

HET RECHT OP EEN ONDERZOEKSRECHTER IN BELGISCH EN EUROPEES PERSPECTIEF. GRONDRECHTELIJKE ARMOEDE MET EEN INQUISITORIALE ACHTERGROND

Paul DE HERT*

*“Nul ne peut être arbitrairement détenu.
L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce
principe dans les conditions prévues par la loi” (art. 66 Franse Grondwet)*

Inleiding

De vraag hoe tegenspraak in het recht wordt bewerkstelligd, kan op meerdere wijzen worden begrepen. In deze bijdrage wordt het recht op de onderzoeksrechter beschouwd als de best mogelijke manier om tegenspraak te organiseren in een inquisitoriaal strafprocesrecht, waarbij idealiter een volwaardig toegangsrecht wordt gecreëerd. Dus geen façadeonderzoeksrechter, maar een ombudsonderzoeksrechter. Met dit laatste doelen we op de mogelijkheid om met de persoon van de onderzoeksrechter in rechtstreekse dialoog te treden en erbij te zijn bij zijn cruciale verplaatsingen (omgangsrecht). In deze bijdrage wordt de verankering bekeken van het recht op een onderzoeksrechter in zeer uiteenlopende (grond)wetteksten, gaande van de aanhouding tot de bescherming van de woning. Een analyse van die teksten en van de rechtspraak toont aan dat die verankering eerder kwetsbaar is. Bovendien is het toegangsrecht tot het instituut van de onderzoeksrechter, zo het al wordt erkend, erg inquisitoriaal ingkleurd. Volwaardige toegang en omgang vormen geen afdwingbaar recht, maar blijven een element van discretie waarover de onderzoeksrechter vrij beschikt. Deze muur van discretie laat hem toe onverminderd inquisitoriaal aan het werk te gaan, wat waarschijnlijk altijd de bedoeling is geweest achter de vele (grond)wettegevingen die ons in de afgelopen vijftig jaar in naam van de tegenspraak werden gepresenteerd. Discussabel is het argument, van onder meer het Europees Hof en het Arbitragehof, om deze inquisitoriale discretie ‘in het belang van de verdachte die grondrechtelijk beschermd moet worden’ te laten voortbestaan.

De onderzoeksrechter

1. De inquisitoire procedure vertrekt vanuit de idee van een objectieve, materiële waarheid die ‘moet’ worden gevonden onder meer door een procedure waarin een professionele rechter de spilfiguur vormt, vormvoorschriften en procedurevoorwaarden bindend zijn en aan het vooronderzoek een determinerend gewicht toekomt. Het Belgische, Franse en Nederlandse systeem worden door-

* Universiteit Leiden en Brussel.

gaans als een systeem van gematigd inquisitoire rechtspleging omschreven. Dat systeem onderscheidt zich door een strikte scheiding van het vooronderzoek en het onderzoek ter terechtzitting waarbij het verzamelen van bewijsmateriaal tot de opdracht behoort van het Openbaar ministerie of van een onafhankelijk magistraat (de onderzoeksrechter). Het Openbaar ministerie staat zowel in voor het onderzoek als voor de vervolging. Van de onderzoeksrechter wordt verwacht een ambtshalve onderzoek in te stellen naar beweerd strafbare feiten, waarbij hij of zij zowel belastende als disculperende bewijsgegevens dient te verzamelen.¹ Ook moet de onderzoeksrechter de legaliteit en opportuniteit van dwangmiddelen verifiëren. Deze kunnen door hem bevolen worden op eigen initiatief, d.w.z. zonder formeel verzoek van de vervolgende partij.

Traditioneel wordt de instelling van de onderzoeksrechter als essentiële waarborg voor het humane karakter van de inquisitoriale procedure omschreven.² Alleen hij kan het bevel geven tot het opleggen van dwangmiddelen. Hij is onafhankelijk en onpartijdig bij de uitoefening van zijn ambt.³ Door zijn hoedanigheid van lid van de rechterlijke macht zou hij in de voorfase oog hebben voor zowel belastende als disculperende bewijsgegevens.⁴ Van de onderzoeksrechter wordt m.a.w. een grote bereidheid verwacht om ook rekening te houden met elementen die ten voordele van de verdachte pleiten. Deze 'verwachting' heeft op zich iets metafysisch want ze is volledig gebaseerd op het statuut van rechter. De vorming als rechter zou in deze optiek een waarborg moeten zijn die hem een streepje voor geeft op de politie als opsporingsorgaan en het Openbaar ministerie als vervolgingsorgaan. Deze zijn zo nauw bij de zaak betrokken dat een evenwichtige belangenafweging soms moeilijk te realiseren valt.⁵

De habeas-corpusgedachte in de Grondwet en het EVRM

2. Afgaande op de grondrechtelijke teksten en de wetteksten is de onderzoeksrechter nog steeds de centrale figuur in het vooronderzoek. De Belgische grond-

1. Art. 56 § 1, lid 2 Sv.

2. Over de meerwaarde van het instituut van de onderzoeksrechter bestaat een veelheid aan literatuur. Recent kan nog worden gewezen op de talrijke geschriften van BART DE SMET (onder meer "De justitie in de steigers", *Panopticon* 1997, 209-220; "De wankele positie van de onderzoeksrechter. Bedenkingen bij de verzelfstandiging van de politie en de teloorgang van het gerechtelijk onderzoek", *Panopticon* 1997, 141-161; "De onderzoeksrechter onder een spervuur van kritiek. Levert het gerechtelijk onderzoek enige meerwaarde op?", in: C. FIJNAUT, D. VAN DAELE & F. VERBRUGGEN (ed.), *De uitdaging van de georganiseerde misdaad in België - Het antwoord van de overheid*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 301-321). Ook is er het boek van onderzoeksrechter MINNAERT: M. MINNAERT, *Acht (Octopus)-armen rond het gerechtelijk strafonderzoek*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 56 e.v.

3. Cass. 14 oktober 1996, *Arr. Cass.* 1996, nr. 379, *R.D.P.* 1997, 470, noot A. JACOBS (ten overstaan van de partijen); Cass. 24 september 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, nr. 48 (tegenover het Openbaar ministerie).

4. Art. 56 § 1, lid 2 Sv.

5. P.D. IJZERMAN, "Verschillende methoden, pro-actief en re-actief", *Delikt en Delinkwent* 1995, 556-569.

wetgever van 1831 laste een *habeas-corpusclausule*⁶ in de Grondwet houdende het verbod iemand 'aan te houden' (d.w.z. van zijn vrijheid te beroven), tenzij met een gemotiveerd bevel van een rechter dat bovendien moet worden betekend binnen vierentwintig uren na de aanhouding.⁷

Deze *habeas-corpusedachte* is ook aan te treffen in de bepalingen m.b.t. de procesrechten vervat in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Essentieel bij die procesrechten is de gedachte dat het justitiële apparaat eenieders recht op vrijheid zoveel mogelijk moet respecteren en vooral voort moet maken bij vrijheidsberoving. Artikel 6 EVRM geeft daarom aan de verdachte het recht op een redelijke duur van zijn proces.⁸ Specifiek voor de voorfase van het proces is artikel 5 EVRM, dat de gronden aangeeft op basis waarvan een vrijheidsbeneming mogelijk is.⁹ Essentieel strekt artikel 5 EVRM tot een verbod op elke arbitraire vrijheidsberoving. Dat betekent dat elke vrijheids-

6. De term *habeas corpus* is Latijn voor "dat u het lichaam heeft". Het begrip wordt gebruikt om de idee uit te drukken dat er een controle moet bestaan op gevangenhouding door de overheid. De idee gaat terug tot de Magna Charta (1215), en werd in Engeland in 1679 vastgelegd. Sederdient wordt onder *habeas corpus* de eis verstaan voor een procedure voor controle op onwettige gevangenhouding. Zij houdt dus in dat gevangenschap moet worden erkend en een gevangene moet worden vorgeleid bij een rechter.

7. Art. 12 G.W. (oud art. 7 G.W.) luidt: "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. Niemand kan behalve bij ontdekking op heterdaad, worden aangehouden dan krachtens een met redenen omkleed bevel van de rechter, dat moet worden betekend bij de aanhouding of uiterlijk binnen vierentwintig uren".

8. Cf. A. DEN HARTOG, *Artikel 6 EVRM: grenzen aan het streven de straf eerder op de daad te doen volgen*, Antwerpen, Maklu, 1992, 1-24. Art. 6 § 1 EVRM luidt: "Bij (...) het bepalen van de grondigheid van een tegen hem ingestelde strafvervolgning heeft eenieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn (...)". Art. 6 EVRM heeft evenwel een dubbele functie en wil met name ook garanderen dat een proces niet overhaast wordt gevoerd. Voor een recente, volledige bespreking van de rechtspraak: A. GEKIERE, "De redelijke termijn van artikel 6 EVRM – Een stand van zaken", *T.B.P.* 1996, 511-518; R. ERGEC en J. VELU, "La notion de délai raisonnable dans l'article 5 et 6 de la Convention des droits de l'homme – Essai de synthèse", *RTDH*, 1991, 137 e.v. Slechts één voorbeeld: in *MESSINA t. Italië* werd een periode van 7 jaar en vier maanden, ondanks het feit dat de zaak enigszins ingewikkeld is, als schending van art. 6, lid 1 EVRM gebrandmerkt (E.H.R.M., *MESSINA t. Italië*, 26 februari 1993, (*Publ. Cour eur. D.H.*), *Série A*, vol. 257-A). Voor een Belgische zaak: E.H.R.M., *BODDAERT t. België*, 12 oktober 1992, *Série A*, vol. 235-D. Hierover: B. SWART, "The Case-Law of the European Court of Human Rights in 1992", *E.J.C.C.L.C.*, 1993, nr. 2, 174; R. ERGEC en A. SCHAUS, "La convention européenne des droits de l'homme. Examen de jurisprudence 1990-1994", *R.C.J.B.* 1995, 389.

9. Een zeer nauwkeurige analyse van art. 5 EVRM geeft: J. MURDOCH, "Safeguarding the liberty of the person: recent Strasbourg jurisprudence", *I.C.L. Quarterly* 1993, 494-522; W. VANDEPUTTE, "De voorlopige hechtenis in België getoetst aan artikel 5 EVRM", *Jura Falc.* 2000-2001, nr. 1, 26 p. (via <http://www.law.kuleuven.ac.be/jura/>); J. DE MEYER, "Article 5 § 1", in: PETTITI, L.-E., DECAUX, E. en IMBERT, P.-H. (ed.), *La convention européenne des droits de l'homme*, Parijs, Economica, 1995, 190-205. Onder vrijheidsbeneming verstaat het Hof de periode die loopt vanaf het moment van arrestatie tot ofwel de invrijheidstelling tijdens het vooronderzoek ofwel tot de dag van veroordeling in eerste instantie (E.H.R.M., *B. t. Oostenrijk*, 28 maart 1990, *Série A*, vol. 175, § 34-40). In deze zaak, oordeelde het Hof dat een voorlopige hechtenis gedurende de periode van 1 juli 1980 tot 16 november 1982, geen schending vormde, van art. 5, lid 3 EVRM. Het belang van de uitspraak ligt evenwel elders: in de periode voor 1990 bestond er onduidelijkheid over de vraag wanneer een hechtenis een einde nam, met name in die landen waar het interne recht voorziet dat de uitvoering van een straf alleen aanvangt als de uitspraak definitief is en geen middel voor een hogere instantie meer open staat. Het Hof herhaalt haar oude jurisprudentie volgens dewelke de hechtenis in een straf overgaat

→

beroving een wettelijke basis moet hebben en dat de desbetreffende wet afdoende duidelijk en toegankelijk moet zijn om ieder risico van willekeur uit te sluiten.¹⁰ Tevens betekent dit dat er steeds een voldoende causaal verband moet bestaan tussen de veroordeling en de concrete vrijheidsberoving.¹¹ Oude praktijken, zoals het opsluiten van mensen zonder proces omdat ze mogelijk gevaarlijk kunnen zijn in de toekomst, worden door artikel 5 EVRM verboden. Een onbepaalde detentie om toekomstige strafbare feiten te voorkomen, schendt de notie van de *rule of law* die schuilt achter elke verdragsbepaling van het EVRM en dus ook achter artikel 5 EVRM.¹²

Een van de toegelaten gronden voor vrijheidsberoving uitgewerkt in artikel 5 EVRM betreft de vrijheidsberoving in het kader van taken van gerechtelijke politie, meer bepaald deze met het oog op vervolging voor de rechter (art. 5 § 1, sub c). Bij deze vorm van hechtenis beschikt de betrokken persoon niet alleen over een recht binnen een redelijke termijn berecht te worden, maar ook over een recht om *onmiddellijk te worden gebracht voor een rechter of voor een andere autoriteit die door de wet bevoegd verklaard is om de rechterlijke macht uit te oefenen* (art. 5 § 3 EVRM).¹³ Dat recht heeft niet zozeer het oogmerk om de voorlopige hechtenis te versnellen, dan wel om ‘onmiddellijk’ na de beperking van het recht op vrijheid door de politie, rechterlijke controle mogelijk te maken¹⁴ en indien mogelijk de voorlopige hechtenis te beëindigen.¹⁵ Anders gezegd, in de derde paragraaf van artikel 5 EVRM schuilt dus niet alleen een recht op snelheid, maar ook een recht op magistratuur (een recht op een rechter of een met de rechter vergelijkbaar persoon),¹⁶ wat precies de essentie vormt van *habeas corpus*. Dit recht spreekt ook uit de vierde paragraaf van artikel 5 EVRM dat eenieder, wiens vrijheid is ontnomen door arrestatie of detentie, het recht geeft ‘voorziening te vragen bij het gerecht opdat dit spoedig beslist over de rechtmatigheid van zijn detentie en zijn invrijheidstelling beveelt, indien de detentie onrechtmatig is’. Artikel 5 § 4 EVRM is nodig omdat steeds rekening moet worden gehouden met het gegeven dat nieuwe omstandigheden de rechtmatigheid van een bestaande detentie kunnen beïnvloeden. Dat noodzaakt regel-

→

op de dag van het vonnis in eerste aanleg. Hierover: J. SCHOKKENBROEK en J. VAN DER VELDE, “Rubriek EVRM”, *NJCM* 1990, 498; J. MURDOCH, *L.c.*, 510-511, met verw.

10. E.H.R.M., Stafford t. Verenigd Koninkrijk, *Nederlands Juristenblad* 2002, nr. 27, 1300-1301, § 63.

11. E.H.R.M., Stafford t. Verenigd Koninkrijk, *L.c.*, § 64-65.

12. E.H.R.M., Stafford t. Verenigd Koninkrijk, *L.c.*, § 82.

13. Over de nauwe relatie tussen § 3 en § 1 van art. 5 EVRM en de toepassing van § 3 op andere vormen van hechtenis dan deze voorzien in § 1: J. MURDOCH, *L.c.*, 507-508. Art. 5, derde paragraaf EVRM luidt: “*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*”. In de Engelse tekst luidt het dat de aangehouden persoon onmiddellijk gebracht zal worden voor “*a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power*”.

14. J. MURDOCH, *L.c.*, 518.

15. “It is essentially the object of Article 5 § 3 (...) to require provisional release once detention ceases to be reasonable” (E.H.R.M., AQUILINA t. Malta, 29 april 1999, appl. nr. 25642/94, beschikbaar op <http://www.dhccour.coe.fr/eng/>, § 47).

16. J. MURDOCH, *L.c.*, 509.

matige rechterlijke toetsing door een rechterlijk orgaan dat voldoet aan de vereisten van artikel 5 § 4 EVRM.¹⁷

De verankering van de onderzoeksrechter in artikel 5 EVRM

3. Het lezen van artikel 5 EVRM geeft een draaierig gevoel. Het recht op magistratuur mag dan wel één van de rode draden vormen doorheen deze bepaling, maar over welke magistraat gaat het nu precies? Moeilijk te zeggen. De eerste paragraaf spreekt over ‘bevoegde rechter’ en ‘de bevoegde rechterlijke instantie’. De derde paragraaf spreekt over ‘een rechter of een andere magistraat die door de wet bevoegd verklaard is rechterlijke macht uit te oefenen’. De vierde paragraaf heeft het ten slotte over ‘het gerecht’.

Wie eruit wil geraken moet het linkeroog vestigen op de authentieke Franse en Engelse versie van het verdrag, het rechter op de rechtspraak van het Hof en moet in het achterhoofd houden dat geen van de gebruikte termen er toevallig staat maar getuigt van het opzet van de verdragopstellers om *habeas corpus* te vertalen naar een veelheid van rechtssystemen toe en van het opzet om Lidstaten niet te dwingen onmiddellijk ‘echte’ rechters zetelend in rechtbanken in te schakelen bij een vrijheidsberoving.¹⁸ Artikel 5 EVRM leest wat dat betreft als een stapsgewijs te volgen schema voor de vrijheidsberoving, wat verklaart waarom pas in de vierde, en niet in de eerste of derde paragraaf sprake is van een ‘gerecht’.

Een volgende interessante vaststelling is dat artikel 5 EVRM, ondanks de overvloed aan termen, geen verwijzing maakt naar de figuur van de onderzoeksrechter. Dat is ongetwijfeld te verklaren door het gegeven dat hij ontbreekt in rechtssystemen zoals dit van het Verenigd Koninkrijk. Bovendien bestaat er niet zo gek veel rechtspraak over de onderzoeksrechter en artikel 5 EVRM.

Een laatste vaststelling m.b.t. artikel 5 EVRM is dat er historisch gesproken twijfel mogelijk is over de vraag of deze bepaling erop gericht is tegenspraak te bevorderen in het vooronderzoek. Sommigen hielden voor dat het onderscheid tussen artikel 5 en 6 EVRM er precies gekomen is om in de fase van de terechtzitting wel en in de fase van het vooronderzoek geen tegenspraak te organiseren.¹⁹

17. E.H.R.M., Stafford t. Verenigd Koninkrijk, *l.c.*, § 87.

18. “*Au sujet du contexte des mots à interpréter, Gouvernement et Commission notent que l’article 5 pris dans son ensemble emploie des expressions de deux types: celles, précises, de ‘tribunal’ (§ 1 a) et b), § 4) et de ‘juge’ (§ 3); celles, assez vagues, d’‘autorité judiciaire compétente’ (§ 1 c) et de ‘magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires’ (§ 3). Ils estiment raisonnable d’en déduire que les premières visent des exigences plus strictes que les secondes. La Cour souscrit à cette opinion, mais tient à souligner les limites de la distinction ainsi établie*” (E.H.R.M., SCHIESER t. Zwitserland, 4 december 1979, *Série A*, vol. 34 § 29).

19. *Cf.* “Sur un plan général, le Gouvernement affirme que l’impératif du contradictoire ne s’étend pas à la communication de tout le dossier en cours de constitution et que les exigences de l’article 6 (art. 6) ne se confondent pas avec celles, plus limitées, de l’article 5 § 4. Si la Cour devait considérer que le principe de l’égalité des armes vaut aussi pour l’examen des demandes de libération provisoire, cela reviendrait à condamner le système mis en oeuvre par la législation incriminée et celle

→

4. Het voorgaande neemt niet weg dat de onderzoeksrechter moeiteloos kan worden verankerd in artikel 5 EVRM en dat zowel in de derde als in de vierde paragraaf. Beginnen we met de laatste. Deze paragraaf geeft, zoals gezien, aan elk individu dat van zijn vrijheid beroofd is, ongeacht of de vrijheidsberoving toegelaten was of niet onder paragraaf 1, het recht om de rechtmatigheid van zijn detentie te laten controleren door een ‘gerecht’ (*‘a court’*; *‘un tribunal’*). In het arrest *BEZICHERI t. Italië* uit 1989²⁰, was het Europees Hof zonder al te veel tekst en uitleg van oordeel dat de Italiaanse onderzoeksrechter kon worden gelijkgesteld met die term, wat alleszins taalkundig nogal kort door de bocht lijkt. Bovendien is de uitleg summier en is de verwijzing naar het arrest *LAMY t. België*, dat betrekking heeft op de functie van de raadkamer, niet erg relevant.²¹ Het Hof legt de klemtoon op de onafhankelijkheid van de onderzoeksrechter²² en spreekt verder ietwat mysterieus over *“guarantees attaching to the proceedings conducted before him”*. Deze tweede eis wordt verduidelijkt in het arrest *NIKOLOVA t. Bulgarije* uit 1999, arrest dat eveneens verwijst naar het arrest *LAMY*.²³ Een gerecht dat de rechtmatigheid van een detentie controleert moet de garanties vertonen van een gerechtelijke procedure, aldus het Hof, dat hieronder verstaat dat een procedure tegensprekelijk moet zijn en gebaseerd op de idee van *equality of arms*.²⁴ Het tezamen lezen van meerdere overwegingen leert dat het Hof wapengelijkheid en tegensprekelijkheid als innig verbonden waarden ziet.²⁵ Aan de tweede eis is niet voldaan wanneer de raadsman geen toegang krijgt tot het dossier en wanneer de betrokkene niet gehoord wordt.²⁶ De tweede eis is evenmin vervuld wanneer het *gerecht* niet verplicht wordt om te antwoorden op redelijke argumenten en middelen van de betrokkene²⁷ of, nog, wanneer ook de betrokkene geen kans krijgt om het onderzoeksdossier te kunnen inkijken of te kunnen antwoorden op de opmerkingen van de vervolgingsinstanties.²⁸ Dat laatste maakt een procedure *not truly adversarial*, aldus het Hof dat hier op intrigerende wijze gebruikmaakt van een bijwoord.

→
d’autres Etats contractants, alors qu’il s’agit du corollaire du caractère inquisitoire et secret de l’instruction. La Belgique se trouverait devant l’alternative suivante: soit conserver les délais actuels de comparution en chambre du conseil, ce qui obligerait à photocopier l’ensemble des pièces et se révélerait irréalisable en pratique; soit allonger lesdits délais pour permettre le dépôt du dossier au greffe” (uit het arrest *Lamy t. België*, 30 maart 1989, *Série A*, vol. 151, § 28).

20. E.H.R.M., *BEZICHERI t. Italië*, 25 oktober 1989, *Série A*, nr. 164, § 20.

21. *“The investigation judge constituted a court for the purpose of Article 5 para. 4, in the view of his independence and the guarantees attaching to the proceedings conducted before him”* (E.H.R.M., *BEZICHERI t. Italië, l.c.*, met verw. naar paragraaf 27 tot 29 van het arrest *LAMY* 30 maart 1989).

22. De eis dat een *court* in de zin van de vierde paragraaf in de eerste plaats onafhankelijk moet zijn t.a.v. de partijen en de uitvoerende macht werd reeds gesteld in E.H.R.M., *SCHIESSER t. Zwitserland, l.c.*, § 29.

23. E.H.R.M., *NIKOLOVA t. Bulgarije*, 25 maart 1999, appl. nr. 31195/96, beschikbaar op <http://www.dhcour.coe.fr/eng/>, § 58-59

24. E.H.R.M., *NIKOLOVA t. Bulgarije, l.c.*, § 58.

25. E.H.R.M., *NIKOLOVA t. Bulgarije, l.c.*, § 58, § 61 en in het bijzonder § 63 *in fine*.

26. E.H.R.M., *NIKOLOVA t. Bulgarije, l.c.*, § 58, tweede lid.

27. E.H.R.M., *NIKOLOVA t. Bulgarije, l.c.*, § 61. Opgemerkt weze dat het Hof niet eist dat het ‘gerecht’ antwoordt op elk middel, waardoor we een stapje verwijderd blijven van de ombudsonderzoeksrechter, waarnaar we in de inleiding verwezen.

28. E.H.R.M., *NIKOLOVA t. Bulgarije, l.c.*, § 63.

Er is nog een derde eis, met name de bevoegdheid om bij een detentie de rechtmatigheid, begrepen in zowel de procedurele (zijn de vormvoorschriften gerespecteerd?) als materiële betekenis (is het vermoeden waarop de detentie steunt redelijk?), te toetsen en bij een negatief antwoord de invrijheidstelling te kunnen bevelen.²⁹

Merken we voor alle duidelijkheid op dat LAMY, noch NIKOLOVA betrekking hebben op de onderzoeksrechter. Aan de hand van BEZICHERI hebben we enkel willen aangeven dat de onderzoeksrechter kan worden verankerd in de vierde paragraaf van artikel 5 EVRM.³⁰

5. In deze context zal het wel niet verbazen dat de onderzoeksrechter ook kan worden gekaderd in de derde paragraaf waarin de lat lager gelegd wordt. Deze paragraaf stelt dat de betrokkene het recht heeft om “*onmiddellijk te worden gebracht voor een rechter of voor een andere autoriteit die door de wet bevoegd verklaard is om de rechterlijke macht uit te oefenen*”. De gekozen formulering wijst erop dat de Lidstaten voor dit recht op een snelle (eerste) rechterlijke controle van de aanhouding een keuze hebben:³¹ ze kunnen een rechter inschakelen, maar ook iemand anders op voorwaarde dat het gaat om “*un autre magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires*” of een “*other officer authorised to exercise judicial power*”. Het mag dus iets minder zijn dan een rechter, doch niet veel minder, aldus het Hof dat instanties zoals het Belgische Openbaar ministerie (de zgn. staande magistraten) schijnt uit te sluiten wegens niet onafhankelijk genoeg.³² Het moet gaan om magistraten of *officers* die aan de volgende drie voorwaarden voldoen:³³ 1) De *officer* moet onafhankelijk en onpartijdig zijn ten opzichte van de uitvoerende macht en ten opzichte van de partijen. Hij mag zich niet beperken tot een eenzijdige blik op de feiten, maar hij moet rekening houden met zowel de omstandigheden die voor de voorlopige hechtenis pleiten als de omstandigheden die het in vrijheid laten van de verdachte zouden kunnen verantwoorden; 2) hij moet de bevoegdheid hebben om de vrijlating van de ver-

29. E.H.R.M., NIKOLOVA t. Bulgarije, *l.c.*, § 58, eerste lid. Zie ook: E.H.R.M., Stafford t. Verenigd Koninkrijk, *l.c.*, § 87-88 (schending van paragraaf vier: de *Parole Board* is niet bevoegd om de vrijlating te bevelen en de procedure voldoet niet aan alle judiciële waarborgen, zoals de mogelijkheid van een hoorzitting).

30. Zie voor de toetsing van de Nederlandse rechter-commissaris aan art. 5 § 4 EVRM: D. BROUWER en W. JEBBINK, “Wie behoedt ons voor de rechter-commissaris?”, *Nederlands Juristenblad* 2002, nr. 9, (393-398), 394. Opvallend is dat deze auteurs zeer kritisch zijn over de toetsingsmogelijkheden van de rechter-commissaris, die “niet in staat is tot het verrichten van een meer dan oppervlakkig feitenonderzoek” (p. 394). Zij geven ook andere argumenten die eerder pleiten tegen een gelijkstelling van de onderzoeksrechter met een ‘gerecht’.

31. E.H.R.M., SCHIESSER t. Zwitserland, *l.c.*, § 27.

32. E.H.R.M., SCHIESSER t. Zwitserland, *l.c.*, § 28 *juncto* 29.

33. E.H.R.M., SCHIESSER t. Zwitserland, *l.c.*, § 31. Recent: E.H.R.M., AQUILINA t. Malta, *l.c.*, § 43-54; E.H.R.M., NIKOLOVA t. Bulgarije, *l.c.*, § 45-53. Uitvoering: W. VANDEPUTTE, *l.c.*, 12-13.

dachte te bevelen³⁴ en 3) hij moet de betrokkene die voor hem wordt gebracht zelf 'horen'.³⁵

Deze door het Hof ontwikkelde voorwaarden vertonen grote gelijkenissen met de hoger besproken voorwaarden gesteld aan de notie 'gerecht' in de vierde paragraaf, wat door het Hof ook zo gewild is.³⁶

6. Voor België werd door VANDEPUTTE³⁷ recent nog overtuigend aangetoond dat 'onze' onderzoeksrechter moeiteloos deze drie, door het Hof ontwikkelde criteria haalt in het kader van de wet op de voorlopige hechtenis.³⁸ Hij is zoals reeds in de inleiding aangegeven, onafhankelijk en onpartijdig en moet ook bewijsmateriaal *à décharge* verzamelen. Enkel de onderzoeksrechter kan een aanhoudingsbevel uitschrijven, wat moet gebeuren vierentwintig uren te rekenen vanaf de effectieve vrijheidsbeneming.³⁹ Hij of zij is verplicht de verdachte eerst te ondervragen over de hem ten laste gelegde feiten en zijn opmerkingen te horen, alvorens een aanhoudingsbevel te verlenen en hij beschikt over de mogelijkheid om de verdachte opnieuw in vrijheid te stellen.⁴⁰

De Belgische onderzoeksrechter kan dus worden gelijkgesteld met een *officer* in de zin van artikel 5 § 3, maar is hij tevens een *judge* in de zin van deze bepaling? Het Hof gaat er niet op in, en schijnt, integendeel, de term te reserveren voor zetelende rechters die recht spreken, m.a.w. geschillen beslechten. Onderzoekersrechters zijn magistraten met een rechterlijke taak, doch zijn in hun hoedanigheid van rechter geen *judge*.⁴¹ Meerdere auteurs⁴² zijn, om andere redenen die we later wat meer in detail toelichten,⁴³ van oordeel dat de Belgische onderzoeksrechter in het huidige wettelijke kader van de voorlopige hechtenis niet als een *judge* kan worden beschouwd. Ten dele steunen zij hun argumentatie op de invulling van het begrip *court* in artikel 5 § 4 EVRM, maar hiertegenover staat dan weer de invulling van dit begrip in het arrest *Bezicheri t. Italië*, dat, zoals

34. Deze voorwaarde was niet aanwezig in de zaak NIKOLOVA (cf. § 51) en ook niet in de zaak AQUILINA: de *judge or officer* in Malta kon er slechts de vrijlating bevelen op voorwaarde dat hij de verdachte een borgsom oplegde, wat, aldus het Hof, niet beantwoordt aan het gestelde in paragraaf 3 (E.H.R.M., AQUILINA t. Malta, *l.c.*, § 53).

35. Deze laatste voorwaarde wordt herhaald in het arrest AQUILINA, waarin voor het overige uitgebreid wordt ingegaan op de overige voorwaarden uit art. 5 § 3, met name de 'onverwijilde' en 'automatische' verschijning.

36. Cf. "Comparer le paragraphe 3 avec le paragraphe 4 offre davantage d'intérêt en l'espèce" (E.H.R.M., SCHIESSER t. Zwitserland, *l.c.*, § 29).

37. W. VANDEPUTTE, *l.c.*, 12-13.

38. Wet 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, B.S. 14 augustus 1990.

39. Art. 16 *juncto* 18 Voorlopige Hechteniswet.

40. Art. 16 § 2 Voorlopige Hechteniswet.

41. "'Magistrat' en français, et plus encore 'officer' en anglais, ont manifestement un sens plus large que 'juge' et 'judge'. De son côté, l'exercice de 'fonctions judiciaires' ne se limite pas nécessairement au fait de juger. Dans nombre d'Etats contractants, des magistrats et même des juges s'acquittent de pareilles fonctions sans rendre la justice, tels les membres du ministère public et les juges d'instruction" (E.H.R.M., Schiesser t. Zwitserland, *l.c.*, § 28).

42. W. VANDEPUTTE, *l.c.*, 13; J. VÉLU en R. ERGEC, *La convention européenne des droits de l'homme*, Extrait du Répertoire pratique du droit belge, tome VII, Brussel, Bruylant, 1990, 290; P. LEMMENS, "Het strafproces en het EVRM", in: R. DECLERQ (ed.), *Strafrecht voor rechtspractici*, Leuven, Acco, 1985, 163-197. Aanvullende argumenten tegen een gelijkstelling van de onderzoeksrechter met een 'gerecht' kunnen gepuurd worden uit D. BROUWER en W. JEBBINK, *l.c.*, 394.

43. *Infra*, nr. 28.

gezien, de Italiaanse onderzoeksrechter gelijkstelt met *court*. Wat ook de uitkomst van deze discussie is, het voorgaande toont aan dat de onderzoeksrechter moeiteloos past in de door artikel 5 EVRM voorziene proceswaarborgen tijdens het vooronderzoek.

7. Het voorgaande toont aan dat we op grond van artikel 5 EVRM ogenschijnlijk⁴⁴ probleemloos kunnen spreken van een grondrecht op 'fysiek contact' met de onderzoeksrechter. Anders gezegd, de inschakeling in een rechtsstelsel van een onderzoeksrechter kan worden verankerd in de grondrechten.

De verankering in het EVRM gaat verder dan het kader van de grondrechten m.b.t. de vrijheidsbeneming. Hoewel het EVRM nergens rept over de onderzoeksrechter, en behoudens in artikel 5 EVRM, nergens rept over de tussenkomst van een magistraat met een rechterlijke macht of taak, volgt uit de rechtspraak van het Europees Hof dat de tussenkomst van de onderzoeksrechter kan worden beschouwd als een uiterst belangrijke waarborg bij gebeurlijke beperkingen van grondrechten zoals deze op bescherming van de woning, de communicatie en de persoonlijke levenssfeer.⁴⁵ De verankering gaat dus verder dan artikel 5 EVRM.

De onderzoeksrechter in de wetteksten

8. Door de opstellers van het Wetboek van strafvordering werd de onderzoeksrechter in 1808 belast, als zelfstandig handelend magistraat, met het opsporen van misdrijven. Weliswaar werd door de Wet Franchimont⁴⁶ het opsporingsonderzoek in wetteksten omkaderd en aan de procureur toevertrouwd,⁴⁷ maar ogenschijnlijk wordt niet geraakt aan het dwangmonopolie van de onderzoeksrechter⁴⁸ en ook wordt de stap van 'onderzoeksrechter' naar 'rechter van het onderzoek' niet gemaakt.

We zagen reeds dat de tussenkomst van de onderzoeksrechter in de wet op de voorlopige hechtenis een essentiële waarborg vormt.⁴⁹ Dat is eveneens het geval in de nieuwe snelrechtprocedure. De procureur des Konings moet zich overeenkomstig artikel 216*quinquies* Sv.⁵⁰ tot hem richten met de vordering een bevel

44. Zie evenwel *infra*, nr. 10.

45. *Infra*, nr. 13 e.v.

46. Wet van 12 maart 1998 tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *B.S.* 2 april 1998; *err. B.S.* 7 augustus 1998.

47. Art. 28bis § 1 *in fine* vertrouwt de leiding en het gezag over het opsporingsonderzoek toe aan de procureur des Konings.

48. Art. 28bis § 3 verbiedt, behoudens wettelijke uitzonderingen, het gebruik van opsporingshandelingen die dwangmaatregelen inhouden.

49. *Supra*, nr. 6.

50. *Cf.* art. 20bis § 1 Voorlopige Hechteniswet, ingevoerd door artikel 7 van de Wet van 28 maart 2000 tot invoeging van een procedure van onmiddellijke verschijning in strafzaken, *B.S.* 1 april 2000. Zie P. COLLIGNON, "La procédure de comparution immédiate devant le tribunal correctionnel", *J.T.* 2000, 345-355; B. DEJEMEPPE, "Het nieuwe snelrecht: een risicowet", *De orde van de dag* 2000, afl. 9, 33-40; T. DE MEESTER, "De Wet van 28 maart 2000 tot invoeging van een procedure van onmiddellijke verschijning in strafzaken (snelrechtprocedure): een bijzondere detentie" in B. DEJEMEPPE en D. MERCKX (ed.), *De voorlopige hechtenis*, Diegem, Kluwer, 2000, nrs. 954-993; B. DE SMET, "Snelrecht voor aangehouden verdachten. Commentaar op de procedure van onmiddellijke verschijning",

tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning uit te reiken. Daarbij moet de procureur des Konings de betrokkene meedelen dat hij het recht heeft een advocaat te kiezen. De beklaagde heeft vervolgens het recht om voorafgaand aan zijn verschijning voor de onderzoeksrechter overleg te plegen met zijn advocaat.⁵¹ Zodra het bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning wordt gevorderd, zal tevens het dossier ter beschikking worden gesteld van de beklaagde en van zijn advocaat.⁵² De onderzoeksrechter kan slechts een bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning uitvaardigen nadat hij zowel de persoon die voor hem is gebracht als de opmerkingen van diens advocaat heeft gehoord.⁵³ De onderzoeksrechter moet daarbij onder meer nagaan of er ernstige aanwijzingen van schuld zijn en een volgestrekte noodzaak voor de openbare veiligheid bestaat. Is dit niet het geval dan zal de onderzoeksrechter weigeren om een bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning uit te vaardigen. Het Openbaar ministerie beschikt niet over de mogelijkheid om een rechtsmiddel aan te wenden tegen een dergelijke beslissing.⁵⁴

Dit korte overzicht dat nog moet worden aangevuld met een beschrijving van zijn rol bij de toepassing van dwangmiddelen,⁵⁵ onderstreept de cruciale rol van de onderzoeksrechter in de voorfase. Hij controleert het werk van parket en politie en vormt het aanspreekpunt van de verdachte die hij (alleszins in de snelrechtprocedure) moet horen. In wat volgt tonen we evenwel aan dat er in werkelijkheid barsten zitten in dit vertrouwde plaatje dat van het werk van de onderzoeksrechter traditioneel wordt gemaakt. Beschikt de burger in de fase voor de terechtzitting over een volwaardige toegang tot de onderzoeksrechter?

→

Panopticon 2000, 530-562; F. HUTSEBAUT, "Moet Barbertje wel zo snel hangen? Enkele bedenkingen bij het voorontwerp snelrecht", *Vigiles* 1999, afl. 5, 1-4; F. SCHUERMANS, "Het snelrecht 'Verwilghen': een daadkrachtige justitie behoeft geen spektakel", *T. Strafr.* 2000, 142-154; D. VAN DAELE, "De onmiddellijke verschijning in strafzaken", *R. W.* 2000-2001, 641-655.

51. Zie het nieuwe art. 20bis § 1 *in fine* Voorlopige Hechteniswet.

52. Zie het nieuwe art. 20bis § 2 Voorlopige Hechteniswet.

53. Cf. het nieuwe art. 20bis § 3 Voorlopige Hechteniswet ingevoerd door art. 7 van de Wet van 28 maart 2000.

54. Zie art. 20bis § 7 Voorlopige Hechteniswet zoals ingevoerd door art. 7 Wet 28 maart 2000. Het dossier zal in deze hypothese terug aan het Openbaar ministerie worden overgemaakt, waarna de procedure verder verloopt volgens de 'klassieke' regels (zie P. COLLIGNON, *l.c.*, 351-352). In de Omzendbrief COL 6/2000 wijst het College van procureurs-generaal er uitdrukkelijk op dat het de procureur des Konings in deze hypothese vrijstaat om de instelling van een gerechtelijk onderzoek te vorderen en om in dit kader van de onderzoeksrechter de uitreiking van een bevel tot aanhouding te vorderen. Dit zal evenwel slechts mogelijk zijn indien de wettelijke voorwaarden voor voorlopige hechtenis zijn vervuld, doch de onderzoeksrechter de vordering tot het uitreiken van een bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning om andere redenen heeft afgewezen. In voorkomend geval wordt een rechtstreeks contact tussen de onderzoeksrechter en de procureur des Konings overigens aangewezen geacht.

55. *Infra*, nr. 17.

Een vertekend beeld in de Grondwet

9. Artikel 12 G.W., de in randnummer 2 beschreven habeas-corpusclausule uit onze Grondwet, schijnt een absolute koppeling in te voeren tussen de vrijheidsberoving en de figuur van de onderzoeksrechter. Zonder bevel van de 'rechter' (lees: onderzoeksrechter) geen aanhouding, aldus artikel 12 G.W.

De bepaling geldt, luidens de tekst van de Grondwet, niet voor het geval van betrapting op heterdaad. Dit is reeds een eerste, verregaande beperking, zeker wanneer het begrip *heterdaad* ruim wordt ingevuld. Bovendien wordt het gestelde artikel 12 G.W. door de rechtspraak zeer restrictief geïnterpreteerd, in die mate dat men zegt dat enkel de fase van de voorlopige hechtenis bij wet moet worden geregeld. In de gangbare interpretatie valt het onderzoek dat door het Openbaar ministerie wordt gevoerd – de meerderheid van de gevallen – niet onder het grondwetsartikel. Immers, door het instellen van dit 'opsporingsonderzoek' wordt geen vervolging op gang gebracht. "Integendeel, het heeft precies als oogmerk aan het Openbaar ministerie de gegevens te verschaffen die mogelijk moeten maken te beslissen of er al dan niet vervolgingen zullen worden ingesteld".⁵⁶

Die restrictieve interpretatie verklaart tevens waarom ook werd aangenomen dat de administratieve aanhouding en de politionele vrijheidsberoving ook niet gehinderd werden door artikel 12 G.W. Ook hier bestond vóór 1990 geen wettelijke basis, tenzij in geval van betrapting op heterdaad.⁵⁷ Artikelen 1 en 2 van de Voorlopige Hechteniswet van 20 juli 1990 hebben de situatie ten dele aangepast, maar de rechtsleer blijft terecht kritisch.⁵⁸ Artikel 12 G.W. vereist immers een rechterlijk bevel indien er geen betrapting op heterdaad is en dit bevel moet bestaan voorafgaand aan de vrijheidsberoving.⁵⁹ Ogenschijnlijk is een andere lectuur van de grondwetsbepaling mogelijk. De gedachte dat er eerst rechterlijk bevel moet bestaan alvorens over te gaan tot een vrijheidsberoving, wordt alleszins niet gerespecteerd in de Voorlopige Hechteniswet. Immers, de vrijheidsberoving in artikel 2 van de Voorlopige Hechteniswet wordt bevolen door de procureur des Konings, die vanuit grondwettelijk standpunt geen rechter is, en niet noodzakelijk door een onderzoeksrechter. Bij toepassing van artikel 2 van de Voorlopige Hechteniswet ligt dus geen rechterlijk bevel klaar. In de logica van de wet moet de procureur er alleen voor zorgen dat dit er snel komt. Hij moet dus m.a.w. zijn niet-rechterlijk oordeel alleen maar witwassen.

Mogelijk wordt aan deze situatie niet zwaar getild bij gebrek aan een volwaardig grondwettelijk hof en omwille van het gegeven dat het EVRM op dit punt minder veeleisend is dan de Grondwet, door niet alleen te spreken over een rechter, maar over "*un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires*". Uit de rechtspraak van het Europees Hof kan afgeleid worden dat een onafhankelijke parketmagistraat kan beschouwd worden als "*un*

56. J. OCKERS, "Is het onderzoek in strafzaken oorzaak van overbelasting van de strafrechter?", *R.W.* 1990-1991, 449-450.

57. Oud artikel 40 Sv. voor wat misdaden betreft, in overeenstemming met art. 12 G.W.

58. W. VANDEPUTTE, *l.c.*, 9.

59. *Cf.* "Niemand kan behalve bij ontdekking op heterdaad, worden aangehouden dan krachtens een met redenen omkleed bevel van de rechter, dat moet worden betekend bij de aanhouding of uiterlijk binnen vierentwintig uren".

autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires”, en de Belgische regeling waarbij de procureur des Konings, en niet de onderzoeksrechter, de voorlopige hechtenis beveelt zou dus verdragsconform zijn.⁶⁰ Verdragsconformiteit betekent evenwel niet grondwetsconformiteit en de hele kwestie is juridisch niet verdedigbaar.⁶¹

10. Er is nog een tweede verwatering van de Grondwet aan te wijzen in artikel 5 EVRM (en ook in de Voorlopige Hechteniswet). Artikel 12 G.W. vereist een *voorafgaandelijk* rechterlijk bevel indien er geen betrapting op heterdaad is. Deze eis komt niet voor in artikel 5 EVRM, dat schijnbaar werd geschreven met de hypothese voor ogen dat de arrestatie gebeurt door de politie of door een andere niet-gerechtelijke overheid (b.v. de procureur des Konings).⁶² De uitzonderingssituatie in de Belgische Grondwet (heterdaad) is m.a.w. tot uitgangspunt gemaakt. De vanuit het perspectief van de individuele vrijheid zo belangrijke vraag of iemand van zijn vrijheid moet worden beroofd, behoeft geen rechterlijke tussenkomst.

Een vertekend beeld in artikel 5 EVRM

11. Alleen een cynicus kan de in het vorige randnummer beschreven terugtred t.a.v. de normen in de Belgische Grondwet billijken met het argument dat het EVRM Lidstaten ertoe verplicht de betrokken personen ‘onmiddellijk’ te brengen voor een rechter of de ermee vergelijkbare *officer*. Een vrijheidsberoving door de politie zou dus op grond van het EVRM zo snel mogelijk aan het oordeel van een onderzoeksrechter of een onafhankelijke parketmagistraat moeten worden voorgelegd, waardoor de mogelijke schade door onoordeelkundig optreden van de politie toch nog binnen de perken blijft. Het begrip ‘onmiddellijk’ moet zo letterlijk mogelijk begrepen worden, en het Hof te Straatsburg zou hierbij weinig ruimte voor speling laten.⁶³ Uit de rechtspraak blijkt evenwel dat een periode van vier dagen zowat het maximum vormt dat door het Hof gebillijkt wordt.⁶⁴ In feite is dat erg veel, wat erop wijst dat het met de onmiddellijkheids-eis in artikel 5, derde paragraaf best wel meevalt voor de politie, temeer omdat

60. W. VANDEPUTTE, *L.c.*, 9 met verw. naar E.H.R.M., SCHIESSER t. Zwitserland, 4 december 1979, *Série A*, nr. 34. In dit arrest observeerde het Hof dat de Zwitserse *Bezirksanwalt* weliswaar tot de vervolgende instanties behoorde, maar onafhankelijk en neutraal kon oordelen over de voorlopige hechtenis.

61. Wanneer een nationale grondwet meer bescherming biedt dan het EVRM, primeert krachtens artikel 53 EVRM boven de grondwet.

62. W. VANDEPUTTE, *L.c.*, 12.

63. E.H.R.M., BRANNIGAN en MCBRIDE t. Verenigd Koninkrijk, 26 mei 1993, *Série A*, vol. 258-B.

64. J. MURDOCH, *L.c.*, 509, met verw. naar rechtspraak. Zo werd Nederland in 1984 meerdere malen veroordeeld voor hechtenissen zonder rechterlijke tussenkomst van zes tot veertien dagen *Cf.* E.H.R.M., DE JONG, BALJET en VAN DEN BRINK; E.H.R.M., VAN DER SLUIJS, ZUIDERVELD en KLAPP; E.H.R.M., DUINHOF en DUIF, allen t. Nederland 22 mei 1984, *Série A*, (resp.) vol. 77, § 52-53; vol. 78, § 49; vol. 79, § 41. In 1991 volgde nog een veroordeling in de zaak KOSTER. KOSTER, een weerbarstige milicien, werd pas vijf dagen na zijn hechtenis voor de Nederlandse militaire rechter gebracht, wat volgens het Hof in strijd was met de onmiddellijkheidseis vervat in art. 5, derde paragraaf EVRM. *Cf.* E.H.R.M., KOSTER t. Nederland, 28 november 1991, *Série A*, vol. 221.

deze termijn via een beroep op artikel 15 EVRM (noodtoestand) kan worden gerokken, zo leert ons de Britse Brannigan en McBride-zaak.⁶⁵ Een eerste argument van de Britse regering voor de lange politiedetentie zonder rechterlijke tussenkomst is instrumenteel. Deze lange detentie is nodig omdat de politie vaak handelt op basis van informatie, waarvan noch de aard, noch de bron aan de verdachte of aan zijn advocaat kunnen bekend worden gemaakt, zonder risico's voor politie-informanten of het verlies van toekomstige belangrijke informatie. In een rechterlijke procedure zoals die geëist wordt door artikel 5, derde paragraaf EVRM, zou dergelijke informatie aan de verdachte of zijn verdediging bekend worden, wat moet worden vermeden. Verschillende politiemensen zullen zich herkennen in deze argumentatie die een licht werpt op de werkelijke bewegingen van autoriteiten om procedures zo inquisitoriaal mogelijk te houden: onderzoek wordt gezien als een kat-en-muisspel waarbij het erop aan komt om de tegenstander zo weinig mogelijk in de kaarten te laten kijken.⁶⁶ Een echte tegenspraakprocedure zou het kennisvoordeel ongedaan kunnen maken. Een ander Brits argument dat indruk maakte op het Europees Hof in de Brannigan en McBride-zaak heeft betrekking op de kwetsbare positie van de magistratuur. Tussenkomst van magistraten zou in hun hoofde een gevaar creëren voor fysieke intimidatie, wat voor de politie minder opgaat. Bovendien zou hun tussenkomst het onafhankelijk blazen van de magistratuur bij de bevolking kunnen aantasten. Dat laatste argument is opmerkelijk. Een grondrechtelijke proceswaarborg (de onafhankelijkheid van de magistratuur) wordt hier uitgespeeld om een andere grondrechtelijke proceswaarborg (onmiddellijke beoordeling door magistratuur) uit te schakelen.

12. Er schuilen nog meer gaten in het door artikel 5 EVRM geproclameerde recht op magistratuur.⁶⁷ Deze bepaling verzet zich tegen elke vrijheidsberoving op

65. In 1989 wordt het Verenigd Koninkrijk voor deze vrijheidsbeneming van BROGAN en de drie andere Ieren, veroordeeld te Straatsburg. Perioden van vier tot zes dagen overschrijden, aldus het Hof, de strikte termijnen die kunnen worden begrepen onder het begrip 'onmiddellijk'. Deze lange perioden verenigbaar achten met artikel 5, eerste paragraaf, sub c EVRM, zou aan het recht op onmiddellijke voorleiding voor een rechter alle inhoud ontnemen. Cf. E.H.R.M., BROGAN e.a. t. Verenigd Koninkrijk, 29 november 1988 en 30 mei 1989, *Série A*, vol. 145-B en 152-B; A. TANCA, "Human Rights, Terrorism and Police Custody", *EJIL* 1991, nr. 2, 269-277. In de BRANNIGAN en MCBRIDE-zaak stelt het Hof eveneens een schending van artikel 5, derde paragraaf EVRM vast, doch omdat het Verenigd Koninkrijk zich ditmaal baseerde op artikel 15 EVRM werd de politievrijheidsbeneming van zeven dagen voorzien in de Britse Prevention of Terrorism Act niet veroordeeld. Cf. E.H.R.M., BRANNIGAN en MCBRIDE t. Verenigd Koninkrijk, 26 mei 1993, *Série A*, vol. 258-B, J.P. LOOF, "Brogan en de staatsnood van art. 15 EVRM, of hoe het Europees Hof Noord-Ierland een noodtoestand bezorgde", *NJCM* 1993, nr. 7, 793-810; CH. LEDURE, "Garanties minimales contre la détention arbitraire et pour le droit à un procès équitable en période d'exception", *R.B.D.I.* 1994, nr. 2, 632-690.

66. Het werken met veronderstellingen, vage vermoedens, niet-geverifieerde vermoedens of tips vormt voor de politie informatie die zelden toelaat iemand met kans op slagen voor de rechter te brengen en door haar aard niet geschikt om geacteerd te worden op processen-verbaal. Dit maakt deze informatie evenwel niet minder waardeloos. In de handen van de politie, betekent ze mogelijke aanknopingspunten en een kennisreserve die voor de toekomst nuttig kan zijn en op basis waarvan men bepaalde personen kan screenen.

67. P. DE HERT, "Europese rechtspraak binnen het invloedsbereik van het politiewerk tijdens de periode 1990-1994. Deel 2: politieke vrijheidsberoving, terrorismebestrijding, huiszoeking, beslag en verbeurdverklaring", *Vigiles* 1997, 2, 33-48.

grond van zachte informatie en tegen ‘trucjes’ of technieken om de magistratelijke tussenkomst uit te stellen of te ontwijken. Artikel 5 EVRM eist, ten eerste, dat voor de ‘gerechtelijke’ vrijheidsbeneming een redelijk vermoeden bestaat dat een persoon een strafbaar feit heeft begaan of dat er redelijke gronden bestaan om aan te nemen dat het noodzakelijk is hem te beletten een strafbaar feit te begaan (art. 5 § 1, sub c). Artikel 5 EVRM laat geen willekeurige vrijheidsbeneming toe en verplicht de politie tot een zekere objectivering van haar beslissing om tot hechtenis van een persoon over te gaan: er moeten voldoende redelijke aanwijzingen zijn om een persoon van een misdrijf te verdenken. Het werken met vage, zachte informatie en vermoedens wordt alzo problematisch en kan zelden aanleiding geven tot onmiddellijke politieactie. De genoemde paragraaf in artikel 5 EVRM eist, vervolgens, dat politieacties die leiden tot een vrijheidsbeperking in het kader van taken van gerechtelijke politie, gebeuren met het oog op voorleiding van de betrokkene voor de rechter. De techniek van het uitstellen of zelfs ontwijken van de tussenkomst van de rechter lijkt alzo niet mogelijk.

Het gegeven dat er niet een, doch zes gronden worden opgesomd in artikel 5 EVRM die een vrijheidsberoving toelaten, geeft een marge waarop handig wordt ingespeeld in gevallen dat de politie handelt zonder ‘harde’ bewijzen.⁶⁸ De Brogan-zaak leert dat de politie in de strijd tegen terrorisme iemand op basis van concrete vermoedens in hechtenis kan nemen, ook al staat het vast dat deze vermoedens tijdens de hechtenis verder dienen te worden onderzocht.⁶⁹ In deze zaak werd door BROGAN en anderen opgeworpen dat hun aanhouding niet plaatsvond met het oog op de voorleiding voor een rechter, wat in strijd is met artikel 5 § 1, sub c EVRM, antwoordt het Hof dat genoemde bepaling geen resultaatplicht oplegt: het ontbreken van voldoende bewijs of het risico voor de veiligheid van derden bij de voorlegging van bewijs kunnen redenen zijn om de zaak niet voor de rechter te brengen. Artikel 5 § 1, sub c EVRM “*does not presuppose that the police should have obtained sufficient evidence to bring charges, either at the point of arrest or when the applicants were in custody*”.⁷⁰ Onloochenbaar is in Straatsburg sprake van een steeds soepelere houding van het hof

68. Cf. E.H.R.M., MCVEIGH, O’NEILL en EVANS t. Verenigd Koninkrijk, klacht nrs. 8022/, 8025/ en 8027/77, D.R., 15, § 192. Vanwege het belang ‘internationale bewegingen van terroristen te controleren’ billijkte de Europese Commissie in 1981 de grensdetentie van MCVEIGH, O’NEILL en EVANS op weg van Ierland naar Groot-Brittannië die meer dan twee dagen in beslag nam. Op betwistbare basis werd een beroep op art. 5 § 1, sub c EVRM vermeden, zodat de hechtenis niet aan de redelijkheid moest worden getoetst. Het Verenigd Koninkrijk deed een beroep op één van de vijf andere subparagrafen van art. 5 EVRM m.b.t. de verschillende gronden voor de vrijheidsbeneming. Meer bepaald werd een beroep gedaan op art. 5 § 1, sub b EVRM dat de vrijheidsbeneming mogelijk maakt ten einde de nakoming van een door de wet voorschreven verplichting te verzekeren, *in casu* grenscontrole en de vaststelling van de identiteit en de achtergrond. Het geheel van de operatie was evenwel een uitvoering van de wetgeving op het terrorisme, zodat over de toepassing van art. 5 § 1, sub c EVRM geen twijfel bestaat, wat de Commissie overigens niet schijnt te bestrijden. Zie ook: J. MURDOCH, *l.c.*, 496 en 502.

69. Art. 5 § 1, sub c EVRM “*does not presuppose that the police should have obtained sufficient evidence to bring charges, either at the point of arrest or when the applicants were in custody*” (E.H.R.M., BROGAN e.a. t. Verenigd Koninkrijk, *l.c.*, § 53). Wel stelde het Hof een schending vast van de onmiddellijkheidseis vervat in art. 5 § 1, sub c EVRM (*supra*).

70. E.H.R.M., BROGAN e.a. t. Verenigd Koninkrijk, *l.c.*, § 53.

t.a.v. de antiterrorismestrijd.⁷¹ Deze houding zal culmineren in het arrest MURRAY uit 1994, waar het verbod vervat in artikel 5, eerste paragraaf sub c. EVRM op een loutere politieke pro-actieve vrijheidsbeneming, los van elke strafprocedure, op de helling wordt gezet omwille van het publieke belang bij de strijd tegen terrorisme.⁷² De geest wordt alzo uit de fles van artikel 5, en zijn subparagraaf c. gehaald: concrete vermoedens mogen door politieondervragingen hard worden gemaakt en wanneer deze niets opleveren is vrijlating mogelijk zonder procedure voor de rechter. Exit de (onderzoeks)rechter in artikel 5 EVRM.

Een vertekend beeld in artikel 8 EVRM: de aftap

13. Artikel 8 EVRM laat een inmenging in het recht op eerbiediging van het privé-leven, gezinsleven, het huis en de briefwisseling, slechts toe mits een wettelijke basis, een legitiem doel en een bewezen noodzakelijkheid (art. 8 § 2 EVRM). De bepaling zegt dus nergens dat voor een inmenging in deze grondrechten de tussenkomst van een onderzoeksrechter vereist is, hoewel we zonder enige twijfel in de sfeer van de traditionele dwangmiddelen zitten, waarvan alleszins in ons land wordt aangenomen dat ze tot het monopolie van de onderzoeksrechter behoren (*supra*). Twee belangrijke tapzaken uit 1990 (*HUVIG t. Frankrijk* en *KRUSLIN t. Frankrijk*) verduidelijken de eis dat inmengingen in de rechten voorzien in artikel 8 EVRM op een wettelijke basis moeten steunen ('voorzover deze bij de wet is voorzien') en wijzen op een complexe indirecte verankering van het recht op een onderzoeksrechter aan de grondrechten vervat in artikel 8 EVRM.⁷³

71. E. DECAUX en P. TAVERNIER, "Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1994)", *JEDI*, 1995, nr. 3, 786.

72. E.H.R.M., MURRAY t. Verenigd Koninkrijk, 28 oktober 1994, *Série A*, vol. 300-8. In 1982 werd mev. MURRAY, op basis van de Northern Ireland Emergency Provisions Act, twee uur lang voor ondervraging meegenomen. Daarna werd ze, zonder voorleiding voor een rechter, vrijgelaten. Het feit dat de dame in kwestie al na twee uur wordt vrijgelaten, is van aard een vraagteken te plaatsen achter de ernst van de verdenkingen die aan de basis lagen van de hechtenis. Het feitenrelaas – aantekeningen nemen bij het betreden van Murrays woning, haar foto nemen en een *screening proforma* invullen –, wijst erop dat geen concreet feit, doch eerder de kennishonger van de politie de reden van de aanhouding vormde. De toetsing van de rechtmatigheid van deze vrijheidsbeneming aan art. 5 EVRM door het Hof is ronduit formeel. Het Hof neemt kritiekloos vrede met de vaststellingen van de Engelse rechter, die concrete verdenkingen aanwezig achtte. Mevr. MURRAY beschikte over een blanco strafblad, de politie alleen over het 'gegeven' dat ze familie was van twee IRA-leden. De politieaantekeningen, de foto's en de *screening proforma* worden door het Hof weinig serieus genomen, terwijl het nochtans de kern van de zaak betreft: de politie die haar informatie tracht aan te vullen en daartoe verregaande middelen nodig acht. Duidelijk laat het Hof hier een grote marge over aan de politie die als het ware gemachtigd wordt om acties te ondernemen aan de hand van zachte gegevens. Zie: P. DE HERT, "Europese rechtspraak inzake dwangmiddelen, politietap, gevangnissen, politiegeweld, terrorisme, voorlopige hechtenis, anonieme getuigen, etc", *Vigiles. Tijdschrift voor politierecht* 1996, nr. 4, 26-37. Zie ook: J. VELU en R. ERGEC, "La convention européenne des droits de l'homme", *R.P.D.B.* 1990, oktober, 244-245; F. MASSIAS, "Droits de l'homme", *Rev. sc. crim.* 1995, april-juni, 386.

73. E.H.R.M., HUVIG t. Frankrijk, 24 april 1990, *Série A*, vol. 176-B en KRUSLIN t. Frankrijk, 24 april 1990, *Série A*, vol. 176-A; G. COHEN-JONATHAN, "La Cour européenne des droits de l'homme et les écoutes téléphoniques", *R.U.D.H.*, 1990, 185-191 en "Les écoutes téléphoniques", in *Mélanges*

Het wordt duidelijk dat een metafysisch vertrouwen in de tussenkomst van de onderzoeksrechter op zich niet zaligmakend is als waarborg voor de grondrechten. Integendeel, het gebruik van dwangmiddelen door de onderzoeksrechter laten steunen op één algemene bepaling in het Wetboek van Strafvordering, krachtens dewelke de onderzoeksrechter alle onderzoeksdaaden mag stellen die nodig zijn voor het onderzoek,⁷⁴ is onvoldoende, aldus het Hof. Dwangmiddelen behoeven een specifieke normering⁷⁵ en zo'n specifieke normering ontbreekt in het Franse recht voor de tap. Het rechtssubject is niet in staat, afgaande op het Wetboek van Strafvordering, (*in abstracto*) in te schatten wanneer en op welke wijze de tapbevoegdheid door de Franse overheid gebruikt wordt. De kwaliteit van de Franse wetgeving en meer bepaald de voorzienbaarheid beantwoordde niet aan de wetsvereiste van artikel 8 EVRM. Deze uitspraak is voor België van grote betekenis, daar ook bij ons de opvatting leefde bij sommigen⁷⁶ dat de artikelen 87 en 88 van het Wetboek van Strafvordering,⁷⁷ die een uiterst ruime omschrijving geven van de bevoegdheden van de onderzoeksrechter, een voldoende basis vormden voor de tap op bevel van de onderzoeksrechter, net zoals het registreren van telefonische oproepen trouwens. Deze opvatting, die geen rekening scheen te houden met het algemeen verbod op schending van telefoons in de Wet van 13 oktober 1930,⁷⁸ lokte een doctrinaire twist uit die tientallen

→

Wiarda, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1988, 97-107; E. MYJER, "Nadere kwaliteitseisen bij het tappen", *NJCM* 1990, vol. 6-7, 704-714, P. LAMBERT, "Les écoutes téléphoniques. Les arrêts Huvig et Kruslin c. la France du 24 avril 1990", *J.T.* 1990, 749; P. BLONTRUCK en P. DE HERT, "Telefoon tap: Tourmet, Peureur, Huvig, Kruslin et les autres", *R.W.* 1991-1992, 865-871. Bedrijfsleider HUVIG en zijn vrouw werden in 1974 gedurende 28 uur afgeluisterd door de Franse rijkswacht op last van de onderzoeksrechter en dit op verdenking van belastingfraude. In 1982 volgt hiervoor veroordeling. JEAN, ook een Fransman, werd vervolgd in twee zaken (een moordzaak en een zaak van gewapende overval) op basis van bewijselementen vergaard via een tap in het eerste onderzoek, dit naar de moordzaak. Zowel HUVIG als KRUSLIN wendden zich tot Straatsburg. Allebei beklagen zich erover dat het Franse recht een expliciete wettelijke basis ontbeert, die het tappen op last van de onderzoeksrechter toelaat en bekomen een veroordeling op grond van art. 8 EVRM.

74. In Frankrijk geschiedde het tappen op basis van een aantal algemene, niet specifiek op het af luisteren van telefoongesprekken toegesneden bepalingen in het Wetboek van Strafvordering, waarin bevoegdheden worden geregeld voor de onderzoeksrechter, i.h.b. op de eerste alinea van (toenmalig) art. 81 C.P.P.: "*Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité*".

75. In welke mate alle art. 8 EVRM-gerelateerde dwangmiddelen specifiek genormeerd moeten worden, werk ik uit in: "Recente Europese rechtspraak over privacy, data protection en de legaliteits-eis bij moderne opsporingstechnieken", noot bij het arrest P.G. en J.H. t. het Verenigd Koninkrijk van september 2001 in *NJCN-Bulletin* 2002, te verschijnen.

76. O.a. A. VANDEPLAS, *Vergelijkend onderzoek naar enige dwangmiddelen tijdens de opsporing*, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1978, 25-26 en H. BEKAERT, "Le contrôle des communications à distance dans un nouveau code de procédure pénale", *R.E.D.P.* 1978, 620 e.v. en, van dezelfde auteur, *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*, Brussel, Bruylant, 1972, 151 e.v.

77. Art. 87 en 88 Sv.: De onderzoeksrechter kan desgevorderd of ambtshalve zich begeven naar de woning van de verdachte om er de papieren, de zaken en in het algemeen alle voorwerpen op te sporen die kunnen dienen om de waarheid aan de dag te brengen. Hij kan zich eveneens begeven naar de andere plaatsen waar hij vermoedt dat men de voorgemelde voorwerpen verborgen heeft.

78. Wet van 13 oktober 1930 tot samenordering der verschillende wetsbepalingen op de telegrafie en de telefonie met draad, *B.S.* 20-21 oktober 1930. Art. 17 luidt: "Al wie een telegram of elke andere aan de Regie toevertrouwd mededeling verduisterd, geopend of zich meester gemaakt heeft, om er ten onrechte kennis van te nemen, of een middel heeft aangewend om de over een openbare

→

jaren aansleepte. Inzet was de vraag of, mede rekening houdend met die bepaling, de onderzoeksrechter in het kader van een gerechtelijk onderzoek, over de bevoegdheid beschikte – al dan niet theoretisch – om telefoongesprekken te registreren of af te tappen. Voor- en tegenstanders van een tapbevoegdheid voor de onderzoeksrechter⁷⁹ bezigden argumenten geput uit een beperkt aantal teksten,⁸⁰ waarvan hier vooral de argumenten van belang zijn die betrekking hebben op het Wetboek van Strafvordering. Nergens, aldus de tegenstanders,

→

telegraaf- of telefoonlijn verzonden telegrammen of gevoerde gesprekken te onderscheppen, wordt gestraft met een gevangenisstraf van acht dagen tot een maand en met een geldboete van zesentwintig tot tweehonderd frank of met een van die straffen alleen”; art. 18: “Elke ambtenaar of bediende van de regering, elke beambte van de Regie van Telegrafie en Telefonie die één van de bij voorgaand artikel voorziene daden begaan of ze vergemakkelijkt heeft, wordt gestraft met een gevangenisstraf van vijftien dagen tot twee maand en met een geldboete van zesentwintig tot vijfhonderd frank. Wordt met de bedienden van de Regie gelijkgesteld, al wie, op welke wijze ook, zelfs toevallig en kosteloos, medewerkt aan de uitvoering van een dienst der Regie”; art. 19: “De bij artikel 18 bedoelde personen, die het bestaan of de inhoud van een telegraaf- of telefoonmededeling hebben bekend gemaakt, behalve zo zij opgeroepen werden om in rechte te getuigen of zo de wet ze tot die bekendmaking verplicht, worden gestraft met gevangenisstraf van vijftien dagen tot zes maand en met een geldboete van zesentwintig tot vijfhonderd frank”; art. 20: “Indien, in de bij de artikelen 18 en 19 voorziene gevallen, de verdachte bewijst dat hij gehandeld heeft op bevel van zijn meederen, voor zaken welke tot dezer bevoegdheid behoren en waarvoor hij hun als ondergeschikte gehoorzaamheid verschuldigd was, worden de straffen alleen opgelegd aan de meederen welke het bevel gegeven heeft. Indien de ambtenaar of de meerdere, wien ten laste wordt gelegd, de daad bevolen, toegelaten of vergemakkelijkt te hebben, beweert dat zijn handtekening bij verrassing verkregen werd, moet hij in voorkomend geval, de daad doen ophouden en de schuldige aangeven, zo niet, wordt hij persoonlijk vervolgd”.

79. Zie behoudens de reeds vermelde geschriften van VANDEPLAS en BEKAERT ook A. DE NAUW, “Het af luisteren van telefoongesprekken op bevel van de onderzoeksrechter”, *R.W.* 1982-83, 2373; E. GULDIX, “Schending van de privacy door af luistering”, *R.W.* 1983-84, 2115; J. MILQUET, “Écoutes téléphoniques placées sur ordre du juge d’instruction... de la fiction?”, *Journal des Procès* 1987, nr. 114, 8; P. LEMMENS, “Het af luisteren van telefoongesprekken en het registreren van uitgaande en binnenkommende oproepen”, *R.W.* 1984-85, 1735; P.L. BODSON, “Les écoutes téléphoniques”, noot onder Luik, 1 april 1988, *D.C.C.R.* 1990, 264; D. GARABEDIAN, “Observations” (Prix du ‘Journal des Tribunaux’ 1985, noot onder Brussel 30 november 1984, *J.T.* 1985, 729; PH. TRAEST, *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys en Breesch, 1992, 315-322.

80. Tegenstanders verwezen naar *de Wet van 1930*, maar voorstanders repliceerden dat de parlementaire werkzaamheden ondubbelzinnig aantoonde dat het niet de bedoeling van de wetgever geweest was aan de bevoegdheden van de onderzoeksrechter te raken (H. BEKAERT, *o.c.*, 607; contra: D. GARABEDIAN, *l.c.*, 729), daarbij toch in het midden latend of hij op dat ogenblik over een af luisterbevoegdheid beschikte. Zowel pro’s als contra’s meenden argumenten te kunnen halen uit *een omzendbrief van 1923* van de toenmalige Minister van Justitie die bepaalt dat, op vordering van de onderzoekende magistraat, de R.T.T. technische inlichtingen verschaft. De pro’s zagen hierin de grondslag voor een beperkte registratiebevoegdheid in hoofde van de onderzoeksrechter. De contra’s herinnerden eraan dat dezelfde omzendbrief uitdrukkelijk uitsluit dat de inhoud van de gesprekken wordt vrijgegeven en plaatsen vraagtekens bij de waarde van een circulaire, gelet op de hiërarchie der rechtsbronnen. “*L’administration des téléphones ne donnera suite en aucun cas à des réquisitions ayant pour objet de l’obliger à violer le secret des conversations engagées, à livrer l’accès des bureaux à des magistrats ou des officiers de police pour leur permettre d’intercepter ou de surprendre des communications téléphoniques.*”, Omzendbrief nr. 1989, met bijlage, Verz. Omzendbrieven Min. Just., 1923, 279; Zie H. BEKAERT, *o.c.*, nrs. 14 en 48-52; A. VANDEPLAS, *l.c.*, 25-26; D. GARABEDIAN, *l.c.*, 729; A. DE NAUW, *l.c.*, 2369 die destijds meende dat, vermits het E.H.R.M. “een soort materieel wetsbegrip hanteert”, er, voor het gebruik van de zgn. Teller, voldaan is aan de voorwaarde dat de litigieuze inmenging in het privé-leven bij wet voorzien is; zie, van dezelfde auteur, voor een andere, recentere visie, “Recente tendensen in het onderzoek in strafzaken”, *Panopticon* 1988, 237.

wordt *expressis verbis* gewag gemaakt van een aftap- en/of registratiebevoegdheid. Klopt, argumenteerden de voorstanders, maar dat is het geval voor een hele resem bevoegdheden die niet betwist worden. De rechtsgrond dient gezocht te worden in de artikelen 87 en 88 Sv.⁸¹ Deze zijn zo algemeen geformuleerd dat het perfect mogelijk is de geviseerde bevoegdheden daaronder te rangschikken.

Uiteraard werd *het Hof van Cassatie* niet over het hoofd gezien. Zijn rechtspraak, volgens dewelke uit de economie van ons strafprocesrecht moet worden afgeleid dat de onderzoeksrechter in het kader van een gerechtelijk onderzoek mag overgaan tot alle opsporingen nuttig om de waarheid te doen blijken voorzover ze niet wettelijk verboden zijn noch onverenigbaar met de waardigheid van zijn ambt,⁸² was gedoemd om – nog maar eens – diametraal tegenovergestelde stellingen te ontlokken.⁸³ Aan deze discussie kwam pas een einde met de arresten HUVIG en KRUSLIN. Ook de handelingen van de onderzoeksrechter behoeven normering en deze persoon is door zijn ambt niet boven de andere partijen in het vooronderzoek verheven.

14. Tegenover deze relativering van het ambt van onderzoeksrechter door de arresten HUVIG en KRUSLIN, staat evenwel ook een erkenning van het rechtsbeschermende karakter van het ambt. In de twee genoemde arresten gaat het Hof een aantal (proces)waarborgen expliciteren waaraan wetgeving voor verdragsconforme tapbevoegdheden moeten beantwoorden. In de (oudere) arresten KLASS en MALONE,⁸⁴ had het Hof reeds aangegeven dat de rechtsgrond de reikwijdte of ‘scope’ van een inbreuk (of een bevoegdheid hiertoe) moet aangeven. Hieronder moet worden verstaan dat de wet minimaal voldoende duidelijke regels moet bevatten over de omstandigheden waarin, en de voorwaarden waaronder dergelijke af luistertechnieken mogen worden gebruikt door de overheid. In de arresten HUVIG en KRUSLIN expliciteert het Hof dit door aan te geven dat een aantal toepassingsvoorwaarden in een wet dienen te worden vermeld: de gevallen waarin het af luisteren mag worden toegepast (welke personen en welke strafbare feiten), de maximale duur van een dergelijke maatregel, de opstelling van processen-verbaal, de mogelijkheid voor de rechtbank om *a posteriori* een controle uit te oefenen aan de hand van de banden of transcripten en de omstandigheden waarin de bandopnamen moeten of kunnen worden vernietigd.⁸⁵ Al deze waarborgen ontbraken in het Franse recht. Wat niet ontbrak, was waardevol maar op zich niet voldoende: “*La Cour ne minimise nullement la valeur de plusieurs d’entre elles, notamment la nécessité d’une décision d’un juge d’instruction, magistrat indépendant, le contrôle qu’il exerce sur les officiers de police judiciaire et qu’il peut subir à son tour de la part de la chambre d’accusation, des juridictions du fond et, au besoin, de la Cour de cassation (...)*”.⁸⁶ Met die opmerking sluit het Hof aan bij wat reeds bleek uit het arrest MALONE, met name

81. Cf. de geschriften van BEKAERT en VANDEPLAS.

82. Cass. 2 mei 1960, *Arr. Verbr.* 1960, 783-786, *Pas.* 1960, I, 1020-1022.

83. Pro: H. BEKAERT, *o.c.*; contra: A. DE NAUW, *l.c.*, 2373.

84. Meer in detail: P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys en Breesch, 1998, 341-342.

85. E.H.R.M., HUVIG t. Frankrijk, 24 april 1990, *Série A*, vol. 176-B, § 34. De inhoud van het arrest Kruslin is identiek en er wordt dan ook verder niet naar verwezen.

86. E.H.R.M., HUVIG t. Frankrijk, 24 april 1990, *Série A*, vol. 176-B, § 33.

dat de tussenkomst van de onderzoeksrechter een waarborg vormt en dat het Hof zich strenger opstelt wanneer de dwangbevoegdheid wordt toebedeeld aan organen van de uitvoerende macht, zonder evenwel zo ver te gaan om in alle gevallen een tussenkomst van een onderzoeksrechter te eisen voor de tap.⁸⁷ In het arrest *KOPP t. Zwitserland* uit 1998⁸⁸ wordt Zwitserland veroordeeld omdat haar tapregeling geen bijzondere waarborgen bevat voor het tappen van telefoonlijnen van een advocaat. Er is een tegenspraak, aldus het Hof, tussen het door de Zwitserse wetgeving beschermde beroepsgeheim en de regeling van deze bevoegdheid. Ook al aanvaardt de rechtspraak dat het beroepsgeheim alleen de relatie tussen de advocaat en zijn cliënt beschermt, dan nog moet de wet aangeven hoe en door wie de scheiding wordt gemaakt tussen wat onder het mandaat van de advocaat valt en wat buiten deze activiteiten valt, wat *in casu* niet gebeurt in de Zwitserse wetgeving. Het Hof verwondert zich in het bijzonder over de bestaande praktijkregeling waarbij deze scheiding zonder controle van een onafhankelijke magistraat toevertrouwd wordt aan een juridisch ambtenaar van de telefoonmaatschappij, en dit nog meer in het delicate domein van de vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt, welke raakt aan de rechten van de verdediging.⁸⁹ Hoewel het Hof van oordeel is dat de tap en andere interceptiebevoegdheden zware beperkingen vormen van het privacy- en correspondentierecht,⁹⁰ gaat het nergens zo ver dit op uitdrukkelijke wijze te koppelen aan de tussenkomst van een onderzoeksrechter. Alleen het arrest *KOPP* wijst in deze richting m.b.t. slechts één aspect, met name het tappen van advocaten.

Een vertekend beeld in artikel 8 EVRM: de huiszoeking

15. Artikel 8 EVRM beschermt tevens de woning tegen allerlei inbreuken. Klassiek wordt daarbij gedacht aan het onwettelijk binnendringen van een woning. Het grondrecht is evenwel niet absoluut. In alle Lidstaten organiseert de wet (in de ruime betekenis) bevoegdheden tot huiszoeking. Dergelijke bevoegdheden moeten verenigbaar zijn met de reeds genoemde voorwaarden uit de tweede paragraaf van artikel 8 EVRM: legaliteit, legitimiteit en noodzakelijkheid. Sommigen gaan ervan uit dat artikel 8 § 2 EVRM impliciet vereist dat een huiszoeking gepaard gaat met een huiszoekingsbevel uitgereikt door een rechter.⁹¹ Opnieuw dient deze voorstelling genuanceerd te worden, teneinde een vertekend beeld van artikel 8 EVRM te vermijden. Hoewel het ontgensprekelijk zo is dat

87. In het arrest *MALONE* stelt het Hof dat in het bijzondere geval van het af luisteren of registreren van telefoongesprekken door politiediensten (en in het algemeen alle methoden van onopgemerkt toezicht) de vereiste van voorzienbaarheid niet inhoudt dat de betrokkene dient te weten hoe en wanneer zijn telefoongesprekken kunnen of zullen worden afgeluisterd, zodat hij zijn gedrag daaraan kan aanpassen.

88. E.H.R.M., *KOPP t. Zwitserland*, 25 maart 1998, *Journ. Procès* 17 april 1998, nr. 347, 22-27; *Gazette du Palais* 12-16 april 1998; *D.D.* 1998, nr. 7, 692-696.

89. E.H.R.M., *KOPP t. Zwitserland*, 25 maart 1998, § 74.

90. *Cf.* E.H.R.M., *HUVIG t. Frankrijk*, 24 april 1990, *Série A*, vol. 176-B, § 32.

91. J. VÉLU en R. ERGEC, "La convention européenne des droits de l'homme", *R.P.D.B.* 1990, nr. 678.

het Hof groot belang hecht aan de voorafgaande controle door een rechter,⁹² gaat het Hof een eenduidig antwoord vermijden in de drie arresten in douanezaken gericht tegen Frankrijk. Het betreft de arresten FUNKE, CRÉMIEUX en MIALHE.⁹³ Een van de terugkerende elementen waarover in de drie zaken geklaagd werd, vormt de huiszoeking en het beslag. Deze werden verricht op basis van artikel 64 van de Franse Douanecode. Deze bepaling is eerder van algemene aard en m.b.t. de huiszoeking en het beslag nauwelijks gedetailleerd (“in het kader van haar bevoegdheden kan de douane ...”). De bepaling voorziet bovendien niet in enig mandaat van de onderzoeksrechter. Wel wordt de aanwezigheid van een politieofficier geëist bij elke huiszoeking. De Franse Grondwet eist voor elke huiszoeking een rechterlijk bevel. Het Franse Hof van Cassatie aanvaardde evenwel artikel 64 van de Douanecode. Het Franse Grondwettelijk Hof daarentegen had gelijkaardige bepalingen ongrondwettelijk verklaard. Te Straatsburg beroepen FUNKE, CRÉMIEUX en MIALHE zich op de Grondwet en op de uitspraak van het Grondwettelijk Hof, terwijl de regering een beroep doet op de cassatierechtspraak. Het antwoord van het Hof volgt ditmaal bij de beoordeling van de vraag of de Franse douanepraktijken kunnen worden beschouwd als noodzakelijk (het derde criterium). De Franse regering acht de respectieve huiszoekingen absoluut noodzakelijk. Het Hof toont begrip voor een aantal problemen die staten onderkennen bij de strijd tegen fiscale fraude. Het beaamt dat vergaande huiszoekingen en beslag nuttig kunnen zijn in de strijd tegen bepaalde fiscale (douane)delicten waar materiële of fysieke bewijzen moeilijk te leveren zijn. Evenwel zijn bij dergelijke onderzoekshandelingen waarborgen nodig tegen misbruiken. Deze ontbreken in artikel 64 dat te algemeen van formulering is en de douaneautoriteiten zeer ruime bevoegdheden geeft om zelf te oordelen over de opportuniteit, het aantal, de duur en de omvang van de controleverrichtingen zonder dat hier-tegenover afdoende waarborgen staan. Vooral het gebrek aan rechterlijke controle op de uitoefening van de bevoegdheden maken deze onvolledige en lakse

92. O.m. E.H.R.M., IAN CHAPPELL t. Verenigd Koninkrijk, 30 maart 1989, *Série A*, vol. 152-A, § 59.

93. E.H.R.M., GUSTAVE FUNKE t. Frankrijk, 25 februari 1993, *Série A*, vol. 256-A; E.H.R.M., PAUL CRÉMIEUX t. Frankrijk, 25 februari 1993, *Série A*, vol. 256-B; E.H.R.M., WILLIAM MIALHE t. Frankrijk, 25 februari 1993, *Série A*, vol. 256-C. Over deze zaken leze men: L.E. PETTITI, “Chronique Internationale de Droits de l’homme”, *Rev. Sc. Crim.* 1993, 581; D. YERNAULT, “Les pouvoirs d’investigation de l’administration face à la délinquance économique: les locaux professionnels et l’article 8 de la Convention européenne”, *R.T.D.H.* 1994, 121 en de door BERGER geciteerde literatuur (v. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, Parijs, Dalloz, 1996, 359-360). GUSTAVE FUNKE, een Duits handelsvertegenwoordiger, met woonst te Frankrijk, wordt geïnterpelleerd naar aanleiding van de toenmalige wetgeving op de gelduitvoer naar het buitenland. Drie douaneagenten in gezelschap van een officier van gerechtelijke politie vallen op 14 februari 1980 zijn huis binnen en leggen beslag op uittreksels en chequeboeken van buitenlandse banken. Dit alles op basis van artikel 64 van de Douanecode. Bij WILLIAM MIALHE en zijn familie verrichtten de douaneambtenaren in totaal vier huiszoekingen (5, 6, 21 en 28 januari 1983), gevolgd door beslag van 15 000 documenten. Deze werden later ten dele gerestitueerd. De huiszoeking en het beslag vormen een onderdeel van een onderzoek naar het precieze statuut van MIALHE die een dubbel paspoort heeft (Frans en Filipijns), en naar aanwijzingen in verband met overtredingen inzake de wetgeving op het betalingsverkeer met het buitenland. Dezelfde wetgeving op illegale kapitaalsuitvoer ligt aan de basis van de douanebezoeken aan PAUL CRÉMIEUX, een bedrijfshoofd. In het bedrijf van CRÉMIEUX wordt een eerste huiszoeking gedaan in oktober 1967, gevolgd door beslag van documenten over zakelijke transacties met buitenlandse firma’s. Gespreid over drie jaar, volgden nog 83 huiszoekingen, waaronder enkele in CRÉMIEUXS woning.

wetgeving problematisch. In de drie gevallen wordt een schending van artikel 8 EVRM vastgesteld. De douanehuiszoekingen worden geacht niet noodzakelijk te zijn in een democratische samenleving. FUNKE, CRÉMIEUX en MIALHE krijgen dus hun gelijk.

Tot een toetsing van de eis van legaliteit (de eerste eis) komt het niet. Door deze legaliteittoets niet uit te voeren, laat het Hof na duidelijk aan te geven welke kwalitatieve eisen bij een huiszoekingswetgeving moeten worden gerespecteerd. Zo wordt geen uitsluitsel gegeven over de vraag of een huiszoeking in elk geval de tussenkomst van de rechter vergt. Het Hof laat er geen twijfel over bestaan dat rechterlijke controle op de frequentie, het tijdstip en de intensiteit van de controles en de huiszoekingen de meest voor de hand liggende waarborg vormt bij elke huiszoeking en inbeslagneming, maar het gaat niet zover door te stellen dat deze in alle geval vereist is. Een procedure zonder tussenkomst van de rechter is denkbaar, maar dan moet ze genoeg waarborgen bevatten en alle achterpoortjes sluiten, om misbruiken te vermijden.

16. Het voorgaande werd pas echt duidelijk met het arrest *CAMENZIND t. Zwitserland*.⁹⁴ In de zaak die aan basis van het arrest lag, speelden zich de volgende feiten af: op 5 december 1991 vangt de Zwitserse PTT op een militaire frequentie een privé-gesprek op. Een opname wordt gemaakt en men zoekt uit om wie het gaat. De persoon heeft wellicht een verboden telefoon. Het blijkt om advocaat CAMENZIND te gaan. Op 13 december 1991 worden PTT-ambtenaren belast met een huiszoeking. De Zwitserse wetgeving machtigt PTT-ambtenaren tot het uitvoeren van een huiszoeking, zonder bevel van de onderzoeksrechter.⁹⁵ Uit de feiten blijkt dat CAMENZIND op het moment van de huiszoeking veel bezwaren maakt, de namen van de ambtenaren vraagt en telefoneert naar de PTT. De huiszoeking werd dan verricht in zijn bijzijn. Eenmaal binnen beperkten de PTT-ambtenaren zich tot een controle van de aanwezige telefoons en Tv's. Zij raakten niets aan, openden geen laden en inspecteerden geen documenten.

Voor het Hof zijn de voorwaarden van legaliteit en legitimiteit vervuld. Bij het onderzoek van de eis van noodzakelijkheid staat het lang stil bij de vraag of het noodzakelijk is in een democratie om voor een illegale telefoon een huiszoeking te doen, zonder rechterlijk bevel. Het Hof merkt op dat het groot belang hecht aan een voorafgaande rechterlijke toetsing, hoewel dit niet met zoveel woorden geëist wordt door artikel 8 EVRM. In die gevallen waarin huiszoeking mogelijk gemaakt wordt zonder toetsing, moeten de autoriteiten bijzonder waakzaam zijn. Twee factoren spelen een doorslaggevende rol, namelijk dat de Zwitserse wetgeving voldoende waarborgen bevat en dat uit de feiten blijkt dat de ambtenaren terughoudend waren (o.a. hebben niet in kasten gekeken, hebben geen documenten onderzocht of hebben niets in beslag genomen). Er wordt bijgevolg geen schending van artikel 8 EVRM vastgesteld. Een huiszoeking zon-

94. E.H.R.M., *CAMENZIND t. Zwitserland*, 16 december 1997, *N.J.* 1999, nr. 623.

95. De Zwitserse wetgeving bouwt verschillende waarborgen in – ondanks het feit dat geen rechterlijk bevel nodig is – om misbruiken te voorkomen, nl. de ambtenaren moeten: 1) zich voorafgaandelijk legitimeren, 2) de betrokkene inlichten en 3) respect hebben voor de vertrouwelijkheid van bepaalde documenten b.v. notariële akten. Het komt erop neer dat de betrokkene zoveel mogelijk betrokken moet worden. De huiszoeking kan niet worden geweigerd.

der rechterlijk mandaat is onder bepaalde voorwaarden verenigbaar met het EVRM. Daarmee is deze tekst zwakker geformuleerd dan de Franse Grondwet die in artikel 66 de bescherming van de individuele vrijheid in al haar aspecten, dus ook het aspect onschendbaarheid van de woning, toevertrouwt aan de rechterlijke macht.⁹⁶

Een vertekend beeld van de huiszoeking en het beslag in België

17. Ook in België is de koppeling van de huiszoeking aan de onderzoeksrechter eerder misleidend en dit zowel feitelijk als juridisch. Een huiszoeking zonder onderzoeksrechter is mogelijk mits toestemming, zoals eender welke opsporing in het kader van de gerechtelijke politie, indien de politieambtenaar kennis heeft van een voorafgaandelijk gepleegd misdrijf of indien hij redelijkerwijze kan aannemen, op basis van aanduidingen of vermoedens, dat het werd of wordt gepleegd.⁹⁷ Vereist is enkel dat “vooraf ingezamelde inlichtingen of gegevens wijzen op het bestaan van een strafbaar feit waarvoor zij (politieambtenaren) bevoegd zijn opsporingen of vaststellingen te doen”.⁹⁸ De huiszoeking met toestemming biedt, behalve het voordeel dat men niet hoeft te wachten op een mandaat van de onderzoeksrechter, ook het voordeel dat zij 's nachts kan worden uitgevoerd en dat een agent van gerechtelijke politie deze kan verrichten. Het nadeel is dat de betrokkene kan weigeren en dat hij – in afwachting dat een bevel wordt verkregen – een aantal zaken zoals drugs kan vernietigen. In vele gevallen kan dan evenwel een beroep worden gedaan op de douanewetgeving (*infra*) of op het artikel 7 § 3, tweede lid van de Drugswet van 24 februari 1921 dat een bijzonder zoekingsrecht verstrekt in de lokalen die dienen voor het vervaardigen, bereiden, bewaren of opslaan van drugs. Dit zoekingsrecht geldt ook 's nachts.⁹⁹

96. Cf. Conseil constitutionnel, 29 december 1983, *J.C.P.* J. 1984, nr. 20160.

97. G.L. BOURDOUX, E. DE RAEDT, A. DUCHATELET en J. SEURYNCK, *De wet op het politieambt – Handboek voor leidinggevende politieambtenaren*, V.Z.W. Politeia, Brussel 1993, 160.

98. L. ARNOU, “De zoeking en de inbeslagname: de bestaande en de nieuwe regeling”, in: C. FUNAUT en F. HUTSEBAUT (eindredactie), *De nieuwe politiewetgeving in België*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1993, 180; J. SMETS, Trefwoord Huiszoeking met toestemming, in *Strafrecht en Strafvordering – Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 3 en de daar aangehaalde rechtsleer; Cass. 17 september 1985, *R.W.* 1986-87, 1137. Zie ook: Corr. Antwerpen 23 juni 1998, *Vigiles* 1999, 4, 22, noot FREDERIK VERSPEELT.

99. Een huiszoeking in een drugspand is geldig indien politiediensten op basis van voorafgaand verkregen elementen redelijkerwijze tot de conclusie konden komen dat er in het betreffende pand in de Drugswet opgenomen misdrijven worden gepleegd. Dat een aantal van de gegevens via anonieme bron bekomen werden, doet hier geen afbreuk aan (Corr. Antwerpen 12 mei 1998, *Vigiles* 1998, 4, 21, noot FREDERIK VERSPEELT). In dit arrest wordt beklemtoond dat artikel 7 van de Drugswet geen vrijgeleide geeft aan de politie om zomaar ergens binnen te vallen, doch dat de politie over voldoende informatie moet beschikken over een welbepaald adres, hetzij door verklaringen van personen die er geweest zijn, hetzij door observatie. *In casu* was er voorafgaande informatie, was er een observatie en was er overleg met de procureur des Konings. Vooral dit laatste element maakt, o.i. de uitgevoerde zoeking verdragscomform. Hoewel het overleg niet vermeld wordt in de Drugswet, strekt het tot aanbeveling.

18. Tevens wordt het Belgisch vervolgingsapparaat geholpen door de rechtspraak die een zo beperkt mogelijke uitleg geeft aan de huiszoeking door deze te koppelen aan het begrip private woning, met uitsluiting van al de rest, incl. bedrijfsgebouwen.¹⁰⁰ Mede hierdoor, wordt aangenomen dat huiszoekingen én inbeslagnemingen in de ruime betekenis van het woord vallen onder de algemene opdracht van de politie, ofwel van de gerechtelijke politie voor de opsporing van misdrijven en het verzamelen van bewijsmateriaal, ofwel van de bestuurlijke politie ter vrijwaring van de openbare veiligheid.¹⁰¹ Binnen dat kader en zonder braak of dwang, kan de politie de zoeking en inbeslagneming wettig verrichten.¹⁰² In dit perspectief vormt de tussenkomst van de rechter de uitzondering die alleen geldt voor de huiszoeking *stricto sensu*.

Diezelfde rechtspraak zorgt ervoor dat de onderzoeksrechter met gesloten ogen de delegatie tot huiszoeking kan geven waarvan sprake in artikel 89*bis* Sv., ondanks de tekstuele aanscherping van deze bepaling door de Wet Franchimont.¹⁰³ Zo werd in een arrest van het Hof van Beroep te Gent¹⁰⁴ een huiszoekingsbevel aanvaard met de vermelding dat de onderzoeksrechter “door andere ambtsplichten verhinderd was” en met de vraag aan de politie ze slechts op een later tijdstip uit te voeren.¹⁰⁵ In het verlengde van eerdere rechtspraak,¹⁰⁶ wordt de onderzoeksrechter “op zijn woord geloofd” en laat de rechter een onderzoek van de motivatie achter de delegatie na. Het lijkt evenwel erg onwaarschijnlijk dat de onderzoeksrechter zover vooruit al kon weten absoluut niet beschikbaar te zijn voor de huiszoeking. In feite komt heel de constructie erop neer dat de po-

100. Men leze hierover mijn kritiek: P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht, o.c.*, 289-295.

101. *Cf.* voor een identieke ‘truc’: Hoge Raad, 26 maart 2002, *Nederlands Juristenblad* 2002, nr. 19, 953-954 (zoeking door politie van zolderkamer zonder machtiging rechter-commissaris is geen schending van huisrecht, want zolder ‘niet bewoond door verdachte’).

102. *Cass.* 23 juni 1993, *R.W.* 1993-1994, 467 en *J.L.M.B.* 1993, 1058. *In casu* verbrak het Hof van Cassatie een arrest van het Hof van Beroep te Bergen, dat de doorzoeking van een gehuurde garage door de rijkswacht had gedesavoueed, omdat deze niet kon aantonen dat ze hiertoe over een wettelijke titel of een bevel van de rechter beschikte. Eveneens: Brussel 25 mei 1999, *R.W.* 1999-2000, 1274, noot A. VANDEPLAS (een gebouw waarin wagens worden gestald, ofschoon bestempeld als garage, maakt geen aanheerigheid van een woning uit als de ligging – onmiddellijke nabijheid van stallingen, naast een voedersilo – en de aanwending ervan erop wijzen dat deze plaats niet tot woning dient).

103. Art. 89*bis* Sv. gewijzigd door art. 21 Wet van 12 maart 1998 tot verbetering van de strafrechtpleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *B.S.* 2 april 1998 luidt: “De onderzoeksrechter kan opdracht tot huiszoeking en inbeslagneming geven aan een officier van de gerechtelijke politie van zijn arrondissement of van het arrondissement waar de handelingen moeten plaatshebben. Wanneer de onderzoeksrechter optreedt op vordering van een onderzoeksrechter van een ander arrondissement, kan hij de opdracht geven aan een officier van de gerechtelijke politie van dat ander arrondissement. Hij geeft die opdracht bij een met redenen omklede beschikking en alleen in geval van noodzaak. De gekregen opdracht mag nooit worden overgedragen.”

104. *Gent* 26 juni 1997, *Vigiles* 2000, 24-26, noot P. DE HERT; *P.&B./R.D.J.P.* 1999, 196-199 met commentaar L. ARNOU, “De precisie van het bevel tot huiszoeking en inbeslagnaming”, *P.&B./R.D.J.P.* 1999, 143-149.

105. De onderzoeksrechter vroeg om de huiszoeking te doen plaatsvinden in de dienstweek die aanvang op 16 september 1991, terwijl zij effectief werd uitgevoerd op 17 september 1991.

106. Meer volledig met verw. naar oudere rechtspraak: L. ARNOU, *l.c.*, 148. Zie ook: Bergen 15 december 1998, *Rev. dr. pén.* 2000, 849 en Antwerpen 25 april 2000, *T. Strafr.* 2000, 271.

litie zelf mag plannen welke dag van de week haar het best uitkomt. Dit is strijdig met de leerstellingen uit de doctrine volgens dewelke het bevel tot huiszoeking en inbeslagname aan strikte voorwaarden moet beantwoorden en zo precies mogelijk dient te worden geformuleerd. Deze doctrine, die in alle politiescholen wordt onderwezen, schijnt nu naar de prullenmand te worden verwezen. De huiszoeking wordt alzo meer en meer een zaak van de politie; de onderzoeksrechter kan in zijn bureau blijven zitten.

Het Gentse arrest wordt geplaatst in het rijtje naast het zgn. arrest VAN ROSSEM.¹⁰⁷ In dit geruchtmakend arrest besliste het Hof van Cassatie dat weliswaar nooit een algemene delegatie mag worden gegeven, maar “dat het niet vereist is dat een bevel tot huiszoeking de feiten die het misdrijf opleveren van het onderzoek waarmee de onderzoeksrechter is belast of de voorlopige kwalificatie van dit misdrijf zou omschrijven, noch dat de op te sporen en desgevallend in beslag te nemen zaken daarin zouden worden gespecificeerd”. Elke onderzoeksrechter kan nu een officier van de gerechtelijke politie die op de hoogte is van het onderzoek, een bevel tot huiszoeking en inbeslagname toevertrouwen met de opdracht om “alle stukken dienstig voor het onderzoek” te zoeken en in beslag te nemen.¹⁰⁸ ARNOU frons hieromtrent terecht de wenkbrauwen, want deze rechtspraak breekt met de bestaande rechtspraak en doctrine. De onderzoeksrechter kan voortaan niet alleen op zijn bureau blijven, hij mag zelfs het schrijfwerk achterwege laten. De breuk is evenwel groter dan aangenomen wordt. De ‘nieuwe’ (?) rechtspraak staat immers ook in een spanningsverhouding met de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in verband met de huiszoeking.¹⁰⁹ Zoals gezien, hamert het Hof in de douanezaken op het belang van de tussenkomst van een onderzoeksrechter, zonder er evenwel in alle gevallen een onmisbare voorwaarde van te maken. Deze rechtspraak leert dat rechterlijke controle op de frequentie, het tijdstip en de intensiteit van de controles en de huiszoeken tot de meest voor de hand liggende waarborgen bij elke huiszoeking en inbeslagneming moeten worden gerekend. In het arrest NIEMIETZ uit 1992 stelt het Hof tevens dat het louter voorhanden zijn van een rechterlijk mandaat in uitvoering van een wetgeving, op zich nog geen garantie vormt voor een verdragsconforme huiszoeking.¹¹⁰ De onderzoeksrechter heeft mede tot

107. Cass. 18 november 1997, *R.W.* 1998-1999, 82-86, concl. advocaat-generaal G. BRESSELEERS.

108. L. ARNOU, *l.c.*, 147.

109. Meer uitvoerig: P. DE HERT, *o.c.*, 296-307, vooral 300-301.

110. *Cf.* E.H.R.M., NIEMIETZ t. Duitsland, 16 december 1992, *Série A*, vol. 251-B. Over deze zaak de literatuurverw. in v. BERGER, *o.c.*, 366. In december 1985 ontvangt een bepaalde Duitse rechter een schrijven, waarin aangekondigd wordt dat publiciteit zal worden gemaakt over het machtsmisbruik dat de rechter ten toon spreidt in de uitoefening van zijn ambt. Deze had, aldus de brief, een psychiatrisch onderzoek bevolen van een onwillige werkgever die geen kerkbelasting voor zijn werknemers wou afdragen. De brief was van de hand van een zekere KLAUS WEGNER die sprak in naam van de *Antiklerikaler Arbeitskreis* van de *Freiburg Bunte Liste*. Ongeveer een jaar later (november 86) valt het gerecht binnen in het kantoor van advocaat Niemiets op zoek naar informatie over deze KLAUS WEGNER. Het postbuskantoor van ex-voorzitter van de *Freiburg Bunte Liste*, NIEMIETZ, figureerde immers op de bewuste brief. De speurders gingen op zoek naar “documenten waaruit de identiteit van KLAUS WEGNER” zou kunnen blijken en doorsnuffelden daartoe de kasten en dossiers van NIEMIETZ. Deze liet het niet daarbij, en klopte aan, na de rondgang bij de nationale instanties, bij Straatsburg, met een beroep op art. 8 EVRM. De toets aan de eis van noodzakelijkheid vervat in art. 8, tweede paragraaf zal tot een veroordeling van Duitsland voor de huiszoeking →

taak te garanderen dat de huiszoeking gebeurt onder omstandigheden waarbij “adequate and effective safeguards against abuse” aan het individu worden verzekerd.¹¹¹ Een blanco delegatie, waarbij alleen de gedelegeerden de wil van de onderzoeksrechters kennen, maakt een controle van de relevantie en de pertinentie van de motieven tot huiszoeking door de betrokkene op het moment van de huiszoeking en door de rechter *a posteriori* erg moeilijk, wat eveneens tegen de geest van het Europees verdrag is.¹¹² Een façade-onderzoeksrechter inzake de huiszoeking, zoals deze door de Belgische rechtspraak getolereerd wordt, is dus niet verdragsconform.

19. De hele constructie zal sowieso moeten worden herbekeken in het licht van het belangrijke Europese arrest *STÉS COLAS EST et autres t. Frankrijk*.¹¹³ In dit arrest haalt het Europees Hof een van de pijlers van de Belgische constructie onderuit, met name de opvatting dat de grondwettelijke woonstbescherming alleen geldt voor private woningen. Verwijzend naar het reeds kort genoemde arrest *NIEMIETZ t. Duitsland* uit 1992¹¹⁴ herhaalt het Hof dat de Franse verdrags-term *domicile* in artikel 8 EVRM een ruimer begrip vormt dan het Engelse *home* en dus ook op het bureau of kabinet van een persoon met een vrij beroep kan slaan.¹¹⁵ In een iets ouder arrest was het Hof reeds van oordeel dat het woonstrecht ook van toepassing was op een gebouw waarin een persoon woont en tevens de sociale zetel van zijn bedrijf heeft.¹¹⁶ Ook deze rechtspraak wordt aangehaald¹¹⁷ en aangevuld met een beschouwing over de nood en de gewoonte van het Hof om het Europees verdrag als een levend instrument te beschouwen

→
leiden. De verdenking die aan de basis lag van de huiszoeking in NIEMIETZ's kabinet had immers geen betrekking op een ernstig misdrijf. Daar stond tegenover een huiszoekingsmandaat dat in zeer brede termen was opgesteld. Het beslag was mogelijk voor alle ‘documenten’ m.b.t. de identiteit van de litigieuze brief en dit zonder enige beperking. Op die wijze was in gegevens gesnuffeld die onder het beroepsgeheim van een advocaat vallen. Dit gegeven gekoppeld aan het ontbreken in Duitsland van enige bijzondere procedure om de zoeking bij advocaten bijkomend te omgeven met waarborgen, maakt de huiszoeking bij NIEMIETZ disproportioneel en in strijd met artikel 8 EVRM (E.H.R.M., NIEMIETZ t. Duitsland, *l.c.*, § 37).

111. Cf. “the Court must firstly ensure that the relevant legislation and practice afford individuals adequate and effective safeguards against abuse” (E.H.R.M., CAMENZIND t. Zwitserland, 16 december 1997, *l.c.*, § 45).

112. Cf. E.H.R.M., CAMENZIND t. Zwitserland, *l.c.*, § 45

113. E.H.R.M., STÉS COLAS et autres t. Frankrijk, 16 april 2002, beschikbaar op <http://www.dhcour-coe.fr/eng/>.

114. E.H.R.M., NIEMIETZ t. Duitsland, 16 december 1992, *Série A*, vol. 251-B.

115. E.H.R.M., STÉS COLAS et autres t. Frankrijk, *l.c.*, § 40 met verwijz. naar E.H.R.M., NIEMIETZ t. Duitsland, *l.c.*, § 30.

116. In dit arrest, dat later besproken wordt, werd bezwaar gemaakt tegen een tweevoudige huiszoeking op poten gezet door leden van filmondernemingen en auteursrechtorganisaties én de Britse politie en dit in het gebouw waar CHAPPELL zijn kantoor had en tevens met zijn echtgenote woonde. De aangeklaagde Britse regering aanvaardde de toepassing van het grondrecht op bescherming van het privé-leven en van de woning op deze zaak, een standpunt dat het Hof zich eigen maakt: “the Government accepted that there had been an interference with the exercise of the applicant’s right to respect for his ‘private life’ and ‘home’. (...) The Court sees no reason to differ on (...) these points.” (E.H.R.M., IAN CHAPPELL t. Verenigd Koninkrijk, 30 maart 1989, *Série A*, vol. 152-A, § 51).

117. E.H.R.M., STÉS COLAS et autres t. Frankrijk, *l.c.*, § 40.

dat in het licht van de actuele noden moet worden geïnterpreteerd.¹¹⁸ Gevolg is dat de uitgebreide huiszoekingen en grootscheepse inbeslagnemingen van de Franse mededingingsautoriteit, onder het toepassingsdomein vallen van artikel 8 EVRM,¹¹⁹ temeer daar de Franse regering zelf van deze toepassing geen punt maakte, met die nuance dat ze van oordeel was dat voor professionele lokalen geen bescherming van dezelfde 'intensiteit' als voor private woningen kon gelden. Op handige wijze speelt het Hof dit standpunt uit *tegen* de Franse regering, zonder zich evenwel de nuance principieel eigen te maken.¹²⁰ De nieuwe invulling van het woonstbegrip op Europees niveau zal ongetwijfeld een weerslag hebben op de Belgische rechtspraak en leiden tot aanpassing van oudere of repressieve wetgeving met weinig waarborgen terzake. Voor ons thema, het recht op de onderzoeksrechter, is de betekenis van het arrest STÉS COLAS EST voor het overige van minder groot belang. Het Hof beklemtoont het belang van een rechterlijk mandaat als waarborg, zonder evenwel deze waarborg in alle gevallen verplicht te maken.¹²¹

De Belgische douanewetgeving: een speeltuin zonder rechterlijke controle

20. De ambtenaren van de Administratie der douane en accijnzen beschikken over ruime bevoegdheden om inbreuken op de douane- en accijnswetgeving op te sporen en te onderzoeken. Dat is historisch zo gegroeid en ten dele te verklaren door een *raison-d'état*redenering: aan de landsgrenzen kan de staat zich zo om het even wat permitteren. Via een sluw opgesteld middel werd enkele jaren terug aan het Arbitragehof gevraagd zich uit te spreken over beslagbevoegdheden en de bevoegdheden inzake het opstellen van een proces-verbaal in de douanewetgeving.¹²² Deze verschillen immers aanzienlijk van de veel beperktere 'gemene' regeling in het Wetboek van Strafvordering en de Wet op het politieambt.¹²³ Het Hof overloopt de bevoegdheden en stelt de vraag of er geen schending is van het gelijkheidsbeginsel doordat de strafvordering en de strafrechtspeling inzake douane en accijnzen, in vergelijking met de strafvordering

118. E.H.R.M., STÉS COLAS et autres t. Frankrijk, *L.c.*, § 41.

119. E.H.R.M., STÉS COLAS et autres t. Frankrijk, *L.c.*, § 42.

120. E.H.R.M., STÉS COLAS et autres t. Frankrijk, *L.c.*, § 42.

121. E.H.R.M., STÉS COLAS et autres t. Frankrijk, *L.c.*, § 49.

122. Cf. hoofdstuk XXV van de douanewetgeving (met name het K.B. van 18 juli 1977 tot coördinatie van de algemene bepalingen inzake douane en accijnzen of korter: A.W.D.A.). Meer bepaald gaat het over de voorschriften met betrekking tot, enerzijds, de processen-verbaal (artikelen 267 tot 272) en, anderzijds, de 'aanhalingen' (inbeslagnemingen) (art. 273 tot 278).

123. Arbitragehof nr. 40/2000, 6 april 2000, *B.S.* 11 mei 2000. Voor een grotendeels identiek arrest: Arbitragehof nr. 73/2000, 14 juni 2000. De bezwaren van de partijen in deze zaak betreffen ook artikel 263 van de douanewetgeving, meer bepaald het feit dat de Administratie der douane en accijnzen op grond van deze bepaling transacties kan aanbieden, die eigenmachtig en autonoom door haar worden beoordeeld en getoetst. Zie evenzeer de arresten nr. 83/2000 van 21 juni 2000, nr. 95/2000 van 13 juli 2000 en nr. 141/2000 van 21 december 2000. Deze arresten bevatten geen nieuwe elementen.

en de strafrechtspleging in het algemeen niet dezelfde waarborgen bieden aan de verdachte.¹²⁴

De analyse door het Hof van de beslagbevoegdheden van de douaniers is aanbevelenswaardige lectuur.¹²⁵ Ondanks een volledig andere terminologie en wat particuliere details wordt het geheel niet onevenredig genoemd.¹²⁶ Kerngedachte bij het Hof is dat de douanebeslagbevoegdheden “veeleer aanleunen bij de taken die in een gemeenrechtelijk opsporingsonderzoek (gevoerd onder leiding van de procureur des Konings) worden verricht, dan wel bij de taken die in een gerechtelijk onderzoek (gevoerd onder leiding van de onderzoeksrechter) worden behartigd”.¹²⁷

21. Een jaar later wordt aan datzelfde Arbitragehof gevraagd zich uit te spreken over de huiszoekingsbevoegdheden in de douanewetgeving.¹²⁸ De artikelen 189 en 193 tot 197 van de Douanewet hebben betrekking op de *visitaties*, een Orwelliaanse omschrijving voor *huiszoeking*. Te dien aanzien wordt bepaald welke stukken bij een *visitatie* mogen worden aangeslagen en meegenomen (art. 189), welke bedrijfslokalen mogen worden bezocht (art. 193), op welke tijdstippen dit is toegestaan (art. 193 en 194) en wie daarbij aanwezig dient te zijn (art. 195 en 196). Artikel 197 heeft betrekking op de *visitatie* van privé-woningen. Uit die bepalingen vloeit inzonderheid voort dat geen rechterlijke machtiging is vereist voor de *visitatie* van fabrieken, trafieken, wijngaarden, erven, werkplaatsen, winkels, pakhuizen en andere panden “waarvan het bezit of gebruik onderworpen is aan een aangifte bij of een aanvaarding van de Administratie der accijnzen, of in welke enig bedrijf wordt uitgeoefend op welks product een accijns is gevestigd, of hetwelk, krachtens de wet, aan enige verificatie onderhevig is”. Evenmin is in bepaalde gevallen een rechterlijke machtiging vereist voor de *visitatie* van particuliere woningen. Het Hof stelt vast dat deze bepalingen afwijken van de gemeenrechtelijke regel die de *huiszoeking* aan een rechterlijke machtiging

124. M.b.t. de ‘aanhalingen’ (inbeslagnemingen) wordt bepaald naar waar de in beslag genomen goederen moeten worden overgebracht (art. 273), welke goederen in beslag kunnen worden genomen, namelijk enkel degene “waarmede is misdreven” (art. 274), hoe de in beslag genomen goederen tegen voldoende borgtocht kunnen worden teruggegeven en in welke gevallen de handlichting wordt geweigerd (art. 275). Art. 276 regelt de wijze van verkoop van in beslag genomen goederen: zij zullen niet kunnen worden verkocht voordat het vonnis tot verbeurdverklaring zal gewezen zijn, tenzij de goederen aan bederf onderhevig zijn (§ 1) of wanneer het gaat om dieren die zijn aangehaald op onbekenden, of nog, in geval van weigering van de bekeurde om borgstelling te verlenen voor de kosten van onderhoud (§ 2); de ontvanger die in strijd met die bepalingen tot verkoop overgaat, is persoonlijk aansprakelijk voor de gevolgen (§ 3); de verkoop van aangehaalde goederen moet in het openbaar aan de meestbiedende geschieden (§ 4). Artikel 277 betreft twee gevallen waarbij de “aanhaling van goederen [...] zal geldig zijn zonder vonnis”, namelijk wanneer het gaat om aanhalingen ten laste van onbekenden (§ 1) en aanhalingen van goederen met geringe waarde (§ 2). Ten slotte voorziet art. 278 in een regeling voor de vergoeding van de schade, veroorzaakt door ‘verkeerde aanhalingen’.

125. Overweging B.15.1. en volgende.

126. De douaniers beschikken over een bevoegdheid om in beslag genomen goederen van geringe waarde *zonder vonnis* te verkopen. Een goede verstaander kan uit het arrest afleiden dat deze verkoop zonder vonnis niet echt geapprecieerd wordt door het Arbitragehof.

127. Overweging B.1.6.

128. Arbitragehof nr. 16/2001, 14 februari 2001, B.S. 18 april 2001.

onderwerpt.¹²⁹ Door de betrokkenen de waarborg van het optreden van een rechter te ontzeggen, raken de bepalingen aan twee fundamentele rechten:¹³⁰ zij beperken de uitoefening van de rechten van de verdediging, want zij ontzeggen de betrokkenen het toezicht door een onafhankelijke rechter die *à charge* en *à décharge* onderzoekt, en zij doen afbreuk aan de regel van de onschendbaarheid van de woning.¹³¹

Dergelijke afwijkingen moeten, aldus het Hof, slechts uitzonderlijk zijn en dienen te worden verantwoord door redenen eigen aan de misdrijven waarop zij betrekking hebben¹³² en er dient te worden nagegaan of de betwiste bepaling geen onevenredige inbreuk maakt op de voormelde rechten.¹³³ Het Hof onderstreept de noodzaak in douanezaken om snel en zonder consultatie van de onderzoeksrechter op te treden¹³⁴ en staat lang stil bij de desbetreffende wetteksten. In beginsel bevatten deze strengere voorwaarden voor nachtelijke visitaties op plaatsen waar niet gewerkt wordt en worden huiszoekingen van woningen *buiten* de tolkring *wél* onderworpen aan een machtiging van de rechter in de politierechtbank. In de huizen en panden *in* de tolkring, waar dus *geen* rechterlijk optreden wordt geëist, gelden beperkingen voor de nachtelijke uren en is de aanwezigheid van hoge ambtenaren vereist.¹³⁵ De beperking van de douanebevoegdheden tot douanematerialen en de ingebouwde waarborgen maken het gecreëerde arsenaal aan visitatiebevoegdheden daarom acceptabel.¹³⁶

Toepassing van criteria, zoals de aard van de misdrijven en de evenredigheid, leidt *in casu* dus niet tot de ongrondwettelijkheid van de visitatiebevoegdheden.

Beoordeling van de Belgische rechtspraak

22. Het zojuist beschreven arrest van het Arbitragehof van 14 februari 2001 krijgt om principiële redenen onze instemming niet. De idee dat onderzoeksrech-

129. Overweging B.13.2. van het arrest nr. 16/2001.

130. Overweging B.13.4. van het arrest nr. 16/2001.

131. Bij dit laatste verwijst het Arbitragehof naar art. 15 van de Grondwet en art. 8 EVRM. Eerstgenoemde bepaling luidt: “De woning is onschendbaar; geen huiszoeking kan plaatshebben dan in de gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die zij voorschrijft”.

132. Overweging B.13.2. van het arrest nr. 16/2001.

133. Overweging B.13.4. van het arrest nr. 16/2001.

134. “B.13.3. Het Hof heeft reeds erop gewezen dat de vaststelling van inbreuken op de douane- en accijnswetgeving vaak wordt bemoeilijkt door de mobiliteit van de goederen waarop douane- en accijnzrechten zijn verschuldigd. Die mobiliteit kan de ambtenaren van douane en accijnzen nopen tot onverwilde controles die, indien zij aan een rechterlijke machtiging zijn onderworpen, in ruime mate aan doeltreffendheid zouden kunnen inboeten. Het verschil in behandeling dat daaruit voortvloeit ten aanzien van verdachten van een douanemisdrijf, in vergelijking met verdachten van een gemeenrechtelijk misdrijf, berust op een objectief criterium dat in verband staat met het nagestreefde doel dat erin bestaat de fraude op een doeltreffende manier te bestrijden.(...)”

135. Overweging B.13.6.

136. “Uit hetgeen voorafgaat blijkt dat het toepassingsgebied van de afwijking van de gemeenrechtelijke regel inzake huiszoeking beperkt is tot hetgeen strikt noodzakelijk is om het in B.5.1. omschreven doel te bereiken, terwijl ook de uitoefening van de visitatiebevoegdheid met voldoende waarborgen ter voorkoming van misbruik is omringd. Daardoor heeft de wetgever een billijk evenwicht tot stand gebracht tussen, enerzijds, de rechten van de betrokken personen en, anderzijds, de noodzaak om op een doeltreffende manier inbreuken op de douanewetgeving te kunnen vaststellen.” (overweging B.13.7.)

ters nodig zijn bij beperkingen van de onschendbaarheid van de woning wordt losgelaten, terwijl in het licht van de bestaande mogelijkheden inzake telecommunicatie andere oplossingen denkbaar zijn.¹³⁷ Op foutieve wijze wordt bovendien een argument van de Belgische regering overgenomen en veralgemeend. Deze had gesteld dat de taken van de douaneambtenaren aansluiten bij de taken die in het gemeenschappelijke opsporingsonderzoek worden verricht door het parket onder leiding van de procureur des Konings. Het verschil is evenwel dat de regering dit argument naar voor schoof bij de verdediging van de beslagbevoegdheden van de douaniers, terwijl het Hof het argument gebruikt om de huiszoekingsbevoegdheden te legitimeren.¹³⁸

Opvallend is de grote analogie tussen de twee douane-arresten van het Arbitragehof en deze van het Europees Hof. Er is begrip voor de douanebehoefte, maar deze zijn op zich niet zaligmakend om de rechterlijke tussenkomst uit te schakelen.¹³⁹ Dit is wel mogelijk voor specifieke delicten, waarbij voldoende alternatieve proceswaarborgen worden ingebouwd *en* uit de feiten blijkt dat deze ook zijn nageleefd. Die waren niet aanwezig in de Franse douanewetgeving en werden ook niet nageleefd in de onderzoeken die aan de basis lagen van de arresten. Proceswaarborgen om de noodzaak van een tussenkomst van de onderzoeksrechter te doen vergeten, zijn o.i. ook niet voldoende aanwezig in de Belgische Drugswet, hoewel uit een aangehaald arrest van de Correctionele Rechtbank te Antwerpen *d.d.* 12 mei 1998 blijkt dat sommige politiediensten wel bepaalde waarborgen inbouwen, zoals het consulteren van een parketmagistraat. Proceswaarborgen zijn tenslotte ook aanwezig in de Belgische douanewetgeving, hoewel de abstracte toetsing van het Arbitragehof niet kan uitsluiten dat bepaalde disproportionele visitaties, in bijvoorbeeld private woningen binnen de tolkring, door Straatsburg veroordeeld worden op grond van de CAMENZIND-criteria.¹⁴⁰

Het arrest van het Arbitragehof over de visitatiebevoegdheden, waarnaar uitgekeken werd,¹⁴¹ maakt alleszins duidelijk dat er geen grondwettelijk verankerd of beschermd recht op een onderzoeksrechter bestaat, ook niet in het kader van een huiszoeking. Er is een regel, waarvan afgeweken kan worden.¹⁴²

137. Vgl. met de Nederlandse Wet herziening gerechtelijk vooronderzoek ingevoerd op 1 februari 2000: parketten hebben een bevoegdheid tot spoedonderzoek van huizen. Voor de wet diende na het verrichten hiervan een gerechtelijk onderzoek gevorderd te worden. Na de wet is deze voorwaarde vervallen. In plaats daarvan is een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris voorgeschreven. Deze kan telefonisch worden gevraagd en gegeven. Cf. "Wet herziening gerechtelijk vooronderzoek geëvalueerd", *Nederlands Juristenblad* 2002, nr. 16, (823-825), 824.

138. Cf. overweging B.1.5. met A.12.

139. Cf. overweging B.5.2. van het arrest nr. 16/2001. "Ook al strekken de door de wetgever genomen maatregelen ertoe misbruiken in de sector van de douane en accijnzen efficiënter te onderzoeken en te vervolgen, toch is de omstandigheid dat soortgelijke misbruiken, strafbaar gesteld in andere fiscale aangelegenheden, het voorwerp uitmaken van een andere benadering, op zich niet van die aard dat ze die maatregelen hun verantwoording kan ontnemen."

140. Het arrest leert zeer weinig over de feiten die eraan ten grondslag lagen. Uit de Franse douanezaken blijkt nu juist dat die feiten een grote rol spelen in de beoordeling van het Europees Hof en mede het oordeel van disproportionaliteit kunnen steunen.

141. Cf. P. DE HERT, "Aperçu jurisprudence Cour d'arbitrage - Overzicht rechtspraak Arbitragehof 2000", in F. HUTSEBAUT (ed.), *Jaarboek politierecht 2001 - Annuaire droit de police 2001*, Brussel, Politeia, 2002, 158.

142. Het zou ons te ver leiden om een overzicht te geven van alle bijzondere wetten, waarin visitaties en zoekingen worden georganiseerd zonder rechterlijk mandaat. Vaak, maar niet altijd, gaat

→

Dwang en de onderzoeksrechter: eveneens vertekenend

23. Onze bijdrage opent met het artikel 66 van de Franse Grondwet, waarin een grondrecht op de onderzoeksrechter *kan* worden gelezen. Het belang van deze bepaling schuilt in de bijna terloops geformuleerde vaststelling dat de rechterlijke macht (en dus niet het Openbaar ministerie of de politie) de behoedster is van de individuele vrijheid. Hoewel zo'n bepaling in België ontbreekt, verklaart het bestaan van artikel 66 van de Franse Grondwet waarom ook in ons land, waar de invloed van de Franse rechtsleer lange tijd vanzelfsprekend was, aangenomen werd dat de onderzoeksrechter over het monopolie der dwangbevoegdheden beschikt. Begin jaren negentig stonden we op twee plaatsen stil bij het begrip 'dwangmiddel', dat o.i. een versluiserende werking vertoont.¹⁴³ In een tijd waarin de overheid meer en meer beroep doet op geweldloze technieken, al dan niet pro-actief of administratief, vermindert het belang en risico van dwang en komen grondrechten zoals privacy meer en meer in beeld.¹⁴⁴ Deze evolutie verklaart mede waarom dwangmiddelen in de praktijk nooit een uitsluitend monopolie van de onderzoeksrechter hebben gevormd. Aan de omschrijving van dwangmiddelen werd vaak een strikt formele definitie gekoppeld waardoor talrijke vormen van dwang zonder tussenkomst van de onderzoeksrechter konden worden uitgeoefend door politie en parket. Aan die soepelheid werkten ook rechtsfiguren zoals de toestemming en de heterdaad in niet geringe mate mee. Via rechtspraak werd en wordt bovendien een steeds groter segment dwangmiddelen toevertrouwd aan politie, parket en private politie.¹⁴⁵

Het Belgische Wetboek van Strafvordering kent bovendien geen met artikel 1 NI. Sv. vergelijkbare bepaling¹⁴⁶ en we stellen vast dat onze 'aanvaarde' dwangmiddelen minder zorgvuldig opgetekend zijn. Voegt men hierbij de hoger besproken beperkende interpretatie van artikel 12 van onze Grondwet, dan beseft men hoe ongepast spreken van 'een Belgisch legaliteitsbeginsel in de strafprocedure' is. De Belgische strafprocedure en regeling van de opsporingsmethoden doen dan ook erg Frans aan. Vaak aanvaardt de rechtspraak 'niet of nauwelijks expliciet geregelde opsporingstechnieken' met (slechts) een verwijzing naar al-

→

het om premissen in de sfeer van de economie of de horeca. Het arrest van het Arbitragehof m.b.t. de douanevisaties is in dit opzicht interessant omdat het uitspraak doet over een bevoegdheid die expliciet een weerslag heeft op private woningen.

143. P. BLONTRUCK en P. DE HERT, *L.c.*, 869-871 en P. DE HERT, "De strafprocesrechtelijke voorstellen inzake computercriminaliteit", *Delikt en Delinkwent*, 1993, nr. 1, 7-28.

144. P. DE HERT en B.-J. KOOPS, "Privacy is nog steeds een grondrecht. Pleidooi voor de uitsluiting van onrechtmatig bewijs", *Ars Aequi* december 2001, (vol. 50), 972-975.

145. Zie bijvoorbeeld in Nederland recent nog: Hoge Raad 18 december 2001, *Nederlands Juristenblad* 2002, nr. 6, 277 (beslag zonder mandaat van rechter-commissaris leidt niet tot uitsluiting van bewijs daar de belangen van de verdachte niet door verzuim zijn geschaad).

146. Het Nederlandse Wetboek van Strafvordering opent met volgende 'klaroenstoot': "Strafvordering heeft alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien" (art. 1 NI. Sv.). Algemeen wordt in Nederland een sterke binding van de strafrechtspleging aan de wet geëist, wat ondermeer blijkt uit de zeer uitgebreide en gedetailleerde regeling der dwangmiddelen in het wetboek. Voor een precieze afbakening van het legaliteitsbeginsel in Nederland leze men: P.J. VAN DEN HOUT, *Het afluisteren van telefoongesprekken als dwangmiddel. Een inquisitoir trekje in het Nederlandse strafvorderingstelsel*, Arnhem, Gouda Quint, 1989, 55-101. Zie ook J.M. REIJNTJES, *Boef of burger? Over de relatie tussen toezicht en opsporing*, Arnhem, Gouda Quint, 1989, 3.

gemene bevoegdheidsomschrijvingen,¹⁴⁷ of naar de stelling dat 'wat niet geregeld is, mag, tenzij strijdigheid met rechten van de verdediging, de wettigheid of de algemene rechtsprincipes'.¹⁴⁸

24. We kunnen van het voorgaande meerdere illustraties geven. De zwakke, onbevredigende verankering van de bevoegdheid voor politiediensten in de Wet op het politieambt om foto's te nemen van betogingen en aangehouden of opgehouden personen geeft een aanduiding.¹⁴⁹ Visuele opsporingstechnieken worden in ons land niet door een wet omkaderd, wel door niet-gepubliceerde omzendbrieven.¹⁵⁰ Beide vaststellingen lijken ons onverenigbaar met de Wet op het politieambt die politiemensen opdraagt bij het vervullen van de opdracht "slechts gebruik te maken van dwangmiddelen, onder de voorwaarden die door de wet worden bepaald" (art. 1, derde lid Wet Politieambt). Bovendien en vooral, is er de Belgische Grondwet die alleen maar uitzonderingen voorziet op het recht op eerbiediging van zijn privé-leven "in de gevallen en onder de voorwaarden door de wet bepaald" (art. 22 G.W.). Uit deze bepaling vloeit niet alleen voort dat alle opsporingsmiddelen die een weerslag hebben op het privé-leven, moeten worden genormeerd, maar ook dat normering niet kan gebeuren per omzendbrief.¹⁵¹

Eigenlijk was de regeling in artikel 1 van de Wet op het politieambt vrij soepel (alleen bij dwang moet er wet zijn) en geen echte concretisering van het legaliteitsbeginsel wat betreft opsporing. Het was evenwel een begin, hoewel over de rechtsbeschermende intenties erachter niet te veel illusies kunnen worden

147. Of men hanteert nog vagere toetsingscriteria genre 'de waardigheid van het ambt' of 'de waardigheid van Justitie' (cf. K.I.B. Luik 23 mei 1984, *Jur. Liège* 1984, 382 en de noot van FRANSEN, "Het gebruik van bandopnemers door de politie geoorloofd of ongeoorloofd?", in: *Actuele voorinformatie*, Handboek Politiediensten, 19 maart 1986, nr. 8/1). Dergelijke criteria zijn te verwerpen, vooral als ze een toetsing aan de grondrechten gaan vervangen. Met 'waardigheid' kan alles en het is niet duidelijk in welke mate de waardigheid van het ambt van bijvoorbeeld een onderzoeksrechter zo identificeerbaar is t.a.v. andere beroepen, dat men er een appel aan kan richten.

148. Cf. de recente rechtspraak m.b.t. de Multanova-snelheidsradar (Corr. Antwerpen 26 april en 27 juni 1991 en Pol. Antwerpen 31 mei 1991, *T. Vred.* 1991, 218 tot 224).

149. Zie *in extenso*: P. DE HERT, "Artikel 35 wet politieambt en beeldgaring van burgers door pers en politie. Drie juridische leerstukken n.a.v. de door de pers gefilmde politierazzia's te Kortrijk", *Panopticon* 1998, 413-441.

150. Men leze: P. DE HERT, "Het verzamelen en gebruiken van visuele informatie: foto's, videosurveillance en verkeersradars", *Politeia. Belgisch politievakblad* 1994, 8, 8-17; P. DE HERT, O. DE SCHUTTER en S. GUTWIRTH, "Pour une réglementation de la vidéosurveillance", *J.T.* 21 september 1996, 569-579; P. DE HERT, *Privacy en het gebruik van visuele technieken door burger en politie. Belgische regelgeving vandaag en morgen*, Brussel, Politeia Uitgeverij, 1998, 178 p. en de literatuur aangehaald in L. DELBROUCK, "De proactieve recherche. Een nieuw middel in de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit?", *Jura Falc.* 1999-2000, nr. 1 (30 p.), (via <http://www.law.kuleuven.ac.be/jura/>), 9-10, voetnoot 99.

151. De zinsnede "door de wet bepaald" verwijst in de Belgische Grondwet in principe naar de wet in formele zin: inmengingen in deze rechten kunnen m.a.w. enkel gebeuren door de wetgevende macht en niet door de uitvoerende macht, wat minder soepel is dan de interpretatie van de legaliteits-eis in het EVRM (E. BREMS, "De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het internationale, inzonderheid het Europese recht", *T.B.P.* 1995, 626).

gemaakt.¹⁵² Een (verdere) stap in de goede richting vormt het door de Wet Franchimont (1998) ingevoegde artikel 28bis § 3 Sv. dat bepaalt: “*behoudens de wettelijke uitzonderingen mogen de opsporingshandelingen geen enkele dwangmaatregel inhouden noch schending inhouden van individuele rechten en vrijheden. De procureur des Konings waakt hierover*”. Alzo wordt duidelijk dat het legaliteitsbeginsel geldt voor opsporingsmaatregelen, die geen dwangmaatregelen zijn, maar wel een weerslag hebben op de grondrechten. Dit is een goede evolutie in het licht van het door het legaliteitsprincipe gehuldigde beginsel van de *rule of law*,¹⁵³ en getuigt van een meer volwassen inzicht in het wezen van opsporingstechnieken.

25. Ideaal zou in een op de *rule of law* gesteund systeem, elke vorm van overheidsoptreden met een weerslag op machtsverhoudingen, hoe gering ook, moeten worden beschreven in wetteksten. Dit ideaal schijnt gerealiseerd in de sfeer van de intellectuele vrijheden, waar de Grondwet waarborgt dat *elke* preventieve maatregel verboden is.¹⁵⁴ Ondanks dit verbod, heeft het Arbitragehof de oprichting aanvaard van een administratieve coördinatiefunctie inzake de strijd tegen de schadelijke sektarische organisaties door de Wet van 2 juni 1998,¹⁵⁵ met als expliciete taken informatiegaring en informatieverstrekking over de sekten.¹⁵⁶ Over het ontmoedigend effect van deze maatregel op (kandidaat-)leden van verenigingen vermeld op de sekteijst is geen discussie mogelijk. Het voorbeeld toont aan dat het vergaren van informatie door de overheid, moeilijk grondrechtelijk valt te problematiseren, ook al gebeurt het op systematische wijze.

Bij de naleving van de legaliteitsregel is bijgevolg waakzaamheid geboden. Bepaalde overheidspraktijken ontsnappen aan de aandacht omdat ze geen expliciet dwangkarakter of bedreigend karakter vertonen. Behoudens aan de verzameling van informatie, denken we hierbij ook aan elk beroep op de noties ‘vrijwilligheid’ en ‘lijdelijkheid’. In het genoemde arrest STÉS COLAS EST voert de Franse regering aan dat er geen sprake was van huiszoeking door de mededingingsautoriteiten. Die hadden slechts gebruikgemaakt van hun bevoegdheid om

152. De Wet op het politieambt uit 1992 is niet veel meer dan een wet die niet-neergeschreven, maar door de rechtspraak aanvaarde bevoegdheden zoals de politiefouille, in een wettelijk kader giet.

153. Voorbeeld. Het aftappen van een telefoon is geen dwangmaatregel volgens de interpretatie dat dwang gelieerd is aan geweld. Je schendt het recht op privacy en communicatievrijheid, maar je gebruikt geen geweld. De Wet Franchimont is aanzienlijk strenger voor gerechtelijke politietaken.

154. Art. 19 van de Grondwet stelt dat “de vrijheid van erediens, de vrije openbare uitoefening ervan, alsmede de vrijheid om op elk gebied zijn mening te uiten, zijn gewaarborgd, behoudens bestraffing van de misdrijven die ter gelegenheid van het gebruikmaken van die vrijheden worden gepleegd”. De idee dat geen preventieve maatregel kan worden ingevoerd, doch alleen strafmaatregelen mogelijk zijn, is ook aanwezig in art. 27 van de Grondwet dat het recht van vereniging waarborgt, met dien verstande dat “dit recht [...] niet aan enige preventieve maatregel [kan] worden onderworpen”.

155. Wet van 2 juni 1998 houdende oprichting van een informatie- en adviescentrum inzake de schadelijke sektarische organisaties en van een administratieve coördinatiefunctie inzake de strijd tegen schadelijke sektarische organisaties, *B.S.* 25 november 1998.

156. Arbitragehof nr. 31/2000, 21 maart 2000, overweging B.2.9. Het Arbitragehof was van oordeel dat deze taken geen verboden preventieve maatregel vormden in het licht van de Grondwet daar de taak van informatiegaring niet kan gelijkgesteld worden met de invoering van een preventieve maatregel in de zin van artikel 19 en 27 G.W. Zie: P. DE HERT, “Aperçu Jurisprudence Cour d’Arbitrage 2000 – Overzicht rechtspraak Arbitragehof 2000”, *L.c.*, 149-153.

te eisen dat papieren “hun zouden worden overhandigd” (*les agents peuvent exiger la communication*). Het trucje werkte bij de Franse rechters. Het Franse Hof van Cassatie was alleszins van oordeel dat het administratief onderzoek geen *zoeking of dwang* met zich had meegebracht, zodat artikel 8 EVRM niet van toepassing was.¹⁵⁷ Terecht zal het Europees Hof hieraan voorbijgaan en zich beperken tot de vaststelling dat wat er ook gebeurd is, *er iets gebeurd is met grondrechtelijke relevantie zonder genoeg waarborgen*.¹⁵⁸

Uitholling dwangmonopolie via wetgeving

26. Zelfs al worden alle gaten in de *rule of law* gedicht en wordt voortaan overgegaan tot normering in wetten van alle opsporings- en onderzoeksbevoegdheden, dan nog rijst de vraag of dit een grotere greep van de onderzoeksrechter op het vooronderzoek met zich zal meebrengen. Te vrezen valt van niet. De Wet op het politieambt wemelt van (gerechtelijke en administratieve) bevoegdheden waarbij de onderzoeksrechter niet betrokken wordt.¹⁵⁹

Ook de Wet Franchimont (1998) maakt verschillende bochten rond de onderzoeksrechter. In de reeds aangehaalde derde paragraaf van artikel 28*bis* Sv. wordt de taak om te waken over dwangmaatregelen en schendingen van individuele rechten en vrijheden toevertrouwd aan de procureur des Konings, wat natuurlijk in schril contrast staat met artikel 66 Franse Grondwet volgens hetwelk de rechterlijke autoriteit de *gardienne de la liberté individuelle* vormt. Deze verwatering vormt rechtsbescherming *à la belge*. Ook interessant is de koppeling van de pro-actieve recherche aan het opsporingsonderzoek (art. 28*bis* § 2 *in fine* Sv.), waarmee geanticipeerd wordt op de komende wet op de bijzondere opsporings technieken. Het resultaat roept terecht vragen op: voor de ‘klassieke’ dwangmaatregelen is een machtiging van de onderzoeksrechter vereist, terwijl voor pro-actieve onderzoeksdaan een controle door het Openbaar ministerie volstaat, terwijl de bijzondere opsporingsmethoden vaak een ingrijpendere inbreuk veroorzaken op de privacy van het individu dan het geval is bij (reactieve) dwangmaatregelen¹⁶⁰ en Openbaar ministerie en onderzoeksrechters niet vergelijkbaar zijn wat betreft onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Het meest sprekende voorbeeld van Franchimont-gesleutel aan de positie van de onderzoeksrechter vormt ongetwijfeld de zgn. mini-instructie (art. 28*septies*), aan de hand waarvan, althans gedeeltelijk, de band die bestond tussen dwangmiddelen en ge-

157. Cass. fr. 4 juni 1996 aangehaald in E.H.R.M., STÉS COLAS et autres t. Frankrijk, *l.c.*, § 21.

158. Cf. E.H.R.M., STÉS COLAS et autres t. Frankrijk, *l.c.*, § 46.

159. Kritisch over de te ruime formulering van bevoegdheden zoals de fouille, doorzoeking van wagens en aanhouding in deze wet: P. DE HERT, “Over verdachte Nederlanders en gewapende softdruggebruikers”, noot bij Corr. Antwerpen 12 mei 1998, *Vigiles* 1998, 4, 37-44.

160. B. DE SMET, “De justitie in de steigers”, *l.c.*, 209-220 en B. DE SMET, “De wankele positie van de onderzoeksrechter”, *l.c.*, 141-161 en L. DELBROUCK, *l.c.*, 10. Deze laatste auteur verwijst ook naar H.F.M. CROMBAG, P.J. VAN KOPPEN en W.A. WAGENAAR, “Wandelen in een strafvorderlijk niemandsland”, in: A.W.M. VAN DER HEIJDEN (ed.), *Criminele inlichtingen*, Den Haag, Vuga, 1993, 35-50.

rechtelijk onderzoek wordt doorbroken.¹⁶¹ Via deze rechtsfiguur kan de procureur des Konings de onderzoeksrechter vorderen een bepaalde onderzoekshandeling te verrichten, waarvoor in principe enkel de onderzoeksrechter bevoegd is. Na uitvoering van de desbetreffende onderzoekshandeling wordt het dossier, tenzij de onderzoeksrechter er anders over beslist door het dossier te evoceren, teruggezonden aan de procureur des Konings, die instaat voor de voortzetting van het opsporingsonderzoek. De instructie is ‘slechts’ in drie gevallen niet toegestaan, met name voor het bevel tot aanhouding, de huiszoeking en de telefoontap (bedoeld in art. 90^{ter} Sv.).¹⁶²

De onderzoeksrechter en de aanhouding

27. De bevoegdheidsverdeling bij de mini-instructie doet geloven dat zowel de telefoontap en de huiszoeking, als de aanhouding van de verdachte in de zin van artikel 16 van de Voorlopige Hechteniswet tot de harde kern behoren van het bevoegdheidsdomein van de onderzoeksrechter. De rol van de onderzoeksrechter bij de aanhouding is reeds aan bod geweest, alsmede zijn rol bij de nieuwe snelrechtprocedure.¹⁶³ Een vergelijking van die twee procedures, resp. de gemene en de buitengewone, brengt ons opnieuw tot de vraag hoe het gesteld is met het toegangsrecht tot het instituut van de onderzoeksrechter in ons land. Immers, de gemene procedure, vervat in artikel 16 van de Voorlopige Hechteniswet, voorziet weliswaar in de tussenkomst van de onderzoeksrechter maar het ‘toegangsrecht’ is inferieur vergeleken met dat van de snelrechtprocedure.¹⁶⁴ Uit die vergelijking blijkt dat de procedure die voor de onderzoeksrechter gevoerd wordt bij de (gemene) aanhouding niet voldoende tegensprekelijk is. De onderzoeksrechter moet enkel de argumenten van de verdachte horen, hij is niet verplicht hem effectief van repliek te dienen. Bovendien heeft de verdachte op het ogenblik van zijn verhoor nog geen recht op vrij verkeer met zijn advocaat.¹⁶⁵

Het zal in dit licht wel niet verbazen dat het voor het Arbitragehof tot twee zaken is gekomen waarbij een partij het recht vroeg om via de zo verguisde snelrechtprocedure behandeld te worden. Immers, wie wil er geen volwaardige toegang tot de onderzoeksrechter, voorafgaande inzage in het strafdossier (vóór

161. L. DELBROUCK, *l.c.*, 12. Zie ook B. DE SMET, “De omkadering van het gerechtelijk onderzoek na de wet Franchimont”, in: X. (ed.), *Het vernieuwde strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1998, 55-92.

162. Alleen in die drie gevallen komt aan de onderzoeksrechter nog de leiding over de opsporing toe (L. DELBROUCK, *l.c.*, 12).

163. *Supra*, nr. 6 en 8.

164. Dit inferieure karakter verklaart de aarzeling van sommige auteurs om de onderzoeksrechter te omschrijven als een *court* of *judge* in de zin van artikel 5 EVRM (*cf. supra*, nr. 3). Men leze w. VANDEPUTTE, *l.c.*, 12-13 met verw. naar S. TRECHSEL, “Liberty and security of person”, in: R. MACDONALD, F. MATSCHER en H. PETZOLD (ed.), *The European system for the protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, 327 en P. LEMMENS, “Het strafproces en het EVRM”, in: R. DECLERQ (ed.), *Strafrecht voor rechtspractici*, Leuven, Acco, 1985, 163-197.

165. *Cf.* art. 16 § 4 Voorlopige Hechteniswet: “De onderzoeksrechter deelt de verdachte mede dat hij het recht heeft een advocaat te kiezen. Indien de verdachte geen advocaat gekozen heeft of kiest, verwittigt de rechter de stafhouder van de Orde of diens gemachtigde. Van die formaliteit wordt melding gemaakt in het proces-verbaal van verhoor.”

het eerste verhoor) en een verplichte berechting binnen zeven dagen? Meer bepaald werd aan het Arbitragehof gevraagd zich uit te spreken over de verenigbaarheid van het gemaakte verschil met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al of niet in samenhang gelezen met de artikelen 5 en 6 EVRM, in zoverre zij de verdachte niet het recht verlenen te worden bijgestaan door een advocaat en het strafdossier te raadplegen nog vóór het eerste verhoor door de onderzoeksrechter en ter gelegenheid van dat verhoor, terwijl, voor identieke feiten in de snelrechtprocedure, aan de beklaagde dergelijke waarborgen wél worden verleend.¹⁶⁶ De argumenten van de regering in deze zaak ter ondersteuning van dit verschil in behandeling zijn niet echt overtuigend, maar eerder naast de kwestie.¹⁶⁷ Het Arbitragehof is meer lucide en geeft onmiddellijk toe dat er achter de gemene procedure een compromis steekt teneinde het vooronderzoek inquisitoriaal te houden,¹⁶⁸ zonder evenwel dit compromis te verduidelijken door aan te geven waarom nu precies welke waarborg moest worden opgegeven. Voor het overige beperkt het Hof zich tot volgende korte parafrase van parlementaire commentaren bij de hechteniswet in voorbereiding:

B.5.1. “Wat betreft de procedure die van toepassing is krachtens de Wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, blijkt uit de parlementaire voorbereiding van die wet dat de door de wetgever nagestreefde doelstelling erin bestond “een samenhangende regeling [...] [te bieden] die tegelijkertijd rekening houdt met de fundamentele rechten van het individu en met de noden van de samenleving”.¹⁶⁹ De afwezigheid van de advocaat vóór en tijdens het verhoor van de verdachte door de onderzoeksrechter werd verantwoord door de in artikel 12 van de Grondwet opgelegde korte termijn, waarin een bevel tot aanhouding moet worden uitgevaardigd in geval van maatregel van vrijheidsberoving.¹⁷⁰ Het voormelde artikel 12 stelt immers dat, behalve bij ontdekking op heterdaad, niemand kan worden aangehouden dan krachtens een met redenen omkleed bevel van de rechter, dat moet worden betekend bij de aanhouding of uiterlijk binnen vierentwintig uren. Tijdens de bespreking van het wetsontwerp is gebleken dat die termijn te kort was om een advocaat in te schakelen, die advocaat het dossier te laten onderzoeken, een behandeling op tegenspraak te houden en ten slotte de onderzoeksrechter een beslissing te laten nemen en een met redenen omkleed bevel tot aanhouding op te maken.”¹⁷¹

166. Tevens werd gevraagd na te denken over de discriminatie die erin schuilt dat het in de gewone procedure *niet* mogelijk is om te worden berecht binnen een maximumtermijn van zeven dagen vanaf het verlenen van het bevel tot aanhouding door de onderzoeksrechter, terwijl dit in de snelrechtprocedure voor identieke feiten wel *moet*. Beide zaken worden behandeld in: Arbitragehof nr. 59/2001, 8 mei 2001 (verkrijgbaar via de site van het Hof).

167. De regering hamert te veel op het risicovolle karakter van de snelrechtprocedure, maar zegt nergens waarom dit verklaart waarom de gemene procedure het moet stellen met inferieure waarborgen op het vlak van tegenspraak.

168. Cf. overweging B.5.2. “Uit wat voorafgaat volgt dat de verantwoording van de maatregel redelijk blijkt ten aanzien van de door de wetgever nagestreefde doelstellingen. Hij houdt het evenwicht tussen de wil om het beginsel van het geheim en inquisitoriaal onderzoek te handhaven en de zorg om de rechten van de verdediging in acht te nemen”.

169. *Parl. St. Senaat* 1988-1989, nr. 658-2, 4 en 6.

170. *Parl. St. Senaat* 1988-1989, nr. 658-2, 6.

171. *Parl. St. Senaat* 1988-1989, nr. 658-2, 24.

*Tevens is opgemerkt dat de ontstentenis van een debat op tegenspraak voor de onderzoeksrechter gecompenseerd werd door het feit dat de wet aan de rechter de verplichting oplegt de verdachte mee te delen dat hij de bedoeling heeft hem aan te houden, waarbij laatstgenoemde dan de mogelijkheid heeft nieuwe elementen aan te brengen in verband met zijn persoonlijke en familiale toestand, enz.”*¹⁷²

28. Zoals gezegd is de motivering van het arrest weinig bevredigend. Het verdedigen van een inferieure regeling met grondwetsargumenten vormt o.i. een teken van grondrechtelijke armoede met een inquisitoriale achtergrond. De argumentatie vormt de doodsteek voor de grondrechtelijke verankering van de onderzoeksrechter in artikel 12 G.W., bepaling die door interpretatie praktisch betekenisloos is geworden op het vlak van rechtsbescherming,¹⁷³ en hier gebruikt wordt om een constructie te legitimeren die evenmin recht doet aan de mogelijke rol en betekenis van de onderzoeksrechter. Dat een interventie van de advocaat praktisch niet mogelijk is, wil natuurlijk niet zeggen dat deze mogelijkheid, zo ze zich kan voordoen, moet worden uitgesloten. Het inquisitoriaal trekje schuilt onloochenbaar in de wil van de wetgever om de verdachte ‘onvoorbereid’, d.w.z. zonder voorbereiding van welke aard ook (derden, dossier, gesprek) voor de onderzoeksrechter te krijgen om aldaar de (objectieve) waarheid uit de onvoorbereide mond te krijgen/trekken. We treden aldus de (geciteerde) rechtsleer bij die op grond van de in artikel 5 EVRM gehanteerde termen van oordeel zijn dat de onderzoeksrechter geen *judge* vormt doch wel een *officier authorised by law to exercise judicial power*.¹⁷⁴ De rechterlijke dimensie is hier verwaterd, de onderzoeksrechter is niet meer dan een façade-rechter. Ongetwijfeld zijn er onderzoeksrechters die in de praktijk de waardigheid van hun ambt herstellen, doch zolang die ‘volwaardigheid’ geen afdwingbaar recht vormt, blijft er een probleem.

Het probleem is niet alleen academisch of rechtsbeschermend, maar ook rechtssociologisch. Het was de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever om met de Voorlopige Hechteniswet van 1990 het aantal vrijheidsberovingen te verminderen. De cijfers tonen aan dat de beoogde daling van het aantal toepassingsgevallen van voorlopige hechtenis er niet is gekomen en dat de mogelijkheden van alternatieven in de wet onderbenut zijn.¹⁷⁵ VANDEPUTTE aarzelt niet om een deel van de verantwoordelijkheid hiervoor bij de onderzoeksrechters zelf te leggen.¹⁷⁶ De verklaring is niet onaannemelijk. Men wordt niet onpartijdig en

172. *Parl. St.* Senaat 1988-1989, nr. 658-2, 27-28 en 66.

173. *Supra*, nr. 9.

174. *Cf. supra*, nr. 6.

175. W. VANDEPUTTE, *l.c.*, 2 met verw. naar S. SNACKEN, “La liberté sous conditions”, in: B. DEJEMPEPPE (ed.), *La détention préventive*, Brussel, Larcier, 1992, 151-197, nr. 79-84.

176. “Maar de precieze reden van het falen van de wet is onduidelijk. Is het de wet die geen adequate formulering van het probleem voorziet, zijn het de onderzoeksrechters die de bedoeling van de wetgever naast zich neer leggen of is het de druk van de publieke opinie of de maatschappij die voorlopige hechtenis alsnog in te veel gevallen wenselijk acht? Wellicht zijn hier allerlei factoren in het spel betrokken.” (W. VANDEPUTTE, *l.c.*, 2 met verw. naar *La loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive: et après?*, Actes du colloque organisé par la conférence libre du Jeune Barreau de Liège et de la Fondation F. Piedboeuf le 6 mai 1994, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1995, 357 p).

onafhankelijk geboren. Dergelijke positie moet solide verankerd zijn en de formulering van de rol van de onderzoeksrechter in de Voorlopige Hechteniswet is op dat punt niet doelmatig, met als resultaat dat die zich begint te gedragen als een partijdig onderzoeker die wil opsluiten.

De onderzoeksrechter en de inverdenkingstelling

29. De constructie van de inverdenkingstelling leert dat het nog slechter kan. In het Wetboek van Strafvordering wordt de inverdenkingstelling geregeld door artikel 61*bis* Sv., ingevoegd bij de Wet van 12 maart 1998.¹⁷⁷ De inverdenkingstelling is een handeling van de onderzoeksrechter waarbij een persoon op de hoogte wordt gebracht van de feiten die hem worden verweten en van de kwalificatie ervan in dat stadium van de procedure. In tegenstelling tot het bevel tot aanhouding heeft zij niet tot gevolg dat afbreuk wordt gedaan aan zijn vrijheid van beweging. Zij ligt zelfs aan de oorsprong van bepaalde rechten, zoals het recht om het dossier te raadplegen of om onderzoekingen te vorderen.¹⁷⁸

Artikel 61*bis* bepaalt dat een verhoor kan plaatshebben vooraleer de beslissing tot inverdenkingstelling wordt genomen, doch vereist niet dat een verhoor voorafgaat aan de inverdenkingstelling. Aan het Arbitragehof werd de vraag voorgelegd of het ontbreken van een plicht tot verhoor wel te verzoenen is met artikel 6 § 3a EVRM en met artikel 16 § 2, eerste lid Voorlopige Hechteniswet dat een dergelijk verhoor oplegt alvorens een bevel tot aanhouding te verlenen, in het geval waarin de verdachte noch voortvluchtig is, noch zich verbergt, en artikel 22, tweede lid van dezelfde wet, dat een plicht opstelt om, op verzoek van de verdachte of van zijn raadsman, over te gaan tot een samenvattende ondervraging.¹⁷⁹ De vraag aan het Arbitragehof, gesteld door bemiddeling van een onderzoeksrechter, kwam er op last van een beklaagde die een schending zag van het gelijkheidsbeginsel vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in de omstandigheid dat de ondervraging van een verdachte is voorgeschreven op straffe van nietigheid wanneer een afgifte van een bevel tot aanhouding is beoogd, terwijl het niet als verplicht wordt beschouwd bij de inverdenkingstelling. Hiermee wordt geen recht gedaan aan het beginsel van de tegenspraak.

30. In zijn arrest van 19 december 2001 gaat het Arbitragehof in op het verschil tussen de inverdenkingstelling en de aanhouding en een redenering ontwikkelen in het verlengde van de argumentatie van de Ministerraad die ter verdediging

177. Dat artikel luidt: “De onderzoeksrechter gaat over tot de inverdenkingstelling van elke persoon tegen wie ernstige aanwijzingen van schuld bestaan. Deze inverdenkingstelling vindt plaats ter gelegenheid van een verhoor of door kennisgeving aan de betrokkene. Dezelfde rechten als de inverdenkinggestelde geniet eenieder tegen wie de strafvordering wordt ingesteld in het kader van een gerechtelijk onderzoek.”

178. Cf. Arbitragehof nr. 160/2001, 19 december 2001, *B.S.* 2 maart 2002, overweging B.4.

179. Art. 22.: “[...] Op verzoek van de verdachte of van zijn raadsman roept de onderzoeksrechter, binnen tien dagen die aan elke verschijning voor de raadkamer of voor de kamer van inbeschuldigingstelling, die overeenkomstig artikel 31 § 4 uitspraak doet na verwijzing, voorafgaan, de verdachte op voor een samenvattende ondervraging; de griffier brengt de oproeping, schriftelijk of per faxpost, onmiddellijk ter kennis van de raadsman van de verdachte en van de procureur des Konings, die deze ondervraging kunnen bijwonen.”

van de bestaande situatie gewezen had op het ‘minder ernstig’ karakter van de inverdenkingstelling.¹⁸⁰ Het Hof komt een beetje tegemoet aan het bezwaar dat een verhoor in elk geval het beginsel van de tegenspraak en de rechten van de verdediging dient (“*Voor diegene die in verdenking dreigt te worden gesteld, zou een waarborg die erin bestaat dat de inverdenkingstelling verplicht dient te worden voorafgegaan door een verhoor, in bepaalde gevallen weliswaar ontegenzeggelijk een voordeel vormen*”), maar gaat vervolgens onmiddellijk over tot de vaststelling dat de vergelijking met de aanhouding te weinig overtuigingskracht heeft: “*Maar welke ook de pertinentie van de kritiek op de in het geding zijnde bepaling op zich moge zijn, de belangen die op het spel staan bij een inverdenkingstelling of een aanhouding zijn van een dermate verschillende aard dat er geen aanleiding is om die bepaling als discriminerend te beoordelen op de enkele basis van een vergelijking van de voorwaarden van de inverdenkingstelling en de voorwaarden van het verlenen van een bevel tot aanhouding.*” (overweging B.4.)

Zijdelings wordt gesuggereerd dat meer tegenspraak geen voordeel, doch een nadeel kan opleveren voor de grondrechten van de verdachte.¹⁸¹ Opnieuw zien we hoe een wezenlijk inquisitoriale constructie met een beroep op de grondrechten wordt gelegitimeerd, tegen beter weten in van de verdachte in een concrete zaak.

De onderzoeksrechter op verplaatsing

31. Eindigen we met een detail dat we veelzeggend vinden. Artikel 62 Sv. bepaalt: “Wanneer de onderzoeksrechter zich ter plaatse begeeft, wordt hij altijd vergezeld door de procureur des Konings en door de griffier van de rechtbank”. Die bepaling slaat op verschillende gevallen. Zij heeft betrekking op iedere plaatsopneming, of het nu gaat om een verplaatsing met een technisch doel of om documenten in beslag te nemen, dan wel om een reconstructie van de feiten. De verplaatsingen kunnen worden uitgevoerd op verscheidene tijdstippen in het onderzoek van de zaak, en er kan, in de loop van het onderzoek, tot meerdere verplaatsingen worden overgegaan. De aanwezigheid van de procureur des Konings is niet vereist op straffe van nietigheid; het is voldoende dat hij op de hoogte werd gesteld van de verplaatsing van de onderzoeksrechter, opdat hij de vorderingen kan doen die hij nodig acht.

In een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof, wordt het Hof verzocht de situatie van, enerzijds, de procureur des Konings en, anderzijds, de verdachte, de

180. De inverdenkinggestelde ondervindt geen enkel rechtstreeks nadeel, kan zijn rechten van de verdediging ten volle uitoefenen en kan aan de rechter bijkomende onderzoekshandelingen vragen op grond van artikel 61*quinquies* en in beroep gaan tegen een eventuele weigering (overweging A.2.2.). Ongetwijfeld is een verplichting tot verhoor een extra waarborg, maar deze is, aldus de Ministerraad, vooral nodig bij de aanhouding om te verhinderen dat de onderzoeksrechter zich bij de toepassing van dwingende onderzoekshandelingen baseert op eenzijdige informatie en om ervoor te zorgen dat de rechter niet elk contact verliest met de persoon die onder een aanhoudingsmaatregel is geplaatst (*ibid.*).

181. Cf. “Zij kan echter, wanneer zij ruchtbaarheid krijgt, iemands reputatie schaden, ondanks het beginsel van het vermoeden van onschuld” (Arbitragehof nr. 160/2001, *l.c.*, overweging B.4.).

burgerlijke partij en hun advocaten te vergelijken, in zoverre de onderzoeksma-
gistraat, wanneer hij zich verplaatst, de eerstgenoemde moet verzoeken om hem
te vergezellen, terwijl hij ten opzichte van de laatstgenoemden niet diezelfde in-
formatie- en verzoekplicht heeft. Uit het antwoord van het Hof¹⁸² blijkt dat het
gemaakte onderscheid niet onredelijk is, in het bijzonder omdat er sedert de Wet
Franchimont alternatieven bestaan.¹⁸³ Opnieuw wordt open kaart gespeeld over
het werkelijke motief achter de regeling, namelijk behouden van het inquisitoire
karakter van het vooronderzoek, en opnieuw wordt dit motief aannemelijk ge-
maakt met een beroep op de rechten van de verdediging: “B.5. *De plaatsopne-
ming wordt uitgevoerd op een ogenblik dat, volgens de wil van de wetgever, de
strafrechtspleging inquisitoriaal is, om, enerzijds, rekening houdend met het
vermoeden van onschuld, te vermijden dat personen onnodig in diskrediet wor-
den gebracht en, anderzijds, met het oog op doeltreffendheid, snel te kunnen
handelen, zonder de schuldigen op de hoogte te brengen.*”

*B.6.1. Die doelstellingen zijn dermate belangrijk dat kan worden verantwoord
dat de wetgever de procureur des Konings en de andere partijen verschillend
kon behandelen wat de plaatsopneming betreft. De mogelijkheid voor de onder-
zoeksrechter om zich te verplaatsen of zelfs een reconstructie van de feiten te
organiseren zonder dat de verdachte, de burgerlijke partij en hun respectieve
raadslieden aanwezig zijn, houdt op zich geen onevenredige schending in van
hun rechten van verdediging, rekening houdend met de garanties waarover zij
beschikken vanaf die fase van de strafrechtspleging.”*

32. Het arrest van het Arbitragehof kan nauwelijks bevredigen. Juridisch ligt een
heel concreet strijdpunt voor: uit artikel 62 Sv. kan de verdachte (of zijn raads-
man), net zo min als de burgerlijke partij, een recht puren om aanwezig te zijn
bij de plaatsopneming. Omgekeerd heeft de onderzoeksrechter een vrij grote
discretie om die aanwezigheid te weren. De erkenning van zo'n recht ligt noch-
tans in de lijn en in de geest van de Wet Franchimont die strekt tot een verrui-
ming van het contradictoire karakter van het onderzoek. Men kan verwachten
dat een verdachte die op grond van artikel 61quinquies Sv. vraagt aan de onder-
zoeksrechter om een bijkomende onderzoekshandeling te stellen, b.v. een recon-

182. Arbitragehof nr. 53/2001, 18 april 2001, B.S. 30 juni 2001.

183. Cf. “B.6.2. *De niet aangehouden verdachte en de burgerlijke partij kunnen de onderzoeksrechter immers verzoeken om inzage van het deel van het dossier betreffende de feiten die tot de in-
verdenkingstelling of tot de burgerlijke partijstelling hebben geleid (artikel 61ter van het Wetboek van
Strafvordering); de aangehouden verdachte en zijn advocaat hebben, krachtens de Wet van 20 juli
1990 betreffende de voorlopige hechtenis, het recht om het dossier te raadplegen; op grond van
artikel 61quinquies van het Wetboek van Strafvordering kunnen de verdachte en de burgerlijke partij
de onderzoeksrechter verzoeken bijkomende onderzoekshandelingen te verrichten, waarbij die
laatste uitspraak doet bij beschikkingen waartegen hoger beroep kan worden ingesteld. Op die ma-
nier waarborgt het wetboek voor de verdachte en de burgerlijke partij de mogelijkheid om, ener-
zijds, op de hoogte te worden gesteld van de verplaatsingen van de onderzoeksrechter en de regel-
matigheid ervan na te gaan en, anderzijds, een verplaatsing van de rechter of een reconstructie van
de feiten te vragen indien zij dat nuttig achten.*”

*B.7. Het Hof stelt overigens vast dat de wet de onderzoeksrechter niet verbiedt zich te laten verge-
zellen door de verdachte, de burgerlijke partij en hun advocaten, indien hij dat aangewezen acht en
indien hij oordeelt dat door hun aanwezigheid de doelstellingen vermeld in B.5 niet in het gedrang
komen”.*

structie, er ook graag zou bij zijn. Dat is ook de opvatting van de onderzoeksrechter die aan de basis ligt van de prejudiciële vraag aan het Arbitragehof. De kern van het betoog van deze onderzoeksrechter is precies dat er in regel geen nadelig effect is voor de rechten van de dader (het vermoeden van onschuld) of de vereisten van het onderzoek, maar dat integendeel er winst is door de aanwezigheid in termen van rechten van verdediging (meer tegenspraak) en efficiëntie (meer doeltreffendheid) (overweging A.4.). Bovendien is er een arrest van 3 januari 1991 van de Kamer van Inbeschuldigingstelling te Brussel dat ervan uit gaat dat de aanwezigheid van de verdachte bij een reconstructie van de feiten en bij een plaatsopneming verplicht is (overweging A.2.). Niets schijnt zich dus te verzetten tegen de erkenning, met daarbij de mogelijkheid van de onderzoeksrechter om gemotiveerd te weigeren.

Het Hof draait zonder enige toelichting de argumenten van de onderzoeksrechter om, wat niet overtuigt. Ook niet-overtuigend is het standpunt van de Brusselse procureur des Konings, die in deze zaak gehoord werd, en die wijst op het 'delicate' karakter van de zaak en op 'concrete moeilijkheden' zonder deze evenwel hard te maken of zonder aan te geven waarom deze redenen zwaarwegend genoeg zijn (overweging A.6.). Blijkbaar is het doorslaggevend argument dat er mogelijk tijdverlies zou optreden door het contradictoir maken van het onderzoek, wat overigens werd aangevoerd door de Ministerraad.¹⁸⁴ Deze argumenten zijn niet nieuw, en schokken ook niet. Stellen, zoals het Hof dat doet in overweging B.5., dat de procesrechten van de verdediging zich verzetten tegen een meer contradictoir onderzoek, terwijl hiervoor juist gepleit wordt in naam van de procesrechten, getuigt evenwel van cynisme.

Besluit

33. De onderzoeksrechter zou door zijn unieke positie een spilfiguur vormen in het vooronderzoek. Hij is de bewaker van de individuele rechten op een ogenblik dat er nog geen rechtszaak loopt en op het ogenblik dat er snel beslissingen moeten worden genomen die een weerslag hebben op de rechten en vrijheden van de burger. Hij is *the rule of law* op het ogenblik dat het recht onderzoekt of krenkingen van de rechtsorde (door het plegen van misdrijven) voorliggen. Juridisch en feitelijk valt aan deze omschrijving veel af te dingen. Talrijke factoren dragen bij ons en in onze buurlanden bij tot een feitelijke marginalisering van de onderzoeksrechter, wiens tussenkomst voortaan louter afhankelijk geworden is van 'toevallige' omstandigheden.¹⁸⁵

184. Cf. overweging A.10.: "Subsidiair doet de Ministerraad gelden dat het inwilligen van de vraag van de raadsman van de verdachte erop zou neerkomen dat het onderzoek contradictoir wordt, wat de fase van het onderzoek zou verlengen".

185. Zie over de '*glissements des fonctions*' in het nadeel van de onderzoeksrechter en in het voordeel van de parketmagistraat: FR. TULKENS, "Criminal Procedure: Main Comparable Features of the National Systems", in: M. DELMAS-MARTY (ed.), *The Criminal Process and Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 11-12. Eveneens: "Het beeld van een zelfstandige onderzoeksrechter, die de stuwende kracht achter het onderzoek zou moeten zijn, is sedertdien sterk afgetakeld. Vrijwel alle strafzaken worden afgehandeld door het Openbaar ministerie, zonder dat daaraan een onderzoeksrechter te pas komt. De onderzoeksrechter is daardoor in een marginale po-

In deze bijdrage werd onder meer stilgestaan bij de grondrechtelijke betekenis van de onderzoeksrechter. De Belgische Grondwet, noch het EVRM kennen een met artikel 66 van de Franse Grondwet vergelijkbare grondrechtelijke verankering van de onderzoeksrechter. Dat wil niet zeggen dat deze afwezig is. M.b.t. de aanhouding is de verankering het meest evident, doch ze is er ook voor andere dwangmiddelen. Zoals het Arbitragehof aangeeft wordt door het afwijken van de gemeenrechtelijke regel die de huiszoeking aan een rechterlijke machtiging onderwerpt en, door de betrokkenen de waarborg van het optreden van een rechter te ontzeggen, geraakt aan twee fundamentele rechten. Enerzijds doen zij afbreuk aan de regel van de onschendbaarheid van de woning, aldus het Hof dat verwijst naar artikel 15 van de Grondwet en artikel 8 EVRM. Anderzijds, beperken zij de uitoefening van de rechten van de verdediging, doordat zij de betrokkenen het toezicht door een onafhankelijke rechter die *à charge* en *à décharge* onderzoekt, ontzeggen.¹⁸⁶

34. Het thema van deze bijdrage vormde de grondrechtelijke armoede m.b.t. het instituut van de onderzoeksrechter en de mogelijkheid om de persoon van de onderzoeksrechter te ontmoeten, te vergezellen en ermee in gesprek te gaan. Op een eerste, tekstueel niveau uit zich dit in het ontbreken van een expliciete taakomschrijving m.b.t. belangrijke dwangmiddelen (tap, huiszoeking, andere maatregelen met een weerslag op de rechten en vrijheden) of nog, in het ontbreken van juridisch afdwingbare procesrechten om, voorbereid, met de onderzoeksrechter in gesprek te gaan over ontwikkelingen in het vooronderzoek (vrijheidsberoving, inverdenkingstelling).

Op een tweede niveau is er sprake van grondrechtelijke armoede bij het overschouwen van de interpretaties en appreciaties die in Brussel en Straatsburg worden gegeven aan constructies die tekort doen aan een volwaardig recht op de onderzoeksrechter. Hierbij denken we niet alleen aan de rechtspraak over de tap en de huiszoeking, waaruit blijkt dat er onder voorwaarden kan worden afgezien van de rechterlijke tussenkomst en die ten dele debet is aan de hoger genoemde tekstuele armoede, maar ook aan de neiging van rechters om inquisitoriale bezwaren tegen een tegensprekelijke procedure voor de onderzoeksrechter ten dele te verpakken in op mensenrechten gesteunde argumenten. Vooral de verwijzing naar het vermoeden van onschuld springt daarbij ongunstig in het oog. *Primo*, is het niet duidelijk waarom een tegensprekelijke procedure voor de onderzoeksrechter *ipso facto* gelijkstaat met ongewenste ruchtbaarheid. *Secundo*,

→
sitie geraakt. In de praktijk komt de onderzoeksrechter doorgaans nog slechts tussen om dwangmaatregelen op te leggen. Niet de ernst of ingewikkeldheid van de zaak, maar formele redenen bepalen of de onderzoeksrechter de leiding over de opsporing verkrijgt. Het gerechtelijk onderzoek is daarmee afhankelijk geworden van 'toevallige' omstandigheden" (B. DE SMET, *De hervorming van het strafrechtelijk vooronderzoek in België*, Antwerpen, Intersentia, 1996, 3). Zie ook de rechtsvergelijkende referenties in: P. TAK en J. LENSING, *Het vooronderzoek rechtsvergelijkend onderzocht*, Arnhem, Gouda Quint BV, 1990, 1-2.

186. Arbitragehof nr. 16/2001, 14 februari 2001, B.S. 18 april 2001, overweging B.13.2 en overweging B.13.4. Wij zijn erg gesteld op die analyse. Teveel wordt de huiszoeking gekoppeld aan fundamentele rechten zoals het privé-leven en te weinig aan procesrechten zoals de rechten van de verdediging. Tegenspraak, daar gaat het om wanneer de onderzoeksrechter optreedt of daar zou het om moeten gaan.

lijkt het onwaarschijnlijk dat een verdachte geconfronteerd met een gerechtelijke vervolging (of de kans daartoe) zal afzien van een recht op tegenspraak in naam van zijn vermoeden van onschuld.

35. We besluiten: het grondrecht op een onderzoeksrechter verdient in een land met een inquisitoriale traditie zoals België een meer expliciete verankering. De recente rechtspraak van het Europees Hof en het Arbitragehof bewijst hoe broos de bestaande verankering is. Recente wetgeving leert dat er op tactisch belangrijke plaatsen inquisitoriale schotten zijn geplaatst voor de figuur van de onderzoeksrechter. Een verrijking van onze Grondwet met een met artikel 66 van de Franse Grondwet vergelijkbare bepaling zou een uitgelezen moment vormen om die schotten eruit te halen.