

RUBRIEK VERVOLGING, BERECHTING EN MAGISTRATUUR

I. HET ARBITRAGEHOF EIST DUIDELIJKHEID OMTRENT CANNABIS

Met zijn arrest van 20 oktober 2004 (B.S. 28 oktober 2004) heeft het Arbitragehof het art. 16 van de wet van 3 mei 2004, waarbij het nieuwe art. 11 werd ingevoerd in de drugwet van 1921, vernietigd. In dit art. 11 stond de nieuwe regeling over hoe de politiediensten moesten optreden ten aanzien van meerderjarige cannabisgebruikers die geen problematische gebruiker waren en geen openbare overlast veroorzaakten en in het bezit werden gevonden van een gebruikershoeveelheid cannabis. Volgens het Arbitragehof schond het art. 11 het legaliteitsbeginsel.

Op de volgende punten vindt het Arbitragehof dat er onvoldoende duidelijkheid bestaat.

1. Het begrip gebruikershoeveelheid

De gebruikershoeveelheid werd niet opgenomen in de wettekst, maar de wetgever heeft dit aan de uitvoerende macht overgelaten. Via de Ministeriële richtlijn van 16 mei 2003 heeft men hieraan willen tegemoetkomen, maar volgens het Arbitragehof moet de opdracht van de wetgever aan de uitvoerende macht om de hoeveelheid te bepalen bestaan in het ondubbelzinnig bepalen van een welomschreven hoeveelheid. Het Hof toont aan dat hieraan niet voldaan is aangezien in de Ministeriële richtlijn het bezit van een gebruikershoeveelheid cannabis onder meer wordt bepaald op basis van subjectieve elementen (bv. gebrek aan aanwijzingen inzake verkoop of van smokkel, of het bezit van een hoeveelheid cannabis die in een enkele keer of binnen maximum 24 uur kan worden gebruikt).

2. Het begrip problematisch gebruik

Vooreerst stelt het Hof vast dat er een verschil bestaat tussen de Nederlandse en Franse tekst. Volgens de Nederlandse tekst dient onder problematisch gebruik verstaan te worden: gebruik dat gepaard gaat met een graad van verslaving die de gebruiker niet langer de mogelijkheid biedt zijn gebruik te controleren en dat zich uit

door psychische en lichamelijke symptomen. In het Frans staat er "*un usage qui s'accompagne d'un degré de dépendance qui ne permet plus à l'utilisateur de contrôler son usage, et qui s'exprime par des symptômes psychiques ou physiques*".

Doordat er in het Nederlands psychische en lichamelijke symptomen vereist zijn en in het Frans psychische of lichamelijke is deze bepaling dubbelzinnig.

Bovendien stelt het Hof dat het problematische gedrag niet gemeten wordt aan de invloed die de betrokkene heeft op zijn omgeving, maar dat er enkel gerefereerd wordt aan zijn persoonlijke toestand. Aldus wordt aan de politieambtenaren gevraagd de psychologische, medische en sociale toestand van de cannabisgebruiker te beoordelen. Een dergelijke interpretatiebevoegdheid is volgens het Hof een bron van rechtsonzekerheid en niet in overeenstemming met het legaliteitsbeginsel.

Persoonlijk vind ik overigens dat men moeilijk van een politieambtenaar kan verwachten dat hij/zij de toestand van de cannabisgebruiker zou kunnen beoordelen. Dit is een louter medische/psychologische aangelegenheid waarvoor een politieambtenaar niet opgeleid is en door hem/haar dus ook niet kan beoordeeld worden.

3. Het begrip openbare overlast

Ook hier vindt het Hof dat dit begrip onvoldoende duidelijk omschreven wordt (zie daarover ook K. VAN CAUWENBERGHE, *Handhavingszakboekje Drugs 2004*, Kluwer, 20). De wettekst verwijst wel naar een artikel van de Nieuwe Gemeentewet en naar het Verdrag van de Verenigde Naties van 20 december 1988, maar uit analyse van deze teksten blijkt dat het begrip openbare overlast daar niet in omschreven wordt. De omschrijving die dan wel werd opgenomen in het nieuwe art. 11 van de drugwet is volgens het Hof ook niet bruikbaar. De omschrijving van openbare overlast door de wet verwijst in de eerste plaats naar het bezit van cannabis in bepaalde gebouwen of hun onmiddellijke omgeving. Het Hof vindt het moeilijk om af te bakenen wat moet worden verstaan onder "een gebouw van een maatschappelijke instelling" of onder "onmiddellijke omgeving". Tevens wordt cannabisbezit geacht openbare overlast te veroorzaken op "plaatsen waar

minderjarigen samenkomen voor onderwijs, sport en andere gezamenlijke bezigheden". Die omschrijving is volgens het Hof dermate ruim dat voor elk gebruik van cannabis door een meerderjarige, op een plaats die toegankelijk is voor minderjarigen, proces-verbaal moet worden opgesteld. Door het ambigue karakter van de omschrijving van het begrip openbare overlast voldoet de wettekst dus niet aan het legaliteitsbeginsel.

Besluit

Nu vermeld artikel vernietigd werd, keren we in feite terug naar de toestand van voor de wetswijziging waarbij dus normaal gezien telkens P.V. moet opgesteld worden van elk feit van cannabisbezit, zelfs in het geval van een meerderjarige die slechts een gebruikershoeveelheid bij zou hebben en geen problematisch gebruik vertoont en geen openbare overlast veroorzaakt. Art. 11 voerde immers een uitzondering in op het principe van art. 40 van de Wet op het Politieambt (*"De bij een politieambtenaar ingediende klachten of aangiften, alsook de nopens misdrijven verkregen inlichtingen en gedane vaststellingen worden opgenomen in processen-verbaal die aan de bevoegde gerechtelijke overheden worden toegezonden"*). Nu het art. vernietigd werd was deze uitzondering weggevallen. Een snelle oplossing drong zich dus op. Die heeft men blijkbaar gevonden met de publicatie van een nieuwe richtlijn: "Gemeenschappelijke richtlijn van de Minister van Justitie en het College van procureurs-generaal omtrent de vaststelling, registratie en vervolging van inbreuken inzake het bezit van cannabis." (B.S. 31 januari 2005).

Samengevat wordt hierin het volgende vervolgingsbeleid vooropgesteld:

1. Aan het bezit van cannabis door een meerderjarige voor persoonlijk gebruik wordt de laagste vervolgingsprioriteit gegeven tenzij er verzwarende omstandigheden voorhanden zijn, of tenzij er een verstoring is van de openbare orde
2. Het bezit van een hoeveelheid cannabis van maximum 3 gram of één geteelde plant, door een meerderjarige persoon, zonder dat er enige aanwijzing inzake verkoop of handel aanwezig is, wordt geacht voor persoonlijk gebruik te zijn.

3. Met verzwarende omstandigheden wordt bedoeld diegenen die opgenomen zijn in artikel 2bis van de drugwet (betrokkenheid minderjarigen, blijvende ziekte of dood tot gevolg, lid of leider van een vereniging). Met verstoring van de openbare orde wordt bedoeld: het bezit van cannabis in een strafinrichting of in een instelling voor jeugdbescherming; het bezit van cannabis in een onderwijs- of gelijkaardige instelling of in hun onmiddellijke omgeving (dit zijn de plaatsen waar de leerlingen zich verzamelen of elkaar ontmoeten, zoals een halte van het openbaar vervoer of een park in de nabijheid van een school); het ostentatief bezit van cannabis in een openbare plaats of een plaats die toegankelijk is voor het publiek (b.v. een ziekenhuis).

De procureur des Konings kan echter bijzondere richtlijnen uitvaardigen rekening houdend met de lokale omstandigheden. Ook kunnen bijzondere richtlijnen worden verspreid naar aanleiding van bepaalde massabijeenkomsten.

Tot slot wordt in de nieuwe richtlijn bepaald dat voor de hoger omschreven gevallen vermeld onder punt 2 de politiediensten slechts een eenvoudige P.V. moeten opstellen. Hierbij moet niet overgegaan worden tot inbeslagname van de aangetroffen cannabis. Als de betrokkene er zelf afstand van doet moet dit onverwijld vernietigd worden door de daartoe aangestelde verantwoordelijke van het betreffende politiekorps.

Men kan zich m.i. afvragen of hiermee alles opgelost is. De door het Arbitragehof gevraagde duidelijkheid is hier zeker niet voorhanden! Men blijft worstelen met de niet echt duidelijk omschreven begrippen persoonlijk gebruik en openbare orde en maakt enkel variaties op wat in de vernietigde wettekst stond. Cannabis blijft dan wel verboden, maar als men het aantreft moet het niet in beslag genomen worden. Als de betrokkene afstand doet, moet het vernietigd worden zonder enige controlemogelijkheid van het parket. Een merkwaardige constructie die m.i. regelrecht ingaat tegen het Wetboek van Strafvordering.

We moeten dus besluiten dat de wetgever er best spoed zou achter zetten om een nieuwe wettekst te maken die voor iedereen duidelijkheid schept. Men kan een dergelijke aangelegenheid trouwens niet laten afhangen van Ministeriële richt-

lijnen. Hierbij moet ook de vraag gesteld worden of een Ministeriële richtlijn een vernietigde wettekst wel kan vervangen. Wetten komen tot stand in het Parlement, een Ministeriële richtlijn is een eenzijdig opgelegde maatregel uitgaande van de uitvoerende macht. M.i. kan de richtlijn hier dus niet dienen als depannage van een vernietigde wettekst. Het legaliteitsbeginsel dat door het Arbitragehof heel duidelijk en terecht in de schijnwerper werd gezet vereist klare taal uitgaande van een bevoegd orgaan, meer concreet de wetgever. De strafrechtsbedeling in het algemeen en het strafrechtelijk omgaan met de drugproblematiek in het bijzonder kunnen er alleen maar baat bij vinden. Het is dan ook te hopen dat het debat in het Parlement snel terug geopend wordt en dat men tot een heldere oplossing komt.

KAREL VAN CAUWENBERGHE
ONDERZOEKSRECHTER ANTWERPEN

II. HET ARBITRAGEHOF EN DE B.O.M.-WETGEVING

Met zijn uitvoerig gemotiveerd arrest van 21 december 2004 (B.S. 6 januari 2005) heeft het Arbitragehof de pijnpunten in de wet van 9 januari 2003 aangekaart en verschillende bepalingen vernietigd. Het Hof heeft vastgesteld dat een aantal fundamentele van onze rechtspleging door de B.O.M.-wet werden aangetast.

In hoofdlijnen heeft het Arbitragehof het volgende beslist:

De observatie met gebruik van technische hulpmiddelen om zicht te verwerven in een woning (art. 47*sexies* en art. 56*bis* Sv.) en de zogenaamde inijkoperatie (art. 89*ter* Sv.) kan niet meer gevorderd worden via een mini-instructie, m.a.w. er moet een gerechtelijk onderzoek gevorderd worden (naar analogie zoals bij een huiszoeking en telefoontap).

Het begrip provocatie zoals omschreven in art. 47*quater* Sv., houdt een beperking in van het begrip provocatie zoals dat thans door de rechtspraak omschreven en gedefinieerd wordt. Door deze beperking ontstaat er een discriminatie tussen personen ten aanzien van wie al dan niet

bijzondere opsporingsmethoden werden toegepast. Het art. wordt dan ook vernietigd.

Het ganse systeem van aanwending van observatie en infiltratie en het daaraan gekoppeld vertrouwelijk dossier wordt verworpen aangezien de wet niet voorziet in een controle door een onafhankelijke en onpartijdige rechter. De wetgever krijgt tot eind 2005 de tijd om hieraan gevolg te geven.

Het is duidelijk dat dit arrest belangrijke gevolgen heeft voor de werking van politie, parket, en onderzoeksrechters. Men zal in nieuwe onderzoeken geen gebruik meer kunnen maken van een aantal bijzondere opsporingsmethoden totdat de wetgeving is aangepast zoals door het Arbitragehof werd aangegeven.

Teneinde de lopende onderzoeken echter niet te hypothekeren heeft het Arbitragehof een overgangsregeling bepaald. De gevolgen van art. 28*septies*, derde lid (mini-instructie), art. 47*quater* (begrip provocatie) en art. 56*bis*, tweede lid (observatie met technische hulpmiddelen om zicht te verwerven in een woning) bleven gehandhaafd tot de datum van bekendmaking van het arrest in het Belgisch Staatsblad.

De gevolgen van de art. 47*sexies* §§4 en 7, tweede lid (observaties), 47*septies*, §1, tweede lid en §2 (vertrouwelijk dossier), 47*octies*, §§4 en 7, tweede lid (infiltratie), 47*novies* §1, tweede lid, en §2 (vertrouwelijk dossier) en van art. 47*undecies* (verslaggeving raadkamer) blijven voorlopig gehandhaafd gedurende de tijd die de wetgever nodig heeft om de nodige aanpassingen te doen. Deze termijn eindigt op 31 december 2005, zodat de wetgever een jaar de tijd krijgt om een reparatiewet goed te keuren.

Het arrest bekritiseert en vernietigt andermaal een deel van een belangrijke wet, wat blijkbaar de laatste tijd al meermaals gebeurd is. Dit doet toch wel wat vragen rijzen omtrent het parlementaire werk, ondanks de vele positieve inspanningen die door onze wetgever geleverd worden. Zo heeft het Parlement al meermaals mensen van het terrein uitgenodigd tijdens hoorzittingen teneinde hen toe te laten commentaar en/of aanvullingen te geven op wets-