

Deel 2: politieke vrijheidsberoving, terrorismebestrijding, huiszoeking, beslag en verbeurdverklaring

Gepubliceerd artikel

Draft versie : uitsluitend voor academisch gebruik, alleen refereren naar de gepubliceerde versie

DE HERT, P., 'Europese rechtspraak binnen het invloedsdomein van het politiewerk tijdens de periode 1990-1994. Deel 2: politieke vrijheidsberoving, terrorismebestrijding, huiszoeking, beslag en verbeurdverklaring', *Vigiles. Tijdschrift voor politierecht*, 1997, vol. 3, nr. 2, 33-48) (Issn: 2030-2703)

Paul DE HERT*

In het laatste nummer van de vorige jaargang van *Vigiles* verscheen het eerste deel van een omstandig overzicht van de beslissingen van de Europese Commissie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens die een verband houden met het politiewerk. In dit tweede deel van het overzicht die betrekking heeft op de rechtspraak uit de periode 1990 tot 1994, besteedt Paul De Hert aandacht aan de uitspraken over de duur van de politieke vrijheidsberoving, de strijd tegen terrorisme en het aanwenden van beslag, verbeurdverklaring en huisarrest in de strijd tegen de grote criminaliteit.

ONREDELIJKE VORMEN VAN VRIJHEIDSBEROVING

Artikel 5 van het Europees verdrag van de rechten van de mens (EVRM) heeft betrekking op het recht op vrijheid. In een aantal subparagrafen worden de gronden opgesomd, op basis waarvan dit recht door vrijheidsbeneming beperkt kan worden. Zo is voorlopige hechtenis mogelijk wanneer redelijke termen aanwezig zijn om te vermoeden, dat een persoon een strafbaar feit heeft begaan of indien er redelijke gronden zijn om aan te nemen dat het noodzakelijk is hem te beletten een strafbaar feit te begaan of te ontvluchten nadat hij dit heeft begaan (art. 5, par. 1 sub c). Bij zo'n voorlopige hechtenis gaat het justitiële apparaat over tot de vrijheidsbeneming van burgers op basis van bepaalde vermoedens over gepleegde strafbare feiten. Met de vrijheidsbeneming wordt een lange justitiële trein in werking gezet. Pas op het einde, met name bij de definitieve uitspraak door de rechter, kan de schuld van de in hechtenis genomen persoon bewezen geacht worden.

Bij elke vrijheidsberoving staan een hele boel rechten op het spel. Een van deze rechten is dat men voor onschuldig gehouden wordt totdat de schuld volgens de wet bewezen wordt (cf. art. 6, lid 2 EVRM). De vrijheidsbeneming heeft ook een weerslag op het recht op privé- en gezinsleven (art. 8 EVRM). De politie die een in hechtenis genomen persoon verbiedt een familielid in te lichten van het feit dat deze op het politiebureau in bewaring zit, schendt dit recht¹. Elke vrijheidsbeneming dient bijna steeds getoetst te worden aan de procesrechten vevat in het verdrag.

Essentieel bij die procesrechten is de gedachte dat het justitiële apparaat eenieders recht op vrijheid zoveel mogelijk moet respecteren en vooral voort moet maken met de vrijheidsberoving. Artikel 6 EVRM geeft daarom aan de verdachte het recht op een redelijke duur van zijn proces². Specifiek

* Wetenschappelijk medewerker, V.U.B.

¹ ECRM, 19 maart 1981, klacht nr. 8022, 8025, 8027 en 8077, D.R., 15, aangehaald in JOUBERT, C., "Nieuwe rechten voor de verdachte tijdens de garde à vue in de Code de procédure pénale: een overzicht van de herziening van de Franse strafvordering", Del. en Delinkw., 1994, nr. 3, 253.

² Cf. DEN HARTOG, A., Artikel 6 EVRM: grenzen aan het streven de straf eerder op de daad te doen volgen, Antwerpen, Maklu, 1992, 1-24. Art. 6 par. 1 EVRM luidt: "Bij (...) het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolging heeft eenieder rechte op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn (...)". Artikel 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: GEKIERE, A., 'De redelijke termijn van artikel 6 EVRM-Een stand van zaken', TBP, 1996, 511-518;

voor de voorfase van het proces, echoot artikel 5 EVRM, dat aan elke gearresteerde of gevangengehouden persoon het recht toekomt, onmiddellijk voor een rechter te worden geleid en binnen een redelijke termijn berecht te worden³. In artikel 5 EVRM schuilt dus niet alleen een recht op snelheid, maar ook een recht op een rechter⁴.

De verdachte persoon in hechtenis heeft dus een recht op berechting binnen een 'redelijke' termijn. Een precieze scheidslijn tussen redelijke en onredelijke termijnen bestaat niet. In een Zwitserse zaak uit 1993 werd zelfs een voorlopige hechtenis van vier jaar redelijk bevonden⁵. De redelijkheid wordt door het Hof in elk concreet geval opnieuw bekeken aan de hand van enkele door haar ontwikkelde criteria: de complexiteit van de zaak, de houding van de betrokkene en de wijze waarop de vervolgingsautoriteiten de zaak behandeld hebben⁶. Deze criteria duiken op zowel bij de beoordeling van de redelijke duur van een vrijheidsbeneming (art. 5 EVRM) als bij de beoordeling van de redelijke duur van het proces (art. 6 EVRM)⁷. Telkens moet ermee rekening gehouden worden dat een procedure niet alleen snel moet zijn, maar ook eerlijk en met respect voor de procedurewaarborgen, wat een zeker tijdsverloop kan impliceren⁸.

GEGRONDE REDENEN OM EEN HECHTENIS TE VERLENGEN

Ernstige vermoedens over de betrokkenheid van een persoon bij een misdrijf zijn voor een hechtenis een sine qua non, maar ze volstaan niet⁹. Bij gebrek aan pertinente en voldoende redenen (infra), dient na verloop van tijd aan de hechtenis een eind gemaakt te worden¹⁰. Cruciaal, vooral bij de voorlopige hechtenis, is de vraag of de autoriteiten de gepaste waakzaamheid aan de dag hebben gelegd om het onderzoek vooruit te laten gaan. Hun waakzaamheid dient te verscherpen naarmate de tijd loopt. Immers, het voortschrijden van de tijd en het voortduren van het onderzoek, maakt de motieven om iemand in hechtenis te nemen twijfelachtiger¹¹. Die betrokkenheid van de vervolgende instanties bij de vooruitgang van het onderzoek, wordt ondermeer afgelezen aan de redenen die ze aanvoeren bij hun verzoek tot verlenging van het onderzoek.

ERGEC, R. en VELU, J., '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 ev. 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 artikel 6 lid 1 EVRM gebrandmerkt (EHRM, Messina t. Italië, 26 februari 1993, *Série A*, vol. 257-A). Voor een Belgische zaak: EHRM, Boddaert t. België, 12 oktober 1992, *Série A*, vol. 235-D. Hierover: SWART, B., 'The Case-Law of the European Court of Human Rights in 1992', *E.J.C.C.L.C.*, 1993, nr. 2, 174; ERGEC, R. en SCHAUS, A., 'La convention européenne des droits de l'homme. Examen de jurisprudence 1990-1994' *R.C.J.B.*, 1995, 389.

³ Een zeer nauwkeurige analyse van artikel 5 EVRM geeft: MURDOCH, J., 'Safeguarding the liberty of the person: recent Strasbourg jurisprudence', *I.C.L. Quarterly*, 1993, 494-522; 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 (EHRM, B. t. Oostenrijk, 28 maart 1990, *Série A*, vol. 175, par. 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 artikel 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 op de dag van het vonnis in eerste aanleg. Hierover: SCHOKKENBROEK, J. en VAN DER VELDE, J., "Rubriek EVRM", *NJCM*, 1990, 498; MURDOCH, J., *I.C.*, 510-511, met verw.

⁴ MURDOCH, J., *I.C.*, 509.

⁵ EHRM, W. t. Zwitserland, 26 januari 1993 (infra).

⁶ SWART, B., *I.C.*, 174; ERGEC, R. en SCHAUS, A., *I.C.*, 365. Vgl. MURDOCH, J., *I.C.*, 510-515.

⁷ De termijn in artikel 5 par. 3 wordt door de Europese rechters rigoureuzer geïnterpreteerd dan deze waarvan sprake in artikel 6 EVRM. Over het waarom van dit verschil in aanpak: ERGEC, R. et VELU, J., *I.C.*, 137 en in het bijz. 159; RENUCCI, J-F., "Droit européen des droits de l'homme", *Rec.D.Sir.*, 1992, 329. Zie ook SPIELMANN, D., "L'exigence du délai raisonnable des articles 5, 3° et 6, 1° de la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence luxembourgeoise", *R.T.D.H.*, 1991, 75.

⁸ ERGEC, R. en VELU, J., *I.C.*, 137 ev.; MURDOCH, J., *I.C.*, 519.

⁹ EHRM, Kemmache t. Frankrijk, 27 november 1991 en 2 november 1993, *Série A*, vol. 218 en 270-B; EHRM, Clooth t. België, 12 december 1991, *Série A*, vol. 225.

¹⁰ EHRM, Tomasi t. Frankrijk, 27 augustus 1992, *Série A*, vol. 241-A; EHRM, Letellier t. Frankrijk, 26 juni 1991, *Série A*, vol. 207. Mevr. Letellier bleef van 8 juli 1985 tot 10 mei 1988 (dag van de uitspraak) in hechtenis op verdenking van medeplichtigheid aan de moord op haar man. In deze zaak was het Hof, in navolging van de Commissie, van oordeel dat een schending voorlag van art. 5, lid 3 EVRM omdat na een bepaalde periode de voorlopige hechtenis niet meer was gebaseerd op relevante en voldoende gronden. Het gevaar dat vrijlating haar in staat zou stellen getuigen onder druk te zetten, was misschien initieel reëel, maar verdween met het verloop van tijd.

¹¹ Cf. EHRM, Kemmache t. Frankrijk, 27 november 1991, *Série A*, vol. 218.

Pertinente en voldoende redenen om een hechtenis te verlengen kunnen zijn: de complexiteit of de ernst van de zaak, de maatschappelijke reactie of verstoring van de openbare orde die het misdrijf voortbrengt, de mogelijkheid van herhaling of vlucht en deze van pressie op de getuigen of collusie¹². Wanneer een zaak niet al te complex is en vertragingen optreden in het onderzoek die niet door de verdachte worden veroorzaakt, wordt al snel aangenomen dat een onredelijke termijn voorligt indien de vervolgende instanties geen tekenen van activiteit hebben vertoont¹³.

Kemmache, verdacht van valsmunterij, werd niet minder dan vier maal in hechtenis genomen te beginnen vanaf februari 1983¹⁴. De door Frankrijk ingeroepen motieven worden door het Hof scrutineus onder de loep genomen en in de latere fase van het onderzoek minder geloofwaardig bevonden. Het Hof besluit immers dat voor de (verlenging van de) hechtenis vanaf 1986, geen zwaarwichtige reden bestonden en verwijt de Franse rechters Kemmaches hechtenis op louter abstracte wijze beoordeeld te hebben, zonder na te gaan of de verlenging van de hechtenis daadwerkelijk geboden was door imperatieven van openbare orde.

Eigenlijk hadden de Franse rechters het Hof de pap in de mond gegeven. Zo hadden ze zelf laten verstaan dat er weinig beroering bestond in de financiële middelen over het soort delicten dat door kleine garnalen zoals Kemmache gepleegd werd. Bovendien gaven ze zelf aan dat de kans dat Kemmache bij invrijheidstelling zou ontvluchten, niet erg groot was. Het Hof had op basis van deze gegevens dan ook geen moeite om de a posteriori argumenten van Frankrijk ter verrechtvaardiging van de lange hechtenis van Kemmache te verwerpen. Het argument van de Franse regering dat een invrijheidstelling Kemmache zou toelaten getuigen en medeverdachten onder druk te zetten, kon het Hof niet van mening doen veranderen. Frankrijk werd veroordeeld wegens schending van artikel 5 EVRM. Het arrest laat duidelijk verstaan dat voor het Hof de ware reden van de vertragingen in Kemmaches dossier te wijten zijn aan de inactiviteit van de Franse opsporingsinstanties.

Een jaar later volgt nog een veroordeling van Franse vervolgende instanties wegens inactiviteit¹⁵. Tomasi's hechtenis sleepte vijf jaar en zeven maanden aan. Opnieuw doet Frankrijk tevergeefs een beroep op een aantal pertinente redenen voor de lange hechtenis, die evenwel door het Hof te licht werden bevonden. Onweerlegbaar bleken uit het dossier lange perioden van inactiviteit. De schending van artikel 5 EVRM en het recht op onmiddellijke berechting was onweerlegbaar.

ABSOLUTE TERMIJNEN OM EEN ONDERZOEK ROND TE KRIJGEN

De verplichting in elke zaak de redelijkheid van een termijn opnieuw te bekijken, maakt dat absolute termijnen niet bestaan. Zo vormt een hechtenis van twee jaren in sommige gevallen wel en in anderen niet, een overschrijding van de redelijke termijn¹⁶. De Zwitserse boef W. verbleef meer dan 4 jaar in hechtenis, wat lang is. Toch werd deze termijn in Straatsburg niet als onredelijk bestempeld, gezien het vluchtgevaar en het gevaar van collusie en vooral gezien de reële activiteit van de onderzoekers in een zaak waarvan de complexiteit niet betwist werd. Het Zwitsers onderzoek naar door W. gepleegde economische delicten leverde immers een gerechtelijk dossier op van meer dan 120 meter op de plank¹⁷.

De zaak Toth t. Oostenrijk is een typezaak over de gevolgen van het stilzitten van de vervolgende instanties¹⁸. De Oostenrijker Toth werd verdacht van fraude. Zijn hechtenis duurde twee jaar en een maand en werd vier maal verlengd. Telkens ging hij in beroep, wat ervoor zorgde dat zijn zaak aansleepte. Oostenrijk kende immers ogenschijnlijk het bestaan van copieermachines niet. I.p.v. tijdens de procedure, het onderzoek verder te zetten en in de procedure inzake de hechtenis te werken met kopies, verhuisde het originele dossier bij elk beroep van Toth van de ene rechtsinstantie

¹² ERGEC, R. en SCHAUS, A., I.c., 363-364.

¹³ ERGEC, R. en SCHAUS, A., I.c., 365.

¹⁴ EHRM, Kemmache t. Frankrijk, 27 november 1991 en 2 november 1993, Série A, vol. 218 en 270-B.

¹⁵ De zaak van Tomasi die verdacht werd van betrokkenheid bij het Corsicaans bevrijdingsfront en tijdens zijn hechtenis het slachtoffer werd van politiegeweld, werd besproken in Vigiles, 1996, 4, 34.

¹⁶ EHRM, B. t. Oostenrijk, 28 maart 1990, Série A, vol. 175 (voorlopige hechtenis van 1 juli 1980 tot 16 november 1982 is geen schending van artikel 5 lid 3 EVRM); EHRM, Letellier t. Frankrijk, 26 juni 1991, Série A, vol. 207 (hechtenis van 2 jaar en 9 maanden vormt schending).

¹⁷ EHRM, W. t. Zwitserland, 26 januari 1993, Série A, vol. 254.

¹⁸ MURDOCH, J., I.c., 513.

naar de andere. In tussentijd viel het onderzoek stil. Zoveel amateurisme botste op weinig sympathie in Straatsburg dat de artikel 5 par. 3 EVRM-hakbijl met unanimité liet vallen¹⁹.

De Belg Clooths werd opgesloten op verdenking van betrokkenheid bij moord. Zijn hechtenis duurde meer dan drie jaar. Te Straatsburg roept België tevergeefs een aantal 'pertinente' redenen in, doch tevergeefs. Ook hier liep het onderzoek vertragingen op door ondermeer de herhaalde vervanging van de onderzoeksrechters. Net als in de Kemmachezaak, wordt bovendien een te abstracte toetsing van de verlengingsaanvragen vastgesteld. Telkens werd de hechtenis met stereotiepe formules gemotiveerd²⁰. Het risico dat Clooth bij vrijlating zou vluchten, werd pas na 2 jaar en zeven maanden opgeworpen en dit zonder enige staving met specifieke elementen. Enigszins geloofwaardig was het argument dat Clooth bij vrijlating zou hervallen. Dit argument, aldus het Hof, is het meest zwaarwegende en kan een pertinente reden zijn om de hechtenis te verlengen²¹. Het argument faalt evenwel bij Clooth. Immers, het advies van een deskundige om Clooth psychiatrisch te behandelen, werd door de Belgische rechters genegeerd, waaruit blijkt dat men er niet serieus aan tilde en de kans op recidive klein achtte. Slotsom was dan ook dat Clooths zaak onredelijk lang had aangesleept. De schending van artikel 5, derde paragraaf EVRM door ons land, werd bewezen geacht.

VOORLOPIGE HECHTENIS EN RECIDIVE (NEDERLAND)

Het recidiveprobleem heeft eind 1994 in Nederland, specifiek voor de recidive bij veel voorkomende vermogensdelicten, geleid tot een aanpassing van de regelgeving²². Voor de wet was voorlopige hechtenis toegestaan bij verdenking van een feit waarop een gevangenisstraf van vier jaren of meer was gesteld én bij het gevaar voor recidive (gevaar dat verdachte een nieuw misdrijf zal plegen waarop zes jaren of meer is gesteld). De toepassing van de voorlopige hechtenis bij recidive gaf aanleiding tot praktische problemen. Veel kleine vermogensdelicten kennen namelijk een strafbedreiging van maximaal vier jaren, zodat de politie een recidiverende verdachte niet in voorlopige hechtenis kon houden, maar na het opmaken van proces-verbaal weer moest laten gaan. De nieuwe wet voert daarom de voorlopige hechtenis in voor een aantal vermogensdelicten die vroeger uit de boot vielen (diefstal, helling en schuldhelling). Recidiverende verdachten van veel voorkomende vermogensdelicten zoals winkeldiefstallen kunnen dus voortaan in voorlopige hechtenis worden genomen. Deze delicten moeten gepleegd zijn binnen vijf jaar nadat de verdachte onherroepelijk is veroordeeld voor een zelfde delict en het gevaar bestaat dat hij opnieuw zo'n delict zal begaan. De uitbreiding van voorlopige hechtenis biedt bovendien de mogelijkheid om op de categorie van verslaafden, die een gecombineerd gedrag vertonen van veelvuldig begaan van vermogensdelicten en het veroorzaken van overlast, door middel van voorlopige hechtenis gevolgd door een schorsing daarvan onder voorwaarden, drang uit te oefenen om zich onder behandeling te stellen²³.

VRIJHEIDSBENEMING VOOR POLITIËLE DOELEINDEN

Reeds is aangegeven dat artikel 5 EVRM de gronden aangeeft op basis waarvan een vrijheidsbeneming mogelijk is. Een ervan laat de vrijheidsbeneming toe in het kader van taken van gerechtelijke politie, meer bepaald deze met het oog op vervolging voor de rechter (art. 5, par. 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

¹⁹ "Aboutissant en pratique à suspendre l'instruction durant l'examen de la question du maintien de la détention (...) il se conciliait mal avec l'importance du droit à la liberté garanti par l'art. 5, par. 1 de la Convention" (EHRM, Toth t. Oostenrijk, 12 december 1991, Série A, vol. 224, par. 77). Cf. MARCUS-HELMONS, "La durée de la détention provisoire et la nécessité d'une procédure contradictoire lors des demandes d'élargissement", R.T.D.H., 1993, 544.

²⁰ EHRM, Clooth t. België, 12 december 1991, Série A, vol. 225; SCOUFLAIRE, I., "Le délai raisonnable de la détention provisoire", R.T.D.H., 1992, 517.

²¹ Vgl. met de Herczegfalvyzaak besproken in Vigiles, 1996, 4, 31.

²² Wet van 21 december 1994 tot partiële wijziging van het Wetboek van Strafvordering (herziening bepalingen inzake gevallen waarin en gronden waarop voorlopige hechtenis kan worden toegepast., Stb., 1995, nr. 31. Inwerkingtreding op een bij KB bepaald tijdstip, m.n. 1 april 1994 (Inwerkingtredingsbesluit van 7 maart 1995, Stb., 1995, nr. 131). Zie ook 'Gronden voor voorlopige hechtenis uitgebreid', N.J.B., 31 maart 1995, 504 en N.J.B., 1995, nr. 5, 224.

²³ De wet behelst ook de mogelijkheid voor het OM om de feiten waarvoor de voorlopige hechtenis is bevolen, aan te vullen of te wijzigen. Daarmee wordt voorkomen dat verschillende voorlopige hechtenissen naast elkaar bestaan. Het biedt tevens de mogelijkheid dat de rechter meer feiten gelijktijdig of gevoegd kan behandelen.

voor een rechter of voor een andere autoriteit die door de wet bevoegd verklaard is om de rechterlijke macht uit te oefenen (art. 5, par. 3)²⁴. Dit 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 maken²⁵. Het begrip 'onmiddellijk' dient zo letterlijk mogelijk begrepen te worden, en zou te Straatsburg weinig ruimte voor speling laten²⁶. Vier dagen schijnt zowat het maximum te zijn²⁷, wat erop wijst dat het met de onmiddellijkheidseis best wel meevalt voor de politie.

Zelfs binnen die ruime marge, blijkt de Nederlandse militaire politie een erg slechte leerling. Na drie veroordelingen in 1984 voor hechtenissen zonder rechterlijke tussenkomst van zes tot veertien dagen²⁸, volgde in 1991 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 artikel 5, derde par. EVRM²⁹. Nederland diepte een argument op, dat het reeds in de drie zaken uit 1984 vruchteloos had uitgeprobeerd. Het zou praktisch niet haalbaar geweest zijn om de weerbarstige milicien, temidden van militaire oefeningen gehouden tijdens een weekend, onmiddellijk voor een rechter te brengen. Dit bedenkelijk argument (à la guerre comme à la guerre), werd door het Hof, net als in 1984, niet ernstig bevonden.

Interessant wordt de onmiddellijkheidseis pas echt in confrontatie met landen die in het kader van de strijd tegen terrorisme of georganiseerde criminaliteit, bewust voorzien in lange politiedetenties. De Britse Prevention of Terrorism Act van 1984, strekte ertoe een politievrijheidsbeneming mogelijk te maken voor een periode van zeven dagen. Overduidelijk is dergelijke bevoegdheid in strijd met de onmiddellijkheidseis. Vier Britse leraren (*Terence Brogan, Dermot Coyle, William McFadden en Michael Tracey*) vertoevend in Noord-Ierland, worden vermoed betrokken te zijn bij daden van terrorisme en worden in 1984 opgepakt. Vier tot zes dagen later laat men ze elk afzonderlijk vrij zonder hen voor een rechter te brengen³⁰. In 1989 wordt het Verenigd Koninkrijk voor deze vrijheidsbeneming van *Brogan* en de drie andere leraren veroordeeld te Straatsburg. Perioden van vier tot zes dagen overschrijden, aldus het Hof, de strikte termijnen die kunnen begrepen worden 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. In 1989 worden *Peter Brannigan* en *Patrick McBride* opgepakt en ongeveer 5 dagen lang vastgehouden. Tijdens die vijf dagen wordt *Brannigan* 43 keer ondervraagd en *McBride* 22 keer. Wanneer hun zaak in 1993 voor het Hof komt, volgt evenwel geen veroordeling³¹. Hoewel de feiten in meer dan een opzicht verwant zijn aan deze uit de *Brogan*-zaak, besluit het Hof niet tot een schending van artikel 5, derde paragraaf EVRM. Hoe kan de koerswijziging in de rechtspraak van het Hof m.b.t. de onmiddellijkheidseis uit artikel 5 EVRM verklaard worden?

Het EVRM laat in artikel 15 staten toe via een bijzondere procedure in 'tijden van oorlog of in geval van enige andere noodtoestand' van zowat alle bepalingen van het verdrag af te wijken en de erin vervatte grondrechten te beperken of zelfs af te schaffen. Deze bepaling ademt de gedachte uit dat bijzondere omstandigheden zoals oorlog, terrorisme en maffia de rechtstaat zwaar op de proef stellen en de inzet van bijzondere middelen kunnen rechtvaardigen. Omdat staten in tijden van nood wel eens naar illegale middelen grijpen³², trekt artikel 15 EVRM grenzen voor wat kan tijdens noodtoestanden. Elke staat die de noodtoestand inroept om bepaalde grondrechten uit te schakelen

²⁴ Over de nauwe relatie tussen par. 3 en par. 1 van artikel 5 EVRM en de toepassing van par. 3 op andere vormen van hechtenis dan deze voorzien in par. 1: MURDOCH, J., *I.C.*, 507-508.

²⁵ MURDOCH, J., *I.C.*, 518. Zie ook de vierde paragraaf van artikel 5 EVRM.

²⁶ EHRM, *Brannigan en McBride t. Verenigd Koninkrijk*, 26 mei 1993, *Série A*, vol. 258-B.

²⁷ MURDOCH, J., *I.C.*, 509, met verw. naar rechtspraak.

²⁸ EHRM, *De Jong, Baljet en Van Den Brink*; EHRM, *Van Der Sluijs, Zuiderveld en Klapp*; EHRM, *Duinhof en Duif*, allen t. Nederland 22 mei 1984, *Série A*, (resp.) vol. 77, par. 52-53; vol. 78, par. 49; vol. 79, par. 41.

²⁹ EHRM, *Koster t. Nederland*, 28 november 1991, *Série A*, vol. 221.

³⁰ EHRM, *Brogan e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, 29 november 1988 en 30 mei 1989, *Série A*, vol. 145-B en 152-B; *TANCA, A., 'Human Rights, Terrorism and Police Custody'*, *EJIL*, 1991, nr. 2, 269-277.

³¹ EHRM, *Brannigan en McBride t. Verenigd Koninkrijk*, 26 mei 1993, *Série A*, vol. 258-B, LOOF, J-P., "Brogan en de staatsnood van artikel 15 EVRM, of hoe het Europees Hof Noord-Ierland een noodtoestand bezorgde", *NJCM*, 1993, nr. 7, 793-810; LEDURE, Ch., "Garanties minimales contre la détention arbitraire et pour le droit à un procès équitable en période d'exception", *RBDI*, 1994, nr. 2, 632-690.

³² Cf. volgende zaken besproken in een vroeger *Vigiles*-nummer *Castells t. Spanje*: (bestrafning omwille van berichtgeving over politiemoordenaars op Baskische dissidenten): *Vigiles*, 1996, 4, 35 en *Tomasi t. Frankrijk* (politiegeweld omwille van vermoede betrokkenheid bij het Corsicaans bevrijdingsfront): *Vigiles*, 1996, 4, 34. In deze laatste zaak onderstreept het Hof dat de noodwendigheden van het onderzoek noch de onmiskenbare moeilijkheden in de strijd tegen terroristische criminaliteit, afbreuk doen aan het recht van de persoon op fysieke integriteit vervat in art. 3 EVRM (par. 115 van het arrest).

of vergaand te beperken, moet dit melden aan de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa en de beweegreden hiertoe toelichten (cf. art. 15 EVRM in fine). De bepaling 'trancheert' als het ware tussen legale en illegale middelen: niet alle grondrechten kunnen beperkt worden³³ en de genomen maatregelen mogen niet verder gaan dan de toestand vereist en moeten in de tijd beperkt zijn opdat de bepalingen van het verdrag opnieuw volledig toegepast zouden kunnen worden.

Na de veroordeling in de Broganzaak, heeft het Verenigd Koninkrijk een dergelijke verklaring van noodtoestand -opnieuw³⁴- afgelegd, opdat de politievrijheidsbeneming van zeven dagen voorzien in de Britse Prevention of Terrorisme Act, toch doorgang zou kunnen vinden, ondanks de onmiddellijkheidseis uit artikel 5, par. 3 EVRM³⁵. Het is deze verklaring die de koerswijziging van het Hof in de Brannigan en McBride-zaak verklaart. Nadat het Hof de schending van artikel 5, derde paragraaf EVRM vaststelt en also aangeeft dat Brannigan en McBride niet onmiddellijk voor een rechter zijn gebracht, onderzoekt het of de ingeroepen noodtoestand (en de afgelegde verklaring) de verdragsschending rechtvaardigt. Dit blijkt het geval: het Verenigd Koninkrijk heeft niet lichtzinnig de uitzonderingstoestand ingeroepen en heeft de politiehechtenis zoveel als mogelijk omgeven met waarborgen (mogelijkheid tot ministeriële controle (habeas corpus) en tot bijstand van een advocaat en arts).

Meer dan één commentator heeft zich verbaasd over de kritiekloze wijze waarop het Hof de argumenten van de Britten voor een lange politiedetentie zonder rechter aanvaardde. De Britten hadden uitgelegd dat maatregelen zoals de verlengde administratieve aanhouding en intensieve politie-onderveraging nodig zijn, 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 gemaakt worden, 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 dient vermeden te worden³⁶.

PERSSENSUUR IN DE STRIJD TEGEN TERRORISME

Dat staten in de strijd tegen terrorisme zenuwachtig worden van de rol en de plaats van de pers als berichtgever en waakhond, mocht al blijken uit Castells t. Spanje, de zaak van de volksvertegenwoordiger die strafrechtelijk vervolgd werd omdat hij in de pers het bericht bracht over door de Spaanse politie beschermde moordcommandos³⁷. In Brind t. Verenigd Koninkrijk uit 1994 lag een bevel ter discussie, van de Britse Secretary of State for the Home Department aan de BBC (British Broadcasting Corporation) en de IBA (Independent Broadcasting Authority). Beide kregen het verbod nog langer het woord te geven aan leden van terroristische verenigingen en aan de leden van Sinn Fein (de politieke vleugel van de IRA). Het uitzendverbod gold niet voor berichtgeving over de activiteiten van de Sinn Fein-parlementsleden. De Commissie weigerde in dit bevel een schending te zien van artikel 10 EVRM dat een recht op vrijheid van meningsuiting bevat. Gezien de grote vrijheid die staten hebben in de keuze van de middelen in de strijd tegen terrorisme en gezien het proportionele, beperkte en uitgebalanceerde karakter van het bevel werd de eis, geformuleerd door Brind en andere journalisten, tot veroordeling van het Brits bevel afgewezen³⁸.

POLITIELE TECHNIEKEN IN DE STRIJD TEGEN TERRORISME

De strijd tegen het terrorisme zoals deze geconcipeerd wordt in bepaalde middens, vergt een breuk met traditionele principes van de waarheidsvinding en met een reeks procesrechten vervat in het EVRM. Reeds zagen we een eerste techniek, waarbij een procesrecht wordt opgeofferd: het

³³ Cf. art. 15, eerste paragraaf EVRM. Sommige rechten laten evenwel geen enkele inbreuk toe, aldus art. 15, tweede paragraaf EVRM. Het gaat om het absoluut recht op leven, lichamelijke integriteit, het verbod op foltering, vernederende en onmenselijke behandeling, niet gehouden te worden tot slavernij of dwangarbeid en het legaliteitsbeginsel in strafrecht, alsmede het *non bis in idem* recht (cf. art. 15 par. 2 EVRM).

³⁴ Het Verenigd Koninkrijk had in het verleden reeds herhaaldelijk van artikel 15 gebruik gemaakt om bepaalde verdragswaarborgen opzij te schuiven in de strijd tegen het Noord-Ierse terrorisme. Toen het in 1984 de noodtoestand ophief, volgde al gauw de veroordeling te Straatsburg in de Broganzaak.

³⁵ De verklaring werd afgelegd op 23 december 1988.

³⁶ Een ander Brits argument dat indruk maakte op het Hof, heeft betrekking op de kwetsbare positie van de magistratuur. Dier tussenkomst zou haar onafhankelijk blazen bij de bevolking aantasten en ook is er het gevaar voor fysieke intimidatie, wat voor de politie minder opgaat.

³⁷ *Vigiles*, 1996, 4, 35.

³⁸ ECRM, Brind e.a. t. Verenigd Koninkrijk, mei 1994, klacht nr. 18714/91, *EHRM*, (Commission Supplement), vol 18, 76-93.

opschuiven van de tussenkomst van de rechter bij een vrijheidsberoving en zelfs vermijden ervan³⁹. Een tweede techniek komt aan bod in de Brannigan en McBride-zaak, waarin het recht erkend wordt om in de strijd tegen het terrorisme politiebronnen af te schermen, niet alleen naar de verdachte en de verdediging, maar ook naar de magistratuur toe: "on ne peut qu'admettre, avec la Cour et dans la ligne de sa jurisprudence *Klass*, que l'utilisation d'informations confidentielles est primordiale pour lutter contre le terrorisme et que la poursuite des infractions terroristes a des exigences spéciales"⁴⁰.

Een derde breuk met de traditie vormt het werken met veronderstellingen, vage vermoedens, niet-geverifieerde vermoedens of tips. Hierbij werkt de politie met 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. Deze 'techniek' hangt nauw samen met de twee vorige voorbeelden.

Probleem bij dergelijke technieken is andermaal artikel 5 EVRM. Deze bepaling eist, ten eerste, dat voor de 'gerechtelijke' vrijheidsbeneming een redelijke vermoeden voorligt 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, par. 1 sub c)⁴¹. Artikel 5 EVRM laat geen willekeurige vrijheidsbeneming toe⁴² 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 verdenken⁴³. 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.

We zullen evenwel zien dat de twee besproken waarborgen vervat in artikel 5 EVRM aan belang hebben ingeboet. Zowel de Commissie als het Hof hebben zich in het verleden immers soepel opgesteld t.a.v. politiekorpsen die op basis van subjectieve vakinstincten tot interceptie van burgers overgaan. Omwille van het belang 'internationale bewegingen van terroristen te controleren' billijkte de 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 nam⁴⁴. Op betwistbare basis werd een beroep op art. 5, par. 1 sub c EVRM vermeden, zodat de hechtenis niet aan de redelijkheid diende getoetst te worden⁴⁵.

In de Broganzaak uit 1988 toont ook het Hof zich erg soepel. Hoewel het Verenigd Koninkrijk in de periode voor 1988 geen verklaring van noodtoestand overeenkomstig artikel 15 EVRM aflegde, gaat het Hof bij de beoordeling van de zaak toch rekening houden met de ernst van het Ierse terrorisme. Aan de vier leren werd verweten betrokken te zijn bij daden van terrorisme, wat leidde tot hun vrijheidsberoving. Dat 'betrokkenheid bij daden van terrorisme' een erg vage tenlastelegging is, blijkt het Hof niet te deren, hoewel het zelf erkent dat het geen precieze deliktomschrijving vormt. Op de tegenkanting van Brogan en zijn makkers, dat hun aanhouding niet plaatsvond met het oog op de voorleiding voor een rechter, wat in strijd is met in strijd met art. 5, par. 1, sub c EVRM, antwoordt het Hof dat genoemde bepaling geen resultaatsplicht 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

³⁹ Op één vraagpunt m.b.t. de Broganzaak wordt nog teruggekomen, met name op de vraag of art. 5 par. 1 sub c EVRM de plicht inhoudt om de gerechtelijk aangehouden persoon voor de rechter te brengen.

⁴⁰ MASSIAS, F., "Droits de l'homme", *Rev.sc.crim.*, 1995, april-juni, 386.

⁴¹ Jan DE MEYER schijnt aan te nemen dat de gebezigde begrippen 'redelijke termen' en 'redelijke gronden' in subparagraaf c. dezelfde inhoud hebben (DE MEYER, J., 'Article 5 par. 1', in PETTITI, L.-E., DECAUX, E. en IMBERT, P.-H., *La convention européenne des droits de l'homme*, Parijs, Economica, 1995, 194-195

⁴² EHRM, Wassink t. Nederland, 27 september 1990, *Série A*, vol. 185-A.

⁴³ EHRM, Fox, Campbell en Hartley t. Verenigd Koninkrijk, 30 augustus 1990 en 27 maart 1991, *Série A*, vol. 182.

⁴⁴ ECRM, McVeigh, O'Neill en Evans t. Verenigd Koninkrijk, klacht nr. 8022/, 8025/ en 8027/77, *D.R.*, 15, par. 192.

⁴⁵ MURDOCH, J., *l.c.*, 496 en 502. Het Verenigd Koninkrijk deed beroep op één van de vijf andere subparagrafen van artikel 5 EVRM m.b.t. de verschillende gronden voor de vrijheidsbeneming. Meer bepaald werd beroep gedaan op art. 5, par. 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, par. 1 sub c EVRM geen twijfel bestaat, wat de Commissie overigens niet schijnt te bestrijden.

niet voor de rechter te brengen. Art. 5, par. 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"⁴⁶. In casu wees niets erop dat de vrijheidsbeneming er niet toe strekte om het politieonderzoek te vervolledigen teneinde de concrete vermoedens die aan de vrijheidsbeneming ten gronde lagen, te vervolledigen of te ontcrachten. Brogan's vrijheidsbeneming was daarom initieel rechtmatig⁴⁷. De Broganzaak 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 onderzocht dienen te worden. Al bij al een ruime marge. Zoals gezien werden Brannigan en McBride in 1989 op enkele dagen tijd 20 tot 40 keer ondervraagd, wat aangeeft dat soms nog heel wat verder onderzoek nodig is.

We zagen dat een aanhouding van verdachte personen (slechts) mogelijk is wanneer een 'redelijk vermoeden van een gepleegd strafbaar feit' voorligt (art. 5, eerste paragraaf, sub c EVRM). De vraag of dergelijke vermoedens voorlagen, is aan de orde in de principezaak Fox, Campbell en Hartley t. Verenigd Koninkrijk⁴⁸. Klagers worden in 1968 uit hun auto geplukt, aangehouden en in verzekering gesteld op verdenking van terrorisme. Fox en Campbell waren beiden eerder reeds veroordeeld wegens terroristische daden. Alle drie worden ondervraagd over specifieke terroristische daden. Twee dagen later komen ze vrij zonder voor een rechter gebracht geweest te zijn. De Northern Ireland Emergency Provisions Act uit 1978 laat de politie toe iemand aan te houden wanneer een 'oprechte' of 'eerlijke' verdenking van betrokkenheid bij terrorisme (art. 11 van de wet). Onvoldoende zegt het Hof te Straatsburg, over deze wet. Dergelijke vermoedens zijn zeker niet gelijk te stellen met een 'redelijke verdenking' in de zin van artikel 5 EVRM. Alleen redelijke verdenkingen of vermoedens zijn verdragsconform. Artikel 5, eerste paragraaf sub c. wordt geschonden wanneer er voor een objectieve waarnemer onvoldoende redelijke aanwijzingen zijn, om een persoon van een misdrijf te verdenken. Het is nu de vraag of deze t.a.v. Fox, Campbell en Hartley voorlagen⁴⁹. Het Hof kijkt m.a.w. niet naar de wettelijke basis, maar naar de concrete toepassing ervan om uit te maken of het verdragsrecht gerespecteerd wordt.

Bij de toetsing ten gronde, blijkt opnieuw, de soepele opstelling van het Hof. De redelijkheid van een vermoeden hangt, aldus het Hof, af van het geheel van de omstandigheden. Bij vermoedens over betrokkenheid bij terrorisme, kan bovendien van de politie niet steeds verlangd worden dat ze informatie of zelfs feiten verstrekt die vatbaar zijn voor onthulling van vertrouwelijke bronnen. Wel eist het Hof de voorlegging van ten minste enige feiten of informatie opdat een toets van de gebeurtenissen aan de redelijkheid van art. 5 EVRM überhaupt mogelijk is⁵⁰. Deze minimale motivering van de vrijheidsberoving van Fox en zijn companen, blijkt evenwel teveel gevraagd van de Britten. Aangezien de door de Britse regering aangedragen feiten onvoldoende zijn om te besluiten tot het bestaan van redelijke verdenking t.a.v. Fox, Campbell en Hartley, verplicht het Hof een schending van artikel 5 eerste paragraaf, sub c. EVRM vast te stellen. Het strafrechtelijk verleden van Fox en Campbell is geen voldoende reden om de 'oprechte' verdenking van de politie het karakter van 'redelijke' verdenking te geven.

Ondanks de concrete afwikkeling van de zaak, moet op het vlak van de principen vastgesteld worden dat de cirkel rond is gemaakt: concrete vermoedens mogen door politieondervragingen hard worden gemaakt en wanneer deze niets opleveren is vrijlating mogelijk zonder procedure voor de rechter. De geest is uit de fles van artikel 5, en haar subparagraaf c. gehaald.

EEN VERBOD OP LOUTER PROACTIEVE VRIJHEIDSBEROVING?

Zoeken we spijkers op laag water? Immers, kwam het zowel in de Broganzaak als in de Foxzaak niet tot een veroordeling van de Britse terrorismebevoegdheden. Gedeeltelijk zijn die veroordelingen te wijten aan feitelijkheden. Eerdere uitspraken van het Hof en de Commissie wijzen in de richting van een meegaande houding van Straatsburg t.a.v. terrorismebevoegdheden⁵¹ en geven aanzetten tot

⁴⁶ EHRM, Brogan e.a. t. Verenigd Koninkrijk, I.c., par. 53.

⁴⁷ Wel stelde het Hof een schending vast van de onmiddellijkheidseis vervat in art. 5, par. 1 sub c EVRM (supra)

⁴⁸ EHRM, Fox, Campbell en Hartley t. Verenigd Koninkrijk, 30 augustus 1990 en 27 maart 1991, Série A, vol. 182 en 202.

⁴⁹ Het Hof acht het niet tot haar taken de betwiste wetgeving, die in strijd is met art. 5 EVRM, in het algemeen te toetsen, maar kijkt naar het gebruik ervan in het voorliggend geval (par. 29 tot 32 van het arrest).

⁵⁰ In casu, is dit des te meer noodzakelijk daar het Britse recht geen 'redelijke' verdenking verlangt voor de hechtenis, maar 'eerlijke' of 'oprechte' vermoedens reeds volstaan.

⁵¹ Cf. EHRM, Lawless t. Ierland, 14 november 1960, 7 april 1961 en 1 juli 1961, Série A, vol. 1, 2 en 3; ECRM, McVeigh, O'Neill en Evans t. Verenigd Koninkrijk (supra); MURDOCH, J., I.c., 496.

een effectieve uitbouw ervan. In de zaken McVeigh, O'Neill en Evans werd alzo het belang onderstreept voor staten om "internationale bewegingen van terroristen te controleren" (supra). In de Fox, Campbell en Hartleyzaak luidt het dat het verdrag geen disproportionele obstakels mag creëren in hoofde van staten die het hoofd aan terrorisme moeten bieden⁵². Fundamenteel in alle relevante uitspraken lijkt ons de overweging van terrorisme bij de beoordeling van EVRM-schendingen in zaken waar geen gebruik is gemaakt van artikel 15 EVRM (Klass; Brogan), het niet in alle gevallen verplicht maken van de rechterlijke controle (Brogan), het recht voor de politie om informatie af te schermen van de verdachte, de verdediging en de magistratuur (Brannigan en McBride; Fox, Campbell en Hartley).

Sommige auteurs stellen dat er op zes jaar tijd (via Brogan, over Fox naar Brannigan en Murray) een evolutie is geweest naar een soepelere houding van het hof t.a.v. de antiterrorismestrijd⁵³. Het voorgaande leert veeleer dat het Hof en de Commissie zich steeds zoveel als mogelijk soepel hebben opgesteld en als het ware de bakens hebben uitgezet waarbinnen de lidstaten verdragsconform autonome politiebevoegdheden kunnen creëren in de strijd tegen het terrorisme.

Alleszins, is er sprake van een zekere gewenning aan de aanscherping van het repressief arsenaal, en dit ook bij de rechters, wat mag blijken uit de reeds vroeger besproken Murrayzaak uit 1994⁵⁴. In 1982 werd mevr. Murray, eveneens op basis van de Northern Ireland Emergency Provisions Act (supra), 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 -het nemen van aantekeningen bij het betreden van Murrays woning, het nemen van haar foto en het invullen van een *screening proforma*-, wijst erop dat geen concreet feit, doch eerder de kennishonger van de politie de reden van de aanhouding vormden. De toetsing van de rechtmatigheid van deze vrijheidsbeneming aan artikel 5 EVRM door het Hof is ronduit formeel. Het Hof neemt kritiekloos vrede met de vaststellingen van de Engelse rechter, die concrete verdenkingen aanwezig achtte⁵⁵. 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*, al deze zaken 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 vergaande 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 gegevens⁵⁶. Dat deze houding niet op toeval berust mocht ook al blijken uit de reeds besproken Lüdi-zaak uit 1992, waarin het Hof op betwistbare gronden de Zwitserse inzet van undercoveragenten legitimeert met het nauwelijks verhuld opzet de toepassing van bijzondere opsporingstechnieken, door de politie niet in de weg te staan⁵⁷. Wat al impliciet bleek in de Broganzaak, wordt o.i. in de Murrayzaak bewaarheid: het verbod vervat in artikel 5, eerste paragraaf sub c. EVRM op een loutere politieke proactieve vrijheidsbeneming, los van elke strafprocedure, wordt op de helling gezet omwille van het publiek belang bij de strijd tegen terrorisme⁵⁸.

TECHNIEKEN IN DE STRIJD TEGEN GEORGANISEERDE CRIMINALITEIT (BESLAG, VERBEURDVERKLARING, HUISARREST, LIJFSDWANG)

De artikel 5 EVRM-rechtspraak over het Brits terrorisme breekt met de artikel 5 EVRM-rechtspraak over de Italiaanse georganiseerde criminaliteit (maffia). In de zaken Guzzardi (1980) en Ciulla (1989) benadrukte het Hof dat artikel 5 EVRM van strikte interpretatie is en alleen toelaat op te treden bij

⁵² EHRM, Fox, Campbell en Hartley t. Verenigd Koninkrijk, *I.C.*, par. 34.

⁵³ DECAUX, E. en TAVERNIER, P., 'Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 1994)', *JDI*, 1995, nr. 3, 786.

⁵⁴ Cf. *Vigiles*, 1996, 4, 27-28.

⁵⁵ Een aantal rechters van het Hof namen in een dissenting opinion afstand van de meerderheidsstandpunt van het Hof. O.i. terecht merkten ze op dat het Hof hier teveel ruimte liet aan de nationale rechters. Deze laatste hadden de vrijheidsbeneming immers getoetst aan de voorwaarde van 'oprechte' verdenking (Emergency Act) en niet aan die van 'redelijke' verdenking' (art. 5 EVRM). De breuk met de rechtspraak in de zaak Fox, Campbell en Hartley, vier jaren eerder, is onweerlegbaar.

⁵⁶ MASSIAS, F., *I.C.*, 386.

⁵⁷ Zie *Vigiles*, 1996, 4, 28-29. Vgl. "Les juges européens sont vraisemblablement conscients que l'ampleur prise par ces techniques redrait une telle condamnation difficilement acceptable par les pays du Conseil de l'Europe" (DE VALKENNEER, C., "L'infiltration et la Convention européenne des droits de l'homme", noot bij EHRM, 15 juni 1992, arrest Lüdi t. Zwitserland, *Rev. trim. dr. h.*, 1993, 332).

⁵⁸ Vgl. VELU, J. en ERGEC, R., "La convention européenne des droits de l'homme", *RPDB*, 1990, oktober, 244-245.

concrete en specifieke misdrijven, en niet bij wijze van algemene, preventieve maatregel tegen personen of groepen van personen die een gevaar betekenen ten gevolge van een voortdurende neiging tot misdadig gedrag⁵⁹. In de Ciullazaak werd een huisarrest van Ciulla die ervan verdacht werd betrokken te zijn bij maffia-activiteiten, strijdig bevonden met artikel 5, eerste paragraaf sub c. EVRM omdat dit steunde op een louter vermoeden.

Uitzonderlijke (politie)maatregelen hebben evenwel de neiging veralgemeend te worden. Daarvoor zorgt gewenning bij de publieke opinie en ook het publiek belang dat zich slecht verdraagt met zelf opgelegde beperkingen. De toename van georganiseerde criminaliteit brengt de staten tot nieuwe preventieve maatregelen die de klassieke penale repressie aanvullen⁶⁰. Een veralgemening van de politietechnieken tegen terrorisme is niet irreëel. België zou de stap reeds gezet hebben met de veralgemeende administratieve vrijheidsberoving⁶¹. In Nederland heeft men de wetgeving op de vrijheidsbeneming aangevuld met maar liefst drie nieuwe dwangmiddelen opgenomen in het wetboek van strafvordering⁶². Deze viser de gevallen waarin een anonieme persoon verdacht wordt van een misdrijf, waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegelaten. Volgens artikel 61b Sv. kan die anonieme persoon zes uren ter identificatie worden opgehouden (te vermeerderen eventueel met de tijd tussen 24.00 en 9.00 uur). In art. 61a Sv. is bepaald dat de anonieme verdachte aan identificatiemaatregelen kan worden onderworpen. Luidens art. 61c Sv. kan hij bovendien ter identificatie aan zijn kleding worden onderzocht.

Het heeft er alles van weg dat Straatsburg deze veralgemening van terrorismetechnieken tot het gehele politiewerkveld, niet zal tegengewerken. Op het vlak van de waardeoordelen en stellingnamen is er geen verschil tussen de houding van het Hof en de Commissie in de Britse terrorismezaken en de Italiaanse maffiazaken. Zo luidt het in de Ciulla-uitspraak dat de strijd van Italië tegen de georganiseerde criminaliteit niet onderschat mag worden⁶³. Dergelijke stellingnamen zijn nooit onschuldig, maar beïnvloeden de juridische interpretatie en toepassing van de mensenrechten. Vijf jaar na de Ciullazaak volgt de Raimondozaak⁶⁴. Deze wordt totaal verschillend beoordeeld. Raimondo wordt in 1985 vervolgd wegens vermoede betrokkenheid bij maffia-activiteiten. Gedurende acht maanden verblijft hij in voorlopige hechtenis, gevolgd door zes maanden huisarrest, mogelijk gemaakt door de betaling van een borgsom en de plicht zich op bepaalde dagen bij de politie te melden. Tijdens die periode wordt beslag gelegd op tien gronden, zes gebouwen en een aantal voertuigen. Nog datzelfde jaar 1985 worden de onroerende goederen en de voertuigen verbeurdverklaard. In januari 1986 wordt Raimondo evenwel vrijgesproken wegens gebrek aan bewijs. De vrijspraak wordt in beroep bevestigd (4 juli 1986), waarbij het huisarrest nietig verklaard wordt en de teruggave bevolen wordt van de borgsom en de inbeslaggenomen en verbeurdverklarde goederen. Het beroepshof hekelt daarbij de onrustbarende nonchalante wijze waarop Raimondo economisch volledig kaalgeplukt werd door het optreden van het gerecht. Ondanks deze bemoedigende woorden houdt Raimondos lijdensweg niet op. De teruggave en de inschrijving van de nietigheid van de eigendomsbeperkende maatregelen in het openbaar register slepen nog tot 1991 aan.

De zaak Raimondo is vooral belangrijk omdat het Hof financiële technieken in de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit aan het verdrag toetst, meer bepaald aan het recht op ongestoord genot van eigendommen (art. 1 Protocol 1 bij EVRM). In casu, laat de Italiaanse wetgeving preventief (voorafgaand aan de eigenlijke veroordeling) beslag en verbeurdverklaring toe, op (eenvoudige) vordering van het parket bij de rechtbank. De beoordeling van het Hof is bemoedigend voor de voorstanders van financiële rechettechnieken. M.b.t. de inbeslagneming overweegt het Hof dat dit een voorlopige maatregel is die de latere verbeurdverklaring van illegale opbrengsten moet veilig stellen. Met het oog op de zeer gevaarlijke economische macht van de maffia kan de maatregel niet als prematuur worden beschouwd. In dezelfde zin, overweegt het Hof dat de verbeurdverklaring een effectief en noodzakelijk middel vormt tegen verdachte kapitaalbewegingen, gezien de enorme kapitalen die de maffia in de sector van de onroerende goederen investeert.

Interessant is de randopmerking van het Hof over schade die door vandalisme als gevolg van onvoldoende politietoezicht aan Raimondos inbeslaggenomen en verbeurdverklarde goederen werd

⁵⁹ EHRM, Guzzardi t. Italië, 6 november 1980, Série A, vol. 39, par. 102; EHRM, Ciulla t. Italië, 22 februari 1989, Série A, vol. 148, par. 37-42.

⁶⁰ PÉTTITI, L.-E., "Droits de l'homme", Rev.sc.crim., 1994, juli-sept., 615.

⁶¹ Deze werd zonder veel tegenkating ingevoerd in de politiewetten. Over de verenigbaarheid met het verdrag: VELU, J. en ERGEC, R., "La convention européenne des droits de l'homme", L.C., 251.

⁶² CORSTENS, G.J.M., "Nieuwe wetgeving strafprocesrecht", Trema, 1994, nr. 4, 156 ev.

⁶³ Hierover: MURDOCH, J., L.C., 496, voetnoot 16.

⁶⁴ EHRM, Raimondo t. Italië, 22 februari 1994, Série A, vol. 281-A.

aangericht. Elk beslag of confiscatie, aldus het Hof, brengt onvermijdelijk schade met zich mee. Niets wijst erop dat er meer dan onvermijdelijke schade is aangericht⁶⁵. Het huisarrest wordt in deze zaak niet getoetst aan artikel 5 EVRM, maar wel aan het recht te komen en te gaan vervat in artikel 2 van het vierde protocol bij het EVRM. Geoordeeld werd dat het politietoezicht en het huisarrest, initieel rechtmatig was, want noodzakelijk, gelet op de dreiging die uitgaat van de maffia op de democratische samenleving.

VERBEURDVERKLARING EN LIJFSDWANG EN ART. 7 EVRM

De verruimde verbeurdverklaring van de opbrengsten van misdadige activiteiten is een tamelijk recent wapen in de strijd tegen de misdaad. In navolging van internationale verdragen die de lidstaten oproepen deze maatregel mogelijk te maken, hebben verscheidene staten in een recent verleden hun intern recht aangepast⁶⁶. In België werd de bijzondere verbeurdverklaring van vermogens van misdadige oorsprong ingevoerd door de wet van 17 juli 1990⁶⁷. In de Raimondozaak heeft het Hof principieel de poort opengezet voor de verbeurdverklaring. Een bijzonder probleem stelt zich bij de toepassing van dergelijke maatregelen in de tijd⁶⁸. In de zaak Welsch t. Verenigd Koninkrijk voorgelegd aan de Commissie, komt één element van deze problematiek aan bod. Artikel 7 EVRM verbiedt staten zwaardere straffen op te leggen dan die welke ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing waren. Peter Welsch werd op 3 november 1986 gearresteerd en twee jaar later veroordeeld wegens drugshandel. Zijn bezittingen, waaronder een villa in Portugal, waarvan hij de herkomst niet kon rechtvaardigen, werden verbeurdverklaard. Deze verbeurdverklaring geschiedde op basis van de Britse Drug trafficking act 1986. Welsch beklagde zich bij de Commissie over een schending van het verbod op in de tijd teruggaande strafwetten (art. 7 EVRM)⁶⁹. Immers, de feiten waren gepleegd voor het in werking treden van de wet. Met een krappe meerderheid beslist de Commissie dat er geen sprake was van een bijkomende straf en dat de verbeurdverklaring niet in strijd met artikel 7 EVRM werd opgelegd⁷⁰. De krappe meerderheid wijst erop dat deze uitspraak niet vrij is van kritiek. In België wordt aangenomen dat de bijzondere verbeurdverklaring een bijkomende straf vormt⁷¹.

Een Franse techniek in de strijd tegen de zware of georganiseerde criminaliteit, vormt de zgn. lijfswang of gijzeling. In tegenstelling tot de vervangende gevangenisstraf, bevrijdt een lijfswang of gijzeling de veroordeelde niet van zijn plicht de boeten te betalen. Door zo'n gijzeling kan men

⁶⁵ Ondanks het voorgaande werd Italië toch veroordeeld. De lange periode voor de autoriteiten om Raimondo na de voor hem gunstige uitspraken terug in het volle genot van zijn rechten te herstellen, vormden daarentegen wel een schending van zijn recht op komen en gaan en op eigendom.

⁶⁶ Cf. Enkelvoudig verdrag van 30 maart 1962 inzake verdovende middelen, opgemaakt te New York, goedgekeurd bij wet van 20 augustus 1969 (B.S., 27 november 1969) en Protocol van 25 maart 1972 houdende wijziging van het enkelvoudig verdrag inzake verdovende middelen, opgemaakt te Genève, goedgekeurd bij wet van 8 december 1983 (B.S., 14 september 1984); Verdrag van de Verenigde Naties van 20 december 1988 tegen de sluikehandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen (Een franstalige versie is te vinden in *Gazette du Palais*, 24-26 maart 1991, 274-284); Overeenkomst van de Raad van Europa inzake *het witwassen, de opsporing, de inbeslagname en de confiscatie van opbrengsten van misdrijven*, ondertekend te Straatsburg op 8 november 1990, *International Legal Materials*, 1991, nr.1, 148-180; *E.T.S.*, nr.141. Over deze verdragen: TROLAND, M., MARRERO, J. en SAMUEL, L., "Introduction à la coopération en matière de confiscation", *Rev. Int. Pol. Crim.*, 1992, mei-juni, 6-14; DE HERT, P., "Internationale samenwerking inzake fiscale delicten en verbeurdverklaring voor en na Schengen" in ROZIE, M. (ed.), *Fiscaal straf-en strafprocesrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1996, 119-124 en 130-135.

⁶⁷ Wet 17 juli 1990, *B.S.*, 15 augustus 1990; VANDEPLAS, A., "De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen", in *Liber Amicorum M. Châtel*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 383-406.; ROZIE, M., "De bijzondere verbeurdverklaring van vermogensvoordelen toegepast op fiscale delicten" in *Fiscaal straf-en strafprocesrecht, o.c.*, 209-217; JAKHIAN, G., "L'infraction de blanchiment et la peine de confiscation en droit belge", *R.D.P.*, 1991, 765-788; MESSINNE, J., "La loi du 17 juillet 1990 modifiant les articles 42, 43 et 505 du Code pénal et insérant un article 43bis dans ce même code", *J.T.*, 1991, 489-493; BERKMOES, H., VANDAELE, R. en DE BIE, B., *Misdaad loont niet (meer?)*, *De bijzondere verbeurdverklaring van vermogensvoordelen en de bestrijding van het witwassen in België*, Brussel, Politeia, 1994, DE SWAEF, M., "De bijzondere verbeurdverklaring van de vermogensvoordelen uit misdrijven", *R.W.*, 1990-1991, 491-493.

⁶⁸ Hierover vooral DE NAUW, A., "De verschillende luiken van het wettelijk systeem tot bestrafing en tot voorkoming van het witwassen van gelden en de fiscale fraude", in *Fiscaal straf-en strafprocesrecht, o.c.*, 220-236.

⁶⁹ ECRM, Welsch t. Verenigd Koninkrijk, klacht nr. 17440/90, in Conseil de l'Europe, *Feuille d'information n° 34*, Staatsburg, 1995, 71; SCHERMERS, H., "Toekomstige uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens", *Ars Aequi*, 1994, katern 43, 734.

⁷⁰ De zaak werd voorgelegd aan het Hof, wordt m.a.w. vervolgd.

⁷¹ ROZIE, M., "De bijzondere verbeurdverklaring van vermogensvoordelen toegepast op fiscale delicten", *I.c.*, 210.

bijvoorbeeld drugsdealers die veroordeeld zijn tot zeer hoge boeten, dwingen deze te betalen (cf. art. 749 tot 762 C. Proc. Pénal Fr.). Jamil werd in 1987 veroordeeld tot een zware boete wegens drugshandel, gekoppeld aan een lijfswang van vier maanden (het toenmalig maximum). In hoger beroep werd de boete bevestigd. Tegelijkertijd profiteerde de rechter van een nieuwe wet uit 1987 m.b.t. de lijfswang, om deze in het geval van Jamil uit te breiden tot twee jaar. Jamil wendt zich tot de Commissie en roept een schending in van artikel 7 EVRM. De verlenging van de lijfswang was niet voorzien op het ogenblik van de feiten en vormt bijgevolg een verzwaring van zijn straf. De Commissie volgt hem daarin. De verlenging van de gijzeling vormt een nieuwe straf die retroactief werd opgelegd⁷².

DRIE FRANSE DOUANEZAKEN OVER DE HUISZOEKING

Op 25 februari 1993 velt het Europees Hof drie arresten in douanezaken gericht tegen Frankrijk. Het betreft de arresten Funke, Crémieux en Mialhe⁷³. In deze drie zaken was de publieke vordering uitgedoofd (door verval, door transactie, door sepot en door het overlijden van de betrokkene). Toch acht het Hof het nodig zich uit te spreken wat het belang van deze zaken aantoonde. Zeer uitzonderlijk gaat het Hof in de drie zaken in tegen de zienswijze van de Commissie die geen verdragsschending had vastgesteld⁷⁴. Eén van de terugkerende elementen in de drie zaken betreft de huiszoeking en het beslag, gebaseerd op artikel 64 van de Franse douanecode⁷⁵. 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 ...'). Artikel 64 voorziet niet in enig mandaat van de onderzoeksrechter. Wel wordt de aanwezigheid van een politieofficier geëist.

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 een 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 Filippijns), 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.

Funke, Crémieux en Mialhe roepen voor Straatsburg een schending in van hun recht op eerbiediging van het privéleven, de woning en de correspondentie (artikel 8 EVRM). We herinneren eraan dat deze bepaling drie toetsingscriteria aanreikt: Is er een wettelijke basis voor de betwiste overheidshandeling, beoogt deze een wettig doel en is ze noodzakelijk of proportioneel in een democratische samenleving? Het Hof maakt een bocht rond het eerste criterium. In het licht van haar toetsing aan het derde criterium, dient niet nagegaan te worden of artikel 64 van de douanecode als een kwalitatief voldoende wettelijke basis kan beschouwd worden. De toets van het tweede criterium is kort: de huiszoekingen beoogde de bestrijding van criminaliteit en het economisch welzijn van het land. Deze rechtmatige overheidsdoelstellingen zijn een afdoende grond voor inbreuken op artikel 8 EVRM. De toets aan het derde criterium zal evenwel in de drie gevallen leiden tot een veroordeling van Frankrijk. Funke, Crémieux en Mialhe krijgen dus hun gelijk. Funke bijvoorbeeld, had m.b.t. de huiszoeking en het beslag voorgehouden dat: "the interference could not be regarded as 'necessary in a democratic society'. Their scope was unlimited and they went well beyond what was required in the public interest, since they were not subject to judicial supervision; furthermore, they had not only taken place in the absence of any flagrant offence, circumstantial evidence or

⁷² ECRM, Jamil t. Frankrijk, 10 maart 1994, klacht nr. 15917/89 in Conseil de l'Europe, *Feuille d'information n° 34*, Staatsburg, 1995, 72; aangehaald door SCHERMERS, H., *l.c.*, 734.

⁷³ EHRM, Funke t. Frankrijk, 25 februari 1993, *Série A*, vol. 256-A; EHRM, Crémieux t. Frankrijk, 25 februari 1993, *Série A*, vol. 256-B; EHRM, Mialhe t. Frankrijk, 25 februari 1993, *Série A*, vol. 256-C. Over deze zaken leze men: PETTITI, L.E., "Chronique Internationale de Droits de l'homme", *Rev. Sc. Crim.*, 1993, 581; YERNAULT, D., "Les pouvoirs d'investigation de l'administration face à la délinquance économique: les locaux professionnels et l'article 8 de la Convention européenne", noot bij Mialhe t. Frankrijk, *R.T.D.H.*, 1994, 121.

⁷⁴ DE MELLO, K., 'Droit de la concurrence et droits de l'homme', *RTD eur.*, 1993, oct.-dec., 629.

⁷⁵ Dit artikel werd ondertussen gewijzigd en voorziet in zijn huidige vorm een gerechtelijke controle op douane-huiszoekingen. Het Europees Hof heeft deze nieuwe bepaling dan ook niet in zijn beoordeling betrokken.

presumption but had also been carried out in an improper manner"⁷⁶. De Franse regering, daarentegen, wendde de absolute noodzakelijkheid van de huiszoeking en het beslag voor. Het Hof 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 ontbraken in artikel 64 dat zoals gezegd te algemeen van formulering wa⁷⁷. In de drie gevallen werd een schending van artikel 8 EVRM vastgesteld. De douanehuiszoekingen worden geacht niet noodzakelijk te zijn in een democratische samenleving.

BEHOEFT HUISZOEKING IN ALLE GEVAL EEN MANDAAT VAN DE RECHTER?

De drie douanezaken doen sterk denken aan de Huvig- en Kruslinzaak m.b.t. de telefoontap. Zo is er het abstract karakter van de uitspraken die het belang van de concrete zaken overstijgen en als het ware eisen formuleren, waaraan wettelijke regelingen in het algemeen behoren te voldoen⁷⁸. In de tap-uitspraken wordt de gebrekkige Franse tapwetgeving veroordeeld zoals deze toegepast werd op Huvig en Krusling. Artikel 8 EVRM werd geschonden geacht omdat de tapwetgeving gebruikt tegen Huvig en Kruslin te algemeen was, en te weinig toegankelijk en voorzienbaar (toetsing aan het eerste criterium m.b.t. de legaliteit).

Het belang van deze legaliteitstoets is reeds in dit tijdschrift onderstreept⁷⁹. Alle artikel 8 EVRM-geschillen worden in regel eerst getoetst aan de legaliteitseis. Bij een negatief resultaat besluit het Hof onmiddellijk tot een schending van artikel 8 EVRM. Toetsing aan de twee overige criteria wordt in dit geval overbodig geacht. In de voorliggende douanezaken weigert het Hof evenwel in te gaan op de legaliteitseis, wellicht gezien de complexiteit van de discussie in Frankrijk, waar de rechtspraak van het Hof van Cassatie en deze van het Grondwettelijk Hof niet schijnen overeen te stemmen op dit punt. Door de legaliteitstoets niet uit te voeren, laat het Hof na duidelijk aan te geven welke kwalitatieve eisen bij een huiszoekingswetgeving moet gerespecteerd worden⁸⁰. Zo wordt geen uitsluitel gegeven over de vraag of een huiszoeking in elk geval de tussenkomst van de rechter vergt⁸¹. Dit lichten we toe in een volgende paragraaf.

Zonder twijfel volgt uit de douanezaken, dat de 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. Het Hof gaat evenwel niet zover door te stellen dat deze in alle geval vereist is. Een procedure zonder tussenkomst van de rechter is denkbaar, maar dan moet deze genoeg waarborgen bevatten en alle achterpoortjes sluiten, om misbruiken te vermijden. Frankrijk paste in 1986 en 1989 haar douanewetboek aan. Voortaan behoeven douanehuiszoekingen een voorafgaandelijke rechterlijke machtiging, tenzij in de gevallen van heterdaad. Dit beantwoordt aan de gewone regel zoals die bestaat in de meeste wetboeken van strafprocedure.

Ook in Nederland is in regel de machtiging van de onderzoeksrechter vereist. De officier van justitie kan in geval van spoed het bevel gegeven tot huiszoeking zonder rechterlijke machtiging. In een recente beleidsnota bepleit de huidige minister van Justitie -in navolging van voorstellen van de Commissie Moons- om ook bij de spoeddoorzoeking een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris op te leggen. Een versterking van de controle door de rechter-commissaris op de spoeddoorzoeking van een woning is volgens Minister Sorgdrager gewenst, vanwege het feit dat het

⁷⁶ EHRM, Funke t. Frankrijk, 25 februari 1993, *Série A*, vol. 256-A, par. 53.

⁷⁷ "the customs authorities had very wide powers: in particular, they had exclusive competence to assess the expediency, number length and scale of inspections. Above all, in the absence of any requirement of a judicial warrant the restrictions and conditions provided for in the law (...) appear too lax and full of loopholes for the interferences in the applicant's right to have been strictly proportionate to the legitimate aim pursued" (par. 57 (Funke), par. 38 (Mialhe) en par. 40 (Crémieux)).

⁷⁸ Cf. *Vigiles*, 1996, 4, 26-27; SWART, B., "The Case-Law of the European Court of Human Rights in 1993", *E.J.C.C.L.C.*, 1994, nr. 2, 194.

⁷⁹ DE HERT, P., 'Europese rechtspraak inzake dwangmiddelen, politietap, gevangenis, politiegeweld, terrorisme, voorlopige hechtenis, anonieme getuigen, etc', *Vigiles*, 1996, nr. 4, 26-30.

⁸⁰ SWART, A., 'Bewijs leveren tegen zichzelf. Huiszoeking', *Ars Aequi*, 1993, 679. Die zekerheid is er m.b.t. de tapwetgeving wel. Bij de legaliteitstoets van de Franse tapwetgeving in de zaken Kruslin en Huvig, gaf het Hof niet minder dan tien elementen die in elke tapwetgeving moeten terugkomen.

⁸¹ Dit was precies het discussiepunt bij de legaliteitstoets. De Franse Grondwet eist voor elke huiszoeking een rechterlijk bevel. Het Franse Hof van Cassatie aanvaardde evenwel artikel 64 van de douanecodex. 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.

binnentreden van een woning zowel in de Nederlandse Grondwet als in de internationale mensenrechtenverdragen een bijzondere bescherming geniet⁸².

In België bestaan geen plannen in deze richting. Integendeel verkiest onze rechtspraak een zo beperkt mogelijke uitleg te geven aan de huiszoeking door deze te koppelen aan het begrip private woning (infra). Mede hierdoor wordt aangenomen dat huiszoekingen en 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. Binnen dat kader en zonder braak of dwang, kan de politie de zoeking en inbeslagneming wettig verrichten⁸³. In dit perspectief vormt de tussenkomst van de rechter de uitzondering die alleen geldt voor de huiszoeking *stricto sensu*.

GRENZEN AAN DE HUISZOEKING EN HET BESLAG

Voor de politie zijn de douanezaken van groot belang. Elke zoeking, elk beslag moet noodzakelijk zijn. Zelfs een gedetailleerde wetgeving op de huiszoeking en het beslag is geen vrijgeleide. Ook dan moet omzichtig te werk gegaan worden bij het effectueren van de maatregel. Elke concrete huiszoeking en elke concreet beslag moet proportioneel zijn. Niet alleen mag de beslissing hiertoe niet al te licht worden genomen, ook moet de concrete uitvoering van een noodzakelijke of proportionele huiszoeking noodzakelijk of proportioneel zijn. Funke, bijvoorbeeld, werd nooit het voorwerp van een vervolging voor de rechtbank voor onrechtmatige geldtransfers, waar het allemaal rond begonnen was. Het Hof schuift deze vaststelling naar voor als finaal element in haar diagnose over het disproportioneel en onnodige karakter van de uitgevoerde huiszoeking (par. 58 van het arrest). Mogelijk kan in deze paragraaf een verbod op een louter administratieve huiszoeking gelezen worden en een verbod om huiszoekingen in private woningen te organiseren in de zgn. controlefase⁸⁴.

In de Mialhezaak vinden we een gelijkaardige vingerwijzing. Mialhe had vragen opgeworpen over de noodzakelijkheid van het beslag op 15.000 zijner documenten, waaronder erg persoonlijk materiaal (doktorsvoorschriften, correspondentie met de advocaat). Het Hof besteedt hieraan een aparte paragraaf: dit beslag op Mailhes bezittingen is disproportioneel door de algemene wijze waarop het zonder enig onderscheid werd uitgevoerd. "The seizures made on the applicants' premises were wholesale and, above all, indiscriminate, to such an extent that the customs considered several thousand documents to be of no relevance to their inquiries and returned them to the applicants" (par. 39 van het arrest).

Al deze aanwijzingen zijn bijzonder relevant voor het Belgische gerechtelijk apparaat, dat inzake beslag en huiszoeking het grove werk niet schuwt, maar voortaan bij dergelijke operaties⁸⁵ rekening zal moeten houden met de bakens van het Hof⁸⁶. Extra handicap voor de Belgische burger geconfronteerd met een huiszoeking of een beslag, vormt het ontbreken van enige gedegen regeling m.b.t. de teruggave van inbeslaggenomen goederen en de regeling van rechten van derden. Het Nederlandse wetboek van strafvordering bevat al decennia een uitmuntende regeling hieromtrent (art. 552a Nl. Sv.). Omwille van de grote problemen bij de bewaring van bepaalde soorten inbeslaggenomen voorwerpen, zoals verdovende middelen, munitie, auto's en gevaarlijke stoffen,

⁸² Cf. 'Preventieve toets R-C bij spoeddoorzoeking', N.J.B., 3 februari 1995, 191-192. De Commissie Moons had voorgesteld om de officier van Justitie in de mate van het mogelijke te verplichten tot het aanvragen van een voorafgaande machtiging aan de rechter-commissaris. Toenmalig minister Hirsch Ballin bepleitte evenwel een machtiging achteraf, en geen voorafgaande machtiging. Hij betwijfelde o.m. of de organisatie van het rechter-commissariaat wel in staat zou zijn om ervoor te zorgen dat permanent een rechter-commissaris beschikbaar is. De huidige minister deelt deze opvatting niet. Voor haar houdt Ballin onvoldoende rekening met het bestaan van moderne telecommunicatiemiddelen, zoals de draagbare telefoon.

⁸³ Cass., 23 juni 1993, R.W., 1993-1994, 467 en JLMB., 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 gedesavoeerd, omdat deze niet kon aantonen dat ze over een wettelijke titel hiertoe of een bevel van de rechter beschikte.

⁸⁴ Vgl. DE SMET, B., "La valeur de l'aveu en matière pénale", R.D.P., 1994, 5, 641 ev.

⁸⁵ In 1990 werd bij een spectaculaire reeks huiszoekingen meer dan een ton documenten in beslag genomen in verschillende zetels van een Westvlaams bedrijf ("Fraude-onderzoek Verlipack strop?", De Morgen, 20 april 1991). Andere mammoetoperaties zijn deze ten tijde van de CCC en deze m.b.t. de vrouwenhandel ("Mammoetoperatie in prostitutiemilieu", De Morgen, 10 november 1993).

⁸⁶ DE SCHUTTER, B., SPRUYT, B., BLONTROCK, P. en DE HERT, P., Informaticagebeuren en strafvorderingsrecht, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1992, 50.

werd in 1993 een besluit uitgevaardigd dat parket en politie meer houvast geeft en een nieuwe bewaarregeling uitwerkt⁸⁷. In België werden in het verleden verschillende rechtsinstrumenten uitgeprobeerd om bepaalde wantoestanden m.b.t. het beslag recht te trekken. De Commissie Franchimont heeft een voorstel geformuleerd tot invoering van een strafrechtelijk kort geding om aan deze verzuchtingen tegemoet te komen⁸⁸.

DE GRENZEN VAN DE HUISZOEKING EN HET BEGRIP WONING

In december 1985 ontvangt een bepaalde Duitse rechter een bericht dat aankondigt publiciteit te zullen maken over het machtsmisbruik dat de rechter ten toon spreidde in de uitoefening van zijn ambt. Deze had, aldus de brief, een psychiatrisch onderzoek bevolen van een onwillig 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 Niemietz 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 artikel 8 EVRM⁸⁹.

In haar verweer, voerde de Duitse regering aan dat het verdrag alleen het privéleven en de woning beschermdde, maar niet het professioneel en zakelijk leven of gebouwen. Niemietz kan zich bijgevolg niet beroepen op artikel 8 EVRM en de huiszoeking en het beslag moeten dan ook niet aan de criteria van deze bepaling getoetst worden. Het Hof verwerpt deze zienswijze: privacybescherming in de zin van artikel 8 EVRM is meer dan bescherming van de intieme levenswereld van een persoon, maar ook deze van de relaties die een individu met anderen aanknoopt⁹⁰. Dit is in het bijzonder het geval bij de zogenaamde vrije beroepen, waar elke opsplitsing tussen professionele en andere activiteiten gedoemd is te mislukken en leidt tot een ongelijke grondrechtenbehandeling ten voordele van diegenen die wel duidelijk hun privéleven van het beroepsleven kunnen scheiden. Bovendien beschermt artikel 8 EVRM niet alleen het privéleven, maar ook de woning. De Franse verdragsterm 'domicile' wijst erop dat het om een ruim begrip gaat en ook op bureaus kan slaan ("for example, to a professional person's office"). Ook hier zou een strikte, beperkende interpretatie kunnen leiden tot een ongelijke behandeling (par. 30).

Het Hof gaat er bijgevolg van uit dat bepaalde beroeps- en zakelijke activiteiten en ruimten onder de toepassing vallen van het recht op bescherming van het privéleven en van de woning. In één adem voegt het hieraan toe dat deze zienswijze niet verhindert dat t.a.v. dergelijke ruimten en activiteiten verdergaande beperkingen van de rechten van artikel 8 EVRM mogelijk zijn dan t.a.v. andere ruimten en activiteiten (par. 31).

Het recht op bescherming van correspondentie vervat in artikel 8 EVRM is ook van toepassing. Daar artikel 8 EVRM op algemene wijze rept over de bescherming van correspondentie, moet aangenomen worden dat deze geldt voor alle correspondentie, dus ook de zakelijke (par. 32 van het arrest). Over de beschermwaardigheid van zakelijke correspondentie bestaat dus geen enkele twijfel.

De huiszoeking in Niemietz kabinet dient bijgevolg getoetst te worden aan de drie criteria vervat in artikel 8 EVRM (wettelijke basis, wettig doel en noodzakelijk in een democratische samenleving). Net

⁸⁷ Besluit van 6 augustus 1993 houdende vaststelling van een algemene maatregel van bestuur tot uitvoering van artikel 116, tweede lid, en 117a van het Wetboek van Strafvordering, betreffende de bewaring van inbeslaggenomen voorwerpen, *Stb.*, 1993, nr. 440; *N.J.B.*, 2 september 1993, 1091.

⁸⁸ Cf. Wetsontwerp tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *Parl. St.*, Kamer, 1996-1997, nr. 857/1. Men leze ondermeer ROZIE, M., "Meer tegenspraak in het vooronderzoek" in *Le second avant-projet de la Commission Droit de la procédure pénale- Het tweede voorontwerp van de Commissie strafprocesrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1997, 56.

⁸⁹ EHRM, Niemietz t. Duitsland, 16 december 1992, *Série A*, vol. 251-B. Hierover: LAMBERT, P., "Perquisition au cabinet d'un avocat et droit au respect de la vie privée, de la correspondance et du domicile", *R.T.D.H.*, 1993, 470; RIGAUX, F., "Perquisition au cabinet d'un avocat et droit au respect de la vie privée, de la correspondance et du domicile", *R.T.D.H.*, 1993, 480; MYJER, E., "De getergde rechter en het advocatenkantoor", *NJCM*, 1993, 3, 320-329.

⁹⁰ "There appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of private life should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world" (par. 29 van het arrest).

als in de drie douanezaken zal de toets aan het derde criteria tot een veroordeling van Duitsland voor de huiszoeking leiden. De verdenking die aan de basis lag van de huiszoeking 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 (par. 37 van het arrest).

Hoger bij de bespreking van de Funkezaak zagen we dat het bestaan van een huiszoekingswetgeving op zich nog geen garantie vormt voor een geldige huiszoeking in het licht van het EVRM. De Niemietzzaak leert dan ook dat het voorhanden zijn van een rechterlijk mandaat in uitvoering van een wetgeving, nog geen garantie biedt voor een verdragsconforme huiszoeking⁹¹. Langzaam wordt duidelijk dat m.b.t. de huiszoeking en het beslag zich een even omvangrijke en imperatieve jurisprudentie ontwikkelt als m.b.t. de tap⁹².

De Niemietzzaak leert tevens dat het recht op bescherming van de woning in artikel 8 EVRM verder reikt dan de bescherming van de private gezinswoning. 'Bepaalde' beroeps- en zakelijke activiteiten en ruimten vallen onder de toepassing van het recht op bescherming van het privéleven en van de woning (par. 31 van het Niemietzarrest). Het was na Niemietz uitkijken, naar jurisprudentie van het Hof, waarin duidelijker wordt aangegeven welke beroeps- en zakelijke ruimten beschermd worden door artikel 8 EVRM. In de Crémieuxzaak die van recentere datum is dan de Niemietzzaak, wordt zowel in private woning als in de bedrijfszetel van Crémieux gezocht. Zonder verdere toelichting gaat het Hof zowel het recht op bescherming van het privéleven, als dat op bescherming van de woning toepasselijk achten, (par. 31 van het arrest). Bij Mialhe werd zowel gezocht in gebouwen die als zetel fungeerde voor zijn bedrijven, als in het gebouw dat als Filippijns consulaat gebruikt werd. Mialhe en zijn gezin woonde niet in deze ruimten, maar lieten er al hun private correspondentie toekomen. De Commissie ging ervan uit dat zowel het recht op bescherming van het privéleven en van de correspondentie, als dat van de woning ter sprake lagen. Het Hof doet vreemd genoeg een stapje terug en houdt het enkel bij het recht op bescherming van het privéleven en correspondentie en weigert zich uit te spreken over de vraag of ook het recht op bescherming van de woning van toepassing is⁹³. Het is blijkbaar wachten op zaken waarin de privé-sfeer en de betrokken gebouwen voldoende gescheiden zijn, om meer duidelijkheid te verkrijgen over het toepassingsdomein van het recht op bescherming van de woning.

Toch wordt uit het voorgaande duidelijk dat de term huiszoeking meer en meer aan afdanking toe is. Deze term dient vervangen te worden door het meer algemene 'doorzoeken'. Immers, de bescherming van artikel 8 EVRM reikt verder dan deze van de private woning. Ook voor zoekingen in andere ruimten dan de private woning dienen de kwaliteitseisen van het verdrag in acht genomen te worden⁹⁴. De cassatierechtspraak die de waarborgen vervat in de regels m.b.t. de huiszoeking, alleen van toepassing acht bij het doorzoeken van 'woningen' in de zin van artikel 15 van de Grondwet en artikel 87 Sv.⁹⁵, dient daarom door de rechtspracticus met voorzichtigheid toegepast te worden. Voor bedrijfsruimten is o.i. in alle geval een mandaat van de onderzoeksrechter nodig.

SLOT

⁹¹ Deze lering kon al getrokken worden uit de veroordeling van Frankrijk in de Huvig- en Kruslinzaak, waar het immers ook om onderzoekshandelingen ging die door de rechter bevolen waren (SWART, A., "Bewijs leveren tegen zichzelf", *I.C.*, 680).

⁹² Ook in de Murrayzaak uit 1994 (*Vigiles*, 1996, 4, 27-28) werd een schending van artikel 8 EVRM door de huiszoeking aangeklaagd, wegens gebrek aan de vereiste noodzakelijkheid. Het Hof oordeelde evenwel dat de huiszoeking en de ingezette middelen niet onevenredig waren en oordeelde mitsdien dat er geen sprake is geweest van een schending van artikel 8 EVRM.

⁹³ "The Court considers it pointless in this instance to ascertain whether the premises occupied by the applicants could be considered as a home; it refers, *mutatis mutandis*, to the NIEMIETZ v. GERMANY judgement of 16 December 1992. In the present case, it is sufficient to note that there was an interference with the applicants' private life and correspondance" (par. 29 van het arrest Mialhe).

⁹⁴ Vgl. SWART, A., 'Bewijs leveren tegen zichzelf', *I.C.*, 680.

⁹⁵ 'Onder 'woning' moet worden verstaan de plaats, met inbegrip van de erdoor omsloten eigen aanhorigheden, die een persoon bewoont om er zijn verblijf of zijn werkelijke verblijfplaats te vestigen en waar hij uit dien hoofde recht heeft op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, zijn rust en meer in het algemeen zijn privéleven' (Cass., 21 oktober 1992, *Arr. Cass.*, 1992, 1223 en *Pas.*, 1992, I, 1180, concl. B Janssens de Bisthoven; Cass., 23 juni 1993, *R.W.*, 1993-1994, 467 en *JLMB*, 1993, 1058).

Dit overzicht van Europese rechtspraak uit de periode 1990 tot 1994, verspreid over twee tijdschriftnummers, vormt slechts een selectie. Niet alle uitspraken kwamen aan bod; de rapporten van de Commissie werden slechts sporadisch verwerkt en vele thema's met mogelijk belang voor de Vigileslezer werden wegens plaatsgebrek niet behandeld. Verwezen kan worden naar de rechtspraak inzake de onafhankelijkheid van de vervolgende autoriteiten⁹⁶, schuldvermoedens en het recht om voor onschuldig gehouden te worden en om niet mee te werken aan de eigen veroordeling⁹⁷, de internationale opsporing en samenwerking in strafzaken⁹⁸ en inzake het achterhouden door de politie van voor de verdediging belangrijke informatie⁹⁹.

⁹⁶ Ondermeer: EHRM, Saraivo de Carvalho t. Portugal, 22 april 1994, Série A, vol. 286-B; EHRM, Pfeiffer en Plankl t. Oostenrijk, 25 februari 1992, Série A, vol. 227. Hierover: SWART, B., I.c., 183 en 'The Case-Law of the European Court of Human Rights in 1994', E.J.C.C.L.C., 1995, nr. 3, 284.

⁹⁷ EHRM, Pham Hoang t. Frankrijk, 25 september 1992, Série A, vol. 243; EHRM, Funke t. Frankrijk, 25 februari 1993, Série A, vol. 256-A; EHRM, Sekanina t. Oostenrijk, 25 augustus 1993, Série A, vol. 266-A; EHRM, K. t. Oostenrijk, 2 juni 1993, Série A, vol. 255-B. Hierover: RENUCCI, J-F., 'Droit européen des droits de l'homme', Rec.D.Sir., 1993, 387; KLEES, O., 'De l'obligation de témoigner au droit au silence', R.T.D.H., 1994, 248; SCHALKEN, "noot bij H.R., 22 november 1994", N.J., 1995, nr. 240; 'T HART, "noot bij H.R., 23 november 1994", N.J., 1995, nr. 239; MYER, E., "Zwijgen op aangeven van de douane", NJCM, 1993, 584-592; SWART, A., "Bewijs leveren tegen zichzelf. Huiszoeking", Ars Aequi, 1993, 672-680; GARNON, R. en GARNON, A., "noot", La Semaine Juridique, 1993, II, nr. 22073; REPIK, B., "Réflexions sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant la présomption d'innocence", in Liber amicorum Marc-André Eissen, Brussel, Bruylant, 1995, 331-346.

⁹⁸ Drozd en Janousek t. Frankrijk en Spanje, 26 juni 1992, Série A, vol. 240; RTDH, 1994, 87 ev.; EHRM, Farmakopoulos t. België, 27 maart 1992, Série A, vol. 235-A; EHRM, Kolompar t. België, 24 september 1992, Série A, vol. 235-c.; EHRM, Cruz Varas en andere t. Zweden, 20 maart 1991, Série A, vol. 201. Zie ondermeer: VANDE LANOTTE, J. en VAN DE PUTTE, M., "De verantwoordelijkheid van de uitwijzende staat: de zaak Cruz Varas", TBP, 1992, 3-8; COHEN-JONATHAN, G. en FLAUSS, J.-F., "Convention européenne des droits de l'homme et exécution des condamnations pénales prononcées à l'étranger", noot bij Drozd en Janousek, R.T.D.H., 1994, 98.

⁹⁹ EHRM, Edwards t. Verenigd Koninkrijk, 16 december 1992, Série A, vol. 247-B; MYJER, E., "Edwards en de achtergehouden gegevens", NJCM, 1993, nr. 4, 449-453.