhöhung der Strafen für korrekionalisierte Verbrechen und die Verallgemeinerung der Korrekionalisierbarkeit von Verbrechen (B.2 bis B.17);

- Artikel 63 über die Erweiterung der so genannten « Mini-Untersuchung » auf die Haussuchung (B.18 bis B.22);

- Artikel 66 Nr. 1 über die Abschaffung der automatischen Nichtigkeitssanktion im Falle eines Fehlers in dem Beschluss, mit dem das Abhören und das Aufzeichnen von Kommunikationen erlaubt wird (B.23 bis B.29);

- Artikel 83 über die Begrenzung der Einspruchsmöglichkeit (B.30 bis B.40);

- Artikel 89 über die Einführung der Verpflichtung, in der Berufung eine Antragschrift mit Angabe der Anfechtungsgründe einzureichen (B.41 bis B.46);

- die Artikel 99, 100 und 115 über die Abschaffung der unmittelbaren Kassationsbeschwerde gegen die Entscheidungen der Anklagekammer in Anwendung der Artikel 135, 235^{bis} und 235^{ter} des Strafprozessgesetzbuches (B.47 bis B.56);

- die Artikel 128, 129, 130 und 136 über die Änderung der Fristen zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft (B.57 bis B.68);

- die Artikel 127 und 137 über die Begrenzung der unmittelbaren Kassationsbeschwerde gegen die Entscheidungen der Anklagekammer über die Untersuchungshaft (B.69 bis B.79);

- Artikel 132 über die Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft unter elektronischer Überwachung durch die Ratskammer zum Zeitpunkt der Regelung des Verfahrens (B.80 bis B.84);

- die Artikel 148, 153 und 163 über den Ausschluss von Strafmodalitäten für die Personen, die nicht über ein Aufenthaltsrecht verfügen (B.85 bis B.91).

- Artikel 197 über die Einführung der Möglichkeit, Juristen bei der Staatsanwaltschaft mit bestimmten Befugnissen der Staatsanwaltschaft zu beauftragen (B.92 bis B.100).

Zur Hauptsache

Die Erhöhung der Strafen für korrektonalisierte Verbrechen und die Verallgemeinerung der Korrektonalisierbarkeit von Verbrechen

B.2. Die klagenden Parteien in den Rechtssachen Nrn. 6492 und 6495 beantragen die Nichtigerklärung von Artikel 6 des Gesetzes vom 5. Februar 2016. Außerdem bitten sie den Gerichtshof, gleichzeitig die untrennbar damit verbundenen Bestimmungen für nichtig zu erklären, nämlich die Artikel 7, 11, 14 Nr. 1, 15, 17, 18, 19 Nr. 2, 36, 151, 155 und 170 Nr. 2 desselben Gesetzes. Die klagende Partei in der Rechtssache Nr. 6496 beantragt die Nichtigerklärung der Artikel 121, 122 und 123 desselben Gesetzes. Die klagende Partei in der Rechtssache Nr. 6497 beantragt die Nichtigerklärung von Artikel 121 desselben Gesetzes.

B.3.1. Der angefochtene Artikel 6 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 bestimmt:

« In Artikel 25 [des Strafgesetzbuches], abgeändert durch das Gesetz vom 21. Dezember 2009, wird Absatz 5 wie folgt ersetzt:

‘ Sie beträgt höchstens achtundzwanzig Jahre für ein mit Zuchthausstrafe von zwanzig bis zu dreißig Jahren bedrohtes Verbrechen, das korrektonalisiert worden ist.

Sie beträgt höchstens achtunddreißig Jahre für ein mit Zuchthausstrafe von dreißig bis zu vierzig Jahren bedrohtes Verbrechen, das korrektonalisiert worden ist.

Sie beträgt höchstens vierzig Jahre für ein mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedrohtes Verbrechen, das korrektonalisiert worden ist. ’ ».

Der somit abgeänderte Artikel 25 des Strafgesetzbuches bestimmt:

« Die Dauer der Korrektonalgefängnisstrafe beträgt, außer in den durch das Gesetz vorgesehenen Fällen, mindestens acht Tage und höchstens fünf Jahre.

Sie beträgt höchstens fünf Jahre für ein mit Zuchthausstrafe von fünf bis zu zehn Jahren bedrohtes Verbrechen, das korrektonalisiert worden ist.

Sie beträgt höchstens zehn Jahre für ein mit Zuchthausstrafe von zehn bis zu fünfzehn Jahren bedrohtes Verbrechen, das korrektonalisiert worden ist.

Sie beträgt höchstens fünfzehn Jahre für ein mit Zuchthausstrafe von fünfzehn bis zu zwanzig Jahren bedrohtes Verbrechen, das korrektonalisiert worden ist.

Sie beträgt höchstens achtundzwanzig Jahre für ein mit Zuchthausstrafe von zwanzig bis zu dreißig Jahren bedrohtes Verbrechen, das korrektonalisiert worden ist.

Sie beträgt höchstens achtunddreißig Jahre für ein mit Zuchthausstrafe von dreißig bis zu vierzig Jahren bedrohtes Verbrechen, das korrektonalisiert worden ist.

Sie beträgt höchstens vierzig Jahre für ein mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedrohtes Verbrechen, das korrektonalisiert worden ist.

Ein Tag Gefängnisstrafe dauert vierundzwanzig Stunden.

Ein Monat Gefängnisstrafe dauert dreißig Tage ».

B.3.2. Der angefochtene Artikel 121 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 bestimmt:

« In Artikel 2 des Gesetzes vom 4. Oktober 1867 über die mildernden Umstände, ersetzt durch das Gesetz vom 21. Dezember 2009 und abgeändert durch die Gesetze vom 27. Dezember 2012 und 14. Januar 2013, wird Absatz 3 aufgehoben ».

Der somit abgeänderte Artikel 2 des Gesetzes vom 4. Oktober 1867 über die mildernden Umstände bestimmt:

« Falls Veranlassung bestehen sollte, wegen mildernder Umstände oder eines Entschuldigungsgrunds lediglich eine Korrektonalstrafe zu verkünden, kann die Ratskammer oder die Anklagekammer den Beschuldigten durch einen mit Gründen versehenen Beschluss an das Korrektonalgericht verweisen.

Desgleichen kann die Staatsanwaltschaft, falls keine gerichtliche Untersuchung beantragt wurde und wenn sie der Ansicht ist, dass wegen mildernder Umstände oder eines Entschuldigungsgrunds keine Veranlassung besteht, eine höhere Strafe als eine Korrektonalstrafe zu beantragen, unter Angabe dieser mildernden Umstände oder des Entschuldigungsgrunds den Angeklagten direkt vor das Korrektonalgericht laden oder vorladen ».

B.3.3. Der angefochtene Artikel 122 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 bestimmt:

« In Artikel 3 Absatz 3 desselben Gesetzes, ersetzt durch das Gesetz vom 1. Februar 1977 und abgeändert durch die Gesetze vom 11. Juli 1994 und 8. Juni 2008, werden die Wörter ‘ und kraft Artikel 2 Absatz 3 für eine Korrektonalisierung in Betracht kommt ’ aufgehoben ».

Der somit abgeänderte Artikel 3 des Gesetzes vom 4. Oktober 1867 bestimmt:

« Das Korrektonalgericht, an das der Beschuldigte verwiesen wird, kann sich bezüglich der mildernden Umstände oder des Entschuldigungsgrunds nicht für unzuständig erklären.

Es kann sich bezüglich der mildernden Umstände oder des Entschuldigungsgrunds jedoch für unzuständig erklären, wenn es in Anwendung von Artikel 2 Absatz 2 angerufen worden ist.

Es kann sich für zuständig erklären, indem es die mildernden Umstände oder den Entschuldigungsgrund annimmt, sofern es feststellt, dass das Verbrechen, für das es angerufen wurde, nicht korrektonalisiert worden ist ».

B.3.4. Der angefochtene Artikel 123 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 bestimmt:

« In Artikel 5 desselben Gesetzes, abgeändert durch die Gesetze vom 11. Juli 1994 und 8. Juni 2008, wird Absatz 2 aufgehoben ».

Der somit abgeänderte Artikel 5 des Gesetzes vom 4. Oktober 1867 bestimmt:

« Das Polizeigericht, an das der Angeklagte verwiesen wird, kann sich bezüglich der mildernden Umstände nicht für unzuständig erklären und es kann die Polizeistrafen verkünden.

Es kann sich für zuständig erklären, indem es die mildernden Umstände annimmt, die die Ratskammer, die Anklagekammer oder die Staatsanwaltschaft bei der Befassung mit der in Artikel 4 Absatz 1 beschriebenen Tat zu vermerken versäumt haben ».

B.4.1. Artikel 1 des Strafgesetzbuches verteilt die Straftaten nach den folgenden Kategorien:

« Straftaten, die durch die Gesetze mit Kriminalstrafe bedroht sind, sind Verbrechen.

Straftaten, die durch die Gesetze mit Korrektonalstrafe bedroht sind, sind Vergehen.

Straftaten, die durch die Gesetze mit Polizeistrafe bedroht sind, sind Übertretungen ».

Die Kriminalstrafen sind gemäß Artikel 7 Nr. 1 des Strafgesetzbuches die Zuchthausstrafe und die Haftstrafe. Die Korrektonalstrafen und die Polizeistrafen sind aufgrund von Artikel 7 Nr. 2 des Strafgesetzbuches die Gefängnisstrafe, die Strafe unter elektronischer Überwachung, die Arbeitsstrafe und die autonome Bewährungsstrafe.

Vor dem Inkrafttreten des angefochtenen Gesetzes vom 5. Februar 2016 bestimmten die Artikel 8 und 9 des Strafgesetzbuches, dass die Zuchthausstrafe lebenslänglich ist oder für eine Dauer von Frist von fünf bis zehn Jahren, eine Dauer von zehn bis fünfzehn Jahren, eine Dauer von fünfzehn bis zwanzig Jahren oder eine Dauer von zwanzig bis dreißig Jahren ausgesprochen werden kann. Durch Artikel 2 des angefochtenen Gesetzes vom 5. Februar 2016 wird die Zuchthausstrafe für eine Dauer von dreißig bis vierzig Jahren hinzugefügt.

B.4.2. In Artikel 25 des Strafgesetzbuches sind die Höchststrafen festgelegt, die durch die Korrekionalgerichte ausgesprochen werden können. Ursprünglich lautete diese Bestimmung wie folgt:

« Die Dauer der Korrekionalgefängnisstrafe beträgt, außer in den durch das Gesetz vorgesehenen Fällen, mindestens acht Tage und höchstens fünf Jahre.

Ein Tag Gefängnisstrafe dauert vierundzwanzig Stunden.

Ein Monat Gefängnisstrafe dauert dreißig Tage ».

Obwohl es aufgrund dieser Bestimmung immer möglich war, von der üblichen Dauer einer Korrekionalgefängnisstrafe abzuweichen, war das Gesetz vom 1. Februar 1977 « zur Abänderung des Gesetzes vom 4. Oktober 1867 über die mildernden Umstände und des Strafgesetzbuches » das erste, in dem eine allgemeine Abweichung vorgesehen war, indem festgelegt wurde, dass die Gefängnisstrafe für ein korrekionalisiertes Verbrechen, das mit zeitweiliger Zwangsarbeit bestraft werden konnte, höchstens zehn Jahre betragen konnte. Seit der Abänderung von Artikel 25 des Strafgesetzbuches durch das Gesetz vom 23. Januar 2003 « zur Anpassung der gültigen Gesetzesbestimmungen an das Gesetz vom 10. Juli 1996 zur Aufhebung der Todesstrafe und zur Abänderung der Kriminalstrafen » galt das Maximum von höchstens zehn Jahren Gefängnisstrafe für « ein mit Zuchthausstrafe von zehn bis zu fünfzehn Jahren oder von längerer Dauer oder mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedrohtes Verbrechen, das korrekionalisiert worden ist ».

Durch das Gesetz vom 21. Dezember 2009 « zur Reform des Assisenhofes » wurde die Höchststrafe, die durch ein Korrekionalgericht ausgesprochen werden kann, auf zwanzig Jahre Gefängnisstrafe erhöht. Eine Gefängnisstrafe bis fünfzehn Jahre konnte fortan ausgesprochen werden für ein mit Zuchthausstrafe von fünfzehn bis zu zwanzig Jahren bedrohtes Verbrechen, das korrekionalisiert worden ist. Eine Gefängnisstrafe bis zwanzig Jahre konnte fortan ausgesprochen werden für ein mit Zuchthausstrafe von zwanzig bis zu dreißig Jahren oder mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedrohtes Verbrechen, das korrekionalisiert worden ist.

B.4.3. Durch den angefochtenen Artikel 6 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 wird die Höchststrafe, die durch ein Korrekionalgericht ausgesprochen werden kann, auf vierzig Jahre erhöht. Dadurch werden den in Artikel 25 des Strafgesetzbuches festgelegten Fristen drei neue Fristen hinzugefügt, nämlich eine Gefängnisstrafe von höchstens achtundzwanzig Jahren für ein mit Zuchthausstrafe von zwanzig bis zu dreißig Jahren bedrohtes Verbrechen, das korrekionalisiert worden ist, eine Gefängnisstrafe von höchstens achtunddreißig Jahren für ein mit Zuchthausstrafe von dreißig bis zu vierzig Jahren bedrohtes Verbrechen, das korrekionalisiert worden ist, und eine Gefängnisstrafe von höchstens vierzig Jahren für ein mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedrohtes Verbrechen, das korrekionalisiert worden ist.

B.5.1. Aufgrund von Artikel 79 des Strafgesetzbuches werden die Kriminalstrafen im Sinne der Artikel 80 bis 84 desselben Gesetzbuches herabgesetzt, wenn mildernde Umstände vorliegen. Artikel 80 des Strafgesetzbuches bestimmt in der durch Artikel 17 des angefochtenen Gesetzes vom 5. Februar 2016 abgeänderten Fassung:

« Lebenslängliche Zuchthausstrafe wird durch Zuchthausstrafe auf Zeit oder durch Gefängnisstrafe von mindestens drei und höchstens vierzig Jahren ersetzt.

Zuchthausstrafe von dreißig bis zu vierzig Jahren wird durch Zuchthausstrafe von achtunddreißig Jahren oder von kürzerer Dauer oder durch Gefängnisstrafe von mindestens drei und höchstens achtunddreißig Jahren ersetzt.

Zuchthausstrafe von zwanzig bis zu dreißig Jahren wird durch Zuchthausstrafe von achtundzwanzig Jahren oder von kürzerer Dauer oder durch Gefängnisstrafe von mindestens drei und höchstens achtundzwanzig Jahren ersetzt.

Zuchthausstrafe von fünfzehn bis zu zwanzig Jahren wird durch Zuchthausstrafe von zehn bis zu fünfzehn Jahren oder von fünf bis zu zehn Jahren oder durch Gefängnisstrafe von mindestens einem und höchstens fünfzehn Jahren ersetzt.

Zuchthausstrafe von zehn bis zu fünfzehn Jahren wird durch Zuchthausstrafe von fünf bis zu zehn Jahren oder durch Gefängnisstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zehn Jahren ersetzt.

Zuchthausstrafe von fünf bis zu zehn Jahren wird durch Gefängnisstrafe von mindestens einem Monat und höchstens fünf Jahren ersetzt ».

Diese Bestimmung betrifft nicht die Folgen der Annahme von mildernden Umständen für die Befugnis des Richters, sondern nur deren Einfluss auf das Strafmaß zur Individualisierung der Strafe. Sie bietet dem Assisenhof, wenn er mildernde Umstände annimmt, nämlich die Wahl zwischen einer Zuchthausstrafe und einer Gefängnisstrafe für alle mit einer Zuchthausstrafe von zehn Jahren bis zu einer lebenslänglichen Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechen, und sie erlaubt diesem Gerichtshof, eine Gefängnisstrafe bis fünf Jahre für Verbrechen, für die im Gesetz eine Zuchthausstrafe von fünf bis zehn Jahren vorgesehen ist, auszusprechen. Die Dauer der beiden möglichen Strafen überschneidet sich jeweils zu einem großen Teil.

B.5.2. Die Grundlage der Änderung des zuständigen Gerichts im Falle der Korrekionalisierung von Verbrechen ist im Gesetz vom 4. Oktober 1867 über mildernde Umstände enthalten.

Aufgrund von Artikel 1 Absatz 1 des Gesetzes vom 4. Oktober 1867 liegt die Beurteilung der mildernden Umstände bei den erkennenden Gerichten, bei den Untersuchungsgerichten und bei der Staatsanwaltschaft. Aufgrund von Artikel 1 Absatz 2 desselben Gesetzes, in dem die diesbezügliche Begründungspflicht vorgeschrieben wird, müssen diese mildernden Umstände in den Entscheiden und Urteilen angegeben werden. Aufgrund von Artikel 2 Absatz 2 desselben Gesetzes muss die direkte Ladung wegen eines korrekionalisierten Verbrechens durch die Staatsanwaltschaft unter Angabe der mildernden Umstände erfolgen.

B.5.3.1. Vor seiner Abänderung durch den angefochtenen Artikel 121 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 bestimmte Artikel 2 des Gesetzes vom 4. Oktober 1867, ersetzt durch das Gesetz vom 21. Dezember 2009 und abgeändert durch die Gesetze vom 27. Dezember 2012 und 14. Januar 2013:

« Falls Veranlassung bestehen sollte, wegen mildernder Umstände oder eines Entschuldigungsgrunds lediglich eine Korrekionalstrafe zu verkünden, kann die Ratskammer oder die Anklagekammer den Beschuldigten durch einen mit Gründen versehenen Beschluss an das Korrekionalgericht verweisen.

Desgleichen kann die Staatsanwaltschaft, falls keine gerichtliche Untersuchung beantragt wurde und wenn sie der Ansicht ist, dass wegen mildernder Umstände oder eines Entschuldigungsgrunds keine Veranlassung besteht, eine höhere Strafe als eine Korrekionalstrafe zu beantragen, unter Angabe dieser mildernden Umstände oder des Entschuldigungsgrunds den Angeklagten direkt vor das Korrekionalgericht laden oder vorladen.

Die direkte Ladung oder die Vorladung durch die Staatsanwaltschaft sowie die Verweisung durch die Ratskammer oder die Anklagekammer wegen mildernder Umstände sind ausschließlich in folgenden Fällen möglich:

1. wenn die gesetzlich vorgesehene Strafe zwanzig Jahre Zuchthaus nicht übersteigt,
2. wenn es sich um ein versuchtes Verbrechen handelt, das mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe geahndet wird,

3. wenn es sich um ein Verbrechen handelt, das in Artikel 216 Absatz 2 des Strafgesetzbuches erwähnt ist,
4. wenn es sich um ein Verbrechen handelt, das in Artikel 347bis §§ 2 und 4 des Strafgesetzbuches erwähnt ist,
5. wenn es sich um ein Verbrechen handelt, das in Artikel 375 letzter Absatz des Strafgesetzbuches erwähnt ist und für das die Strafe gegebenenfalls in Anwendung von Artikel 377bis desselben Gesetzbuches erhöht werden kann,
- 5/1. wenn es sich um ein Verbrechen handelt, das in Artikel 405quater Nr. 6 des Strafgesetzbuches erwähnt ist,
6. wenn es sich um ein Verbrechen handelt, das in Artikel 408 des Strafgesetzbuches erwähnt ist,
- 6/1. wenn es sich um ein Verbrechen handelt, das in Artikel 410bis Absatz 3 Nr. 5 des Strafgesetzbuches erwähnt ist,
7. wenn es sich um ein Verbrechen handelt, das in den Artikeln 428 § 5 und 429 des Strafgesetzbuches erwähnt ist,
8. wenn es sich um ein Verbrechen handelt, das in Artikel 473 letzter Absatz des Strafgesetzbuches erwähnt ist,
9. wenn es sich um ein Verbrechen handelt, das in Artikel 474 des Strafgesetzbuches erwähnt ist,
10. wenn es sich um ein Verbrechen handelt, das in Artikel 476 des Strafgesetzbuches erwähnt ist,
11. wenn es sich um ein Verbrechen handelt, das in Artikel 477sexies des Strafgesetzbuches erwähnt ist,
12. wenn es sich um ein Verbrechen handelt, das in Artikel 513 Absatz 2 des Strafgesetzbuches erwähnt ist und für das die Strafe gegebenenfalls in Anwendung von Artikel 514bis desselben Gesetzbuches erhöht werden kann,
13. wenn es sich um ein Verbrechen handelt, das in Artikel 518 Absatz 2 des Strafgesetzbuches erwähnt ist,
14. wenn es sich um ein Verbrechen handelt, das in Artikel 530 letzter Absatz des Strafgesetzbuches erwähnt ist, das in Anwendung von Artikel 531 desselben Gesetzbuches geahndet wird und für das die Strafe gegebenenfalls in Anwendung von Artikel 532bis desselben Gesetzbuches erhöht werden kann ».

B.5.3.2. Vor seiner Abänderung durch den angefochtenen Artikel 121 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 begrenzte Artikel 2 Absatz 3 des Gesetzes vom 4. Oktober 1867 die Befugnis der Ratskammer, der Anklagekammer und der Staatsanwaltschaft zur Korrekionalisierung eines Verbrechens aufgrund mildernder Umstände durch eine erschöpfende Liste. Als allgemeine Regel galt, dass ein Verbrechen, für das im Gesetz eine Zuchthausstrafe von mehr als zwanzig Jahren vorgesehen war, nicht korrekionalisiert werden konnte. Vor der Ersetzung des vorerwähnten Artikels 2 durch Artikel 230 des Gesetzes vom 21. Dezember 2009 « zur Reform des Assisenhofes » unterlagen die meisten Ausnahmen zu dieser Regel einer Bedingung bezüglich der Schwere der Folgen des Verbrechens für das Opfer.

Durch das Gesetz vom 21. Dezember 2009 wurde diese Bedingung abgeschafft und die erschöpfende Liste von korrekionalisierbaren Verbrechen erweitert, einerseits um den Versuch eines mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechens und andererseits um einige spezifische Verbrechen, für die im Gesetz eine Zuchthausstrafe von mehr als zwanzig Jahren vorgesehen war. Durch Artikel 21 des Gesetzes vom 27. Dezember 2012 « zur Festlegung verschiedener Bestimmungen im Bereich der Justiz » und durch Artikel 3 des Gesetzes vom 14. Januar 2013 « zur Abänderung von Artikel 405quater des Strafgesetzbuches und von Artikel 2 des Gesetzes vom 4. Oktober 1867 über die mildernden Umstände » wurde die erschöpfende Liste von korrekionalisierbaren Verbrechen zusätzlich erweitert um das Verbrechen im Sinne von Artikel 410bis Absatz 3 Nr. 5 des Strafgesetzbuches beziehungsweise das Verbrechen im Sinne von Artikel 405quater Nr. 6 des Strafgesetzbuches.

B.5.3.3. Durch den angefochtenen Artikel 121 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 wurde diese erschöpfende Liste, so wie sie in dem vorerwähnten Artikel 2 Absatz 3 des Gesetzes vom 4. Oktober 1867 festgelegt war, aufgehoben. Folglich können die Ratskammer, die Anklagekammer und die Staatsanwaltschaft fortan jedes Verbrechen korrekionalisieren, indem mildernde Umstände angenommen werden, ungeachtet der Höchstdauer der Zuchthausstrafe, die im Gesetz für dieses Verbrechen vorgesehen ist, und ungeachtet von dessen Folgen für das Opfer.

B.5.3.4. Die Untersuchungsgerichte und die Staatsanwaltschaft verfügen somit immer über die Möglichkeit, ein Verbrechen zu korrekionalisieren, indem sie mildernde Umstände annehmen, doch sind dazu nie verpflichtet. Außer der Verpflichtung, die berücksichtigten mildernden Umstände zu begründen, enthält das Gesetz vom 4. Oktober 1867 jedoch keine Kriterien.

Das Kollegium der Generalprokuratoren hat in seinem Rundschreiben Nr. 2/2016 vom 17. Februar 2016 folgende Richtlinien angenommen:

« 2. Als allgemeine Richtlinie gilt, dass die Staatsanwaltschaft vor der Anklagekammer die Verweisung einer Rechtssache an den Assisenhof nur beantragen wird, wenn sie zu diesem Zeitpunkt der Auffassung ist, dass sie die Strafe der lebenslänglichen Zuchthausstrafe beantragen wird in Ermangelung von mildernden Umständen.

Dieses Fehlen von mildernden Umständen muss im schriftlichen Antrag vor der Anklagekammer begründet werden und kann folglich aus der Beschaffenheit der eigentlichen Taten, dem Kontext, in dem sie begangen wurden, oder aus Umständen im Zusammenhang mit der Persönlichkeit des Angeklagten hervorgehen.

3. Selbstverständlich müssen bei der Beurteilung mehrerer Angeklagter im Sinne der Artikel 66 bis 69 des Strafgesetzbuches alle Angeklagten an den Assisenhof verwiesen werden, angesichts des Zusammenhangs, ungeachtet dessen, ob bei einer oder mehreren Personen mildernde Umstände geltend gemacht werden können.

4. Bei der Beurteilung der Frage, ob beantragt werden wird, eine Rechtssache an den Assisenhof zu verweisen, ist die Abwägung vorheriger Taten und/oder vorheriger Verurteilungen ein Kriterium, das berücksichtigt werden muss.

Das Bestehen einer Vorgeschichte (welche Straftaten, Anzahl Straftaten, in welchem Lebenszeitraum des Täters, usw.) kann nämlich einen Hinweis für die ausgesprochen kriminelle Persönlichkeit des Täters darstellen.

Die Auflistung der Anzahl Verurteilungen reicht jedoch an sich nicht als entscheidendes Kriterium, um die Verweisung an den Assisenhof zu beantragen.

5. Diese Richtlinie ist eine Unterstützung und eine Beurteilungsnorm für den einzelnen Magistrat, der abwägen muss, welchen Richter er befassen wird, nach einer gründlichen Abwägung aller Elemente der Strafakte.

Im Anschluss daran wird der Generalprokurator in seinem Zuständigkeitsbereich, ebenso wie der föderale Prokurator in seiner Staatsanwaltschaft, einen Magistrat als Referenzmagistrat in dieser Sache bestimmen. Dieser Magistrat unterstützt und begleitet seine Kollegen im vorerwähnten Entscheidungsprozess. Der Referenzmagistrat überwacht die wichtigen Kriminalitäten im Zuständigkeitsbereich und stellt sein Fachwissen zur Verfügung bei Fragen über die Anwendung dieser Richtlinie.

Er überwacht die kohärente Anwendung dieser Richtlinie und analysiert aus diesem Blickwinkel die Rechtsprechung der Anklagekammer ».

B.5.3.5. Wenn ein Verbrechen korrekionalisiert wird, indem die Untersuchungsgerichte oder die Staatsanwaltschaft mildernde Umstände annehmen, wird davon ausgegangen, dass das Verbrechen *ab initio* ein Vergehen war (Kass., 28. Mai 1997, *Arr. Cass.*, 1997, Nr. 243; Kass., 5. Februar 2003, *Arr. Cass.*, 2003, Nr. 85).

B.5.4. Während die Möglichkeit, ein Verbrechen durch die Annahme mildernder Umstände zu korrekionalisieren, ursprünglich den Untersuchungsgerichten vorbehalten war, besteht sie seit dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 11. Juli 1994 « bezüglich der Polizeigerichte und zur Einführung einiger Bestimmungen bezüglich der Beschleunigung und der Modernisierung der Strafgerichtsbarkeit » ebenfalls für die Staatsanwaltschaft, wenn sie den Angeklagten direkt vor das erkennende Gericht lädt.

Wenn die Staatsanwaltschaft ein Verbrechen korrekionalisiert, müssen in der Ladung die mildernden Umstände angegeben werden.

B.5.5.1. Vor seiner Abänderung durch den angefochtenen Artikel 122 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 bestimmte Artikel 3 des Gesetzes vom 4. Oktober 1867:

« Das Korrekionalgericht, an das der Beschuldigte verwiesen wird, kann sich bezüglich der mildernden Umstände oder des Entschuldigungsgrunds nicht für unzuständig erklären.

Es kann sich bezüglich der mildernden Umstände oder des Entschuldigungsgrunds jedoch für unzuständig erklären, wenn es in Anwendung von Artikel 2 Absatz 2 angerufen worden ist.

Es kann sich für zuständig erklären, indem es die mildernden Umstände oder den Entschuldigungsgrund annimmt, sofern es feststellt, dass das Verbrechen, für das es angerufen wurde, nicht korrekionalisiert worden ist und kraft Artikel 2 Absatz 3 für eine Korrekionalisierung in Betracht kommt ».

Durch den angefochtenen Artikel 122 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 wurden in Artikel 3 Absatz 3 des Gesetzes vom 4. Oktober 1867 die Wörter « und kraft Artikel 2 Absatz 3 für eine Korrekionalisierung in Betracht kommt » aufgehoben, da Artikel 2 Absatz 3, auf den verwiesen wird, durch den angefochtenen Artikel 121 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 aufgehoben wurde.

B.5.5.2. Aufgrund von Artikel 3 Absatz 1 des Gesetzes vom 4. Oktober 1867 kann das Korrekionalgericht, an das ein Verbrechen unter Annahme von mildernden Umständen verwiesen wurde, sich bezüglich dieser mildernden Umstände nicht für unzuständig erklären, wenn die Verweisung durch die Ratskammer oder durch die Anklagekammer beschlossen wird. Folglich sind die durch die Ratskammer oder die Anklagekammer ordnungsgemäß angenommenen mildernden Umstände verbindlich für das erkennende Gericht, das deren Bestehen nicht ablehnen darf. Auf diese Weise entscheiden die Untersuchungsgerichte im Vorhinein darüber, dass das erkennende Gericht, wenn es die Taten für erwiesen erklärt, mildernde Umstände berücksichtigen muss für das Strafmaß.

Aufgrund von Artikel 3 Absatz 2 des Gesetzes vom 4. Oktober 1867 kann das Korrekionalgericht, vor das die mutmaßlichen Täter eines Verbrechens mit Annahme von mildernden Umständen geladen wurden, sich hingegen bezüglich dieser mildernden Umstände für unzuständig erklären, wenn die Sache bei dem Gericht anhängig gemacht wurde infolge einer direkten Ladung durch die Staatsanwaltschaft. Die Bestimmung von mildernden Umständen durch die Staatsanwaltschaft ist folglich nicht bindend für das Korrekionalgericht. Wenn es sich für zuständig erklärt, ist es jedoch verpflichtet, die durch die Staatsanwaltschaft angeführten mildernden Umstände zu berücksichtigen.

B.5.6. Artikel 4 des Gesetzes vom 4. Oktober 1867, der nicht durch das angefochtene Gesetz vom 5. Februar 2016 abgeändert wurde, bestimmt:

« Sofern die zur Last gelegte Tat mit einer Gefängnisstrafe oder einer Geldbuße geahndet werden kann und die Ratskammer auf den Bericht des Untersuchungsrichters oder den Antrag der Staatsanwaltschaft hin der Ansicht ist, dass die Strafen auf das Maß von Polizeistrafen verringert werden sollten, kann sie den Beschuldigten unter Angabe der mildernden Umstände an das zuständige Polizeigericht verweisen.

Desgleichen kann die Staatsanwaltschaft, falls keine gerichtliche Untersuchung beantragt wurde, den Angeklagten unmittelbar vor das zuständige Polizeigericht laden oder vorladen, dies unter Angabe der mildernden Umstände, wenn sie der Ansicht ist, dass wegen dieser mildernden Umstände keine Veranlassung besteht, eine höhere Strafe als eine Polizeistrafe zu beantragen ».

Vor seiner Abänderung durch den angefochtenen Artikel 123 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 bestimmte Artikel 5 des Gesetzes vom 4. Oktober 1867:

« Das Polizeigericht, an das der Angeklagte verwiesen wird, kann sich bezüglich der mildernden Umstände nicht für unzuständig erklären und es kann die Polizeistrafen verkünden.

Es kann sich bezüglich der mildernden Umstände jedoch für unzuständig erklären, wenn es in Anwendung von Artikel 4 Absatz 2 angerufen worden ist.

Es kann sich für zuständig erklären, indem es die mildernden Umstände annimmt, die die Ratskammer, die Anklagekammer oder die Staatsanwaltschaft bei der Befassung mit der in Artikel 4 Absatz 1 beschriebenen Tat zu vermerken versäumt haben ».

Durch den angefochtenen Artikel 123 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 wurde Absatz 2 von Artikel 5 des Gesetzes vom 4. Oktober 1867 aufgehoben. Infolge dieser Aufhebung kann das Polizeigericht seine Zuständigkeit hinsichtlich der mildernden Umstände nie ablehnen, ungeachtet dessen, ob es sich um eine Verweisung durch die Ratskammer oder um eine direkte Ladung durch die Staatsanwaltschaft handelt.

B.6.1. Die angefochtenen Artikel 6, 121 und 122 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 hängen untrennbar zusammen, da sie alle bezwecken, in Übereinstimmung mit den früheren Reformen zum gleichen Zweck die Korrekionalisierung von möglichst vielen Verbrechen zu ermöglichen und somit deren Behandlung dem Assisenhof zu entziehen zum Vorteil der Korrekionalgerichte, die fortan viel höhere Gefängnisstrafen auferlegen können.

In den Vorarbeiten zu dem angefochtenen Gesetz wurde das Ziel der verallgemeinerten Korrekionalisierbarkeit (Artikel 121 des Gesetzes vom 5. Februar 2016) wie folgt begründet:

« Im Laufe der aufeinander folgenden Reformen wurde die Möglichkeit zur Korrekionalisierung von Verbrechen erheblich erweitert, sodass die Korrekionalgerichte nunmehr über die meisten Kriminal­sachen befinden können.

Die Beibehaltung von Kategorien für nicht korrekionalisierbare Verbrechen hat keine Daseinsberechtigung mehr.

Das Assisenverfahren ist extrem schwerfällig.

In Falle der Nichtigerklärung der Entscheidung - wofür die Gefahr viel größer als bei den Entscheiden von Berufsmagistraten - muss das Verfahren vor einem Assisenhof wieder aufgenommen werden.

Der Assisenhof ist derart überlastet, dass Angeklagte in Untersuchungshaft erneut freigelassen werden müssen in Erwartung ihrer Beurteilung, wenn die Verhandlung nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach dem Entscheid über die Verhaftung eröffnet werden kann.

Die zunehmende Komplexität - ungeachtet von der Einstufung der Taten - bestimmter Akten, der Untersuchungstechniken und der Gesetzgebung, die Verpflichtung zur Begründung der Entscheidung (vor allem mit Unterstützung durch den Gerichtshof), der zu hohe Arbeitsaufwand, den dieses Verfahren für die Magistrate bedeutet, die Desorganisation der Kammern der Appellationshöfe und der Korrekionalgerichte durch den zeitweiligen Einsatz von Richtern bei diesem nicht ständigen Gericht, die Gefahr der Bedrohung von Geschworenen oder des Drucks auf sie, usw. haben den Hohen Justizrat, der paritätisch aus Magistraten und Nichtmagistraten zusammengesetzt ist, veranlasst, sich in seiner Stellungnahme vom 28. Januar 2009 für eine Abschaffung dieses Gerichts auszusprechen [...].

Die Korpschefs der Richterschaft und der Staatsanwaltschaft haben sich ebenfalls in diesem Sinne ausgesprochen [...].

Eine solche Reform wird hier nicht vorgeschlagen. Dies würde nämlich die Revision von Artikel 150 der Verfassung erfordern.

[...]

Fazit: Die Verantwortung, von Fall zu Fall zu beurteilen, welche Rechtssachen am besten durch den Assisenhof oder durch die Korrekionalgerichte beurteilt werden, muss der Beurteilung durch die Staatsanwaltschaft und die Untersuchungsgerichte sowie - gemäß dem Gutachten des Staatsrats - dem Tatsachenrichter (im Fall einer direkten Ladung durch die Staatsanwaltschaft) überlassen werden.

[...]

Wie bereits vorstehend erwähnt wurde, bezweckt der Entwurf keineswegs die systematische und blinde Korrekionalisierung aller Straftaten und die heimliche Aushöhlung des Assisenhofes.

Das Assisenverfahren bleibt nämlich anwendbar auf Straftaten, die dafür tatsächlich in Frage zu kommen scheinen. Es wird in diesem Entwurf sogar verbessert.

Die Staatsanwaltschaft kann in einem Rundschreiben Kriterien festlegen, die den Magistraten der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit bieten, die Rechtssachen zu bestimmen, deren Verweisung an den Assisenhof beantragt werden muss, insbesondere, um die Einheitlichkeit der Vorgehensweisen in den verschiedenen Bezirken des Königreichs zu gewährleisten. Falls dieses Rundschreiben aufgrund von Artikel 143bis des Gerichtsgesetzbuches herausgegeben wird, kann der erforderliche Konsens geeignet sein, einen ausgewogenen Standpunkt zu gewährleisten » (*Parl. Dok., Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, SS. 112-115*).

Das Ziel der Erhöhung der Strafen für korrekionalisierte Verbrechen (Artikel 6 des Gesetzes vom 5. Februar 2016) wurde dargestellt als eine notwendige Folge der verallgemeinerten Korrekionalisierbarkeit von Verbrechen. In den Vorarbeiten zu dem angefochtenen Gesetz ist in diesem Zusammenhang Folgendes zu lesen:

« Diese Änderungen ergeben sich aus der Verallgemeinerung der ' Korrekionalisierbarkeit ' der Verbrechen (vgl. Kapitel 2 von Titel III dieses Entwurfs in Bezug auf Artikel 2 des Gesetzes vom 4. Oktober 1867 über die mildernden Umstände).

Die Möglichkeit, alle Verbrechen - einschließlich der schwersten - zu korrekionalisieren, die durch diesen Entwurf eingeführt werden soll, erfordert es, die Obergrenze der Gefängnisstrafe festzulegen für den Fall der Korrekionalisierung der mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechen (z.B. Mord). Es wird vorgeschlagen, diese Obergrenze auf vierzig Jahre festzulegen.

Die Obergrenze der Gefängnisstrafe im Falle der Korrekionalisierung von mit Zuchthausstrafe von zwanzig bis zu dreißig Jahren bedrohten Verbrechen muss ebenfalls angepasst werden, da bisher ein Teil davon korrekionalisierbar war. Totschlag wurde beispielsweise als zu schwerwiegend erachtet, um korrekionalisiert werden zu können. Es wird vorgeschlagen, diese Obergrenze von zwanzig auf achtundzwanzig Jahre zu erhöhen. Der Staatsrat drückt in seinem Gutachten (Nr. 21) in der Tat die Befürchtung aus, dass der geringe Unterschied (2 Jahre) in der Dauer der Höchststrafe der Freiheitsentziehung, die vor und nach der Korrekionalisierung vorgesehen ist, dazu führen wird, dass die mildernden Umstände unsachgemäß berücksichtigt werden. In diesem Zusammenhang muss diese Befürchtung berücksichtigt werden, indem auf die Tragweite der Verpflichtung zur Begründung dieser Entscheidung hingewiesen wird (vgl. nachstehend, Erörterung der vorgeschlagenen Abänderung von Artikel 2 des Gesetzes vom 4. Oktober 1867).

Die Obergrenze der Gefängnisstrafe im Falle der Korrekionalisierung eines mit der (neuen) Zuchthausstrafe oder Haftstrafe von dreißig bis zu vierzig Jahren bedrohten Verbrechens wird auf achtunddreißig Jahren erhöht.

[...]

Folglich können die Korrekionalgerichte fortan Gefängnisstrafen bis vierzig Jahre aussprechen, statt 20 Jahre, wie es bisher der Fall ist.

Der doppelte Rechtszug - dessen Fehlen bei Assisenverfahren oft bemängelt wird, aber schwer mit dem System des Geschworenengerichtes vereinbar zu sein scheint - und der Umstand, dass die Korrekionalkammern kollegial tagen, in jedem Fall am Appellationshof, scheinen diesbezüglich ausreichende Garantien zu bieten » (*Parl. Dok., Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, SS. 5-6*).

B.6.2. Wie die Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates angemerkt hat, wird somit der Begriff « mildernde Umstände » denaturiert, da dieser Begriff vornehmlich verwendet wird, um das Gericht zu bestimmen, das zuständig ist, über eine Kriminalsache zu befinden, statt um das Strafmaß zu individualisieren:

« Dies verhindert jedoch nicht, dass in der Rechtslehre zu Recht Kritik an der Weise, auf die die Korrekionalisierung in der Praxis angewandt wird, geäußert wurde. Diese Kritik läuft darauf hinaus, dass eine Technik, die dazu dienen sollte, bei ' mildernden Umständen ' eine angepasste Bestrafung vorzusehen, vor allem, wenn nicht gar ausschließlich, angewandt wird, um die Straftat zu ' denaturieren ' und somit den Assisenhof auszuschließen. Die Kritiker verweisen dabei auf die systematische Anwendung der Korrekionalisierung. In allen oder fast allen Fällen, die gemäß dem Gesetz korrekionalisierbar sind, wird auch tatsächlich korrekionalisiert. Dies ist unter anderem die Folge des Umstandes, dass ein sehr breites Spektrum von Umständen im Zusammenhang mit der Person des Täters, wie die Umstände, die sich auf die begangenen Verbrechen beziehen, als ' mildernde Umstände ' berücksichtigt werden und dass die Untersuchungsgerichte diesbezüglich souverän urteilen, ohne Kontrolle durch den Kassationshof. Die Kritiker verweisen darauf, dass mildernde Umstände eigentlich nicht durch die Untersuchungsgerichte vor dem Strafverfahren festgestellt werden dürfen, sondern durch den Strafrichter, der zunächst über die Schuld und sodann über das Strafmaß urteilt und dabei gegebenenfalls mildernde Umstände berücksichtigt. Sie bemängeln auch die mangelhafte Begründung der Entscheidung zur Korrekionalisierung. Obwohl im Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben wird, dass die Ratskammer oder die Anklagekammer nur ' durch einen mit Gründen versehenen Beschluss ' den Beschuldigten an das Korrekionalgericht verweisen kann, bleibt die Begründung oft auf Stilformen beschränkt. Diese Feststellungen führen zu der Einschätzung, dass die Korrekionalisierung ein ' Quasi-Automatismus ' und eine ' künstliche Konstruktion ' ist, dass sie eine übermäßige und künstliche Beschaffenheit hat, dass sie kaum noch mit einer angemessenen Individualisierung des Strafmaßes wegen mildernder Umstände zu tun hat, jedoch alles mit dem angestrebten Nebeneffekt: die Vermeidung des Assisenhofes. Daher wird befürwortet, diesem ' Missbrauch ' einer Technik, die bereits 1867 als eine vorläufige Regelung vorgeschlagen wurde, ein Ende zu bereiten, und entweder Artikel 150 der Verfassung zu revidieren oder die Basiskriterien der Einteilung der Straftaten in Artikel 1 des Strafgesetzbuches abzuändern und nur noch eine begrenzte Anzahl von Straftaten als ' Verbrechen ' einzustufen, für die der Assisenhof zuständig ist » (*Parl. Dok., Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, S. 269*).

B.7. Die klagenden Parteien führen an, dass die angefochtenen Bestimmungen nicht vereinbar seien mit den Artikeln 10, 11, 12, 13, 14, 23 und 150 der Verfassung in Verbindung mit den Artikeln 6, 7 und 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention, mit den Artikeln 14, 15 und 25 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, mit dem Grundsatz der ordnungsmäßigen Gesetzgebung, mit dem Grundsatz der Angemessenheit, mit dem Legalitätsprinzip in Strafsachen, mit dem Recht auf ein faires Verfahren und mit dem Verbot des Rechtsmissbrauchs.

Aus der Darlegung der Klagegründe geht hervor, dass sich der Gerichtshof zur Vereinbarkeit der angefochtenen Bestimmungen mit dem Recht auf Zugang zu dem durch das Gesetz bestimmten Richter zu äußern hat, da infolge der verallgemeinerten Korrekionalisierbarkeit die überwiegende Mehrzahl der Verbrechen nicht mehr durch den Assisenhof beurteilt werde, während sich aus Artikel 150 der Verfassung ergebe, dass das Geschworenengericht der

natürliche Richter für alle Kriminal­sachen sei. Der Begriff «mildernde Umstände» werde dafür unsachgemäß verwendet, da es nicht darum gehe, die Strafe zu individualisieren, sondern vielmehr darum, die Zuständigkeit der Rechtsprechungsorgane zur Beurteilung der Kriminal­sachen zu ändern. Die geringfügige Verringerung der Höchststrafe nach der Korrektionalisierung beweise im Übrigen, dass von irgendeiner Milderung der Strafe nicht die Rede sei.

Die klagenden Parteien bemängeln auch, dass die Untersuchungsgerichte und die Staatsanwaltschaft eine zu große Freiheit hätten, um das zuständige Gericht für eine als Verbrechen eingestufte Tat zu bestimmen, während dies aus dem Gesetz hervorgehen müsse. Der Angeklagte habe keine Kenntnis von den Gründen, die seiner Verweisung an das eine oder das andere Gericht zugrunde lägen. Gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Legalitätsprinzip in Strafsachen werde verstoßen, indem der Beschuldigte die Folgen seiner Handlungen nicht einschätzen könne. Wenn die Korrektionalisierung die Folge einer direkten Ladung durch die Staatsanwaltschaft sei, die selbst eine Partei im Strafverfahren sei, werde auch gegen die Waffengleichheit verstoßen.

Gegen das Recht auf ein faires Verfahren werde nach Auffassung der klagenden Parteien ebenfalls verstoßen, indem das Untersuchungsgericht, das beschließe, eine Rechtssache nicht zu korrektionalisieren, bereits das Vorurteil ausspreche, dass die schwerstmögliche Strafe auferlegt werden müsse und dass der Assisenhof keine mildernden Umstände annehmen dürfe.

Es sei auch die Rede von einer Behandlungsungleichheit zwischen Personen, die eines korrektionalisierten Verbrechens verdächtigt würden, und Personen, die eines konventionellisierten Vergehens verdächtigt würden, da der Angeklagte vor dem Polizeigericht zu einer Gefängnisstrafe von höchstens sieben Tagen verurteilt werden könne, während das Korrektionalgericht Gefängnisstrafen aussprechen könne, die weit über fünf Jahre hinausgingen.

Es werde auch gegen den Grundsatz der Gleichheit und Nichtdiskriminierung verstoßen, indem Beschuldigte, die sich in vergleichbaren oder sogar identischen Situationen befänden, ungleich behandelt würden entsprechend der subjektiven Einschätzung des betreffenden Untersuchungsgerichts oder des betreffenden Magistrats der Staatsanwaltschaft.

Da die Vermeidung der Verweisung einer großen Anzahl von Rechtssachen an das Geschworenengericht beinhalte, dass die Bürger nicht mehr am Zustandekommen der Strafrechtsprechung teilnehmen könnten, würden die angefochtenen Bestimmungen außerdem das Recht auf gesellschaftliche Entfaltung einschränken, ohne dass es dafür Gründe im Zusammenhang mit dem Allgemeininteresse gebe.

B.8.1. Artikel 13 der Verfassung bestimmt:

«Niemand darf gegen seinen Willen seinem gesetzlichen Richter entzogen werden».

Das Recht auf gerichtliches Gehör wäre inhaltslos, wenn der Richter nicht den Erfordernissen des fairen Verfahrens entsprechen würde, so wie es durch Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention, durch Artikel 14 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte und durch einen allgemeinen Rechtsgrundsatz gewährleistet wird. Folglich müssen bei einer Prüfung anhand von Artikel 13 der Verfassung diese Garantien einbezogen werden.

Artikel 150 der Verfassung bestimmt:

«Das Geschworenengericht wird für alle Kriminal­sachen sowie für politische Delikte und Pressedelikte eingesetzt, außer für Pressedelikte, denen Rassismus oder Xenophobie zugrunde liegt».

B.8.2. Artikel 12 der Verfassung, vor der Revision vom 24. Oktober 2017, bestimmte :

«Die Freiheit der Person ist gewährleistet.

Niemand darf verfolgt werden, es sei denn in den durch Gesetz bestimmten Fällen und in der dort vorgeschriebenen Form.

Außer bei Entdeckung auf frischer Tat darf jemand nur festgenommen werden aufgrund einer mit Gründen versehenen richterlichen Anordnung, die bei der Festnahme oder spätestens binnen vierundzwanzig Stunden zugestellt werden muss».

Artikel 14 der Verfassung bestimmt:

«Eine Strafe darf nur aufgrund des Gesetzes eingeführt oder angewandt werden».

Diese Verfassungsbestimmungen sind in Verbindung mit den ebenfalls angeführten Artikeln 7 der Europäischen Menschenrechtskonvention und 15 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, die ähnliche Rechte und Freiheiten gewährleisten, zu betrachten.

B.8.3. Artikel 23 der Verfassung bestimmt:

«Jeder hat das Recht, ein menschenwürdiges Leben zu führen.

Zu diesem Zweck gewährleistet das Gesetz, das Dekret oder die in Artikel 134 erwähnte Regel unter Berücksichtigung der entsprechenden Verpflichtungen die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte und bestimmt die Bedingungen für ihre Ausübung.

Diese Rechte umfassen insbesondere:

[...]

5. das Recht auf kulturelle und soziale Entfaltung;

[...]».

Artikel 25 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte bestimmt:

«Jeder Staatsbürger hat das Recht und die Möglichkeit, ohne Unterschied nach den in Artikel 2 genannten Merkmalen und ohne unangemessene Einschränkungen

a) an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten unmittelbar oder durch frei gewählte Vertreter teilzunehmen;

[...]».

B.9. Der vorstehend angeführte Artikel 13 der Verfassung gewährleistet allen Personen, die sich in der gleichen Situation befinden, das Recht, nach den gleichen Regeln hinsichtlich der Zuständigkeit und des Verfahrens beurteilt zu werden. Folglich muss ein diesbezüglicher Behandlungsunterschied vernünftig gerechtfertigt werden.

Diese Bestimmung gewährleistet gleichzeitig, dass die Zuständigkeit der Gerichte «gesetzlich» bestimmt wird und dass die Rechtsunterworfenen immer auf der Grundlage objektiver Kriterien erkennen können, welcher Richter zuständig ist, über die Streitsachen zu befinden, an denen sie beteiligt sind.

Die in Artikel 13 der Verfassung enthaltene Garantie ist umso wichtiger, wenn der zuständige Richter nicht «gesetzlich», sondern, wie im vorliegenden Fall, durch die Verfassung bestimmt wird.

B.10. Aufgrund von Artikel 150 der Verfassung müssen « alle Kriminalsachen » durch den Assisenhof behandelt werden. Da in dieser Verfassungsbestimmung der Begriff « Kriminalsachen » nicht definiert wird, verfügt der Gesetzgeber über eine umfassende Ermessensbefugnis, um die jeweiligen Zuständigkeiten des Assisenhofes und der Korrekionalgerichte abzugrenzen. Er kann dabei unter anderem die Art der begangenen Taten, die gesetzlich festgelegte Strafe sowie die gravierende Beschaffenheit und die Folgen der Straftat für das Opfer und für die Gesellschaft berücksichtigen.

Wie die Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates in ihrem Gutachten zum Vorentwurf des angefochtenen Gesetzes angemerkt hat, ist diese Ermessensbefugnis jedoch nicht unbegrenzt, da Artikel 150 der Verfassung den Gesetzgeber verpflichtet, mindestens die schwerwiegendsten Straftaten dem Geschworenengericht vorzubehalten (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, S. 266).

B.11.1. Die angefochtenen Artikel 6 und 121 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 haben zur Folge, dass alle Verbrechen fortan korrekionalisiert werden können, selbst wenn sie mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht werden, wobei die Korrekionalgerichte für solche korrekionalisierten Verbrechen fortan Gefängnisstrafen bis vierzig Jahre aussprechen können.

B.11.2. Wie in B.4.2 angeführt wurde, ist die maximale Gefängnisstrafe, die die Korrekionalgerichte für korrekionalisierte Verbrechen aussprechen können, systematisch erhöht worden. Während sie aufgrund der Artikel 1 und 25 Absatz 1 des Strafgesetzbuches für ein Vergehen grundsätzlich immer noch eine Gefängnisstrafe von höchstens fünf Jahren aussprechen können, konnten sie für ein korrekionalisiertes Verbrechen seit dem Gesetz vom 1. Februar 1977 eine Gefängnisstrafe von höchstens zehn Jahren und seit dem Gesetz vom 21. Dezember 2009 eine Gefängnisstrafe von höchstens zwanzig Jahren auferlegen. Durch den angefochtenen Artikel 6 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 wurde diese Obergrenze erneut verdoppelt. Nunmehr beträgt die Höchststrafe, die die Korrekionalgerichte für ein korrekionalisiertes Verbrechen auferlegen können, also das Achtfache des Strafmaßes, das sie für ein Vergehen auferlegen können.

B.11.3. Indem durch den angefochtenen Artikel 121 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 die erschöpfende Liste der korrekionalisierbaren Verbrechen aufgehoben wurde, wird für die Entscheidung zur Korrekionalisierung, außer wenn mildernde Umstände vorliegen, keinerlei materielles Kriterium mehr vorgeschrieben. Zuvor enthielt die erschöpfende Liste hingegen den Grundsatz, dass ein Verbrechen, für das im Gesetz eine Zuchthausstrafe von mehr als zwanzig Jahren vorgesehen war, nicht korrekionalisiert werden konnte, und schrieb der Gesetzgeber für die Korrekionalisierung bestimmter Verbrechen, für die im Gesetz wohl eine Zuchthausstrafe von mehr als zwanzig Jahren vorgesehen war, Kriterien in Bezug auf die Schwere und die Folgen des Verbrechens für das Opfer und bezüglich des Umstandes, dass das Verbrechen nicht vollzogen war, vor.

B.11.4. Seit dem Inkrafttreten der angefochtenen Artikel 6 und 121 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 ist es also nicht mehr so, dass im Gesetz die Beurteilung der schwersten Verbrechen dem Rechtsprechungsorgan vorbehalten wird, das in Artikel 150 der Verfassung für diejenigen bestimmt wird, die wegen solcher Verbrechen verfolgt werden. Jedes Verbrechen kann nämlich dem Korrekionalgericht oder dem Assisenhof unterbreitet werden, entsprechend einer Entscheidung, die durch die Untersuchungsgerichte oder durch die Staatsanwaltschaft getroffen wird. Die beiden Rechtsprechungsorgane unterscheiden sich nämlich wesentlich, unter anderem hinsichtlich des Aufrufs von Zeugen, der Beurteilung der Schuldfrage und der Möglichkeit, Berufung einzulegen.

Der Umstand, dass ein korrekionalisiertes Verbrechen infolge einer solchen Verweisung ein Vergehen darstellt, ändert nichts an dieser Feststellung.

B.12. Mit der verallgemeinerten Korrekionalisierbarkeit von Verbrechen und mit der Erhöhung des Strafmaßes, das durch die Korrekionalgerichte ausgesprochen werden kann, verfolgt der Gesetzgeber die in B.6.1 angeführten Ziele.

Obwohl durch die angefochtenen Bestimmungen hauptsächlich die Regelung in Bezug auf mildernde Umstände reformiert wird, betreffen diese Ziele nicht die Politik in Bezug auf die Individualisierung der Strafe entsprechend den Merkmalen der Straftat oder des Täters, sondern die Politik in Bezug auf die Zuständigkeit der Rechtsprechungsorgane insbesondere den Umstand, dass Rechtssachen dem Assisenhof entzogen werden. Die Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates bemerkte diesbezüglich:

« Um die Verallgemeinerung der Korrekionalisierbarkeit von Verbrechen zu rechtfertigen, werden in der Begründung keine Argumente angeführt, die mit einer angemessenen Bestrafung in Falle mildernder Umstände zusammenhängen, sondern ausschließlich Argumente gegen den Assisenhof: zu schwerfälliges und zu teures Verfahren, Überlastung des Assisenhofes mit Folgen für die Untersuchungshaft, die Komplexität bestimmter Akten, die Begründungspflicht, der übermäßige Arbeitsaufwand für die Magistrate, die Desorganisation der Berufungskammern und der Korrekionalgerichte durch den zeitweiligen Einsatz von Magistraten bei diesem nicht ständigen Gericht, das Risiko von Bedrohungen für die Geschworenen oder Druck auf sie, und so weiter.

Der Staatsrat möchte sich nicht zu diesen Gründen äußern, jedoch darauf hinweisen, dass sie eigentlich in einen Vorschlag entweder zur Revision von Artikel 150 der Verfassung oder zur Abänderung der Bestimmungen des Strafgesetzbuches gehören, mit denen die Straftaten in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen eingeteilt werden, anhand von Strafen, die im Gesetz für jede dieser Kategorien festgelegt sind » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, SS. 279-280).

B.13. Die angefochtenen Bestimmungen können zur Folge haben, dass alle Verbrechen dem Richter, der in der Verfassung bestimmt ist, entzogen werden. So hat der Präsident des Kollegiums der Gerichtshöfe und Gerichte während der Vorarbeiten angeführt, dass das Kollegium die verallgemeinerte Korrekionalisierbarkeit von Verbrechen befürwortete, « die praktisch die vollständige Abschaffung des Assisenverfahrens zur Folge haben wird » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/005, S. 182).

Diese Folge geht ebenfalls aus dem in B.5.3.4 angeführten Rundschreiben des Kollegiums der Generalprokuratoren hervor, in dem empfohlen wird, dass die Staatsanwaltschaft die Verweisung einer Rechtssache an den Assisenhof nur noch beantragen kann, wenn sie zu diesem Zeitpunkt der Auffassung ist, dass sie die lebenslängliche Zuchthausstrafe in Ermangelung von mildernden Umständen beantragen wird. Folglich wird die Staatsanwaltschaft die Verweisung an den Assisenhof nicht mehr für die Verbrechen beantragen, für die im Gesetz keine lebenslängliche Zuchthausstrafe festgelegt ist, und wird sie selbst für die Verbrechen, für die im Gesetz eine lebenslängliche Zuchthausstrafe festgelegt ist, grundsätzlich die Korrekionalisierung beantragen, außer wenn keine mildernden Umstände vorliegen.

Indem überdies präzisiert wird, dass dieses Fehlen von mildernden Umständen im schriftliche Antrag vor der Anklagekammer begründet werden muss, wird in diesem Rundschreiben vorgeschrieben, dass die Staatsanwaltschaft die Fälle begründet, in denen sie ein Verbrechen wohl durch den verfassungsmäßig zuständigen Richter beurteilen lassen möchte.

B.14.1. Die angefochtenen Bestimmungen enthalten für die Untersuchungsgerichte und die Staatsanwaltschaft keine Kriterien, um zu bestimmen, welche Rechtssachen gegebenenfalls zu korrekionalisieren sind. Aus den in B.6.1 angeführten Vorarbeiten geht hervor, dass dieses Fehlen von Kriterien ausdrücklich vom Gesetzgeber gewollt war.

Somit verfügen die Untersuchungsgerichte und die Staatsanwaltschaft nur über das Kriterium der mildernden Umstände, um festzulegen, ob ein Verbrechen durch den Assisenhof oder durch das Korrekionalgericht beurteilt wird.

B.14.2. Das Kriterium der mildernden Umstände wurde auch vor dem Inkrafttreten der angefochtenen Bestimmungen angewandt, um dem Assisenhof Rechtssachen zu entziehen. Das Korrekionalgericht musste damals nach der Korrekionalisierung immer eine geringere Freiheitsstrafe aussprechen als diejenige, die dem Angeklagten vor dem Assisenhof drohte.

Nunmehr können die Korrekionalgerichte jedoch, wie in B.4.3 angeführt wurde, für die schwersten Kategorien von Straftaten Gefängnisstrafen aussprechen, die kaum niedriger sind als die Höchstdauer der Zuchthausstrafe, die dem Angeklagten vor dem Assisenhof droht.

Da die Höchstdauer der durch die Korrekionalgerichte auferlegten Gefängnisstrafe für die drei schwersten Kategorien von korrekionalisierten Verbrechen höher ist als die Mindestdauer der Zuchthausstrafe, die durch den Assisenhof auferlegt werden kann, ist im Übrigen nicht gewährleistet, dass die Korrekionalisierung hinsichtlich des Strafmaßes zum Vorteil der betroffenen Person ist.

Somit wird der Begriff « mildernde Umstände » denaturiert, indem er hauptsächlich angewandt wird, um die Zuständigkeit der Gerichte zu bestimmen, während die Korrekionalisierung kaum Folgen für die Dauer der Freiheitsstrafe hat.

B.14.3. Die angefochtene Regelung gewährleistet also nicht, dass Personen, die sich in der gleichen Situation befinden, nach denselben Regeln in Bezug auf die Zuständigkeit und das Verfahren beurteilt werden. Diesbezüglich hat der Hohe Justizrat in einer von Amts wegen erfolgten Stellungnahme vom 29. Juni 2015 Folgendes angemerkt:

« Was die geplanten Maßnahmen betrifft, ist der HJR hauptsächlich besorgt darüber, dass im Gesetzesvorentwurf jegliches Kriterium fehlt, anhand dessen die Verbrechen bestimmt werden können, die in der Praxis durch die Staatsanwaltschaft oder die Anklagekammer korrekionalisiert werden, und die Verbrechen, die nicht korrekionalisiert werden. Trotz des Bestehens eines möglichen Rundschreibens des Kollegiums der Generalprokuratoren wird dieses Fehlen von objektiven Kriterien nach Auffassung des HJR zu großen Behandlungsunterschieden bei den Rechtsuchenden führen, unter anderem entsprechend der Strafpolitik des Bezirks, in dem Verfolgungen und andere subjektive Kriterien angewandt werden, was nicht annehmbar ist. Beispielsweise ist es möglich, dass es in Zukunft mehr Korrekionalisierungen im Gerichtsbezirk Brüssel geben wird als anderswo angesichts der Warteliste für die Organisation von Verhandlungen des Assisenhofes in diesem Bezirk (diese Feststellung ist im Übrigen umso zutreffender mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform des Gerichtswesens im Jahr 2017 und der Verpflichtung für die Gerichte, ihren Funktionshaushalt eigenständig zu verwalten).

Der HJR ist der Auffassung, dass diese mögliche Diskriminierung zwischen Rechtsuchenden umso unannehbarer ist, als in einem Falle (bei einer Korrekionalisierung) Berufung gegen die zur Sache ergangene Entscheidung eingelegt werden kann, während in einem anderen Fall (bei einer Verweisung an den Assisenhof) die durch den Assisenhof zur Sache getroffene Entscheidung in letzter Instanz ergeht und dagegen keine Berufung eingelegt werden kann (mit Ausnahme einer Kassationsbeschwerde) » (HJR, Stellungnahme von Amts wegen über den Gesetzesvorentwurf zur Abänderung des Strafrechts und des Strafverfahrens, 29. Juni 2015, *www.hrj.be*, S. 10).

Im Gegensatz zu dem, was der Ministerrat anführt, wird diese ungleiche Behandlung nicht durch die in Artikel 151 § 1 der Verfassung erwähnte Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft in der Durchführung individueller Ermittlungen und Verfolgungen gerechtfertigt. Diese Unabhängigkeit in der Strafrechtspolitik gilt im Übrigen nur für die Staatsanwaltschaft und nicht für die Untersuchungsgerichte. Aus den durch den Minister der Justiz in den Vorarbeiten mitgeteilten Zahlen geht im Übrigen hervor, dass die überwiegende Mehrheit der Entscheidungen zur Korrekionalisierung durch die Untersuchungsgerichte getroffen werden (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/005, S. 2).

B.15.1. Der einzige Klagegrund in den Rechtssachen Nrn. 6492 und 6495, der erste und der dritte Teil des dritten Klagegrunds in der Rechtssache Nr. 6496 und der sechste Klagegrund in der Rechtssache Nr. 6497 sind begründet. Folglich sind die Artikel 6 und 121 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 für nichtig zu erklären.

B.15.2. Da die Artikel 15, 17 Nrn. 1 und 2, 18 Nrn. 1 und 2, 19 Nr. 2, 36, 122, 151, 155 und 170 Nr. 2 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 untrennbar mit den Artikeln 6 und 121 desselben Gesetzes zusammenhängen, sind sie ebenfalls für nichtig zu erklären.

B.16.1. Aufgrund des angefochtenen Artikels 123 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 kann das Polizeigericht seine Zuständigkeit hinsichtlich der mildernden Umstände nicht mehr ablehnen, wenn ein Vergehen aufgrund von mildernden Umständen in einer direkten Ladung durch die Staatsanwaltschaft korrekionalisiert wird. Hingegen kann das Korrekionalgericht seine Zuständigkeit hinsichtlich der mildernden Umstände aufgrund von Artikel 3 Absatz 2 des Gesetzes vom 4. Oktober 1867 immer noch ablehnen, wenn ein Verbrechen aufgrund von mildernden Umständen bei einer direkten Ladung durch die Staatsanwaltschaft korrekionalisiert wird.

B.16.2. In dem Vorentwurf zu dem angefochtenen Gesetz war in Artikel 122 ursprünglich vorgesehen, dass das Korrekionalgericht seine Zuständigkeit hinsichtlich der mildernden Umstände nicht mehr ablehnen könnte, wenn ein Verbrechen aufgrund von mildernden Umständen bei einer direkten Ladung durch die Staatsanwaltschaft korrekionalisiert wird. Diesbezüglich hat die Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates in ihrem Gutachten jedoch Folgendes bemerkt:

« 24. Ein anderer Aspekt der geplanten Regelung ist problematisch im Lichte von Artikel 150 der Verfassung. Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 11. Juli 1994 ist es aufgrund von Artikel 2 des Gesetzes vom 4. Oktober 1867 auch für die Staatsanwaltschaft möglich, falls keine gerichtliche Untersuchung beantragt wurde, den Angeklagten direkt vor das Korrekionalgericht zu laden oder aufzurufen, mit der Mitteilung der mildernden Umstände oder des Entschuldigungsgrundes, wenn sie der Auffassung ist, dass wegen mildernder Umstände oder wegen eines Entschuldigungsgrundes kein Anlass besteht, eine höhere Strafe als eine Korrekionalstrafe zu beantragen. Aufgrund von Artikel 3 Absatz 2 desselben Gesetzes kann das Korrekionalgericht, an das der Angeklagte verwiesen wurde, sich jedoch in diesem Fall für unzuständig erklären hinsichtlich der mildernden Umstände oder des Entschuldigungsgrundes.

Aufgrund der geplanten Regelung wird auch die Staatsanwaltschaft künftig alle Personen, die eines Verbrechens verdächtigt werden, mit Ausnahme der beiden im geplanten Artikel 2 Absatz 3 des Gesetzes vom 4. Oktober 1867 vorgesehenen, direkt vor das Korrekionalgericht laden können. Im Unterschied zu dem, was in der heutigen Regelung vorgesehen ist, wird das Korrekionalgericht sich dann jedoch, entsprechend der geplanten Regelung, nicht mehr für unzuständig erklären können.

25. Auch wenn es in der Praxis vielleicht nicht oft vorkommen wird, schließt die geplante Regelung nicht aus, dass das Korrekionalgericht, wenn es nach einer gründlichen Prüfung aller Elemente der Rechtssache zu der Schlussfolgerung gelangt, dass keine mildernden Umstände oder Entschuldigungsgründe angenommen werden können und dass eine Kriminalstrafe aufzuerlegen ist, die höher ist als die in seinem Bereich liegende maximale Korrekionalstrafe, sich dennoch auf die Verhängung der niedrigeren Strafe beschränken müssen. Diese Regelung bewirkt, dass die Staatsanwaltschaft verhindern kann, dass die höchsten Strafen verhängt werden - lebenslängliche Zuchthausstrafe oder lebenslängliche Haftstrafe -, die nur durch den Assisenhof auferlegt werden können. Der Annahme von mildernden Umständen durch die Staatsanwaltschaft kann nämlich das Korrekionalgericht nicht widersprechen, und sie kann ebenfalls nicht mit einem Rechtsmittel angefochten werden.

Die Regelung ist auch schwer vereinbar mit Artikel 150 der Verfassung, der es erfordert, dass die schwersten Verbrechen - für die im Gesetz eine lebenslängliche Zuchthausstrafe oder eine lebenslängliche Haftstrafe vorgesehen ist -, durch den Assisenhof beurteilt werden, außer wenn das Verbrechen durch das Gesetz als korrekionalisierbar erklärt wird und ein unabhängiges und unparteiliches Gericht - das heißt ein Untersuchungsgericht oder der Tatsachenrichter - festgestellt hat, dass mildernde Umstände oder Entschuldigungsgründe eine geringere Bestrafung rechtfertigen können » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, SS. 273-274).

Infolge dieser Kritik wurde der Gesetzesvorentwurf angepasst. Da der angefochtene Artikel 123 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 jedoch nicht angepasst wurde, führt das angefochtene Gesetz zu dem in B.16.1 angeführten Behandlungsunterschied.

B.16.3. Aufgrund von Artikel 179 des Strafprozessgesetzbuches erkennen die Korrekionalgerichte unbeschadet der Befugnisse anderer Gerichte über alle Vergehen, die mit einer Gefängnisstrafe von mehr als sieben Tagen und einer Geldbuße von mehr als fünfundzwanzig Euro geahndet werden. Aufgrund von Artikel 137 desselben Gesetzbuches erkennen die Polizeigerichte über Übertretungen.

B.16.4. Insofern die angefochtene Bestimmung es ermöglicht, dass die Staatsanwaltschaft, bloß aufgrund des Kriteriums der mildernden Umstände, dem Korrekionalgericht ein Vergehen entzieht und dieses dem Polizeigericht unterbreitet, ohne dass ein Untersuchungsgericht oder ein erkennendes Gericht eine Kontrolle darüber ausüben kann, ist sie nicht vereinbar mit Artikel 13 der Verfassung.

Da die Staatsanwaltschaft eine der Parteien im Strafverfahren ist, ist diese Möglichkeit ebenfalls nicht mit dem Recht auf Waffengleichheit vereinbar.

B.16.5. Indem die angefochtene Bestimmung die richterliche Kontrolle durch den erkennenden Richter über die Kontraaktualisierung eines Vergehens bei einer direkten Ladung durch die Staatsanwaltschaft ausschließt, während die Kontraaktualisierung bei einer direkten Ladung durch die Staatsanwaltschaft wohl der richterlichen Aufsicht durch den erkennenden Richter unterliegt, ist sie nicht vereinbar mit den Artikeln 10 und 11 der Verfassung.

B.16.6. Der zweite Teil des dritten Klagegrunds in der Rechtssache Nr. 6496 ist begründet. Folglich ist Artikel 123 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 für nichtig zu erklären.

B.17. Um Rechtsunsicherheit zu vermeiden, sind in Anwendung von Artikel 8 Absatz 3 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 über den Verfassungsgerichtshof die Folgen der für nichtig erklärten Bestimmungen aufrechtzuerhalten, so wie es im Tenor angegeben ist.

Die Mini-Untersuchung

B.18. Die klagenden Parteien in den Rechtssachen Nrn. 6494, 6496 und 6497 beantragen die Nichtigerklärung von Artikel 63 des Gesetzes vom 5. Februar 2016. Sie führen an, dass diese Bestimmung nicht vereinbar sei mit den Artikeln 10, 11, 15, 16 und 22 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit den Artikeln 6 und 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention und mit Artikel 14 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte.

B.19.1. Der angefochtene Artikel 63 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 bestimmt:

« Artikel 28septies [des Strafprozessgesetzbuches], eingefügt durch das Gesetz vom 12. März 1998 und ersetzt durch das Gesetz vom 27. Dezember 2005, wird wie folgt abgeändert:

1. Die Wörter ' der gerichtlichen Untersuchungshandlungen, wie sie in den Artikeln 56bis Absatz 2 und 89ter vorgesehen sind, sowie der Haussuchung, ' werden durch die Wörter ' und der gerichtlichen Untersuchungshandlungen, wie sie in den Artikeln 56bis Absatz 2 und 89ter vorgesehen sind, ' ersetzt.

2. Der Artikel wird durch einen Absatz mit folgendem Wortlaut ergänzt:

' Bei erneutem Ersuchen auf der Grundlage von Absatz 1 in ein und derselben Akte wird damit derselbe Untersuchungsrichter befasst, wenn er noch im Amt ist. ' ».

Der somit abgeänderte Artikel 28septies des Strafprozessgesetzbuches bestimmt:

« Der Prokurator des Königs kann den Untersuchungsrichter ersuchen, eine gerichtliche Untersuchungshandlung vorzunehmen, für die allein der Untersuchungsrichter zuständig ist, mit Ausnahme des Haftbefehls, wie er in Artikel 16 des Gesetzes vom 20. Juli 1990 über die Untersuchungshaft vorgesehen ist, der völlig anonymen Zeugenaussage, wie sie in Artikel 86bis vorgesehen ist, der Überwachungsmaßnahme, wie sie in Artikel 90ter vorgesehen ist, und der gerichtlichen Untersuchungshandlungen, wie sie in den Artikeln 56bis Absatz 2 und 89ter vorgesehen sind, ohne dass eine gerichtliche Untersuchung eingeleitet wird. Nach Verrichtung der vom Untersuchungsrichter vorzunehmenden gerichtlichen Untersuchungshandlung entscheidet dieser, ob er die Akte an den Prokurator des Königs zurücksendet, der für die Fortsetzung der Ermittlung verantwortlich ist, oder ob er dagegen selber die Untersuchung fortsetzt, in welchem Fall gemäß den Bestimmungen von Kapitel VI des vorliegenden Buches vorgegangen wird. Gegen diese Entscheidung kann kein Rechtsmittel eingelegt werden.

Bei erneutem Ersuchen auf der Grundlage von Absatz 1 in ein und derselben Akte wird damit derselbe Untersuchungsrichter befasst, wenn er noch im Amt ist ».

B.19.2. Da die Beschwerdegründe der klagenden Parteien nur gegen Artikel 63 Nr. 1 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 gerichtet sind, mit dem der Anwendungsbereich der so genannten « Mini-Untersuchung » im Sinne von Artikel 28septies des Strafprozessgesetzbuches auf die Haussuchung ausgedehnt wird, begrenzt der Gerichtshof seine Prüfung auf diese Bestimmung.

B.20.1. Artikel 28septies des Strafprozessgesetzbuches, der durch das Gesetz vom 12. März 1998 zur Verbesserung des Strafverfahrens im Stadium der Ermittlung und der gerichtlichen Untersuchung eingefügt wurde, bestimmt, dass der Prokurator des Königs den Untersuchungsrichter ersuchen kann, eine gerichtliche Untersuchungshandlung vorzunehmen, für die allein der Untersuchungsrichter zuständig ist, ohne dass eine gerichtliche Untersuchung eingeleitet wird. Dieses Verfahren, das als « Mini-Untersuchung » bezeichnet wird, ist eine Ausnahme zum Grundsatz, dass Ermittlungshandlungen weder Zwangsmaßnahmen umfassen noch die individuellen Rechte und Freiheiten beeinträchtigen dürfen (Artikel 28bis § 3 Absatz 1 des Strafprozessgesetzbuches), sodass eine solche Untersuchungshandlung grundsätzlich nur im Rahmen einer gerichtlichen Untersuchung durchgeführt werden kann.

Mit der Einführung der Mini-Untersuchung durch das Gesetz vom 12. März 1998 wollte der Gesetzgeber « einerseits den Untersuchungsrichter von relativ einfachen oder geringfügigen Strafsachen entlasten, damit er sich vor allem komplexen Rechtssachen widmen kann, und andererseits das mit einer gerichtlichen Untersuchung einhergehende relativ schwerfällige Verfahren (Verfahrensregelung, Beschluss der Ratskammer, Berufung bei der Anklagekammer, usw.) für diese einfachen Strafsachen vermeiden, damit die Staatsanwaltschaft gegebenenfalls direkt vorladen oder das Verfahren einstellen kann » (*Parl. Dok.*, Kammer, 1996-1997, Nr. 857/1, SS. 37 und 38).

Der Gesetzgeber war bemüht, « ausreichende Garantien zu bieten, damit die gerichtliche Untersuchung nicht jeglichen Sinn verliert oder gewisse Grundrechte nicht gefährdet werden » (ebenda, S. 38). Aus diesen Grund wurden bestimmte Untersuchungshandlungen, nämlich die Haussuchung, der Haftbefehl sowie das Abhören und Aufzeichnen von Privatkommunikation und -telekommunikation, aus dem Anwendungsbereich der Mini-Untersuchung ausgeschlossen. Außerdem wurde ein Evokationsrecht für den Untersuchungsrichter vorgesehen, der nach der Ausführung der beantragten Untersuchungshandlung beschließen kann, die gesamte Untersuchung selbst weiterzuführen. Gegen diese Entscheidung des Untersuchungsrichters zur etwaigen Evokation gibt es kein Rechtsmittel.

B.20.2. Durch das Gesetz vom 8. April 2002 über die Anonymität der Zeugen wurde die « vollständig anonyme Zeugenaussage » in Artikel 28septies des Strafprozessgesetzbuches den Untersuchungshandlungen hinzugefügt, die vom Anwendungsbereich der Mini-Untersuchung ausgeschlossen sind. Dieser Ausschluss wurde damit begründet, dass es sich um « eine außergewöhnliche Beweisform [handelt], die vom Gemeinrecht abweicht, insofern sie das Recht der Verteidigung und des kontradiktorischen Verfahrens, das in Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention festgeschrieben ist, verletzt » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2000-2001, DOC 50-1185/007, S. 2).

B.20.3. Im Anschluss an das Gesetz vom 6. Januar 2003 über besondere Ermittlungsmethoden und einige andere Untersuchungsmethoden wurde die Mini-Untersuchung möglich für die Observation mit technischen Mitteln mit dem Zweck, Einblick in eine Wohnung zu erlangen (Artikel 56bis Absatz 2 des Strafprozessgesetzbuches) und für die diskrete Sichtkontrolle (Artikel 89ter des Strafprozessgesetzbuches). Ferner wurde Artikel 28septies des Strafprozessgesetzbuches ein Absatz 3 hinzugefügt, wodurch das Evokationsrecht des Untersuchungsrichters für die vorerwähnten Untersuchungshandlungen ausgeschlossen wurde.

In seinem Entscheid Nr. 202/2004 vom 21. Dezember 2004 hat der Gerichtshof den vorerwähnten Absatz 3 von Artikel 28septies des Strafprozessgesetzbuches für nichtig erklärt, ebenso wie die Artikel 56bis Absatz 2 und 89ter desselben Gesetzbuches, insofern sie in Verbindung mit dem vorerwähnten Artikel 28septies angewandt werden können.

Der Gerichtshof hat in Bezug auf die Observation geurteilt:

« B.5.7.4. Die Observation mit technischen Mitteln mit dem Zweck, Einblick in eine Wohnung zu erlangen, ist eine Maßnahme, die hinsichtlich des Eingreifens in das Recht auf Achtung vor dem Privatleben mit einer Haussuchung sowie mit Abhörungen und mit Aufzeichnungen von privaten Kommunikationen und Telekommunikationen, die durch Artikel 90ter des Strafprozessgesetzbuches erlaubt sind, verglichen werden kann. Diese beiden Maßnahmen sind jedoch ausdrücklich vom Anwendungsbereich des oben genannten Artikels 28septies ausgeschlossen.

Indem der Gesetzgeber diese beiden Maßnahmen sowie den Haftbefehl von der Mini-Untersuchung ausschließt, wobei er ' den Untersuchungsrichter von relativ einfachen oder geringfügigen Strafsachen entlasten ' wollte, beabsichtigte er jedoch, ' ausreichende Garantien zu bieten, damit die gerichtliche Untersuchung nicht jeglichen Sinn verliert oder gewisse Grundrechte nicht gefährdet werden ' (*Parl. Dok.*, Kammer, 1996-1997, Nr. 857/1, SS. 37 und 38). Ferner wurde präzisiert, dass zwar diese drei Maßnahmen im Rahmen einer Mini-Untersuchung angewandt werden können, jedoch ' der Anwendungsbereich dieses Verfahrens dadurch erheblich erweitert würde und das Amt des Untersuchungsrichters in dasjenige des Richters der Untersuchung umgewandelt würde, was nicht dem Ziel des Entwurfs entspricht ' (*Parl. Dok.*, Senat, 1997-1998, Nr. 1-704/4, S. 185).

Ebenso hat der Gesetzgeber hinsichtlich der ' vollständig anonymen Zeugenaussage ' beschlossen, ' bewusst nur dem Untersuchungsrichter die Aufgabe anzuvertrauen zu beurteilen, ob ein Zeuge, der anonym bleiben möchte, tatsächlich das Recht auf diesen geschützten Status besitzt ' (*Parl. Dok.*, Kammer, 2000-2001, DOC 50-1185/001, S. 27), und er hat den Abänderungsvorschlag über den Ausschluss dieser Maßnahme von der Mini-Untersuchung angenommen, denn es handelt sich ' um eine außergewöhnliche Beweisform, die vom Gemeinrecht abweicht, insofern sie das Recht der Verteidigung und des kontradiktorischen Verfahrens, das in Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention festgeschrieben ist, verletzt ' (*Parl. Dok.*, Kammer, 2000-2001, DOC 50-1185/007, S. 3).

B.5.7.5. Der Eingriff in das Recht auf Achtung vor dem Privatleben und auf Unverletzlichkeit der Wohnung der Personen, die den Gegenstand einer Observation mit Hilfe technischer Mittel mit dem Zweck, Einblick in eine Wohnung zu erhalten, bilden, ist um so schwerwiegender, als Absatz 3 von Artikel 28septies des Strafprozessgesetzbuches, der durch Artikel 14 des angefochtenen Gesetzes eingefügt wurde, Absatz 2, der es dem Untersuchungsrichter ermöglicht hätte, die Untersuchung selbst fortzusetzen, von der Anwendung ausschließt.

B.5.7.6. Aufgrund der Schwere des durch diese Maßnahme bewirkten Eingriffs in Grundrechte kann die Maßnahme nur unter den gleichen Bedingungen genehmigt werden, wie sie für Haussuchungen und das Abhören von Telefongesprächen gelten.

B.5.7.7. Indem der Gesetzgeber es beim derzeitigen Stand der Organisation des Strafverfahrens unterlassen hat, die Observation mit technischen Mitteln mit dem Zweck, Einblick in eine Wohnung zu erlangen, vom Anwendungsbereich der Mini-Untersuchung auszuschließen, die Gegenstand von Artikel 28septies des Strafprozessgesetzbuches ist, hat er gegen die im Klagegrund angeführten Bestimmungen verstoßen ».

Der Gerichtshof hat in einer ähnlichen Formulierung in Bezug auf die diskrete Sichtkontrolle geurteilt:

« B.13.7. Die diskrete Sichtkontrolle ist eine Maßnahme, die hinsichtlich des Eingriffs in das Recht auf Achtung vor dem Privatleben mit der herkömmlichen Haussuchung sowie mit dem Abhören und Aufzeichnen von privaten Kommunikationen und Telekommunikationen, wie sie durch Artikel 90ter des Strafprozessgesetzbuches erlaubt sind, verglichen werden kann. Diese beiden Maßnahmen sind jedoch ausdrücklich vom Anwendungsbereich des oben genannten Artikels 28septies ausgeschlossen.

B.13.8. Aus den gleichen Gründen, wie in B.5.7.4 und B.5.7.5 dargelegt, ist der Klagegrund begründet.

B.13.9. Wegen der Schwere des damit verbundenen Eingriffs in Grundrechte kann die Maßnahme nur unter den gleichen Bedingungen genehmigt werden wie diejenigen, die für Haussuchungen und das Abhören von Telefongesprächen gelten.

B.13.10. Indem der Gesetzgeber es beim derzeitigen Stand der Organisation des Strafverfahrens unterlassen hat, die diskrete Sichtkontrolle vom Anwendungsbereich der Mini-Untersuchung, die Gegenstand von Artikel 28septies des Strafprozessgesetzbuches ist, auszuschließen, hat er gegen die im Klagegrund angeführten Bestimmungen verstoßen ».

B.20.4. Unter Berücksichtigung dieses Entscheids Nr. 202/2004 hat der Gesetzgeber Artikel 28septies des Strafprozessgesetzbuches durch das Gesetz vom 27. Dezember 2005 « zur Abänderung verschiedener Bestimmungen des Strafprozessgesetzbuches und des Gerichtsgesetzbuches im Hinblick auf die Verbesserung der Untersuchungsmethoden im Kampf gegen den Terrorismus und das schwere und organisierte Verbrechen » ersetzt, wobei die Observation mit technischen Mitteln mit dem Zweck, Einblick in eine Wohnung zu erlangen, und die diskrete Sichtkontrolle ebenfalls vom Anwendungsbereich der Mini-Untersuchung ausgeschlossen wurden.

Aufgrund von Artikel 28septies des Strafprozessgesetzbuches, ersetzt durch das vorerwähnte Gesetz vom 27. Dezember 2005, wurden somit folgende Untersuchungshandlungen vom Anwendungsbereich der Mini-Untersuchung ausgeschlossen: der Haftbefehl, die vollständig anonyme Zeugenaussage, das Abhören und Aufzeichnen von Kommunikation, die Observation mit technischen Mitteln mit dem Zweck, Einblick in eine Wohnung zu erlangen, die diskrete Sichtkontrolle und die Haussuchung.

B.20.5. Durch den angefochtenen Artikel 63 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 wird die Haussuchung aus der vorerwähnten Liste von Untersuchungshandlungen, die vom Anwendungsbereich der Mini-Untersuchung ausgeschlossen sind, gestrichen. Der Gesetzgeber hat verdeutlicht, dass diese Änderung « aus pragmatischen Gesichtspunkten » durchgeführt wurde und « dem gleichen Ziel [diente] wie bei der Einführung der Mini-Untersuchung durch das Gesetz vom 12. März 1998 [, nämlich] einerseits die Untersuchungsrichter von den relativ einfachen oder kleinen Strafsachen entlasten, damit sie sich den komplexeren Rechtssachen widmen können, und andererseits das mit einer gerichtlichen Untersuchung verbundene relativ schwerfällige Verfahren vermeiden » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, S. 52).

B.21. Die klagenden Parteien führen an, dass durch die angefochtene Bestimmung, indem der Anwendungsbereich der Mini-Untersuchung auf die Haussuchung ausgedehnt werde, ungerechtfertigte Behandlungsunterschiede eingeführt würden, und zwar einerseits zwischen Personen, die Gegenstand einer Haussuchung seien, und Personen, die Gegenstand von Untersuchungshandlungen seien, die vom Anwendungsbereich der Mini-Untersuchung ausgeschlossen blieben, und andererseits zwischen Personen, die Gegenstand einer Haussuchung seien, je nachdem, ob diese Haussuchung im Rahmen einer gerichtlichen Untersuchung oder aber im Rahmen einer Mini-Untersuchung durchgeführt werde. Die angefochtene Bestimmung beinhalte eine unverhältnismäßige Einmischung in das Recht auf Achtung des Privatlebens, in das Recht auf die Unverletzlichkeit der Wohnung und in das Recht auf ein faires Verfahren.

B.22.1. Wie der Gerichtshof in seinem vorerwähnten Entscheid Nr. 202/2004 geurteilt hat, sind die Haussuchung, das Abhören und Aufzeichnen von Kommunikation, die Observation mit technischen Mitteln mit dem Zweck, Einblick in eine Wohnung zu erlangen, und die diskrete Sichtkontrolle Maßnahmen, die hinsichtlich der Einmischung in das Recht auf Achtung des Privatlebens, die sie mit sich bringen, miteinander vergleichbar sind. Während die erstgenannte Maßnahme durch die angefochtene Bestimmung jedoch in den Anwendungsbereich der Mini-Untersuchung aufgenommen wird, werden die anderen angeführten Maßnahmen davon ausgeschlossen.

Zur Rechtfertigung dieses Behandlungsunterschieds wurde in der Begründung angeführt, dass dieser Unterschied « nicht auf einem Unterschied hinsichtlich der Verletzung der Privatsphäre beruht, sondern darauf, dass die Mini-Untersuchung *punktuellen* Maßnahmen vorbehalten werden muss, was die Untersuchungshaft, das Abhören von Telefongesprächen oder die Observationen nicht sind, und die verlängerbar sind und eine Überwachung erfordern, die nur schwer getrennt von der Untersuchung geleitet werden kann. Wenn ein Untersuchungsrichter solche Maßnahmen anordnen sollte, ohne die Akte an sich zu ziehen, müsste die Akte 'aufgeteilt' werden während deren Ausführung, die durch den Untersuchungsrichter geleitet wird, während die Staatsanwaltschaft weiterhin die Untersuchung leitet. Eine solche Situation wäre Anlass zu Verwirrungen (insbesondere für die Untersuchenden) und Fehlern. In der Praxis würde sich eine Evokation aufdrängen.

Daraus ergibt sich, dass eine Erweiterung der Mini-Untersuchung auf das Abhören von Telefongesprächen oder auf Observationen mit technischen Mitteln wahrscheinlich nur wenig oder keine Rechtfertigung oder Interesse in der Praxis haben würde.

Eine andere Betrachtung hat dazu geführt, dass der Anwendungsbereich der Mini-Untersuchung nicht auf die diskrete Sichtkontrolle ausgedehnt wurde. Diese Technik ist zwar punktuell, ebenso wie die Haussuchung, aber im Gegensatz zur Haussuchung ist sie *geheim*, was weitgehende Garantien rechtfertigt (in diesem Sinne: M.-A. Beernaert, H.D., u.a., ebenda, S. 576).

Die Haussuchung erfolgt grundsätzlich in Anwesenheit des Beschuldigten oder eines Bevollmächtigten, den er bestimmen kann, in jedem Fall, wenn er festgenommen worden ist (Artikel 39 der Strafprozessgesetzbuches) » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, SS. 55-56).

B.22.2. Bezüglich der Frage, ob die punktuelle und nicht geheime Beschaffenheit der Maßnahme ein sachdienliches Kriterium zur Rechtfertigung des beanstandeten Behandlungsunterschieds ist, ist festzustellen, dass die angefochtene Bestimmung zur Folge hat, dass die Haussuchung durch die Mini-Untersuchung beantragt werden kann im Rahmen einer Ermittlung, ohne dass eine gerichtliche Untersuchung eingeleitet werden muss.

Die Ermittlung ist gekennzeichnet durch ihre ausgesprochen geheime und nicht kontradiktorische Beschaffenheit, wobei die Betroffenen über weniger Garantie zum Schutz der Rechte der Verteidigung verfügen als während der gerichtlichen Untersuchung.

Zwar haben die direkt Betroffenen bereits während der Ermittlung das Recht, Zugang zur Strafakte zu beantragen (Artikel 21*bis* des Strafprozessgesetzbuches). Im Unterschied zur gerichtlichen Untersuchung (Artikel 61*ter* des Strafprozessgesetzbuches) ist dieses Recht auf Zugang zur Akte für die Ermittlung jedoch nicht verfahrensrechtlich geregelt, sodass die Staatsanwaltschaft - in Ermangelung von gesetzlich festgelegten Ablehnungsgründen - den Antrag auf Zugang zu einer Akte ohne weiteres ablehnen kann und kein Rechtsmittel gegen eine Verweigerungsentscheidung oder das Ausbleiben einer Entscheidung besteht. In seinem Entscheid Nr. 6/2017 vom 25. Januar 2017 hat der Gerichtshof geurteilt, dass dieses Fehlen eines Rechtsmittels gegen die Verweigerung oder das Fehlen einer Entscheidung der Staatsanwaltschaft in Bezug auf einen von einem Beschuldigten verfassten Antrag auf Zugang zu einer Akte in der Ermittlung gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung verstößt. Da diese Verfassungswidrigkeit ausreichend präzise und vollständig formuliert ist, damit Artikel 21*bis* des Strafprozessgesetzbuches unter Einhaltung der Referenznormen, auf deren Grundlage der Gerichtshof seine Kontrolle ausübt, angewandt werden kann, hat der Gerichtshof auch geurteilt, dass es in Erwartung des Auftretens des Gesetzgebers dem Richter obliegt, dem Verstoß gegen diese Normen ein Ende zu setzen, indem er Artikel 61*ter* des Strafprozessgesetzbuches sinngemäß anwendet.

Ferner verfügen die Betroffenen während der Ermittlung nicht über ein formales Recht, eine bestimmte Ermittlungshandlung zu beantragen, während das Recht, zusätzliche gerichtliche Untersuchungshandlungen zu beantragen, wohl dem Beschuldigten und der Zivilpartei während der gerichtlichen Untersuchung zuerkannt wird (Artikel 61*quinquies* des Strafprozessgesetzbuches). Die Betroffenen können zwar immer einen informellen Antrag an die Staatsanwaltschaft richten, doch diese ist keineswegs verpflichtet, auf einen solchen Antrag einzugehen, und die Parteien besitzen keinerlei Rechtsmittel gegen eine Verweigerungsentscheidung oder das Fehlen einer Entscheidung.

Schließlich gibt es während der Ermittlung keine Kontrolle über die Regelmäßigkeit des Verfahrens durch einen unabhängigen und unparteilichen Richter, der die Akte von etwaigen Nichtigkeiten bereinigen kann, während eine solche Kontrolle wohl während der gerichtlichen Untersuchung besteht (Artikel 235*bis* des Strafprozessgesetzbuches).

B.22.3. Auch die Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates hat in ihrem Gutachten auf die schwache Rechtsposition der Betroffenen während der Ermittlung hingewiesen:

« Die Erweiterung des Anwendungsbereichs der so genannten Mini-Untersuchung hat zur Folge, dass der bereits bestehende Behandlungsunterschied in Bezug auf das Recht auf Einsichtnahme der Akte je nachdem, ob bereits eine gerichtliche Untersuchung eingeleitet wurde oder nicht, verstärkt wird. Während ein Einsichtsrecht verfahrensrechtlich geregelt ist im Rahmen der gerichtlichen Untersuchung (siehe Artikel 61*ter* des Strafprozessgesetzbuches), ist dies nicht der Fall im Rahmen der Ermittlung, auch nicht, wenn Untersuchungsmaßnahmen im Rahmen der Mini-Untersuchung durchgeführt wurden. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die bedeutende Erweiterung des Anwendungsbereichs von Artikel 28*septies* des Strafprozessgesetzbuches nicht dazu führen muss, dass ein Recht auf Einsichtnahme der Akte gewährt wird, wenn in Anwendung dieses Artikels Untersuchungshandlungen durch den Untersuchungsrichter durchgeführt werden » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, S. 292).

In Beantwortung dieses Gutachtens wird in der Begründung angeführt:

« Es besteht nicht die Absicht, zumindest vor der globalen Reform der Strafverfahren, die im Regierungsabkommen angekündigt wurde, Änderungen vorzunehmen in den Unterschieden bezüglich des Rechts der Betroffenen, Zugang zur Akte zu haben, je nachdem, ob die Akte Gegenstand einer Ermittlung oder einer gerichtlichen Untersuchung war » (ebenda, S. 56).

B.22.4. Wegen der Schwere der dadurch verursachten Einmischung in das Recht auf Achtung des Privatlebens und die Unverletzlichkeit der Wohnung kann die Haussuchung bei dem heutigen Stand der Regelung bezüglich des Strafverfahrens nur erlaubt werden im Rahmen einer gerichtlichen Untersuchung, wobei die Betroffenen über ein organisiertes Recht verfügen, Zugang zur Akte und zusätzliche Untersuchungshandlungen zu beantragen, und wobei eine Aufsicht durch die Anklagekammer über die Regelmäßigkeit des Verfahrens vorgesehen ist.

Indem die Haussuchung, beim heutigen Stand der Regelung bezüglich des Strafverfahrens, in den Anwendungsbereich der Mini-Untersuchung aufgenommen wird, ohne zusätzliche Garantien zum Schutz der Rechte der Verteidigung vorzusehen, verletzt die angefochtene Bestimmung auf diskriminierende Weise das Recht auf Achtung des Privatlebens und das Recht auf die Unverletzlichkeit der Wohnung.

B.22.5. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass der angefochtene Artikel 63 Nr. 1 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 gegen die Artikel 10, 11, 15 und 22 der Verfassung verstößt und demzufolge für nichtig zu erklären ist.

Da eine Prüfung der anderen Beschwerdegründe und Referenznormen nicht zu einer umfassenderen Nichtigerklärung führen kann, besteht kein Anlass, die Klagegründe in dieser Hinsicht zu prüfen.

B.22.6. Zur Gewährleistung der Rechtmäßigkeit der Haussuchungen, die gegebenenfalls aufgrund der für nichtig erklärten Bestimmung durchgeführt worden sind, hält der Gerichtshof in Anwendung von Artikel 8 Absatz 3 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 über den Verfassungsgerichtshof die Folgen der für nichtig erklärten Bestimmung aufrecht, so wie es im Tenor angegeben ist.

Das Abhören und Aufzeichnen von Kommunikation

B.23.1. Die klagende Partei in der Rechtssache Nr. 6498 leitet einen ersten Klagegrund ab aus einem Verstoß gegen Artikel 22 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention und mit Artikel 17 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, durch Artikel 66 Nr. 1 des Gesetzes vom 5. Februar 2016, durch den der erste Satzteil von Absatz 2 von Paragraph 1 von Artikel 90^{quater} des Strafprozessgesetzbuches durch folgende Wörter ersetzt wird: « Der Beschluss wird datiert und enthält folgende Angaben ». Vor der Abänderung dieser Bestimmung durch den angefochtenen Artikel 66 Nr. 1 lautete dieser Satzteil wie folgt: « Der Beschluss muss - zur Vermeidung der Nichtigkeit - datiert sein und folgende Angaben enthalten ».

Der in dieser Bestimmung erwähnte Beschluss ist derjenige, durch den der Untersuchungsrichter ausnahmsweise das Abhören, Kenntnisnehmen und Aufzeichnen von Privatkommunikation oder -telekommunikation während ihrer Übertragung erlaubt. Die Angaben, die dieser Beschluss enthalten muss, betreffen die konkreten Indizien und Fakten, die die Maßnahme rechtfertigen, die Gründe, aus denen diese unerlässlich ist, um die Wahrheit aufzudecken, die Person und das Kommunikations- oder Telekommunikationsmittel, das Gegenstand der Überwachung ist, den betreffenden Zeitraum sowie den Namen und die Eigenschaft des Gerichtspolizeioffiziers, der für die Ausführung der Maßnahme bestimmt wurde.

B.23.2. Artikel 90^{quater} des Strafprozessgesetzbuches wurde ersetzt durch Artikel 18 des Gesetzes vom 25. Dezember 2016 « zur Festlegung verschiedener Abänderungen des Strafprozessgesetzbuches und des Strafgesetzbuches im Hinblick auf die Verbesserung der besonderen Ermittlungsmethoden und bestimmter Untersuchungsmethoden mit Bezug auf das Internet, elektronische Kommunikation und Telekommunikation und zur Schaffung einer Datenbank für Stimmabdrucke ». Die neue Bestimmung ist am 27. Januar 2017 in Kraft getreten.

B.23.3. Die angefochtene Bestimmung ist zehn Tage nach deren Veröffentlichung, nämlich am 29. Februar 2016, in Kraft getreten. Insofern sie Auswirkungen zwischen diesem Datum und dem 27. Januar 2017 haben konnte, ist die Klage hinsichtlich dieser Bestimmung nicht gegenstandslos geworden.

B.24. Die klagende Partei wirft dem Gesetzgeber vor, dass er durch die Aufhebung der automatischen Nichtigkeit ebenfalls ein Verfahren der Kontrolle *a priori* der Maßnahmen in Bezug auf die Telefonüberwachung abgeschafft habe, die notwendig sei, um zu gewährleisten, dass die darin enthaltene Beeinträchtigung des Rechts auf Achtung des Privatlebensrecht in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sei.

B.25. In der Begründung zum angefochtenen Gesetz wird angeführt, dass die Maßnahme als notwendig erachtet wurde, weil die in Anwendung der Artikel 90^{ter} ff. des Strafprozessgesetzbuches durchgeführten Telefonüberwachungen insbesondere in Akten der schweren und organisierten Kriminalität angewandt werden und « die Folgen einer Nichtigkeitssanktion [...] in solchen Akten dramatisch sind und nicht in Verhältnis zum Gleichgewicht [stehen], das anzustreben ist zwischen dem Schutz des Privatlebens und einer effizienten Bekämpfung solcher Formen von Kriminalität » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, S. 62).

In der Begründung wird präzisiert:

« Die vorgeschlagene Änderung wird also nicht zur Folge haben, dass die Bürger weniger gegen Missbräuche im Bereich der Telefonüberwachungen geschützt wären:

- Die Formvorschriften werden nicht geändert.
- Die Nichtigkeit von regelwidrig erzielten Beweiselementen kann noch anerkannt werden, wenn ' die begangene Unregelmäßigkeit die Zuverlässigkeit des Beweises beeinträchtigt hat oder wenn die Verwendung des Beweises dem Recht auf ein faires Verfahren zuwiderläuft ' (vgl. Artikel 32 des einleitenden Titels des Strafprozessgesetzbuches).

- Illegales Abhören ist eine strafbare Handlung, sowohl durch einen öffentlichen Amtsträger oder Beamten, Träger oder Vertreter der Staatsgewalt (Artikel 259^{bis} des Strafgesetzbuches), als auch, wenn es durch eine andere Person begangen wird (Artikel 314^{bis} des Strafgesetzbuches).

- In Artikel 90^{decies} des Strafprozessgesetzbuches ist festgelegt, dass der Minister der Justiz ' dem Parlament jährlich Bericht über die Anwendung der Artikel 90^{ter} bis 90^{novies} [erstattet]. Er informiert das Parlament über die Anzahl der gerichtlichen Untersuchungen, die Anlass zu den in diesen Artikeln erwähnten Maßnahmen gegeben haben, über die Dauer dieser Maßnahmen, über die Anzahl der betroffenen Personen und über die erzielten Resultate '.

Anhand dieser Garantien kann nicht davon ausgegangen werden, dass auf unbegründete Weise abgehört würde in der Hoffnung, Straftaten aufzudecken (' *fishing* '); eine solche Methode würde keinerlei Aussichten auf eine Verurteilung bieten, außer für diejenigen, die dieses illegale Abhören begangen hätten » (ebenda, SS. 62-63).

B.26.1. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat geurteilt, dass es sich infolge der Art der Maßnahmen im Bereich der geheimen Überwachung, die den Betroffenen notgedrungen daran hindern, eine wirksame Klage einzureichen oder direkt an irgendeiner Kontrolle teilzunehmen, « als unerlässlich erweist, dass die bestehenden Verfahren an sich geeignete und gleichwertige Garantien bieten, um die Rechte des Einzelnen zu gewährleisten ».

Es wird hinzugefügt:

« Außerdem, um nicht über das hinauszugehen, was notwendig ist im Sinne von Artikel 8 Absatz 2, müssen in den Kontrollverfahren die Werte einer demokratischen Gesellschaft möglichst genau eingehalten werden. Auf einem Gebiet, wo Missbräuche in Einzelfällen so einfach sein können und nachteilige Folgen für die gesamte demokratische Gesellschaft mit sich bringen können, ist es grundsätzlich wünschenswert, dass die Kontrolle einem Richter anvertraut wird, da die richterliche Gewalt die besten Garantien für Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und ordnungsgemäße Verfahren bietet » (EuGHMR, Große Kammer, 4. Dezember 2015, *Roman Zakharov gegen Russland*, § 233).

B.26.2. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat ferner geurteilt, dass die Notwendigkeit, eine gerichtliche Ermächtigung vor der Vollstreckung einer Maßnahme der geheimen Überwachung zu erlangen, eine wichtige Garantie gegen Willkür ist, und legt Wert darauf, dass der Richter seine Entscheidung, die Maßnahme des Abfangens zu erlauben, begründen muss (ebenda, § 5 249 und 259).

B.27.1. Die angefochtene Bestimmung mildert die Auswirkungen der formalen Unregelmäßigkeiten im Beschluss des Untersuchungsrichters, mit dem das Abhören und das Aufzeichnen von Kommunikation erlaubt werden, auf die Gültigkeit des somit erzielten strafrechtlichen Beweises. Während früher jeder Verstoß gegen eine Vorschrift von Artikel 90^{quater} des Strafprozessgesetzbuches automatisch zur Folge hatte, dass die durchgeführte Telefonüberwachung unmöglich während des Strafverfahrens verwendet werden konnte, muss der Tatsachenrichter nunmehr die Gültigkeit des erzielten Beweises im Lichte von Artikel 32 des einleitenden Titels des Strafprozessgesetzbuches beurteilen und kann er dies gegebenenfalls berücksichtigen, wenn die begangene Unregelmäßigkeit die Zuverlässigkeit des Beweises nicht beeinträchtigt hat und die Verwendung des Beweises nicht im Widerspruch zu dem Recht auf ein faires Verfahren steht.

B.27.2. Die angefochtene Bestimmung hat hingegen keine Auswirkungen auf die Untersuchung, die der Richter in Bezug auf die Vereinbarkeit des Abhörens und Aufzeichnens von Kommunikation mit dem Recht auf den Schutz des Privatlebens der Betroffenen vornehmen kann. Artikel 90^{quater} des Strafprozessgesetzbuches in der durch die angefochtene Bestimmung abgeänderten Fassung schreibt immer noch vor, dass das Abhören und Aufzeichnen vorher durch einen Untersuchungsrichter genehmigt wird und dass dieser seinen Beschluss begründet, indem er die Indizien und konkreten Tatsachen angibt, die die Maßnahme rechtfertigen, sowie die Gründe, warum die Maßnahme unerlässlich ist, die Person und das Kommunikationsmittel, die Gegenstand der Überwachung sind, den betreffenden Zeitraum sowie den Namen und die Eigenschaft des Gerichtspolizeioffiziers, der zur Ausführung der Maßnahme bestellt worden ist. Diese Erfordernisse können im Lichte der in B.26 zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte die Einhaltung des Rechts auf den Schutz des Privatlebens gewährleisten.

Jede Maßnahme bezüglich des Abhörens oder Aufzeichnens von Kommunikation, die unter Verletzung der Gesetzesvorschriften durchgeführt wurde, kann als ungesetzlich betrachtet werden und Anlass zur Anwendung von Artikel 259^{bis} des Strafgesetzbuches auf den Beamten der Staatsgewalt, der ihr Urheber ist, sowie zur Wiedergutmachung für die Person, deren Recht auf den Schutz des Privatlebens verletzt wurde, sein.

B.28. Die angefochtene Bestimmung hat nicht die Tragweite, die ihr die klagende Partei verleiht, da sie den Schutz gegen Beeinträchtigungen des Privatlebens der Personen, die sich aus den Maßnahmen des Abhörens und Aufzeichnens von Kommunikation ergeben, nicht verringert.

Artikel 90^{quater} des Strafprozessgesetzbuches in der durch die angefochtene Bestimmung abgeänderten Fassung ist nicht unvereinbar mit Artikel 22 der Verfassung in Verbindung mit Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention. Die Prüfung der Vereinbarkeit der angefochtenen Bestimmung mit Artikel 17 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte führt nicht zu einer anderen Schlussfolgerung.

B.29. Der gegen den angefochtenen Artikel 66 Nr. 1 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 gerichtete Klagegrund ist nicht begründet.

Der Einspruch

B.30. Die klagenden Parteien in den Rechtssachen Nrn. 6496, 6497 und 6498 beantragen die Nichtigerklärung von Artikel 83 des Gesetzes vom 5. Februar 2016. Sie führen an, dass diese Bestimmung nicht vereinbar sei mit den Artikeln 10, 11, 12, 13 und 14 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit Artikel 6 und 13 der Europäischen Menschenrechtskonvention, mit Artikel 14 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte und mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen in Bezug auf das Recht auf ein faires Verfahren, die Achtung der Rechte der Verteidigung, das Recht auf gerichtliches Gehör und das Recht auf eine wirksame Beschwerde.

B.31.1. Durch den angefochtenen Artikel 83 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 wird die Regelung in Bezug auf den Einspruch gegen ein im Versäumniswege ausgesprochenes Strafurteil, so wie sie in Artikel 187 des Strafprozessgesetzbuches festgelegt ist, ersetzt. Mit dieser neuen Regelung bezweckt der Gesetzgeber « das Kodifizieren, Vereinfachen und Rationalisieren des Einspruchsverfahrens, ohne dabei das Recht auf eine zweite Instanz einzuschränken » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, S. 72).

B.31.2. Die Beschwerdegünde der klagenden Parteien sind gegen den neuen Artikel 187 § 6 des Strafprozessgesetzbuches gerichtet, der bestimmt:

« Der Einspruch wird für nichtig erklärt:

1. wenn der Einspruchskläger, sofern er persönlich oder in der Person eines Rechtsanwalts erscheint und erwiesen ist, dass er Kenntnis von der Ladung zum Verfahren hatte, bei dem er säumig war, nicht höhere Gewalt oder rechtmäßige Entschuldigungsgründe geltend macht, durch die seine Säumigkeit beim angefochtenen Verfahren gerechtfertigt würde, wobei die Anerkennung der höheren Gewalt oder der Entschuldigungsgründe, auf die er sich beruft, der souveränen Beurteilung des Richters obliegt,

2. wenn der Einspruchskläger beim Einspruchsverfahren erneut säumig ist, und zwar in allen Fällen, ungeachtet der Gründe der aufeinander folgenden Säumigkeiten und selbst wenn der Einspruch bereits für zulässig erklärt worden ist ».

Der Gerichtshof beschränkt seine Prüfung auf diese Bestimmung.

B.32.1. Der Einspruch ist ein gewöhnliches Rechtsmittel, das der in Abwesenheit verurteilten Person geboten wird, um von dem Rechtsprechungsorgan, das in Abwesenheit geurteilt hat, eine neue Entscheidung nach einer kontradiktorischen Verhandlung zu erhalten.

Das Wesen und der Zweck des Einspruchs bestehen darin, die uneingeschränkte Ausübung der Verteidigungsrechte durch eine Person zu ermöglichen, die wegen ihrer Abwesenheit möglicherweise nicht alle Elemente einer Rechtssache kennt oder sich zumindest nicht dazu hat äußern können.

B.32.2. Der « nichtige Einspruch » beinhaltet, dass der Einspruch zulässig ist, jedoch als verfallen gilt, mit der Folge, dass das Versäumnisurteil, gegen das Einspruch eingelegt wurde, unangetastet bleibt (*Kass.*, 18. November 2003, *Arr. Cass.*, 2003, Nr. 576). Es handelt sich um eine besondere Sanktion, die wegen bestimmter Umstände im Zusammenhang mit der Haltung des Einspruchsklägers auferlegt wird.

Die Entscheidung, durch die der Einspruch für nichtig erklärt wird, hat zur Folge, dass das Gericht, das im Versäumniswege geurteilt hat, die Rechtssache nicht erneut im Rahmen eines Einspruchsverfahrens beurteilen muss. Die im Versäumniswege ergangene Entscheidung bleibt bestehen, und gegen sie kann nur noch Berufung oder, wenn sie in der Berufungsinstanz ergangen ist, Kassationsbeschwerde eingelegt werden.

B.32.3. Vor seiner Aufhebung durch das Gesetz vom 5. Februar 2016 wurde der « nichtige Einspruch » in Artikel 188 des Strafprozessgesetzbuches geregelt, der bestimmte, dass der Einspruch als nichtig gilt, wenn der Einspruchskläger oder sein Rechtsanwalt nicht zur ersten sachdienlichen Sitzung nach der Einlegung des Einspruchs erscheint.

Durch Artikel 83 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 hat der Gesetzgeber die Sanktion des « nichtigen Einspruchs » auf neue Fälle ausgedehnt. Diese Erweiterung wird gerechtfertigt durch die Feststellung, dass « in der heutigen Situation [...] das Einspruchsverfahren durch gewisse Angeklagte missbraucht [wird], wobei in diesem Fall das Versäumnis entweder auf ihre eigene Unachtsamkeit zurückzuführen ist oder als Verzögerungsmanöver in ihrer Verteidigungsstrategie eingesetzt wird im Hinblick auf eine Überschreitung der angemessenen Frist oder sogar eine Verjährung der Straftat, für die sie verfolgt werden. Da der Einspruch in der ersten Instanz und in der Berufungsinstanz erlaubt ist, kommt es vor, dass eine Rechtssache vier Mal behandelt wird » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, S. 73). Außerdem dient diese Erweiterung « den Interessen der Opfer, die oft entmutigt sind durch die Verpflichtung, wiederholt an den Verhandlungen teilzunehmen mit Zeitverlust und Ausgaben für Honorare als Folge » (ebenda, S. 72).

Aufgrund des angefochtenen Artikels 187 § 6 des Strafprozessgesetzbuches, ersetzt durch Artikel 83 des Gesetzes vom 5. Februar 2016, wird der Einspruch in zwei Fällen als « nichtig » betrachtet: einerseits, wenn der Einspruchskläger, sofern er persönlich oder in der Person eines Rechtsanwalts erscheint und erwiesen ist, dass er Kenntnis von der Ladung zum Verfahren hatte, bei dem er säumig war, nicht höhere Gewalt oder rechtmäßige Entschuldigungsgründe geltend macht, durch die seine Säumigkeit beim angefochtenen Verfahren gerechtfertigt würde, wobei die Anerkennung der höheren Gewalt oder der Entschuldigungsgründe, auf die er sich beruft, der souveränen Beurteilung des Richters obliegt (Nr. 1), und andererseits, wenn der Einspruchskläger beim Einspruchsverfahren erneut säumig ist, und zwar in allen Fällen, ungeachtet der Gründe der aufeinander folgenden Säumigkeiten und selbst wenn der Einspruch bereits für zulässig erklärt worden ist (Nr. 2).

B.33. Aus der Darlegung der Klagegründe geht hervor, dass der Gerichtshof die Vereinbarkeit der Wörter « rechtmäßige Entschuldigungsgründe » und « wobei die Anerkennung der höheren Gewalt oder der Entschuldigungsgründe, auf die er sich beruft, der souveränen Beurteilung des Richters obliegt » im angefochtenen Artikel 187 § 6 Nr. 1 des Strafprozessgesetzbuches mit dem Legalitätsprinzip in Strafsachen, gewährleistet durch die Artikel 12 und 14 der Verfassung in Verbindung mit Artikel 7 der Europäischen Menschenrechtskonvention, prüfen muss.

Ferner muss der Gerichtshof die Vereinbarkeit von Artikel 187 § 6 des Strafprozessgesetzbuches mit den Artikeln 10, 11 und 13 der Verfassung in Verbindung mit den angeführten Vertragsbestimmungen und mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen prüfen, indem darin eine diskriminierende Einschränkung der Möglichkeit, Einspruch einzulegen, vorgesehen sei. Da die Untersuchung dieses Beschwerdegrunds von der Tragweite der angefochtenen Bestimmung abhängt, muss der erstgenannte Beschwerdegrund zuerst geprüft werden.

B.34.1. Artikel 12 Absatz 2 der Verfassung bestimmt:

« Niemand darf verfolgt werden, es sei denn in den durch Gesetz bestimmten Fällen und in der dort vorgeschriebenen Form ».

Artikel 14 der Verfassung bestimmt:

« Eine Strafe darf nur aufgrund des Gesetzes eingeführt oder angewandt werden ».

Artikel 7 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention bestimmt:

« Niemand kann wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach inländischem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Ebenso darf keine höhere Strafe als die im Zeitpunkt der Begehung der strafbaren Handlung angedrohte Strafe verhängt werden ».

B.34.2. Insofern er das Legalitätsprinzip in Strafsachen gewährleistet, hat Artikel 7 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention eine ähnliche Tragweite wie die Artikel 12 Absatz 2 und 14 der Verfassung.

B.34.3. Aus diesen Bestimmungen geht hervor, dass das Strafgesetz so formuliert werden muss, dass jeder zu dem Zeitpunkt, wo er ein Verhalten annimmt, wissen kann, ob dieses Verhalten strafbar ist oder nicht, und die gegebenenfalls die drohende Strafe kennen kann. Das Legalitätsprinzip und der Grundsatz der Vorhersehbarkeit gelten für das gesamte Strafverfahren. Somit soll durch die vorerwähnten Bestimmungen jegliche Gefahr eines willkürlichen Eingreifens der ausführenden oder der rechtsprechenden Gewalt bei der Festlegung und Anwendung der Strafen ausgeschlossen werden.

Das Legalitätsprinzip in Strafsachen reicht nicht so weit, dass der Gesetzgeber verpflichtet wäre, selbst jeden Aspekt der Unterstrafestellung, der Strafe oder des Strafverfahrens zu regeln. Es verhindert es insbesondere nicht, dass der Gesetzgeber dem Richter oder der Staatsanwaltschaft eine Ermessensbefugnis gewährt. Die allgemeine Beschaffenheit der Gesetzesbestimmungen, die Verschiedenartigkeit der Situationen, auf die sie Anwendung finden, und die Entwicklung der durch sie geahndeten Verhaltensweisen müssen nämlich berücksichtigt werden.

B.34.4. Im vorliegenden Fall wird nicht die Legalität der Unterstrafestellung oder der Strafe, sondern diejenige des Strafverfahrens in Frage gestellt.

Das Erfordernis der Vorhersehbarkeit des Strafverfahrens garantiert es jedem Bürger, dass er nur Gegenstand einer Ermittlung, einer gerichtlichen Untersuchung oder einer Verfolgung gemäß einem durch Gesetz eingeführten Verfahren sein kann, von dem er vor dessen Anwendung Kenntnis nehmen kann.

B.35.1. Aus den Vorarbeiten zu der angefochtenen Bestimmung geht hervor, dass der Gesetzgeber die Missbräuche des Einspruchsverfahrens bekämpfen wollte durch die Begrenzung der Möglichkeit, gegen ein Versäumnisurteil Einspruch einzulegen, ohne dabei das Recht der Parteien, angehört zu werden, das Bestandteil des Rechts auf ein faires Verfahren ist, und die Erfordernisse, die diesbezüglich durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gestellt werden, zu beeinträchtigen (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, SS. 72-80).

B.35.2. Indem er im angefochtenen Artikel 187 § 6 Nr. 1 des Strafprozessgesetzbuches festgelegt hat, dass der Einspruch als nichtig gilt, wenn das Versäumnis weder durch « höhere Gewalt », noch durch einen « rechtmäßigen Entschuldigungsgrund » gerechtfertigt wird, hat der Gesetzgeber dem Richter bewusst eine breite Ermessensbefugnis überlassen (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, S. 80). Der Gesetzgeber wollte nämlich gewährleisten, dass gemäß der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte « der Einspruch effektiv bleibt für nicht erschienene Angeklagte, die nicht darauf verzichtet haben, zu erscheinen und sich zu verteidigen, und ebenfalls nicht die Absicht hatten, sich der Justiz zu entziehen » (ebenda, S. 79).

In den Vorarbeiten wurde bezüglich der Begriffe « höhere Gewalt » und « rechtmäßiger Entschuldigungsgrund » angeführt:

« Der Begriff höhere Gewalt kann zwei Arten von Situationen beinhalten:

- Die Fälle, in denen der Angeklagte keine Kenntnis von der Ladung hatte, sodass er zur Sitzung weder anwesend noch vertreten war.

- Die Fälle, in denen der Angeklagte Kenntnis von der Ladung hatte und nicht auf sein Recht, anwesend oder vertreten zu sein, verzichten wollte, seine Anwesenheit oder Vertretung jedoch durch einen gültigen Grund, der sich seinem Willen entzog, verhindert wurde.

In dem vorerwähnten Gesetzesvorschlag vom 15. Mai 2000, der durch die Herren Bourgeois, Van Hoorebeke und Erdman eingereicht wurde, wurde die Zulässigkeit des Einspruchs mit dem Nachweis eines gerechtfertigten Versäumnisses wegen höherer Gewalt in Verbindung gebracht. Dieser Ansatz wurde schließlich aufgegeben, weil höhere Gewalt als zu vager Begriff betrachtet wurde. So wurde befürchtet, dass die Auslegung dieses Begriffes Anlass zu endlosen Diskussionen geben würde (siehe *Parl. Dok.*, Kammer, ordentliche Sitzungsperiode 2002-2003, Nr. 50-0651/004, SS. 6 und 11).

Um dies zu vermeiden, wird vorgeschlagen, höhere Gewalt auf die Fälle auszudehnen, in denen der Angeklagte einen Grund anführt, der durch das Gericht, vor das er geladen wurde, als gültig anerkannt wird. In der UG-Studie wurde im Übrigen der Begriff Entschuldigung erwähnt (S. 158, § 709). Außerdem wurde der rechtmäßige Entschuldigungsgrund als Begriff bereits in Artikel 630 Absätze 10 und 11 des Strafprozessgesetzbuches in Bezug auf die Rehabilitierung aufgenommen.

Der Ansatz, bei dem höhere Gewalt und der gültige Grund kombiniert werden, ist mit dem Ansatz im französischen Recht verwandt, bei dem ein Einspruch sowohl in den Situationen erlaubt wird, in denen der Beschuldigte effektiv keine Kenntnis von der ordnungsgemäßen Ladung hatte, die nicht persönlich zugestellt wurde (ein Fall, der bei uns zum Begriff höhere Gewalt gehören würde), als auch in den Situationen, in denen die Ladung ordnungsgemäß persönlich zugestellt wurde, jedoch eine Entschuldigung, die durch das Gericht, vor das der Nichterschiene aufgerufen wurde, als gültig anerkannt wird, seine Abwesenheit rechtfertigt (Artikel 410 bis 412 des französischen *Code de procédure pénale*) » (ebenda, SS. 79-80).

Aus den vorerwähnten Vorarbeiten geht hervor, dass der Begriff « rechtmäßiger Entschuldigungsgrund » so auszulegen ist, dass er die Fälle umfasst, die keine höhere Gewalt darstellen und in denen der Einspruchskläger Kenntnis von der Ladung hatte, jedoch einen Grund anführt, aus dem hervorgeht, dass seine Abwesenheit nicht auf dem Wunsch beruhte, auf sein Recht, zu erscheinen und sich zu verteidigen, zu verzichten, und ebenfalls nicht auf der Absicht, sich der Justiz zu entziehen.

Der Begriff « rechtmäßiger Entschuldigungsgrund » ist ausreichend deutlich und rechtssicher und beeinträchtigt nicht das Legalitätsprinzip in Strafsachen.

B.35.3. Das Vorstehende wird nicht beeinträchtigt durch den Vermerk im angefochtenen Artikel 187 § 6 Nr. 1, dass « die Anerkennung der höheren Gewalt oder der Entschuldigungsgründe, auf die er sich beruft, der souveränen Beurteilung des Richters obliegt ». Dieser Vermerk bestätigt bloß die allgemeine Regel, dass der Richter, in Ermangelung zwingender Beurteilungskriterien, die in das Gesetz aufgenommen wurden, auf unantastbare Weise über diese Punkte urteilt, auch wenn der Richter dabei durch die übliche Bedeutung der Begriffe « höhere Gewalt » und « rechtmäßiger Entschuldigungsgrund », so wie sie durch den Gesetzgeber verdeutlicht wurden, gebunden ist.

Es obliegt dem Kassationshof, darauf zu achten, dass diese Begriffe nicht willkürlich ausgelegt werden, und zu prüfen, ob der Richter aus dem Sachverhalt rechtmäßig ableiten konnte, dass gegebenenfalls höhere Gewalt oder ein rechtmäßiger Entschuldigungsgrund vorlag.

B.35.4. Der angefochtene Artikel 187 § 6 Nr. 1 des Strafprozessgesetzbuches, ersetzt durch Artikel 83 des Gesetzes vom 5. Februar 2016, verstößt folglich nicht gegen die Artikel 12 und 14 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit Artikel 7 der Europäischen Menschenrechtskonvention.

B.36.1. Die klagenden Parteien führen sodann an, dass Artikel 187 § 6 des Strafprozessgesetzbuches gegen die Artikel 10, 11 und 13 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit den Artikeln 6 und 13 der Europäischen Menschenrechtskonvention, mit Artikel 14 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte und mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen in Bezug auf das Recht auf ein faires Verfahren, die Achtung der Rechte der Verteidigung, das Recht auf gerichtliches Gehör und das Recht auf eine wirksame Beschwerde, verstießen, insofern dadurch die Möglichkeit, Einspruch einzulegen, eingeschränkt werde.

Diese Bestimmung sei diskriminierend, insofern sie dazu führe, dass ein Angeklagter, der in einem Verfahren säumig ist, in dem über das Strafverfahren geurteilt werde, auf die gleiche Weise behandelt werde wie ein Verurteilter, der säumig gewesen sei im Verfahren zur Rehabilitierung. Aufgrund der angefochtenen Bestimmung beziehungsweise aufgrund von Artikel 630 des Strafprozessgesetzbuches müssten beide einen rechtmäßigen Entschuldigungsgrund anführen, um ihre Abwesenheit bei der Verhandlung zu rechtfertigen. Es gebe jedoch wesentliche Unterschiede zwischen beiden Kategorien von Personen, die gegen die vorerwähnte Gleichbehandlung sprechen würden.

B.36.2. Im Unterschied zu dem, was die klagende Partei in der Rechtssache Nr. 6498 anführt, enthalten die angeführten Verfassungs- und Vertragsbestimmungen keine Stillhalteverpflichtung.

B.37. Der Behandlungsunterschied zwischen gewissen Kategorien von Personen, der sich aus der Anwendung unterschiedlicher Verfahrensregeln unter unterschiedlichen Umständen ergibt, ist an sich nicht diskriminierend. Das Gleiche gilt für die identische Behandlung, die sich aus der Anwendung der gleichen Verfahrensregeln unter unterschiedlichen Umständen ergibt. Es könnte nur eine Diskriminierung vorliegen, wenn die unterschiedliche oder identische Behandlung, die sich aus der Anwendung dieser Verfahrensregeln ergibt, zu einer unverhältnismäßigen Einschränkung der Rechte der betroffenen Personen führen würde.

B.38.1. Artikel 13 der Verfassung beinhaltet ein Recht auf Zugang zum zuständigen Richter. Dieses Recht wird ebenfalls durch Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention, durch Artikel 14 Absatz 1 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte und durch einen allgemeinen Rechtsgrundsatz gewährleistet.

Artikel 13 der Europäischen Menschenrechtskonvention gewährleistet jeder Person, deren in dieser Konvention festgelegte Rechte und Freiheiten verletzt worden sind, das Recht, eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz einzulegen.

B.38.2. Das Erscheinen eines Angeklagten ist von kapitaler Bedeutung, sowohl wegen dessen Rechtes, angehört zu werden, als auch wegen der Notwendigkeit, die Richtigkeit seiner Aussagen zu kontrollieren und sie mit den Aussagen des Opfers, dessen Interessen zu schützen sind, sowie denjenigen der Zeugen zu konfrontieren (EuGHMR, 23. November 1993, *Poitrinol* gegen Frankreich, § 35; 13. Februar 2001, *Krombach* gegen Frankreich, § 84; 14. Juni 2001, *Medenica* gegen Schweiz, § 54; 13. Januar 2011, *Drakos* gegen Griechenland, § 35).

Wenn das nationale Recht den Ablauf eines Verfahrens trotz der Abwesenheit des Angeklagten erlaubt, muss dieser später erreichen können, dass ein Rechtsprechungsorgan nach seiner Anhörung erneut über die faktische und rechtliche Begründetheit der Beschuldigung urteilt, wenn nicht erwiesen ist, dass er auf sein Recht, zu erscheinen und sich zu verteidigen, verzichtet hat und dass er die Absicht hatte, sich der Justiz zu entziehen (EuGHMR, Große Kammer, 1. März 2006, *Sejdovic* gegen Italien, § 82; 1. März 2011, *Faniel* gegen Belgien, § 26). Es darf nicht dem Angeklagten obliegen, beweisen zu müssen, dass er sich nicht der Justiz entziehen wollte oder dass seine Abwesenheit durch einen Fall von höherer Gewalt erklärt wurde. Gleichzeitig obliegt es den nationalen Behörden, frei zu beurteilen, ob die Entschuldigungsgründe, die durch den Angeklagten angeführt werden, um seine Abwesenheit zu rechtfertigen, gültig waren oder ob die der Akte hinzugefügten Elemente die Schlussfolgerung ermöglichten, dass seine Abwesenheit unabhängig von seinem Willen war (EuGHMR, *Sejdovic* gegen Italien, ebenda, § 88).

Der Gesetzgeber muss von ungerechtfertigtem Nichterscheinen abschrecken können unter der Bedingung, dass die Sanktionen sich nicht als unverhältnismäßig erweisen und dass dem Angeklagten nicht das Recht auf Beistand durch einen Rechtsanwalt entzogen wird (EuGHMR, *Sejdovic* gegen Italien, ebenda, § 92).

B.39.1. Aus den in B.32.3 und B.35 angeführten Vorarbeiten geht hervor, dass der Gesetzgeber Missbräuche des Einspruchsverfahrens vermeiden wollte, ohne dabei die Erfordernisse zu verletzen, die durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte bezüglich des Rechts auf gerichtliches Gehör festgelegt werden. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber festgelegt, dass nur in den beiden Fällen, die in der angefochtenen Bestimmung vorgesehen sind, der Einspruch als nichtig betrachtet wird.

B.39.2. In Bezug auf die in Artikel 187 § 6 Nr. 1 des Strafprozessgesetzbuches vorgesehene Situation muss - damit der Einspruch als nichtig gelten kann - zunächst feststehen, dass der Einspruchskläger Kenntnis von der Ladung in dem Verfahren, in dem er säumig war, hatte. Es obliegt der verfolgenden Partei oder der Zivilpartei, diesen Beweis zu erbringen; auf dem Angeklagten beruht diesbezüglich keinerlei Beweislast (Kass., 17. Januar 2017, P.16.0989.N). Diese Kenntnisnahme muss überdies mit Sicherheit feststehen; es darf diesbezüglich keinerlei vernünftige Zweifel geben.

Anschließend kann der Einspruch nur dann für nichtig erklärt werden, wenn der Einspruchskläger « nicht höhere Gewalt oder rechtmäßige Entschuldigungsgründe geltend macht, durch die seine Säumigkeit beim angefochtenen Verfahren gerechtfertigt würde ». Wie in B.35 angeführt wurde, ist diese Bedingung, gemäß der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte so auszulegen, dass « der Einspruch effektiv bleibt für nicht erschienene Angeklagte, die nicht darauf verzichtet haben, zu erscheinen und sich zu verteidigen, und ebenfalls nicht die Absicht hatten, sich der Justiz zu entziehen » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, S. 79). Es reicht aus, dass der Einspruchskläger höhere Gewalt oder einen rechtmäßigen Entschuldigungsgrund « geltend macht », und somit, dass er das Bestehen dieses Grundes ausreichend plausibel macht, ohne dass er dafür den Beweis liefern muss.

Nur wenn diese Bedingungen gleichzeitig erfüllt sind und wenn folglich feststeht, dass der Angeklagte darauf verzichtet hat, zu erscheinen und sich zu verteidigen, oder aber die Absicht hatte, sich der Justiz zu entziehen, wird der Einspruch als nichtig betrachtet.

B.39.3. Aufgrund von Artikel 187 § 6 Nr. 2 des Strafprozessgesetzbuches wird der Einspruch ebenfalls als nichtig betrachtet, wenn der Einspruchskläger beim Einspruchsverfahren erneut säumig ist, und zwar in allen Fällen, ungeachtet der Gründe der aufeinander folgenden Säumigkeiten und selbst wenn der Einspruch bereits für zulässig erklärt worden ist. Diese Situation war bereits zum Teil im früheren Artikel 188 des Strafprozessgesetzbuches ins Auge gefasst worden, nämlich insofern es sich um eine Abwesenheit auf der ersten sachdienlichen Sitzung nach der Einlegung des Einspruchs handelte, und sie wurde durch Artikel 83 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 auf alle Abwesenheiten des Einspruchsklägers im Einspruchsverfahren ausgedehnt.

Es kann gerechtfertigt werden, dass eine Abwesenheit zur Sitzung strenger beurteilt wird in Bezug auf eine Partei, die bereits säumig war und die durch das Erheben des Einspruchs selbst die Initiative ergriffen hat, um von dem Gericht, das im Versäumniswege geurteilt hat, eine erneute Entscheidung nach einer kontradiktorischen Verhandlung zu erhalten.

Außerdem gilt auch in diesem Fall der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass die Strenge des Gesetzes in Fällen höherer Gewalt gemildert werden kann, und davon ist das angefochtene Gesetz nicht abgewichen. Wie ebenfalls in den Vorarbeiten bestätigt wurde, kann der Einspruch folglich nicht als nichtig betrachtet werden, wenn die Abwesenheit des Einspruchsklägers im Einspruchsverfahren durch höhere Gewalt gerechtfertigt werden kann (*Parl. Dok.*, 2015-2016, DOC 54-1418/001, S. 81, und DOC 54-1418/005, SS. 110-111).

B.39.4. Vorbehaltlich dessen, dass er auf die in B.39.2 und B.39.3 dargelegte Weise ausgelegt wird, beeinträchtigt Artikel 187 § 6 des Strafprozessgesetzbuches nicht auf unverhältnismäßige Weise das Recht des Angeklagten auf gerichtliches Gehör.

B.40. Unter diesem Vorbehalt sind die Klagegründe, die gegen den vorerwähnten Artikel 187 § 6 des Strafprozessgesetzbuches, ersetzt durch Artikel 83 des Gesetzes vom 5. Februar 2016, gerichtet sind, nicht begründet.

Die Berufung auf Anfechtungsgründe

B.41. Die klagenden Parteien in der Rechtssache Nr. 6497 leiten einen dritten Klagegrund ab aus einem Verstoß gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung in Verbindung mit Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, durch Artikel 89 des Gesetzes vom 5. Februar 2016, mit dem Artikel 204 des Strafprozessgesetzbuches durch die nachstehende Bestimmung ersetzt wird:

« Zur Vermeidung des Verfalls der Berufung sind in der Antragschrift die Anfechtungsgründe, verfahrensrechtliche Anfechtungsgründe einbegriffen, die gegen das Urteil geltend gemacht werden, genau anzugeben und wird die Antragschrift binnen derselben Frist und bei derselben Kanzlei eingereicht wie die in Artikel 203 erwähnte Erklärung. Sie wird vom Berufungskläger, von seinem Rechtsanwalt oder von irgendeinem anderen Sonderbevollmächtigten unterzeichnet. In letzterem Fall wird der Antragschrift die Vollmacht beigelegt.

Diese Antragschrift kann auch direkt bei der Kanzlei des Gerichts oder des Gerichtshofes, vor das/den die Berufung gebracht wird, eingereicht werden.

Zu diesem Zweck kann ein Formular benutzt werden, dessen Muster vom König festgelegt wird.

Vorliegende Bestimmung gilt auch für die Staatsanwaltschaft ».

B.42. Die klagenden Parteien bemängeln, dass diese Bestimmung die Parteien daran hindere, die Berufung vor dem Berufungsgericht zu erweitern.

B.43.1. Der Ministerrat führt eine Einrede der Unzulässigkeit dieses Klagegrunds an. Er verweist darauf, dass die klagenden Parteien in der Darlegung des Klagegrunds nicht auf den angefochtenen Artikel 89 verwiesen, sondern vielmehr auf Artikel 94 desselben Gesetzes, auf den sich die Klageschrift nicht beziehe und der Artikel 210 desselben Gesetzbuches um einen Absatz ergänze, in dem die Möglichkeiten für den Berufungsrichter, von Amts wegen Klagegründe aufzuwerfen, begrenzt würden, sowie auf den Inhalt des Formulars für das Einlegen einer Berufung, das als Anlage zum königlichen Erlass vom 18. Februar 2016 zur Ausführung von Artikel 204 Absatz 3 des Strafprozessgesetzbuches veröffentlicht worden sei.

B.43.2. Obwohl die Argumentation der klagenden Parteien sich teilweise auf den nicht angefochtenen Artikel 94 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 sowie auf eine Anlage zu einem königlichen Erlass, der nicht zum Zuständigkeitsbereich des Gerichtshofes gehört, stützt, kann ihre Kritik, die nicht ausschließlich die Möglichkeit für den Berufungsrichter betrifft, Klagegründe von Amts wegen aufzuwerfen, sondern mehr allgemein die Unmöglichkeit für die Parteien bezweckt, die Tragweite ihrer Berufung nach dem Einreichen der Antragschrift mit Angabe der Anfechtungsgründe zu erweitern, in den angefochtenen Artikel 89 eingeordnet werden, insofern er nicht bestimmt, dass nicht in dieser Antragschrift angegebene Anfechtungsgründe noch vor dem Gericht angeführt werden könnten.

B.43.3. Die Einrede der Unzulässigkeit wird abgewiesen.

B.44.1. Aus der Begründung geht hervor, dass davon ausgegangen wird, dass die angefochtene Bestimmung « im Interesse aller Parteien » sei, da sie dazu diene, « den Berufungsklägern, die weder einen Rechtsanwalt haben, noch eine umfassende Ausbildung besitzen, die Tragweite der Berufungsschrift und die Möglichkeit, diese zu begrenzen, bewusst zu machen » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, S. 85).

B.44.2. Im Bericht des Kammerausschusses heißt es

« Der Gesetzentwurf dient auch dazu, die Strafsachen in der Berufungsinstanz effizienter zu behandeln.

- Der Kläger wird eine Antragschrift hinterlegen müssen, in der die Anfechtungsgründe, die gegen das Urteil in erster Instanz angeführt werden, genau beschrieben werden, einschließlich der Anfechtungsgründe bezüglich des Verfahrens.

Dies beinhaltet, dass man präzisieren muss, in welchen Punkten die in der ersten Instanz getroffene Entscheidung abgeändert werden muss (beispielsweise ' die Strafe '), und nicht die Klagegründe, die dargelegt werden, um die Anfechtung zu untermauern.

Diese Verpflichtung gilt auch für die Staatsanwaltschaft.

Andernfalls kann der Richter die Berufung für unzulässig erklären.

Dieser Grundsatz ist eigentlich bereits im Gesetz enthalten, jedoch ohne dass dessen Nichteinhaltung mit einer Sanktion der Unzulässigkeit verbunden ist, sodass er keine Folgen hat.

Ein durch königlichen Erlass festgelegtes Formular wird in den Kanzleien, den Gefängnissen, usw. den Klägern zur Verfügung gestellt, sodass jeder, der keinen Rechtsanwalt hat oder keine umfassende Ausbildung erhalten hat, die Tragweite der Berufungsschrift und die Möglichkeit, diese zu begrenzen, verstehen kann.

Derzeit legen Verurteilte allzu oft Berufung ein oder legen automatisch Einspruch ein, ohne darüber nachzudenken. Während der Einspruch dem Kläger im Einspruchsverfahren nicht schaden kann, ist dies bei einem Berufungskläger anders; falls sich eine Partei seiner Berufung anschließt, kann dies zu einer Erschwerung der Strafe oder zu zivilen Interessen führen, die schwerwiegender sind » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/005, SS. 15-16).

B.44.3. In dem Formular, das als Anlage zu dem vorerwähnten königlichen Erlass vom 18. Februar 2016 veröffentlicht wurde und das aufgrund von Artikel 1 dieses königlichen Erlasses für das Einlegen einer Berufung gemäß der angefochtenen Bestimmung verwendet werden kann, wird darum gebeten, eine oder mehrere « Entscheidungen » des ersten Urteils, gegen die ein Anfechtungsgrund angeführt wird, anzukreuzen. Diese Entscheidungen sind hinsichtlich des Strafverfahrens die Schuldigerklärung, die Qualifizierung der Straftat, die Regeln in Bezug auf das Verfahren, das Strafmaß, die Internierung, die Nichtanwendung des beantragten einfachen Aufschubs, des Aufschubs mit Bewährungsaufgaben, der beantragten einfachen Aussetzung oder der Aussetzung mit Bewährungsaufgaben, die Einziehung, sonstige Maßnahmen - Wiedergutmachung oder Zwangsgeld -, die Verjährung, der Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention, der Freispruch und andere Entscheidungen. Bezüglich der Zivilklage sind die Entscheidungen die Zulässigkeit, der Kausalzusammenhang, die Schadensbemessung (Betrag), die Zinsen und andere Entscheidungen.

Diese Auflistung, mit Ausnahme des « Verstoßes gegen die Europäische Menschenrechtskonvention », betrifft nur die Aspekte des Urteils, gegen das Berufung eingelegt wird, und nicht die Argumentation oder die Klagegründe, die durch den Berufungskläger dargelegt werden, um die Berufungsrichter zu überzeugen.

B.44.4. Der Kassationshof hat im Zusammenhang mit dem Begriff « Anfechtungsgrund » im Sinne von Artikel 204 des Strafprozessgesetzbuches präzisiert:

« Ein Anfechtungsgrund im Sinne von Artikel 204 des Strafprozessgesetzbuches ist die spezifische Bestimmung einer getrennten Entscheidung des Urteils, gegen das Berufung eingelegt wird, durch den Berufungskläger, der dessen Abänderung durch den Berufungsrichter beantragt.

Es ist nicht erforderlich, dass der Berufungskläger in seiner Antragschrift oder seinem Formular zur Angabe der Anfechtungsgründe notwendigerweise

- bereits die Gründe angeben muss, warum er diese Abänderung beantragt,
- nur den ' *zutreffendsten* ' Anfechtungsgrund ankreuzt;
- seine Anfechtungsgründe auf diejenigen begrenzt, die nicht von Amts wegen durch den Richter aufgeworfen werden können;
- für jeden angekreuzten Anfechtungsgrund bereits präzisiert, auf welchen Straftatvorwurf sie sich bezieht.

Es obliegt dem Berufungsrichter, unanfechtbar faktisch zu urteilen, ob der Berufungskläger in der Antragschrift oder im Formular seine Anfechtungsgründe gegen das Urteil, gegen das Berufung eingelegt wurde, ausreichend präzise angeführt hat, so wie es durch Artikel 204 des Strafprozessgesetzbuches vorgeschrieben ist » (*Kass.*, 18. April 2017, P.17.0105.N).

« Bei der Anwendung von Artikel 204 des Strafprozessgesetzbuches ist das durch Artikel 6 Absatz 1 EMRK gewährleistete Recht auf gerichtliches Gehör zu berücksichtigen, so wie es durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ausgelegt wird. Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass die Mitgliedstaaten das Einlegen von Rechtsmitteln von Bedingungen abhängig machen können, dass aber der Richter bei der Anwendung dieser Bedingungen nicht übertrieben formalistisch sein darf, wobei die Fairness des Verfahrens beeinträchtigt würde, oder übertrieben flexibel, wobei die vorgeschriebenen Bedingungen ihren Inhalt verlieren würden » (*Kass.*, 18. April 2017, P.17.0147.N).

Der Kassationshof hat ferner präzisiert:

« Gemäß Artikel 204 des Strafprozessgesetzbuches, dessen Verletzung im Klagegrund angeführt wird, ist der Berufungskläger verpflichtet, die Punkte zu präzisieren, bezüglich deren die angefochtene Entscheidung aufzuheben ist. Darin wird ihm nicht vorgeschrieben, anzugeben, aus welchem Grund dies geschehen soll » (*Kass.*, 3. Mai 2017, P.17.0145.F; im selben Sinne *Kass.*, 18. April 2017, Nrn. 17.0031.N und 17.0087.F).

Er hat auch geurteilt:

« 6. Ein Anfechtungsgrund im Sinne von Artikel 204 des Strafprozessgesetzbuches ist die spezifische, in der Berufungsschrift enthaltene Angabe einer bestimmten Entscheidung des angefochtenen Urteils, die der Berufungskläger durch den Berufungsrichter aufheben lassen möchte. Es ist nicht erforderlich, dass der Berufungskläger in der Antragschrift oder dem Formular die Gründe seiner Berufung angibt, und ebenfalls nicht die Klagegründe, die er anführen möchte, um zu erreichen, dass die im Anfechtungsgrund erwähnte Entscheidung aufgehoben wird.

Die Angabe der Anfechtungsgründe wird im Sinne dieser Bestimmung präzisiert, wenn diese es dem Berufungsrichter und den Parteien ermöglicht, die Entscheidung oder die Entscheidungen des angefochtenen Urteils, die der Berufungskläger aufheben lassen möchte, mit Sicherheit zu bestimmen, mit anderen Worten, die Befassung des Berufungsrichters zu bestimmen » (*Kass.*, 28. Juni 2017, P.17.0176.F; 27. September 2017, P.17.0257.F).

B.45.1. Aus der Rechtsprechung des Kassationshofes geht hervor, dass der Begriff « Anfechtungsgrund » im Sinne von Artikel 204 des Strafprozessgesetzbuches sich nicht mit dem Begriff « Klagegrund » in der Bedeutung, die ihm die klagenden Parteien verleihen, deckt. Die angefochtene Bestimmung schreibt also vor, dass der Berufungskläger in seiner Antragschrift die Bestandteile des Urteils in erster Instanz angibt, die er abändern lassen möchte, und nicht die Argumente, die er dazu anführen möchte.

B.45.2. Folglich verhindert die angefochtene Bestimmung nicht, dass der Berufungskläger zum ersten Mal in der Berufungsinstanz und im Laufe des Verfahrens die Klagegründe anführt, die er als geeignet erachtet, um die Abänderung der in erster Instanz ergangenen Entscheidung zu erreichen, gegebenenfalls einschließlich der Überschreitung der angemessenen Frist, oder einer Umkehrung der Rechtsprechung zwischen der ersten und der zweiten Instanz.

B.46. Unter Berücksichtigung des in B.44.4 und B.45 Erwähnten ist der Klagegrund, der gegen Artikel 89 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 gerichtet ist, nicht begründet.

Die unmittelbare Kassationsbeschwerde gegen die Entscheidungen in Anwendung der Artikel 135, 235bis und 235ter des Strafprozessgesetzbuches

B.47. Die klagende Partei in der Rechtssache Nr. 6498 leitet einen Klagegrund ab aus einem Verstoß durch die Artikel 99, 100 und 115 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 gegen die Artikel 10, 11 und 12 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit den Artikeln 6 und 13 der Europäischen Menschenrechtskonvention.

B.48.1. Die angefochtenen Artikel 99, 100 und 115 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 heben die Möglichkeit, unmittelbar Kassationsbeschwerde gegen die Entscheidungen der Anklagekammer in Anwendung der Artikel 135, 235bis und 235ter des Strafprozessgesetzbuches einzureichen, auf. Zu diesem Zweck ändern diese Bestimmungen die Artikel 235bis § 6, 235ter § 6 und 420 Absatz 2 des Strafprozessgesetzbuches ab.

B.48.2. Vor seiner Abänderung durch den angefochtenen Artikel 115 bestimmte Artikel 420 des Strafprozessgesetzbuches:

« Gegen vorbereitende Entscheidungen und Untersuchungsentscheidungen - auch wenn diese ohne Vorbehalt vollstreckt worden sind - kann erst nach dem Endentscheid oder Endurteil Kassationsbeschwerde eingelegt werden.

Es kann jedoch unmittelbar Kassationsbeschwerde eingelegt werden gegen Entscheidungen:

1. über die Zuständigkeit,
2. in Anwendung der Artikel 135, 235bis und 235ter,
3. über die Zivilklage, durch die über den Grundsatz einer Haftung befunden wird,
4. durch die gemäß Artikel 524bis § 1 über die Strafverfolgung befunden und eine besondere Untersuchung über die Vermögensvorteile angeordnet wird ».

B.49.1. Gemäß dem vorerwähnten Artikel 420 Absatz 1 des Strafprozessgesetzbuches ist eine Kassationsbeschwerde gegen vorbereitende Entscheidungen und Untersuchungsentscheidungen erst nach dem Endentscheid oder Endurteil möglich. Artikel 420 Absatz 2 erlaubt ausnahmsweise in begrenzten Fällen die unmittelbare Kassationsbeschwerde gegen einen Entscheid oder ein Urteil, bei denen es sich nicht um Endentscheide oder Endurteile handelt.

B.49.2. Vor der Ersetzung von Artikel 420 Absatz 2 durch den angefochtenen Artikel 115 gehörten zu diesen Ausnahmen die Entscheidungen der Anklagekammer, die in Anwendung von Artikel 135 des Strafprozessgesetzbuches über eine Berufung gegen eine Entscheidung der Ratskammer und in Anwendung von Artikel 235bis desselben Gesetzbuches über die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens getroffen wurden.

Die Möglichkeit zur unmittelbaren Kassationsbeschwerde gegen diese Entscheidungen wurde durch das Gesetz vom 12. März 1998 zur Verbesserung des Strafverfahrens im Stadium der Ermittlung und der gerichtlichen Untersuchung eingeführt. Durch dieses Gesetz wurde vorgesehen, dass Unregelmäßigkeiten, Versäumnisse oder Nichtigkeitsgründe, die Auswirkungen auf eine gerichtliche Untersuchungshandlung oder die Beweiserhebung oder bezüglich des Verweisungsbeschlusses haben können, die durch die Anklagekammer überprüft worden sind, grundsätzlich nicht mehr vor dem Tatsachenrichter aufgeworfen werden können, unbeschadet der Gründe, die sich auf die Beweiswürdigung beziehen oder die öffentliche Ordnung betreffen (Artikel 235bis § 5). Auf diese Weise wollte der Gesetzgeber die Ermittlung endgültig von Unregelmäßigkeiten bereinigen, bevor die Rechtssache an das erkennende Gericht verwiesen wird (*Parl. Dok.*, Kammer, 1996-1997, Nr. 857/1, S. 61).

In der Begründung ist zu lesen:

« Insofern die Klagegründe, die in Ausübung des im geplanten Artikel 135 des Strafprozessgesetzbuches vorgesehenen Rechtsmittels entwickelt oder im Rahmen des geplanten Artikels 235 des Strafprozessgesetzbuches vorgebracht werden, nicht mehr vor dem erkennenden Richter angeführt werden können, musste der Beschuldigte die Möglichkeit erhalten, unmittelbar eine Kassationsbeschwerde gegen eine negative Entscheidung der Anklagekammer einzureichen. Der Entwurf bezweckt, hier eine neue Ausnahme von der Regel des heutigen Artikels 416 Absatz 1 des Strafprozessgesetzbuches vorzusehen, der bestimmt, dass eine Kassationsbeschwerde gegen vorbereitende Entscheide oder Untersuchungsentscheide unzulässig ist, bevor die endgültige Entscheidung zur Sache ausgesprochen worden ist. Da die Fragen bezüglich der Ordnungsmäßigkeit der Untersuchung endgültig bei der Regelung des Verfahrens behandelt werden können, ist es notwendig, dass sie notwendigenfalls durch den Kassationshof geprüft werden können » (*Parl. Dok.*, Kammer, 1996-1997, Nr. 857/1, S. 71).

B.49.3. Ferner war vor der Ersetzung von Artikel 420 Absatz 2 durch den angefochtenen Artikel 115 eine unmittelbare Kassationsbeschwerde auch gegen die Entscheide der Anklagekammer möglich, die in Anwendung von Artikel 235ter des Strafprozessgesetzbuches über die Ordnungsmäßigkeit der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltration ergangen sind.

Diese Möglichkeit wurde durch das Gesetz vom 16. Januar 2009 zur Abänderung der Artikel 189ter, 235ter, 335bis und 416 des Strafprozessgesetzbuches eingefügt infolge des Entscheids Nr. 111/2008 vom 31. Juli 2008, in dem der Gerichtshof festgestellt hatte, dass das Fehlen einer unmittelbaren Kassationsbeschwerde gegen die Entscheide der Anklagekammer gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung verstieß.

Der Gerichtshof hat geurteilt:

« Unter Berücksichtigung der Zielsetzung des Gesetzgebers, die in B.5 dargelegt wurde, gegen die Urteile der Anklagekammer über die Ordnungsmäßigkeit des ihr unterbreiteten Verfahrens in Anwendung von Artikel 235bis eine direkte Kassationsbeschwerde zu ermöglichen durch Abweichung von der in Absatz 1 von Artikel 416 enthaltenen Regel, ist es nicht gerechtfertigt, dass die Urteile der Anklagekammer über die Ordnungsmäßigkeit der besonderen Ermittlungsmethoden der Observation und Infiltration anhand der vertraulichen Akte in Anwendung von Artikel 189ter oder Artikel 235ter nicht ebenfalls Gegenstand einer unmittelbaren Kassationsbeschwerde sein können » (Entscheid Nr. 111/2008 vom 31. Juli 2008, B.8).

B.49.4. Durch den angefochtenen Artikel 115 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, unmittelbar Kassationsbeschwerde gegen die in Anwendung der Artikel 135, 235bis und 235ter des Strafprozessgesetzbuches ergangenen Entscheidungen der Anklagekammer einzulegen, die im früheren Artikel 420 Absatz 2 Nr. 2 desselben Gesetzbuches vorgesehen war, aufgehoben. Diese Gesetzesänderung hat zur Folge, dass für die vorerwähnten Entscheidungen die in Artikel 420 Absatz 1 enthaltene allgemeine Regelung Anwendung findet, sodass eine Kassationsbeschwerde dagegen erst nach dem Endentscheid oder Endurteil möglich ist.

Durch die angefochtenen Artikel 99 und 100 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 werden die Verweisungen in den Artikeln 235bis und 235ter des Strafprozessgesetzbuches auf die unmittelbare Kassationsbeschwerde gestrichen, und sie sind folglich untrennbar verbunden mit dem angefochtenen Artikel 115.

B.49.5. In der Begründung wurde die Aufhebung dieser Möglichkeit zur unmittelbaren Kassationsbeschwerde wie folgt gerechtfertigt:

« Der Wildwuchs der Ausnahmen zu diesem Grundsatz, wonach die Zulässigkeit einer Kassationsbeschwerde gegen die vorbereitenden Entscheidungen und Untersuchungsentscheidungen erst möglich ist nach dem Endentscheid oder dem Endurteil, ist eine der Ursachen für die Überlastung des Gerichtshofes.

Die Streichung der unmittelbaren Kassationsbeschwerde gegen Entscheidungen, die in Anwendung der Artikel 135, 235*bis* und 235*ter* des Strafprozessgesetzbuches ergangen sind, dient dazu, die Ableitungen, die mit der Entwicklung des Verfahrens im Verfahrensverlauf zusammenhängen, zu vermeiden.

Es handelt sich um eine Maßnahme, die nachdrücklich in der 'Übersicht der Gesetze, die vor den Gerichtshöfen und Gerichten Schwierigkeiten bei deren Anwendung oder Auslegung ergeben haben' vorgeschlagen wurde, die am 17. Oktober 2014 durch den Generalprokurator beim Kassationshof dem mit der Gesetzesevaluierung beauftragten Parlamentarischen Ausschuss vorgelegt wurde (Bericht 2013-2014 DOC 54-0435/001, SS. 31 bis 33, so wie in seinem Bericht des Vorjahres).

Sie dient ebenfalls dazu, den negativen Folgen der Verlängerung des Verfahrens bezüglich der Untersuchungshaft und der angemessenen Frist ein Ende zu bereiten.

Dies führt nicht zu einer Abschwächung der Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Verfahrens, sondern zur Vertagung dieser Kontrolle ans Ende des Verfahrens, das heißt dem einzigen Zeitpunkt, zu dem eine vollständige Übersicht besteht und die tatsächlichen Auswirkungen der angeführten Unregelmäßigkeiten auf das Verfahren bestimmt werden können.

Eine solche Lösung würde dem Gerichtshof eine schwere Belastung abnehmen, und die Zahl der abgewiesenen Kassationsbeschwerden zeigt, dass dies längst überfällig war » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, SS. 104-105).

B.50. Die klagende Partei in der Rechtssache Nr. 6498 führt an, dass die angefochtenen Artikel 109, 110 und 115 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 gegen die Artikel 10, 11 und 12 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit den Artikeln 6 und 13 der Europäischen Menschenrechtskonvention, verstießen, weil « die Staatsanwaltschaft und die Zivilpartei eine unmittelbare Kassationsbeschwerde gegen jede Verfügung zur Einstellung der Verfolgung einlegen können, auch wenn diese auf der Unregelmäßigkeit der gerichtlichen Untersuchung beruht, während hingegen der Beschuldigte keine unmittelbare Kassationsbeschwerde gegen einen Verweisungsbeschluss einlegen kann, selbst dann nicht, wenn er die Unregelmäßigkeit der gerichtlichen Untersuchung anführt ».

B.51.1. Die klagende Partei legt nicht dar, inwiefern die angefochtenen Bestimmungen gegen Artikel 12 der Verfassung und Artikel 13 der Europäischen Menschenrechtskonvention verstießen.

Der Klagegrund ist nicht zulässig, insofern er aus einem Verstoß gegen diese Bestimmungen abgeleitet ist.

B.51.2. Der Ministerrat führt an, dass Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention in diesem Fall nicht anwendbar sei.

B.51.3. Auch wenn Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention grundsätzlich nicht in der Phase vor dem Strafverfahren vor den Gerichten, die über die Stichhaltigkeit der strafrechtlichen Anklage urteilen, anwendbar ist, muss dennoch berücksichtigt werden, dass die Erfordernisse von Artikel 6 eine Rolle vor der Anhängigmachung der Rechtssache bei dem Tatsachenrichter spielen können, wenn und insofern dessen ursprüngliche Verletzung die faire Beschaffenheit des Verfahrens ernsthaft zu gefährden droht (EuGHMR, 24. November 1993, *Imbrioscia* gegen Schweiz, § 36).

B.52. Der Gerichtshof muss beurteilen, ob der Behandlungsunterschied zwischen einerseits der Staatsanwaltschaft und der Zivilpartei, die unmittelbar Kassationsbeschwerde gegen einen Entscheid der Verfahrenseinstellung einlegen können, und andererseits den Beschuldigten, die keine unmittelbare Kassationsbeschwerde gegen einen Verweisungsentscheid einlegen kann, vereinbar ist mit den Artikeln 10 und 11 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention.

Dieser Behandlungsunterschied ergibt sich daraus, dass ein Entscheid über die Verfahrenseinstellung ein Endentscheid ist, gegen den gemäß Artikel 417 des Strafprozessgesetzbuches unmittelbar Kassationsbeschwerde eingelegt werden kann, während ein Verweisungsentscheid eine vorbereitende Entscheidung oder Untersuchungsentscheidung ist, gegen die gemäß der allgemeinen Regel von Artikel 420 Absatz 1 und infolge der Aufhebung der in dessen früherem Absatz 2 Nr. 2 vorgesehenen Ausnahme durch die angefochtene Bestimmung eine Kassationsbeschwerde erst nach der Endentscheidung eingelegt werden kann.

B.53. Der Behandlungsunterschied zwischen gewissen Kategorien von Personen, der sich aus der Anwendung unterschiedlicher Verfahrensregeln unter unterschiedlichen Umständen ergibt, ist an sich nicht diskriminierend. Es könnte nur eine Diskriminierung vorliegen, wenn der Behandlungsunterschied, der sich aus der Anwendung dieser Verfahrensregeln ergibt, zu einer unverhältnismäßigen Einschränkung der Rechte der betroffenen Personen führen würde.

B.54. Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, der das Recht auf ein faires Verfahren gewährleistet, beinhaltet nicht auf allgemeine Weise das Recht auf eine Kassationsbeschwerde. Wenn der Gesetzgeber jedoch das Rechtsmittel der Kassationsbeschwerde vorsieht, muss er dabei einen fairen Verlauf des Verfahrens gewährleisten und kann er dieses Rechtsmittel nicht ohne vernünftige Rechtfertigung bestimmten Kategorien von Rechtssuchenden vorenthalten.

Das Recht auf gerichtliches Gehör, das zum Recht auf ein faires Verfahren gehört, kann Zulässigkeitsbedingungen unterworfen werden, insbesondere hinsichtlich des Einlegens eines Rechtsmittels. Diese Bedingungen dürfen allerdings nicht dazu führen, dass das Recht dergestalt eingeschränkt wird, dass seine Substanz angetastet wird. Dies wäre der Fall, wenn die Einschränkungen kein rechtmäßiges Ziel verfolgen oder wenn es zwischen den eingesetzten Mitteln und dem angestrebten Ziel keinen vernünftigen Zusammenhang der Verhältnismäßigkeit gibt. Die Vereinbarkeit dieser Einschränkungen mit dem Recht auf gerichtliches Gehör hängt von den besonderen Aspekten des fraglichen Verfahrens ab und wird im Lichte des Verfahrens insgesamt beurteilt (EuGHMR, 29. März 2011, *RTBF* gegen Belgien, § 69-70).

B.55.1. Durch die angefochtenen Bestimmungen wird eine Maßnahme eingeführt, die bereits wiederholt durch den Kassationshof vorgeschlagen wurde im Hinblick auf die Abarbeitung eines beträchtlichen und anhaltenden gerichtlichen Rückstandes (siehe Bericht 2012-2013 des Generalprokurators beim Kassationshof an den mit der Gesetzesevaluierung beauftragten Parlamentarischen Ausschuss, *Parl. Dok.*, Kammer, 2012-2013, DOC 53-1414/011, und Senat, 2012-2013, Nr. 5-1453/7, SS. 5-10; Bericht 2013-2014 des Generalprokurators beim Kassationshof an den mit der Gesetzesevaluierung beauftragten Parlamentarischen Ausschuss, *Parl. Dok.*, Kammer, 2014-2015, DOC 54-0435/001, und Senat, 2014-2015, Nr. 6-39/1, SS. 31-33).

Die Zunahme von Kassationsbeschwerden und der sich daraus ergebende Rückstand wären unter anderem durch die Möglichkeit zu erklären, in Abweichung von dem allgemeinen Grundsatz von Artikel 420 Absatz 1 des Strafprozessgesetzbuches unmittelbar Kassationsbeschwerde gegen die Entscheidungen der Anklagekammer in Anwendung der Artikel 135, 235*bis* und 235*ter* desselben Gesetzbuches einzulegen (siehe Bericht 2012-2013 des Generalprokurators beim Kassationshof an den mit der Gesetzesevaluierung beauftragten Parlamentarischen

Ausschuss, ebenda, S. 8). Gemäß den Vorarbeiten zu der angefochtenen Bestimmung « artet diese Möglichkeit oft in einen Prozess während des Prozesses aus, so dass die Verfahren, in deren Verlauf die gleichen Fragen erneut in einer anderen Form oder durch eine andere Partei gestellt werden, übermäßig verlängert werden, noch bevor in der Rechtssache das Urteil zur Sache gefällt wird » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/005, S. 19).

B.55.2. Die angefochtenen Bestimmungen dienen somit einem rechtmäßigen Ziel, nämlich der Beherrschung und Abarbeitung eines erheblichen gerichtlichen Rückstands, und sind sachdienlich, um dieses Ziel zu erreichen.

Sie beinhalten keine unverhältnismäßige Begrenzung der Rechte der betroffenen Personen. Infolge der Aufhebung der Möglichkeit, unmittelbar Kassationsbeschwerde gegen die Entscheidungen der Anklagekammer in Anwendung der Artikel 135, 235*bis* und 235*ter* des Strafprozessgesetzbuches einzulegen, wird die allgemeine Regel von Artikel 420 Absatz 1 dieses Gesetzbuches zur Anwendung gebracht. Gegen diese Entscheidungen ist also immer eine Kassationsbeschwerde möglich, auch wenn es erst nach dem Endentscheid oder dem Endurteil der Fall ist.

B.55.3. Der Gesetzgeber hat jedoch mit den angefochtenen Bestimmungen diesbezüglich die durch das Gesetz vom 12. März 1998 getroffene Entscheidung, die Untersuchungsakte endgültig von Unregelmäßigkeiten zu bereinigen, bevor die Rechtssache an den erkennenden Richter verwiesen wird, rückgängig gemacht. Eine solche Änderung der Politik gehört zur Beurteilungsbefugnis des Gesetzgebers.

Wie aus den in B.49.5 zitierten Vorarbeiten hervorgeht, ist diese Entscheidung gerechtfertigt durch die Feststellung, dass die Möglichkeit, unmittelbar Kassationsbeschwerde gegen die Entscheidungen der Anklagekammer in Anwendung der Artikel 135, 235*bis* und 235*ter* einzulegen, zu einem Strom von Kassationsbeschwerden und einem erheblichen gerichtlichen Rückstand geführt hat. Diese Entscheidung entspricht im Übrigen Entwicklungen in der Rechtsprechung und der Gesetzgebung, die zur Folge haben, dass die Unregelmäßigkeiten, Versäumnisse oder Nichtigkeitsgründe, die durch die Anklagekammer geprüft wurden, unter bestimmten Umständen noch dem erkennenden Richter unterbreitet werden können, sodass das mit dem Gesetz vom 12. März 1998 angestrebte Ziel in jedem Fall nicht vollständig erreicht wird.

B.56. Der gegen die Artikel 99, 100 und 115 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 gerichtete Klagegrund ist nicht begründet.

Die Fristen zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft

B.57. Die klagenden Parteien in den Rechtssachen Nrn. 6493 und 6498 beantragen die Nichtigerklärung der Artikel 128, 129, 130 und 136 des Gesetzes vom 5. Februar 2016. Sie führen an, dass diese Bestimmungen nicht vereinbar seien mit den Artikeln 10, 11, 12 und 23 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit Artikel 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention und mit anderen Vertragsbestimmungen und Grundsätzen.

Die klagende Partei in der Rechtssache Nr. 6493 beantragt ebenfalls die Nichtigerklärung von Artikel 121 des Gesetzes vom 5. Februar 2016, der untrennbar mit dem angefochtenen Artikel 128 verbunden sei.

B.58. Der Ministerrat führt an, dass die klagende Partei in der Rechtssache Nr. 6493 ausschließlich Beschwerdegründe gegen die Artikel 121 und 128 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 anführe, sodass der Klagegrund für unzulässig erklärt werden müsse, insofern er gegen die Artikel 129, 130 und 136 desselben Gesetzes gerichtet sei.

Da der dritte Klagegrund in der Rechtssache Nr. 6498 ebenfalls gegen die Artikel 129, 130 und 136 gerichtet ist und dessen Zulässigkeit nicht bestritten wird, ist es nicht notwendig, über diese Einrede zu urteilen, da deren Untersuchung nicht zu einer Begrenzung der Klagen in den anderen verbundenen Rechtssachen führen kann.

B.59.1. Durch die angefochtenen Artikel 128, 129, 130 und 136 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 werden die Fristen für die Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft, so wie sie in den Artikeln 22, 22*bis*, 23 und 30 des Gesetzes vom 20. Juli 1990 über die Untersuchungshaft (nachstehend: Gesetz vom 20. Juli 1990) vorgesehen sind, abgeändert.

B.59.2. Aufgrund von Artikel 21 des Gesetzes vom 20. Juli 1990 ist der erste Beschluss zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft, der durch die Ratskammer innerhalb von fünf Tagen nach der Zustellung des Haftbefehls gefasst werden muss, einen Monat lang gültig.

B.59.3. Artikel 22 des Gesetzes vom 20. Juli 1990 betrifft die Frist für die Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft ab dem zweiten Erscheinen des Beschuldigten vor der Ratskammer.

Vor seiner Abänderung durch den angefochtenen Artikel 128 bestimmte Artikel 22, dass die Ratskammer, solange die Untersuchungshaft nicht beendet und die gerichtliche Untersuchung nicht abgeschlossen wurde, von Monat zu Monat über die Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft befand (Artikel 22 Absatz 1). Wenn die zu Last gelegte Tat nicht zum Anwendungsbereich von Artikel 2 des Gesetzes vom 4. Oktober 1867 über die mildernden Umstände gehörte, befand die Ratskammer alle drei Monate über die Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft (Artikel 22 Absatz 2).

Im früheren Artikel 22 wurde somit unterschieden zwischen einerseits den Vergehen und den korrekionalisierbaren Verbrechen sowie andererseits den nicht korrekionalisierbaren Verbrechen; während der Beschluss zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft für die erstgenannten Straftaten immer für einen Monat gültig war, galt für die nicht korrekionalisierbaren Verbrechen ab dem zweiten Erscheinen vor der Ratskammer eine Frist für die Aufrechterhaltung von drei Monaten.

Im Falle eines Beschlusses zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft für drei Monate wurde die Akte monatlich dem Beschuldigten zur Verfügung gestellt (Artikel 22 letzter Absatz). Überdies konnte der Beschuldigte aufgrund des früheren Artikels 22*bis* des Gesetzes vom 20. Juli 1990 monatlich eine Antragschrift auf Freilassung bei der Ratskammer einreichen. Wenn die Ratskammer beschloss, die Untersuchungshaft aufrechtzuerhalten, war diese Entscheidung für drei Monate gültig, auch wenn der Beschuldigte nach einem Monat erneut eine Antragschrift auf Freilassung einreichen konnte.

Aufgrund des früheren Artikels 30 § 4 Absatz 1 des Gesetzes vom 20. Juli 1990 galten für den Entscheid der Anklagekammer, der in der Berufungsinstanz gegen den Beschluss der Ratskammer getroffen wurde, die gleichen Fristen für die Aufrechterhaltung wie für den Beschluss der Ratskammer; der Entscheid enthielt somit einen Freiheitsentziehungstitel für einen Monat, wenn die zu Last gelegte Tat ein Vergehen oder ein korrekionalisierbares Verbrechen betraf, oder einen Freiheitsentziehungstitel für drei Monate, wenn sie ein nicht korrekionalisierbares Verbrechen betraf und die Berufung sich auf die zweite oder die nachfolgende Entscheidung über die Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft bezog. Ferner bestimmte Artikel 30 § 4 Absatz 2, dass in dem Fall, dass die Anklagekammer in einem getrennten Entscheid über die Untersuchungshaft urteilte, nachdem sie in Anwendung der Artikel 135 und 235 des Strafprozessgesetzbuches einen Untersuchungsbeamten mit einer Rechtssache beauftragt hatte und dem Beschuldigten die Freiheit entzogen wurde, der Entscheid zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft als Freiheitsentziehungstitel für einen Monat galt.

B.59.4. Durch die angefochtenen Bestimmungen wurden diese Fristen für die Aufrechterhaltung geändert.

Der neue Artikel 22 Absätze 1 und 2 des Gesetzes vom 20. Juli 1990, ersetzt durch den angefochtenen Artikel 128, bestimmt:

« Solange die Untersuchungshaft nicht beendet wird und die gerichtliche Untersuchung nicht abgeschlossen ist, befindet die Ratskammer von Monat zu Monat oder, ab der dritten Entscheidung, alle zwei Monate über die Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft sowie über die Modalitäten für deren Vollstreckung.

Ab der dritten Entscheidung gilt der Beschluss zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft und über die Modalitäten für deren Vollstreckung als Freiheitsentziehungstitel für zwei Monate ».

Die Artikel 22 letzter Absatz und 22bis des Gesetzes vom 20. Juli 1990, die im Falle einer Entscheidung zur Aufrechterhaltung für drei Monate eine monatliche Zurverfügungstellung der Akte beziehungsweise die Möglichkeit zum Einreichen einer Antragschrift auf Freilassung vorsahen, wurden durch die angefochtenen Artikel 128 und 129 aufgehoben.

Die Verweisungen auf den aufgehobenen Artikel 22bis in diesen Artikeln 23 und 30 des Gesetzes vom 20. Juli 1990 wurden durch die angefochtenen Artikel 130 und 136 gestrichen.

Schließlich wurden durch den angefochtenen Artikel 136 in Artikel 30 § 4 des Gesetzes vom 20. Juli 1990 die Fristen der Aufrechterhaltungsentscheidungen der Anklagekammer geändert. Artikel 30 § 4 bestimmt seither:

« Das Berufungsgericht befindet unter Berücksichtigung der Umstände der Sache zum Zeitpunkt der Entscheidung. Wenn die Anklagekammer in den in den Artikeln 21, 22 und 28 erwähnten Fällen entscheidet, die Untersuchungshaft aufrechtzuerhalten, gilt der Entscheid als Freiheitsentziehungstitel für einen Monat ab der Entscheidung, wenn sie sich auf den ersten oder zweiten Beschluss der Ratskammer bezieht, oder für zwei Monate ab der Entscheidung, wenn sie sich auf einen nachfolgenden Beschluss bezieht.

Wenn die Anklagekammer in Anwendung der Artikel 135 und 235 des Strafprozessgesetzbuches einen Untersuchungsmagistraten mit der Sache befasst und wenn der Beschuldigte inhaftiert ist, befindet die Anklagekammer über die Untersuchungshaft in einem getrennten Entscheid, der bei Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft als Hafttitel für zwei Monate gilt ».

B.59.5. Durch die angefochtenen Bestimmungen wurde somit der frühere Unterschied zwischen einerseits den Vergehen und den korrekionalisierbaren Verbrechen und andererseits den nicht korrekionalisierbaren Verbrechen aufgehoben. Für alle Straftaten gilt, dass die erste und die zweite Entscheidung der Ratskammer oder, nach Berufung, der Anklagekammer zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft einen Freiheitsentziehungstitel für einen Monat beinhalten, während die nachfolgenden Entscheidungen zur Aufrechterhaltung einen Freiheitsentziehungstitel für zwei Monate beinhalten. Der Beschuldigte verfügt nicht mehr über die Möglichkeit, in der Zwischenzeit eine Antragschrift auf Freilassung einzureichen, und die Akte wird nicht monatlich zur Verfügung gestellt.

B.59.6. Diese Änderungen der Fristen zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft wurden wie folgt gerechtfertigt:

« Der erste Punkt betrifft die Änderung der monatlichen Kontrolle.

Aus der Untersuchung ' Die Untersuchungshaft und ihre Alternativen. Untersuchende und Akteure in der Debatte ' des LIKK (2011) können eine Reihe mittlerer Fristen der Untersuchungshaft abgeleitet werden.

So ist ersichtlich, dass Personen, die des Totschlags verdächtigt werden, am längsten in Untersuchungshaft bleiben (141,6 Tage). Längere Haftzeiten wurden auch festgestellt bei den Straftaten ' Bandenbildung ' (97,2 Tage), ' Menschenhandel ' (87,7 Tage), ' Geiselnahme ' (79,8 Tage) und ' Vergewaltigung ' (70,3 Tage). Für die drei am häufigsten vorkommenden Kategorien von Straftaten ' Diebstahl ', ' Diebstahl mit Gewaltanwendung ' und ' Drogen ' wurde eine Dauer der Untersuchungshaft von 51,8 Tagen, 60,5 Tagen beziehungsweise 66,0 Tagen festgestellt (Seite 52 der Untersuchung).

Auf der Grundlage dieser Zahlen erscheint es angebracht, die Kontrollzeitpunkte der Untersuchungshaft anzupassen und auf einheitliche Weise zu gestalten [...].

In diesem Entwurf wird folgender Ablauf für die Kontrolle der Notwendigkeit zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft vorgeschlagen: fünf Tage - ein Monat - ein Monat - anschließend alle zwei Monate.

[...]

Ein solcher Verlauf entspricht einerseits den Feststellungen der durchschnittlichen Dauer einer Untersuchungshaft und der Gewährleistung einer regelmäßigen Kontrolle der weiteren Notwendigkeit zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft und entspricht andererseits auch dem durch den Gesetzgeber 2005 angestrebten Ziel der Rationalisierung des Verfahrens für die gerichtlichen Untersuchungen von längerer Dauer, und dies auf eine einheitliche Weise für alle Straftaten, um die Unklarheiten und Schwierigkeiten, die nach 2005 entstanden sind, zu vermeiden (siehe weiter Punkt 2 dieser Begründung).

Gleichzeitig wird daran erinnert, dass der Untersuchungsrichter gemäß Artikel 25 des Gesetzes jederzeit beschließen kann, den Haftbefehl aufzuheben, ohne dass die Staatsanwaltschaft Berufung gegen diesen Aufhebungsbeschluss einlegen kann.

Das Ziel dieser Bestimmung besteht also nicht darin, die Untersuchungshaft zu verlängern, sondern darin, das Kontrollverfahren zu vereinfachen und zu rationalisieren, indem die Fristen für alle Straftatvorwürfe vereinheitlicht werden.

Der zweite Punkt betrifft die Aufhebung des durch den Gesetzgeber im Jahr 2005 eingeführten Unterschieds bezüglich der dreimonatlichen Kontrolle der Untersuchungshaft in Bezug auf nicht korrekionalisierbare Verbrechen. Der Unterschied wurde eingefügt im Hinblick auf eine gewisse Rationalisierung des Verfahrens, ausgehend von der Feststellung, dass für nicht korrekionalisierbare Verbrechen eine gerichtliche Untersuchung von längerer Dauer notwendig ist. Mit dieser Änderung wollte der Gesetzgeber vermeiden, dass die Akte zu sehr zwischen dem Untersuchungsrichter und der Ratskammer ' hin und her gereicht ' würde und somit kostbare Zeit gewonnen werden könnte, damit der Untersuchungsrichter über mehr Zeit für seine Akte verfügen und seine Untersuchung somit weiterführen könnte.

Trotz dieses ehrbaren Ziels war der durch den Gesetzgeber eingeführte Unterschied seither eine Quelle von Schwierigkeiten und Unklarheiten in der Rechtspraxis, und auch in der Rechtslehre war er Gegenstand von herber Kritik. In den aufeinander folgenden Berichten zur Gesetzesevaluierung des Kollegiums der Generalprokuratoren wurde er ständig als ein wichtiger, wenn nicht gar der wichtigste Kritikpunkt im Gesetz über die Untersuchungshaft angeführt. Daher ist zu schlussfolgern, dass es angebracht ist, wieder eine einheitliche Dauer vorzusehen ohne irgendeinen Unterschied zwischen den Straftaten, die dem Haftbefehl zugrunde liegen.

Die letzte Anpassung ist schließlich eine technische Anpassung, die sich aus der Aufhebung des Unterschieds zwischen den korrekionalisierbaren und den nicht korrekionalisierbaren Verbrechen ergibt. Angesichts der Aufhebung von Absatz 2 müssen diese Passagen, in denen auf die Zurverfügungstellung der Akte *in casu* und die Weise der Zurverfügungstellung der Akte verwiesen wird, auch aufgehoben werden. [...]

In seinem Gutachten 57 792/1/V (Nr. 89) präzisiert der Staatsrat: ' Angesichts dieser Erklärung und des Umstandes, dass eine zweimonatliche Kontrolle der Untersuchungshaft nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte nicht im Widerspruch zu Artikel 5 EMRK steht (siehe beispielsweise EuGHMR, 2. Oktober 2012, *Abdulkhakov* gegen Russland, § 213), scheinen die in Artikel 126 des Entwurfs enthaltenen Änderungen annehmbar zu sein. ' » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, SS. 120-122).

Bezüglich der Aufhebung der Möglichkeit für den Beschuldigten wegen eines nicht korrekionalisierbaren Verbrechens monatlich eine Antragschrift auf Freilassung einzureichen, ist in den Vorarbeiten zu lesen:

« Angesichts der Aufhebung dieses Unterschieds [in Bezug auf die nicht korrekionalisierbaren Verbrechen], der Aufhebung des vorerwähnten Artikels 136ter des Strafprozessgesetzbuches und der Verkürzung der Höchstfristen (von drei auf zwei Monate verkürzt) zwischen zwei Kontrollen der Untersuchungshaft durch die Ratskammer muss auch dieser Artikel aufgehoben werden » (ebenda, S. 122).

B.60. Die klagende Partei in der Rechtssache Nr. 6493 führt an, dass der angefochtene Artikel 128 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung verstoße, insofern dadurch ein Behandlungsunterschied eingeführt werde zwischen einerseits Personen in Untersuchungshaft bei einem ersten und einem zweiten Erscheinen vor dem Untersuchungsgericht, wobei die Haft monatlich geprüft werde, und andererseits Personen in Untersuchungshaft bei einem dritten oder späteren Erscheinen vor demselben Gericht, wobei die Haft alle zwei Monate geprüft werde.

B.61. Die Artikel 10 und 11 der Verfassung setzen einen Vergleich der Situation von zwei unterschiedlichen Kategorien von Personen voraus, nicht der Situation derselben Person in aufeinander folgenden Phasen desselben Verfahrens.

Der Umstand, dass dieselbe Person unterschiedlich behandelt wird bezüglich der Frist zur Aufrechterhaltung seiner Untersuchungshaft, je nachdem, ob es sich um eine erste oder zweite Entscheidung zur Aufrechterhaltung oder um eine nachfolgende Entscheidung zur Aufrechterhaltung handelt, kann an sich keinen Verstoß gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung beinhalten.

B.62. Die klagenden Parteien in den Rechtssachen Nrn. 6493 und 6498 führen ferner an, dass die angefochtenen Bestimmungen gegen die Artikel 10, 11 und 12 der Verfassung in Verbindung mit Artikel 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention verstießen, indem durch diese Bestimmungen die Frist zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft auf zwei Monate verlängert werde, ohne dass die Beschuldigten in der Zwischenzeit eine Antragschrift auf Freilassung einreichen könnten.

B.63.1. Artikel 12 Absatz 3 der Verfassung, vor der Revision vom 24. Oktober 2017, bestimmte :

« Außer bei Entdeckung auf frischer Tat darf jemand nur festgenommen werden aufgrund einer mit Gründen versehenen richterlichen Anordnung, die bei der Festnahme oder spätestens binnen vierundzwanzig Stunden zugestellt werden muss ».

Artikel 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention bestimmt:

« (1) Jeder Mensch hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Die Freiheit darf einem Menschen nur in den folgenden Fällen und nur auf dem gesetzlich vorgeschriebenen Wege entzogen werden:

[...]

c) wenn er rechtzeitig festgenommen worden ist oder in Haft gehalten wird zum Zwecke seiner Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, sofern hinreichender Verdacht dafür besteht, dass der Betreffende eine strafbare Handlung begangen hat, oder begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, den Betreffenden an der Begehung einer strafbaren Handlung oder an der Flucht nach Begehung einer solchen zu verhindern.

[...]

(3) Jede nach den Vorschriften des Absatzes 1c dieses Artikels festgenommene oder in Haft gehaltene Person muss unverzüglich einem Richter oder einem anderen gesetzlich zur Ausübung richterlicher Funktionen ermächtigten Beamten vorgeführt werden. Er hat Anspruch auf Aburteilung innerhalb einer angemessenen Frist oder Haftentlassung während des Verfahrens. Die Freilassung kann von der Leistung einer Sicherheit für das Erscheinen vor Gericht abhängig gemacht werden.

(4) Jeder, der seiner Freiheit durch Festnahme oder Haft beraubt ist, hat das Recht, ein Verfahren zu beantragen. In dem von einem Gericht unverzüglich über die Rechtmäßigkeit der Haft entschieden wird und im Falle der Widerrechtlichkeit seine Entlassung angeordnet wird.

[...] ».

B.63.2. Angesichts der fundamentalen Bedeutung des *habeas corpus* sind alle Begrenzungen der individuellen Freiheit restriktiv auszulegen und ist ihre Verfassungsmäßigkeit mit größter Umsicht zu prüfen.

B.63.3. Wenn eine für Belgien verbindliche Vertragsbestimmung eine Tragweite hat, die analog zu derjenigen einer der Verfassungsbestimmungen ist, deren Prüfung zum Zuständigkeitsbereich des Gerichtshofes gehört und gegen die ein Verstoß angeführt wird, bilden die in dieser Vertragsbestimmung enthaltenen Garantien ein untrennbares Ganzes mit den Garantien, die in die betreffenden Verfassungsbestimmungen aufgenommen wurden.

B.63.4. Da sowohl Artikel 12 der Verfassung als auch Artikel 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention das Recht auf individuelle Freiheit gewährleisten, muss der Gerichtshof bei der Prüfung anhand dieser Verfassungsbestimmung die vorerwähnte Vertragsbestimmung berücksichtigen.

B.64.1. Aufgrund von Artikel 5 Absatz 4 der Europäischen Menschenrechtskonvention hat jeder, der seiner Freiheit durch Festnahme oder Haft beraubt ist, das Recht, ein Verfahren zu beantragen, in dem von einem Gericht unverzüglich über die Rechtmäßigkeit der Haft entschieden wird und im Falle der Widerrechtlichkeit seine Entlassung angeordnet wird.

Ein System der automatischen regelmäßigen Prüfung der Rechtmäßigkeit der Haft, ohne dass die Person in Untersuchungshaft die Möglichkeit hat, in der Zwischenzeit eine Antragschrift auf Prüfung einzureichen, ist an sich nicht unvereinbar mit Artikel 5 Absatz 4, unter der Bedingung, dass die Prüfung innerhalb angemessener Zeitabstände erfolgt (EuGHMR, 24. September 2000, *Herczegfalvy* gegen Österreich, § 75; 2. Oktober 2012, *Abdulkhakov* gegen Russland, § § 209 und 210). Dieses Erfordernis einer Prüfung innerhalb angemessener Zeitabstände ist unterschiedlich je nach der Art der betroffenen Freiheitsentziehung. Eine Untersuchungshaft, das heißt eine Maßnahme, die gemäß der Europäischen Konvention von strikt begrenzter Dauer sein muss, erfordert kurze Zwischenabstände (EuGHMR, 25. Oktober 1989, *Bezicheri* gegen Italien, § 21; *Abdulkhakov* gegen Russland, ebenda, § 213).

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat bereits geurteilt, dass ein System der automatischen regelmäßigen Prüfung der Untersuchungshaft mit einer Höchstfrist von zwei Monaten zwischen den Prüfungen mit Artikel 5 Absatz 4 der Konvention vereinbar ist (EuGHMR, 15. November 2005, *Reinprecht* gegen Österreich, § § 24 und 33; *Abdulkhakov* gegen Russland, ebenda, § 213).

B.64.2. Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Zwischenabstände, wodurch das Erfordernis einer « kurzfristigen » Entscheidung im Sinne des vorerwähnten Artikels 5 Absatz 4 erfüllt ist, müssen die verschiedenen Verfahrensbestimmungen und Fristen, so wie sie im internen Recht vorgesehen sind, berücksichtigt werden (EuGHMR, 21. April 2009, *Raducu* gegen Rumänien, § 82).

Aufgrund von Artikel 22 Absätze 1 und 2 des Gesetzes vom 20. Juli 1990, ersetzt durch den angefochtenen Artikel 128, sind die erste und die zweite Entscheidung der Ratskammer und gegebenenfalls der Anklagekammer in der Berufungsinstanz zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft für einen Monat gültig. Erst ab der dritten

Entscheidung zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft beinhaltet die Entscheidung einen Freiheitsentziehungstitel für zwei Monate. Der Gesetzgeber konnte dabei die Feststellung berücksichtigen, dass nur für die schwersten Straftaten die Untersuchungshaft länger dauert als zwei Monate und fünf Tage, sodass die Frist zur Aufrechterhaltung von zwei Monaten in der Praxis nur in diesen Fällen angewandt wird (siehe *Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/005, S. 59).

Insofern die klagende Partei in der Rechtssache Nr. 6493 diesbezüglich anführt, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte strengere Bedingungen in Bezug auf die Rechtmäßigkeit der Untersuchungshaft auferlege, je länger die Haft dauere, ist festzustellen, dass diese Bedingungen die Begründung der Untersuchungshaft betreffen. So erklärt der Europäische Gerichtshof, dass die in Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe c) aufgelisteten Gründe zur Rechtfertigung der Untersuchungshaft im Laufe der Zeit an Relevanz verlieren und dass die Gerichtsbehörden noch mehr spezifische Gründe anführen müssen, um die Verlängerung der Untersuchungshaft zu rechtfertigen (EuGHMR, 16. März 2010, *Jiga* gegen Rumänien, § 76). Die angefochtenen Bestimmungen, mit denen bloß die Frist der Entscheidung zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft verlängert wird, je länger die Haft dauert, beeinträchtigen nicht diese besondere Begründungspflicht für die Untersuchungsgerichte, die ungekürzt bestehen bleibt.

Aufgrund von Artikel 25 des Gesetzes vom 20. Juli 1990 kann der Untersuchungsrichter zu jedem Zeitpunkt der Untersuchung von Amts wegen oder auf Antrag des Prokurators des Königs entscheiden, den Haftbefehl aufzuheben, ohne dass gegen diese Entscheidung ein Rechtsmittel möglich ist. Somit kann der Untersuchungsrichter, wenn im Zeitraum zwischen den automatischen Prüfungen der Untersuchungshaft neue Elemente auftauchen, die einen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit der Untersuchungshaft haben können, diese Elemente beurteilen und gegebenenfalls die Freilassung der betroffenen Person anordnen.

B.64.3. Unter Berücksichtigung dieser Umstände und der vorerwähnten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte kann nicht geschlussfolgert werden, dass die angefochtenen Bestimmungen, in denen ab der dritten Entscheidung zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft eine Frist zur Aufrechterhaltung von zwei Monaten vorgesehen ist, ohne dass der Beschuldigte die Möglichkeit hat, in der Zwischenzeit eine Antragschrift auf vorläufige Freilassung einzureichen, unverhältnismäßig wären im Lichte von Artikel 5 Absatz 4 der Europäischen Menschenrechtskonvention. Es obliegt dem zuständigen Richter, unter Berücksichtigung der Umstände der Rechtssache und insbesondere ihrer Komplexität, des Verhaltens des Rechtsunterworfenen und der Haltung der zuständigen Behörden, zu prüfen, ob in einer bestimmten Rechtssache die « kurze Frist » im Sinne des vorerwähnten Artikels 5 Absatz 4 überschritten wurde.

B.64.4. Zur Untermauerung ihres Klagegrunds verweist die klagende Partei in der Rechtssache Nr. 6493 ferner auf die Regel 17(2) der Empfehlung REC(2006)13 des Ministerkomitees des Europarates vom 27. September 2006 an die Mitgliedstaaten « über die Anwendung von Untersuchungshaft, die Bedingungen, unter denen sie vollzogen wird, und Schutzmaßnahmen gegen Missbrauch », der bestimmt:

« Der Zeitraum zwischen den Überprüfungen soll grundsätzlich nicht länger als einen Monat betragen, es sei denn, die betroffene Person hat das Recht, jederzeit einen Antrag auf Freilassung zu stellen und diesen prüfen zu lassen ».

Ferner verweist sie auf den Grundsatz 32.1 der Resolution A/RES/43/173 der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 9. Dezember 1988 « Grundsatzkatalog für den Schutz aller irgendeiner Form von Haft oder Strafgefängenschaft unterworfenen Personen », der bestimmt:

« Der Inhaftierte oder sein Verteidiger hat darauf Anspruch, jederzeit gemäß dem innerstaatlichen Recht ein Verfahren vor einem Richter oder einer Behörde zu beantragen, um die Rechtmäßigkeit seiner Haft anzufechten und im Falle ihrer Unrechtmäßigkeit seine unverzügliche Freilassung zu erwirken ».

Diese Empfehlung und diese Resolution sind nicht bindend. Die Nichteinhaltung der darin enthaltenen Grundsätze, auch wenn sie im Zusammenhang mit den im Klagegrund angeführten Bestimmungen betrachtet werden, kann folglich nicht die Nichtigerklärung der angefochtenen Bestimmungen rechtfertigen.

B.65. Die angefochtenen Bestimmungen verletzen folglich nicht die Artikel 10, 11 und 12 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit Artikel 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention.

Die Verbindung mit den anderen im Klagegrund angeführten Vertragsbestimmungen und Grundsätzen führt nicht zu einem anderen Ergebnis.

B.66. Die klagende Partei in der Rechtssache Nr. 6493 führt schließlich einen Verstoß gegen die in Artikel 23 der Verfassung enthaltene Stillhalteverpflichtung an, indem der angefochtene Artikel 128 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 von der zuvor garantierten monatlichen Kontrolle der Untersuchungshaft abweiche, ohne dass dies durch Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden könnte.

B.67. Im Klagegrund wird ein Verstoß gegen die in Artikel 23 enthaltene Stillhalteverpflichtung angeführt, ohne zu präzisieren, wie die angefochtene Bestimmung einen erheblichen Rückschritt im Schutz der durch diese Bestimmung gewährtesten Rechte bedeuten könnte, sodass die durch Artikel 6 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 über den Verfassungsgerichtshof vorgeschriebene Präzision fehlt, um es dem Gerichtshof zu ermöglichen, darüber zu urteilen.

B.68. Die gegen die angefochtenen Artikel 128, 129, 130 und 136 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 angeführten Klagegründe sind nicht begründet.

Die Kassationsbeschwerde in Bezug auf die Untersuchungshaft

B.69. Die klagenden Parteien in den Rechtssachen Nrn. 6492, 6496, 6497 und 6498 beantragen die Nichtigerklärung der Artikel 127 und 137 des Gesetzes vom 5. Februar 2016, mit denen die Möglichkeit, Kassationsbeschwerde bezüglich der Untersuchungshaft einzureichen, eingeschränkt werde.

Sie führen an, dass diese Bestimmungen nicht vereinbar seien mit den Artikeln 10, 11, 12, 13 und 23 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit Artikel 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention und mit anderen Verfassungs- und Vertragsbestimmungen und Grundsätzen.

B.70. Die Beschwerdegründe der klagenden Parteien in den Rechtssachen Nrn. 6496, 6497 und 6498 sind ausschließlich gegen den angefochtenen Artikel 137 gerichtet. Nur die klagende Partei in der Rechtssache Nr. 6493 legt Beschwerdegründe gegen den angefochtenen Artikel 127 dar, die den gegen Artikel 137 angeführten Beschwerdegründen gleichen.

B.71.1. Durch den angefochtenen Artikel 137 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 wird Artikel 31 § 2 des Gesetzes vom 20. Juli 1990 abgeändert, in dem bezüglich der Entscheidungen zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft eine spezifische Frist für das Einlegen einer Kassationsbeschwerde sowie eine kürzere Frist, innerhalb deren der Kassationshof urteilen muss, vorgesehen sind.

Vor der Abänderung des vorerwähnten Artikels 31 § 2 durch Artikel 137 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 bestimmte Artikel 31 des Gesetzes vom 20. Juli 1990:

« § 1. Die Entscheide und Urteile, durch die die Untersuchungshaft aufrechterhalten wird, werden dem Beschuldigten binnen vierundzwanzig Stunden in der in Artikel 18 vorgesehenen Form zugestellt.

§ 2. Gegen diese Entscheidungen kann Kassationsbeschwerde eingelegt werden binnen einer Frist von vierundzwanzig Stunden ab dem Tag, an dem die Entscheidung dem Beschuldigten zugestellt wird.

§ 3. Die Akte wird der Kanzlei des Kassationshofes binnen vierundzwanzig Stunden ab Einlegung der Kassationsbeschwerde übermittelt. Die Kassationsgründe können entweder in der Beschwerdeschrift oder in einem bei dieser Gelegenheit hinterlegten Schriftstück oder in einem Schriftsatz, der der Kanzlei des Kassationshofes spätestens am fünften Tag nach dem Datum der Kassationsbeschwerde zukommen muss, dargelegt werden.

Der Kassationshof befindet sich binnen einer Frist von fünfzehn Tagen ab dem Datum der Einlegung der Kassationsbeschwerde, wobei der Beschuldigte in Haft bleibt. Der Beschuldigte wird freigelassen, wenn der Entscheid nicht binnen dieser Frist erlassen wird.

§ 4. Nach einem Kassationsentscheid mit Verweisung muss die Anklagekammer, an die die Sache verwiesen wird, binnen fünfzehn Tagen ab der Verkündung des Entscheids des Kassationshofes befinden, wobei der Beschuldigte in der Zwischenzeit in Haft bleibt. Er wird freigelassen, wenn der Entscheid der Anklagekammer innerhalb dieser Frist nicht erlassen wird.

Darüber hinaus finden die Bestimmungen von Artikel 30 § 3 und 4 Anwendung.

Wenn das Gericht, an das die Sache verwiesen wird, die Untersuchungshaft aufrechterhält, gilt seine Entscheidung als Hafttitel für einen Monat ab der Entscheidung.

§ 5. Wird die Kassationsbeschwerde abgewiesen, muss die Ratskammer binnen fünfzehn Tagen ab der Verkündung des Entscheids des Kassationshofes befinden, wobei der Beschuldigte in der Zwischenzeit in Haft bleibt. Er wird freigelassen, wenn der Beschluss der Ratskammer innerhalb dieser Frist nicht erlassen wird ».

Der angefochtene Artikel 137 begrenzt die Möglichkeit einer « unmittelbaren » Kassationsbeschwerde auf die Entscheide der Anklagekammer, die in der Berufungsinstanz getroffen werden gegen die erste Entscheidung zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft, die durch die Ratskammer aufgrund von Artikel 21 § 1 Absatz 2 des Gesetzes vom 20. Juli 1990 getroffen wird. Die anderen Entscheidungen zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft, nämlich die Entscheide, die in der Berufungsinstanz getroffen werden gegen die nachfolgenden Entscheidungen zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft, die durch die Ratskammer aufgrund von Artikel 22 des Gesetzes vom 20. Juli 1990 getroffen wurden, können hingegen nicht mehr Gegenstand einer « unmittelbaren » Kassationsbeschwerde sein.

So bestimmt Artikel 31 § 2 des Gesetzes vom 20. Juli 1990 in der durch den angefochtenen Artikel 137 abgeänderten Fassung:

« Gegen diese Entscheidungen [durch die die Untersuchungshaft aufrechterhalten wird] kann nicht unmittelbar Kassationsbeschwerde eingelegt werden, Entscheide ausgenommen, die von der Anklagekammer in der Berufung gegen die in Artikel 21 § 1 Absatz 2 erwähnten Entscheidungen erlassen worden sind und gegen die Kassationsbeschwerde eingelegt werden kann binnen einer Frist von vierundzwanzig Stunden ab dem Tag, an dem die Entscheidung dem Beschuldigten zugestellt wird ».

B.71.2. Durch den angefochtenen Artikel 127 wird Artikel 20 § 6 des Gesetzes vom 20. Juli 1990 abgeändert, um der Möglichkeit einer « unmittelbaren » Kassationsbeschwerde ein Ende zu setzen, die zuvor bestand gegen die Entscheidungen bezüglich der Maßnahmen hinsichtlich des Fernhaltens des Beschuldigten von anderen Beschuldigten oder hinsichtlich der elektronischen Überwachung, die im Rahmen der Vollstreckung des Haftbefehls getroffen wurden.

Vor seiner Abänderung bestimmte Artikel 20 § 6 des Gesetzes vom 20. Juli 1990:

« Der Beschuldigte kann beim Untersuchungsgericht, das über die Untersuchungshaft befindet, einen Antrag auf Änderung oder Aufhebung der vom Untersuchungsrichter aufgrund von § 3 und § 3bis auferlegten Maßnahmen einreichen. Dieser Antrag wird der Akte über die Untersuchungshaft beigefügt.

Das Verfahren verläuft gemäß den Bestimmungen der Artikel 21 bis 24. Berufung gegen die Entscheidung wird gemäß Artikel 30 und Kassationsbeschwerde gemäß Artikel 31 eingelegt ».

In der durch den angefochtenen Artikel 127 abgeänderten Fassung bestimmt Artikel 20 § 6:

« Der Beschuldigte kann beim Untersuchungsgericht, das über die Untersuchungshaft befindet, einen Antrag auf Änderung oder Aufhebung der vom Untersuchungsrichter aufgrund von § 3 und § 3bis auferlegten Maßnahmen einreichen. Dieser Antrag wird der Akte über die Untersuchungshaft beigefügt.

Das Verfahren verläuft gemäß den Bestimmungen der Artikel 21 bis 24. Berufung gegen die Entscheidung wird gemäß Artikel 30 eingelegt. Gegen die Entscheidung in der Berufungsinstanz kann nicht unmittelbar Kassationsbeschwerde eingelegt werden ».

B.72.1. In Bezug auf die Begrenzung der Möglichkeit, Kassationsbeschwerde gegen die Aufrechterhaltungen der Untersuchungshaft einzulegen, wurde in den Vorarbeiten dargelegt:

« Dieser Artikel dient dazu, die Möglichkeit, Kassationsbeschwerde im Rahmen der Untersuchungshaft einzulegen, zu begrenzen.

Diese Maßnahme ist Bestandteil der weiteren Rationalisierung des Verfahrens und bezweckt, die Aufträge des Gerichtshofs weiter auf sein ' *core business* ' zu begrenzen, nämlich die Untersuchung von Endentscheiden oder Endurteilen.

Die Möglichkeit einer unmittelbaren Kassationsbeschwerde im Bereich der Untersuchungshaft ist eine Abweichung von der allgemeinen Regel, wonach dieses Rechtsmittel nur nach der Endentscheidung des Tatsachenrichters eingelegt werden kann (Artikel 416 des Strafprozessgesetzbuches). Diese Ausnahme wurde erst 1990 eingeführt. Es wird vorgeschlagen, sie nicht zu streichen, sondern vielmehr zu begrenzen.

Die Rechtssachen im Rahmen des Gesetzes über die Untersuchungshaft betreffen keine Endentscheide oder Endurteile. Das schwerfällige Verfahren und die Höhe der Anzahl Kassationsachen über die Untersuchungshaft bedeuten außerdem eine Arbeitsbelastung des Gerichtshofs. Aus den Zahlen des Gerichtshofs geht darüber hinaus hervor, dass nur in einer begrenzten Anzahl von Fällen die Kassation beschlossen wird. So verkündete die Kammer für Strafsachen des Gerichtshofs 2014 1921 (N + F) Entscheide, von denen 240 (162 N + 78 F) Rechtssachen im Bereich der Untersuchungshaft betrafen, und diesbezüglich entschied der Gerichtshof nur in 15 Fällen (9 N + 6 F) - auf Kassation; 94 % der Berufungen hatten also keine Kassation zur Folge. Und nicht jede Kassation führt notwendigerweise zur Freilassung durch die Kammer, an die die Rechtssache verwiesen wird.

Somit stellt sich heraus, dass die durch den Gesetzgeber 1990 eingeführte Möglichkeit zur Kassationsbeschwerde in der Praxis sehr wenig Mehrwert bietet. Dieser Umstand in Verbindung mit der Option, die Arbeit des Kassationshofes auf seinen ' *core business* ' zu konzentrieren, führt somit zu der Feststellung, dass die Kassationsbeschwerde im Rahmen der Untersuchungshaft zumindest begrenzt werden kann.

Die Kassationsbeschwerde bleibt möglich in Bezug auf die Untersuchungshaft, kann jedoch nur gegen die Entscheidung der Anklagekammer zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft eingereicht werden im Rahmen der Berufung gegen den Beschluss der Ratskammer, der innerhalb von fünf Tagen nach dem Haftbefehl gefasst wird.

Die Kontrolle ihrer Rechtmäßigkeit erweist sich nämlich als wichtiger als die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der späteren Entscheidungen zur Verlängerung der Untersuchungshaft. Die Rechtmäßigkeit und die Ordnungsmäßigkeit des Haftbefehls werden nämlich bei der ersten Bestätigung geprüft. Bei den anschließenden Erscheinungsterminen ist die Ratskammer nicht mehr befugt, diese Prüfung durchzuführen, da ihre Kontrolle dann auf das Fortbestehen ernsthafter Schuldindizien in Bezug auf den Beschuldigten und die Notwendigkeit, ihn in Untersuchungshaft zu halten angesichts der gesetzlichen Kriterien, oder deren Ausführungsmodalität zu ändern, begrenzt ist (Artikel 22 Absatz 6).

Im Übrigen bleibt die Kassationsbeschwerde nach der Endentscheidung zur Sache gemäß dem allgemeinen Recht möglich. Da die Untersuchungshaft abgeleistet wurde, wird der praktische Nutzen einer Kassationsbeschwerde zwar geringer sein (vorbehaltlich der Möglichkeit zur Entschädigung), doch so wird der Kassationshof seine Aufgabe behalten, die Rechtsprechung bezüglich der Untersuchungshaft zu verdeutlichen und Verstöße gegen das Gesetz zu ahnden. Es besteht folglich kein Anlass zu der Annahme, dass die Gerichte künftig weniger darauf achten werden, ihre Entscheidungen zur Verlängerung der Untersuchungshaft auf adäquate Weise zu begründen.

Schließlich scheint die unmittelbare Kontrolle des Gerichtshofes umso weniger notwendig zu sein, als der Untersuchungsrichter die Möglichkeit hat, jederzeit von Amts wegen oder auf Antrag der Staatsanwaltschaft den Haftbefehl aufzuheben, dies ohne jegliches Rechtsmittel (Artikel 25 des Gesetzes vom 20. Juli 1990 über die Untersuchungshaft). Selbst ohne die Möglichkeit einer Kassationsbeschwerde besteht also bereits eine dreifache Kontrolle der Untersuchungshaft durch verschiedene Richter: der Untersuchungsrichter, die Ratskammer und die Anklagekammer. Dies erklärt die sehr geringe Zahl von Kassationen (15 im Jahr 2014 bei 11 660 Inhaftierungen auf der Grundlage eines Haftbefehls, das heißt kaum mehr als ein Tausendstel)» (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, SS. 127-128).

B.72.2. Hinsichtlich der Aufhebung der Kassationsbeschwerde gegen die Entscheidungen bezüglich der Begrenzung der « Bewegungsfreiheit » im Rahmen der Untersuchungshaft wurde in den Vorarbeiten angeführt:

« Durch diesen Artikel wird die Möglichkeit einer Kassationsbeschwerde gegen die Entscheidungen bezüglich der Begrenzungen der ' Bewegungsfreiheit ' im Rahmen der Untersuchungshaft aufgehoben.

Aus Gründen, die zur Begrenzung der Möglichkeit der Kassationsbeschwerde gegen Entscheidungen zur Aufrechterhaltung und gegen Entscheidungen zur Abweisung von Anträgen auf Freilassung führen, muss diese Möglichkeit hier aufgehoben werden (für vollständige Begründung, siehe nachstehend Kommentar zu Artikel 138) » (ebenda, SS. 119-120).

B.72.3. In Zusammenhang mit dem Artikelentwurf, aus dem der angefochtene Artikel 137 geworden ist, hat die Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates die nachstehenden Anmerkungen geäußert:

« An sich ergibt sich aus Artikel 5 Absatz 4 EMRK nicht, dass unmittelbar eine Kassationsbeschwerde gegen Entscheidungen in Bezug auf die Untersuchungshaft möglich sein muss. Diese Bestimmung beinhaltet selbst kein Recht auf Berufung gegen richterliche Entscheidungen, mit denen die Freiheitsentziehung angeordnet oder fortgesetzt wurde. Im Urteil in der Rechtssache *Jecius gegen Litauen* hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in diesem Zusammenhang wie folgt erkannt:

' Artikel 5 Absatz 4 gewährleistet keinerlei Recht auf ein Rechtsmittel gegen die Entscheidungen zur Anordnung oder Verlängerung einer Haft, da die betreffende Bestimmung in Englisch den Begriff ' proceedings ' und nicht den Begriff ' appeal ' enthält. Grundsätzlich beschränkt sich Artikel 5 Absatz 4 auf das Einschreiten einer einzigen Rechtsinstanz, unter der Bedingung, dass das angewandte Verfahren eine gerichtliche Beschaffenheit aufweist und der betroffenen Person Garantien bietet, die der Art der betreffenden Freiheitsentziehung angemessen sind (siehe, *mutatis mutandis*, Urteil *De Wilde, Ooms und Versyp* gegen Belgien vom 18. Juni 1971, Serie A Nr. 12, SS. 40-41, § 76) '.

Infolge der geplanten Bestimmung wird jedoch ein Behandlungsunterschied zwischen Personen, die Kassationsbeschwerde einreichen gegen Entscheide bezüglich der Untersuchungshaft, je nachdem, ob es sich um eine erste Entscheidung zur Aufrechterhaltung (unmittelbar, nachdem der Untersuchungsrichter einen Haftbefehl ausgestellt hat) oder um die weitere Verlängerung der Haft handelt, eingeführt. Gemäß der Begründung sei die Kontrolle, die im Anschluss an die Anwendung der erstgenannten Kassationsbeschwerde ausgeübt wird, ' wichtiger als das Kontrollieren der Rechtmäßigkeit der späteren Entscheidungen zur Verlängerung der Untersuchungshaft '. Es stellt sich die Frage, ob diese knappe Begründung ausreichen kann, unter anderem angesichts des Urteils des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, wonach die Gründe der Untersuchungshaft im Laufe der Zeit strenger kontrolliert werden müssen. Es stellt sich auch die Frage, ob die Feststellung, dass nur ein geringer Teil der betroffenen Kassationsbeschwerden erfolgreich sind, eine ausreichende Rechtfertigung für den vorgenommenen Unterschied bieten kann, da weniger radikale Mittel bestehen oder eingeführt werden können, um einen Verfahrensmissbrauch zu vermeiden.

Die Autoren des Entwurfs müssen sich angesichts des Vorstehenden erneut beraten über die Frage, ob eine ausreichende Rechtfertigung besteht für die geplante Einschränkung der Kassationsbeschwerde in Bezug auf die Untersuchungshaft. In jedem Fall ist es zu empfehlen, insofern Artikel 135 des Entwurfs aufrechterhalten wird, ausführlicher auf diese Begründung einzugehen » (ebenda, SS. 281-282).

B.73.1. Die klagenden Parteien führen an, dass der angefochtene Artikel 137 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung verstoße, insofern dadurch ein Behandlungsunterschied eingeführt werde zwischen Personen, die Gegenstand eines Entscheids der Anklagekammer zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft seien, je nachdem, ob es sich um die erste oder um eine nachfolgende Entscheidung zur Aufrechterhaltung handle. Nur im erstgenannten Fall sei eine « unmittelbare » Kassationsbeschwerde gegen den Entscheid der Anklagekammer möglich.

B.73.2. Wie in B.61 angeführt wurde, setzen die Artikel 10 und 11 der Verfassung einen Vergleich der Situation von zwei unterschiedlichen Kategorien von Personen voraus, nicht der Situation derselben Person in aufeinander folgenden Phasen desselben Verfahrens.

Der Umstand, dass die gleiche Person unterschiedlich behandelt wird hinsichtlich der Möglichkeit, unmittelbar Kassationsbeschwerde einzulegen, je nachdem, ob es sich um eine erste oder um eine nachfolgende Entscheidung zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft handelt, kann an sich keinen Verstoß gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung darstellen.

B.74. Die klagenden Parteien führen ferner einen Verstoß durch den angefochtenen Artikel 137 gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit Artikel 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention, an, insofern die Personen, die Gegenstand einer zweiten oder nachfolgenden Entscheidung zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft seien, nicht unmittelbar Kassationsbeschwerde gegen den Entscheid der Anklagekammer einreichen könnten, während die Personen, die Gegenstand einer Entscheidung im Sinne von Artikel 420 Absatz 2 des Strafprozessgesetzbuches seien oder die Gegenstand eines Endentscheids oder Endurteils seien, hingegen wohl eine « unmittelbare » Kassationsbeschwerde einreichen könnten.

B.75.1. Der Behandlungsunterschied zwischen gewissen Kategorien von Personen, der sich aus der Anwendung unterschiedlicher Verfahrensregeln unter unterschiedlichen Umständen ergibt, ist an sich nicht diskriminierend. Es könnte nur eine Diskriminierung vorliegen, wenn der Behandlungsunterschied, der sich aus der Anwendung dieser Verfahrensregeln ergibt, zu einer unverhältnismäßigen Einschränkung der Rechte der betroffenen Personen führen würde.

B.75.2. Diesbezüglich sei daran erinnert, wie in B.63.2 angeführt wurde, dass angesichts der fundamentalen Bedeutung des *habeas corpus* alle Begrenzungen der individuellen Freiheit restriktiv auszulegen sind und ihre Verfassungsmäßigkeit mit größter Umsicht zu prüfen ist.

B.75.3. Aus Artikel 5 Absatz 4 der Europäischen Menschenrechtskonvention, der einem jeden, der seine Freiheit durch Festnahme oder Haft beraubt ist, das Recht gewährleistet, eine Beschwerde bei einem Richter einzulegen, ergibt sich kein Recht auf ein Rechtsmittel gegen die gerichtlichen Entscheidungen, mit denen eine Haft angeordnet oder verlängert wird. Aufgrund von Artikel 5 Absatz 4 genügt das Einschreiten einer einzigen Rechtsinstanz, unter der Bedingung, dass das angewandte Verfahren eine gerichtliche Beschaffenheit aufweist und der betroffenen Person Garantien bietet, die entsprechend der Beschaffenheit der betreffenden Freiheitsentziehung angemessen sind (EuGHMR, 18. Juni 1971, *De Wilde, Ooms und Versyp* gegen Belgien, § 76; 31. Juli 2000, *Jecius* gegen Litauen, § 100).

Zu diesen Garantien gehört das Erfordernis einer Begründung der Untersuchungshaft unter Berücksichtigung des Zeitverlaufs, wobei der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte urteilt, dass die Gefahr, die eine Untersuchungshaft rechtfertigen kann, « notwendigerweise mit der Zeit geringer wird, und dass die Gerichtsbehörden folglich noch mehr spezifische Begründungen vorlegen müssen, um die Aufrechterhaltung der Haftgründe zu rechtfertigen » (EuGHMR, 16. März 2010, *Jiga* gegen Rumänien, § 76; 15. März 2011, *Begu* gegen Rumänien, § 84), wobei die Haft nur noch « legitim ist, wenn die öffentliche Ordnung tatsächlich weiterhin bedroht ist » (EuGHMR, 23. September 1998, *I.A.* gegen Frankreich, § 104).

B.76.1. So wie sie im Gesetz vom 20. Juli 1990 geregelt wird, ist die Untersuchungshaft eine außergewöhnliche Maßnahme (*Parl. Dok.*, Senat, 1988-1989, Nr. 658/2, SS. 6, 8 und 18), die begründet werden muss und nur gerechtfertigt werden kann im Falle der « absoluten Notwendigkeit für die öffentliche Sicherheit ». Diese Maßnahme dient dazu, « gleichzeitig die Grundrechte des Einzelnen und die Erfordernisse der Gesellschaft zu berücksichtigen » (*Parl. Dok.*, Senat, 1988-1989, Nr. 658/1, S. 1; *Parl. Dok.*, Senat, 1988-1989, Nr. 658/2, S. 4).

Über die Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft entscheidet in erster Instanz die Ratskammer und in der Berufungsinstanz die Anklagekammer. Das Verfahren hat unbestritten eine gerichtliche Beschaffenheit. Die Untersuchungsgerichte urteilen über die Aufrechterhaltung von Monat bis Monat und ab der dritten Entscheidung zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft alle zwei Monate.

Die Entscheidung zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft muss durch das Untersuchungsgericht « gemäß Artikel 16 § 5 Absatz 1 und 2 » des Gesetzes vom 20. Juli 1990 mit Gründen versehen werden, nämlich im Lichte der « absoluten Notwendigkeit für die öffentliche Sicherheit ».

B.76.2. Der angefochtene Artikel 137 hat zur Folge, dass eine « unmittelbare » Kassationsbeschwerde ausschließlich möglich ist gegen die Entscheide, die durch die Anklagekammer getroffen werden auf eine Berufung hin, die gegen die erste Entscheidung zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft eingereicht wurde. Gegen die anderen Entscheidungen zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft, nämlich ab der zweiten Entscheidung zur Aufrechterhaltung, kann keinerlei « unmittelbare » Kassationsbeschwerde mehr eingereicht werden.

Aus den in B.72.1 zitierten Vorarbeiten geht hervor, dass diese Aufhebung einer « unmittelbaren » Kassationsbeschwerde dadurch gerechtfertigt wird, dass im Bereich der Untersuchungshaft 94 % der Beschwerden keine Kassation zur Folge hatten (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, S. 127), sowie durch den Umstand, dass « die Kontrolle [der] Rechtmäßigkeit [der ersten Entscheidung zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft] sich nämlich als wichtiger [erweist] als die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der späteren Entscheidungen zur Verlängerung der Untersuchungshaft. Die Rechtmäßigkeit und die Ordnungsmäßigkeit des Haftbefehls werden nämlich bei der ersten Bestätigung geprüft. Bei den anschließenden Erscheinungsterminen ist die Ratskammer nicht mehr befugt, diese Prüfung durchzuführen, da ihre Kontrolle dann auf das Fortbestehen ernsthafter Schuldindizien in Bezug auf den Beschuldigten und die Notwendigkeit, ihn in Untersuchungshaft zu halten angesichts der gesetzlichen Kriterien, oder deren Ausführungsmodalität zu ändern, begrenzt ist » (ebenda, S. 128; siehe ebenfalls *Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/005, S. 24).

Es ist zu prüfen, ob diese doppelte Rechtfertigung im Lichte der Begrenzung der individuellen Freiheit, die eine Entscheidung zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft mit sich bringt, es rechtfertigen kann, dass eine Kassationsbeschwerde somit aufgehoben wird.

B.77.1. In den Vorarbeiten zum Gesetz vom 20. Juli 1990, durch das die Kassationsbeschwerde über die Untersuchungshaft ausdrücklich geregelt wurde, wird die *ratio legis* einer spezifischen Regelung der Kassationsbeschwerde in dieser Angelegenheit erläutert:

« Ohne irgendeinen Gesetzestext wird in der Rechtsprechung angenommen, dass eine Kassationsbeschwerde gegen Entscheide zur Bestätigung des Haftbefehls oder zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft zulässig ist. Da keine spezifische gesetzliche Regelung besteht, läuft das Kassationsverfahren auf die übliche Weise ab. Es ist keinerlei Frist vorgesehen, in der der Gerichtshof urteilen muss, so wie keine Frist festgelegt wurde für das Urteil des Verweisungsrichters. Es ist ebenfalls nicht die Rede von irgendeiner aufschiebenden Wirkung der Kassationsbeschwerde. Dies führt notwendigerweise zum bekannten System des doppelten oder parallelen Verfahrens bezüglich ein und derselben Untersuchungshaft; während das Kassationsverfahren läuft und während die Rechtssache nach der Kassation bei einer anderen Anklagekammer anhängig ist, läuft das übliche Verfahren weiter mit monatlichen Erscheinungsterminen vor der Ratskammer, gegebenenfalls mit anschließender erneuter Berufung und erneuter Kassationsbeschwerde, was Anlass zu unbeschreiblichen Komplikationen ist.

Nun wurde eine gesetzliche Regelung angestrebt, in der berücksichtigt wird, dass die Rechtssachen im Bereich der Untersuchungshaft eine getrennte Behandlung verdienen wegen der besonderen Dringlichkeit der unterbreiteten Anfechtung.

Die Hauptsorge gilt hierbei dem Ausschließen eines parallelen Verfahrens. Dazu wurde ein erster Schritt unternommen bei der Regelung der Berufung. Das System wird nun im Kassationsverfahren abgeschlossen. Da die Regelung das Interesse einer geordneten Rechtspflege, also das Interesse aller betroffenen Personen, bezweckt, wird von allen Betroffenen ein, im Übrigen verständlicher, guter Wille und Anstrengung verlangt.

Es gibt keinen Grund, warum ein Beschuldigter über fünfzehn volle Tage verfügen muss, um Kassation einzulegen und nicht einfach über 24 Stunden, was die Frist für das Einlegen der Berufung ist. Vor dem Kassationshof und gegebenenfalls anschließend vor dem Verweisungsrichter werden besonders strikte Fristen gelten, ohne die ein autonomes System des Kassationsverfahrens in dieser Angelegenheit nicht möglich wäre » (*Parl. Dok.*, Senat, 1988-1989, Nr. 658/1, SS. 17-18).

Im Bericht heißt es ebenfalls:

« Die Kassationsbeschwerde lässt nun ebenfalls Probleme entstehen.

Wegen der langen Fristen, die für die Kassationsbeschwerde und für das Fällen von Entscheiden gelten, ist man in der Praxis oft konfrontiert mit doppelten Verfahren; es läuft ein Verfahren beim Kassationshof, während auch ein Verfahren bei der Anklagekammer im Gange ist.

Der Kassationsentscheid lässt lange auf sich warten, was faktisch darauf hinausläuft, dass die Kassationsbeschwerde wenig effizient ist.

Im Gesetzentwurf sind daher kürzere Fristen für die Kassationsbeschwerde und für die Verkündung der Entscheide vorgesehen.

Diese Regel ist sehr wichtig, da sie eine wirksame Kontrolle des Kassationshofs gewährleistet » (*Parl. Dok.*, Senat, 1988-1989, Nr. 658/2, S. 14).

B.77.2. Aus diesen Vorarbeiten geht hervor, dass der Gesetzgeber bei der Regelung der Kassationsbeschwerde bezüglich der Untersuchungshaft die Effizienz der Prüfung durch den Kassationshof gewährleisten wollte in einer Angelegenheit, die an sich als « dringend » angesehen wurde, da kürzere Fristen für das Einlegen dieser Berufung und für die Verkündung des Entscheids vorgesehen wurden, ohne sich jedoch um die « unmittelbare » Beschaffenheit der Kassationsbeschwerde zu kümmern.

Die Gewährleistung eines Entscheids, der schnell durch den Kassationshof in Bezug auf die Untersuchungshaft getroffen wird, wurde folglich als eine Bedingung für die Effizienz der Kassationsbeschwerde betrachtet.

B.77.3. Nichts erlaubt die Annahme, dass diese Erwägungen im Zusammenhang mit der Effizienz der Kassationsbeschwerde heute nicht mehr gelten.

Einerseits ist es falsch, davon auszugehen, wie es in den vorstehend zitierten Vorarbeiten geschehen ist, dass die Kontrolle der Rechtmäßigkeit und der Einhaltung der wesentlichen Formbedingungen weniger entscheidend wäre für die nachfolgenden Entscheidungen zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft. Wie in B.75.3 angeführt wurde, unterliegen diese Entscheidungen nämlich weiterhin einer zwingenden Begründung, und diese Verpflichtung ist im Lichte des Zeitverlaufs sogar strenger, wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte geurteilt hat.

Andererseits muss die Effizienz einer Kassationsbeschwerde im Lichte ihrer Ziele und der Garantien, die sie dem Rechtsuchenden bietet, betrachtet werden, insbesondere hinsichtlich einer Maßnahme der Freiheitsentziehung, und nicht hinsichtlich der statistischen Anzahl von Kassationen, zu denen sie führen kann.

B.77.4. Außerdem hat die angefochtene Maßnahme unverhältnismäßige Folgen im Lichte des Grundrechts auf die individuelle Freiheit, auf der jede Entscheidung zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft beruht.

Auch wenn Artikel 5 Absatz 4 der Europäischen Menschenrechtskonvention keinerlei Recht auf eine Berufung gegen die gerichtlichen Entscheidungen, die dazu dienen, eine Haft anzuordnen oder zu verlängern, entstehen lässt, sodass der Gesetzgeber nicht dazu verpflichtet ist, eine Kassationsbeschwerde gegen eine Entscheidung zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft vorzusehen, stellt eine Kontrolle der Rechtmäßigkeit dieser Entscheidungen, und insbesondere der Einhaltung der Verpflichtung zu einer besonderen Begründung, die für die Untersuchungsgerichte gilt, auf diesem Gebiet nämlich dennoch eine wesentliche Garantie dar, was der Gesetzgeber durch das Gesetz vom 20. Juli 1990 bestätigt und was er erneut bestätigt hat, indem er durch den angefochtenen Artikel 137 eine Kassationsbeschwerde beibehalten hat in Bezug auf die erste Entscheidung zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft.

Die Möglichkeit, auf die in den Vorarbeiten verwiesen wird, Kassationsbeschwerde gegen die Entscheidung zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft einzureichen, selbst nach der Endentscheidung zur Sache, gemäß der allgemeinen, in Artikel 420 Absatz 1 des Strafprozessgesetzbuches enthaltenen Regel (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, S. 128), kann - in der Annahme, dass diese allgemeine Regel im vorliegenden Fall Anwendung finden kann - die Maßnahme nicht verhältnismäßig werden lassen, da, wie in den in B.77.1 zitierten Vorarbeiten angegeben wird, die Effizienz einer Kassationsbeschwerde bezüglich der Untersuchungshaft voraussetzt, dass der Entscheid des Kassationshofes schnell erlassen wird.

B.77.5. Die Aufhebung der Kassationsbeschwerde für die anderen Entscheidungen zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft als diejenigen der Anklagekammer, die in der Berufungsinstanz gegen die erste Entscheidung zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft getroffen wird, ist also nicht vernünftig gerechtfertigt.

B.77.6. In dem Maße, wie die Klagegründe aus dem Verstoß gegen die Artikel 10, 11 und 12 der Verfassung abgeleitet sind, sind sie begründet, insofern sie gegen den angefochtenen Artikel 137 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 gerichtet sind.

Die anderen Beschwerdegründe brauchen nicht geprüft zu werden, da sie nicht zu einer umfassenderen Nichtigkeitsklärung führen können.

B.78. Die klagenden Parteien führen die gleichen oder ähnliche Beschwerdegründe an gegen Artikel 127 des Gesetzes vom 5. Februar 2016, durch den die unmittelbare Kassationsbeschwerde gegen die Entscheide der Anklagekammer über die Entscheidung des Untersuchungsrichters zur Begrenzung des Besuchsrechts, des Briefwechsels oder der Telefongespräche oder zur Einführung einer elektronischen Überwachung in Bezug auf eine Person in Untersuchungshaft aufgehoben wird.

Aus denselben Gründen, wie sie in B.72 bis B.77 angeführt wurden, sind die Klagegründe begründet, insofern sie gegen den angefochtenen Artikel 127 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 gerichtet sind.

B.79. Es besteht das Risiko, dass eine bloße Nichtigkeitsklärung der Artikel 127 und 137 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 zur Rechtsunsicherheit führen könnte, was die Entscheidungen im Bereich der Untersuchungshaft betrifft, gegen die in Ermangelung dieser Bestimmungen Kassationsbeschwerde hätte eingereicht werden können.

In Anwendung von Artikel 8 Absatz 3 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 über den Verfassungsgerichtshof sind die Folgen der für nichtig erklärten Bestimmungen deshalb in dem im Tenor angegebenen Maße aufrechtzuerhalten.

Die Untersuchungshaft unter elektronischer Überwachung (Artikel 132 Nr. 1 des angefochtenen Gesetzes)

B.80.1. Die klagende Partei in der Rechtssache Nr. 6494 leitet einen zweiten Klagegrund aus einem Verstoß gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung durch Artikel 132 Nr. 1 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 ab, durch den Artikel 26 § 3 des Gesetzes vom 20. Juli 1990 über die Untersuchungshaft um einen Absatz mit folgendem Wortlaut ergänzt wird:

« Wenn der Beschuldigte sich in Untersuchungshaft unter elektronischer Überwachung befindet, kann die Ratskammer durch eine mit Gründen versehene Entscheidung die Untersuchungshaft unter elektronischer Überwachung aufrechterhalten ».

B.80.2. Artikel 26 § 3 ist Bestandteil von Kapitel VI von Titel I des vorerwähnten Gesetzes vom 20. Juli 1990, das sich auf die Auswirkung der Regelung des Verfahrens auf die freiheitsentziehenden Maßnahmen bezieht. Im Stadium der Regelung des Verfahrens beschließt die Ratskammer, wenn sie den Beschuldigten an das erkennende Gericht verweist wegen einer Tat, die mit einer Gefängnisstrafe geahndet wird, deren Dauer länger ist als die bereits abgeleistete Untersuchungshaft, ihn entweder freizulassen, gegebenenfalls unter Bedingungen, oder ihn weiter in Haft zu lassen.

B.80.3. Die klagende Partei bemängelt, dass die angefochtene Bestimmung es der Ratskammer, die im Stadium der Regelung des Verfahrens urteile, nicht erlaube, zu beschließen, einen Beschuldigten, der sich bis dahin in Untersuchungshaft in einer Haftanstalt befunden habe, unter elektronische Überwachung zu stellen, während sie in diesem Stadium beschließen könne, einen Beschuldigten, der bereits in Untersuchungshaft unter elektronischer Überwachung stehe, unter elektronischer Überwachung zu halten. Durch die angefochtene Bestimmung werde somit ein im Widerspruch zu den Artikeln 10 und 11 der Verfassung stehender Behandlungsunterschied eingeführt zwischen Beschuldigten je nach der Weise der Vollstreckung der Untersuchungshaft, die auf sie zum Zeitpunkt der Regelung des Verfahrens Anwendung finde.

B.81.1. Aufgrund von Artikel 16 § 1 des Gesetzes vom 20. Juli 1990 entscheidet der Untersuchungsrichter, der einen Haftbefehl erteilt, darüber, ob dieser Befehl in einem Gefängnis oder durch eine Haft unter elektronischer Überwachung vollstreckt werden muss. Letzteres ist also eine Weise der Ausführung der Untersuchungshaft. Diese Haft unter elektronischer Überwachung beinhaltet die ständige Anwesenheit des Beschuldigten an einer bestimmten Adresse, mit Ausnahme der erlaubten Entfernungen.

B.81.2. Aufgrund der Artikel 21 und 22 desselben Gesetzes kann die Ratskammer jedes Mal, wenn sie über die Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft urteilt, deren Modalitäten ändern, sodass sie beschließen kann, dass ein Beschuldiger, der die Untersuchungshaft in einer Strafanstalt vollstreckt, unter elektronische Überwachung zu stellen ist oder umgekehrt. Wenn sie hingegen im Stadium der Regelung des Verfahrens urteilt, kann die Ratskammer gemäß der angefochtenen Bestimmung nicht beschließen, dass ein Beschuldiger in Untersuchungshaft in einer Strafanstalt künftig in Untersuchungshaft unter elektronische Überwachung gestellt wird.

B.82.1. Aus der Begründung zu diesem Gesetzentwurf geht hervor, dass der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung « der Unklarheit in der Gesetzgebung über die Auswirkungen der Regelung des Verfahrens über die Haft unter elektronischer Überwachung » entgegenwirken wollte (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, S. 123). Das Kollegium der Generalprokuratoren hatte nämlich in seinem Rundschreiben Nr. 2/2014 darauf aufmerksam gemacht, dass der Gesetzgeber zu dem Zeitpunkt, als er die elektronische Überwachung als eine Modalität für die Vollstreckung der Untersuchungshaft eingeführt hatte, den Umgang mit dieser Modalität bei der Regelung des Verfahrens nicht festgelegt hatte. Diese Lücke hatte zur Folge, dass die Untersuchungsgerichte in Bezug auf einen Beschuldigten, der zum Zeitpunkt der Regelung des Verfahrens unter elektronischer Überwachung stand, nicht rechtmäßig beschließen konnten, diese Modalität der Untersuchungshaft aufrechtzuerhalten (ebenda). Der Kassationshof hat durch einen Entscheid vom 11. Februar 2015 in diesem Sinne geurteilt, dass « das Untersuchungsgericht, wenn es die Verweisung eines Beschuldigten, der sich in Untersuchungshaft unter elektronischer Überwachung befand, anordnet, nicht anders handeln konnte, als diese Haft zu beenden oder den Beschuldigten unter Bedingungen freizulassen in Anwendung von Artikel 35 [des Gesetzes vom 20. Juli 1990 über die Untersuchungshaft] » (*Kass.*, 11. Februar 2015, *Arr. Cass.*, 2015, Nr. 102).

B.82.2. In den Vorarbeiten bezüglich der angefochtenen Bestimmung wurde präzisiert:

« In diesem Artikel wird also vorgeschlagen, Artikel 26 § 3 des Gesetzes über die Untersuchungshaft in dem Sinne anzupassen, dass bei der Regelung des Verfahrens beschlossen werden kann, die Haft unter elektronischer Überwachung aufrechtzuerhalten, falls der Betroffene zu diesem Zeitpunkt unter elektronischer Überwachung in Haft war. Diese Formulierung ermöglicht es zu vermeiden, dass die Ratskammer zum Zeitpunkt der Verweisung beschließen würde, einen nicht inhaftierten Beschuldigten dennoch zu inhaftieren und unter elektronische Überwachung zu stellen, sodass eine *net-widening*-Wirkung entstehen könnte, die vermieden werden muss » (ebenda, S. 124).

B.82.3. In ihrem Gutachten hatte die Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates den Gesetzgeber auf den Umstand aufmerksam gemacht, dass der gewählte Wortlaut es den Untersuchungsgerichten, die im Stadium der Regelung des Verfahrens urteilen, nicht erlauben würde, einen Beschuldigten, der bis zu diesem Zeitpunkt in einer Untersuchungshaft in einer Strafanstalt war, in den Genuss der Vollstreckungsweise der Untersuchungshaft unter elektronischer Überwachung gelangen zu lassen:

« Es stellt sich die Frage, ob im geplanten Artikel 26 § 3 Absatz 2 [...] nicht auch festgelegt werden muss, dass die Ratskammer bei der Regelung des Verfahrens beschließen kann, die Person, die inhaftiert ist, die jedoch nicht unter elektronischer Überwachung steht, fortan unter elektronische Überwachung zu stellen, so wie es der Fall ist, wenn die Ratskammer über die Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft entscheidet » (ebenda, S. 301).

B.83.1. Der angefochtene Behandlungsunterschied beruht auf dem Kriterium der Weise der Vollstreckung der Untersuchungshaft zum Zeitpunkt der Regelung des Verfahrens. Ein solches Kriterium ist objektiv. Dieses Kriterium ist hingegen nicht relevant, um es zu rechtfertigen, dass die Untersuchungsgerichte im Stadium der Regelung des Verfahrens nicht beschließen können, einen Beschuldigten, der sich während der Untersuchungshaft in einer Strafanstalt aufhält, unter elektronische Überwachung zu stellen, während sie im gleichen Stadium beschließen können, diese Modalität der Vollstreckung der Untersuchungshaft aufrechtzuerhalten für einen Beschuldigten, der bereits unter elektronischer Überwachung steht, und sie ebenfalls beschließen können, einen Beschuldigten, der bis dahin in Untersuchungshaft war, gegebenenfalls unter Bedingungen freizulassen. Die Untersuchungsgerichte sind nämlich bei der Regelung des Verfahrens befugt, darüber zu urteilen, ob die Untersuchungshaft in einer Strafanstalt oder unter elektronischer Überwachung aufrechterhalten wird, und sie prüfen folglich zu diesem Zeitpunkt, ob es gerechtfertigt ist, den Betroffenen in Untersuchungshaft zu halten, und auf welche Weise dies geschieht. Es ist nicht gerechtfertigt, dass sie, wenn sie bei dieser Gelegenheit feststellen, dass der Beschuldigte die Bedingungen für die elektronische Überwachung erfüllt, nicht beschließen können, ihm diese Modalität zu gewähren.

B.83.2. Die Maßnahme hat außerdem unverhältnismäßige Folgen für einen Beschuldigten, der die Bedingungen erfüllt, um in den Vorteil einer Maßnahme der elektronischer Überwachung im Stadium der Regelung des Verfahrens zu gelangen, und für den die Ratskammer allein beschließen kann, die Haft in einer Strafanstalt aufrechtzuerhalten. Der Umstand, dass diese Situation nur ausnahmsweise vorkommen würde, wie der Ministerrat anführt, führt im Übrigen nicht dazu, die unverhältnismäßigen Folgen des beanstandeten Behandlungsunterschieds zu mildern für die Beschuldigten, die sich gegebenenfalls in dieser Situation befinden.

B.84. Der Klagegrund ist begründet. Artikel 132 Nr. 1 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 ist für nichtig zu erklären, insofern er es der Ratskammer, die im Stadium der Regelung des Verfahrens urteilt, nicht erlaubt, einem Beschuldigten, der sich während der Untersuchungshaft in einer Strafanstalt aufhält, den Vorteil der Untersuchungshaft unter elektronischer Überwachung zu gewähren.

Die Strafvollstreckungsmodalitäten für die Personen, die nicht über ein Aufenthaltsrecht verfügen

B.85.1. Die klagenden Parteien in der Rechtssache Nr. 6497 leiten einen vierten Klagegrund aus einem Verstoß gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention und mit Artikel 22 der Verfassung, durch die Artikel 148, 153 und 163 des Gesetzes vom 5. Februar 2016, ab, durch die neue Bestimmungen in das Gesetz vom 17. Mai 2006 « über die externe Rechtsstellung der zu einer Freiheitsstrafe verurteilten Personen und die dem Opfer im Rahmen der Strafvollstreckungsmodalitäten zuerkannten Rechte » eingefügt werden.

B.85.2. Der angefochtene Artikel 148 fügt in das vorerwähnte Gesetz einen neuen Artikel 20 ein, der bestimmt:

« Die in Artikel 4 § 3 erwähnte Ausgangserlaubnis, der Hafturlaub und die Unterbrechung der Strafvollstreckung werden nicht gewährt, wenn aus einer Stellungnahme des Ausländeramtes hervorgeht, dass es dem Verurteilten nicht erlaubt oder gestattet ist, sich im Königreich aufzuhalten ».

Der angefochtene Artikel 153 fügt in das vorerwähnte Gesetz einen neuen Artikel 25/2 ein, der bestimmt:

« Die Haftlockerung, die elektronische Überwachung und die bedingte Freilassung werden nicht gewährt, wenn aus einer Stellungnahme des Ausländeramtes hervorgeht, dass es dem Verurteilten nicht erlaubt oder gestattet ist, sich im Königreich aufzuhalten ».

Der angefochtene Artikel 163 ergänzt Artikel 59 des vorerwähnten Gesetzes um zwei neue Absätze, die bestimmen:

« Diese Strafvollstreckungsmodalitäten, die in Artikel 4 § 2 erwähnte Ausgangserlaubnis ausgenommen, werden nicht gewährt, wenn aus einer Stellungnahme des Ausländeramtes hervorgeht, dass es dem Verurteilten nicht erlaubt oder gestattet ist, sich im Königreich aufzuhalten.

Die Artikel 64, 67, 68 und 70 finden Anwendung ».

B.85.3. Die klagenden Parteien bemängeln, dass durch diese Bestimmungen die Verurteilten, denen ein Aufenthalt im Staatsgebiet nicht mehr erlaubt oder gestattet sei, auf absolute Weise vom Vorteil der meisten Strafvollstreckungsmodalitäten, in deren Vorteil die zu einer Freiheitsstrafe Verurteilten gelangen könnten, ausgeschlossen würden. Durch die angefochtenen Bestimmungen werde somit ein ungerechtfertigter Behandlungsunterschied zwischen Verurteilten eingeführt je nach ihrem Aufenthaltsstatut, wobei die Belgier und die Ausländer, denen der Aufenthalt in Belgien erlaubt sei, Anspruch auf die Gewährung dieser Modalitäten erheben könnten, wenn sie die gesetzlichen Bedingungen erfüllen, um in deren Vorteil zu gelangen, während die Ausländer, die nicht über ein Aufenthaltsrecht verfügten, nie Anspruch darauf erheben könnten, selbst wenn sie alle anderen Bedingungen erfüllen, um in deren Vorteil zu gelangen.

B.86.1. Die Ausgangserlaubnis im Sinne von Artikel 4 § 3 des vorerwähnten Gesetzes vom 17. Mai 2006 ermöglicht es einem Verurteilten, während der zwei Jahre vor dem Datum, an dem der Verurteilte bedingt freigelassen werden kann, das Gefängnis zu verlassen für eine Dauer, die nicht länger als sechzehn Stunden sein darf, um seine soziale Wiedereingliederung vorzubereiten. Der Hafturlaub erlaubt es einem Verurteilten, der sich in dem Jahr vor dem Datum, in dem er bedingt freigelassen werden kann, befindet, das Gefängnis drei Mal während sechsendreißig Stunden pro Quartal zu verlassen, um seine familiären, affektiven und sozialen Kontakte zu wahren und zu fördern und seine soziale Wiedereingliederung vorzubereiten (Artikel 6 und 7 desselben Gesetzes). Durch die Unterbrechung der Strafvollstreckung wird die Vollstreckung der Strafe für eine Dauer von höchstens drei Monaten ausgesetzt, die erneuert werden kann. Sie kann einem Verurteilten gewährt werden aus schwerwiegenden und außergewöhnlichen Gründen familiärer Art (Artikel 15 desselben Gesetzes).

B.86.2. Die Haftlockerung ist eine Art der Vollstreckung der Freiheitsstrafe, durch die dem Verurteilten gestattet wird, die Strafanstalt in regelmäßiger Weise für eine Dauer von maximal sechzehn Stunden pro Tag zu verlassen. Sie kann gewährt werden, um es ihm zu ermöglichen, berufliche, ausbildungsbezogene oder familiäre Belange wahrzunehmen, die seine Präsenz außerhalb des Gefängnisses erfordern (Artikel 21 desselben Gesetzes). Die elektronische Überwachung ist eine Art der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe, durch die dem Verurteilten gestattet wird, die Gesamtheit oder einen Teil seiner Freiheitsstrafe außerhalb des Gefängnisses zu verbüßen gemäß einem bestimmten Vollstreckungsplan, dessen Einhaltung unter anderem durch elektronische Mittel kontrolliert wird (Artikel 22 desselben Gesetzes). Die beiden Weisen der Vollstreckung der Strafe können durch das Strafvollstreckungsgericht einem Verurteilten gewährt werden, der in sechs Monaten die Zeitbedingungen für die Gewährung einer bedingten Freilassung erfüllt und der außerdem bestimmte Bedingungen erfüllen muss (Artikel 23 desselben Gesetzes). Die bedingte Freilassung ist eine Art der Vollstreckung der Freiheitsstrafe, die einem Verurteilten gewährt werden kann, der bereits einen bestimmten Teil seiner Strafe abgeleistet hat und bestimmte Bedingungen erfüllt, wobei der Verurteilte seine Strafe außerhalb der Strafanstalt ableistet, sofern er die Bedingungen erfüllt, die ihm während der genannten Bewährungszeit auferlegt werden.

B.86.3. Aufgrund von Artikel 59 desselben Gesetzes kann das Strafvollstreckungsgericht, bei dem ein Verfahren zur Gewährung einer Strafvollstreckungsmodalität anhängig ist, ausnahmsweise eine andere Vollstreckungsmodalität gewähren als diejenige, um die ersucht wird, wenn dies absolut erforderlich ist, um kurzfristig die beantragte Strafvollstreckungsmodalität gewähren zu können. So kann es eine Ausgangserlaubnis, einen Hafturlaub, eine Haftlockerung oder eine elektronische Überwachung gewähren.

B.87. In Anwendung der angefochtenen Bestimmungen können verurteilte Ausländer, denen der Aufenthalt im Staatsgebiet nicht erlaubt oder gestattet ist, nicht in den Vorteil der vorerwähnten Strafvollstreckungsmodalitäten gelangen. Sie können hingegen wohl Anspruch auf die Ausgangserlaubnis im Sinne von Artikel 4 § 2 des Gesetzes vom 17. Mai 2006 erheben, die zu jedem Zeitpunkt des Haftzeitraums für eine bestimmte Dauer von höchstens sechzehn Stunden gewährt werden kann, um soziale, moralische, juristische, familiäre, ausbildungsbezogene oder berufliche Belange wahrzunehmen, die ihre Präsenz außerhalb des Gefängnisses erfordern, oder sich einer ärztlichen Untersuchung oder Behandlung außerhalb des Gefängnisses zu unterziehen.

B.88.1. In der Begründung wird im Zusammenhang mit den angefochtenen Bestimmungen angeführt:

« Durch diesen Artikel soll vermieden werden, dass Verurteilten, die sich illegal im Land aufhalten und sich somit nicht in der freien Gesellschaft bewegen dürfen, dennoch eine Ausgangserlaubnis, ein Hafturlaub oder eine Unterbrechung der Strafvollstreckung gewährt würde. Diese Modalitäten sind überdies darauf ausgerichtet, eine Wiedereingliederung in Belgien vorzubereiten oder auszuarbeiten nach der Entlassung, was für diese Kategorie von Personen nicht möglich ist. Sie können nämlich nur entlassen werden im Hinblick auf die Entfernung vom Staatsgebiet. Im Gesetz ist die Kategorie dieser Personen als Verurteilte definiert, für die aufgrund eines Gutachtens des Ausländeramtes ersichtlich ist, dass ihnen der Aufenthalt im Staatsgebiet nicht erlaubt oder gestattet ist » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, S. 131).

« Analog zu Artikel 147 [nunmehr 148] wird die Gewährung der Haftlockerung, der elektronischen Überwachung und der bedingten Freilassung ausgeschlossen für Verurteilte, bei denen aufgrund eines Gutachtens des Ausländeramtes ersichtlich ist, dass ihnen der Aufenthalt im Staatsgebiet nicht erlaubt oder gestattet ist » (ebenda, S. 133).

« Durch diese Änderung [von Artikel 163] soll vermieden werden, dass Verurteilte, die nicht zum Aufenthalt im Land berechtigt sind, sich während einer gemäß Artikel 59 durch das Strafvollstreckungsgericht gewährten Strafvollstreckungsmodalität in der freien Gesellschaft aufhalten würden » (ebenda, S. 136).

B.88.2. Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit vorgesehen, die in B.87 angeführte Ausgangserlaubnis den verurteilten Ausländern zu gewähren, die nicht über ein Aufenthaltsrecht verfügen, in Beantwortung des Gutachtens der Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates, die angemerkt hatte:

« Dieses Ziel [nämlich vermeiden, dass sich illegal aufhaltende Personen im Staatsgebiet befinden] kann die vorgeschlagenen Änderungen jedoch nicht rechtfertigen. Ebenso wie die Entscheidung über die eigentliche Haft ist die Entscheidung zur Gewährung einer Strafvollstreckungsmodalität nämlich nicht als eine Entscheidung über das Aufenthaltsstatut oder als eine Entscheidung, die dies beinhaltet, zu betrachten, und hat sie also nicht zur Folge, dass die betreffende Person sich gesetzmäßig im Land aufhalten würde.

[...] Auch wenn die regelwidrige Aufenthaltssituation des Betroffenen relevant sein kann bei der Gewährung bestimmter Strafvollstreckungsmodalitäten, kann bezweifelt werden, ob dies *in jedem Fall und für jede Strafvollstreckungsmodalität* der Fall ist.

[...]

Angesichts des Vorstehenden muss für jede Art der Strafvollstreckungsmodalität getrennt besser begründet werden, warum eine unterschiedliche Behandlung sachdienlich und verhältnismäßig ist im Lichte des angestrebten Ziels und warum es notwendig ist, eine absolute Unmöglichkeit zur Gewährung von Strafvollstreckungsmodalitäten zu schaffen » (ebenda, SS. 283-284).

B.89. Der durch die angefochtenen Bestimmungen festgelegte Behandlungsunterschied beruht auf dem administrativen Aufenthaltsstatut der verurteilten Person. Die Ausländer, bei denen sich auf der Grundlage eines Gutachtens des Ausländeramtes herausstellt, dass sie nicht oder nicht mehr über ein gesetzliches Aufenthaltsrecht in Belgien verfügen, können, im Gegensatz zu den Belgiern und den Ausländern, die sich legal im Staatsgebiet aufhalten, keine der durch das Gesetz vom 17. Mai 2006 festgelegten Strafvollstreckungsmodalitäten erhalten, außer die in B.87 angeführte Ausgangerlaubnis.

Dieses Unterscheidungskriterium ist objektiv und ermöglicht es, das durch den Gesetzgeber angestrebte Ziel zu erreichen, nämlich nicht zu erlauben, dass Personen, die nicht über eine ordnungsgemäße Aufenthaltserlaubnis verfügen, sich auf dem Staatsgebiet bewegen außerhalb der Strafanstalt, in der sie die Strafe ableisten, zu der sie verurteilt wurden.

Der Gerichtshof muss jedoch noch prüfen, ob die Maßnahme, die darin besteht, einer ganzen Kategorie von Verurteilten *a priori* und ohne individuelle Untersuchung vom Vorteil der in B.86 angeführten Strafvollstreckungsmodalitäten auszuschließen, in einem vernünftigen Verhältnis zum angestrebten Ziel steht, unter Berücksichtigung der Gründe, aus denen die betreffenden Strafvollstreckungsmodalitäten eingeführt wurden.

B.90.1. Die Strafvollstreckungsmodalitäten, auf die sich die angefochtenen Bestimmungen beziehen, dienen dazu, die soziale Wiedereingliederung des Verurteilten zu fördern, es ihm zu ermöglichen, während des Zeitraums seiner Haft familiäre, affektive und soziale Kontakte zu wahren, oder es ihm zu erlauben, eine schwerwiegende und außergewöhnliche Situation familiärer Art zu bewältigen.

Die Gewährung dieser Modalitäten ist nie automatisch und erfolgt erst, nachdem die zuständige Behörde je nach Fall sorgfältig die realistische und machbare Beschaffenheit des vorgelegten Wiedereingliederungsplans beurteilt hat, sowie die etwaigen Gegenindikationen, die insbesondere mit der Wiederholungsgefahr, mit der Gefahr, dass der verurteilte die Opfer belästigt, und mit der Gefahr, dass er sich der Vollstreckung seiner Strafe entzieht, zusammenhängen. Vor dem Inkrafttreten der angefochtenen Bestimmungen berücksichtigten die zuständigen Behörden bei dieser Untersuchung die spezifische Aufenthaltssituation der ausländischen Antragsteller im Lichte sowohl der Möglichkeiten zur Wiedereingliederung als auch der Gefahr, sich der Vollstreckung der Strafe zu entziehen.

Die Entscheidungen zur Gewährung einer Strafvollstreckungsmodalität betreffen die Vollstreckung der Gefängnisstrafe und ändern nicht die Art und die Dauer der durch den Richter verhängten Freiheitsstrafen. Die Vollstreckung der Strafe verläuft während der Anwendung der gewährten Strafvollstreckungsmodalität. Sie ändern ebenfalls nicht das Aufenthaltsstatut des verurteilten Ausländers.

B.90.2. Durch die angefochtenen Bestimmungen werden alle Ausländer, deren Anwesenheit auf dem Staatsgebiet zu dem Zeitpunkt, zu dem sie eine der in B.86 angeführten Strafvollstreckungsmodalitäten beantragen, nicht durch eine Aufenthaltserlaubnis gedeckt ist, von der Möglichkeit ausgeschlossen, diese zu beantragen und zu erhalten, ungeachtet der Taten, die sie begangen haben, der gegen sie verhängten Strafe, ihres Verhaltens seit ihrer Inhaftierung, der Vorgeschichte ihrer administrativen Aufenthaltssituation, ihrer Familienverbindungen in Belgien und der Möglichkeit ihrer Entfernung. Durch ihre absolute und automatische Beschaffenheit verhindern sie, dass die zuständige Behörde ihren Antrag prüft, um in den Vorteil einer Maßnahme zu gelangen, die es ihnen ermöglicht, ihre soziale Wiedereingliederung vorzubereiten oder familiäre, affektive und soziale Kontakte zu wahren.

B.90.3. Indem es den Behörden, die für die Gewährung der Strafvollstreckungsmodalitäten zuständig sind, nicht erlaubt wird, im Lichte der konkreten administrativen, familiären und sozialen Situation eines ausländischen Antragstellers zu prüfen, ob es gerechtfertigt ist, ihm die beantragte Modalität zu verweigern aus einem Grund, der sich aus einem Gutachten des Ausländeramtes ergibt und wonach ihm der Aufenthalt im Staatsgebiet nicht erlaubt oder gestattet ist, hat der Gesetzgeber eine unverhältnismäßige Maßnahme ergriffen.

B.90.4. Gegebenenfalls kann eine Maßnahme zur Entfernung der betroffenen Person im Übrigen, falls die Bedingungen erfüllt sind, ausgeführt werden durch die Gewährung einer Maßnahme gemäß den Artikeln 20/1 oder 25/3 des Gesetzes vom 17. Mai 2006. Die Gewährung einer Strafvollstreckungsmodalität im Sinne der angefochtenen Bestimmungen verhindert gegebenenfalls die Entfernung vom Staatsgebiet folglich nicht und hindert die Behörden somit auch nicht daran, die Politik ihrer Wahl bezüglich des Zugangs zum Staatsgebiet zu führen.

B.91. Der durch die angefochtenen Bestimmungen eingeführte Behandlungsunterschied zwischen den zu einer Freiheitsstrafe verurteilten Personen aufgrund ihres Aufenthaltsstatus ist nicht vernünftig gerechtfertigt und hat unverhältnismäßige Folgen in Bezug auf die angeführten Grundrechte.

Der Klagegrund ist in diesem Maße begründet. Die Artikel 148, 153 und 163 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 sind für nichtig zu erklären.

Diese Nichtigerklärung verhindert nicht, dass der Gesetzgeber für jede erwogene Strafvollstreckungsmodalität beurteilt, ob es relevant ist, diese für gewisse Kategorien von Ausländern, deren Aufenthalt nicht gestattet ist, auszuschließen unter Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

Die Befugnisse, die die Juristen bei der Staatsanwaltschaft ausüben dürfen

B.92.1. Die klagende Partei in der Rechtssache Nr. 6494 leitet einen dritten Klagegrund ab aus einem Verstoß durch Artikel 197 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 gegen die Artikel 10, 11 und 12 der Verfassung, gegebenenfalls in Verbindung mit Artikel 151 § 1 der Verfassung, mit Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention und mit Artikel 14 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte.

B.92.2. Durch den angefochtenen Artikel 197 wird Artikel 162 § 2 des Gerichtsgesetzbuches um fünf Absätze mit folgendem Wortlaut ergänzt:

« Durch einen mit Gründen versehenen individuellen Beschluss und nach positiver Stellungnahme des zuständigen Generalprokurators kann der Korpschef die bei der Generalstaatsanwaltschaft, dem Generalauditorat, der Föderalstaatsanwaltschaft, der Staatsanwaltschaft oder dem Arbeitsauditorat bestimmten, endgültig ernannten Juristen bei der Staatsanwaltschaft mit der Ausübung aller Befugnisse der Staatsanwaltschaft beauftragen, sofern sie ein Dienstalter von mindestens zwei Jahren als Jurist des gerichtlichen Standes nachweisen.

Die in Absatz 3 erwähnten Juristen bei der Staatsanwaltschaft können die Strafverfolgung vor dem Polizeigericht ausüben, außer wenn die Verfolgung Verstöße gegen Artikel 419 Absatz 2 des Strafgesetzbuches betrifft.

Ausgeschlossen sind:

- die Befugnis im Zusammenhang mit der Ausübung der Strafverfolgung vor den Assisenhöfen, den Korrekionalkammern der Appellationshöfe und den Korrekionalgerichten,
- die Befugnisse der Staatsanwaltschaft im Rahmen des Gesetzes vom 20. Juli 1990 über die Untersuchungshaft,
- das Klagerecht zur Auferlegung von Maßnahmen auf der Grundlage von als Straftaten qualifizierten Taten vor den Jugendkammern der Appellationshöfe oder vor dem Jugendgericht.

Befugnisse, die nur von Magistraten der Staatsanwaltschaft ausgeübt werden können, die zu diesem Zweck an der durch das Gesetz vorgeschriebenen Sonderausbildung teilgenommen haben, können von Juristen bei der Staatsanwaltschaft ausgeübt werden, sofern sie an einer selben Ausbildung teilgenommen haben.

Die als vertraglich angestellter Jurist tatsächlich geleisteten Dienste werden bei der Berechnung des Dienstalters berücksichtigt. Diese Zuweisung von Befugnissen kann jederzeit vom Korpschef widerrufen werden. Der Jurist bei der Staatsanwaltschaft untersteht der Amtsgewalt und Aufsicht seines Korpschefs und übt die ihm zugewiesenen Befugnisse unter der Verantwortung eines oder mehrerer Magistrate aus ».

B.93.1. Im ersten Teil dieses Klagegrunds bemängelt die klagende Partei, dass in der angefochtenen Bestimmung nicht ausdrücklich alle Befugnisse vorgesehen seien, die die Juristen bei der Staatsanwaltschaft ausüben könnten, was im Widerspruch zu dem durch Artikel 12 Absatz 2 der Verfassung gewährleisteten Grundsatz der Legalität der Strafverfolgungen stehe.

B.93.2. Artikel 12 Absatz 2 der Verfassung bestimmt:

« Niemand darf verfolgt werden, es sei denn in den durch Gesetz bestimmten Fällen und in der dort vorgeschriebenen Form ».

B.93.3. Die in Artikel 12 Absatz 2 der Verfassung enthaltenen Grundsätze der Legalität und Vorhersehbarkeit des Strafverfahrens gelten für das gesamte Verfahren, einschließlich der Stadien der Ermittlung und der gerichtlichen Untersuchung.

Das Erfordernis der Vorhersehbarkeit des Strafverfahrens garantiert es jedem Bürger, dass er nur Gegenstand einer Ermittlung, einer gerichtlichen Untersuchung oder einer Verfolgung gemäß einem durch Gesetz eingeführten Verfahren sein kann, von dem er vor dessen Anwendung Kenntnis nehmen kann.

B.94.1. Im Vorentwurf der angefochtenen Bestimmung wurde der Minister der Justiz auf eine Stellungnahme des Kollegiums der Generalprokuratoren hin ermächtigt, die Befugnisse festzulegen, deren Ausübung durch den Korpschef den Juristen bei der Staatsanwaltschaft erteilt werden konnte, mit Ausnahme der Ausübung der Strafverfolgung vor den Kammern für Kriminalsachen der Appellationshöfe und der Korrekionalgerichte und der Befugnisse der Staatsanwaltschaft im Rahmen des Gesetzes vom 20. Juli 1990 über die Untersuchungshaft (Parl. Dok., Kammer, 2015-2016, DOC 54-1418/001, S. 234).

B.94.2. Die Gesetzgebungsabteilung des Staatsrates hat in diesem Zusammenhang bemerkt:

« Doch kann die Bestimmung der Befugnisse, die durch die Magistrate der Staatsanwaltschaft ausgeübt werden können, nicht dem für Justiz zuständigen Minister überlassen werden. Es ist darauf hinzuweisen, dass, da bestimmte Befugnisse sich auf die ' Form der Verfolgung ' im Sinne von Artikel 12 Absatz 2 der Verfassung beziehen können, es aufgrund des darin aufgenommenen Legalitätsprinzips erforderlich ist, dass der Gesetzgeber selbst die Befugnisse festlegt, die für die Ausübung durch Juristen bei der Staatsanwaltschaft in Frage kommen » (ebenda, S. 306).

B.94.3. In Beantwortung dieser Anmerkung hat der Gesetzgeber die Ermächtigung des Ministers der Justiz weggelassen und beschlossen, dass alle Befugnisse der Staatsanwaltschaft, mit Ausnahme derjenigen, die er genau aufgelistet hat, durch die Juristen bei der Staatsanwaltschaft ausgeübt werden können, die durch den Korpschef bestimmt werden. In der Begründung wurde ferner präzisiert:

« In Beantwortung dieser Anmerkung des Staatsrates kann davon ausgegangen werden, dass nicht die Absicht besteht, dass Juristen bei der Staatsanwaltschaft die Strafverfolgung ausüben oder zur Verfolgung übergehen würden, außer vor dem Polizeigericht. Daher wird gemäß der Anmerkung des Staatsrates die Befugnis der Juristen bei der Staatsanwaltschaft zur Ausübung der Strafverfolgung vor dem Polizeigericht ausdrücklich in diese Bestimmung aufgenommen. Es wird eine Ausnahme vorgesehen für die Verstöße gegen Artikel 419 Absatz 2 des Strafgesetzbuches (Verkehrsunfälle mit Todesfolge) » (ebenda, S. 147).

« Es ist jedoch nicht möglich, eine erschöpfende Auflistung aller möglichen Aufgaben eines Juristen bei der Staatsanwaltschaft mit dieser besonderen Befugnis in das Gesetz aufzunehmen.

Dies betrifft nämlich nicht nur alle Handlungen, die dazu dienen, die Straftaten, ihre Täter und deren Beweise zu ermitteln und die Fakten zu sammeln, die für die Ausübung der Strafverfolgung gemäß Artikel 28bis § 1 des Strafprozessgesetzbuches sachdienlich sind, sondern beispielsweise auch das Einholen von Informationen im Hinblick auf die Rehabilitierung gemäß den Artikeln 621 ff. des Strafprozessgesetzbuches » (ebenda, S. 149).

B.95. Indem festgelegt wird, dass den Juristen bei der Staatsanwaltschaft, die die Bedingungen in Bezug auf das Dienstalter erfüllen, « alle Befugnisse der Staatsanwaltschaft » zugeteilt werden können, mit Ausnahme bestimmter, erschöpfend aufgelisteter Befugnisse, werden im angefochtenen Artikel die betreffenden Befugnisse präzise und deutlich definiert. Bei der Lesung der Bestimmung ist es nämlich möglich zu prüfen, ob die Ausübung einer bestimmten Befugnis der Staatsanwaltschaft einem Juristen bei der Staatsanwaltschaft zugeteilt werden kann, der die dazu festgelegten Bedingungen erfüllt, da dies der Fall ist, wenn die betreffende Befugnis nicht in den aufgelisteten Ausnahmen enthalten ist.

B.96.1. Im zweiten Teil dieses Klagegrunds bemängelt die klagende Partei, dass durch die angefochtene Bestimmung zwei grundsätzlich unterschiedliche Kategorien von Personen, nämlich die Magistrate der Staatsanwaltschaft einerseits und die Juristen bei der Staatsanwaltschaft andererseits auf die gleiche Weise behandelt würden, indem ihnen dieselben Vorrechte gewährt würden, was einen Verstoß gegen das Recht des Rechtsuchenden auf ein faires Verfahren beinhalte, insofern der Grundsatz der Unabhängigkeit der Magistrate der Staatsanwaltschaft verletzt werde.

B.96.2. Artikel 151 § 1 Absatz 1 der Verfassung bestimmt:

« Die Richter sind unabhängig in der Ausübung ihrer Rechtsprechungsbefugnisse. Die Staatsanwaltschaft ist unabhängig in der Durchführung individueller Ermittlungen und Verfolgungen, unbeschadet des Rechts des zuständigen Ministers, Verfolgungen anzuordnen und zwingende Richtlinien für die Kriminalpolitik, einschließlich im Bereich der Ermittlungs- und Verfolgungspolitik, festzulegen ».

B.97. Durch die angefochtene Bestimmung wollte der Gesetzgeber « die Arbeitsbelastung der Magistrate der Staatsanwaltschaften [...] verringern », indem er es dem Korpschef erlaubte, sie von bestimmten Befugnissen zu entlasten, die durch einen Juristen bei der Staatsanwaltschaft ausgeübt werden können, « selbstverständlich immer noch unter seiner Amtsgewalt und Aufsicht und unter der Verantwortung eines oder mehrerer Magistrate ». Für den Korpschef oder für die Magistrate der Staatsanwaltschaft geht es nicht darum, Befugnisse zu verlieren, sondern vielmehr mit den Juristen bei der Staatsanwaltschaft zu teilen, sodass sie immer noch « neben dem Juristen bei der Staatsanwaltschaft auftreten können » (ebenda, S. 147).

B.98.1. Es trifft zu, dass die Magistrate und die Juristen bei der Staatsanwaltschaft auf unterschiedliche Weise angeworben werden und ein unterschiedliches Statut haben, insbesondere im Disziplinarbereich, sodass die Juristen bei der Staatsanwaltschaft nicht die gleiche Garantie der Unabhängigkeit bieten wie die Magistrate der Staatsanwaltschaft.

B.98.2. Dennoch hat der Gesetzgeber darauf geachtet, dass das Teilen der Befugnisse der Magistrate der Staatsanwaltschaft mit den Juristen bei der Staatsanwaltschaft mit Garantien einhergeht, die gewährleisten können, dass die Ausübung der Strafverfolgung und aller durch die Staatsanwaltschaft ausgeführten Aufgaben weiterhin auf unabhängige Weise geschieht. Somit kann die Befugnis zur Ausübung der Strafverfolgung immer noch nicht durch die Juristen bei der Staatsanwaltschaft ausgeübt werden, mit Ausnahme der Strafverfolgung vor den Polizeigerichten, es sei denn für die Taten im Sinne von Artikel 419 Absatz 2 des Strafgesetzbuches. Das Gleiche gilt für die Befugnisse der Staatsanwaltschaft im Rahmen des Gesetzes vom 20. Juli 1990 über die Untersuchungshaft und ihre Befugnis bezüglich der als Straftat qualifizierten Taten vor den Jugendgerichten. Die Erteilung der Befugnis erfolgt im Übrigen auf individueller Basis, unter Berücksichtigung der Persönlichkeit, der Kenntnisse, der Befugnisse, der Erfahrung und der Ausbildung eines jeden Juristen bei der Staatsanwaltschaft, und die erteilten Befugnisse werden unter der Amtsgewalt und der Aufsicht der Magistrate der Staatsanwaltschaft ausgeübt. Schließlich kann der Korpschef diese Befugniserteilung jederzeit zurückziehen, ohne dass diese Zurückziehung als Disziplinarstrafe zu betrachten ist.

B.99. Folglich verletzt die Möglichkeit für den Korpschef, die Befugnisse der Magistrate der Staatsanwaltschaft den Juristen bei der Staatsanwaltschaft zu erteilen, mit Ausnahme der in der angefochtenen Bestimmung aufgelisteten Aufgaben, nicht die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft und folglich das Recht des Rechtsuchenden auf ein faires Verfahren.

B.100. Keiner der Teile des Klagegrunds, der gegen Artikel 197 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 gerichtet ist, ist begründet.

Aus diesen Gründen:

Der Gerichtshof

1. erklärt im Gesetz vom 5. Februar 2016 « zur Abänderung des Strafrechts und des Strafprozessrechts und zur Festlegung verschiedener Bestimmungen im Bereich der Justiz » folgende Bestimmungen für nichtig:

- die Artikel 6 und 121 bis 123 sowie die Artikel 15, 17 Nrn. 1 und 2, 18 Nrn. 1 und 2, 19 Nr. 2, 36, 151, 155 und 170 Nr. 2;

- Artikel 63 Nr. 1;

- die Artikel 127 und 137;

- Artikel 132 Nr. 1, insofern er es der im Stadium der Regelung des Verfahrens entscheidenden Ratskammer nicht erlaubt, dem Beschuldigten, der sich während der Untersuchungshaft in einer Strafanstalt aufhält, den Vorteil der Untersuchungshaft unter elektronischer Überwachung zu gewähren;

- die Artikel 148, 153 und 163;

2. beschließt die Aufrechterhaltung der Folgen

- der Artikel 6, 15, 17 Nrn. 1 und 2, 18 Nrn. 1 und 2, 19 Nr. 2, 36, 121 bis 123, 151, 155 und 170 Nr. 2 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 angesichts der Entscheidungen, die vor dem Datum der Veröffentlichung des vorliegenden Entscheids im *Belgischen Staatsblatt* aufgrund dieser Bestimmungen ergangen sind;

- von Artikel 63 Nr. 1 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 angesichts der vor dem Datum der Veröffentlichung des vorliegenden Entscheids im *Belgischen Staatsblatt* erfolgten Haussuchungen;

- der Artikel 127 und 137 des Gesetzes vom 5. Februar 2016 bis zum Datum der Veröffentlichung des vorliegenden Entscheids im *Belgischen Staatsblatt*;

3. weist die Klagen im Übrigen zurück, und zwar

- vorbehaltlich der in B.39.2 und in B.39.3 erwähnten Auslegung von Artikel 187 § 6 des Strafprozessgesetzbuches, ersetzt durch Artikel 83 des Gesetzes vom 5. Februar 2016;

- unter Berücksichtigung des in B.44.4 und in B.45 Erwähnten in Bezug auf Artikel 204 des Strafprozessgesetzbuches, ersetzt durch Artikel 89 des Gesetzes vom 5. Februar 2016.

Erlassen in niederländischer, französischer und deutscher Sprache, gemäß Artikel 65 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 über den Verfassungsgerichtshof, am 21. Dezember 2017.

Der Kanzler,

F. Meersschant

Der Präsident,

E. De Groot