

HET BELANG VAN GRONDRECHTEN VOOR DE UITWERKING EN HANDHAVING VAN STRAFPROCES- RECHTELIJKE NORMEN IN HET VOORONDERZOEK

Aantal woorden: 77.962 (inclusief voetnoten)

Dries RONSSE

Studentennummer: 01409317

Promotor: Prof. dr. Philip TRAEST.

Commissaris: de heer Onno VANCOILLIE

Masterproef voorgelegd voor het behalen van de graad master in de rechten.

Academiejaar: 2019 – 2020

VOORWOORD

Als student heb ik met de UGent een diplomacontract gesloten. Indien ik met goed gevolg examens afleg over bepaalde opleidingsonderdelen, bewijs ik dat ik de competenties verbonden aan die opleidingsonderdelen onder de knie heb. Daarnaast dien ik met vrucht een masterproef te schrijven. Voor dit alles ontvang ik studiepunten ofwel ‘credits’. Wanneer ik alle credits verzamel, heb ik op grond van mijn diplomacontract een persoonlijk vorderingsrecht ten aanzien van de UGent. Zij heeft dan namelijk de plicht om iets te doen, zijnde het overhandigen van het diploma master in de rechten. Met deze masterproef hoop ik dan ook dit recht te kunnen verwerven.

Desalniettemin was dit allemaal niet mogelijk geweest zonder de onvoorwaardelijke steun, het vertrouwen en opoffering van mijn familie. In het bijzonder wil ik hierbij mijn ouders bedanken voor de kans die ze mij hebben gegeven om deze opleiding te kunnen starten. Zonder hen was dit allemaal niet mogelijk geweest. Daarvoor ben ik hen eeuwig dankbaar. Wij hebben het gehaald.

Ook professor Traest ben ik dankbaar voor de opvolging en bijsturing van deze masterproef. Bij vragen of suggesties kon ik steeds op de nodige feedback rekenen. Ook wil ik de andere professoren aan de UGent bedanken voor hun harde werk en hun dagelijkse pogingen om jongeren kritisch te leren nadenken.

Het zou al te omslachtig worden indien ik iedereen bedank die mij in de voorbije jaren heeft geholpen en gesteund. Toch heeft het mij gebracht tot waar ik nu ben. Bijgevolg is dit ook dankzij jullie.

RONSSSE Dries

Ondergetekende verklaart dat de inhoud van deze masterproef niet mag worden geraadpleegd en/of gereproduceerd.

INHOUDSTAFEL

Hoofdstuk 1: Grondrechten.....	8
I. Inleiding - Begrippenkader	8
II. Context	9
III. Onderzoeksvraag.....	10
IV. Ontstaan nationale grondrechten – grondrechten sensu stricto.....	11
V. Ontstaan internationale mensenrechten – grondrechten sensu lato.....	14
V.1 Internationale mensenrechtenverdragen	14
V.2 Regionale mensenrechtenverdragen	18
V.3 Formeel en materieel onderscheid met grondrechten sensu stricto	20
VI. Nut van grondrechten	22
VII. Afdwingen van grondrechten in België	23
VII.1 Centraal toetsingssysteem	24
VII.2 Diffuus toetsingssysteem.....	27
VIII. Situaties waarin de grondrechten geen doorwerking hebben	30
VIII.1 Toestemming.....	30
VIII.2 Beperkingen	30
IX. Grondrechten en het strafprocesrechtelijk vooronderzoek.....	33
Hoofdstuk 2: Recht op privéleven en strafprocesrechtelijke inmenging.....	37
I. Algemeen	37
II. Het grondrecht privéleven sensu lato	38
II.1 Artikel 8 EVRM.....	38
II.2 Recht op eerbiediging van het privéleven	39
II.3 Recht op bescherming van de woning	43
II.4 Recht op eerbiediging van de communicatie	46
II.5 Recht op eerbiediging van het gezinsleven	47
II.6 Andere internationale rechtsbronnen	47
III. Het grondrecht privéleven sensu stricto	48
III.1 Artikel 22 Gec.GW	48
III.2 Artikel 15 Gec.GW	49

III.3 Artikel 29 Gec.GW	49
IV. Begrip inmening - beperking	50
V. Onderzoeksvraag.....	52
 Hoofdstuk 3: Noodzakelijkheidsvereiste en het formuleren van strafprocesrechtelijke onderzoeksmaatregelen door de wetgever	54
I. Uitwerken van strafprocesrechtelijk regels.....	54
II. Geheime opsporingsmethoden	56
II.1 Algemeen	56
II.2 Afluisteren van gesprekken (inclusief via telecommunicatie)	64
III. Gegevens over communicatie	77
IV. Huiszoeking.....	79
V. Databeslag d.m.v. informaticazoeking.....	88
VI. Celmateriaal, DNA-profiel en vingerafdruk	95
VII. Conclusie.....	103
VII.1 Algemeen	103
VII.2 Overzicht Belgische wetteksten	104
 Hoofdstuk 4: Noodzakelijkheidsvereiste en het uitoefenen van (de door de wetgever geformuleerde) onderzoeksmaatregelen in het vooronderzoek.....	110
I. Handhaven van strafprocesrechtelijk regels	110
II. Geheime opsporingsmethoden	110
II.1 Algemeen	110
II.2 Afluisteren van gesprekken.....	111
III. Huiszoeking.....	112
IV. Databeslag d.m.v. informaticasystemen.....	135
V. Celmateriaal, DNA-profiel en vingerafdruk	140
VI. Conclusie.....	142
 Hoofdstuk 5: Grondrechten en Antigoon.....	143
I. Antigoondoctrine	143
I.1 Uitsluitingsregel	143

I.2 Arrest Schenk en relativering uitsluiting	145
I.3 Antigoonarrest: uitsluiting wordt de uitzondering	146
I.4 (Gebrek aan) wettelijk kader als sanctiemechanisme.....	148
II. Onderzoeksvraag.....	149
III. Eerlijk proces	150
III.1 Bronnen.....	150
III.2 Een eerlijk proces als onderdeel van de rechten van verdediging	151
III.2 Eerlijk proces en het vooronderzoek	153
III.3 Subcriteria door het Hof van Cassatie	154
III.4 Recht op een eerlijk proces en het privéleven	155
IV. Op straffe van nietigheid	157
IV.1 Algemeen.....	157
IV.2 Belang van een nietigheidssanctie	158
IV.3 Rechtspraak Grondwettelijk Hof	159
V. Conclusie.....	161
Eindconclusie.....	162
Bibliografie	165
I. Rechtsleer.....	165
II. Wetgeving	175
III. Rechtspraak	176

AFKORTINGEN

BUPO –Verdrag	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten
BWGH	Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof
BWHI	Bijzondere Wet Hervorming der Instellingen
ECOSOC –Verdrag	Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
Gec.GW	Gecoördineerde Grondwet van 1994
GW	Grondwet van 1831
Huiszoekingswet	Wet van 7 juni 1969 tot vaststelling van de tijd gedurende welke geen opsporing ten huize, huiszoeking of vrijheidsbeneming mag worden verricht
Sv.	Wetboek van Strafprocesrecht
Sw.	Strafwetboek
WPA	Wet van 5 augustus 1992 op het politieambt

HOOFDSTUK 1: GRONDRECHTEN

I. INLEIDING - BEGRIPPENKADER

1. **HET RECHT.** In ons alledaags leven staan we er zo goed als nooit bij stil. Een universele definitie van het begrip is er niet. G. VERSCHELDEN en P. Taelman geven een overzicht van wat in de rechtsleer als recht wordt gedefinieerd¹. Verschillende elementen komen daarin stevast terug. *Een eerste element* is dat het recht het menselijk handelen ordent. Dit ordenen gebeurt door een maatschappelijk legitiem verkozen gezag dat normen oplegt (i.e. gedragsregels die een bepaalde wijze van handelen beveelt of verbiedt). Er zijn meerdere soorten gedragsregels: morele, religieuze, sportieve... De juridische gedragsregels, ook wel “*rechtsregels of rechtsnormen*” genoemd, onderscheiden zich van andere gedragsregels doordat zij hun gelding ontleen aan de wil van het maatschappelijk legitiem verkozen gezag². De voornaamste vorm waarin deze rechtsregels worden veruitwendigd zijn wetteksten. Het geheel van deze teksten wordt meestal “*het objectief recht*” genoemd. *Een tweede en voornaamste element* is dat bij een conflict enerzijds of bij het niet naleven van deze rechtsregels anderzijds, het recht kan worden afgedwongen bij een (onafhankelijke en onpartijdige) rechter. Om werkzaam te zijn moet de naleving van deze rechtsregels immers kunnen worden gewaarborgd. Eigenrichting, zijnde het zichzelf een recht verschaffen zonder tussenkomst van de rechter, is in ons huidig rechtssysteem principieel verboden³. De sanctionering gebeurt door de rechterlijke macht, die als het ware “recht” spreekt. Daarbij is het van belang te weten dat een recht enkel zal ontstaan wanneer dit voor een rechter effectief kan worden afgedwongen⁴. Het beslechten van een conflict veruitwendigd zich in een vonnis (i.e. een uitvoerbare titel), op grond waarvan een persoon zijn recht manu militare kan doen afdwingen. De rechter beslist daarbij niet alleen op basis van vooraf opgestelde legitieme wetteksten, maar daarenboven ook op grond van algemene rechtsbeginselen en (ongeschreven) gewoonte. Bijgevolg is het recht meer dan een wetteksten alleen.

2. **GRONDRECHTEN.** Zoals dit bij vele begrippen in het recht het geval is, kan ook van het begrip “grondrecht” geen bindende omschrijving in het recht zelf worden aangetroffen⁵. De notie grondrecht is een vlag die op heden een dubbele lading dekt. Enerzijds vult men dit begrip eerder vormelijk en territoriaal in. In dit geval verwijst het naar de fundamentele (subjectieve) rechtsregels die worden gecreëerd door een nationale soevereine Staat, die gelden binnen diens nationaal territorium en die ingeschreven zijn in de nationale Grondwet. Deze rechtsregels situeren zich dan

¹ G. VERSCHELDEN en P. Taelman, *Basisbegrippen van recht*, Leuven - Den Haag, Acco, 2017. p. 14-15.

² Het recht wordt onder andere uitgevaardigd door de wetgevende organen van de samenleving, welke in democratische systemen door deze samenleving zelf worden aangesteld d.m.v. vrije verkiezingen, en derhalve hun legitimiteit ontleen aan het feit dat zij steunen op de wil van de meerderheid van de bevolking.

³ M.D. JONCKHEERE, "I. Het begrip recht" in *Inleiding tot het recht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2018. p. 6.

⁴ Ook het EHRM stelt dat: “national safeguards must be practical and effective rather than theoretical and illusory”.

⁵ G.J.M.V. WISSEN, *Grondrechten*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1992. p. 10.

ook “au sommet de l’ordonnancement des règles juridiques”⁶. Dit zal hierna als “*grondrechten sensu stricto*” worden benoemd. Anderzijds krijgt het begrip in de rechtsleer ook een meer materiële en universele connotatie. In dat geval verwijst het voornamelijk naar het geheel van subjectieve rechten en vrijheden die tot doel hebben de voorwaarden te creëren en te garanderen opdat personen op vrije en menswaardige wijze zouden kunnen functioneren⁷. In dat laatste geval assimileert men grondrechten met internationale mensenrechten die over de Staten heen gelden. Dit zal verder de notie “*grondrechten sensu lato*” bestempeld krijgen.

3. RECHTSSTAAT VS POLITIESTAAT. Niet alleen de Belgische staat, maar ook onze omliggende landen, zien zichzelf als een rechtsstaat⁸. Dit is een Staat waarin de gezagsdragers gehouden zijn door het objectieve (democratisch tot stand gekomen) recht waarvan zij de toepassing verzekeren. De bevoegdheid van de gezagsdragers wordt door de fundamentele rechten en vrijheden van de burgers beperkt en de rechtsregels zijn afdwingbaar voor een onafhankelijk rechtscollege⁹. Aanvankelijk was dit vooral bedoeld als een bescherming tegen de excessen van de wereldlijke macht. Kenmerkend hierbij is dat de gezagsdrager zich moet houden aan de toepasselijke rechtsregels, waarbij de Grondwet geldt als de hoogste interne norm¹⁰. Dit heeft als gevolg dat de burgers niet onderworpen zijn aan willekeurige regels¹¹. In een politiestaat integendeel, hebben de gezagsdragers alle macht om ook door middel van geweld hun wil op te dringen, zonder rekening te moeten houden met de subjectieve individuele rechten en vrijheden van diens rechtsonderhorigen¹². Dit staat bijgevolg haaks op de verworven zekerheid die de burger heeft binnen een rechtsstaat en stelt de deur open voor willekeurig optreden van de overheid.

II. CONTEXT

4. ONVEILIGHEID. Niet alleen terrorisme maar ook schietincidenten, ontploffingen, steekpartijen en kidnappings leiden tot meer waakzaamheid bij een burger in het publieke leven. Uiteindelijk blijft op 22 maart 2016 zelf onze eigen hoofdstad niet gespaard van het meest huiveringwekkende dat een mens kan meemaken. In de vertrekhal van Brussel Airport vertegenwoordigen drie luide knallen de paniek, onrust en onzekerheid waarmee mensen in West Europa vandaag leven. Burgers verwachten van de overheid dat zij het nodige doen om hen te

⁶ F. DELPÉRIÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000. p. 88.

⁷ J. DUJARDIN, J. VANDE LANOTTE, J. GOOSSENS en G. GOEDERTIER, "GRONDRECHTEN" in *Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2014. p. 191.

⁸ E. STEIN en G. FRANK, *Staatsrecht*, Tübingen, Mohr, 2000. ; L. DRAGSTRA, N.S. EFTHYMIU, A.W. HINS, R. DE LANGE, A.D. BELINFANTE en J.L. DE REEDE, *Beginselen van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2012.

⁹ L. VENY, *Publiekrecht : een inleiding*, Gent, Mys en Breesch, 2001. p. 35; J. DUJARDIN *et al.*, "RECHTSSTAAT" in *Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2014.

¹⁰ A. ALEN, J. CLEMENT, G. VAN HAEGENDOREN en J. VAN NIEUWENHOVE, *Handboek van het Belgische staatsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995. p. 12.

¹¹ Na het arrest *Klass en andere tegen Duitsland* is het duidelijk dat het EHRM ook deze zienswijze aanhangt.

¹² A. MAST en J. DUJARDIN, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gent, Story-Scientia, 1985. p. 22.

beschermen tegen het opkomend gevaar. Het in 2006 opgerichte OCAD¹³ verhoogt het dreigingsniveau naar nummer vier voor het gehele Belgische territorium. Op politiek vlak lanceert men alternatieven zoals het instellen van een noodtoestand¹⁴. Dit zou neerkomen op de mogelijkheid voor de regering om “in tijd van oorlog of in geval van enig andere algemene noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt” de grondrechten tijdelijk te schorsen¹⁵.

5. RECHTSSTAAT ONDER DRUK. In tijden van veiligheids crisis mag men echter niet vergeten dat het vergroten van de politionele macht haaks staat op de grondrechten die rechtsonderhorigen doorheen de tijd hebben afgedwongen en verworven. Er dient een constante belangenafweging gemaakt te worden tussen veiligheid enerzijds en het behouden van subjectieve rechten die een vrij en menswaardig leven garanderen anderzijds. Het opsporen en vervolgen van misdrijven is geen doel dat met alle middelen mag worden nagestreefd. Het gevaar schuilt hem in bovenstaande context die ervoor kan zorgen dat, onder druk van een al dan niet vermeende bedreiging van de veiligheid, wetten worden doorgevoerd die deze individuele subjectieve grondrechten dermate inperken en stapsgewijs in de richting van een politiestaat leiden. Daarbij kunnen de rechtsregels die men voor een uitzonderlijke context heeft opgesteld, de norm worden.

III. ONDERZOEKSVRAAG

6. ONDERZOEKSVRAGEN. Aangezien de grondrechten de belangrijkste rechtsregels binnen een nationale Staat zijn, is het bijgevolg van belang om ons af te vragen hoe deze rechten zijn ontstaan. Gelet op het feit dat we in een rechtstaat leven, is onder andere het openbaar ministerie verplicht om ook met deze grondrechten rekening te houden in hun strafrechtelijk vooronderzoek. Maar, welke verschillende grondrechten zijn er allemaal? Wat is het nut van een grondrecht? Hoe kan een individuele burger deze grondrechten afdwingen? Kunnen deze grondrechten in bepaalde gevallen worden genegeerd? Welke grondrechten zijn van belang in het strafprocesrecht? In dit eerste deel zal dan ook voornamelijk op deze vragen een antwoord geformuleerd worden.

7. ONDERZOEKSMETHODE. Recht kan aanzien worden als een wetenschap en niet louter als iets beschrijvend. Aan de hand van een analyse van de rechtspraak is het doel van de rechtswetenschapper dan ook voornamelijk om de geldende rechtsregel te omschrijven. Deze methode zal dan ook voornamelijk in hoofdstuk 3 tot en met 5 worden gehanteerd. Grondrechten zijn daarentegen niet louter iets hedendaags. Daarom zal eerst op basis van reeds gevoerd onderzoek een algemeen overzicht gegeven worden hoe grondrechten zijn ontstaan, welke soorten grondrechten er zijn en hoe ze kunnen worden afgedwongen. Dit overzicht zal voornamelijk de achtergrond en het belang van de grondrechten beschrijven, eerder dan te onderzoeken. Er is dan

¹³ Het Orgaan voor de Coördinatie en de Analyse van de Dreiging, opgericht bij Wet van 10 juli 2006 betreffende de analyse van de dreiging, *B.S.* 20 juli 2006.

¹⁴ P. POPELIER, "Wie verdedigt (de noodtoestand in) België?", *Rechtskundig Weekblad (RW)* 2016, afl. 09.

¹⁵ R. GERITS, "De 'staat van oorlog' en de 'staat van beleg': uitzonderingsregimes die aan een herziening toe zijn" in *Uitzonderlijke omstandigheden in het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2019. p. 57.

ook voor gekozen om de eerste twee hoofdstukken uit te voeren door middel van een literatuurstudie.

IV. ONTSTAAN NATIONALE GRONDRECHTEN – GRONDRECHTEN SENSU STRICTO

8. SOEVEREINE VORSTEN. In de 16^{de} tot 18^{de} eeuw heerste in Europa het absolutisme. Machtige vorsten zijn erin geslaagd de soevereiniteit te monopoliseren. De term absolutisme verwijst naar het ongelimiteerde karakter van een soevereine macht en heeft daarom vaak een pejoratieve klank. Zo ontstaat de klassieke nationale Staat, waarvan de essentie gevormd wordt door één grondgebied met één volk dat onder één gezag leeft¹⁶. Soevereiniteit verwijst naar het hoogste gezag in de Staat, dat ertoe gemachtigd is de Staatsinrichting te bepalen¹⁷. Zij impliceert het vermogen om het recht te vestigen en de opperste macht om onvoorwaardelijk gehoorzaamheid af te dwingen¹⁸. Binnen de eigen staat zijn er geen concurrerende machten (*interne soevereiniteit*). De vorst probeert binnen zijn territorium volledig autonoom te handelen en lokale heren die binnen zijn land ook machthebbers zijn, beschouwt hij als zijn minderen. Enkel hij heeft de macht om binnen zijn territorium recht te spreken, om wetten en privileges af te kondigen en om munt te slaan. Aan zijn eigen recht acht hij zich niet gebonden, wat tot extreme willekeur leidt. Bovendien was zijn macht erfelijk, hoefde dit niet democratisch te worden gelegitimeerd en was zijn oordeel onaantastbaar¹⁹. Anderzijds zijn er buiten of boven de Staat ook geen hogere autoriteiten (*externe soevereiniteit*). Er is geen hogere macht die de vorst kan weerhouden om door middel van militaire acties, huwelijkspolitiek of overeenkomsten zijn gebied uit te breiden.

9. CONSTITUTIES ALS VOORLOPER VAN EEN GRONDWET. Als gevolg van het feit dat de soevereine vorst binnen zijn eigen territorium geen enkele inbreuk op zijn machtsmonopolie, noch van buitenaf, noch van binnenuit toelaat, bestaat er voor de individuele onderdanen geen houvast. Men beschikt over geen enkel middel om juridisch weerstand te bieden tegen de vorstelijke willekeur. Vanuit deze context slaan groepen van individuen de handen in elkaar om die willekeurige heerser als een soort gemeenschappelijke antagonist te bestrijden. Ze slagen er via opstootjes en opstanden in om minimale rechten af te dwingen. De wisselende machtsverhoudingen werden bijgevolg neergeschreven in een pact, anders genoemd “constituties” of “charters”. Traditioneel beschouwt de rechtsgeschiedenis de Engelse Magna Carta Libertatum van 1215 als het

¹⁶ G. MARTYN en R. OPSOMMER, "Hoofdstuk 5. De Vroegmoderne Tijd: ontwikkeling van de soevereine nationale staat" in *Geschiedenis van het publiekrecht en van de politiek*, Brugge, die Keure / la Charte, 2014. p. 131.

¹⁷ A. ALEN *et al.*, *Handboek van het Belgische staatsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995. p. 19.

¹⁸ A. MAST en J. DUJARDIN, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gent, Story-Scientia, 1985. p. 28.

¹⁹ J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, "Hoofdstuk 1. Historische inleiding tot het Belgisch publiekrecht" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 5.

typevoorbeeld van dergelijke constitutie²⁰. Andere voorbeelden in is de Blijde Inkomst in Brabant. Desalniettemin is de feodale gedachte, de basisidee dat tussen soeverein en vazal een overeenkomst met wederzijdse rechten en plichten geldt, niet helemaal verdwenen. Het volk belooft trouwheid aan de vorst en deze belooft rechten van het volk te respecteren. Wanneer het wereldlijke Staatshoofd de charter of constitutie schendt, hebben de onderdanen de mogelijkheid om zich hiertegen te verzetten door zich op hun *ius resistendi* te beroepen. Bij de beoordeling van de in deze Middeleeuwse constituties gewaarborgde rechten, mag men niet uit het oog verliezen dat zij niet zijn ingebed in een democratische samenleving zoals wij die op vandaag kennen²¹.

10. REVOLUTIES EN GRONDRECHTEN. Na de Glorious Revolution komt in 1689 de Bill of Rights in Engeland tot stand. Bij de kroning van de protestantse vorsten Willem III en Maria van Oranje, waarbij de katholieke Koning Jacobus II werd afgezet, worden de nieuwe vorsten door het parlement gedwongen de principes van de constitutionele monarchie te erkennen en een aantal persoonlijke vrijheden te respecteren²². Aan de andere kant van het kanaal is het nog 100 jaar wachten. De willekeur van de Franse monarch zorgt voor heel wat onvrede. In Frankrijk wordt er enerzijds veel geld gestoken in de pracht en praal van de hofhouding en in verschillende militaire expedities. Anderzijds wordt de belastingheffing weinig efficiënt geïnd. Wegens een tekort aan financiële middelen ziet Lodewijk XVI zich genoodzaakt tot het bijeenroepen van de Staten-Generaal²³. Na een discussie over de beraadslaging roept de derde stand zich op 17 juni 1789 uit tot Assemblée Nationale²⁴. Omdat ze een nieuwe staatsstructuur en een aantal fundamentele vrijheden wil vastleggen, eigent ze zichzelf het predicaat “Constituante” toe. Onder druk van radicale politieke groeperingen, de mensenmassa in de steden en boeren op het platteland worden de oude ideeën van absolutisme, aristocratie, feodaliteit en de macht van de Kerk vervangen door de principes van vrijheid, gelijkheid en broederschap. Deze principes worden verder uitgewerkt in “La Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen”. De Franse Revolutie heeft verstrekkende en blijvende veranderingen teweeggebracht voor het hele continentale landschap.

11. VERLICHTE SOEVEREINE NATIESTATEN. De ideeën van de Verlichting vindt men terug in onze Belgische Grondwet. Volgens deze laatste gaat de macht niet meer uit van één absolute vorst, maar van de Natie. Deze instelling omvat de huidige generatie van burgers als die van het verleden en van de toekomst. Op die manier heeft de grondwetgever zich uitdrukkelijk verzet tegen iedere vorm van monarchaal absolutisme²⁵. Doordat de Natie een abstract begrip is, zijn er organen

²⁰ G. MARTYN en R. OPSOMMER, "Hoofdstuk 4. De Late Middeleeuwen: soevereiniteitsaanspraken versus communalisme, constitutionalisme en parlementarisme" in *Geschiedenis van het publiekrecht en van de politiek*, Brugge, die Keure / la Charte, 2014. p. 95.

²¹ A. ALEN *et al.*, *Handboek van het Belgische staatsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995. p. 494.

²² S. SOTTIAUX, "Hoofdstuk I. Algemene leerstukken" in *Grondwettelijk recht*, Mortsel, Intersentia, 2016. p. 294.

²³ Dit is een crisisinstelling die zo goed als enkel werd bijeengeroepen wanneer de vorst zijn koninklijke macht wou bevestigen. Het bestond uit vertegenwoordigers van de drie standen: de adel, de geestelijken en het volk.

²⁴ G. MARTYN en R. OPSOMMER, "Hoofdstuk 6. Revoluties luiden de doodsklok over het Ancien Régime" in *Geschiedenis van het publiekrecht en van de politiek*, Brugge, die Keure / la Charte, 2014. p. 167-168.

²⁵ A. MAST en J. DUJARDIN, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gent, Story-Scientia, 1985. p. 30.

nodig die de soevereine macht kunnen uitoefenen. Dat gegeven maakt een beperking mogelijk op het absolute karakter van de macht: de in wezen ondeelbare soevereiniteit, wordt voor haar uitoefening verdeeld over verschillende organen²⁶. Dit laatste is gebaseerd op het verlichtend principe van Rousseau en de scheiding der machten. Thans is dit een ongeschreven grondwettelijke regel, volgens dewelke de macht verdeeld is tussen de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht en elke macht gecontroleerd wordt door en samenwerkt met een tegenmacht²⁷. *De wetgevende macht* bestaat uit de Koning en de wetgevende kamers (artikel 36 Gec.GW). Enkel deze laatste vertegenwoordigen de Natie (artikel 42 Gec.GW). Het Belgisch systeem is een representatief systeem doordat het Parlement het hoogst verkozen beraadslagende orgaan is, welke bestaat uit democratisch verkozen vertegenwoordigers van het volk²⁸. Het principe van de democratische Staat biedt de garantie dat rechtssubjecten enkel worden onderworpen aan de door hen tot stand gekomen bindende regels²⁹. De democratische gehalte van dit representatief stelsel was in die tijd nog ver verwijderd van de hedendaagse situatie³⁰. De essentie van de leer van de soevereiniteit blijft behouden door de onschendbaarheid van de wet. Een rechter is niet bevoegd om de wet van de Natie te toetsen aan hogere normen zoals de Grondwet. *De uitvoerende macht* heeft enkel nog die bevoegdheden dewelke de (Grond)wet haar toekent. Dit is het wettigheidsbeginsel ofwel het beginsel dat elk uitvoerend optreden haar grondslag of machtiging in de (Grond)wet dient te vinden³¹. Bovendien wijst dit ook op het feit dat België een rechtsstaat is, gericht om overheidswillekeur te beperken en persoonlijke vrijheid te verzekeren door de uitvoerende macht te binden aan het recht³². Tot slot zal *de rechterlijke macht* voortaan onafhankelijk en onpartijdig conflicten beslechten op consistente (en dus niet willekeurige) wijze. Deze houdt hierbij rekening met de hiërarchie der rechtsnormen en het wettigheidsbeginsel.

12. DE BELGISCHE GRONDWET. Bij het definiëren van het begrip “Grondwet” kan worden uitgegaan van een materieel of een formeel standpunt. Wanneer wordt vertrokken van een materieel standpunt, wordt aangegeven welke inhoud de Grondwet heeft. Wanneer wordt uitgegaan van een formeel standpunt, wordt aangeduid hoe de Grondwet vorm krijgt³³.

²⁶ P. POPELIER, "Inleiding. De “soevereine” wetgever en de verloren onschendbaarheid van zijn wetten" in *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Mortsel, Intersentia, 2008. p. 3.

²⁷ J. DUJARDIN *et al.*, "SCHEIDING DER MACHTEN" in *Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2014.

²⁸ J. DUJARDIN *et al.*, "PARLEMENT" in *Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2014.

²⁹ A.V.D. VIJVER en S.D. RAEDT, *Grondrechten in fiscalibus 1989-2014*, Brussel, Larcier, 2016. p. 50.

³⁰ J. VANDE LANOTTE *et al.*, "Hoofdstuk 1. Historische inleiding tot het Belgisch publiekrecht" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 5

³¹ A. ALEN en J. CLEMENT, "De hiërarchie der rechtsnormen" in *Themis 36 - Staatsrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2006. p. 5.

³² In verband met de rechtstaat: P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelwetgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997. p. 35-107.

³³ J. VANDE LANOTTE *et al.*, "Hoofdstuk 2. De hiërarchie van de rechtsnormen" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 75.

13. MATERIEEL. De Grondwet kan materieel gezien worden als het geheel van fundamentele rechtsregelen, die enerzijds de organisatie en de werking van de gezagsinstanties regelen en anderzijds fundamentele rechten en vrijheden voor de rechtsonderhorigen erkennen³⁴. Deze gezagsinstanties belichamen de scheiding der machten en beschrijven de werking van de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht. Kenmerkend voor de fundamentele rechten, is dat de erin vervatte normen geen details regelen maar wel de grote lijnen vastleggen. Zij vormen de basis en staan daarom in de normenhiërarchie hoger dan de andere normen. Het is niet aangewezen noch aan te bevelen om deze vaak te wijzigen³⁵. Titel II van de Grondwet bevat op die wijze individuele (subjectieve) rechten waarop een rechtssubject zich kan beroepen ten aanzien van de soevereine Staat.

14. FORMEEL. Anderzijds kan men de Grondwet ook formeel benaderen. Hiermee bedoelt men dat de rechtsregels die in de Grondwet vervat zitten slechts mits naleving van een bijzondere procedure kunnen worden gewijzigd³⁶. De herzieningsprocedure van de Grondwet staat thans geformuleerd in artikel 195 Gec.GW. De Grondwet is bijgevolg een basiswet die zich onderscheidt van een gewone wet, doordat de wijziging ervan aan veel strakkere regels is verbonden en hierdoor de rechtskracht van een gewone wet overstijgt³⁷. Deze strikte herzieningsprocedure zorgt ervoor dat onze Belgische Grondwet ook wel een starre of onlenige Grondwet wordt genoemd³⁸.

V. ONTSTAAN INTERNATIONALE MENSENRECHTEN – GRONDRECHTEN SENSU LATO

V.1 Internationale mensenrechtenverdragen

15. WERELDOORLOG II. In 1930 komen totalitaire regimes aan de macht als gevolg van een wereldwijde economische recessie. De traditionele actoren zoals het parlement en de rechterlijke macht, blijken machteloos en kunnen de verschrikkingen die deze regimes onder de eigen bevolking aanrichten niet tegenhouden. Ook verlaten sinds 1925 meer en meer lidstaten de Volkenbond, zijnde

³⁴ A. ALEN *et al.*, *Handboek van het Belgische staatsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995. p. 64; L. VENY, *Publiekrecht : een inleiding*, Gent, Mys en Breesch, 2001. p. 40; J. DUJARDIN *et al.*, "GRONDWET" in *Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2014.; M. VAN DAMME, "Titel III. De Grondwet" in *Overzicht van het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 50; Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge : fondements et institutions*, Bruxelles, Larcier, 2017. p. 77.

³⁵ P. TRAEST, "Constitutional values in contemporary legal space : constitutional values and the exclusionary rule in criminal procedure" in *Constitutional values in contemporary legal space I*, 2016. p. 236.

³⁶ A. ALEN *et al.*, *Handboek van het Belgische staatsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995. p. 64; J. DUJARDIN *et al.*, "GRONDWET" in *Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2014.; Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge : fondements et institutions*, Bruxelles, Larcier, 2017. p. 77.

³⁷ M. VAN DAMME, "Titel III. De Grondwet" in *Overzicht van het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 49.

³⁸ L. VENY, *Publiekrecht : een inleiding*, Gent, Mys en Breesch, 2001. p. 43 ; M. UYTENDAELE en P. MARTENS, *Précis de droit constitutionnel belge : regards sur un système institutionnel paradoxal*, Bruxelles Bruylant, 2005. p. 96; M. VAN DAMME, "Titel III. De Grondwet" in *Overzicht van het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 66-67.

een internationale organisatie die voornamelijk tot doel had om toekomstige oorlogen te vermijden. Nog tijdens de Tweede Wereldoorlog ontstaat dan ook de idee om na de definitieve beëindiging van de vijandelijkheden te komen tot een geïntegreerde wereldgemeenschap waarin het behoud van een duurzame vrede en de bescherming van de burger tegen willekeur en onderdrukking door een dictatoriale overheid centraal staan³⁹. Een herhaling van wat er voor en tijdens de Tweede Wereldoorlog had plaatsgevonden moest tegen elke prijs voorkomen worden⁴⁰. Het is echter pas na de Tweede Wereldoorlog dat verschillende landen organisaties oprichten die op een of andere wijze naar een grotere eenheid in Europa streven⁴¹.

16. VERENIGDE NATIES. De Verenigde Naties, die vandaag 193 leden telt, wordt opgericht in 1945. Met de nieuwe instelling reageert men enerzijds op het falen van de Volkenbond in het voorkomen van de Tweede Wereldoorlog en anderzijds bouwt men tegelijkertijd ook voort op de vaststelling dat het bestaan van een internationaal overlegforum onmisbaar is⁴². De visie dat mensenrechten een interne aangelegenheid zijn en dus exclusief onder de jurisdictie van de Staat vallen, is niet langer houdbaar⁴³. Behoudens vrede en veiligheid streven de Verenigde Naties ook andere doelstellingen na, zoals, het bevorderen, stimuleren en verwezenlijken van een universele eerbiediging en inachtneming voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden voor allen, zonder onderscheid naar ras, geslacht, taal of godsdienst⁴⁴. Ook de verschillende VN-Organen hebben elk specifieke bevoegdheden ter verwezenlijking van "de rechten van de mens"⁴⁵. Het VN Handvest laat echter na om dit begrip te definiëren of om er een catalogus van mensenrechten in op te nemen. Op 10 december 1948 neemt de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties dan ook, in de vorm van een resolutie, de 'Universele Verklaring van de Rechten van de Mens' aan. De Universele Verklaring, die volgens de preambule "het gemeenschappelijk streefdoel voor alle volkeren en naties" is, bevat een amalgaam van rechten en vrijheden en wordt algemeen beschouwd als een beginselverklaring die juridisch niet afdwingbaar is⁴⁶. Onderhandelingen moeten ervoor zorgen dat deze verklaring wordt opgenomen in een juridisch bindend verdrag. Dit laat echter achttien jaar op zich wachten. Slechts op 19 december 1966 worden de eerste mensenrechtenverdragen (i.e. het ECOSOC-Verdrag en het BUPO-Verdrag) aangenomen door de

³⁹ Y. HAECK en J.V. LANOTTE, "De Raad van Europa" in *Handboek EVRM, Deel 1*, Mortsel, Intersentia, 2005. p. 33.

⁴⁰ C.J. STAAL, *De vaststelling van de reikwijdte van de rechten van de mens*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1995. p. 36

⁴¹ Y.S. KLERK, *Het ECRM-toezichtmechanisme : verleden, heden, toekomst*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1995. p. 7.

⁴² P. DE HERT, K. WEIS, M. HOLVOET en J. VAN CAENEGHEM, "Hoofdstuk 2. Internationaal en Europees strafrecht: geschiedenis en instellingen" in *Handboek internationaal en Europees strafrecht*, Mortsel, Intersentia, 2014. p. 40.

⁴³ S. SMIS *et al.*, "Hoofdstuk I: Algemene beginselen en grondslagen van de rechten van de mens" in *Handboek mensenrechten*, Mortsel, Intersentia, 2011. p. 87.

⁴⁴ Artikel 1(3) *juncto* artikel 55(c) en 56 Handvest Verenigde Naties.

⁴⁵ J. WOUTERS, C. RYNGAERT, S. BISCOP, F. MAES, T. VANDERVELDEN en E. SOMERS, *De Verenigde Naties : Een wereld van verschil?*, Leuven, Acco, 2005. p. 154.

⁴⁶ Y. HAECK en J.V. LANOTTE, "Ontstaansgeschiedenis, ondertekening en inwerkingtreding van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens" in *Handboek EVRM, Deel 1*, Mortsel, Intersentia, 2005. p. 60.

Algemene Vergadering van de Verenigde Naties. Deze internationale impasse leidt ertoe dat een aantal regionale initiatieven tot stand komen om de bescherming van de mensenrechten te realiseren. De voornaamste zijn de Raad van Europa en (thans) de Europese Unie.

17. MENSENRECHTENVERDRAGEN. Naast de intentieverklaring heeft de VN gezorgd voor talrijke juridisch bindende mensenrechtenverdragen. Het BUPO-Verdrag⁴⁷, het ECOSOC-Verdrag⁴⁸, het VN-Antidiscriminatieverdrag⁴⁹, het VN-Vrouwenrechtenverdrag⁵⁰, het VN-Folterverdrag⁵¹, het VN-Kinderrechtenverdrag⁵², het VN-Arbeidsmigrantenverdrag⁵³, VN-Verdrag inzake personen met een handicap⁵⁴ en het NV-Verdrag inzake bescherming tegen gedwongen verdwijning⁵⁵. Over het algemeen bestaat het toezicht uit enerzijds periodieke statenrapportages en anderzijds klachtenprocedures, waaronder staten- en individuele klachtenprocedures. Ieder verdrag heeft op zich ook nog specifieke alternatieve toezichtmechanismen. Ondanks hun moreel autoritair gezag, zijn de verdragsorganen niet opgericht als ‘rechterlijke’ organen. Zij kunnen geen bindende uitspraken maken in de vorm van vonnissen of arresten waarin Staten worden veroordeeld⁵⁶. Bijgevolg beschikken zij over weinig middelen om een verdragsstaat te verplichten de verdragsbepalingen na te leven.

18. MONISME - SMEERKAASARREST. Men mag daarbij echter niet uit het oog verliezen dat in België sinds het Smeerkaasarrest, de leer van het monisme geldt⁵⁷. Deze leer houdt in dat internationaal en nationaal recht tot één rechtsorde behoren en dat beiden finaal het gedrag van individuen regelen. In monistische stelsels zal de nationale rechter - in geval van een conflict tussen

⁴⁷ Internationaal Verdrag van 19 december 1966 inzake burgerrechten en politieke rechten *B.S.* 6 juli 1983.

⁴⁸ Internationaal Verdrag van 19 december 1966 inzake economische, sociale en culturele rechten, *B.S.* 6 juli 1983.

⁴⁹ Internationaal Verdrag van 7 maart 1966 inzake uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie, *B.S.* 11 december 1975.

⁵⁰ Internationaal Verdrag van 18 december 1979 inzake uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, *B.S.* 5 november 1983.

⁵¹ Internationaal Verdrag van 10 december 1984 tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing, *B.S.* 28 oktober 1999.

⁵² Internationaal Verdrag van 20 november 1989 inzake de rechten van het kind, *B.S.* 17 januari 1992.

⁵³ Internationaal Verdrag van 18 december 1990 ter bescherming van de rechten van alle arbeidsmigranten en hun gezinnen, dit werd niet door België ondertekend.

⁵⁴ Internationaal Verdrag van 13 december 2006 inzake de rechten van personen met een handicap, *B.S.* 22 juli 2009.

⁵⁵ Internationaal Verdrag van 20 december 2006 inzake de bescherming van alle personen tegen gedwongen verdwijning, *B.S.* 30 juni 2013.

⁵⁶ A. ALEN, J. CLEMENT, G.V. HAEGENDOREN en J.V. NIEUWENHOVE, *Handboek van het Belgische staatsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995. p. 508.; S. SMIS *et al.*, "Hoofdstuk II: Het mensenrechtensysteem van de Verenigde Naties" in *Handboek mensenrechten*, Mortsel, Intersentia, 2011. p. 178; J. VANDE LANOTTE *et al.*, "Hoofdstuk 1. Rechten en vrijheden in de Grondwet en in internationale verdragen" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 273.

⁵⁷J. VELAERS, "Een tekst met een verhaal. De grondwet en het "leven van de grondwet"" in *De Grondwet - Een artikelsgewijze commentaar. Deel I - Het federale België, het grondgebied, de grondrechten*, Brugge, die Keure / la Charte, 2019. p.33; H. KELLER en A. STONE SWEET, *A Europe of rights : the impact of the ECHR on national legal systems*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2008. p. 242.

nationaal en internationaal recht - doorgaans voorrang geven aan internationaal recht en de nationale regel buiten toepassing laten⁵⁸. Het Hof van Cassatie formuleerde dit als volgt:

“Overwegende dat wanneer het conflict bestaat tussen een internrechtelijke norm en een internationaalrechtelijke norm die rechtstreekse gevolgen heeft in de interne rechtsorde, de door het verdrag bepaalde regel voorgaan; dat deze voorrang volgt uit de aard zelf van het bij verdrag bepaald internationaal recht”

Doch bestaat het monisme niet in zijn extreme vorm. Wanneer de Belgische wetgever nalaat om een internationaal verdrag om te zetten in nationale wetgeving, - en er bestaan ofwel geen ofwel strijdige nationale rechtsregels - dan mag men artikel 167, §§2-3 Gec.GW. niet uit het oog verliezen. De Staat moet *in de eerste plaats* gebonden zijn door het verdrag in kwestie. In principe moeten alle verdragen instemming krijgen van alle bevoegde parlementaire assemblees. De sanctie is evenwel duidelijk: ontbreekt de instemming van de bevoegde parlementaire assemblees, dan kan dit verdrag ook geen werking hebben in de Belgische rechtsorde⁵⁹. Bovendien moeten de verdragen bekendgemaakt worden, zodat zij hun volle uitwerking kunnen verkrijgen⁶⁰. Een *tweede voorwaarde* is dat de internationaalrechtelijke regel directe werking (*self-executing*) heeft. Dit impliceert dat elk rechtssubject in de nationale rechtsorde een verdragsbepaling kan gebruiken om zijn individuele rechtspositie te verstevigen, ook al heeft de overheid nog geen uitvoering aan die verdragsbepaling gegeven⁶¹. Om hieraan te voldoen moet de bepaling – wat haar geest, inhoud en bewoordingen betreft – op zichzelf volstaan om toepasbaar te zijn in de nationale rechtsorde zonder dat verdere reglementering met het oog op precisering of vervollediging noodzakelijk is (objectief criterium of self-sufficient)⁶². Anders verwoord dient de regel voldoende duidelijk, precies, volledig en onvoorwaardelijk te zijn om door de rechter zonder verdere wetgevende handelingen te kunnen worden toegepast. Bepalingen waarvoor verdere uitwerking vereist is, hebben geen directe werking. Daarnaast moet het toekennen van subjectieve rechten of het opleggen van verplichtingen aan

⁵⁸ Y. HAECK, "II. Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens" in *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (2de editie)*, Mortsel, Intersentia, 2011. p. 39-42; D.R. ROTHWELL, S. KAYE, A. AKHTARKHAVARI en R.A. DAVIS, *International law : cases and materials with Australian perspectives*, Port Melbourne, Cambridge University Press, 2014. p. 199-204; A. D'ESPALLIER, J. WOUTERS en S. SOTTIAUX, "2. Doorwerking van de rechten van het IVRPH" in *De doorwerking van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap*, Mortsel, Intersentia, 2014. p. 8; A. KACZOROWSKA, *Public international law*, New York, Abingdon, 2015. p. 129-130; J. VANDE LANOTTE *et al.*, "Hoofdstuk 2. De hiërarchie van de rechtsnormen" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 93; T. RUYS, *Inleiding tot het internationaal recht*, Gent, VRG, 2017. p. 91.

⁵⁹ D.V. EECKHOUTTE en A. VANDAELE, "Doorwerking van internationale normen in de Belgische rechtsorde" in *Themis 13 - Internationaal en Europees recht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2002. p. 7-8.

⁶⁰ A. D'ESPALLIER *et al.*, "2. Doorwerking van de rechten van het IVRPH" in *De doorwerking van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap*, Mortsel, Intersentia, 2014. p. 9.

⁶¹ D.V. EECKHOUTTE en A. VANDAELE, "Doorwerking van internationale normen in de Belgische rechtsorde" in *Themis 13 - Internationaal en Europees recht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2002. p. 22.

⁶² H. KELLER en A. STONE SWEET, *A Europe of rights : the impact of the ECHR on national legal systems*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2008. p. 243; Y. HAECK, "II. Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens" in *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (2de editie)*, Mortsel, Intersentia, 2011. p. 40; J. VANDE LANOTTE *et al.*, "Hoofdstuk 2. De hiërarchie van de rechtsnormen" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 94.

personen ook de bedoeling zijn van de verdragspartijen (subjectief criterium)⁶³. Deze twee voorwaarden zijn vereist opdat de bovenvermelde mensenrechtenverdragen direct voor de nationale rechter zouden kunnen worden ingeroepen.

19. KRITIEK GRONDWETTELIJK HOF. Volledigheidshalve dient vermeld te worden dat, in tegenstelling tot het Hof van Cassatie die stelt dat elke internationaalrechtelijke rechtsregel met directe werking voorgaat op de Grondwet, het Grondwettelijk Hof een andere mening is toegedaan. Zo oordeelt het Grondwettelijk Hof dat het verdrag ondergeschikt is aan de Grondwet. Het gaat daarbij uit van de idee dat alle bevoegde parlementen met het verdrag moeten instemmen (i.e. de eerste voorwaarde van het monisme). Die instemming, zijnde een formele wetgevende akte, is aan de grondwettigheidstoetsing onderworpen⁶⁴. Bijgevolg kan de wetgever niet onrechtstreeks doen, wat hem rechtstreeks is verboden, namelijk het goedkeuren van wetgevende akten die de Grondwet schenden⁶⁵.

V.2 Regionale mensenrechtenverdragen

20. RAAD VAN EUROPA. Het Haags "Congress of Europe" dat onder voorzitterschap van Winston Churchill in mei 1948 wordt gehouden, vormt een grote impuls tot de oprichting van een Raad van Europa. Tien (West Europese) Staten⁶⁶ ondertekenen op 5 mei 1949 het Statuut van de Raad van Europa⁶⁷. Het doel van de Raad van Europa is om een grotere eenheid tussen de verdragspartijen te bevorderen⁶⁸. Deze hechtere eenheid leidt tot vrede, wat van vitaal belang is voor het behoud van de samenleving en van de beschaving. Ondanks het begrip "eenheid", is het duidelijk dat de ondertekenaars zich willen beperken tot de oprichting van een intergouvernementele organisatie en geen supranationale organisatie of federatie⁶⁹. Daarnaast willen de verdragspartijen de idealen en beginselen, welke hun gemeenschappelijk erfdeel zijn, veilig stellen en verwezenlijken. Dit doelt op het feit dat de meeste verdragsstaten, niettegenstaande zij in menig opzicht van elkaar verschillen, tot op zekere hoogte met elkaar vervlochten zijn door een bepaalde traditie inzake geschiedenis en beschaving. Principes als de rechtsstaat, het politieke pluralisme, de bescherming van de rechten en vrijheden vormen de hoekstenen van het 'gemeenschappelijk

⁶³ J. DUJARDIN *et al.*, "VERDRAG" in *Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2014. p. 432; Y. HAECK, "II. Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens" in *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (2de editie)*, Mortsel, Intersentia, 2011. p. 41.

⁶⁴ J. VELAERS, "Een tekst met een verhaal. De grondwet en het "leven van de grondwet"" in *De Grondwet - Een artikelsgewijze commentaar. Deel I - Het federale België, het grondgebied, de grondrechten*, Brugge, die Keure / la Charte, 2019. p. 34; A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht* Mechelen, Kluwer 2011. p. 50-52.

⁶⁵ H. KELLER en A. STONE SWEET, *A Europe of rights : the impact of the ECHR on national legal systems*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2008. p. 246.

⁶⁶ België, Denemarken, Frankrijk, Ierland, Italië, Luxemburg, Nederland, Noorwegen, UK en Zweden; Thans bestaat de Raad van Europa uit 47 lidstaten.

⁶⁷ J. POLAKIEWICZ en R. BLACKBURN, *Fundamental rights in Europe : the European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, Oxford, Oxford University Press, 2001. p. 3-5.

⁶⁸ Preambule en artikel 1 Statuut van de Raad van Europa.

⁶⁹ Y.S. KLERK, *Het ECRM-toezichtmechanisme : verleden, heden, toekomst*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1995. p. 8.

erfgoed⁷⁰. Daarenboven bevordert dit hun economische en sociale vooruitgang⁷¹. Het Comité van Ministers, welke optreedt in naam van de Raad van Europa, neemt hiervoor maatregelen die dienen tot verwezenlijking van het doel. Zij wordt gesteund door een beraadslagend orgaan, de Raadgevende Vergadering, welke voornamelijk besprekingen houdt en aanbevelingen formuleert.

21. EVRM & EHRM. Na het doorlopen van verschillende fasen ondertekenen op 4 november 1950 de Ministers van Buitenlandse Zaken van 13 lidstaten van de Raad van Europa, waaronder België, het EVRM⁷² in het Palazzo Barberini te Rome⁷³. De opstellers beschouwen het verdrag als een instrument dat “een vroegtijdig waarschuwingssysteem zou zijn om alarm te slaan in het geval dat de vluchtende democratieën van Europa zouden beginnen terugvallen in de richting van totalitaire regimes”⁷⁴. Het EVRM, voornamelijk gebaseerd op het UVRM, bevat de fundamentele burgerlijke en politieke rechten die verdragsstaten moeten garanderen voor alle personen die onder hun rechtsmacht vallen. Voorbeelden hiervan zijn het recht op leven, het recht op vrijheid, het recht op een eerlijk proces, respect voor het privéleven en de vrijheid van meningsuiting. Daarnaast verbiedt het EVRM onder meer foltering, onmenselijke en vernederende behandeling, dwangarbeid en illegale detentie. In tegenstelling tot de verschillende mensenrechtenverdragen voorziet het EVRM wel in een rechterlijk toezichtsmechanisme, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Gelet op het feit dat een individueel persoon aan de hand van een klachtenprocedure bij een jurisdictioneel orgaan rechtsregels kan afdwingen, is dit verdrag één van de belangrijkste instrumenten op het Europese vaste land. Daarenboven heeft de Belgische rechtspraak ook de directe werking van de meeste artikels van het EVRM aanvaard⁷⁵, zodat zij tevens inroepbaar zijn voor de nationale rechter. Daarnaast heeft de Raad van Europa ook nog een (thans) Herzien Europees Sociaal Handvest⁷⁶, een Europees Folterverdrag⁷⁷ en een Europees Minderheidsverdrag⁷⁸.

22. EUROPESE UNIE. Ook de Europese Unie heeft sinds 2009 een bindend handvest ter bescherming van de grondrechten. Via het arrest Internationale Handelsgesellschaft heeft dit

⁷⁰ Y. HAECK en J.V. LANOTTE, "De Raad van Europa" in *Handboek EVRM, Deel 1*, Mortsel, Intersentia, 2005. p. 41.

⁷¹ Daar waar de Raad van Europa bedoelt is om grootschalige schendingen van mensenrechten, internationaal (humanitair) recht tegen te gaan, besloten een kleiner aantal Europese landen om via een Europese Economische Gemeenschap (thans Europese Unie) ervoor te zorgen dat economieën beter op elkaar werden afgestemd.

⁷² Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden *B.S.* 19 augustus 1955, err., *B.S.*, 29 juni 1961.

⁷³ Y. HAECK en J.V. LANOTTE, "Ontstaansgeschiedenis, ondertekening en inwerkingtreding van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens" in *Handboek EVRM, Deel 1*, Mortsel, Intersentia, 2005. p. 60-79.

⁷⁴ L.R. GLAS, *The theory, potential and practice of procedural dialogue in the European Convention on Human Rights System*, Antwerpen, Intersentia, 2016. p. 17.

⁷⁵ Y. HAECK en J.V. LANOTTE, "Rechten en vrijheden – Aard – Reikwijdte – Beperkingen" in *Handboek EVRM, Deel 1*, Mortsel, Intersentia, 2005. p. 95; B. DOCQUIR en Y. POULLET, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, Larcier, 2008. p. 46.

⁷⁶ Herzien Europees Sociaal Handvest van 3 mei 1996, *B.S.* 10 mei 2004.

⁷⁷ Het Europees Verdrag van 26 november 1987 ter voorkoming van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling en bestraffing, *B.S.* 29 januari 1992.

⁷⁸ Het Kaderverdrag van 10 november 1994 tot bescherming van nationale minderheden, *B.S.* door België ondertekend op 31 juli 2001, maar nog niet goedgekeurd en geratificeerd.

voorrang op het nationaal recht, met inbegrip van de “beginselen van het constitutioneel bestel van een lidstaat”⁷⁹. Wegens het gegeven tijdsbestek zal de regelgeving van de Europese Unie niet in deze masterproef worden verwerkt. Er zal voornamelijk gekeken worden naar de internationale mensenrechtenverdragen en het EVRM in het bijzonder.

V.3 Formeel en materieel onderscheid met grondrechten sensu stricto

23. FORMEEL - UNIVERSEEL. Het is duidelijk dat men het begrip grondrechten sensu lato formeel kan onderscheiden van de grondrechten sensu stricto. Mensenrechtenverdragen zijn niet zozeer vernieuwend omwille van de inhoud van de tekst. Al lang bestonden er Grondwetten waarin er individuele rechten van de mens werden afgekondigd⁸⁰. Het vernieuwende zit hem in het feit dat de tekst wordt aangenomen in een Verdrag, en dus op internationaal niveau. Zowel in het kader van de Verenigde Naties als de Raad van Europa werden mensenrechtenverdragen opgesteld. Gelet op de term universeel in het UVRM⁸¹ als artikel 55(c) VN-Handvest, gaat men dan ook uit van de gedachte dat deze mensenrechten universeel zijn. Universaliteit in artikel 55 VN-Handvest houdt in dat de VN-organen, en ex artikel 56 ook alle lidstaten, de opdracht hebben om ervoor te zorgen dat alle overheden mensenrechten moeten inachtnemen en eerbiedigen en dat alle personen deze op gelijke wijze kunnen uitoefenen⁸².

24. UNIVERSALITEIT VS AFDWINGBAARHEID. In de inleiding werd reeds gewezen op het feit dat een recht maar pas bestaat wanneer deze bij een rechter kan worden afgedwongen. In dat opzicht zal deze masterproef eerder uitgaan van het feit dat grondrechten sensu lato slechts universeel zijn wanneer iedere persoon op deze wereldbol deze rechten kan doen laten afdwingen. In dat opzicht volgen hieronder een aantal nuances die moeten worden gemaakt en die wijzen op het feit dat mensenrechten, ondanks het etiket universeel, doch slechts in bepaalde mate kunnen worden afgedwongen. De rechtsonderhorige is dan ook meestal afhankelijk van het optreden van diens Staat.

25. NUANCES UNIVERSALITEIT. De gedachte dat mensenrechten altijd en overal gelijk toekomen aan alle mensen is een fictie. Ook grondrechten sensu lato bestaan slechts wanneer zij afgedwongen kunnen worden. *Een eerste nuance* daarbij is dat veel landen geen lid zijn bij de verschillende VN-Verdragen. Dit heeft tot gevolg dat zij enkel aan deze verdragen gebonden zijn wanneer zij deel uitmaken van de ius cogens. Wanneer een Staat wel lid is, houdt *de tweede nuance* in dat veel van die verdragspartijen een voorbehoud hebben geformuleerd ten aanzien van een bepaald artikel. *Een derde nuance* is het feit dat deze verdragen maar toepassing kunnen vinden

⁷⁹ A. ALEN en J. CLEMENT, "De hiërarchie der rechtsnormen" in *Themis 36 - Staatsrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2006. p. 13.

⁸⁰ K. DE FEYTER, "Lang zal ze leven de universele verklaring van de rechten van de mens: verleden en heden" in *60 jaar Universele Verklaring van de Rechten van de Mens*, Morsel, Intersentia, 2008. p. 10-11

⁸¹ Alsook de preambule die spreekt van een "common standard of achievement for all peoples and all nations".

⁸² B. SIMMA, H. MOSLER, A. PAULUS en E. CHAITIDOU, *The Charter of the United Nations : a commentary*, Oxford, Oxford university press, 2012. p. 1573-1574.

binnen de territoriale jurisdictie van een verdragspartij. Mensenrechtenverdragen gelden daarom in principe maar voor het nationaal territorium. Uit de rechtsleer volgt echter dat in toenemende mate wordt aanvaard dat de mensenrechtenverplichtingen van Staten niet alleen gelden in hun eigen grondgebied, maar ook daarbuiten, m.n. wanneer zij anderszins controle uitoefenen over een ander grondgebied (bvb. in het kader van een militaire bezetting) of wanneer zij controle uitoefenen over bepaalde personen (bvb. wanneer individuen worden vastgehouden in het kader van een militaire operatie in het buitenland). Het dualisme is *de vierde en laatste nuance*. Er zijn immers Staten die het monisme niet hanteren. In tegenstelling tot het monisme worden de internationale en nationale rechtsorde als twee onderscheiden ordes beschouwd. De opdeling in dualisme en monisme is echter vaak omstreden, alleen al omdat er ook heel wat tussenvormen bestaan⁸³.

26. MATERIEEL - ANALOGE GRONDRECHTEN. Ondanks het formeel verschil kunnen we toch constateren dat veel Grondwetten een materiele overlap hebben met de internationale mensenrechtenverdragen. Vaak zal het zo zijn dat eenzelfde grondrecht zowel in nationale als in internationale teksten voorkomt. We spreken in dat geval van “analoge grondrechten”, aangezien eenzelfde grondrecht op gelijkaardige wijze wordt beschermd in verschillende rechtsbronnen. Daarbij is er sprake van een gehele of een gedeeltelijke analoge bescherming, naargelang het feit of de draagwijdte van het recht zelf en de voorwaarden tot beperking ervan geheel of gedeeltelijk dezelfde zijn⁸⁴. De draagwijdte van deze rechten zijn immers niet altijd identiek. Zowel het toepassingsgebied, de reikwijdte als het beperkingssysteem kunnen immers verschillen⁸⁵. Desalniettemin zal er sprake zijn van samenloop van grondrechten, voor zover beide toepasselijk zijn en ingeroepen (kunnen) worden in de casus die voorligt⁸⁶. Het Grondwettelijk Hof (toen Arbitragehof) heeft in 2003 zijn nieuwe bevoegdheid om rechtstreeks aan titel II van de Grondwet te toetsen, meteen gebruikt om een tweede techniek van onrechtstreekse verdragstoetsing in het leven te roepen. In dat geval leest het Hof de analoge grondrechten samen (*randnummer 36*). Indien de Grondwet daarentegen geen bepaling kent die analoog is aan het ingeroepen verdragsrecht (zoals artikel 6 EVRM), blijft het Hof zijn eerste techniek van onrechtstreekse verdragstoetsing via de artikelen 10 en 11 van de Grondwet hanteren⁸⁷.

⁸³ D.V. EECKHOUTTE en A. VANDAELE, "Doorwerking van internationale normen in de Belgische rechtsorde" in *Themis 13 - Internationaal en Europees recht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2002. p. 21.

⁸⁴ Een *geheel analoog grondrecht* is een grondrecht met een gelijk toepassingsgebied, draagwijdte en beperkingsmechanisme. Een *gedeeltelijk analoog grondrecht* is een grondrecht met ofwel een gedeeltelijke gelijke draagwijdte, ofwel een (gedeeltelijk) gelijke draagwijdte maar met een verschillend toepassingsgebied, ofwel een (gedeeltelijk) gelijke draagwijdte maar met een verschillende beperkingsmechanisme.

⁸⁵ J. VELAERS, "Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen", *TBP* 2005, afl. 4-5, (297). p. 297; M. VAN DAMME, "Titel I. Bronnen" in *Overzicht van het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 340; S. SOTTIAUX, "Hoofdstuk I. Algemene leerstukken" in *Grondwettelijk recht*, Mortsel, Intersentia, 2016. p. 340.

⁸⁶ J. VELAERS, "Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten", *TBP* 2010, afl. 7. p. 393.

⁸⁷ A. ALEN, K. MUYLLE en W. VERRIJDT, "De verhouding tussen het Grondwettelijk Hof en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens" in *Leuvense staatsrechtelijke standpunten 3*, Brugge, die Keure / la Charte, 2012. p. 20.

27. RUIMSTE BESCHERMING. Ondanks het feit dat het Grondwettelijk Hof ervoor heeft gekozen om beide grondrechten samen te lezen, geldt het beginsel van de ruimste bescherming. Dit komt in het bijzonder tot uiting in het artikel 53 EVRM en artikel 5 van het BUPO- & ECOSOC-Verdrag, alsook de andere VN-Verdragen⁸⁸. Zo stipuleert artikel 53 EVRM duidelijk dat:

“Geen bepaling van dit Verdrag zal worden uitgelegd als beperkingen op te leggen of inbreuk te maken op de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden die verzekerd kunnen worden ingevolge de wetten van enige Hoge Verdragsluitende Partij of ingevolge enig ander Verdrag waarbij de Hoge Verdragsluitende Partij partij is.”

De internationale mensenrechtenverdragen hebben bijgevolg een complementaire werking t.a.v. andere rechten en vrijheden die in de betrokken Staat gelden. De rechtsbron die meer bescherming biedt krijgt “voorrang”. Met andere woorden domineert die bepaling die de rechtsonderhorige het meeste beschermt⁸⁹. Dit geldt niet enkel voor het recht zelf, maar ook voor de beperkingsvoorwaarden⁹⁰. Het internationale beschermingsniveau geldt slechts als een minimum, de nationale overheden behouden de vrijheid om in een meer genereuze bescherming te voorzien⁹¹. Dit impliceert dat een schending van het EVRM, een schending van de Grondwet inhoudt. Het omgekeerde hoeft niet noodzakelijk het geval te zijn⁹². De mogelijkheid tot een genereuzere bescherming heeft tot gevolg dat, inzake rechten en vrijheden, de gangbare hiërarchie der rechtsnormen doorbroken wordt⁹³. Volgens het Smeerkaasarrest van het Hof van Cassatie zou immers steeds het direct werkend internationaal verdragsrecht moeten primeren op de interne (constitutieve) regelgeving.

VI. NUT VAN GRONDRECHTEN

28. FUNDAMENTELE WAARDEN EN NORMEN. Kenmerkend voor grondrechten is dat de erin vervatte normen en waarden geen details regelen maar wel de grote lijnen vastleggen. Zij vormen de basis van de staatsstructuur en staan daarom in de normenhiërarchie hoger dan de andere normen. Het is niet aangewezen noch aan te bevelen om deze vaak te wijzigen. Het nut van grondrechten is voornamelijk om de wetgever aan het belang van bepaalde fundamentele waarden

⁸⁸ Artikel 23 VN-Vrouwenrechtenverdrag, artikel 41 VN-Kinderrechtenverdrag, artikel 4(4) Verdrag inzake bescherming voor mensen met een handicap,...

⁸⁹ J. VANDE LANOTTE *et al.*, "Hoofdstuk 1. Rechten en vrijheden in de Grondwet en in internationale verdragen" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 278; J. VELAERS, "De Grondwet: De rechtsbescherming, de ondergeschikte besturen, de buitenlandse betrekkingen, financiën, de gewapende macht, algemene bepalingen (artikel 141-198)" in *De Grondwet - Een artikelsgewijze commentaar. Deel III - De rechtsbescherming, de ondergeschikte besturen, de buitenlandse betrekkingen, financiën, de gewapende macht, algemene bepalingen*, Brugge, die Keure / la Charte, 2019. p. 120.

⁹⁰ Een voorbeeld is artikel 8, tweede lid EVRM. Volgens dit artikel dient een beperking op het privéleven aan drie voorwaarden te voldoen (legaliteit, legitimiteit en noodzakelijkheid) in tegenstelling tot artikel 22 van onze Grondwet dat enkel de legaliteitsvoorwaarde stelt. De nationale legaliteitsvoorwaarde biedt op zich dan weer een ruimere bescherming dan deze van het EVRM.

⁹¹ S. SOTTIAUX, "Hoofdstuk I. Algemene leerstukken" in *Grondwettelijk recht*, Mortsels, Intersentia, 2016. p. 341.

⁹² T. MOONEN, *De keuzes van het Grondwettelijk Hof*, Brugge, Die Keure, 2016. p. 59.

⁹³ M. VAN DAMME, "Titel I. Bronnen" in *Overzicht van het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 341.

te herinneren⁹⁴. Zowel de nationale als de internationale (grond)wetgevers laten een zeer brede conceptuele ruimte bestaan waarbinnen het grondrecht een betekenis kan worden gegeven door de wetgever of de rechter⁹⁵. Het is geen toeval dat de tweede titel van de Grondwet voorafgaat aan de bepalingen welke de uitoefening van de soevereiniteit en de werking der gestelde machten regelen⁹⁶.

29. DYNAMISCH PROCES. Men mag echter niet uit het oog verliezen dat een Grondwet slechts een statische momentopname is van een dynamisch proces dat steeds doorgaat. De Grondwet mag niet alleen een in teksten gestold verleden zijn, ze moet ook de toekomst kunnen bieden. Daartoe is haar aanpassingsvermogen uitermate belangrijk. Doordat de Grondwet een logge en rigide herzieningsprocedure bezit in artikel 195 Gec.GW., is haar vermogen om vatbaar te zijn voor evolutieve interpretaties en toepassingen van groot belang. Bijgevolg is niet aangewezen om in de Grondwet al te gedetailleerde en precieze regels op te nemen. Hij wil teksten die nog bruikbaar zijn als de inkt waarmee ze geschreven zijn, al lang is opgedroogd. Hij laat ruimte voor het "leven van de Grondwet", voor evolutieve interpretaties en voor de spontane ontwikkeling⁹⁷. In dat opzicht werd recent door een aantal professoren erop gewezen dat de grondrechten van de Belgen in titel II onvolledig, onnauwkeurig en verouderd zijn ten opzichte van de bestaande mensenrechten.

30. NUANCE. Toch dient het nut van een grondrecht genuanceerd te worden. Zoals reeds in de inleiding werd vermeld, dient een recht afdwingbaar te zijn bij een rechter wanneer de erin vervatte gedragsregel niet is nageleefd. Ook voor grondrechten is dit het geval. Waarden en normen die in de grondrechtsregels vervat zitten dienen op een effectieve wijze gehandhaafd of gesanctioneerd te kunnen worden. In hoofdstuk 5 van deze masterproef zal duidelijk worden dat schendingen van deze fundamentele rechtsregels niet altijd op een behoorlijk wijze worden gesanctioneerd. Daarnaast zal in hoofdstuk 2 ook aangetoond worden dat de wetgevende macht bij een aantal grondrechten de mogelijkheid heeft om een inmenging in deze fundamentele rechten en vrijheden in te schrijven. Dit kan ertoe leiden dat, wanneer deze inmenging dermate groot is, het grondrecht volledig uitgehouden wordt.

VII. AFDWINGEN VAN GRONDRECHTEN IN BELGIË

31. RATIONE PERSONAE. Voor de grondrechten sensu stricto is het rechtssubject (welke zijn individueel subjectief grondrecht kan afdwingen) niet alleen beperkt tot die personen die houder zijn van een Belgische nationaliteit. De titulatuur doet immers op het eerste zicht vermoeden dat in

⁹⁴ P. TRAEST, "Constitutional values in contemporary legal space : constitutional values and the exclusionary rule in criminal procedure" in *Constitutional values in contemporary legal space I*, 2016. p. 236.

⁹⁵ S. GUTWIRTH, *Privacyvrijheid! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Amsterdam, Cramwinckel, 1998. p. 48.

⁹⁶ A. MAST en J. DUJARDIN, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gent, Story-Scientia, 1985. p. 22.

⁹⁷ M. UYTENDAELE en P. MARTENS, *Précis de droit constitutionnel belge : regards sur un système institutionnel paradoxal*, Bruxelles Bruylant, 2005. p. 96-97 ; J. VELAERS, "Een tekst met een verhaal. De grondwet en het "leven van de grondwet"" in *De Grondwet - Een artikelsgewijze commentaar. Deel I - Het federale België, het grondgebied, de grondrechten*, Brugge, die Keure / la Charte, 2019. p. 16.

onze Grondwet uitgestalde rechten en vrijheden enkel voor Belgen zouden gelden⁹⁸. Krachtens artikel 191 Gec.GW. geniet iedere vreemdeling die zich op het grondgebied van België bevindt, de bescherming verleend aan personen en aan goederen, behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen⁹⁹. De mogelijkheid om een grondrecht af te dwingen is niet personeel van aard maar wordt eerder territoriaal ingekleurd, namelijk eenieder die zich op het Belgisch grondgebied begeeft. Voor de grondrechten *sensu lato* is men nog een stap verder gegaan. Artikel 1 EVRM stelt:

De Hoge Verdragsluitende Partijen verzekeren een ieder die ressorteert onder haar rechtsmacht de rechten en vrijheden die zijn vastgesteld in de Eerste Titel van dit Verdrag.

“Een ieder” wijst niet enkel op eigen onderdanen en onderdanen van andere verdragstaten, maar ook op onderdanen van niet-verdragstaten en staatlozen of ook wel apatriden genoemd. De voorwaarde is wel dat zij “onder haar rechtsmacht” valt. Rechtsmacht of jurisdictie wordt beschouwd als de uitoefening van de (wetgevende, rechterlijke en handhavende) macht binnen het territorium van de Staat. Het heeft bijgevolg een territoriale invulling. Mensenrechten kunnen slechts uitzonderlijk extraterritoriaal afgedwongen worden, in het bijzonder in geval van militaire bezetting¹⁰⁰.

32. TWEE TYPES VAN BESCHERMING. In België zijn er twee types van bescherming. Enerzijds kan men bij het Grondwettelijk Hof alle formele wetskrachtige rechtsregels laten toetsen aan titel II van de Grondwet. Aangezien de bescherming wordt gecentraliseerd bij één rechter, wordt dit aanzien als een centraal toetsingssysteem. Anderzijds komt het - sinds het Smeerkaasarrest - aan elke rechter toe om wetskrachtige normen buiten toepassing te laten, indien hij ze strijdig bevindt met een verdragsbepaling met directe werking. Aangezien de bescherming verspreid zit, bestempelt men dit als een diffuus toetsingssysteem¹⁰¹. Het gevolg is dat verknochte rechtsvragen op twee niveaus kunnen worden beantwoord, met het risico dat er over eenzelfde grondrecht tegenstrijdige uitspraken worden geveld, naargelang het in de Grondwet of in een verdrag wordt gewaarborgd¹⁰².

VII.1 Centraal toetsingssysteem

33. GRONDWETTELIJK HOF DOOR STAATSHERVORMING EN NIET WO II. Ook de Tweede Wereldoorlog heeft aangetoond dat een legitiem gezag dient gecontroleerd te worden. In de rest van Europa komen dan ook Grondwettelijke Hoven tot stand die als voornaamste doel hebben om een controle op de wetgever uit te oefenen. Desondanks heeft de creatie van dit Hof in België een geheel andere oorzaak. Door de federalisering van België was er nood aan een

⁹⁸ A.V. MENSEL, *De Belgische federatie : het labyrint van Daedalus : een artikelsgewijs commentaar van de Belgische grondwet*, Gent, Mys & Breesch, 1996. p. 47.

⁹⁹ A. ALEN *et al.*, *Handboek van het Belgische staatsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995. p. 497.

¹⁰⁰ J.V. LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar (Volume I)*, Antwerpen, Intersentia, 2004. p. 17-26.

¹⁰¹ E. CLOOTS, "Samenloop van grondrechten. Is het einde van de 'guerre des juges' nabij?", *TBP* 2006, afl. 5, (259). p. 265.

¹⁰² J. VELAERS, "Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten", *TBP* 2010, afl. 7. p. 389.

scheidsrechterlijk orgaan, welke de bevoegdheidsregels tussen de federale wetgever en de deelstatenwetgevers diende de controleren. Vandaar de oorspronkelijke naam "Arbitragehof". Gaandeweg is de bevoegdheid echter uitgebreid zodat in 2007 de naam is veranderd naar Grondwettelijk Hof. Thans bepaalt artikel 142 Gec.GW *juncto* artikel 1 BWGH dat dit Hof bevoegd is om formele wetgevende akten te toetsen (toetsingsvoorwerp) aan de door of krachtens de Grondwet vastgestelde bevoegdheidsverdelende regels, de grondrechten in titel II van de Grondwet en de artikelen 143,§1; 171; 172 en 192 van de Grondwet (toetsingsmaatstaf)¹⁰³

34. RECHTSBESCHERMING TEGENOVER DE WETGEVER. De federale wetgever heeft op vandaag de bevoegdheid om strafprocesrechtelijke onderzoeksmaatregelen in het leven te roepen (*randnummer 87*). Wanneer deze in aanvaring komen met de grondrechten van individuele personen, dan kan deze laatste de formele wettekst laten toetsen bij het Grondwettelijk Hof. Het rechtssubject heeft bijgevolg de mogelijkheid om alle door de wetgever gecreëerde onderzoeksbevoegdheden in hoofde van de gerechtelijke politie, het openbaar ministerie of de onderzoeksrechter, te laten toetsen aan diens individuele subjectieve grondrechten vervat in titel II van de Grondwet. Het Grondwettelijk Hof kan daarvoor worden gevat op twee wijzen. Enerzijds, kan een beroep tot vernietiging van een wet worden ingesteld door bepaalde institutionele verzoekers en door ieder (natuurlijk of rechts)persoon die doet blijken van een belang¹⁰⁴. Anderzijds, kan men de rechter verzoeken om een prejudiciële vraag te stellen¹⁰⁵.

35. OBJECTIEF GESCHILLENCONTENTIEUX. De geschillen voor het Grondwettelijk hof hebben dus geen subjectief recht tot voorwerp¹⁰⁶. Men spreekt daarom van een objectief geschillen contentieux. Een grondwettelijk Hof doet immers geen uitspraak betreffende de aanspraken van de procespartijen, maar beoordeelt enkel of de toepasselijke wetsbepalingen verenigbaar zijn met de regels waaraan het mag toetsen. Het Hof controleert louter de legaliteit van de wettekst op zich¹⁰⁷. Aangezien deze laatste op een onbepaald aantal gevallen van toepassing is en een abstract, algemeen en onpersoonlijk karakter heeft, is dit een controle *in abstracto*. De ongrondwettigheid van de te toetsen norm moet bijgevolg "een inherent kenmerk zijn van de rechtsregel zelf" en niet het resultaat van het geheel van feitelijke omstandigheden waarin de bodemrechter deze moet toepassen¹⁰⁸. Deze vorm van rechtsbescherming zal voornamelijk in het derde hoofdstuk onderzocht worden.

¹⁰³ J. DUJARDIN *et al.*, "GRONDWETTELIJK HOF" in *Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2014.

¹⁰⁴ Artikel 1 *juncto* artikel 2 BWGH; Het begrip 'belang' wordt ruim geïnterpreteerd, namelijk de personen die door de bestreden norm rechtstreeks en ongunstig zouden kunnen worden geraakt.

¹⁰⁵ Artikel 26 BWGH.

¹⁰⁶ Het subjectief grondrecht is namelijk niet het toetsingsvoorwerp maar de toetsingsmaatstaf.

¹⁰⁷ J. VANDE LANOTTE *et al.*, "Hoofdstuk 3. Rechtsbescherming tegen de wetgevende macht" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 1471.

¹⁰⁸ M. BOSSUYT, "Prejudiciële vragen voor het Grondwettelijk Hof" in P. TAELEMAN (ed.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2016. p. 13.

36. IN SAMENHANG GELEZEN MET. In randnummer 27 is reeds vermeld dat grondrechten *sensu lato* een complementaire werking hebben ten aanzien van grondrechten *sensu stricto*. Het is belangrijk in het achterhoofd te houden dat *de iure* het Grondwettelijk Hof echter niet rechtstreeks kan toetsen aan internationale verdragen in het algemeen, en aan de mensenrechtenverdragen, zoals het EVRM, in het bijzonder¹⁰⁹ Aan de hand van twee onrechtstreekse toetsingssystemen (*randnummer 26*) is het *de facto* vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof dat de grondrechten uit Titel II in samenhang gelezen worden met analoge (internationale) verdragsbepalingen¹¹⁰. Het zou bijzonder artificieel zijn een onderscheid te maken tussen de grondwettelijke en de verdragsrechtelijke gewaarborgde grondrechten. Uiteraard kunnen er variaties optreden in de formulering van deze rechten en vrijheden, maar zij hebben de essentie ervan gemeen¹¹¹. Het is daarbij van geen belang of de verdragen directe werking hebben of niet. Het Hof formuleert zijn bevoegdheid om aan analoge grondrechtentoetsing te doen, voorzichtig: het zegt niet dat het de internationale verdragen “toepast”, maar enkel dat het “rekening houdt met” die normen¹¹². De toetsingsmaatstaf van het Grondwettelijk Hof wordt op dergelijke wijze verruimd. Op deze manier dringen ook de (ruimere) interpretaties die in de Straatsburgse rechtspraak besloten liggen door in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Het past ter zake immers het beginsel van de meest gunstige bescherming uit artikel 53 EVRM toe. Het gevolg lijkt te zijn dat we “in best of both worlds” leven: zowel titel II van de Grondwet als de mensenrechtenverdragen worden tegelijkertijd toegepast¹¹³. Hierdoor is het in dat opzicht enigszins achterhaald om te spreken over de interpretatie van de “Grondwet”, vermits het onderscheid tussen nationale en internationale bescherming in toenemende mate vervaagt. Het Hof draagt bij aan die vervaging, gelet op zijn grote bereidheid om de uitlegging van grondrechten *sensu stricto* af te stemmen op de grondrechten *sensu lato*¹¹⁴. De houding van het Grondwettelijk Hof is echter opmerkelijk. Zo verklaarden in 2005 niet minder dan 21 Europese grondwettelijk hoven dat ze zich niet gebonden achten door de rechtspraak van het EHRM. Bovendien zijn andere grondwettelijk hoven veel minder bereid om de rechtspraak van het EHRM aan te halen¹¹⁵.

¹⁰⁹ J. VELAERS, "Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen", *TBP* 2005, afl. 4-5, (297). p. 298; E. CLOOTS, "Samenloop van grondrechten. Is het einde van de ‘guerre des juges’ nabij?", *TBP* 2006, afl. 5, (259). p. 259; S. SOTTIAUX, "Hoofdstuk I. Algemene leerstukken" in *Grondwettelijk recht*, Mortsels, Intersentia, 2016. p. 341.

¹¹⁰ H. KELLER en A. STONE SWEET, *A Europe of rights : the impact of the ECHR on national legal systems*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2008. p. 250. Zie bv GwH 21 december 2004, nr. 202/2004. B.2.2.

¹¹¹ M. BOSSUYT, "Prejudiciële vragen voor het Grondwettelijk Hof" in P. TAELEMAN (ed.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2016. p. 15.

¹¹² A. ALEN *et al.*, "De verhouding tussen het Grondwettelijk Hof en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens" in *Leuvense staatsrechtelijke standpunten 3*, Brugge, die Keure / la Charte, 2012. p. 21.

¹¹³ J. VELAERS, "Een tekst met een verhaal. De grondwet en het "leven van de grondwet"" in *De Grondwet - Een artikelsgewijze commentaar. Deel I - Het federale België, het grondgebied, de grondrechten*, Brugge, die Keure / la Charte, 2019. p. 29.

¹¹⁴ T. MOONEN, *De keuzes van het Grondwettelijk Hof*, Brugge, Die Keure, 2016. p. 56.

¹¹⁵ A. ALEN *et al.*, "De verhouding tussen het Grondwettelijk Hof en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens" in *Leuvense staatsrechtelijke standpunten 3*, Brugge, die Keure / la Charte, 2012. p. 24.

VII.2 Diffuus toetsingssysteem

37. RECHTSBESCHERMING TEGENOVER HET VOORONDERZOEK. De onderzoeksmaatregel die door een wettekst in het leven wordt geroepen, dient bijgevolg door de bevoegde personen uitgeoefend te worden. In concrete omstandigheden zullen de gerechtelijke politie, het openbaar ministerie en de onderzoeksrechter deze onderzoeksbevoegdheden ook daadwerkelijk hanteren om de waarheid te kunnen achterhalen. Voor de rechter houdt dit een controle *in concreto* in, rekening houdende met de specifieke omstandigheden van de situatie. Afhankelijk van het feit of er sprake is van een opsporingsonderzoek dan wel van een gerechtelijk onderzoek, zal de controle van de regelmatigheid van een onderzoeksverrichting respectievelijk gebeuren door de vonnisrechter dan wel de onderzoeksgerechten. Naast deze twee rechters, kan het rechtssubject ook de zaak aanhangig maken voor het EHRM, welke idem dito een controle in *concreto* uitoefent. Deze vorm van rechtsbescherming zal voornamelijk in het vierde hoofdstuk worden bekeken.

38. SUBSIDIARITEIT EHRM. Er dient opgemerkt te worden dat er een bepaalde volgorde heerst in welke rechter een rechtssubject eerst kan vatten. Een van de ontvankelijkheidsvoorwaarden voor het EHRM is namelijk dat de klager eerst alle nationale ‘doeltreffende’, ‘toereikende’ en ‘toegankelijke’ rechtsmiddelen heeft uitgeput¹¹⁶. Een beroep op het EHRM is bijgevolg slechts subsidiair ten aanzien van een beroep op de nationale rechter. De uitputtingsregel is ingegeven ter bescherming van de aangeklaagde Staat en vormt het tegengewicht voor het individuele klachtrecht van het rechtssubject. Hierbij wordt de Staat de mogelijkheid gegeven om vermeende schendingen te voorkomen of te remediëren vooraleer zij aan het EHRM kunnen worden voorgelegd¹¹⁷. Volledigheidshalve dient opgemerkt te worden dat deze subsidiariteit niet enkel uit de bovenvermelde ontvankelijkheidsvoorwaarde volgt. Conform artikel 1 EVRM ligt de voornaamste verantwoordelijkheid voor rechtsherstel van een verdragsschending immers bij de lidstaten. Het zijn in de eerste plaats de verdragssluitende partijen zelf die de naleving van het EVRM dienen te garanderen, en pas in tweede, subsidiaire, orde het EHRM¹¹⁸.

39. ONSCHENDBAARHEID VAN DE WET. In dat opzicht geldt er in België sinds lange tijd “de onschendbaar van de wet”. (*zie randnummer 11*) De gewone hoven en rechtbanken zijn niet bevoegd om wetskrachtige normen te toetsen aan de Grondwet. *A contrario* zijn zij ex artikel 159 Gec.GW wel bevoegd om algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen te toetsen aan de Grondwet¹¹⁹. Met de komst van een Grondwettelijk Hof is in sommige gevallen de

¹¹⁶ Artikel 34 en 35 EVRM.

¹¹⁷ Y. HAECK, "IV. Procedure voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens" in *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (2de editie)*, Mortsel, Intersentia, 2011. p. 262.

¹¹⁸ J.V. LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar (Volume I)*, Antwerpen, Intersentia, 2004. p. 9.

¹¹⁹ H. KELLER en A. STONE SWEET, *A Europe of rights : the impact of the ECHR on national legal systems*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2008. p. 249.

rechter verplicht om daarover een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof. Op basis van deze vraag zal het Grondwettelijk Hof in abstracto nagaan of de formele wettekst Titel II van de Grondwet schendt. Hieronder worden echter drie punten aangehaald die ervoor zorgen dat gewone hoven en rechtbanken formele wetteksten wel (al dan niet onrechtstreeks) kunnen toetsen aan grondrechten.

40. MONISME. In randnummer 18 werd reeds gewezen op het feit dat in monistische stelsels, de rechters van de gewone hoven en rechtbanken wetskrachtige normen mogen toetsen aan internationale rechtsregels met directe werking. Op basis van het Smeerkaasarrest passen rechters wetskrachtige normen slechts toe in zoverre deze overeenstemmen met internationale rechtsregels met directe werking. Gelet op het feit dat de meeste rechten in het EVRM analoog zijn met onze Grondwet (*zie randnummer 26*) en deze ook directe werking hebben (*zie randnummer 21*), kan men hieruit afleiden dat de onschendbaarheid van de wet in België sterk aan belang vermindert.

41. WALEFFE-ARREST. Dat de gewone hoven en rechtbanken wetskrachtige rechtsregels niet rechtstreeks mogen toetsen aan de Grondwet, dient verder genuanceerd te worden door het Waleffe-arrest. In voormeld arrest dd. 20 april 1950, wijkt het Hof van Cassatie niet van deze regel af, maar voegt er nog iets bij. De rechter mag niet rechtstreeks toetsen aan de Grondwet, maar in geval van twijfel over de bedoeling van de wetgever (i.e. wanneer de betekenis van de wet onduidelijk is) dient de rechter te vertrekken van het redelijk vermoeden dat de wetgever niet de bedoeling kan hebben gehad de Grondwet te schenden. Bijgevolg is de rechter verplicht om de wet zo veel mogelijk in overeenstemming met de Grondwet te interpreteren¹²⁰. Om dit te kunnen doen dient de rechter de toepassingsvoorwaarden en bijgevolg de draagwijdte van de grondrechten te kennen, om te weten wanneer een wettekst hiermee in overeenstemming is. De grondwetsconforme interpretatie laat dus toe dat de rechter de wet toetst aan de Grondwet. Indien hij een ongrondwettigheid vaststelt kan hij de wet op zich niet sanctioneren, wel dient hij te zoeken naar een mogelijke grondwetsconforme interpretatie en daaraan de voorkeur te geven¹²¹. Echter was de grondwetsconforme interpretatie voor de rechter voornamelijk van belang vóór de komst van het Grondwettelijk Hof¹²². Sinds de komst van het Grondwettelijk Hof, heeft zij haar deze techniek eigen gemaakt in de gevallen waarin de rechter bij een prejudiciële vraag een interpretatie voorstelt die strijdig is met de Grondwet, terwijl een grondwetsconforme interpretatie mogelijk is. In de praktijk zal het Grondwettelijk Hof daarom zijn toevlucht vaak zoeken tot de techniek van “de dubbele lezing”¹²³. In de regel volgt het de interpretatie van de verwijzende rechter¹²⁴, maar

¹²⁰ J. DUJARDIN *et al.*, "WALEFFE-ARREST" in *Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2014.

¹²¹ P. POPELIER, "Inleiding. De “soevereine” wetgever en de verloren onschendbaarheid van zijn wetten" in *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Mortsel, Intersentia, 2008. p. 16.

¹²² T. MOONEN, *De keuzes van het Grondwettelijk Hof*, Brugge, Die Keure, 2016. p. 38.

¹²³ P. POPELIER, "Rechtswegen" in *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Mortsel, Intersentia, 2008. p. 261-271.

¹²⁴ Aan het Grondwettelijk Hof kunnen enkel vragen gesteld worden over de rechtmatigheid van een norm, niet over de interpretatie ervan. Er wordt uitgegaan van de voorrang van de verwijzende rechter met betrekking tot de interpretatie: deze zou de “natuurlijke” interpretator zijn van de wet.

daarnaast kan het een alternatieve, grondwetsconforme interpretatie voorstellen. De gewone rechter zal bijgevolg deze interpretatie kunnen volgen.

42. ART 26, §4 BWGH EN ANALOGE GRONDRECHTEN. De plicht om een prejudiciële vraag te stellen (ex artikel 26, §§1-2 BWGH) wordt door het Hof van Cassatie getemperd. Daar waar het Hof van Cassatie dit in principe zelf verplicht is, besluit het in 2004 om geen prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof. Het stelde immers dat

“Overwegende dat het EVRM primeert op de Grondwet; dat te dezen de Grondwet geen verdergaande eisen stelt aan de beperking van de vrijheid van mening, vergadering en vereniging, dan deze gesteld door het EVRM; dat in de eerste plaats het de rechter toekomt het EVRM uit te leggen en toe te passen.”

Als gevolg daarvan wordt in 2009 en 2014 de regeling inzake prejudiciële vraagstelling voor het Grondwettelijk Hof tweemaal aangepast. Een nieuwe vierde paragraaf in artikel 26 stelt een rangorde of voorrangsregel bij de toetsing in “van een grondrecht dat op geheel of gedeeltelijke analoge wijze is gewaarborgd in een bepaling in titel II van de Grondwet en een bepaling van internationaal recht” (*randnummer 26*). De regeling komt er om een *guerre des juges* te vermijden. Het Grondwettelijk Hof dient een primordiale rol te spelen bij de toetsing van wetgevende normen aan analoge grondrechten¹²⁵. Inzake grondrechten geldt het beginsel van de ‘meest verregaande bescherming’ (*randnummer 27*). Door te stellen dat de Grondwet in casu niet meer bescherming biedt dan het verdrag, matigt het Hof van Cassatie zich een oordeel aan, dat eigenlijk aan het Grondwettelijk Hof toekomt¹²⁶. Bij het toetsen van analoge grondrechten, dient in eerste orde het Grondwettelijk Hof de gelegenheid te hebben om de (centrale) grondwettigheidstoetsing uit te oefenen (*randnummer 34*). Enkel na een positief oordeel over de grondwettelijkheid zal de rechter in tweede orde (diffuus) kunnen toetsen aan het internationaal recht (*randnummer 37*), ook al heeft het Grondwettelijk Hof het internationaal recht indirect bij zijn toetsing betrokken (*randnummer 36*)¹²⁷. Een verdere toetsing door de rechter is immers overbodig indien het Grondwettelijk Hof reeds een schending heeft vastgesteld¹²⁸. Door de aanpassing in 2014 is het duidelijk dat het hier dus gaat om een volgorde bij de toetsing van de wet aan een grondrecht, *niet* om een volgorde bij het stellen van prejudiciële vragen. Artikel 26, §4 BWGH is bijgevolg een *lex specialis* ten opzichte van §§2-3.

¹²⁵ F. DEBAEDTS en J. SMETS, *Prejudiciële vragen aan het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Wolters Kluwer, 2016. p. 192.

¹²⁶ J. VELAERS, "Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten", *TBP* 2010, afl. 7. p. 388.

¹²⁷ F. DEBAEDTS en J. SMETS, *Prejudiciële vragen aan het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Wolters Kluwer, 2016. p. 192 en 198.; In theorie zorgt dit ervoor dat de mogelijkheid op tegenstrijdige uitspraken toch mogelijk blijft, waarbij het GwH de regeling grondwetsconform vindt, en de rechter in casu vindt dat er sprake is van een mensenrechtenschending.

¹²⁸ M. BOSSUYT, "Prejudiciële vragen voor het Grondwettelijk Hof" in P. TAELEMAN (ed.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2016. p. 21-22.

Deze regeling is voornamelijk gestoeld op de situatie waarin partijen enkel internationale grondrechten opwerpen. In dat geval dient eerst en vooral de rechter zelf de vraag te beantwoorden of er grondrechten in het geding zijn die op analoge wijze in de Grondwet worden gewaarborgd. Het oordeel dat er van een analoge bescherming sprake is, impliceert onvermijdelijk een vooroordeel over de interpretatie van een artikel uit titel II van de Grondwet, waarover precies het Grondwettelijk Hof zich later zal dienen uit te spreken¹²⁹. Indien dat zo is, dient de rechter eerst een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof. Paragraaf vier voorziet echter in een aantal gevallen waarin dit niet verplicht is. Daarbij stelt artikel 26, §4, 1° BWGH voorop dat het uitzonderingsregime bij analoge grondrechten, geen afbreuk doet aan de bestaande uitzonderingsgevallen (in §§ 2-3) waarin er geen verplichting is tot het stellen van een prejudiciële vraag¹³⁰. Vervolgens bevatten artikel 26, §4, 2°-4° BWGH drie eigen specifieke uitzonderingsgevallen om onnodige vertragingen in de rechtsbedeling te vermijden, die in geval van samenloop van grondrechten zal primeren.

VIII. SITUATIES WAARIN DE GRONDRECHTEN GEEN DOORWERKING HEBBEN

VIII.1 Toestemming

43. AFSTAND DOEN VAN GRONDRECHTEN. Een eerste situatie waarin grondrechten geen doorwerking zullen hebben, is wanneer de rechtsonderhorige uit vrije wil afstand heeft genomen van zijn grondrecht. In het kader van het EVRM kan een persoon dit slechts doen wanneer er bepaalde minimumgaranties voorhanden zijn. In die zin dient de afstand te gebeuren zonder dat er sprake is van enige vorm van dwang en op een ondubbelzinnige wijze. De afstand kan daarnaast ofwel expliciet ofwel impliciet gebeuren¹³¹. Het strafprocesrecht in het bijzonder kampt echter met een gebrek aan een duidelijk secuur juridisch kader. Er bestaat dan ook discussie over de precieze rol die de toestemming kan spelen in het opsporings- en gerechtelijk onderzoek¹³².

VIII.2 Beperkingen

44. BEPERKINGSWIJZEN. Er zijn drie wijzen waarop grondrechten kunnen worden beperkt: (i) *de draagwijdte van het recht te begrenzen*. De wijze van beperken vloeit hierbij voort uit de formulering van een recht of vrijheid zelf. De reikwijdte van de bescherming van een verdragsrecht

¹²⁹ J. VELAERS, "Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten", *TBP* 2010, afl. 7. p. 393.

¹³⁰ Wanneer enkel een grondrecht is geschonden uit titel II van de Grondwet, dient een prejudiciële vraag gesteld te worden op grond van artikel 26, §1, 3° BWGH. Wanneer echter zowel een grondrecht is geschonden uit titel II van de Grondwet en een internationaal verdrag, dient een prejudiciële vraag gesteld te worden op grond van artikel 26, §4 BWGH.

¹³¹ Y. HAECK, "II. Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens" in *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (2de editie)*, Mortsel, Intersentia, 2011. p. 96.

¹³² C. CONINGS, "Hoofdstuk I. Huidig problematisch kader" in *Klassiek en digitaal speuren naar strafrechtelijk bewijs*, Mortsel, Intersentia, 2017. p. 279-280.

kan worden begrensd en aldus beperkt. Men spreekt dan ook van een beperking door afbakening¹³³. Binnen het beperkt toepassingsgebied geldt dit grondrecht wel absoluut. Dit verschilt met relatieve grondrechten, waar er een heel ruim toepassingsgebied geldt maar waarbinnen inmengingen wel toegelaten worden. Daardoor wordt deze vorm van beperken dan ook voornamelijk bij absolute grondrechten gehanteerd.

(ii) *een inmengings- of escapeclausule*. Voorbeelden van beperkingsclausules vindt men voornamelijk terug in relatieve grondrechten zoals artikel 8 tot en met 11 van het EVRM. Hier wordt in hoofdstuk 2 dieper op ingegaan.

(iii) *een tijdelijke opschorting* van het grondrecht.

45. ABSOLUTE GRONDRECHTEN. Grondrechten zijn absoluut of niet derogeerbaar wanneer het in principe niet onderworpen is aan inmengingen. In principe gebeurt er geen afweging van het desbetreffende recht ten opzichte van andere legitieme belangen. Wanneer een bepaalde situatie onder een absoluut recht valt, zal dit recht ten volle van toepassing zijn. Daarbij dient men in het achterhoofd te houden dat de exacte reikwijdte en inhoud van een absoluut recht wordt afgebakend via de interpretatie door het EHRM¹³⁴. Aldus worden deze grondrechten in absolute termen geformuleerd waarbinnen geen enkele beperking is toegelaten¹³⁵. Voorbeelden hiervan zijn artikel 3 EVRM (verbod van folteringen en onmenselijke en vernederende behandelingen of straffen); artikel 4 EVRM (verbod van slavernij en dwangarbeid); artikel 5 EVRM (recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid), behoudens §1, c; waar een zekere afweging aanwezig is; artikel 7 EVRM (verbod van terugwerkende kracht van de strafwetgeving); artikel 13 EVRM (recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel); artikel 14 EVRM *juncto* art. 1 Twaalfde Protocol (verbod van discriminatie); ...

46. ONDERSCHIED NOTSTANDSFESTE GRONDRECHTEN. Grondrechten die in tijd van oorlog niet kunnen worden opgeschort ex artikel 15, §2 EVRM worden als notstandsfeste grondrechten beschouwd. Deze dienen uitdrukkelijk onderscheiden te worden van absolute grondrechten. Artikel 15, §2 EVRM stelt geen enkele afwijking toe van artikel 2 EVRM (behalve ingeval van dood als gevolg van rechtmatige oorlogshandelingen); artikel 3 EVRM; artikel 4, eerste lid EVRM en artikel 7 EVRM. Hieruit kan worden afgeleid dat bijvoorbeeld artikel 4, tweede en derde lid absoluut zijn, maar niet notstandsfest.

47. RELATIEVE GRONDRECHTEN. Relatieve of derogeerbare grondrechten zijn grondrechten waarvan de wetgever wel kan afwijken. Een relatief recht wordt, evenals de absolute rechten, inhoudelijk en naar reikwijdte duidelijk omschreven, maar, in tegenstelling tot absolute

¹³³ Y. HAECK, "II. Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens" in *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (2de editie)*, Mortsel, Intersentia, 2011. p. 73.

¹³⁴ Y. HAECK en J.V. LANOTTE, "Rechten en vrijheden – Aard – Reikwijdte – Beperkingen" in *Handboek EVRM, Deel 1*, Mortsel, Intersentia, 2005. p. 92.

¹³⁵ S. SOTTIAUX, "Hoofdstuk I. Algemene leerstukken" in *Grondwettelijk recht*, Mortsel, Intersentia, 2016. p. 312.

rechten kan het onderworpen worden aan beperkingen of inmengingen¹³⁶. Met betrekking tot een bepaalde situatie zal de toepassing van het recht niet mogelijk zijn omdat de bescherming van een ander legitiem belang de toepassing ervan verhindert. In bepaalde omstandigheden dient de overheid bijgevolg geen rekening te houden met het betreffende grondrecht. Voorbeelden van deze rechten zijn artikel 2 EVRM (recht op leven); artikel 6 EVRM (openbaarheid van de terechtzitting); artikel 8 EVRM (recht op eerbiediging van privé-leven, gezinsleven, woning en briefwisseling); artikel 9 EVRM (vrijheid van godsdienst of overtuiging te belijden); artikel 10 EVRM (recht op vrijheid van meningsuiting); artikel 11 EVRM (recht van vereniging en vergadering); artikel 12 EVRM (recht om te huwen en een gezin te stichten). Het onderscheid tussen absolute en relatieve rechten ligt bijgevolg in het feit dat wat als een “beperking” op een absoluut recht zou kunnen worden aanzien, eigenlijk de reikwijdte van het recht bepaalt, terwijl de draagwijdte van een relatief recht niet beperkt wordt door een inmenging. De draagwijdte van het recht of de vrijheid blijft dezelfde maar iedere inmenging moet afzonderlijk gerechtvaardigd worden¹³⁷.

48. SCHORSEN VAN GRONDRECHTEN. Een laatste manier om grondrechten te beperken is door deze te schorsen. Ook in dat geval kan een rechtssubject geen genot hebben van zijn grondrechten. Het houdt bijgevolg in dat de afdwinging voor een rechter tijdelijk buiten werking wordt gesteld wegens uitzonderlijk omstandigheden.

49. INTERNATIONALE NOODTOESTAND. Op internationaal vlak is een Staat gerechtigd om in een situatie van noodtoestand de grondrechten *sensu lato* tijdelijk te schorsen¹³⁸. Een rechtsbron vindt men onder andere in artikel 15 EVRM, artikel 4 BUPO-Verdrag, ... Volgens deze bepalingen zou het mogelijk zijn om gewaarborgde rechten en vrijheden te schorsen in “tijd van oorlog of in geval van enig andere algemene noodtoestand die het bestaan van het land of het volk bedreigt” en voor zover “de ernst van de situatie de genomen maatregelen strikt vereist”. In het tweede lid van deze artikelen wordt standaard een aantal grondrechten voorgeschreven die buiten het toepassingsgebied van deze regeling vallen. Tijdens de noodtoestand kan men hier dus van niet afwijken en worden zij als notstandsfeest gekwalificeerd (*randnummer 46*)

50. NATIONALE NOODTOESTAND. Op nationaal vlak ligt deze problematiek anders. Artikel 187 Gec.GW. schrijft immers voor dat er van de Grondwet noch gedeeltelijk, noch tijdelijk kan worden afgeweken. De discussie of er een nationale noodtoestand moet komen valt echter niet binnen het bestek van deze masterproef. Hiervoor verwijs ik louter naar de relevante rechtsleer¹³⁹.

¹³⁶ Y. HAECK en J.V. LANOTTE, "Rechten en vrijheden – Aard – Reikwijdte – Beperkingen" in *Handboek EVRM, Deel 1*, Mortsel, Intersentia, 2005. p. 92

¹³⁷ Y. HAECK en J.V. LANOTTE, "Rechten en vrijheden – Aard – Reikwijdte – Beperkingen" in *Handboek EVRM, Deel 1*, Mortsel, Intersentia, 2005. p. 93

¹³⁸ Y. HAECK, "II. Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens" in *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (2de editie)*, Mortsel, Intersentia, 2011. p. 91.

¹³⁹ A. MAST en J. DUJARDIN, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gent, Story-Scientia, 1985. p. 487; S.V. DROOGHENBROECK, "L'article 187 de la Constitution", *Rev.b.dr.const.* 2006, afl. 3.; J. VANDE LANOTTE *et al.*, "Hoofdstuk 1. Rechten en vrijheden in de Grondwet en in internationale verdragen" in *Belgisch publiekrecht*

IX. GRONDRECHTEN EN HET STRAFPROCESRECHTELIJK VOORONDERZOEK

51. GRONDRECHTEN. Titel II van de Grondwet somt onze grondrechten *sensu stricto* op. Doch als men naar het Wetboek van strafvordering en naar bijzondere wetten kijkt, dan zijn voornamelijk het recht op leven, het verbod van foltering, het eigendomsrecht, de privacy en de vrijheid van het individu de belangrijkste.

52. RECHT OP LEVEN. Het recht op leven werd in 1831 zo vanzelfsprekend geacht dat het niet uitdrukkelijk in de Grondwet werd opgenomen. Het recht op leven vormt immers de voorafgaande voorwaarde voor het genot van alle andere rechten en vrijheden¹⁴⁰. Artikel 2 EVRM is hierin de minimumnorm. *Enerzijds* is dit een negatieve verplichting, aangezien het de Staat verbiedt om op rechtstreekse wijze handelingen te stellen die het recht op leven aantasten van personen die onder hun rechtsmacht ressorteren¹⁴¹. Alleen de gevallen vermeldt in het tweede lid van artikel 2 EVRM laten doding toe in geval van absolute noodzakelijkheid. In het vooronderzoek betreft dit voornamelijk artikel 38 WPA, waarin slechts in vier gevallen gebruik mag worden gemaakt van vuurwapens tegen personen. *Anderzijds* houdt dit ook een positieve verplichting in. Uit het samenlezen van artikel 1 en 2 EVRM kan worden vastgesteld dat de Staat een verplichting heeft om de nodige wettelijke maatregelen te nemen teneinde in de effectieve bescherming van het leven te voorzien¹⁴². In dat opzicht is de handeling van de agent die de voorschriften van artikel 38 WPA niet naleeft strafbaar. Al naar gelang de agent opzettelijk het oogmerk had om te doden is er sprake van doodslag (art. 393 Sw.) dan wel onopzettelijke doodslag (art. 419 Sw.). Leeft hij deze wel na, dan kan er sprake zijn van een gerechtvaardigde doodslag ex artikel 416 Sw.

53. VERBOD VAN FOLTERING OF ONMENSELIJK EN VERNEDERENDE BEHANDELING. Ondervragingen om verdachten tot bekentenissen te doen overgaan, kunnen in sommige gevallen zowel fysiek als psychisch zwaar belastend zijn. Dit is niet alleen vernederend maar kan ook foltering zijn wanneer dit uren aan een stuk wordt gehanteerd. Inhoudelijk komen foltering en onmenselijk behandeling sterk overeen. Doch verschillen zij in het feit dat: (i) foltering meer pijn veroorzaakt dan een onmenselijke behandeling en (ii) foltering uitgevoerd wordt met een

(*Boekdelen 1 en 2*), Brugge, die Keure / la Charte, 2015.; S. SOTTIAUX, "Nood aan een noodgrondwet? ", *De Juristenkrant* 2015, afl. 319.; P. POPELIER, "Wie verdedigt (de noodtoestand in) België?", *Rechtskundig Weekblad (RW)* 2016, afl. 09.; W. VERRIJDT en G.V. HAEGENBORGH, "De noodtoestand in het Belgisch publiekrecht" in W. VERRIJDT, G.V. HAEGENBORGH, J.-P. LOOF, A. DIERICKX, J. TEN VOORDE, G. JOCQUÉ, M. HEBLY en S. LINDENBERGH (eds.), *Noodtoestand in het publiekrecht. Strafbaarstelling van nieuwe vormen van ongewenste seksuele gedragingen. Schadebegroting en tijdsverloop*, Den Haag, Boom juridisch, 2016.; R. GERITS, "De 'staat van oorlog' en de 'staat van beleg': uitzonderingsregimes die aan een herziening toe zijn" in *Uitzonderlijke omstandigheden in het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2019.

¹⁴⁰ A. ALEN *et al.*, *Handboek van het Belgische staatsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995. p. 529.

¹⁴¹ J.V. LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar (Volume I)*, Antwerpen, Intersentia, 2004. p. 46.

¹⁴² J.V. LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar (Volume I)*, Antwerpen, Intersentia, 2004. p. 50.

bepaald doel, nl het bekomen van informatie of bekentenissen¹⁴³. Ook bepaalde handeling zoals een onderzoek aan het lichaam kunnen onmenselijk of vernederend zijn. Zij is te onderscheiden van fouillering welke louter het doorzoeken van kledij, tassen of vervoermiddelen inhoudt. De grondrechten *sensu lato* zoals artikel 3 EVRM, het VN-Folterverdrag en het Europees Folterverdrag beschermen de rechtsonderhorige tegen dergelijke situaties.

54. EIGENDOMSRECHT. Goederen kunnen opgedeeld worden in voorwerpen die voor private eigendom kunnen worden toegeëigend (goederen binnen de handel) en deze die dit niet kunnen (goederen buiten de handel). Met beide soorten goederen kan men een misdrijf plegen die tot vervolging kan leiden. Goederen buiten de handel zijn zaken waarvan het bezit of de exploitatie strafbaar is. Voorbeelden zijn verboden vuurwapens of drugs. Deze goederen komen *in feite* wel in aanmerking voor private toe-eigening en verhandeling, maar niet in rechte. Er is een wettelijk beletsel¹⁴⁴. Daarnaast kan men ook geldige toegeëigende voorwerpen gebruiken om een misdrijf te plegen. Bijvoorbeeld wanneer iemand een mes gebruikt om een ander dood te steken of zijn auto gebruikt om een bank te beroven. Dit onderscheid kan men ook halen uit de regeling van bijzondere verbeurdverklaring in artikel 42 Strafwetboek:

Bijzondere verbeurdverklaring¹⁴⁵ wordt toegepast :

1° Op de zaken die het voorwerp van het misdrijf uitmaken, en op die welke gediend hebben of bestemd waren tot het plegen van het misdrijf, wanneer zij eigendom van de veroordeelde zijn;

2° Op de zaken die uit het misdrijf voortkomen.

3° Op de vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen, op de goederen en waarden die in de plaats ervan zijn gesteld en op de inkomsten uit de belegde voordelen.

Art. 28bis, §3 Sv. *juncto* artikel 35 Sv. bepaalt dat de procureur des Konings tijdens het opsporingsonderzoek kan overgaan tot het in beslag nemen van dergelijke voorwerpen. Ook tijdens een gerechtelijk onderzoek kan de onderzoeksrechter overgaan tot inbeslagname. Het beslag onttrekt één of meerdere zaken aan de beslagene. Artikel 35 Sv. formuleert het doel van de inbeslagname. Het doel bestaat erin de inbeslaggenomen goederen te bewaren met het oog op de bewijsvoering enerzijds en de verbeurdverklaring anderzijds. Inbeslagneming mag bijgevolg niet verward worden met verbeurdverklaring. De (bijzondere) verbeurdverklaring of confiscatie is een bijkomende straf die door middel van een rechterlijke beslissing de veroordeelde het

¹⁴³ J.V. LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar (Volume 1)*, Antwerpen, Intersentia, 2004. p. 142.

¹⁴⁴ A. WYLLEMAN, "Hoofdstuk I: De leer van de indeling van de goederen" in *Goederenrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2017. p. 11.

¹⁴⁵ Een bijzondere verbeurdverklaring dient onderscheiden te worden van een algemene verbeurdverklaring. Deze laatste houdt in dat men als straf de eigendom van *alle* goederen van de beklaagde kan ontnemen en niet enkel deze die het voorwerp zijn van een misdrijf of daaruit voortkomen. Een algemene verbeurdverklaring is volgens artikel 17 Gec.GW dan ook niet mogelijk.

eigendomsrecht over bepaalde goederen definitief ontnemt¹⁴⁶. Verbeurdverklaring dient duidelijk onderscheiden te worden van inbeslagneming. Deze laatste is geen straf maar een onderzoeksmaatregel, waarbij men de eigenaar of bezitter voorafgaand aan het verbeurdverklaren tijdelijk het genot van een zaak ontzegt zonder het eigendomsrecht zelf aan te tasten¹⁴⁷. Desondanks dit verschil heeft de inbeslagneming dezelfde goederen tot voorwerp welke vatbaar zijn voor verbeurdverklaring. Aangezien deze onderzoeksmaatregel het eigendomsrecht niet aantast, zal deze in de loop van deze masterproef niet verder worden besproken.

55. VRIJHEID. Het eerste lid van artikel 12 Gec.GW. stelt dat de vrijheid van persoon gewaarborgd is. Gelezen in samenhang met het tweede en het derde lid kan die bepaling als een strafrechtelijke waarborg worden geïnterpreteerd: een persoon kan niet zomaar door de instanties die met de opsporing en de vervolging van misdrijven zijn belast, van zijn vrijheid worden beroofd¹⁴⁸. Indien de verdachte in de loop van het vooronderzoek (voorlopig) dient aangehouden te worden, dan kan dit alleen door de rechter worden beslist. Dit belet bijgevolg niet dat een verdachte door de politie wordt aangehouden, maar slechts met dien verstande dat de gearresteerde onverwijld voor een rechter wordt geleid¹⁴⁹. Meer voorwaarden stelt de Grondwet niet. De ratio legis ervan is om de terugkeer naar de praktijken van het ancien régime onmogelijk te maken, toen het staatshoofd, door een ‘lettre de cachet’, willekeurig iemand van zijn vrijheid kon beroven. De regel van het verplichte optreden van de rechter bij de aanhouding van de rechtsonderhorige is ingegeven door de Britse instelling van het *habeas corpus*. Door een beroep op de rechter te doen, kan de burger zich tegen elke willekeurige hechtenis verzetten¹⁵⁰. In dat opzicht bieden de grondrechten *sensu lato* een meer gedetailleerdere bescherming tegen vrijheidsberoving. Het eerste lid van artikel 5 EVRM stelt dat iedereen recht heeft op persoonlijke vrijheid en veiligheid en bepaalt op duidelijke, gedetailleerde en limitatieve wijze in welke gevallen een vrijheidsberoving mogelijk is¹⁵¹. In het kader van het vooronderzoek geldt in dat opzicht alinea c). Aangezien dit artikel specifiek omschreven is, biedt het voor de wetgever bijgevolg weinig manoeuvreerruimte om wettelijk op te treden. Om die reden zal er in deze masterproef niet dieper ingegaan worden op het ontnemen van iemands vrijheid in het strafprocesrechtelijk vooronderzoek.

¹⁴⁶ C.V.D. WYNGAERT, P. TRAEST en S. VANDROMMEN, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu-uitgevers, 2017. p. 434.

¹⁴⁷ R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, "Deel 6. De strafrechtelijke sancties" in *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors (11de editie)*, Morsel, Intersentia, 2018. p. 351

¹⁴⁸ J. VANDE LANOTTE *et al.*, "Hoofdstuk 5. De vrijheid van persoon en andere strafrechtelijke grondrechten" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 391.

¹⁴⁹ C.V.D. WYNGAERT *et al.*, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu-uitgevers, 2017. p. 930.

¹⁵⁰ A. MAST en J. DUJARDIN, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gent, Story-Scientia, 1985. p. 533-534; A. ALEN *et al.*, *Handboek van het Belgische staatsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995. p. 540.

¹⁵¹ J. VANDE LANOTTE *et al.*, "Hoofdstuk 5. De vrijheid van persoon en andere strafrechtelijke grondrechten" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 434.

56. PRIVACY. Vóór 1993 werd het recht van de persoonlijke levenssfeer in algemene zin niet grondwettelijk gewaarborgd¹⁵². Met het nieuw artikel 22 Gec.GW in 1994, blijkt uit de parlementaire voorbereiding dat de constituanten aan het grondrecht *sensu stricto* dezelfde inhoud en interpretatie als aan grondrechten *sensu lato* heeft willen geven, zodat de rechtsonderhorige dit subjectief recht zowel kan invoeren wanneer de overheid zich hierin mengt, als wanneer ze nalaat de nodige beschermingsmaatregelen te nemen¹⁵³. Zo heeft het EHRM op praetoriaanse wijze bepaald dat artikel 8 EVRM niet alleen willekeurige inmenging verbiedt, maar tevens ook aan de verdragsstaten de verplichting oplegt om de nodige maatregelen te nemen teneinde het effectief genot van het privé-leven te verzekeren¹⁵⁴. Bijgevolg is het recht op privé-leven in hoofdzaak van de nationale Staat, zowel een negatieve als een positieve verplichting¹⁵⁵. Uit artikel 8 EVRM kunnen in feite vier onderscheiden aanspraken worden afgeleid: (i) recht op eerbiediging van het privéleven; (ii) recht op eerbiediging van het gezinsleven; (iii) recht op bescherming van de woning; en (iv) recht op eerbiediging van de persoonlijke communicatie¹⁵⁶. Wanneer men alle onderzoeksmaatregelen nagaat die het parket of de onderzoeksrechter in het vooronderzoek kunnen verrichten, dan stelt men vast dat het merendeel ervan een mogelijke inbreuk op de privacy inhoudt. Voorbeelden ervan zijn de huiszoeking; bijzondere opsporingsmethoden; databeslag en netwerkzoeking; het inwinnen van bankgegevens; DNA-onderzoek; onderzoek aan het lichaam; onderscheppen, in beslag nemen en openen van post; identificatie van telefoonnummers en lokaliseren van telecommunicatie; de telefoontap; inblikoperaties... Deze onderzoeksmaatregelen dienen aanzien te worden als een inmenging in het privéleven. Prima facie stipuleert de Grondwet maar één voorwaarde opdat een inmenging in het privéleven toegelaten zou zijn, met name dat dit door de wet is bepaald (*legaliteitstoets*). Desalniettemin moet de wetgever artikel 53 EVRM indachtig houden (*randnummer 27*). Naar analogie van artikel 8, tweede lid EVRM en de rechtspraak van het EHRM, is tevens vereist dat de wettelijke bepaling voldoende precies is, dat de inmenging beantwoordt aan een dwingende maatschappelijke behoefte (*legitimitoets*) en dat deze laatste noodzakelijk is in een democratische samenleving (*noodzakelijkheidsvereiste*). Gelet op de vaagheid van de beperkingsvoorwaarden biedt artikel 8 EVRM, in tegenstelling tot artikel 5 EVRM meer armslag voor de wetgever om wettelijk op te treden. Gelet op het primordiaal belang van dit grondrecht enerzijds, en de vaagheid van de beperkingsvoorwaarden anderzijds, zal voornamelijk dit grondrecht besproken worden in deze masterproef.

¹⁵² A.V. MENSEL, *De Belgische federatie : het labyrint van Daedalus : een artikelsgewijs commentaar van de Belgische grondwet*, Gent, Mys & Breesch, 1996. p. 101

¹⁵³ A. ALEN *et al.*, *Handboek van het Belgische staatsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995. p. 579.

¹⁵⁴ J.V. LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar (Volume I)*, Antwerpen, Intersentia, 2004. p. 721.

¹⁵⁵ R. CLAYTON en H. TOMLINSON, *Privacy and freedom of expression*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2010. p. 85.

¹⁵⁶ P.D. HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht : de bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys en Breesch, 1998. p. 6.

HOOFDSTUK 2: RECHT OP PRIVÉLEVEN EN STRAFPROCESRECHTELIJKE INMENGING

I. ALGEMEEN

57. PRIVÉLEVEN. In het vorige hoofdstuk is vastgesteld dat privacy één van de belangrijkste grondrechten vormt in het strafprocesrecht. Daarom is het belangrijk om eerst na te gaan wat dit begrip juist inhoud. Gelet op het feit dat de grondwetgever de bedoeling had om met artikel 22 Gec.GW een zo groot mogelijke concordantie met artikel 8 EVRM te bereiken, zal voornamelijk de inhoud bekeken worden vanuit dit grondrecht *sensu lato*. Daarnaast zal ook kort worden stilgestaan bij de artikelen 15 en 29 Gec.GW. Deze artikelen worden namelijk in samenhang gelezen met artikel 8 EVRM (*randnummer 36*). Het vormt een perfect voorbeeld hoe het Grondwettelijk Hof via deze techniek, de grondrechten *sensu stricto* - waarvan de meeste ongewijzigd zijn sinds 1831 - een evolutieve interpretatie geeft, die hen in lijn brengt met grondrechten *sensu lato*, zoals het BUPO en het EVRM.

58. BEPERKEN VAN HET PRIVÉLEVEN. In hoofdstuk 1 (*randnummer 47*) werd er reeds op gewezen dat het privéleven een relatief grondrecht is. Opdat een beperking in het privéleven is toegestaan dient een Staat te voldoen aan de beperkings- of escapeclausule van artikel 8 EVRM. Bijgevolg moet de inmenging in overeenstemming zijn met het nationale recht, een legitieme doelstelling nastreven en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Het voorwerp van mijn onderzoeksvraag (*randnummer 84*) is dan ook de vraag wat deze begrippen concreet inhouden.

59. CONTEXTUEEL. Dat privacy relatief is, geldt ook op andere vlakken. Belangrijk is te begrijpen dat het privéleven een begrip is dat van tijdperk tot tijdperk (*cross-time*)¹⁵⁷ verschilt en ook van cultuur tot cultuur (*cross cultural*)¹⁵⁸. Dit laatste wijst op het feit dat Islamitische, Oosterse en Afrikaanse Staten elk hun eigen kijk op de realiteit hebben. Niet overal ter wereld staat het individu met zijn vrijheid en zijn eigendom op een pedestaal. Kenschetsend is dat het Afrikaans Handvest voor de Rechten van de Mens, en de Japanse Grondwet geen uitdrukkelijke melding maken van privacy. Het begrip is bijgevolg afhankelijk van maatschappelijke, staatkundige, culturele, godsdienstige en historische ijkpunten. Het is dan ook belangrijk om de context waarin we leven in het achterhoofd te houden, namelijk een van terreur (*randnummer 4*).

60. DEFINITIE PRIVACY. Juristen hebben iets met definities. Dit komt doordat duidelijkheid over begrippen niet zonder reden wordt nagestreefd. De toepasselijkheid van een rechtsregel op een concreet geval, hangt in grote mate af van de herleidbaarheid van die casus tot de termen van de regel¹⁵⁹. Ten eerste is het woord privéleven zelf inhoudelijk heel vaag. De intrinsieke

¹⁵⁷ D. MARSHALL en T. THOMAS, *Privacy and criminal justice*, Cham, Switzerland, Palgrave Macmillan, 2017. p. 13-39.

¹⁵⁸ S. GUTWIRTH, *Privacyvrijheid! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Amsterdam, Cramwinckel, 1998. p. 30-43.

¹⁵⁹ S. GUTWIRTH, *Privacyvrijheid! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Amsterdam, Cramwinckel, 1998. p. 45.

ongrijpbaarheid van het te definiëren object dat dient te worden beschermd, zorgt ervoor dat S. GUTWIRTH de mening is toegedaan dat het recht op privéleven niet kan aanzien worden als een subjectief recht¹⁶⁰. Het feit dat een vrijheid vaag is en een ruime invulling kan krijgen, wijst er niet op dat dit geen subjectief recht kan zijn. Een vrijheid houdt namelijk voor een rechtssubject een plicht in om zich te onthouden bepaalde handelingen te stellen in het leven van een ander rechtssubject, op grond van het objectief recht die deze eerste daartoe rechtstreeks verplicht. Ondanks het feit dat op het eerste zicht niet duidelijk is welke handelingen niet en welke wel mogen worden gesteld, zal dit door de rechter casuïstisch worden ingevuld. Dit zal bijgevolg contextueel anders worden ingevuld. In de rechtsleer komt men vaak tot de definitie dat het gaat om rechten die raken aan de individualiteit van een persoon en waarvan de bescherming een ontplooiing van zijn persoonlijkheid en welzijn moet garanderen¹⁶¹.

II. HET GRONDRECHT PRIVÉLEVEN SENSU LATO

II.1 Artikel 8 EVRM

61. ARTIKEL 8 EVRM. Een van de oudste en tot op heden nog steeds de belangrijkste rechtsbron van het recht op privéleven is artikel 8 EVRM. Het stipuleert dat

“1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.”

Het recht op privéleven is een subjectief recht met directe werking, op basis waarvan het rechtssubject heel wat aanspraken heeft. Traditioneel leidt de rechtsleer uit de rechtspraak van het EHRM vier in het artikel vermelde aanspraken af (*zie randnummer 56*). Aannemelijk is dat het begrip privéleven het algemeen, overkoepelend beschermingsobject van de bepaling is, terwijl de drie andere onderdelen als bijzondere aspecten van het privéleven kunnen worden beschouwd¹⁶². Daardoor is het niet altijd mogelijk deze vier aanspraken scherp van elkaar te onderscheiden, zodat overlap mogelijk is. Zo kan een telefoontap gezien worden als zowel een inmenging in recht op correspondentie als het recht op privéleven. Bij gebrek aan allesomvattende omschrijving van de vier begrippen, bekijkt het EHRM zaak per zaak of de in het geding zijnde belangen bescherming genieten onder artikel 8 EVRM of niet. De vier begrippen zijn autonoom en staan los van

¹⁶⁰ S. GUTWIRTH, *Privacyvrijheid! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Amsterdam, Cramwinckel, 1998. p. 51-52.

¹⁶¹ J.V. LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar (Volume I)*, Antwerpen, Intersentia, 2004. p. 711.

¹⁶² L. VERHEY, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1992. p. 200.

nationaalrechtelijke invullingen. Ze evolueren mee met de tijd en zijn afhankelijk van sociale, juridische en technische ontwikkelingen¹⁶³. Zodoende wordt ruimte gelaten voor de mogelijkheid om het EVRM te aanzien als een levend instrument, dat moet worden geïnterpreteerd op een dynamische en evolutieve manier volgens een bepaalde actuele context¹⁶⁴.

II.2 Recht op eerbiediging van het privéleven

62. RECHT OP INTIMITEIT – “RIGHT TO BE LET ALONE”. Deze overkoepelende term wijst vooreerst op het feit dat het privéleven een afweerrecht vormt. Oorspronkelijk vormt het een recht om de overheid en medeburgers op een afstand te houden en alzo een intieme sfeer te bewerkstelligen waar men liefst alleen is of samen met degenen die men zelf tot deze sfeer wil toelaten¹⁶⁵. Het gaat om een recht op intimiteit, een “right to be let alone”. In de rechtsleer wordt unaniem verwezen naar een artikel in 1890 in de Harvard Law Review van Warren en Brandeis als grondleggers hiervan. Dit wordt door het EHRM de “inner circle” genoemd, ofwel een intieme kring waarbinnen men een van het publiek afgezonderd leven kan leiden en het individu zich persoonlijk kan ontplooiën zonder inmenging van eenieder die niet binnen die kring is omsloten¹⁶⁶.

Dat dit recht persoonlijk is, zorgt ervoor dat de concrete invulling verschilt van individu tot individu¹⁶⁷. Zo is het privéleven van een politicus of sportvedette niet zo uitgebreid als dat van een gewone burger¹⁶⁸. Deze bescherming tegen o.a. willekeurige overheidsinmengingen in die intieme sfeer geldt ook voor publieke of openbare plaatsen. Derhalve is dit recht niet louter beperkt tot private fysieke plaatsen waar een persoon zich ten volle moet kunnen ontplooiën en zich kan afsluiten van de buitenwereld (*randnummer 67*)¹⁶⁹. Het Hof hanteert in die publieke context “de redelijke privacyverwachting” als een belangrijk, doch niet beslissend criterium¹⁷⁰. Dit afweerrecht komt in het strafprocesrecht het meest in het gedrang n.a.v. bepaalde onderzoeksmethoden zoals ‘surveillance’¹⁷¹. Het EHRM ziet daar bijzonder streng op toe, vooral omdat dergelijke maatregelen

¹⁶³ C. CONINGS, "Hoofdstuk II. Normatief kader" in *Klassiek en digitaal speuren naar strafrechtelijk bewijs*, Mortsels, Intersentia, 2017. p. 394.

¹⁶⁴ B. DOCQUIR en Y. POULLET, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, Larcier, 2008. p. 65.

¹⁶⁵ J. VELAERS, "De Grondwet: Het federale België, het grondgebied, de grondrechten (artikel 1-32)" in *De Grondwet - Een artikelsgewijze commentaar. Deel I - Het federale België, het grondgebied, de grondrechten*, Brugge, die Keure / la Charta, 2019. p.392; F. SCHRAM, *Privacy & persoonsgegevens : algemeen handboek*, Brussel, Politeia, 2017. p. 41.

¹⁶⁶ U. KILKELLY, *The right to respect for private and family life. A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, 2001; <https://rm.coe.int/168007ff47>. p. 11.

¹⁶⁷ M. VAN DAMME, "Titel II. Bespreking van een aantal grondrechten en fundamentele vrijheden" in *Overzicht van het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure / la Charta, 2015. p. 409.

¹⁶⁸ A. ALEN *et al.*, *Handboek van het Belgische staatsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995. p. 580.

¹⁶⁹ C. CONINGS, "Hoofdstuk II. Normatief kader" in *Klassiek en digitaal speuren naar strafrechtelijk bewijs*, Mortsels, Intersentia, 2017. p. 395.

¹⁷⁰ C. CONINGS, "Hoofdstuk II. Normatief kader" in *Klassiek en digitaal speuren naar strafrechtelijk bewijs*, Mortsels, Intersentia, 2017. p. 397-398; S. SOTTIAUX, "Hoofdstuk II. Overzicht van enkele belangrijke grondrechten" in *Grondwettelijk recht*, Mortsels, Intersentia, 2016. p. 394.

¹⁷¹ R. CLAYTON en H. TOMLINSON, *Privacy and freedom of expression*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2010. p. 97.

een van de karakteristieken uitmaken van het soort politiestaat waartegen het EVRM precies bescherming wil bieden¹⁷².

63. RECHT OP IDENTITEIT. Ten tweede vormt de kern van het privéleven de mogelijkheid om een perceptie van zichzelf te formuleren en om een bepaalde identiteit te kiezen en deze naar de buitenwereld te tonen¹⁷³. Dit omvat onder meer de vrijheid om zijn eigen uiterlijk te bepalen¹⁷⁴, zijn seksuele geaardheid, het recht op informatie over biologische ouders of kinderen, als ook een recht op een goede naam of reputatie¹⁷⁵. De bescherming van een seksuele identiteit heeft bijgevolg ook een belangrijke emancipatorische dimensie gehad, in het bijzonder voor homoseksuelen in hun strijd voor erkenning van hun andersgeaardheid¹⁷⁶. Deze emancipatie geldt ook voor andere minderheden in de samenleving die onderdrukt worden¹⁷⁷.

64. RECHT OP FYSIEKE EN MORELE INTEGRITEIT. Vervolgens slaat dit recht ook op de fysieke en morele integriteit van een persoon. Het EHRM beschouwt het menselijk lichaam als het meest intieme gedeelte van het privéleven¹⁷⁸. Dit omvat onder meer het principiële recht om niet zonder toestemming seks te moeten hebben of om te worden onderworpen aan lichamelijke of geestelijke onderzoeken¹⁷⁹. Indien deze toestemming niet vereist zou zijn, zou dit personen in een zwakke positie (zoals gedetineerden) immers geen wettelijke bescherming bieden tegen arbitraire handelingen¹⁸⁰. Er is daarnaast ook een conflict tussen enerzijds de volksgezondheid en anderzijds het individueel zelfbepalingsrecht, waarbij het individu zelf kiest welke medische hulp hij wenst¹⁸¹. Daarnaast slaat dit bijvoorbeeld ook op de mogelijkheid om te kiezen voor zwangerschap of abortus¹⁸². Tot slot heeft dit onderdeel ook een bepaalde relatie met artikel 3 EVRM. Deze laatste legt een bepaald minimumniveau van ernst op als drempel voor de toepassing ervan. Als hieraan

¹⁷² J. VANDE LANOTTE *et al.*, "Hoofdstuk 6. Recht op eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 469.

¹⁷³ R. CLAYTON en H. TOMLINSON, *Privacy and freedom of expression*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2010. p. 101.

¹⁷⁴ B. DOCQUIR en Y. POULLET, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, Larcier, 2008. p. 68.

¹⁷⁵ R. CLAYTON en H. TOMLINSON, *Privacy and freedom of expression*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2010. p. 106; E. BREMS *et al.*, "Privéleven en gezinsleven" in J. GERARDS *et al.* (eds.), *EVRM: Rechtspraak & Commentaar.*, Den Haag, SdU Uitgevers, 2010. p. 7.

¹⁷⁶ J. VANDE LANOTTE *et al.*, "Hoofdstuk 6. Recht op eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 493.

¹⁷⁷ S. GUTWIRTH, *Privacyvrijheid! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Amsterdam, Cramwinckel, 1998. p. 68-73.

¹⁷⁸ C. CONINGS, "Hoofdstuk II. Normatief kader" in *Klassiek en digitaal speuren naar strafrechtelijk bewijs*, Mortsel, Intersentia, 2017. p. 395.

¹⁷⁹ J. VELAERS, "De Grondwet: Het federale België, het grondgebied, de grondrechten (artikel 1-32)" in *De Grondwet - Een artikelsgewijze commentaar. Deel I - Het federale België, het grondgebied, de grondrechten*, Brugge, die Keure / la Charte, 2019. p. 411; E. BREMS *et al.*, "Privéleven en gezinsleven" in J. GERARDS *et al.* (eds.), *EVRM: Rechtspraak & Commentaar.*, Den Haag, SdU Uitgevers, 2010. p. 8-9.

¹⁸⁰ G. VERMEULEN, *Privacy en strafrecht: nieuwe en grensoverschrijdende verkenningen*, Antwerpen, Maklu, 2007. p. 34.

¹⁸¹ W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2017. p. 371.

¹⁸² R. CLAYTON en H. TOMLINSON, *Privacy and freedom of expression*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2010. p. 95.

niet is voldaan, kan een behandeling die geen inbreuk vormt op artikel 3 EVRM desalniettemin het privéleven schenden wanneer dit voldoende nadelig is¹⁸³.

65. RELATIONEEL EN INFORMATIONEEL CONCEPT. In 1992 stelt het EHRM voorop dat privacy “*een relationeel concept*” is, dat verder gaat dan louter iemands eigen intieme leefomgeving¹⁸⁴. Het beslaat dan ook deels het recht op eerbiediging van de communicatie (*randnummer 71*). Zo houdt het een zeker recht in om vertrouwelijk direct of vanop afstand met anderen te communiceren zonder inmenging van buitenaf¹⁸⁵. Het omvat bijgevolg een recht op het uitbouwen van menselijke contacten en sociale banden, ter ontwikkeling van zijn of haar persoonlijkheid of identiteit¹⁸⁶. Alle relaties die niet onder het toepassingsgebied van het gezinsleven vallen, worden desalniettemin door dit recht beschermt¹⁸⁷. Te denken valt aan relaties tussen pleegouders en pleegkinderen, homoseksuelen, personen die nog niet getrouwd zijn,... Deze ruimere interpretatie van het begrip privéleven, laat het EHRM toe om ook professionele relaties te beschouwen als een onderdeel van het privéleven. Per slot van rekening ontwikkelen mensen ook tijdens hun beroepsleven relaties met andere mensen¹⁸⁸. Zowel “the right to be let alone” als de relationele dimensie slaan bijgevolg op het feit dat een mens het recht heeft om zich zowel binnen als buiten zijn intieme kring, persoonlijk te ontwikkelen. Ze geven de mogelijkheid om het willen alleen zijn te verzoenen met de wens tot communicatie met anderen¹⁸⁹. Daarnaast vallen ook seksuele relaties onder het toepassingsgebied. Doch maakt de rechtspraak van het EHRM een voorbehoud door te stellen dat niet elke seksuele activiteit die achter gesloten deuren plaatsvindt onder het toepassingsgebied van artikel 8 EVRM ressorteert¹⁹⁰. Tot slot moet er ook gewezen worden op de huidige proliferatie van technologische ontwikkelingen. Dit leidt ertoe dat er naast relationele privacy, bijkomend ook sprake van een “*informationele privacy*”¹⁹¹. Dit heeft

¹⁸³ W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights : a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2017. p. 370.

¹⁸⁴ J.V. LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar (Volume I)*, Antwerpen, Intersentia, 2004. p. 722.

¹⁸⁵ C. CONINGS, "Hoofdstuk II. Normatief kader" in *Klassiek en digitaal speuren naar strafrechtelijk bewijs*, Mortsels, Intersentia, 2017. p. 396.

¹⁸⁶ J. VELAERS, "De Grondwet: Het federale België, het grondgebied, de grondrechten (artikel 1-32)" in *De Grondwet - Een artikelsgewijze commentaar. Deel I - Het federale België, het grondgebied, de grondrechten*, Brugge, die Keure / la Charte, 2019. p. 415; J. VANDE LANOTTE *et al.*, "Hoofdstuk 6. Recht op eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 491; M. VAN DAMME, "Titel II. Bespreking van een aantal grondrechten en fundamentele vrijheden" in *Overzicht van het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 413; R. CLAYTON en H. TOMLINSON, *Privacy and freedom of expression*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2010. p. 105.

¹⁸⁷ U. KILKELLY, *The right to respect for private and family life. A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, 2001; <https://rm.coe.int/168007ff47>. p. 11.

¹⁸⁸ A.V.D. VIJVER en S.D. RAEDT, *Grondrechten in fiscalibus 1989-2014*, Brussel, Larcier, 2016. p. 479.

¹⁸⁹ G. VERMEULEN, *Privacy en strafrecht : nieuwe en grensoverschrijdende verkenningen*, Antwerpen, Maklu, 2007. p. 12.

¹⁹⁰ E. BREMS *et al.*, "Privéleven en gezinsleven" in J. GERARDS *et al.* (eds.), *EVRM : Rechtspraak & Commentaar.*, Den Haag, SdU Uitgevers, 2010. p. 6; te denken valt aan sadomasochisme.

¹⁹¹ L. VERHEY, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1992. p. 194.

voornamelijk belang bij het inwinnen van informatie zoals het opvragen, opsporen, opslaan of verspreiden van persoonsgegevens¹⁹². Persoonsgegevens zijn gegevens die handelen over een geïdentificeerd of identificeerbaar persoon¹⁹³. Vooral het oncontroleerbare gebruik van dergelijke gegevens, buiten weten van de betrokkenen om, vergt een bijzondere alertheid van de wetgever¹⁹⁴. Onder bepaalde omstandigheden dienen de gegevens wel beschikbaar te zijn voor het betrokken individu¹⁹⁵. Voorbeelden zijn gegevens over iemands geloof, gezondheid, financiële situatie, gerechtelijk verleden, politieke overtuiging, ...

66. RECHT VAN ZELFBEPALING. Als laatste omvat het recht ook nog een notie van autonomie of een recht van zelfbepaling¹⁹⁶. Het feit dat eenieder het recht heeft zich persoonlijk te ontwikkelen zonder inmenging van anderen, heeft als gevolg dat op grond daarvan, eenieder het recht heeft een leven te leiden zoals hij dat zelf verkiest¹⁹⁷. Beslissingen over het eigen leven en het eigen lichaam zijn hoogstpersoonlijk en behoren daardoor tot de sfeer van de privacyvrijheid¹⁹⁸. Deze beslissingen hangen nauw samen met andere rechten en vrijheden zoals vrijheid van gedachte en godsdienst¹⁹⁹, het recht op vrije meningsuiting²⁰⁰, het recht te huwen²⁰¹, het recht op onderwijs²⁰², ... Het bovenstaande recht op identiteit en dit recht van zelfbepaling zijn aanspraken die zich wederzijds versterken²⁰³. Zij zorgen er voor dat een individu zelf bepaalt hoe hij naar de buitenwereld wil overkomen, hoe lang zijn haar is, hoeveel tatoeages hij zet, welke kleren hij draagt, ... Volgens deze zienswijze is het privéleven ook een claim om te bepalen wanneer, hoe en in welke mate informatie over zichzelf wordt doorgegeven aan anderen²⁰⁴. Anders geformuleerd heeft een individu het recht om zelf te bepalen wat er gebeurt met informatie die op hem betrekking

¹⁹² J. VELAERS, "De Grondwet: Het federale België, het grondgebied, de grondrechten (artikel 1-32)" in *De Grondwet - Een artikelsgewijze commentaar. Deel I - Het federale België, het grondgebied, de grondrechten*, Brugge, die Keure / la Charte, 2019. p. 395 e.v.

¹⁹³ C. CONINGS, "Hoofdstuk II. Normatief kader" in *Klassiek en digitaal speuren naar strafrechtelijk bewijs*, Morsel, Intersentia, 2017. p. 399.

¹⁹⁴ M. VAN DAMME, "Titel II. Bespreking van een aantal grondrechten en fundamentele vrijheden" in *Overzicht van het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 412.

¹⁹⁵ W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights : a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2017. p. 383.

¹⁹⁶ W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights : a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2017. p. 375.

¹⁹⁷ R. CLAYTON en H. TOMLINSON, *Privacy and freedom of expression*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2010. p. 93.

¹⁹⁸ J. VELAERS, "De Grondwet: Het federale België, het grondgebied, de grondrechten (artikel 1-32)" in *De Grondwet - Een artikelsgewijze commentaar. Deel I - Het federale België, het grondgebied, de grondrechten*, Brugge, die Keure / la Charte, 2019. p. 413.

¹⁹⁹ Artikel 9 EVRM

²⁰⁰ Artikel 10 EVRM

²⁰¹ Artikel 12 EVRM

²⁰² Artikel 2 van het Aanvullend Protocol.

²⁰³ B. DOCQUIR en Y. POULLET, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, Larcier, 2008. p. 66.

²⁰⁴ G. VERMEULEN, *Privacy en strafrecht : nieuwe en grensoverschrijdende verkenningen*, Antwerpen, Maklu, 2007. p. 12.

heeft. Analoog met informationele privacy, wordt dit de informationele zelfbepaling genoemd. Andere vormen van autonomie zijn de keuzes inzake zelfdoding, de naam en (trans)seksualiteit.

II.3 Recht op bescherming van de woning

67. RUIMTELIJKE PRIVACY. Het recht op bescherming van de woning is het eerste onderdeel dat ruimtelijk kan worden afgebakend. Het privéleven is hier dan ook een ruimtelijk begrensde territorium, waar het individu het recht heeft om zich af te zonderen²⁰⁵. Het stelt rechtsonderhorigen in de mogelijkheid om een belangrijk deel van hun leven af te schermen van de buitenwereld, door het te beleven en te concentreren binnen de muren van zijn woning²⁰⁶. Bovendien kan de rechtsonderhorige zelf bepalen of, wanneer en hoe hij aan dit grondrecht verzaakt door de “buitenwereld” in zijn ruimtelijke intieme sfeer binnen te laten²⁰⁷. Het is bijgevolg gericht op de ontwikkeling van zijn persoonlijke vrijheid binnen een bepaalde fysieke plaats. De andere drie onderdelen van het privéleven zorgen er voor dat ook daarbuiten het persoonlijk intieme leven een zekere graad van bescherming geniet. De andere drie onderdelen van het privéleven gelden bijgevolg zowel in de private als de publieke ruimten. Pro memoria geldt in dat laatste geval het criterium van “de redelijke privacyverwachting” (*randnummer 62*).

68. TE ONDERSCHIEDEN VAN RECHT OP WONEN. Een recht op een behoorlijke huisvesting ligt vervat in een samenlezen van artikel 11 van het ECOSOC-Verdrag, artikel 31 van het Herziene Sociaal Europees Handvest en artikel 23 Gec.GW. Belangrijk hierbij is dat deze “tweede generatie” grondrechten geen directe werking hebben²⁰⁸. Het houdt voor de overheid een verplichting in om positief op te treden teneinde het effectief genot van de sociale en economische grondrechten te verzekeren²⁰⁹. De grondwetgever wenste niet aan elke burger een subjectief recht op wonen te geven. Het doelt bijgevolg niet op het aan eenieder ter beschikking stellen van een huis, maar eerder op het bestrijden van ongezond, klein en onaangepast wonen²¹⁰. Aldus wordt het grondrecht op wonen pas uitvoerbaar indien door de bevoegde overheid concrete uitvoeringsmaatregelen worden genomen, die bepalen voor wie en in welke mate het grondrecht op wonen gerealiseerd wordt²¹¹. Het zijn de gewesten die bevoegd zijn om een huisvestingsbeleid uit

²⁰⁵ L. VERHEY, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1992. p. 192.

²⁰⁶ C. CONINGS, "Hoofdstuk II. Normatief kader" in *Klassiek en digitaal speuren naar strafrechtelijk bewijs*, Mortsel, Intersentia, 2017. p. 405.

²⁰⁷ P.D. HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht : de bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys en Breesch, 1998. p. 282.

²⁰⁸ Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge : fondements et institutions*, Bruxelles, Larcier, 2017. p. 339.

²⁰⁹ M. DAMBRE, "Het grondrecht op wonen: bronnen en doorwerking in de rechtspraak" in *125 jaar nabijheidsrecht / 125 ans de justice de proximité. Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2017 / Rechtskroniek voor de vrede- en politierechtshouders 2017*, Brugge, die Keure / la Chartre, 2017. p. 220.

²¹⁰ P.D. HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht : de bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys en Breesch, 1998. p. 318.

²¹¹ T. VANDROMME, "Het kraken van panden bekeken vanuit de grondrechten, het strafrecht en het burgerlijk recht (inclusief het procesrecht)", *R.W.* 2014, afl. 35. p. 1365.

te stippelen²¹². Het zal vooral een zaak zijn om voldoende financiële middelen hiervoor te kunnen voorzien. Daartegenover bevat het EVRM enkel burgerlijke en politieke rechten, en waarborgt het in principe geen sociaaleconomische rechten. De positieve verplichting die op de overheid rust om het grondrecht op bescherming van de woning vervat in artikel 8 EVRM te effectueren, gaat niet zover dat daaruit rechtstreeks ook een recht op wonen kan worden afgeleid²¹³. Doch is sommige rechtsleer de mening toegedaan dat het onderscheid tussen het grondrecht op wonen en artikel 8 EVRM niet mag overdreven worden. Uit bepaalde rechtspraak in verband met artikel 3 en 8 EVRM, zou dit immers wel onrechtstreeks eruit voortvloeien²¹⁴.

69. RATIONE PERSONAE. Het recht op bescherming van de woning als een onderdeel van het recht op privéleven is niet gericht op het beschermen van de eigendomsrechten met betrekking tot de woning, maar wel op de persoonlijke vrijheid, de veiligheid en het welzijn van de bewoners. Dit grondrecht kan daardoor enkel worden ingeroepen door diegene die er effectief woont en niet door de eigenaar die geen bewoner is²¹⁵. Het eigendomsrecht, een ander zakelijk recht of een contractueel recht, is geen voorwaarde om de onschendbaarheid van de woning te genieten²¹⁶. Het feit dat iemand de woning onrechtmatig in bezit heeft genomen, ontnemt de bescherming van de onschendbaarheid van de woning niet²¹⁷. Aldus genieten ook krakers van de bescherming van dit grondrecht. Of iemand een bepaalde plaats effectief bewoont, is uiteraard een feitelijke beoordeling die enkel toekomt aan de feitenrechter. Volledigheidshalve kunnen ook rechtspersonen deze bescherming genieten, aangezien het begrip woning in bepaalde omstandigheden ook de maatschappelijke zetel omvat.

70. BEGRIIP WONING ALS PRIVATE RUIMTE. Het begrip woning heeft in artikel 8 EVRM een autonome invulling en dient onderscheiden te worden van artikel 15 Gec.GW

²¹² Artikel 6, §1, IV. BWHL.

²¹³ P.D. HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht : de bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys en Breesch, 1998. p. 318.

²¹⁴ N. VAN LEUVEN en F. VANNESTE, "De inroepbaarheid van het recht op wonen" in *Recht op wonen: naar een resultaatsverbintenis? - Droit au logement: vers une obligation de résultat?*, Brugge, die Keure / la Charte, 2013. p. 221-234; T. VANDROMME, "Het kraken van panden bekeken vanuit de grondrechten, het strafrecht en het burgerlijk recht (inclusief het procesrecht)", *R.W.* 2014, afl. 35. p. 1365; M. DAMBRE, "Het grondrecht op wonen: bronnen en doorwerking in de rechtspraktijk" in *125 jaar nabijheidsrechters / 125 ans de justice de proximité. Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2017 / Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters 2017*, Brugge, die Keure / la Charte, 2017. p. 223.

²¹⁵ P.D. HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht : de bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys en Breesch, 1998. p. 282; E. BREMS *et al.*, "Privéleven en gezinsleven" in J. GERARDS *et al.* (eds.), *EVRM : Rechtspraak & Commentaar.*, Den Haag, SdU Uitgevers, 2010. p. 31.

²¹⁶ J. VELAERS, "De Grondwet: Het federale België, het grondgebied, de grondrechten (artikel 1-32)" in *De Grondwet - Een artikelsgewijze commentaar. Deel I - Het federale België, het grondgebied, de grondrechten*, Brugge, die Keure / la Charte, 2019. p. 298.

²¹⁷ T. VANDROMME, "Het kraken van panden bekeken vanuit de grondrechten, het strafrecht en het burgerlijk recht (inclusief het procesrecht)", *R.W.* 2014, afl. 35. p. 1366.

(randnummer 78)²¹⁸. Wat onder woning zelf dient begrepen te worden is afhankelijk van de concrete omstandigheden, doch dient door het EHRM ruim gelezen te worden²¹⁹. Het Hof gaat na of de betrokkene een voldoende en voortdurende band vertoont met de concrete plaats²²⁰. Daarvoor kijkt het onder meer of het rechtssubject nog in andere woningen gevestigd is²²¹. Doorgaans wordt het omschreven als zijnde de fysieke plaats waar het privé- of familielevens zich duurzaam ontwikkelt²²². Het is elke feitelijke verblijfplaats, mits zij in hoofdzaak tot bewoning is bestemd²²³. Daarbij wordt het begrip ‘woning’ enerzijds opgevat als *alle* ruimtes waarin effectief wordt gewoond en anderzijds als alle gebieden dat mede het woongenot bepaalt²²⁴. Dit laatste slaat op de tuin, de garage, een schuur, een stalling,... Voor het eerste verwijst men eerder naar caravans²²⁵, vakantiehuizen, hotelkamers, ziekenhuiskamers, studentenwoningen, jeugdtehuizen, plaatsen voor kinderopvang en rustoorden voor bejaarden²²⁶. Het begrip woning dient bijgevolg niet beperkt te worden tot die plaats waar men in de bevolkingsregisters is ingeschreven²²⁷. Deze ruime lezing zorgt ervoor dat ook bedrijfsterreinen en beroepskantoren onder het begrip woning vallen. Hierboven werd immers reeds gewezen op het feit dat het professionele leven ook beschouwd wordt als onderdeel van het privéleven en dat in dergelijke ruimtes ook beschermwaardige menselijke relaties worden ontplooid²²⁸. *A contrario* kan een opslagplaats of een leegstaande woning niet gezien worden als een

²¹⁸ W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights : a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2017. p. 399; J. VANDE LANOTTE *et al.*, "Hoofdstuk 4. De internationale rechtsorde" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 243.

²¹⁹ R. CLAYTON en H. TOMLINSON, *Privacy and freedom of expression*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2010. p. 108.

²²⁰ J. VELAERS, "De Grondwet: Het federale België, het grondgebied, de grondrechten (artikel 1-32)" in *De Grondwet - Een artikelsgewijze commentaar. Deel I - Het federale België, het grondgebied, de grondrechten*, Brugge, die Keure / la Charte, 2019. p. 284; W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights : a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2017. p. 399; C. CONINGS, "Hoofdstuk II. Normatief kader" in *Klassiek en digitaal speuren naar strafrechtelijk bewijs*, Mortsel, Intersentia, 2017. p. 405; M. VAN DAMME, "Titel II. Bespreking van een aantal grondrechten en fundamentele vrijheden" in *Overzicht van het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 405.

²²¹ C.J. STAAL, *De vaststelling van de reikwijdte van de rechten van de mens*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1995. p. 228.

²²² E. BREMS *et al.*, "Privéleven en gezinsleven" in J. GERARDS *et al.* (eds.), *EVRM : Rechtspraak & Commentaar.*, Den Haag, SdU Uitgevers, 2010. p. 31.

²²³ A. ALEN *et al.*, *Handboek van het Belgische staatsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995. p. 583.

²²⁴ J.V. LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar (Volume I)*, Antwerpen, Intersentia, 2004. p. 760.

²²⁵ Het is niet beperkt tot die woningen die wettig bewoont zijn. Een caravan op een terrein, in strijd met de wetgeving op het gebied van ruimtelijke ordening, wordt als een thuis beschouwd.

²²⁶ J. VELAERS, "De Grondwet: Het federale België, het grondgebied, de grondrechten (artikel 1-32)" in *De Grondwet - Een artikelsgewijze commentaar. Deel I - Het federale België, het grondgebied, de grondrechten*, Brugge, die Keure / la Charte, 2019. p. 285.

²²⁷ B. DOCQUIR en Y. POULLET, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, Larcier, 2008. p. 74.

²²⁸ H.G.M. KRABBE, "Artikel 8: de eerbiediging van het privé-leven" in A.E. HARTEVELD, B.F. KEULEN en H.G.M. KRABBE (eds.), *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 1996. p. 155.

woning bij gebrek aan menselijke interactie²²⁹. Ook een cel valt in de rechtspraak van het EHRM niet onder toepassing van artikel 8 EVRM, maar wel onder artikel 3 EVRM²³⁰.

II.4 Recht op eerbiediging van de communicatie

71. RECHT OP EERBIEDIGING VAN DE COMMUNICATIE. Het derde aspect van het privéleven omhult de communicatie. Dit leunt heel dicht bij het feit dat het privéleven een relationeel concept is (*randnummer 65*), waarbij het individu zelf het recht heeft om contacten en sociale banden uit te werken met anderen. Ondanks het feit dat de officiële Engelstalige versie van het artikel spreekt van “correspondence”, wat letterlijk “briefwisseling” betekent, interpreteert het EHRM dit begrip veel ruimer. Het recht beschermt alle vormen van communicatie, hetzij gesproken of geschreven en ongeacht het middel van communicatie²³¹. Het houdt de mogelijkheid in om ononderbroken en ongecensureerd te kunnen communiceren met anderen²³². Bijgevolg is er sprake van een inmenging in gevallen waarin de correspondentie in beslag wordt genomen, of waarbij de postbedeling wordt vertraagd of belemmerd²³³.

72. INHOUDELIJKE COMMUNICATIE. Onder geschreven communicatie verstaat men het openen van briefwisseling, het openen van postpakketten en het lezen van telegrammen²³⁴. Dagboeken of agenda’s zouden niet genieten van de bescherming van het recht op communicatie omdat zij geen rol spelen in contact tussen personen, wat niet betekent dat zij niet kunnen worden beschermd onder het recht op privéleven²³⁵. Deze problematiek is voornamelijk van toepassing op gedetineerden, waarbij de mogelijkheid voor deze om brieven te schrijven en te ontvangen soms de enige link vormt met de buitenwereld. Daarbij dient een onderscheid gemaakt te worden tussen briefwisseling met zijn raadsman en briefwisseling met andere personen dan zijn raadsman²³⁶. Om gelijke tred te houden met ontwikkelingen in technologie, die andere communicatiemethoden tot stand kunnen brengen, wordt het begrip ook nog verder uitgebreid tot sms, e-mails, en dergelijke meer²³⁷. Ook het ruimere internetverkeer zoals iemands surfgedrag, valt onder de notie

²²⁹ A.V.D. VIJVER en S.D. RAEDT, *Grondrechten in fiscalibus 1989-2014*, Brussel, Larcier, 2016. p. 484.

²³⁰ G. VERMEULEN, *Privacy en strafrecht : nieuwe en grensoverschrijdende verkenningen*, Antwerpen, Maklu, 2007. p. 36.

²³¹ B. DOCQUIR en Y. POULLET, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, Larcier, 2008. p. 76.

²³² U. KILKELLY, *The right to respect for private and family life. A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, 2001; <https://rm.coe.int/168007ff47>. p. 19.

²³³ E. BREMS *et al.*, "Privéleven en gezinsleven" in J. GERARDS *et al.* (eds.), *EVRM : Rechtspraak & Commentaar.*, Den Haag, SdU Uitgevers, 2010. p. 34.

²³⁴ J.V. LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar (Volume I)*, Antwerpen, Intersentia, 2004. p. 771.

²³⁵ H.G.M. KRABBE, "Artikel 8: de eerbiediging van het privé-leven" in A.E. HARTEVELD *et al.* (eds.), *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 1996. p. 156.

²³⁶ P.D. HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht : de bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys en Breesch, 1998. p. 330-334.

²³⁷ U. KILKELLY, *The right to respect for private and family life. A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, 2001; <https://rm.coe.int/168007ff47>. p. 20.

“communicatie”²³⁸. Naast de geschreven communicatie wordt ook de mondelinge communicatie beschermd door artikel 8 EVRM. Naast directe mond-tot-mond communicatie kan dit ook door middel van het gebruik van telecommunicatiemiddelen zoals de vaste of mobiele telefoon²³⁹. Dit kan zowel op professioneel als niet professioneel vlak²⁴⁰.

73. GEGEVENS IN VERBAND MET COMMUNICATIE. Niet alleen de vertrouwelijkheid van de communicatie (i.e. de inhoud), maar ook het recht op ‘het voeren van’ communicatie valt onder de bescherming²⁴¹. Dit omvat o.a. de verkeers- en localisatiegegevens, zoals de oorsprong, de bestemming, de duurtijd, het uur en dergelijke meer. Het Hof erkent daarbij een verschil in indringendheid tussen het verzamelen van verkeersgegevens en de inhoud ervan²⁴². Niet alleen het onderscheppen van de communicatie, maar ook het bewaren van de verkregen gegevens vormt een inmenging in het artikel 8 EVRM.

II.5 Recht op eerbiediging van het gezinsleven

74. RECHT OP EERBIEDIGING VAN HET GEZINSLEVEN. Daar waar de drie bovenvermelde rechten van primordiaal belang zijn voor het inschrijven en uitwerken van strafprocesrechtelijke inmengingen, is dit aspect van het privéleven dat veel minder. Het recht op eerbiediging van het gezinsleven voegt weinig toe als grens voor bepaalde strafprocesrechtelijke onderzoeksmaatregelen. De relevante rechtspraak van het EHRM verwijst er zelden naar. Wanneer het dan wel aan bod komt, noemt het Hof het gezinsleven in één adem met één of enkele van de andere rechten uit artikel 8 EVRM²⁴³. Om die reden zal er dan ook slechts heel sporadisch tot niet naar verwezen worden.

II.6 Andere internationale rechtsbronnen

75. ARTIKEL 17 BUPO-VERDRAG. Sinds 1966 heeft het recht op privéleven ook een rechtsbron in artikel 17 van het BUPO-Verdrag. Ondanks een inhoudelijke overlap met artikel 8 EVRM zijn er toch nog een aantal verschillen op te merken. In eerste instantie lijkt artikel 8 EVRM minder ruim dan artikel 17 van het BUPO-Verdrag, aangezien de bescherming van de eer en de goede naam niet expliciet in het artikel wordt gestipuleerd. In de rechtspraak van het EHRM is duidelijk dat dit wel als deelrecht in artikel 8 EVRM is omvat (*randnummer 63*). Daarnaast geeft

²³⁸ C. CONINGS, "Hoofdstuk II. Normatief kader" in *Klassiek en digitaal speuren naar strafrechtelijk bewijs*, Mortsel, Intersentia, 2017. p. 408.

²³⁹ A.V.D. VIJVER en S.D. RAEDT, *Grondrechten in fiscalibus 1989-2014*, Brussel, Larcier, 2016. p. 485.

²⁴⁰ C.J. STAAL, *De vaststelling van de reikwijdte van de rechten van de mens*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1995. p. 234.

²⁴¹ P.D. HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht : de bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys en Breesch, 1998. p. 322.

²⁴² C. CONINGS, "Hoofdstuk II. Normatief kader" in *Klassiek en digitaal speuren naar strafrechtelijk bewijs*, Mortsel, Intersentia, 2017. p. 411.

²⁴³ C. CONINGS, "Hoofdstuk II. Normatief kader" in *Klassiek en digitaal speuren naar strafrechtelijk bewijs*, Mortsel, Intersentia, 2017. p. 404.

artikel 8 EVRM, in vergelijking met artikel 17 van het BUPO-Verdrag, duidelijker aan onder welke voorwaarden beperkingen van het grondrecht mogelijk zijn. In het BUPO-Verdrag staat alleen vermeld dat de inbreuk niet arbitrair of onwettig mag zijn, terwijl artikel 8 EVRM bepaalt dat een inmenging alleen toegestaan is voor zover er een wettelijke basis is en voor zover de inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving om welbepaalde legitieme doelstellingen na te streven²⁴⁴. Artikel 8 EVRM biedt in die zin meer rechtsbescherming. Het voornaamste verschil tussen beide is echter dat er voor het artikel 17 van het BUPO-Verdrag geen rechtsprekend orgaan bestaat dat dergelijk recht interpreteert en afdwingt. Met het EHRM beschikt artikel 8 EVRM wel over dergelijk orgaan (*zie randnummer 17 en 21*). Om deze redenen wordt artikel 17 van het BUPO-Verdrag in het kader van deze masterproef verder buiten beschouwing gelaten.

III. HET GRONDRECHT PRIVÉLEVEN SENSU STRICTO

76. EEN SAMENLEZEN VAN ARTIKEL 15, 22 en 29 GEC.GW. Bij de grondwetsherziening van 1993-1994 krijgt het recht op privéleven in België een grondrechtelijke bescherming door de invoering van artikel 22 Gec.GW.

“Ieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé-leven en zijn gezinsleven, behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden door de wet bepaald. De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel waarborgen de bescherming van dat recht.”

Reeds vóór de invoering van artikel 22 Gec.Gw. waren in de Belgische Grondwet reeds onderdelen van het recht op privéleven vervat. Zo vermeldt de Belgische Grondwet van 1831 reeds het recht op de onschendbaarheid van de woning en van het briefgeheim in de artikelen 10 en 22 GW.

“De woning is onschendbaar; geen huiszoeking kan plaatshebben dan in de gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die zij voorschrijft.

Het briefgeheim is onschendbaar. De wet bepaalt welke agenten verantwoordelijk zijn voor de schending van het geheim der aan de post toevertrouwde brieven.”

III.1 Artikel 22 Gec.GW

77. ASSIMILATIE MET ARTIKEL 8 EVRM. Men achtte het noodzakelijk om, ter voorkoming van misbruiken bij het uitoefenen van het recht op openbaarheid van bestuur, ook de privacy een grondwettelijke bescherming te verlenen. Uit de parlementaire voorbereiding van de grondwetsherziening van 31 januari 1994 blijkt dat de Grondwetgever de bedoeling had om een zo groot mogelijke concordantie met artikel 8 EVRM te bereiken. Er werd op gewezen dat de begrippen ‘gezinsleven’ en ‘privéleven’ op dezelfde manier moeten worden geïnterpreteerd als in het EVRM²⁴⁵.

²⁴⁴ J. VANDE LANOTTE *et al.*, "Hoofdstuk 6. Recht op eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 451.

²⁴⁵ J. VELAERS, "De Grondwet: Het federale België, het grondgebied, de grondrechten (artikel 1-32)" in *De Grondwet - Een artikelsgewijze commentaar. Deel I - Het federale België, het grondgebied, de grondrechten*, Brugge, die Keure / la Charte, 2019. p. 387; S. SOTTIAUX, "Hoofdstuk II. Overzicht van enkele belangrijke grondrechten" in

III.2 Artikel 15 Gec.GW

78. BEGRIP WONING. Ondanks het feit dat artikel 22 Gec.GW. geassimileerd is met artikel 8 EVRM ging dit een lange tijd niet volledig op voor artikel 15 Gec.GW. In de periode waarin het Arbitragehof zich nog niet de bevoegdheid had toegeëigend om aan analoge grondrechten te toetsen (*randnummer 26 en 36*), diende het begrip woning in de Belgische Grondwet strikter geïnterpreteerd te worden dan in artikel 8 EVRM. In de rechtsleer wordt hiervoor veelal verwezen naar een arrest van het Hof van Cassatie dd. 21 oktober 1992 waarin een schending van de artikelen 10 van de Grondwet (thans art. 15 Gec.GW) en artikel 439 van het Strafwetboek als middel werd opgeworpen. Het Hof stipuleert dat de woning dient aanzien te worden als:

“de plaats waar die persoon verblijft en uit dien hoofde recht heeft op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, zijn rust en meer in het algemeen zijn privé-leven.”

Bijgevolg vielen bedrijfslokalen niet onder de toepassing van artikel 10 GW²⁴⁶. Op te merken valt dat het Grondwettelijk Hof thans een andere mening is toegedaan en de traditionele opvatting lijkt te hebben verlaten door het begrip ‘woning’ te interpreteren in het licht van de betekenis van artikel 8 EVRM²⁴⁷.

III.3 Artikel 29 Gec.GW

79. RUIME INTERPRETATIE BRIEFGEHEIM. In Belgische context dient, wat betreft het recht op communicatie, nog rekening te worden gehouden met artikel 29 Gec.GW. Het grondwettelijk gewaarborgd briefgeheim gelde aanvankelijk voor aan De Post toevertrouwde brieven en is in die zin een beperkt onderdeel van het recht op communicatie van artikel 8 EVRM²⁴⁸. Sinds een KB van 9 juni 1999 bepaalt artikel 460 Sw. dat de bescherming van het briefgeheim bovendien niet alleen meer geldt voor poststukken die aan het autonoom overheidsbedrijf ‘de Post’ zijn aangeboden, maar ook voor stukken die aan private koerierdiensten zijn toevertrouwd²⁴⁹. De

Grondwettelijk recht, Mortsels, Intersentia, 2016. p. 392; M. VAN DAMME, "Titel II. Bespreking van een aantal grondrechten en fundamentele vrijheden" in *Overzicht van het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 403; J. VANDE LANOTTE *et al.*, "Hoofdstuk 6. Recht op eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 446; A. ALEN *et al.*, *Handboek van het Belgische staatsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995. p. 578-579.

²⁴⁶ M. VAN DAMME, "Titel II. Bespreking van een aantal grondrechten en fundamentele vrijheden" in *Overzicht van het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 405.

²⁴⁷ J. VELAERS, "De Grondwet: Het federale België, het grondgebied, de grondrechten (artikel 1-32)" in *De Grondwet - Een artikelsgewijze commentaar. Deel I - Het federale België, het grondgebied, de grondrechten*, Brugge, die Keure / la Charte, 2019. p. 284 en 286; J. VANDE LANOTTE *et al.*, "Hoofdstuk 6. Recht op eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 454.

²⁴⁸ A.V.D. VIJVER en S.D. RAEDT, *Grondrechten in fiscalibus 1989-2014*, Brussel, Larcier, 2016. p. 487; M. VAN DAMME, "Titel II. Bespreking van een aantal grondrechten en fundamentele vrijheden" in *Overzicht van het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 407; A. ALEN *et al.*, *Handboek van het Belgische staatsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995. p. 584; A. MAST en J. DUJARDIN, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gent, Story-Scientia, 1985. p. 541.

²⁴⁹ J. VELAERS, "De Grondwet: Het federale België, het grondgebied, de grondrechten (artikel 1-32)" in *De Grondwet - Een artikelsgewijze commentaar. Deel I - Het federale België, het grondgebied, de grondrechten*, Brugge, die Keure

onthoudingsverplichting geldt bijgevolg niet alleen meer voor de overheid maar ook voor andere particulieren. Ook hier is dit grondrecht een toonbeeld van hoe het Grondwettelijk Hof via het systeem van samenlezen van analoge grondrechten, oude begrippen een recentere inhoud geeft (*randnummer 36*). Thans krijgt dit grondrecht *sensu stricto* een ruime interpretatie die in lijn is met de rechtspraak van het EHRM.

IV. BEGRIP INMENING - BEPERKING

80. INMENGING - BEPERKING. Over de exacte draagwijdte van de term “interference” is weinig rechtspraak voor handen²⁵⁰. In veel zaken betwist immers een Staat niet dat er sprake is van een inmenging. Om deze reden heeft het EHRM weinig nadruk gelegd op het definiëren ervan. In rechtsleer stelt men dan ook dat er geen minimumdrempel is, opdat er sprake is van een inmenging in het algemeen en voor artikel 8 EVRM in het bijzonder²⁵¹. Daarbij dient rekening gehouden te worden dat sinds 1 juni 2010, het protocol Nr. 14 artikel 35, lid 3 EVRM dermate heeft gewijzigd zodat enkel die individuen die een “aanzienlijk nadeel” hebben geleden een ontvankelijk verzoekschrift kunnen indienen. De *facto* komt dit erop neer dat het EHRM niet elke inmenging meer dient te behandelen en aldus minder belangrijke zaken kan wegfilteren “de *minimis non curat praetor*²⁵²”. Enerzijds wijst dit op het subsidiaire karakter van het EHRM (*randnummer 38*) maar anderzijds op mogelijke willekeur²⁵³.

S. SOTTIAUX omschrijft een beperking als een van overheidswege opgelegd verminderd genot van een recht²⁵⁴. Y. HAECK stelt dat er sprake is van een inmenging in of beperking van een recht wanneer een bepaald statelijk handelen of nalaten in verband is gebracht met een van de rechten en is vastgesteld dat dit recht in zekere mate wordt beperkt²⁵⁵. P. DE HERT ziet het ruimer zodat er van een inmenging niet alleen sprake is wanneer de overheid effectief ingrijpt in het recht van een rechtssubject, maar ook wanneer de nationale wet de mogelijkheid creëert tot dergelijk overheidshandelen. Bijgevolg kan ook een loutere dreiging om te handelen een inbreuk vormen²⁵⁶.

/ la Charte, 2019. p. 613; J. VANDE LANOTTE *et al.*, "Hoofdstuk 6. Recht op eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 462.

²⁵⁰ C.J. STAAL, *De vaststelling van de reikwijdte van de rechten van de mens*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1995. p. 58.

²⁵¹ R. CLAYTON en H. TOMLINSON, *Privacy and freedom of expression*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2010. p. 115.

²⁵² W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights : a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2017. p. 781-783.

²⁵³ Om daaraan tegemoet te komen werden twee cumulatieve beschermingsclausules ingebouwd. De onontvankelijkverklaring is enkel mogelijk: (1) indien de eerbiediging van de verdragsrechten geen onderzoek over de grond van de zaak vereist; en (2) indien behoorlijk aandacht is besteed aan de verdragsschending(en) door de nationale rechter.

²⁵⁴ S. SOTTIAUX, "Hoofdstuk I. Algemene leerstukken" in *Grondwettelijk recht*, Mortsel, Intersentia, 2016. p. 311.

²⁵⁵ Y. HAECK, "II. Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens" in *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (2de editie)*, Mortsel, Intersentia, 2011. p. 55.

²⁵⁶ P.D. HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht : de bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys en Breesch, 1998. p. 12. Zie ook de arresten Kennedy en Roman Zakharov, waarbij het EHRM op twee verschillende manieren de dreiging tot geheime observatie als inmenging heeft beschouwd.

Hierna wordt een onderscheid gemaakt tussen de gevallen waarin de overheid handelt en waarin zij nalaat om te handelen.

81. BIJ POSITIEVE VERPLICHTINGEN. Zoals in randnummer 56 reeds werd vermeld, is het recht op privé-leven zowel een positieve als een negatieve verplichting in hoofde van een nationale Staat. Dit houdt respectievelijk in dat de overheid zowel de plicht heeft om zoveel mogelijk de effectuering van het genot te verzekeren, alsook om er voor te zorgen dat willekeurige inmengingen in het recht worden vermeden. Wanneer men privacy aanziet als een positieve verplichting, zal er geen sprake zijn van een inmenging iedere keer de overheid handelt en daarbij het leven van een individu “verstoort”. Bijkomende factoren zullen hierbij van belang zijn. Anderzijds zal het nalaten om te handelen hier wel als een inmenging aanzien kunnen worden, die gerechtvaardigd moet worden²⁵⁷.

82. BIJ NEGATIEVE VERPLICHTINGEN. Wanneer men privacy daarentegen aanziet als een negatieve verplichting, zal de overheid onmogelijk een inmenging begaan wanneer zij nalaat of weigert te handelen. Omgekeerd zal niet elke handeling een inmenging zijn. Het volstaat dat de handeling een nadelig effect heeft op de klager²⁵⁸ (die vanaf 1 juni 2010 aanzienlijk zal moeten zijn.).

83. LEGITIMITEIT INMENGING VIA TWEETRAPSREDENERING. In eerste instantie zou men de mening kunnen hebben dat een inmenging in een grondrecht zonder meer bestraft dient te worden. Gelet echter op het relatief karakter van het privéleven dient men een willekeurige inmenging te onderscheiden van een rechtmatige of legitieme inmenging. Voor dat laatste heeft het EHRM in zijn rechtspraak aangaande de beperkingsclausules (vervat in artikel 8 tot en met 11 EVRM) een bepaalde trapsgewijze redenering ontwikkeld ter beantwoording van de vraag of er sprake is van een schending van een van deze rechten²⁵⁹. Deze rechterlijke redeneringswijze valt uiteen in twee stappen (de tweetrapsredenering): de rechter zal eerst (1) nagaan of er sprake is van een inbreuk op of een inmenging in de uitoefening van het privacy-recht (*interference*). Hiertoe dient hij eerst de draagwijdte van dit grondrecht na te gaan (*randnummers 61-71*). Het is belangrijk op te merken dat een “beperking” ipso facto geen “inbreuk” of “schending” vormt, noch “ongrondwettelijk” is²⁶⁰. Het zijn bijgevolg geen synoniemen. Wanneer de rechter vaststelt dat bijvoorbeeld een overheidshandelen dit recht doorkruist, zal de rechter daaropvolgend in een tweede fase (2) onderzoeken of de inmenging kan worden gerechtvaardigd. Er is dus slechts sprake van een “inbreuk” of “schending” van een grondrecht, wanneer de beperking niet kan worden

²⁵⁷ R. CLAYTON en H. TOMLINSON, *Privacy and freedom of expression*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2010. p. 116.

²⁵⁸ R. CLAYTON en H. TOMLINSON, *Privacy and freedom of expression*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2010. p. 116.

²⁵⁹ Y. HAECK, "II. Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens" in *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (2de editie)*, Mortsel, Intersentia, 2011. p. 54.

²⁶⁰ P.D. HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht : de bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys en Breesch, 1998. p. 9.

verantwoord²⁶¹. Een verdragsschending is bijgevolg een niet-gerechtvaardigde inmenging²⁶². De facto zal deze tweetrapsredenering voor de rechter uiteen vallen in 3 stappen:

Stap 1: Valt de concrete zaak onder het toepassingsgebied van artikel 8 EVRM *juncto* artikel 15, 22 en 29 Gec.GW.?

Stap 2: Is er sprake van een inmenging?

Stap 3: Kan deze inmenging gerechtvaardigd worden via de legaliteitstoets, legitimiteitstoets en noodzakelijkheidsvereiste?

V. ONDERZOEKSVRAAG

84. ONDERZOEKSVRAAG. Gelet op het feit dat artikel 8 EVRM een minimumnorm is, dient er met diens beperkingsvoorwaarden rekening gehouden te worden. Deze masterproef onderzoekt hoe aan de noodzakelijkheidsverplichting kan worden voldaan. In dat opzicht zal de onderzoeksvraag tweeledig zijn. Er zal enerzijds worden gekeken vanuit het perspectief van de wetgever (*perspectief in abstracto*). Anderzijds zal er gekeken worden naar het perspectief van de actoren van het vooronderzoek (*perspectief in concreto*). De eerste onderzoeksvraag (*Hoofdstuk 3*) is met welke elementen de wetgever rekening moet houden bij de noodzakelijkheidstoets, voor het creëren of wijzigen van respectievelijk nieuwe en bestaande onderzoeksmaatregelen. Aangezien deze toets sterk aanleunt bij de legaliteitstoets, zal ook met die voorwaarde rekening worden gehouden. Gelet op het feit dat de noodzakelijkheid grotendeels uit vage begrippen bestaat die voor interpretatie vatbaar zijn, is het immers van belang om te weten op welke manier het EHRM deze interpreteert. Een door de federale wetgever disproportioneel geformuleerde inmenging, kan het gehele grondrecht grotendeels uithollen. De tweede onderzoeksvraag (*Hoofdstuk 4*) wordt *mutatis mutandis* gesteld, maar nu voor de gerechtelijke politie, het parket en de onderzoeksrechter bij het uitoefenen van deze legitieme inmengingen (i.e. onderzoeksmaatregelen).

85. ONDERZOEKSMETHODE. Anders dan in de twee eerste hoofdstukken zal hier geen literatuurstudie worden gebruikt. In dit deel zal voor de eerste onderzoeksvraag voornamelijk een grondige analyse worden gemaakt van enerzijds de rechtspraak van het EHRM en anderzijds dat van het Grondwettelijk Hof. Voor de tweede onderzoeksvraag zal enkel gekeken worden naar de rechtspraak van het EHRM. Wegens het korte tijdsbestek van deze masterproef bevind ik mij niet in de mogelijkheid om een grondige analyse te maken of de Belgische rechtspraak aan die rechtspraak van het EHRM voldoet of niet. Enkel op basis van de Straatburgse rechtspraak zal worden gekeken hoe het openbaar ministerie en de onderzoeksrechter rekening moeten houden met de rechtvaardigingsgronden wanneer zij een onderzoeksmaatregel uitoefenen.

²⁶¹ S. SOTTIAUX, "Hoofdstuk I. Algemene leerstukken" in *Grondwettelijk recht*, Mortsel, Intersentia, 2016. p. 312; J. VANDE LANOTTE *et al.*, "Hoofdstuk 1. Rechten en vrijheden in de Grondwet en in internationale verdragen" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Chartre, 2015. p. 276.

²⁶² Y. HAECK, "II. Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens" in *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (2de editie)*, Mortsel, Intersentia, 2011. p. 54.

86. ONDERZOEKSDRAAGWIJDTE. Dit onderzoek kent echter ook zijn grenzen. Een allesomvattende analyse in verband met de rechtspraak inzake artikel 8 EVRM is niet haalbaar. Daarom zal voor de eerste onderzoeksvraag een beperkt aantal arresten worden onderzocht. In de HUDOC-database van het EHRM²⁶³ zal dan ook die arresten worden onderzocht in verband met de noodzakelijkheidsvereiste en in het bijzonder deze met betrekking tot de preventie van criminaliteit. Tot slot wordt enkel rekening gehouden met arresten gepubliceerd vóór 31 december 2019. Dit alleen al zorgt ervoor dat zo'n 167 arresten onderzocht moeten worden²⁶⁴. Voor de arresten van het Grondwettelijk Hof zal dezelfde tijdslijmiet worden gehanteerd, zodat er geen rekening meer wordt gehouden met arresten na 1 januari 2020.

²⁶³ <https://hudoc.echr.coe.int/eng>

²⁶⁴ Laatst geconsulteerd op 31 december 2019.

HOOFDSTUK 3: NOODZAKELIJKHEIDSVEREISTE EN HET FORMULEREN VAN STRAFPROCESRECHTELIJKE ONDERZOEKSMATREGELEN DOOR DE WETGEVER

I. UITWERKEN VAN STRAFPROCESRECHTELIJK REGELS

87. STRAFPROCESRECHT – FEDERALE WETGEVER. Aangezien het strafprocesrecht een residuaire bevoegdheid is van de federale wetgever, is het gros van de onderzoeksmaatregelen een federale aangelegenheid. Zo goed als alle onderzoeksmaatregelen die een inmenging op het privéleven inhouden, zullen door een formele federale wetgevende akte worden ingeschreven. Dit is ook wat de artikelen 15, 22 en 29 Gec.GW formuleren. Voorbeelden van dergelijk onderzoeksmaatregelen zijn DNA onderzoek²⁶⁵; inwinnen van bankgegevens²⁶⁶; fouillering door een politieambtenaar²⁶⁷ of a fortiori een onderzoek aan het lichaam²⁶⁸; inkijkoperaties²⁶⁹; huiszoeken²⁷⁰; onderscheppen en doorzoeken van post²⁷¹; dataretentie²⁷²; lokaliseren van telecommunicatie²⁷³; afluisteren van privécommunicatie²⁷⁴; bijzondere opsporingsmethoden²⁷⁵;... Hierna zal dieper ingegaan worden op enkele van deze onderzoeksmaatregelen en de rol die de federale wetgever heeft om deze te formuleren op een wijze die overeenstemt met artikel 8 EVRM.

88. UITZONDERING – REGIONALE WETGEVER. De artikelen 15 en 29 Gec.GW dateren echter van vóór de staatshervorming van 1980, wanneer er nog geen gemeenschaps- en gewestnormen bestonden. Artikel 35 Gec.GW bepaalt dat de gemeenschappen en de gewesten enkel toegewezen bevoegdheden hebben²⁷⁶. Wanneer in de Grondwet staat dat een aangelegenheid van vóór 1980 moet worden geregeld door of bij een “wet”, kan die aangelegenheid in beginsel enkel door de federale wetgever worden geregeld, en dus niet door de gemeenschaps- of gewestwetgevers, *met uitzondering van de impliciete bevoegdheden*²⁷⁷ en een uitdrukkelijk door de bijzondere wetgever toegewezen bevoegdheid²⁷⁸. Deze laatste uitzondering wijst op de mogelijkheid voor de bijzondere wetgever om de gemeenschappen en gewesten in de BWHI te machtigen om

²⁶⁵ Artikel 44*quater* tot en met 44*sexies* Sv.

²⁶⁶ Artikel 46*quater* Sv.

²⁶⁷ Artikel 28 WPA.

²⁶⁸ Artikel 90*bis* Sv.

²⁶⁹ Artikel 46*quinquies* en 89*ter* Sv.

²⁷⁰ Artikelen 87, 88, 89*bis* en 90 Sv. Met betrekking tot het tijdstip geldt de wet van 7 juni 1969 tot vaststelling van de tijd gedurende welke geen opsporing ten huize, huiszoeking of aanhouding mag worden verricht, B.S. 28 juni 1969

²⁷¹ Artikel 46*ter* en 88*sexies* Sv.

²⁷² Artikel 39*bis* en 88*ter* Sv.

²⁷³ Artikel 46*bis* en 88*bis* Sv.

²⁷⁴ Artikel 90*ter* tot en met 90*novies* Sv.

²⁷⁵ Artikel 47*ter* tot en met 47*undecies* Sv.

²⁷⁶ Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge : fondements et institutions*, Bruxelles, Larcier, 2017. p. 425.

²⁷⁷ Artikel 10 BWHI.

²⁷⁸ J. VANDE LANOTTE *et al.*, "Hoofdstuk 2. De hiërarchie van de rechtsnormen" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 122-123.

aangelegenheden van vóór 1980 te regelen. Het bij de vierde Staatshervorming gewijzigde artikel 11 BWHI geeft de gemeenschappen en de gewesten dan ook bepaalde straf(proces)rechtelijke bevoegdheden²⁷⁹. Derhalve wijst de bijzondere wetgever de mogelijkheid “om de gevallen te bepalen waarin een huiszoeking kan plaatshebben”²⁸⁰ toe aan de gemeenschappen of de gewesten, die volgens artikel 15 Gec.GW (daterend van vóór 1980) door de “wet” moet worden geregeld. Aldus bestaat er tussen artikel 15 Gec.GW. en artikel 11 BWHI geen conflict²⁸¹. Dit geldt niet voor artikel 22 Gec.GW, aangezien dit artikel dateert van na 1980.

89. EHRM. Wat de arresten van het EHRM betreft, zal in dit hoofdstuk voornamelijk gekeken worden naar het onderdeel “in overeenstemming met het recht”. Zoals reeds in randnummer 37 is vermeld, voert het EHRM een toezicht uit in concreto. Dit houdt in dat het Hof voornamelijk kijkt naar de concrete omstandigheden die eigen zijn aan de zaak. Na onderzoek van tientallen arresten blijkt dat het EHRM bij zijn uitspraak over “de overeenstemming met het recht” ook rekening houdt met de noodzakelijkheid en vice versa. Overeenkomstig de legaliteitsvereiste dient een inmenging een bindende grondslag te hebben. Maar meer en meer dient deze grondslag volgens het Hof reeds een aantal waarborgen in zich te houden om machtsmisbruik en willekeur van de overheid te vermijden. Het recht dient op zich reeds tot op zekere hoogte aan de noodzakelijkheidsvereiste te voldoen. Die plicht tot het formuleren van waarborgen gaat bijgevolg hand in hand met de plicht om de inmengingen te beperken tot wat strikt noodzakelijk is in een democratische samenleving. De noodzakelijkheidstoets maakt daardoor tegelijkertijd ook deel uit van de legaliteitstoets. Daarom zal ook met dit onderdeel rekening gehouden worden.

90. GRONDWETTELIJK HOF. Daarnaast zal ook de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof worden onderzocht. Dit rechtcollege is immers bevoegd om de legaliteit in abstracto van een tot stand gebrachte wettekst na te gaan. Het vormt een van de belangrijkste rechtsbeschermingen tegen de nationale wetgever. In het bijzonder zijn die arresten geanalyseerd die handelen over een strafprocesrechtelijke onderzoeksmaatregel die het privéleven van een verdachte doorkruisen. Het feit dat het Grondwettelijk Hof analoge grondrechten in samenhang leest, zorgt ervoor dat de rechtspraak van het EHRM in dat van het Grondwettelijk Hof wordt geïncorporeerd. Aldus zal nagegaan worden in hoeverre het Hof dit doet, en hoe het daarbij omgaat met de bijzonderheid van de interne rechtsregels.

²⁷⁹ A. ALEN *et al.*, *Handboek van het Belgische staatsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995. p. 355.

²⁸⁰ Het in 1993 aangenomen artikel 11, derde lid BWHI maakt de gemeenschappen en gewesten bevoegd om bij decreet of ordonnantie de ‘gevallen’ te bepalen waarin een huiszoeking kan plaatshebben. Het vaststellen van de ‘vorm’ (de procedure, het tijdstip etc.) blijft echter een federale bevoegdheid. Doch kunnen de gemeenschappen en de gewesten de vorm regelen op grond van artikel 10 BWHI.

²⁸¹ J. VANDE LANOTTE *et al.*, “Hoofdstuk 2. De hiërarchie van de rechtsnormen” in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015. p. 123.

II. GEHEIME OPSPORINGSMETHODEN

II.1 Algemeen

91. PREVENTIEF VS REACTIEF. Vroeger werd er steeds reactief, na het begaan van een misdrijf, informatie ingewonnen. In de meeste gevallen was er een slachtoffer die het startpunt was van ofwel een opsporings- ofwel een gerechtelijk onderzoek. Heden ten dage zijn er meer en meer slachtofferloze misdrijven, waarbij aldus weinig tot geen sporen worden achterlaten. Dit is het geval voor georganiseerde criminaliteit en spionage. Ook worden er, gelet op terrorisme en extremisme steeds meer bevoegdheden gegeven aan inlichtingendiensten die, nog voor een misdrijf gepleegd is, zoveel mogelijk inlichtingen dienen in te zamelen ter beveiliging van het land in zijn geheel. Hierdoor zet de overheid meer en meer in op proactieve recherche enerzijds en bevoegdheden voor inlichtingendiensten anderzijds. De nadruk ligt daarbij op het in kaart brengen van een organisatie in zijn geheel. Dit vereist het verwerven van informatie over individuen, groepen, organisaties, communicatiestructuren, financiële transacties en dergelijke meer, nog vóór dat er een strafrechtelijke verdenking is. Kenschetsend is aldus dat hierbij geheime technieken worden gebruikt, waarbij loeren en spieden nodig is om informatie in te winnen en de zaak te kunnen sturen.

92. GEHEIME VS OPENLIJKE ZOEKING. De opsporings- en onderzoeksinstanties kunnen op twee wijzen onderzoeken. De meeste onderzoeksmaatregelen vinden *openlijk* plaats zoals: fouillering, onderzoek aan het lichaam, afname van DNA, verhoor, huiszoeking,... Gelet op het feit dat het vooronderzoek geheim is enerzijds en het feit dat georganiseerde criminaliteit steeds complexer wordt anderzijds, neemt de noodzaak naar *heimelijke* maatregelen echter toe. In dat geval treedt de overheid stiekem op. Dit zorgt ervoor dat zij onopgemerkt fundamentele rechten van rechtssubjecten kan aantasten, zonder dat dit door de onderzochte persoon gekend en bijgevolg controleerbaar is. Aldus zal hierna voornamelijk gekeken worden naar de rechtspraak in verband met heimelijke maatregelen.

- [Rechtspraak EHRM](#)

93. ARREST KLASS²⁸². FEITEN. De heer Klass is met nog 4 anderen de mening toegedaan dat artikel 10, tweede lid van de Duitse Grondwet enerzijds en de wet van 13 augustus 1968 die aangenomen is ter uitvoering daarvan anderzijds, het EVRM schenden. Het belangrijkste daarvan is artikel 1, die drie (niet gerechtelijke) instanties²⁸³ de bevoegdheid geeft om geheime observatiemethoden aan te vragen zoals: het openen en onderzoeken van post, mail en telegraafberichten alsook het afluisteren en opnemen van telefoongesprekken. Artikel 2 geeft deze bevoegdheid aan strafrechtelijke instanties en is louter beperkt tot het afluisteren van telefoongesprekken. De verzoekers aanvaarden dat Staten geheime observatiemethoden kunnen

²⁸² EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, Klass en anderen/Duitsland.

²⁸³ Federaal Bureau voor de bescherming van de Grondwet, het Duitse leger en de Federale Veiligheidsdienst.

nemen, maar betwisten deze wet in het bijzonder, doordat het de overheid niet verplicht om de persoon achteraf in kennis te stellen dat zij geobserveerd zijn geweest. Daarenboven biedt de wet achteraf ook geen rechtsherstel voor een rechtbank. Aangezien de verzoekers niet met zekerheid weten of enige observatiemethode op hen werd toegepast, zijn ze veiligheidshalve in hun verzoekschrift uitgegaan van de veronderstelling dat dit wel degelijk het geval is. De overheid aan de andere kant, ontkent dit.

GROND. Het EHRM begint door te zeggen dat haar beoordeling gelimiteerd is tot de goedkeuring (the authorisation) van de geheime methodes vermeldt in artikel 1 van de wet van 13 augustus 1968²⁸⁴. Vervolgens stelt het Hof zich de vraag of er in deze casus sprake is van een inmenging. Primo stelt het EHRM vast dat, ondanks dit niet *expressis verbis* in artikel 8 EVRM vermeld is, telefoongesprekken onder het privé-leven en in het bijzonder de communicatie vallen. Secundo stelt het Hof vast dat er een inmenging is indien de omstreden observatiemethode effectief worden toegepast. Tertio, wanneer niet met zekerheid kan vastgesteld worden of er effectief een geheime observatiemethode wordt toegepast, is er bij het loutere bestaan van de wetgeving zelf, voor al diegenen op wie de wetgeving van toepassing zou kunnen zijn, een dreiging tot observatie. Deze dreiging tast de vrijheid van communicatie tussen gebruikers van post- en telecommunicatiediensten aan en vormt derhalve een "inmenging door een overheidsinstantie". Vervolgens gaat het Hof na of deze inmenging kan gerechtvaardigd worden.

“The cardinal issue arising under Article 8 in the present case is whether the interference so found is justified by the terms of paragraph 2 of the Article. *This [second] paragraph, since it provides for an exception to a right guaranteed by the Convention, is to be narrowly interpreted.* Powers of secret surveillance of citizens, characterising as they do the police state, are tolerable under the Convention only in so far as strictly necessary for safeguarding the democratic institutions.” (eigen cursivering)

Aldus blijkt dat de drie rechtvaardigingscriteria eng geïnterpreteerd dienen te worden. Inmengingen in rechten en vrijheden zijn, in tegenstelling tot een politiestaat, alleen aanvaardbaar voor zover deze strikt noodzakelijk zijn om democratische instellingen te beschermen. Inmengingen op deze rechten vormen bijgevolg de uitzondering. Op die manier zorgt het noodzakelijkheids criterium ervoor dat onze rechtstaat onderscheiden dient te worden van een politiestaat. Deze toets is dan ook de belangrijkste. Slechts twee paragrafen worden besteed aan het feit dat de wet in overeenstemming is met het recht en een legitiem doel nastreeft. Bij de noodzakelijkheid klagen de verzoekers niet dat de overheid een wet aanneemt die haar toelaat om geheime observatiemethoden te nemen. Wel vinden zij dat de wet onvoldoende geschikte waarborgen bevat tegen mogelijk misbruik van de overheid. Dit indachtig stipuleert het Hof dat:

“(…) Democratic societies nowadays find themselves threatened by highly sophisticated forms of espionage and by terrorism, with the result that the State must be able, in order

²⁸⁴ Aldus onderzoekt het Hof geen interne bepalingen in verband met het vooronderzoek in strafrecht. Aangezien dit arrest de bakermat is voor geheime observatiemethode, wordt dit hier toch uitvoerig besproken. Het Hof herhaalt immers vaak dit arrest in andere zaken.

effectively to counter such threats, to undertake the secret surveillance of subversive elements operating within its jurisdiction. *The Court has therefore to accept that the existence of some legislation granting powers of secret surveillance over the mail, post and telecommunications is, under exceptional conditions, necessary in a democratic society (..) for the prevention of disorder or crime.*

49. *As concerns the fixing of the conditions under which the system of surveillance is to be operated, the Court points out that the domestic legislature enjoys a certain discretion. It is certainly not for the Court to substitute for the assessment of the national authorities (...). Nevertheless, the Court stresses that this does not mean that the Contracting States enjoy an unlimited discretion to subject persons within their jurisdiction to secret surveillance. The Court (...) affirms that the Contracting States may not, in the name of the struggle against espionage and terrorism, adopt whatever measures they deem appropriate.*" (eigen cursivering)

Aldus zegt het Hof dat lidstaten de mogelijkheid moeten hebben om geheime observatiemethoden te kunnen uitvoeren, gelet op het toenemend terrorisme en spionage. Het EHRM stipuleert daarom in algemene termen dat deze inmenging op zich, onder uitzonderlijke voorwaarden, noodzakelijk is in een democratische samenleving. Hierbij hebben de nationale wetgevers een eigen appreciatiemarge, waarbij zij zelf kiezen onder welke toepassingsvoorwaarden dergelijke geheime observatiemethoden mogelijk kunnen zijn. Doch is deze beslissingsvrijheid begrensd. Een Staat kan niet om het even welke maatregel nemen die hij noodzakelijk acht. Volledigheidshalve mag men ook niet vergeten dat het Hof in de voorgaande alinea heeft geformuleerd dat geheime observatiemethoden slechts onder uitzonderlijk omstandigheden noodzakelijk zijn. Immers een inmenging op een vrijheid dient eng geïnterpreteerd te worden. Daarbij stelt het Hof:

"50. The Court must be satisfied that, whatever system of surveillance is adopted, there exist adequate and effective guarantees against abuse. This assessment has only a relative character: it depends on all the circumstances of the case, such as the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering such measures, the authorities competent to permit, carry out and supervise such measures, and the kind of remedy provided by the national law."

Hier komt het Hof bij de klacht van de verzoekers. Het EHRM neemt de zienswijze van de klagers over, door te stellen dat de wetgeving, dewelke geheime observatiemethoden toelaat, voldoende adequate en effectieve waarborgen moet bevatten om willekeur van de overheid tegen te gaan. Het stelt daarbij dat dit een relatief gegeven is en, gelet op de concrete omstandigheden, zaak per zaak moet onderzocht worden. Daarbij kijkt het Hof in het bijzonder naar (i) de aard, de draagwijdte en de duur van de maatregel; (ii) de reden waarom dergelijke maatregel kan worden gevraagd, (iii) de bevoegde overheid die dergelijke maatregel kan goedkeuren en tot slot (iv) of er rechtsherstel mogelijk is. Om te onderzoeken of deze waarborgen aanwezig zijn, overloopt het EHRM in §§ 51-53 het concrete toezichtstelsel dat door de Duitse wetgever werd aangenomen.

"51. According to the G 10, a series of limitative conditions have to be satisfied before a surveillance measure can be imposed. (...)

52. The G 10 also lays down strict conditions with regard to the implementation of the surveillance measures and to the processing of the information thereby obtained. (...)

53. Under the G 10, while recourse to the courts in respect of the ordering and implementation of measures of surveillance is excluded, subsequent control or review is provided instead, in accordance with Article 10 para. 2 of the Basic Law, by two bodies appointed by the people's elected representatives, namely, the Parliamentary Board and the G 10 Commission. (...)"

Bij deze laatste alinea dient vastgesteld te worden dat er, in overeenstemming met artikel 10, lid 2 van de Duitse Grondwet, tijdens het uitvoeren van de maatregelen een controle is door een gerechtelijke ambtenaar enerzijds en een Parlementaire Raad en een speciaal daartoe opgerichte Commissie anderzijds. Ondanks de grondwettelijk basis, verzetten de verzoekers zich tegen de controle van deze laatste twee instellingen. Dergelijke controle is een politieke controle, die niet dezelfde waarborgen biedt als een rechterlijke controle. Aldus biedt de wetgeving niet voldoende waarborgen tegen willekeur, aangezien niet is voldaan aan bovenvermeld punt (iv).

"54. (...) It therefore has to be determined *whether the procedures for supervising the ordering and implementation of the restrictive measures are such as to keep the "interference" resulting from the contested legislation to what is "necessary in a democratic society".*" (eigen cursivering)

De centrale vraag is bijgevolg niet of de inmenging op zich, zijnde het aanvragen en uitvoeren van geheime observatiemethoden, noodzakelijk is in een democratische samenleving. Het Hof kan namelijk niet met zekerheid zeggen of dergelijke inmenging effectief heeft plaatsgevonden. Wel gaat het EHRM na of de procedure van toezicht - over het aanvragen en uitvoeren van een uitzonderlijke maatregel - toelaat dat de inmenging beperkt blijft tot wat noodzakelijk is in een democratische samenleving. Bij de beoordeling over dit punt maakt het EHRM een onderscheid tussen drie stadia: (i) het aanvragen (ii) het uitvoeren en (iii) het stoppen van geheime observatiemethoden.

"55. (...) As regards the first two stages, the very nature and logic of secret surveillance dictate that *not only the surveillance itself but also the accompanying review should be effected without the individual's knowledge*. Consequently, since the individual will necessarily be prevented from seeking an effective remedy of his own accord or from taking a direct part in any review proceedings, *it is essential that the procedures established should themselves provide adequate and equivalent guarantees safeguarding the individual's rights.*" (eigen onderlijning en cursivering)

Zowel de geheime observatiemethode op zich, de aanvraag als de uitvoering ervan, dienen niet in kennis gesteld te worden van de betrokken persoon. Desalniettemin dient de aanvraag- en uitvoeringsprocedure zelf wel voldoende geschikte waarborgen tegen misbruik te bevatten.

"(...) The rule of law implies, inter alia, that an interference by the executive authorities with an individual's rights should be subject to an effective control which should normally be assured by the judiciary, at least in the last resort, judicial control offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure.

56. (...) The Court considers that, in a field where abuse is potentially so easy in individual cases and could have such harmful consequences for democratic society as a whole, it is *in principle desirable to entrust supervisory control to a judge.*"

Aldus stelt het EHRM als algemene regel vast dat in een rechtstaat, en in het bijzonder in een aangelegenheid dat gevoelig is voor misbruik, er een voorkeur is voor een rechterlijke controle. Immers deze biedt de beste bescherming inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Het Hof gaat echter verder door het Duitse controlesysteem in casu te overlopen:

“56. Within the system of surveillance established by the G 10, judicial control was excluded, being replaced by an initial control effected by an official qualified for judicial office and by the control provided by the Parliamentary Board and the G 10 Commission.

(...) having regard to the nature of the supervisory and other safeguards provided for by the G 10, *the Court concludes that the exclusion of judicial control does not exceed the limits of what may be deemed necessary in a democratic society.* The Parliamentary Board and the G 10 Commission are independent of the authorities carrying out the surveillance, and are vested with sufficient powers and competence to exercise an effective and continuous control. Furthermore, the democratic character is reflected in the balanced membership of the Parliamentary Board. The opposition is represented on this body and is therefore able to participate in the control (...). The two supervisory bodies may, in the circumstances of the case, be regarded as enjoying sufficient independence to give an objective ruling. “

Zowel voor de gerechtelijke ambtenaar als voor de andere twee politieke organen, is er sprake van een voldoende onafhankelijkheid van de vervolgende instantie. Dit leidt tot een effectieve controle. In de Parlementaire Raad zijn zelfs oppositieleden vertegenwoordigd, wat het democratische gehalte ten goede komt. De concrete controle laat aldus toe dat de inmenging beperkt blijft tot wat noodzakelijk is. Tot slot onderzoekt het Hof ook nog of een rechterlijke controle ook uitgesloten mag worden nadat de geheime observatiemethode is stopgezet:

“57. *As regards review a posteriori, it is necessary to determine whether judicial control, in particular with the individual’s participation, should continue to be excluded even after surveillance has ceased. Inextricably linked to this issue is the question of subsequent notification, since there is in principle little scope for recourse to the courts by the individual concerned unless he is advised of the measures taken without his knowledge and thus able retrospectively to challenge their legality.*”

Het Hof merkt op dat de controle a posteriori onlosmakelijk verbonden is met het feit dat het betrokken rechtssubject op de hoogte moet worden gesteld van het feit dat hij onderhevig is geweest aan geheime observatiemethode. Het intern Duits recht laat toe dat de Minister hierover ambtshalve beslist. Aldus klagen de verzoekers dat zij achteraf soms wel en soms niet op de hoogte zullen worden gesteld. In die gevallen dat zij niet op de hoogte worde gesteld, schuilt er een gevaar van een mogelijke onjuiste uitvoering van de geheime observatiemethode. Bijgevolg biedt een rechterlijke controle achteraf een goede waarborg tegen misbruik. Aan de andere kant stelt de overheid dat de openbaarmaking van deze methode toekomstige onderzoeken kan dwarsbomen.

“58. In the opinion of the Court, it has to be ascertained whether it is even feasible in practice to require subsequent notification in all cases.”

Het Hof stelt zich de vraag of het wel haalbaar (feasible) is om in ieder strafrechtelijk onderzoek de betrokkene op de hoogte te stellen dat geheime observatiemethoden op hem van toepassing zijn

geweest. Daarbij dient vastgesteld te worden dat een kennisgeving het lange termijn-doel van de geheime observatie in gevaar kan brengen. A fortiori kan een dergelijke kennisgeving de werkmethode en werkerterreinen van de inlichtingendiensten onthullen en mogelijk zelfs hun agenten identificeren.

“(…) In the Court’s view (…) the fact of not informing the individual once surveillance has ceased cannot itself be incompatible with this provision since it is this very fact which ensures the efficacy of the "interference".”

Naar het oordeel van het Hof is het feit dat de betrokkene niet geïnformeerd wordt nadat de geheime observatiemethode is beëindigd, verenigbaar met artikel 8, lid 2 EVRM, omdat juist deze onthouding de doeltreffendheid van de methode (i.e. de inmenging) waarborgt. Tot slot stelt het EHRM vast dat er een balans dient gevonden te worden tussen paragraaf 1 (i.e. het recht van het individu) en paragraaf 2 (i.e. het recht van de overheid om dit te beperken). Verwijzend naar randnummer 89 is dit arrest een perfect voorbeeld van het feit dat de noodzakelijkheidstoets van belang is voor de Belgische wetgever. Het EHRM gaat immers na aan welke voorwaarden een wettelijke toezichtsprocedure moet voldoen, bij het aanvragen en uitvoeren van een geheime observatietechniek, om een inmenging noodzakelijk te houden. Aldus zijn deze passages niet enkel van belang voor de relevante opsporingsinstanties maar ook voor de wetgever.

94. ARREST ‘AEIHR’ EN EKIMDZHIEV²⁸⁵. FEITEN. Zowel een vzw als een advocaat, de heer Mihail Ekimdzhev, klagen over de wet van Speciale Observatiemiddelenwet van 1997. Deze wet laat, net zoals in Duitsland, toe dat bepaalde heimelijke observatietechnieken kunnen worden toegepast, zonder dat enig betrokken individu achteraf op de hoogte wordt gesteld.

GROND. Het louter bestaan van wetgeving die toelaat dat heimelijke observatiemethoden kunnen worden genomen, leidt tot een inmenging in artikel 8 EVRM²⁸⁶. De uitdrukking dat de inmenging in overeenstemming dient te zijn met het recht, vereist dat de omstreden maatregel enige rechtsgrond in het intern recht dient te hebben. Deze rechtsgrond dient op zijn beurt toegankelijk en voorzienbaar te zijn en in overeenstemming met de rechtstaatgedachte²⁸⁷. Het EHRM formuleert eerst zijn algemene principes in de context van heimelijke maatregelen. In die context moet het intern recht immers in voldoende duidelijke termen opgesteld zijn, opdat het rechtssubjecten een behoorlijke aanwijzing geeft van de voorwaarden waarop en de omstandigheden waarin de overheid zijn toevlucht kan nemen tot zulke heimelijke en gevaarlijke inmengingen²⁸⁸. Gezien het risico van misbruik dat in elk systeem van geheime observatie inherent aanwezig is, dienen dergelijke maatregelen gebaseerd te zijn op een wettekst die bijzonder nauwkeurig is. Het is van essentieel

²⁸⁵ EHRM 28 juni 2007, nr. 62540/00, Associatie voor Europese Integratie & Mensenrechten en Ekimdzhev/Bulgarije.

²⁸⁶ EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, Klass en anderen/Duitsland. §41 en EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79, Malone/Verenigd Koninkrijk. §64.

²⁸⁷ EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79, Malone/Verenigd Koninkrijk. §66; EHRM 24 april 1990, nr. 11801/85, Kruslin/Frankrijk. §27; EHRM 24 april 1990, nr. 11105/84, Huvig/Frankrijk. §26 en EHRM 16 februari 2000, nr. 27798/95, Amann/Zwitserland. §50.

²⁸⁸ EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79, Malone/Verenigd Koninkrijk. §67.

belang om duidelijk, gedetailleerde regels te hebben over dit onderwerp, in het bijzonder aangezien de beschikbare technologie steeds meer vooruitstrevender wordt²⁸⁹. Om dit mogelijk te maken herhaalt het EHRM enkele minimumwaarborgen die in die wettekst dienen opgenomen te worden:

“76. (...): [i] the nature of the offences which may give rise to an interception order; [ii] a definition of the categories of people liable to have their communications monitored; [iii] a limit on the duration of such monitoring; [iv] the procedure to be followed for examining, using and storing the data obtained; [v] the precautions to be taken when communicating the data to other parties; and [vi] the circumstances in which data obtained may or must be erased or the records destroyed.” (eigen nummering)

Wegens een gebrek aan openlijke controle en een risico op misbruik moet het intern recht toch enige bescherming bieden tegen willekeurige inmengingen in de rechten van artikel 8 EVRM. Het Hof moet genoeg nemen dat er een adequate en effectieve bescherming is tegen misbruik. Het houdt daarbij rekening met een aantal factoren in de omstandigheden van de zaak²⁹⁰.

“78. Turning to the facts of the present case, the Court notes that, while in certain respects Bulgarian law fully comports with the above requirements, in other respects it falls short.

Het EHRM gaat eerst na of de wetgeving met betrekking tot *het aanvragen* van dergelijke maatregelen wel voldoende waarborgen heeft tegen misbruik. Het ziet daarbij enige gelijkenis met de Duitse wetgeving in het Klass arrest. Het doel van de heimelijke observatie is om strafbare feiten te ontdekken en de nationale veiligheid te verzekeren. Dergelijke maatregelen mogen enkel gebruikt worden wanneer er redenen zijn om aan te nemen dat een zwaar misdrijf zal worden gepleegd of is gepleegd. Fishing expeditions zijn dus uitgesloten. Een beperkt aantal diensten kunnen slechts een gemotiveerde schriftelijke aanvraag indienen. De personen en objecten die zullen worden gevolgd, dienen uitdrukkelijk vermeld te worden, alsook de gronden van verdenking. Vervolgens moet de aanvraag de duur aangeven met een maximumtermijn van twee maand. Het moet aangeven welke specifieke heimelijke maatregel er zal worden gebruikt. De aanvraag dient in de regel, voorafgaand aan de maatregel, goedgekeurd te worden door een voorzitter van een rechtbank. Enkel in uitzonderlijke omstandigheden (zoals urgentie) kan dit achteraf plaatsvinden.

“84. It thus seems that during the initial stage, when surveillance is being authorised, the SSMA, if strictly adhered to, (...) provides substantial safeguards against arbitrary or indiscriminate surveillance.”

Aangezien de wettekst voldoende bescherming heeft ingebouwd tegen willekeurige aanvragen, dient het Hof vervolgens na te gaan of deze bescherming ook is ingebouwd bij de twee latere fasen, namelijk *het uitvoeren en beëindigen* van dergelijke maatregelen. Het is in deze fase dat de wettekst heel wat minder waarborgen heeft ingebouwd. In tegenstelling tot Duitsland, is er in Bulgarije geen

²⁸⁹ EHRM 24 april 1990, nr. 11801/85, Kruslin/Frankrijk. §33; EHRM 24 april 1990, nr. 11105/84, Huvig/Frankrijk. §32 en EHRM 16 februari 2000, nr. 27798/95, Amann/Zwitserland. §56.

²⁹⁰ En in het bijzonder: “(...) the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering them, the authorities competent to permit, carry out and supervise them, and the kind of remedy provided by the national law“. Zie EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, Klass en anderen/Duitsland. §50.

controle van heimelijke observatiemaatregelen door een externe instantie die over bepaalde kwalificaties beschikt om hun onafhankelijkheid t.o.v. de observatiediensten en naleving van de rechtsstaat te waarborgen. In het verlengde hiervan bestaat er ook geen onafhankelijk orgaan om te beslissen of de gegevens die men op basis van deze maatregelen verkrijgt, moeten worden verwijderd of niet.

“85. (...) Under the SSMA, no one outside the services actually deploying special means of surveillance verifies such matters as whether these services in fact comply with the warrants authorising the use of such means, or whether they faithfully reproduce the original data in the written record. (...) On the contrary, it seems that all these activities are carried out solely by officers of the Ministry of Internal Affairs.”

Als eerst stelt Het EHRM vast dat bij een strafrechtelijk onderzoek, de rechter enkel wordt ingelicht wanneer de maatregel (al dan niet vroegtijdig) is beëindigd. In de overige gevallen²⁹¹ wordt de controle door de Minister uitgeoefend. De wettekst verplicht hem niet om een rechter op de hoogte te stellen van de resultaten en om bijgevolg na te gaan of aan de wettelijke vereisten is voldaan of niet. De wettekst bezit op dit eerste punt over onvoldoende bescherming tegen willekeur tijdens de uitvoering en bij het beëindigen van een heimelijke maatregel. Het Hof haalt vervolgens nog *een tweede punt* aan. Voor de fase van het uitvoeren is er een kennelijk gebrek aan uitgewerkte wetgeving in verband met het doorlichten van de inlichtingen enerzijds en de bescherming van de integriteit en vertrouwelijkheid ervan anderzijds.

“87. The Court further notes that the overall control over the system of secret surveillance is entrusted solely to the Minister of Internal Affairs – who not only is a political appointee and a member of the executive, but is directly involved in the commissioning of special means of surveillance –, not to independent bodies, (...)”

De Minister is niet voldoende onafhankelijk van de overheid. De manier waarop hij zijn controle uitvoert op het doorlichten enerzijds en het behouden van de integriteit anderzijds, is niet in een wetbepaling beschreven. A fortiori is er ook geen uitdrukkelijke bepaling die voorschrijft wat er moet gebeuren met informatie die niet onder het toepassingsgebied van de wet valt. Zo heeft de Minister een volledige keuzevrijheid of hij bepaalde belastinggegevens waarvan hij kennis neemt, al dan niet doorstuurt naar de belastingadministratie. Ook is er door de Minister geen enkele omzendbrief of andere regeling hieromtrent publiekelijk gemaakt. Daarenboven is er geen rapporteringsplicht aan een onafhankelijk controleorgaan over de effectief toegepaste maatregelen. *Als derde en laatste punt* noteert het Hof dat:

“90. (...) under Bulgarian law the persons subjected to secret surveillance are not notified of this fact at any point in time and under any circumstances.”

Volgens het Klass arrest is het feit dat de betrokkene niet geïnformeerd wordt, nadat de geheime observatiemethode is beëindigd, verenigbaar met artikel 8, lid 2 EVRM, omdat juist deze

²⁹¹ Dit is het uitvoeren van een heimelijke maatregel in het kader van een strafrechtelijk onderzoek enerzijds en het uitvoeren en beëindigen van een heimelijke maatregel in het kader van een onderzoek door de inlichtingsdiensten anderzijds.

onthouding de doeltreffendheid van de methode (i.e. de inmenging) waarborgt. Desondanks dient de betrokken persoon wel op de hoogte gesteld te worden van de omstreden maatregel, wanneer dit mogelijk is zonder het doel van het onderzoek in gevaar te brengen. In tegenstelling tot de Bulgaarse wetgeving, bevatte de Duitse wetgeving na het arrest van het Duits Grondwettelijk Hof deze vereiste wel²⁹². De Bulgaarse wetgeving zorgt er juist voor dat het verboden is om dergelijke informatie vrij te geven.

“91. On the contrary, section 33 of the SSMA (...) expressly prohibits the disclosure of information whether a person has been subjected to surveillance, or even whether warrants have been issued for this purpose. Indeed, such information is considered classified. *The result of this is that unless they are subsequently prosecuted on the basis of the material gathered through covert surveillance, or unless there has been a leak of information, the persons concerned cannot learn whether they have ever been monitored (...).*” (eigen cursivering)

Het Hof komt tot de conclusie dat de Bulgaarse wet onvoldoende bescherming biedt tegen misbruik en willekeur bij het uitvoeren van geheime observatiemaatregelen. Bijgevolg is deze wettelijke inmenging disproportioneel ten aanzien van het privéleven.

- [Rechtspraak Grondwettelijk Hof](#)

95. ARREST 145/2011²⁹³. Dit arrest wordt hier volledigheidshalve vermeld. In het bijzonder zijn de bepalingen B.31 - B.39 en B.82.1 - B.88 van belang. Een analyse van dit arrest ligt echter buiten het bestek van deze masterproef. Daar waar dit arrest oordeelt over de wet betreffende de methoden voor het verzamelen van gegevens door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, gaat deze masterproef enkel over het vooronderzoek in strafzaken. Ondanks het feit dat een groot deel analoog kan worden toegepast, formuleert het Grondwettelijk Hof duidelijk dat er tussen geheime inlichtingendiensten en het vooronderzoek in strafzaken een fundamenteel verschil is²⁹⁴.

II.2 Afluisteren van gesprekken (inclusief via telecommunicatie)

96. NATIONALE BRONNEN. De artikelen 90ter e.v. Sv. vormen de uitzondering op het principiële verbod om niet voor publiek toegankelijke communicatie, te onderscheppen of te doen onderscheppen, er kennis van te nemen of te doen nemen, op te nemen of te doen opnemen, zonder de toestemming van alle deelnemers.

- [Rechtspraak EHRM](#)

97. ARREST MALONE²⁹⁵. *FEITEN.* Dit arrest gaat over een gewezen antiquair, i.e. de heer Malone, die vervolgd wordt voor verschillende misdrijven wegens oneerlijke handel van gestolen

²⁹² EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, Klass en anderen/Duitsland. §19.

²⁹³ GwH 22 september 2011, nr. 145/2011.

²⁹⁴ GwH 22 september 2011, nr. 145/2011. B.2.8.

²⁹⁵ EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79, Malone/Verenigd Koninkrijk.

goederen. Tijdens de eerste rechtszaak blijkt echter dat fragmenten van een telefoongesprek waarin de heer Malone deelneemt zijn afgeluisterd. De heer Malone vordert de schending van zijn privacy. Hij stelt daarbij dat het onderscheppen van, toezicht houden op en opnemen van telefoongesprekken zonder diens toestemming, onwettig is, zelfs indien deze worden uitgevoerd overeenkomstig een dwangbevel van de Minister. De interne rechtbank stelt dat er geen sprake van onwettigheid kan zijn, aangezien er geen enkele wettelijk bepaling is die deze aangelegenheid regelt.

GROND. Om te beginnen bepaalt het EHRM de draagwijdte van deze zaak. Het behandelt niet het onderscheppen van communicatie in het algemeen. Het voorwerp van deze zaak betreft louter het onderscheppen van communicatie namens de politie in Engeland en Wales, met als doel het ontdekken en voorkomen van misdrijven. Het geeft mee dat het onderscheppen van telefoongesprekken een inmenging uitmaakt van het recht op correspondentie en het privéleven. Daarenboven verwijst het Hof naar Klass door te stellen dat de wet op zichzelf “a menace of surveillance” is, los van het feit of deze effectief wordt toegepast of niet. Derhalve is een af luistermaatregel een inmenging in het privéleven, dewelke gerechtvaardigd dient te worden conform de tweede paragraaf van artikel 8 EVRM. Het EHRM hecht in deze zaak een groot belang aan de legaliteitstoets. Het neemt daarbij haar rechtspraak over in verband met artikel 10 EVRM²⁹⁶. Daarin stelt het dat de rechtsgrond aan drie kwaliteiten moet voldoen, namelijk die van toegankelijkheid, voorzienbaarheid en het in overeenstemming zijn met de rechtstaatgedachte. In tegenstelling tot Klass, is de procedure in casu nauwelijks in een wettekst opgenomen. Het betreft voornamelijk een ongeschreven administratieve procedure. Het EHRM stelt vast dat er in een rechtstaat toch een bepaalde mate van rechtsbescherming dient te zijn, die willekeurige inmengingen vermijdt. Het risico op willekeur is namelijk groter wanneer de overheid heimelijk optreedt. Zo stelt het Hof in §67

“The Court would reiterate its opinion that the phrase “in accordance with the law” does not merely refer back to domestic law but also relates to *the quality of the law, requiring it to be compatible with the rule of law* (...). The phrase thus *implies* - and this follows from the object and purpose of Article 8 - *that there must be a measure of legal protection in domestic law against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by paragraph 1. Especially where a power of the executive is exercised in secret, the risks of arbitrariness are evident.*” (eigen cursivering)

De Belgische wetgever zal dus best voor heimelijke maatregelen een wettekst opstellen die aan bovenvermelde kwaliteiten voldoet²⁹⁷. Het EHRM gaat dieper in op de voorzienbaarheid van een geheime onderzoeksmaatregel in het intern recht. Dit houdt principieel in dat de draagwijdte van de inmenging voldoende duidelijk en nauwkeurig door het recht moet worden geformuleerd, zodat het rechtssubject, desgevallend mits het inwinnen van deskundig advies, de rechtsgevolgen kan

²⁹⁶ EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, The Sunday Times/Verenigd Koninkrijk.

²⁹⁷ Later herhaalt in EHRM 12 mei 2000, nr. 35394/97, Khan/Verenigd Koninkrijk.

inschatten en zijn gedrag erop kan afstemmen. Bij geheime onderzoeksmaatregelen kan dit echter niet volledig van toepassing zijn.

“Undoubtedly (...) the requirements of the Convention, notably in regard to foreseeability, cannot be exactly the same in the special context of interception of communications (...). *In particular, the requirement of foreseeability cannot mean that an individual should be enabled to foresee when the authorities are likely to intercept his communications so that he can adapt his conduct accordingly.* Nevertheless, the law must be sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are empowered to resort to this secret and potentially dangerous interference (...).” (eigen cursivering)

Over de draagwijdte van de laatste zin werd er voor het EHRM gedebatteerd. In welke mate moet het recht (en in casu de wetgever) zelf ‘de omstandigheden waarin en de voorwaarden waarop de overheid mag handelen’ bepalen, daar waar de overheid eigenlijk een beslissingsvrijheid heeft.

“(...) as to the extent to which (...) the "law" itself (...) should define the circumstances in which and the conditions on which a public authority may interfere (...). [In the case of *Silver and Others*], the Court held that *"a law which confers a discretion must indicate the scope of that discretion"*, although the detailed procedures and conditions to be observed do not necessarily have to be incorporated in rules of substantive law. *The degree of precision required of the "law" in this connection will depend upon the particular subject-matter.* Since the implementation in practice of *measures of secret surveillance of communications is not open to scrutiny by the individuals concerned or the public at large, it would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power.* Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise (...).” (eigen cursivering)

De overheid heeft een keuzevrijheid wanneer het tot heimelijke maatregelen overgaat. Om misbruiken tegen te gaan zal het intern recht, conform de rechtstaatgedachte, toch in een bepaalde mate van rechtsbescherming dienen te voorzien. Daarnaast vereist de voorzienbaarheid dat de wet voldoende duidelijk is in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden de overheid gemachtigd is om een heimelijke maatregel te gebruiken. Een wet die een bepaalde vrijheid geeft om over te gaan tot heimelijke maatregelen, moet dan ook duidelijk de grenzen van deze vrijheid omschrijven. Het Hof voegt er nog aan toe dat de graad van precisie verschilt van inmenging tot inmenging. Een geheime onderzoeksmaatregel zoals het afluisteren van een telefoon, is een grove inmenging waarvan de grenzen nauwkeurig dienen geformuleerd te worden. Bij gebrek aan controle door het onderzochte individu, is een onbegrensde discretionaire bevoegdheid voor de vervolgende instantie immers niet gewenst, aangezien het de kans op willekeur laat toenemen. Aldus dient de wet zelf de reikwijdte van deze bevoegdheid aan te geven en de manier waarop deze dient uitgeoefend te worden. Dit maakt het ook mogelijk om een controle achteraf door te voeren.

Het EHRM concludeert dat het recht van Engeland en Wales op verschillende manieren kan worden gelezen, zodat de essentiële elementen van de bevoegdheid om communicatie te onderscheppen niet met redelijke precisie is vastgelegd in de interne rechtsregels. Zo wordt de reikwijdte van de beoordelingsvrijheid en de manier waarop deze dient uitgevoerd te worden, onvoldoende

aangegeven. Voor het Hof is het bijgevolg niet met redelijke zekerheid duidelijk welke elementen van het onderscheppen van telefoongesprekken door het recht worden voorgeschreven en welke binnen de discretionaire bevoegdheid van de vervolgende instanties blijven.

“In view of the attendant obscurity and uncertainty as to the state of the law in this essential respect, the Court cannot but reach a similar conclusion that (...) the law of England and Wales [do] not indicate with reasonable clarity the scope and manner of exercise of the relevant discretion (...).”

Het Hof besluit dat de internrechtelijke regeling niet in overeenstemming is met het recht.

98. ARREST HUVIG²⁹⁸. FEITEN. Twee Fransen, de heer Jacques Huvig en zijn vrouw Janine Sylvestre, baten samen een groothandel uit in groenten en fruit. Een gerechtelijk onderzoek wordt opgestart waarbij de heer en mevrouw Huvig verdacht worden van belastingontduiking. Om die reden vaardigt de onderzoeksrechter een dwangbevel uit om alle telefoongesprekken, zowel privé als beroepsmatig, te kunnen afluisteren. Een verslag hiervan wordt aan hen meegedeeld. Enkele jaren later start een strafprocedure. Het argument dat de telefoontap nietig is, wordt door de rechtbank in eerste aanleg afgewezen. Ook in tweede aanleg heeft dit argument geen succes. Telkenmale krijgen beklaagden te horen dat het uitvaardigen van een telefoontap een prerogatief is van de onderzoeksrechter. Ook het Hof van Cassatie wijst hun verzoekschrift af. De beslissing van de onderzoeksrechter valt onder toepassing van artikel 81 Wetboek Strafprocesrecht²⁹⁹³⁰⁰.

GROND. Belangrijk om in het achterhoofd te houden is het feit dat de Franse overheid onder de hoofding “relevant domestic law” van het arrest, een geheel aan rechtspraak produceert in verband met het afluisteren van telefoons. Het EHRM komt tot de vaststelling dat de meeste arresten van latere datum zijn, niet allemaal voortvloeien uit arresten van het Hof van Cassatie en vooralsnog geen uniforme rechtspraak vormen. Net zoals in Malone, komt het Hof eerst tot de vaststelling dat er sprake is van een inmenging. Er zal pas een schending zijn, wanneer de overheid niet kan aantonen dat het heeft gehandeld in overeenstemming met paragraaf 2 van artikel 8 EVRM. Het Hof herhaalt de - voor de nationale wetgever - belangrijke basisprincipes:

“26. The expression “in accordance with the law” (...) requires firstly [1] that the impugned measure *should have some basis in domestic law*; it also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be [2] *accessible to the person concerned, who must moreover* [3] *be able to foresee its consequences* for him, and [4] *compatible with the rule of law.*” (eigen onderlijning, nummering en cursivering)

Ten eerste moeten de beginselen van de inmenging, een bepaalde rechtsgrond hebben in intern recht. Gelet op artikel 22 en 29 Gec.GW. zal dit internrechtelijk voor België een wettekst zijn. *Ten tweede* moet die rechtsgrond aan bepaalde kwaliteitsvereisten voldoen, namelijk voldoende toegankelijk

²⁹⁸ EHRM 24 april 1990, nr. 11105/84, Huvig/Frankrijk.

²⁹⁹ Article 81 : “The investigating judge shall, in accordance with the law, take all the investigative measures which he deems useful for establishing the truth.”

³⁰⁰ Zie ook EHRM 24 april 1990, nr. 11801/85, Kruslin/Frankrijk. Ook in deze zaak wordt de problematiek in verband met de (on)voorzienbaarheid van artikel 81 aangekaart.

zijn voor het rechtssubject zodat deze voldoende de gevolgen die dit voor hem meebrengt kan voorzien. *Tot slot* moet de rechtsgrond in overeenstemming zijn met de rechtstaatsgedachte. Deze vereiste werd reeds in het Malone arrest verduidelijkt (§67). In verband met het eerste punt, klagen de verzoekers dat het toestaan van telefoontaps geen rechtsgrond heeft in Frans recht en in het bijzonder artikel 81 Wetboek Strafvordering. Dit artikel vermeldt niet uitdrukkelijk dat de onderzoeksrechter gemachtigd is om telefoontaps te bevelen. Net zoals de Commissie herhaalt het EHRM dat de term “law” niet louter een wetgevende akte inhoudt maar tevens ook de rechtspraak die deze wet interpreteert omvat. Het Hof beschouwt rechtspraak als deel van “the law”. Uit de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie is duidelijk dat telefoontaps toegestaan zijn op grond van artikel 81 en verder Wetboek Strafvordering. Het is dan ook niet de taak van het EHRM om deze rechtspraak af te wijzen en de nationale wetgeving zelf te interpreteren. Nadat is vastgesteld dat een telefoontap een rechtsgrond heeft in het intern Frans recht, gaat het Hof over tot het beoordelen van het tweede punt, zijnde de kwaliteitsvereisten van toegankelijkheid en voorzienbaarheid. Daar waar dit eerste geen probleem vormt, is dit wel het geval voor het tweede. Het EHRM herhaalt daarbij zijn Malone arrest – welk van toepassing was op een onderzoek geïnitieerd door de Minister van Binnenlandse Zaken – en past dit mutatis mutandis toe op het gerechtelijk onderzoek. Analoog zegt het Hof dat een wet, die een keuzevrijheid geeft aan de gerechtelijke instanties, de draagwijdte van deze keuzevrijheid moet bepalen. De precisie van deze draagwijdte is afhankelijk van inmenging tot inmenging. In dat opzicht stelt het Hof:

“32. Tapping and other forms of interception of telephone conversations represent a serious interference with private life and correspondence and must accordingly be based on a "law" that is particularly precise. It is essential to have clear, detailed rules on the subject, especially as the technology available for use is continually becoming more sophisticated.” (eigen cursivering)

Geheime observatie van communicatie is niet controleerbaar en bijgevolg een ernstige inmenging. Aldus zal een wet, die een te grote keuzevrijheid aan een onderzoeksrechter toelaat, niet in overeenstemming zijn met de voorzienbaarheid. Deze laatste vereist dat de wet nauwkeurig de draagwijdte van deze appreciatiemarge moet bepalen. Gelet op deze grove inmenging en het gebrek aan controle, dient de wet preciezer omschreven te zijn dan een andere wet die een minder zware inmenging inschrijft³⁰¹. Doch heeft de overheid voor de Commissie geargumenteed dat de wet tot 17 waarborgen voorziet tegen misbruik.

³⁰¹EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79, Malone/Verenigd Koninkrijk.; EHRM 25 september 2001, nr. 44787/98, P.G. en J.H./Verenigd Koninkrijk. §62. In dit laatste arrest herhaalt het EHRM dat een algemene onderzoeksbevoegdheid niet volstaat om een ingrijpende heimelijke onderzoeksmaatregel te kunnen uitoefenen. Daarvoor is *lex specialis* vereist die nauwkeuriger aangeeft onder welke omstandigheden en onder welke voorwaarden dergelijke maatregel kan worden genomen. “62. (...) While it may be permissible to rely on the implied powers of police officers to note evidence and collect and store exhibits for steps taken in the course of an investigation, it is trite law that specific statutory or other express legal authority is required for more invasive measures, whether searching private property or taking personal body samples.”

“33. The Court does not in any way minimise the value of several of the safeguards, in particular the need for a decision by an investigating judge, who is an independent judicial authority; (...). It has to be noted, however, that only some of these safeguards are expressly provided for in Articles 81, 151 and 152 of the Code of Criminal Procedure. Others have been laid down (...) in judgments given over the years, (...); the Government appear to infer them (...) from an analogical interpretation of legislative provisions or court decisions concerning investigative measures different from telephone tapping, notably searches and seizure of property. Although logical in itself, such "extrapolation" does not provide sufficient legal certainty in the present context.

Het Hof merkt op dat slechts één waarborg tegen misbruik in de wet is opgesomd, namelijk een voorafgaande rechterlijke controle. Andere zijn slechts in rechtspraak opgenomen en nog andere helemaal niet. De overheid extrapoleert bepaalde waarborgen uit andere wetten en praktijken die geen betrekking hebben op af luistermaatregelen, maar daar wel dicht bij aanleunen, zoals een huiszoeking. Hoewel het Hof dit logisch vindt, biedt dit geen voldoende wettelijke zekerheid. De Staat doet er dus goed aan om deze rechtspraak en analoge interpretaties bij ingrijpende (heimelijke) inmengingen duidelijk en precies in een (voorzienbare) wettekst op te nemen. Daarenboven is er met verschillende waarborgen helemaal geen rekening gehouden geweest:

“34. Above all, the system does not for the time being afford adequate safeguards against various possible abuses. For example, the categories of people liable to have their telephones tapped (...); the nature of the offences which may give rise to such an order (...). Nothing obliges a judge to set a limit on the duration (...). Similarly unspecified are the procedure for drawing up the summary reports (...); the precautions to be taken in order to communicate the recordings intact and in their entirety (...); and the circumstances in which recordings may or must be erased or the tapes be destroyed, (...). The information provided by the Government on these various points shows at best the existence of a practice, but a practice lacking the necessary regulatory control in the absence of legislation or case-law.

Bijgevolg voldoet het Franse recht, geschreven en ongeschreven, niet aan de vereiste van voorzienbaarheid, aangezien een rechtsonderhorige niet voldoende de gevolgen die de inmenging voor hem meebrengt, kan vaststellen.

99. ARREST AMANN³⁰². FEITEN. De heer Hermann Amann is een ondernemer en verkoopt onder meer geïmporteerde ontharingsproducten. Op 12 oktober 1981 telefoneert een vrouw, tewerkgesteld bij de Sovjet ambassade, naar de heer Amann om een “Perma Tweez” ontharingstoestel te kopen. De telefoon van deze vrouw wordt echter afgeluisterd door het parket van Zwitserland. Op vraag van het parket voert de inlichtingendienst van Zwitserland een onderzoek naar het product Perma Tweez. Uit het verslag valt te lezen dat de heer Amann geregistreerd staat als verkoper van cosmetica en dat de Perma Tweez een ontharingsproduct is. Als gevolg hiervan stelt de heer Amann een gerechtelijke procedure in om schadeloos gesteld te worden.

³⁰² EHRM 16 februari 2000, nr. 27798/95, Amann/Zwitserland.

GROND. De klacht van de heer Amann is tweeledig. Hieronder zal enkel zijn klacht in verband met het onderscheppen van zijn telefoongesprek worden besproken. Het Hof zet de basisbeginselen uiteen in verband met de legaliteitstoets³⁰³. Daarbij merkt het op dat:

“54. In the instant case the Court does not consider it necessary to determine whether there was a legal basis for the interception of the telephone call of 12 October 1981. Even assuming that there was, one of the requirements flowing from the expression “in accordance with the law”, namely – here – foreseeability, was not satisfied.”

Alvorens het oordeelt waarom aan de voorzienbaarheid in de specifieke omstandigheden niet is voldaan, overloopt het zijn algemene regels. Aldus dient de wet voldoende duidelijk te zijn in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden de overheid gemachtigd is om een heimelijke maatregel te gebruiken. Een wet die een bepaalde vrijheid geeft om over te gaan tot heimelijke maatregelen, moet dan ook helder de grenzen van deze vrijheid omschrijven. Bij gebrek aan controle door het onderzochte individu, is een onbegrensde discretionaire bevoegdheid voor de vervolgende instantie immers niet gewenst, aangezien het de kans op willekeur laat toenemen³⁰⁴. De mate van precisie hangt af van maatregel tot maatregel. Het heimelijk afluisteren van telefoongesprekken houdt een grove inmenging in, waardoor de wet veel nauwkeuriger de draagwijdte van deze appreciatiemarge moet bepalen³⁰⁵. Bijgevolg gaat het EHRM de verschillende wetgevende teksten na. De artikelen die de politie en het parket *algemeen* de bevoegdheid geven om als inlichtingdienst een heimelijk onderzoek te voeren in verband met de staatsveiligheid, bevat geen duidelijke bepalingen over: de personen die betrokken zijn bij een heimelijke afluistermaatregel, de omstandigheden waarin deze maatregel kan worden bevolen en de te gebruiken middelen of de te volgen procedures.

“58. (...) That rule cannot therefore be considered to be sufficiently clear and detailed to afford appropriate protection against interference by the authorities with the applicant’s right to respect for his private life and correspondence.”

Voor het afluisteren van een telefoongesprek *in het bijzonder*, bepaalt section 66 en verder van het Wetboek van Strafprocedure wel voldoende de personen die betrokken zijn bij het rechterlijk dwangbevel, de omstandigheden waarin dit bevolen kan worden en de procedure die gevolgd moet worden.

“61. The Court does not in any way minimise the importance of those guarantees. It points out, however, that the Government were unable to establish that the conditions of application of section 66 FCPA had been complied with or that the safeguards provided for in sections 66 et seq. FCPA had been observed.”

³⁰³ EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79, *Malone/Verenigd Koninkrijk*. §66; EHRM 24 april 1990, nr. 11801/85, *Kruslin/Frankrijk*. §27; EHRM 24 april 1990, nr. 11105/84, *Huvig/Frankrijk*. §26 en EHRM 16 februari 2000, nr. 27798/95, *Amann/Zwitserland*. §50.

³⁰⁴ EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79, *Malone/Verenigd Koninkrijk*. §§67-68.

³⁰⁵ EHRM 24 april 1990, nr. 11801/85, *Kruslin/Frankrijk*. §33; EHRM 24 april 1990, nr. 11105/84, *Huvig/Frankrijk*. §32.

Ondanks de aanwezigheid van dergelijke waarborgen, kan de overheid niet voldoende aantonen dat de voorwaarden van artikel 66 e.v. zijn nageleefd. Dit is opmerkelijk. Het EHRM gaat nochtans in dat geval uit van een feitelijk vermoeden dat de overheid rechtmatig handelt conform deze waarborgen³⁰⁶ (zie randnummer 130). Het Hof gaat verder en stelt dat volgens het verzoekschrift van de overheid, de heer Amann noch een verdachte is, noch een derde partij is van wie vermoed wordt dat hij informatie krijgt van een verdachte. Zijn betrokkenheid is bijgevolg toevallig.

“61. (...) the Act does not regulate in detail the case of persons monitored “fortuitously” as “necessary participants” in a telephone conversation recorded by the authorities pursuant to those provisions. In particular, the Act does not specify the precautions which should be taken with regard to those persons.”

Het voornaamste doel van de af luistermaatregel is het af luisteren van personen die worden verdacht of beschuldigd van een (zwaar) misdrijf, of zelfs derden waarvan wordt vermoed dat ze informatie ontvangen van of verzenden naar dergelijke personen³⁰⁷. De wet regelt niet in detail de hypothese waarin personen "toevallig" als "noodzakelijke deelnemers" worden gevolgd in een telefoongesprek. In het bijzonder stipuleert de wet niet welke voorzorgsmaatregelen moeten worden genomen met betrekking tot die personen. Op basis hiervan stelt het EHRM vast dat de wet niet voldoende duidelijk de draagwijdte en de voorwaarden formuleert waarbinnen de overheid zijn keuzevrijheid kan uitoefenen.

100. ARREST KENNEDY³⁰⁸. GROND. Naar dit arrest wordt verwezen in de voetnoten van het arrest Roman Zakharov, omwille van het feit dat de structuur, de opbouw en de principiële regels op dezelfde manier worden uiteengezet.

101. ARREST ROMAN ZAKHAROV³⁰⁹. FEITEN. De heer Roman Andreyevich Zakharov is een hoofdredacteur bij een uitgeverij van luchtvaartmagazines. Daarnaast is hij ook de voorzitter van een NGO die toezicht houdt op de onafhankelijkheid van de regionale massamedia, de vrijheid van meningsuiting en het respect voor de rechten van journalisten. De heer Zakharov start intern verschillende juridische procedures waarin hij klaagt dat zijn recht op eerbiediging van zijn priveleven wordt geschonden, doordat zijn privégesprekken worden afgeluisterd. Hij beweert dat volgens intern recht de federale Beveiligingsdienst (FSB) de bevoegdheid heeft om alle telefonische communicatie te onderscheppen zonder voorafgaande rechterlijke toestemming. Voor de nationale rechtbank vraagt de heer Zakharov om het af luisterapparaat te verwijderen.

GROND. Bij de vraag of de inmenging gerechtvaardigd is, kijkt het EHRM samen naar zowel de legaliteitstoets als de noodzakelijkheidstoets³¹⁰. Voor een duidelijk overzicht te houden, bekijk ik na elk principe hoe het EHRM dit op de concrete omstandigheden toepast.

³⁰⁶ EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, Klass en anderen/Duitsland. §59.

³⁰⁷ Dit was het geval in het Kruslin arrest

³⁰⁸ EHRM 18 mei 2010, nr. 26839/05, Kennedy/Verenigd Koninkrijk.

³⁰⁹ EHRM 4 december 2015, nr. 47143/06, Roman Zakharov/Rusland.

³¹⁰ EHRM 18 mei 2010, nr. 26839/05, Kennedy/Verenigd Koninkrijk. §155.

Om *in overeenstemming te zijn met het recht* dient de omstreden maatregel enerzijds een bepaalde rechtsgrond in het interne recht te hebben en anderzijds aan drie kwaliteitsvoorwaarden te voldoen, i.e. toegankelijkheid, voorzienbaarheid en in overeenstemming zijn met de rechtstaatgedachte³¹¹. Daarbij is het belangrijk om te onthouden dat de voorzienbaarheid bij geheime observatietechnieken anders moet ingevuld worden. Bij het onderscheppen van communicatie mag het niet mogelijk zijn dat het individu moet kunnen voorzien wanneer zijn telefoongesprekken zullen worden onderschept, zodat hij zijn gedrag hierop kan aanpassen. Desondanks is de kans op willekeur bij geheime maatregelen groot. Het intern recht moet daarom duidelijke en nauwkeurige wetteksten hebben in verband met het onderscheppen van telefoongesprekken. De wet moet voldoende duidelijk zijn in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden de overheid gemachtigd is om heimelijke maatregelen te gebruiken³¹². Een wet die een bepaalde vrijheid geeft om over te gaan tot heimelijke maatregelen, moet dan ook duidelijk de grenzen van deze vrijheid omschrijven. Bij gebrek aan controle door het onderzochte individu, is een onbegrensde discretionaire bevoegdheid voor de vervolgende instantie immers niet gewenst, aangezien het de kans op willekeur laat toenemen³¹³. Om dit te voorkomen heeft het Hof een aantal minimale waarborgen ontwikkeld die de wet dient te vermelden. Aldus implementeert het Hof hier *de noodzakelijkheidstoets*.

Bij deze toets herhaalt het EHRM dat de lidstaten een bepaalde appreciatiemarge bezitten om te beslissen wanneer zij beroep doen op heimelijke dwangmaatregelen. Het Hof controleert daarbij enkel of de wet en de praktijk voldoende voorzien in beschermingswaarborgen tegen willekeur en misbruik. Het kijkt daarbij in het bijzonder naar: de aard van het misdrijf (*ratione materiae*); welke personen het voorwerp van deze maatregel kunnen zijn (*ratione personae*); de temporele afbakening (*ratione temporis*); de vraag of er een toezichtsprocedure is welke toelaat om het onderzoek, gebruik, opslag en verwijderen van de onderschepte gegevens te controleren; welke overheid bevoegd is om dergelijke maatregel goed te keuren en tot slot of er rechtsherstel mogelijk is³¹⁴. Bij de beoordeling over dit punt maakt het EHRM een onderscheid tussen drie stadia: het aanvragen, het uitvoeren en het stoppen van geheime observatiemethoden. Zowel bij het uitvoeren van de eerste twee stadia als het toezicht daarop, dient de betrokken persoon niet in kennis gesteld te worden van de heimelijke maatregel. Aangezien het onderzochte individu hiervan niet op de hoogte is, dient de wettelijke regeling hieromtrent voldoende geschikte waarborgen tegen misbruik te bevatten. Het EHRM stelt

³¹¹ EHRM 24 april 1990, nr. 11105/84, Huvig/Frankrijk. §26; EHRM 24 april 1990, nr. 11801/85, Kruslin/Frankrijk. §27; EHRM 18 mei 2010, nr. 26839/05, Kennedy/Verenigd Koninkrijk. §151.

³¹² EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79, Malone/Verenigd Koninkrijk. §67; EHRM 24 april 1990, nr. 11105/84, Huvig/Frankrijk. §29; EHRM 24 april 1990, nr. 11801/85, Kruslin/Frankrijk. §30; EHRM 28 juni 2007, nr. 62540/00, Associatie voor Europese Integratie & Mensenrechten en Ekimdzhev/Bulgarije. §75.

³¹³ EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79, Malone/Verenigd Koninkrijk. §68; EHRM 24 april 1990, nr. 11105/84, Huvig/Frankrijk. §29; EHRM 24 april 1990, nr. 11801/85, Kruslin/Frankrijk. §30.

³¹⁴ EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, Klass en anderen/Duitsland. §§49-50 en 59; EHRM 24 april 1990, nr. 11105/84, Huvig/Frankrijk. §34; EHRM 24 april 1990, nr. 11801/85, Kruslin/Frankrijk. §35, EHRM 16 februari 2000, nr. 27798/95, Amann/Zwitserland. §56-58; EHRM 28 juni 2007, nr. 62540/00, Associatie voor Europese Integratie & Mensenrechten en Ekimdzhev/Bulgarije. §76; EHRM 18 mei 2010, nr. 26839/05, Kennedy/Verenigd Koninkrijk. §153-154.

daarbij voorop dat in een rechtstaat, en in het bijzonder in een aangelegenheid dat gevoelig is voor misbruik, een rechterlijke controle gewenst is. Immers deze biedt de beste bescherming inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid³¹⁵. Met betrekking tot het laatste stadium stelt het Hof vast dat de controle achteraf onlosmakelijk verbonden is met het feit dat het betrokken rechtssubject op de hoogte moet worden gesteld dat hij onderhevig is geweest aan geheime observatiemethoden³¹⁶. Als alternatief kan men de rechtbank de bevoegdheid geven om van dit geschil kennis te nemen, los van de vraag of het individu op de hoogte is gesteld van de maatregel of niet³¹⁷.

(i) Ratione materiae

“244. As regards the nature of the offences, the Court emphasises that the condition of foreseeability does not require States to set out exhaustively, by name, the specific offences which may give rise to interception. However, sufficient detail should be provided on the nature of the offences in question.”

Het Hof stelt vast dat de wet duidelijk formuleert dat afluistermaatregelen mogelijk zijn voor criminele feiten die strafbaar zijn met een gevangenisstraf van drie jaar of meer. Daarnaast merkt het Hof ook op dat de Staat de mogelijkheid heeft om af te luisteren in het belang van “de nationale, economische en militaire veiligheid”. Ondanks dat niet in detail moet omschreven worden welke situaties onder deze begrippen vallen, is het Hof toch de mening toegedaan dat ze moeilijk te definiëren zijn en dit van Staat tot Staat kan veranderen.

“248. (...) It leaves the authorities an almost unlimited degree of discretion in determining which events or acts constitute such a threat and whether that threat is serious enough to justify secret surveillance, thereby creating possibilities for abuse.”

Het Hof herhaalt dat de rechtstaatgedachte vereist dat de wet de draagwijdte van dergelijke discretionaire bevoegdheid met voldoende duidelijkheid moet omschrijven om willekeur te voorkomen. Desalniettemin stelt het Hof vast dat de wet een voorafgaande rechterlijke machtiging vereist. Dergelijke rechterlijke controle moet de discretionaire bevoegdheid beperken tot die gevallen waarin er voldoende redenen zijn om over te gaan tot zo'n heimelijk dwangmaatregel. Dit wordt echter in punt (vi) behandeld.

(ii) Ratione personae

Het Hof noteert dat het gerechtvaardigd is om een heimelijke afluistermaatregel te gebruiken voor verdachten, beklaagden, maar ook andere personen die bepaalde informatie hebben over het gepleegde criminele feit. Opmerkelijk is dat het Hof hier niets zegt over de extra waarborg die de wet moet bezitten voor de hypothese waarin personen "toevallig" als "noodzakelijke deelnemers" worden gevolgd in een telefoongesprek³¹⁸.

³¹⁵ EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, Klass en anderen/Duitsland. §55-56.

³¹⁶ EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, Klass en anderen/Duitsland. §57.

³¹⁷ EHRM 18 mei 2010, nr. 26839/05, Kennedy/Verenigd Koninkrijk. §167.

³¹⁸ EHRM 16 februari 2000, nr. 27798/95, Amann/Zwitserland.

(iii) Ratione temporis

“250. The Court has held that it is not unreasonable to leave the overall duration of interception to the discretion of the relevant domestic authorities which have competence to issue and renew interception warrants, provided that adequate safeguards exist, such as a clear indication in the domestic law of the period after which an interception warrant will *expire*, the conditions under which a warrant can be *renewed* and the circumstances in which it must be *cancelled*.”

De wettelijke bepalingen regelen duidelijk wanneer de af luistermaatregel komt te vervallen en wanneer deze kan worden vernieuwd. Echter bepaalt enkel het Strafwetboek dat deze heimelijke dwangmaatregel moet worden stopgezet wanneer deze niet meer noodzakelijk is voor het strafonderzoek. Met betrekking tot de nationale, economische en militaire veiligheid wordt deze vereiste niet gesteld. Aldus bevat dit gedeelte niet genoeg waarborgen tegen misbruik van de overheid.

(iv) Toezichtsprocedure voor opslag, toegang, onderzoek, gebruik, versturen en verwijderen van de onderschepte communicatie.

De data die voortkomen uit een af luistermaatregelen zijn staatsgeheim. Enkel de door de wet aangeduide personen kunnen toegang krijgen tot dergelijke data. Zij kunnen gegevens enkel doorgeven aan personen met een bepaalde hiërarchie, beperkt tot die gegevens die noodzakelijk zijn in de uitoefening van hun verplichtingen. Het opslaan, gebruik en overhandigen van dergelijke gegevens is bijgevolg duidelijk geregeld in de wet. Met betrekking tot het verwijderen stelt het Hof echter een probleem vast:

255. *As regards the cases where the person concerned has not been charged with a criminal offence, (...) The Court considers the six-month storage time-limit set out in Russian law for such data reasonable. At the same time, it deplors the lack of a requirement to destroy immediately any data that are not relevant to the purpose for which they have been obtained. The automatic storage for six months of clearly irrelevant data cannot be considered justified under Article 8.*

256. *Furthermore, as regards the cases where the person has been charged with a criminal offence, the Court notes with concern that Russian law allows unlimited discretion to the trial judge to store or to destroy the data used in evidence after the end of the trial. The Court (...) considers that the domestic law is not sufficiently clear on this point.”*

(v) Toestaan of machtigen van een af luistermaatregel

Het Hof houdt met een aantal factoren rekening bij de beoordeling of de machtiging van een heimelijke af luistermaatregel niet lukraak, onregelmatig of zonder behoorlijke en juiste afweging wordt bevolen. Deze factoren omvatten: welke overheid bevoegd is om deze dwangmaatregel toe te staan, de draagwijdte van diens beoordeling en de inhoud van het bevel die deze maatregel

machtigt³¹⁹. *In verband met de overheid die de maatregel machtigt*, stelt het Hof voorop dat dit niet noodzakelijk door een rechter moet gebeuren. Doch zorgt deze rechterlijke machtiging voor een beter bescherming tegen willekeur, aangezien hij onafhankelijk en onpartijdig zijn redenen neerschrijft op basis waarvan hij het verzoek goed- of afkeurt. *Met betrekking tot beoordelingsdraagwijdte* heeft het EHRM principieel vooropgesteld dat het controleorgaan moet kunnen nagaan of er een redelijk vermoeden is. In het bijzonder moet het controleorgaan kunnen nagaan of er feitelijke aanwijzingen zijn dat de afgeluisterde persoon verdacht kan worden van een strafbaar feit welke aanleiding geeft tot een af luistermaatregel. Daarbij dient het orgaan de proportionaliteitstoets toe te passen en moet het kijken of de Staat zijn appreciatie voldoende rechtvaardigt door aan te tonen dat er geen andere, minder ingrijpende, maatregelen kunnen worden toegepast³²⁰. *Wat de inhoud van de machtiging betreft*, moet de machtiging een duidelijk te identificeren persoon aanduiden. Deze mag bij naam, adres, telefoonnummer of andere relevante informatie worden geïdentificeerd. Het Hof concludeert dat de Russische wetgeving niet aan deze laatste twee voorwaarden voldoet en bijgevolg onvoldoende waarborgen bezit tegen het lukraak of onregelmatig machtigen van een af luistermaatregel. *A fortiori* stelt het EHRM vast dat de geheime inlichtingsdiensten met betrekking tot de nationale, economische en militaire veiligheid geen voorafgaande machtiging moeten aanvragen. De wet verplicht telefoonproviders om gedurende drie jaar data ter beschikking te stellen voor de geheime dienst. Hoewel de mogelijkheid van een oneerlijke, nalatige of overijverige ambtenaar nooit volledig kan worden uitgesloten, is het Hof van oordeel dat een systeem dat de geheime diensten in staat stelt om de communicatie af te luisteren zonder een machtigingsbevel, bijzonder vatbaar is voor misbruik.

(vi) Toezicht op het uitoefenen van een af luistermaatregel

Het Hof stelt vast dat de rechtbank enkel de mogelijkheid heeft om een af luistermaatregel te machtigen. Toezicht op de uitoefening gebeurt door de President, het Parlement, de overheid, de procureur generaal of een bevoegd persoon van het parket. Het EHRM heeft reeds eerder vastgesteld dat een rechterlijke controle gewenst, doch niet vereist is³²¹. Het controleorgaan dient daarbij enerzijds voldoende onafhankelijk te zijn van de overheid die de af luistermaatregel uitvoert en anderzijds voldoende bevoegdheden te hebben om zijn controleopdracht effectief te kunnen uitoefenen³²². *Met betrekking tot de President, het Parlement en de overheid* is er geen publiekelijk beschikbare regelgeving die de draagwijdte van hun toezicht beschrijft. *Wat het parket betreft* dient

³¹⁹ EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, Klass en anderen/Duitsland. §51; EHRM 28 juni 2007, nr. 62540/00, Associatie voor Europese Integratie & Mensenrechten en Ekimdzhiev/Bulgarije. §79-80; EHRM 18 mei 2010, nr. 26839/05, Kennedy/Verenigd Koninkrijk. §31-32 en §160.

³²⁰ EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, Klass en anderen/Duitsland. §51; EHRM 28 juni 2007, nr. 62540/00, Associatie voor Europese Integratie & Mensenrechten en Ekimdzhiev/Bulgarije. §79-80; EHRM 18 mei 2010, nr. 26839/05, Kennedy/Verenigd Koninkrijk. §31-32.

³²¹ EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, Klass en anderen/Duitsland. §56

³²² Het Hof kijkt hierbij of het controleorgaan toegang heeft tot alle relevante informatie, of het controleorgaan bevoegdheden heeft om inbreuken te herstellen, of het controleorgaan zelf publiekelijk kan worden gecontroleerd en of de Staat kan aantonen dat het controleorgaan reeds in het verleden voor een effectieve controle heeft gezorgd.

vastgesteld te worden dat de wet hen toelaat af luistermaatregelen te controleren en om eventueel inbreuken daarop te stoppen en herstellen. Doch is het volgens het Hof essentieel dat hierdoor geen belangenconflict ontstaat. Naast het toezien op deze maatregel is het parket immers ook bevoegd om machtigingsaanvragen goed te keuren. Deze combinatie van functies binnen hetzelfde openbare ministerie, waarbij het zowel aanvragen tot een af luistermaatregel goedkeurt en vervolgens toezicht houdt op de uitvoering ervan, kan twijfels doen rijzen over de onafhankelijkheid. Daarnaast heeft het parket geen toegang tot alle relevante informatie, zodat er slechts een gedeeltelijke effectieve controle op de af luistermaatregel kan worden uitgevoerd. Daarenboven zijn de door het parket opgestelde controlerapporten geheim, zodat ze niet publiekelijk kunnen worden gecontroleerd. Tot slot kan de Russische Staat ook geen voorbeelden aantonen waarin het parket dergelijke effectieve controle in het verleden reeds heeft uitgevoerd.

(vii) In kennis stellen van de af luistermaatregelen en beschikbaar rechtsherstel

Als laatste element onderzoekt het Hof of het noodzakelijk is dat de persoon die werd afgeluisterd in kennis moet worden gesteld dat hij het voorwerp is geweest van dergelijke heimelijke maatregel. Een kennisgeving kan immers enerzijds het lange termijn doel van de geheime observatiemethode in gevaar brengen en anderzijds de werkmethoden en werkterreinen van de inlichtingendiensten onthullen en zelfs hun agenten identificeren. Naar het oordeel van het Hof is het feit dat de betrokkene niet geïnformeerd wordt nadat de geheime observatiemethode is beëindigd, verenigbaar met artikel 8, lid 2 EVRM, omdat juist deze onthouding de doeltreffendheid van de methode (i.e. de inmenging) waarborgt. Doch moet deze kennisgeving mogelijk zijn wanneer dit het doel van het strafonderzoek niet meer in gevaar brengt³²³. Hierin niet voorzien kan het rechtsherstel theoretisch en illusionair maken³²⁴. Men kan dit vermijden door de rechtbanken de bevoegdheid te geven om van geschillen kennis te nemen wanneer een persoon vermoedt onderhevig te zijn aan een heimelijke af luistermaatregel³²⁵. Met betrekking tot de Russische wetgeving stelt het Hof vast dat enkel personen waartegen een strafprocedure is ingesteld via het bewijs op de hoogte worden gesteld van de genomen maatregel. Personen waartegen geen strafprocedure wordt ingesteld zullen hiervan niet op de hoogte zijn, tenzij er een lek is in het vooronderzoek.

“298. The Court concludes from the above that the remedies (...) are available only to persons who are in possession of information about the interception (...) Their effectiveness is therefore undermined by the absence of a requirement to notify the subject of interception (...), or an adequate possibility of requesting and obtaining information about interceptions (...). Accordingly, the Court finds that Russian law does not provide for an effective judicial remedy against secret surveillance measures (...)”

Aldus bezit de Russische wetgeving geen adequate en effectieve bescherming tegen misbruik en willekeur. In het bijzonder is de bevoegdheid van de overheid in de wet onvoldoende duidelijk

³²³ EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, Klass en anderen/Duitsland. §58

³²⁴ EHRM 28 juni 2007, nr. 62540/00, Associatie voor Europese Integratie & Mensenrechten en Ekimdzhev/Bulgarije. §90-91

³²⁵ EHRM 18 mei 2010, nr. 26839/05, Kennedy/Verenigd Koninkrijk. §167

omschreven voor bepaalde omstandigheden. De kwaliteit van de wet houdt de inmenging niet tot wat noodzakelijk is in een democratische samenleving. In dat opzicht is er een schending van artikel 8 EVRM.

III. GEGEVENS OVER COMMUNICATIE

102. NATIONALE BRONNEN. Voornamelijk artikel 46*bis* en 88*bis* Sv. regelen het registreren en lokaliseren van gegevens in verband met elektronische communicatie zoals: lijsten met oproepnummers, nummers van correspondenten, zendmasten en tijdstippen van berichten en de duur van gesprekken. Daarnaast is artikel 126 e.v. van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie van belang.

- [Rechtspraak EHRM](#)

103. ARREST MALONE³²⁶. *FEITEN*. Zie randnummer 97.

GROND. Het EHRM stipuleert duidelijk wat zij onder “metering” verstaat.

“The process known as "metering" involves the use of a device (a meter check printer) which registers the numbers dialled on a particular telephone and the time and duration of each call. In making such records, the Post Office - now British Telecommunications - makes use only of signals sent to itself as the provider of the telephone service and does not monitor or intercept telephone conversations at all.”

Het bemachtigen van informatie over een telefoongesprek, zoals de duur of het gebelde telefoonnummer, dient dan ook strikt onderscheiden te worden van het af luisteren van een telefoongesprek. Het arrest vermeldt voor het eerst summier dat het doorgeven van data in verband met een telefoongesprek, zonder de toestemming van de betrokken persoon, een probleem kan vormen onder artikel 8 EVRM.

“84. As the Government rightly suggested, a meter check printer registers information that a supplier of a telephone service may in principle legitimately obtain, notably in order to ensure that the subscriber is correctly charged or to investigate complaints or possible abuses of the service. *By its very nature, metering is therefore to be distinguished from interception of communications, which is undesirable and illegitimate in a democratic society unless justified. The Court does not accept, however, that the use of data obtained from metering, whatever the circumstances and purposes, cannot give rise to an issue under Article 8. The records of metering contain information, in particular the numbers dialled, which is an integral element in the communications made by telephone. Consequently, release of that information to the police without the consent of the subscriber also amounts, in the opinion of the Court, to an interference with a right guaranteed by Article 8.*”

De politie die niet in het bezit is van een dagvaarding, heeft geen bevoegdheid te eisen dat bepaalde informatie aan hen wordt overhandigd. Desalniettemin heerst er in Engeland en Wales een praktijk waarbij “the Post Office”, op verzoek van de politie, dergelijk informatie toch verleent. Geen enkele

³²⁶ EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79, Malone/Verenigd Koninkrijk.

regel van nationaal recht, verbiedt het postkantoor om vrijwillig te voldoen aan een verzoek van de politie om telefoongegevens openbaar te maken. Doch concludeert het EHRM dat er, ondanks dit gebrek, geen enkele rechtsregel bestaat die de draagwijdte van deze beslissingsvrijheid regelt, noch de wijze waarop deze uitgevoerd dient te worden. De praktijk waarbij “the Post Office” soms vrijwillig gegevens in verband met telefoongesprekken aan de politie openbaar maakt en soms, is arbitrair en bijgevolg niet in overeenstemming met het Engelse recht.

104. ARREST P.G. & J.H.³²⁷. *FEITEN*. Op 28 februari 1995 ontvangt inspecteur Mann informatie in verband met een diefstal die door P.H. en B gepland zou zijn op 2 maart 1995. Naast het uitvoeren van een heimelijke af luistermaatregel vraagt de politie bij de Britse Telefoonmaatschappij de facturatie op met betrekking tot het telefoonnummer van B. Aan de hand van die facturatie wil de politie telefoonnummers verzamelen van degene die door B zijn gebeld en naar B hebben gebeld. Deze informatie moet het mogelijk maken om de identiteit van andere leden van de (diefstal)bende te achterhalen (waaronder de heren P.G. en J.H.). In verdere interne procedures zal deze informatie ook gebruikt worden om tijd en datums van telefoongesprekken te bewijzen. Uiteindelijk wordt de af luistermaatregel gestopt, aangezien de bende de politie op het spoor is en de apparatuur heeft ontdekt. Voor het EHRM klagten beide heren dat het intern recht, welke het mogelijk maakt om deze gegevens door te geven aan de politie, niet voorziet in voldoende waarborgen tegen misbruik.

GROND. Sinds het Malone arrest, dient vastgesteld te worden dat het Verenigd Koninkrijk de Gegevensbeschermingswet van 1984 heeft goedgekeurd. Deze wet regelt in section 28(3) dat persoonlijke gegevens, zonder toestemming van de betrokkene, openbaar mogen worden gemaakt aan de politie met het doel om strafbare feiten te voorkomen.

“42. (...) The Court notes, however, that metering, which does not per se offend against Article 8 if, for example, done by the telephone company for billing purposes, is by its very nature to be distinguished from the interception of communications which may be undesirable and illegitimate in a democratic society unless justified.”

De heren P.G. en J.H. argumenteren dat voormelde wettelijke bepaling onvoldoende ‘de omstandigheden waarin en de wijze waarop de Staat haar beslissingsvrijheid kan gebruiken’ verduidelijkt, aangezien het niets bepaalt over het doel waarvoor de gegevens kunnen worden gebruikt, de omstandigheden waaronder ze kunnen worden opgeslagen en de mogelijkheid om ze te vernietigen³²⁸. Het EHRM onderzoekt standaard drie punten³²⁹. In deze zaak buigt het Hof zich voornamelijk over de voorzienbaarheid en de rechtstaatgedachte. In dat opzicht verduidelijkt het Hof dat :

³²⁷ EHRM 25 september 2001, nr. 44787/98, P.G. en J.H./Verenigd Koninkrijk.

³²⁸ De rechtspraak op basis waarvan dit argument is ontwikkeld is: Het arrest Malone §67 en §87, Huvig §34, Kruslin §3 en Khan §26.

³²⁹ Zie Malone §§66-67, Huvig §26 en Kruslin §27: (i) heeft de inmenging een rechtsgrond in intern recht, (ii) voldoet die rechtsgrond aan de toegankelijkheid en voorzienbaarheid en (iii) voldoet de rechtsgrond aan de rechtstaatgedachte.

“(…) the quality of law criterion in this context refers essentially to considerations of foreseeability and lack of arbitrariness. *What is required by way of safeguard will depend, to some extent at least, on the nature and extent of the interference* in question. In this case, the information obtained concerned the telephone numbers (…). It did not include any information about the contents of those calls, or who made or received them. The data obtained (…) were therefore strictly limited.

47. *While it does not appear that there are any specific statutory provisions governing storage and destruction of such information*, the Court is not persuaded that *the lack of such detailed formal regulation raises any risk of arbitrariness or misuse*. Nor is it apparent that there was any lack of foreseeability. Disclosure to the police was permitted under the relevant statutory framework where necessary for the purposes of the detection and prevention of crime, and the material was used at the applicants’ trial on criminal charges to corroborate other evidence relevant to the timing of telephone calls. *It is not apparent that the applicants did not have an adequate indication as to the circumstances in, and conditions on, which the public authorities were empowered to resort to such a measure.*” (eigen cursivering)

In het Malone arrest (§67) heeft het Hof reeds duidelijk gesteld dat er minstens een rechtsbescherming moet zijn in het intern recht, om heimelijke maatregelen te kunnen controleren op misbruik. Deze rechtsbescherming moet voldoende duidelijk de draagwijdte en uitvoeringswijze van het prerogatief van de overheid formuleren. De precisie ervan is afhankelijk van inmenging tot inmenging. Daar waar het Hof dit heeft beslist in rechtspraak met betrekking tot het af luisteren van een telefoongesprek (inhoudelijk communicatie), spreekt het zich hier uit over gegevens in verband met die gesprekken. Bij gebrek aan het af luisteren van de inhoud van het gesprek is er in casu sprake van een minder verregaande inmenging. Dit laat volgens het Hof toe dat er soepelere beschermingswaarborgen in het intern recht worden geformuleerd. Een gebrek aan wettelijke regels in verband met het opslaan en verwijderen van dergelijke informatie (die een waarborg vormen tegen misbruik) geeft in casu weinig risico tot misbruik. Daarenboven laat section 28(3) van de Gegevensbeschermingswet uitdrukkelijk toe dat dergelijke gegevens aan de politie kunnen worden overhandigd. In tegenstelling tot Malone, is hier bijgevolg wel voldaan aan de voorzienbaarheid.

IV. HUISZOEKING

105. NATIONALE BRONNEN. De artikelen 36, 37 en 87 tot en met 90 Sv. vormen de basis voor het recht om een huiszoeking uit te voeren. De modaliteiten ervan zitten vervat in de Huiszoekingswet enerzijds en de art. 26, 27 en 29 WPA anderzijds.

- [Rechtspraak EHRM: Natuurlijk persoon en rechtspersoon](#)

106. ARREST FUNKE³³⁰. FEITEN. Drie Franse douaneambtenaren gaan naar de woning van de heer Jean-Gustave Funke, met als doel om informatie in te winnen in verband met zijn buitenlands vermogen. De heer Funke geeft toe dat hij over buitenlandse bankrekeningen beschikt, maar deelt mee dat er geen uittreksels in zijn woning liggen. Na de woning te hebben onderzocht,

³³⁰ EHRM 25 februari 1993, nr. 10828/84, Funke/Frankrijk.

vinden de douaneambtenaren bankafschriften en chequeboeken van een aantal buitenlandse banken. Vervolgens worden deze documenten in beslag genomen. De huiszoeking leidt niet tot strafvervolgning maar wel tot parallelle procedures om de andere gevraagde bankafschriften aan de administratie te overhandigen. Het Franse Hof van Cassatie verwerpt de klachten van de heer Funke.

GROND. Het EHRM stelt vast dat er een inmenging is van het privéleven, de woning en de correspondentie van de heer Funke. In het bijzonder kijkt het naar de bescherming van de woning, aangezien de verzoeker klaagt dat de huiszoeking mogelijk was zonder een rechterlijk dwangbevel. De heer Funke past hiervoor een arrest van de Franse Grondwettelijk Raad in verband met directe belastingen analoog toe, welke stelt dat het doorzoeken van private ruimtes door belastingambtenaren moet voorafgegaan worden door een rechterlijk bevel. De overheid van zijn kant stelt dat artikel 64 van de douanewet heel nauwkeurig is omschreven en bijgevolg de kans op misbruik uitsluit. Daarenboven omvat artikel 8 EVRM geen uitdrukkelijke verplichting om een rechterlijk bevel vooraf te laten gaan aan een huiszoeking. De vraag of de maatregel “in overeenstemming is met het recht” beantwoordt het EVRM niet, aangezien de inmenging niet conform de noodzakelijkheidstoets is.

“51. The Court does not consider it necessary to determine the issue in this instance, as at all events the interferences complained of are incompatible with Article 8 in other respects (see paragraphs 57-59 below).”

Aldus behandelt het EHRM enkel de noodzakelijkheidstoets. Daarin verduidelijkt het Hof eerst dat de Staat een appreciatiemarge heeft. Zij hebben de keuzevrijheid om te oordelen of een dwangmaatregel - zoals een huiszoeking - noodzakelijk is voor het onderzoek (zie randnummer 133). Ongeacht de door de vervolgende instanties gekozen dwangmaatregel, zal het Hof daarbij steeds nagaan of de relevante wetgeving wel voldoende beschermingsmaatregelen heeft ingebouwd tegen misbruik van de overheid.

“56. (...) *Nevertheless, the relevant legislation and practice must afford adequate and effective safeguards against abuse.*”

Het Hof besluit dat dit in deze casus niet het geval is:

“57. This was not so in the instant case. At the material time (...) 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 law, which were emphasised by the Government, appear too lax and full of loopholes for the interferences with the applicant’s rights to have been strictly proportionate to the legitimate aim pursued.*”

Volgens het EHRM zorgt de Franse wettekst ervoor dat douaneambtenaren een veel te grote macht hebben bij het uitvoeren van een huiszoeking. Zij kunnen immers exclusief het doel, het aantal, de duur en de draagwijdte van de huiszoeking bepalen. Daarenboven zijn de wettelijke begrenzings, bij gebrek aan rechterlijke controle, veel te coulant en onvolledig. Ondanks het feit dat deze grenzen door de wetten van 1986 en 1989 veel stringenter zijn gemaakt, dateert deze wijziging van na de

feiten en dient het Hof hier geen antwoord op te formuleren. Wil de wetgever aldus de toets van artikel 8 EVRM doorstaan, dan is een rechterlijke controle een belangrijk element. Uit latere rechtspraak zal blijken dat een voorafgaande rechterlijk dwangbevel een belangrijke voorwaarde is als waarborg tegen misbruik, wanneer de wettekst een te ruime keuzevrijheid laat aan de overheid³³¹. Bij gebrek kan dit ook gecompenseerd worden door een rechterlijk toezicht achteraf³³². Daarbij is het belangrijk in het achterhoofd te houden dat het gebrek aan rechterlijk toezicht voor, tijdens en/of na de maatregel, slechts één element is bij de beoordeling van het Hof³³³. Volledigheidshalve geldt deze zienswijze mutatis mutandis voor rechtspersonen³³⁴.

107. ARREST KUCERA³³⁵. *FEITEN*. Op 17 december 1997 wordt er om 6 uur 's ochtends op de deur van de heer Pavel Kucera zijn appartement geklopt. Hij is een directeur van een politiebureau, die er van wordt verdacht een zaakvoerder te hebben afgeperst. Verschillende gemaskerde en zwaarbewapende politieambtenaren hebben de opdracht gekregen om zowel de heer Kucera als zijn vrouw mee te nemen voor ondervraging. Het verslag van de huiszoeking vermeldt dat het doel was volbracht en dat geen enkele dwang werd gebruikt. Desalniettemin dient de heer Kucera een klacht in bij het toezichtsorgaan van de politie. Hij klaagt dat de politie zijn appartement is binnen gekomen, zonder een huiszoekingsbevel en zonder zijn toestemming. Op verschillende datums ondervraagt het toezichtsorgaan drie politieambtenaren die bij de huiszoeking betrokken waren. Hun verklaringen komen echter niet overeen. Agent B(1) zegt dat de heer Kucera heeft toegestemd op hun vraag of zij het appartement mochten binnenkomen. Dit staat tegenover de verklaringen van M en B(2), die stellen dat Kucera hen louter tot aan de inkomhal toeliet. Het toezichtsorgaan komt echter tot de vaststelling dat er geen bewijs is van enig misdrijf. Ook voor het EHRM zelf zijn de heer Kucera en de overheid het niet met elkaar eens.

GROND. Het Hof komt voor het eerst in contact met de problematiek van de toestemming. Daar waar de Slowaakse overheid argumenteert dat Kucera de politieagenten vrijwillig heeft binnen gelaten, gaat deze laatste uit van de antithese. Hij beweert immers dat de gemaskerde agenten zijn binnengekomen zonder toestemming. Voor het Hof is dit van belang om de vraag te kunnen beantwoorden of er sprake is van een inmenging in artikel 8 EVRM of niet. Uit het feit dat een groot aantal politieambtenaren - waarvan een aantal gemaskerd en zwaar bewapend - op klaarlichte dag zich naar het appartement begeven, leidt het Hof redelijkerwijze af dat de verzoeker geen andere keuze heeft dan toestemming te verlenen om zijn appartement te betreden. Het Hof kan niet aanvaarden dat deze toestemming vrij en weloverwogen tot stand is gekomen. Bijgevolg is het

³³¹ EHRM 16 december 1997, nr. 21353/93, Camenzind/Zwitserland. §45 ; EHRM 2 december 2010, nr. 17318/06, Ratushna/Ukraine. §73.; EHRM 6 oktober 2016, nr. 33696/11, K.S en M.S./Duitsland. §45.

³³² EHRM 7 juni 2007, nr. 71362/01, Smirnov/Rusland. §45.

³³³ EHRM 15 juli 2003, nr. 33400/96, Ernst en andere/België §115; EHRM 9 december 2004, nr. 41872/98, Van Rossem/België. §43. EHRM 28 april 2005, nr. 41604/98, Buck/Duitsland. §46.; EHRM 22 mei 2008, nr. 65755/01, Iliya Stefanov/Bulgarije. §39.

³³⁴ EHRM 16 april 2002, nr. 37971/97, Stes Colas en andere/Frankrijk. §47-49.

³³⁵ EHRM 17 juli 2007, nr. 48666/99, Kucera/Slowakije.

betreden zonder toestemming en zonder dwangbevel een inmenging die gerechtvaardigd dient te worden conform paragraaf 2 van artikel 8 EVRM. Het Hof bekijkt enkel de noodzakelijkheidsvoorwaarde en komt tot de vaststelling dat de huiszoeking disproportioneel is, aangezien de overheid geen relevante en voldoende redenen kan geven om deze dwangmaatregel te rechtvaardigen. Daar waar dit arrest eigenlijk in hoofdstuk 4 dient besproken te worden, is toch beslist om dit in hoofdstuk 3 te vermelden. Het Hof laat het hier immers niet bij en geeft een richtlijn mee aan de nationale wetgevers om deze inmenging in de toekomst te kunnen vermijden:

“122. Furthermore, a risk of abuse of authority and violation of human dignity is inherent in a situation such as the one which arose in the present case where, as stated above, the applicant was confronted by a number of specially trained masked policemen at the front door of his apartment very early in the morning. *In the Court's view, safeguards should be in place in order to avoid any possible abuse in such circumstances and to ensure the effective protection of a person's rights under Article 8 of the Convention. Such safeguards might include the adoption of regulatory measures which both confine the use of special forces to situations where ordinary police intervention cannot be regarded as safe and sufficient and, in addition, prescribe procedural guarantees ensuring, for example, the presence of an impartial person during the operation or the obtaining of the owner's clear, written consent as a pre-condition to entering his or her premises.* The Court notes that certain guarantees to that effect are incorporated in the Police Corps Act 1993. However, those guarantees failed to prevent the situation complained of in the instant case from occurring.”

In omstandigheden die een schending kunnen vormen voor de menselijke waardigheid, moet de wetgeving bepaalde waarborgen bevatten tegen misbruik. Bijgevolg geeft het Hof zelf een niet exhaustieve opsomming van mogelijke beschermingswaarborgen zoals: (i) het beperken van elitetroepen tot situaties waarin een gewone politie interventie niet als veilig en toereikend kan worden beschouwd, (ii) de aanwezigheid van een onpartijdige derde gedurende de huiszoeking of (iii) een vrijwillige en uitdrukkelijk geschreven toestemming van de bewoner, die de huiszoeking voorafgaat. Ook al is de opsomming niet uitputtend, in casu voldoet de wet slechts aan één van de drie voorwaarden, wat voor het Hof niet voldoende is.

- [Rechtspraak EHRM: Natuurlijk persoon met beroepsgeheim](#)

108. ARREST NIEMIETZ³³⁶. FEITEN. Tegen een zekere Klaus Wegner, verbonden aan een antikerkelijke werkgroep van een politieke partij “Bunte Liste”, wordt op 13 januari 1986 een strafrechtelijk procedure ingesteld wegens aanranding van de eer en goede naam van rechter Miosga. De reden hiervoor was een brief die hij op 9 december 1985 per fax had gestuurd waarin hij zijn ongenoegen uitte over de “partijdige, ondemocratische en terroristische” handelswijze van de betrokken rechter in een bepaalde zaak. Pogingen van het parket om de heer Wegner te dagvaarden blijven echter vruchteloos. Alle post die betrekking heeft op de Bunte Liste, komt tot eind 1985 toe bij het kantoor van de heer Niemietz. Deze laatste is een advocaat, en is een aantal

³³⁶ EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, Niemietz/Duitsland.

jaren voorzitter geweest van die politieke partij. Vanaf 1986 wordt alle post in verband met de Bunte Liste doorgestuurd naar mevrouw D. Nadat het ondervragen van getuigen niet volstaat om de identiteit van de heer Wegner te kunnen achterhalen, beslist de vervolgende instantie om op 8 augustus 1986 een huiszoeking door te voeren in het advocatenkantoor van de heer Niemietz en de woning van mevrouw D. Het huiszoekingsbevel vermeldt:

“The search of the following residential and business premises for documents which reveal the identity of ‘Klaus Wegener’ [sic] and the seizure of such documents is ordered.”
(eigen cursivering)

De politie en de vervolgende instantie onderzoeken in totaal 4 archiefkasten, 6 mappen en het klantenbestand van de heer Niemitz. Doch nergens wordt er documentatie gevonden die wijzen op de identiteit van Klaus Wegner.

GROND. Het EHRM buigt zich eerst over de vraag of er sprake is van een inmenging. Een uitgebreide uiteenzetting hiervan ligt niet in het opzet van dit onderzoek. Samengevat stelt het EHRM dat een werkgerelateerde omgeving onder het privéleven valt. Tot op zekere hoogte omvat dit laatste immers het recht om relaties te ontwikkelen met andere mensen. Aangezien dit voornamelijk plaatsvindt op de werkvloer, valt niet in te zien waarom het professionele leven niet beschermd zou kunnen worden. Het verwijst daarnaast ook naar rechtspraak waarin zowel het afluisteren van professionele als private telefoongesprekken, een schending van de communicatie inhoud³³⁷. Als laatste argument verwijst het EHRM naar het woord “home”. Daaruit leidt het Hof af dat: (i) het begrip ook iemands professionele ruimte omvat, aangezien professionele activiteiten even goed verricht kunnen worden in de eigen (privé)woning en omgekeerd; (ii) zowel private als professionele activiteiten dienen beschermd te worden tegen willekeurige inmengingen van de overheid; (iii) de rechtvaardigingsgronden voor professionele activiteiten ruimer geïnterpreteerd mogen worden dan voor private handelingen. Dit laatste is niet onbelangrijk, aangezien het Hof in *Klass* heeft vooropgesteld dat rechtvaardigingsgronden eng dienen geïnterpreteerd te worden. Inzake professionele activiteiten aanvaardt het Hof aldus een meer soepelere houding. Uit bovenstaande argumentatie besluit het Hof dat er wel degelijk sprake is van een inmenging. Nadat heel summier vastgesteld is geweest dat de inmenging in overeenstemming is met het recht en een legitiem doel nastreeft, buigt het Hof zich over de noodzakelijkheid ervan.

“37. (...) It is true that the offence in connection with which the search was effected (...) cannot be classified as no more than minor. On the other hand, the warrant was drawn in broad terms, in that it ordered a search for and seizure of “documents”, without any limitation, revealing the identity of the author of the offensive letter; this point is of special significance where, as in Germany, the search of a lawyer’s office is not accompanied by any special procedural safeguards, such as the presence of an independent observer. More importantly, having regard to the materials that were in fact inspected, the search impinged on professional secrecy to an extent that appears disproportionate in the circumstances;” (eigen cursivering)

³³⁷ EHRM 24 april 1990, nr. 11105/84, Huvig/Frankrijk.

Het gecursiveerd deel is van belang voor de nationale wetgever. Gelet op het beroepsgeheim van de advocaat, is de aanwezigheid van specifieke procedurele waarborgen gewenst, zoals een onafhankelijke waarnemer. Deze laatste zorgt er namelijk voor dat, ondanks de ruim geformuleerde huiszoeking, doch enkel relevante documenten aan de onderzoeksinstanties zullen worden overhandigd. Door het beschermen van het beroepsgeheim, worden ook de rechten van artikel 6 EVRM gewaarborgd. De wetgever doet er goed aan deze procedure specifiek in een wettekst te formuleren. Dit wordt later door het Smirnov arrest nog verder verfijnd³³⁸. Daarin wordt nogmaals herhaald dat getuigen die geen kennis hebben over het beroepsgeheim, geen effectieve waarborg vormen tegen misbruik. Wegens gebrek aan juridische kwalificaties vindt het Hof het zeer onwaarschijnlijk dat deze waarnemers echt in staat zijn om, onafhankelijk van de onderzoeksinstanties, te identificeren welke documenten onder het wettelijke beroepsgeheim vallen³³⁹. Daarbij kan een inbreuk op het beroepsgeheim gevolgen hebben voor de juiste rechtsbedeling en dus voor de rechten die worden gewaarborgd door artikel 6 EVRM³⁴⁰. Naast bovenvermelde waarnemer, kan de wetgever ook een verbod inschrijven op het in beslag nemen van documenten die vallen onder het voorrecht van de advocaat-cliënt³⁴¹.

109. ARREST CAMENZIND³⁴². FEITEN. Dit arrest heeft betrekking op een huiszoeking die heeft plaatsgevonden bij de heer Camenzind, een Zwitserse advocaat. Op 5 december 1991 wordt deze laatste betrappt door het toezichtsorgaan van de Zwitserse Post en Telecommunicatie autoriteit ('PTT'), op het gebruiken van een onvergunde telefoon, wat strafbaar is. Op 13 december 1991 vaardigt een regio directeur van de PTT dan ook een dwangbevel uit om de woning van de heer Camenzind te onderzoeken in de hoop de telefoon daar te vinden. Op 21 januari 1992 begeven twee PTT ambtenaren zich naar de woning. Na het laten zien van het huiszoekingsbevel, laat de heer Camenzind de twee ambtenaren binnen in de inkomhal. Hij bekent dat hij de omstreden telefoon in het verleden heeft gebruikt, maar dat de huiszoeking nutteloos is, aangezien hij de telefoon niet meer in zijn bezit heeft. Vervolgens wordt de huiszoeking uitgevoerd door één van de twee ambtenaren in de aanwezigheid van de heer Camenzind. Hierbij doet de ambtenaar niets meer dan het louter controleren of de telefoon- en televisietoestellen PTT-goedgekeurd zijn. Hij raakt niets aan, opent geen laden en bekijkt geen enkel document. De betwiste telefoon wordt niet gevonden. Na het uitputten van de nationale procedures, klaagt de heer Camenzind bij het EHRM.

GROND. Het EHRM herhaalt dat het onderzoeken van een ruimte die door verzoeker wordt bewoont, een inmenging inhoudt van het recht op bescherming van diens woning. Bijgevolg gaat

³³⁸ EHRM 7 juni 2007, nr. 71362/01, Smirnov/Rusland.

³³⁹ Dit is anders voor personen die geen beroepsgeheim hebben. In dat geval volstaat het dat er louter twee getuigen aanwezig zijn. Zie hiervoor EHRM 14 januari 2010, nr. 3708/03, Mastepan/Rusland.

³⁴⁰ EHRM 22 mei 2008, nr. 65755/01, Iliya Stefanov/Bulgarije. §43.

³⁴¹ EHRM 7 juni 2007, nr. 71362/01, Smirnov/Rusland. §48.

³⁴² EHRM 16 december 1997, nr. 21353/93, Camenzind/Zwitserland.

het Hof na of deze inmenging gerechtvaardigd is op grond van paragraaf 2, artikel 8 EVRM. Bij de vraag of de huiszoeking in overeenstemming is met het Zwitsers recht, stipuleert het EHRM:

“37. The Court reiterates that the expression “in accordance with the law”, within the meaning of Article 8 §2 of the Convention, requires *that the impugned measure should have some basis in domestic law and that the law in question should be accessible to the person concerned – who must moreover be able to foresee its consequences for him – and compatible with the rule of law.*”

Derhalve verwijst het Hof naar zijn vaste rechtspraak³⁴³. Vervolgens gaat het Hof verder:

“(…) *The Court further notes that to enable offences under administrative criminal law to be detected, section 48 of the DPA provides that searches may be carried out in dwellings and other premises “if ... evidence of the commission of the offence [is] to be found there” and that the Act contains safeguards against arbitrary interference by the authorities with the right to respect for the home .*” (eigen cursivering)

Ambtenaren van de Zwitserse Post en Telecommunicatie zijn bevoegd met het onderzoek naar het gebruik van een onvergunde telefoon. Section 48 DPA laat hen toe om een huiszoeking door te voeren wanneer bewijs van een misdrijf daar kan gevonden worden. Ook hier verwijst het Hof in zijn legaliteitstoets naar een controle die hij doorvoert in zijn noodzakelijkheidstoets³⁴⁴. De vraag of de wet voldoet aan de rechtstaatgedachte (i.e. legaliteitstoets) is dezelfde vraag of het recht voldoende waarborgen bezit tegen misbruik van de vervolgende instantie (i.e. noodzakelijkheidstoets). Bijgevolg bevatten §§45-46 van de noodzakelijkheidstest belangrijke elementen voor de nationale wetgevers:

“45. The Contracting States may consider it necessary to resort to measures such as searches of residential premises and seizures in order to obtain physical evidence of certain offences. The Court will assess whether the reasons adduced to justify such measures were relevant and sufficient and whether the aforementioned proportionality principle has been adhered to. As regards the latter point, the Court must firstly ensure that the relevant legislation (...) afford individuals “adequate and effective safeguards against abuse”; notwithstanding the margin of appreciation (...), *it must be particularly vigilant where (...) the authorities are empowered under national law to order and effect searches without a judicial warrant. If individuals are to be protected from arbitrary interference by the authorities with the rights guaranteed under Article 8, a legal framework and very strict limits on such powers are called for.*” (eigen cursivering)

Eerst onderzoekt het Hof of de rechtvaardigingsredenen van de onderzoekende instantie relevant en voldoende zijn. Indien dat het geval is gaat het Hof de proportionaliteit na. Vooraleer het deze afweging maakt, bekijkt het Hof of de nationale wetgeving wel voldoende geschikte en effectieve waarborgen tegen misbruik bezit. Deze regel werd door het Klass arrest geïntroduceerd (randnummer 93)³⁴⁵. Het Hof vermeldt hier uitdrukkelijk dat het bijzonder waakzaam is in die

³⁴³EHRM 25 maart 1983, nr. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, Silver en andere/Verenigd Koninkrijk. §86; EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79, Malone/Verenigd Koninkrijk. §66; EHRM 24 april 1990, nr. 11105/84, Huvig/Frankrijk. §26; EHRM 24 april 1990, nr. 11801/85, Kruslin/Frankrijk. §27.

³⁴⁴Zie §56 in EHRM 25 februari 1993, nr. 10828/84, Funke/Frankrijk.

³⁴⁵EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, Klass en anderen/Duitsland. §50.

gevallen waarin de wetgeving een huiszoeking toelaat, zonder een bevelschrift van een rechter³⁴⁶. Deze laatste biedt immers de beste bescherming inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid³⁴⁷. In die gevallen waarin geen voorafgaandelijke rechterlijke machtiging is vereist, moet de wetgever een wettelijk kader met strikte toepassingsvoorwaarden uitwerken. Het geheel van waarborgen die in de wet van 1974 zijn opgenomen, bieden volgens het Hof een voldoende bescherming tegen misbruik.

(...) With regard to the safeguards provided by Swiss law, the Court notes that under the Federal Administrative Criminal Law Act of 22 March 1974, (...) a search may (...) only be effected under a written warrant issued by a limited number of designated senior public servants (section 48) and carried out by officials specially trained for the purpose (section 20); they each have an obligation to stand down if circumstances exist which could affect their impartiality (section 29). Searches can only be carried out in “dwellings and other premises ... if it is likely that (...) evidence of the commission of an offence are to be found there” (section 48); they cannot be conducted on Sundays, public holidays or at night “except in important cases or where there is imminent danger” (section 49). At the beginning of a search the investigating official must produce evidence of identity and inform the occupier of the premises of the purpose of the search. That person or, if he is absent, a relative or a member of the household must be asked to attend. In principle, there will also be a public officer present to ensure that “[the search] does not deviate from its purpose”. A record of the search is drawn up immediately in the presence of the persons who attended; if they so request, they must be provided with a copy of the search warrant and of the record (section 49). Furthermore, searches for documents are subject to special restrictions (section 50). (...); anyone affected by an “investigative measure” who has “an interest worthy of protection in having the measure ... quashed or varied” may complain to the Indictment Division of the Federal Court (sections 26 and 28). Lastly, a “suspect” who is found to have no case to answer may seek compensation for the losses he has sustained (sections 99–100).” (eigen cursivering)

Aldus kan de nationale wetgever voor het aannemen van dergelijk wettelijk kader rekening houden met volgende elementen in zijn geheel: (i) het feit dat de huiszoeking slechts door een beperkt aantal personen kan worden uitgevaardigd, (ii) dat de huiszoeking wordt uitgevoerd door mensen die hierin onderricht zijn, (iii) dat de ambtenaar gewraakt kan worden, (iv) dat dit slechts op bepaalde tijdstippen mogelijk is, (v) dat bij het begin het doel van de huiszoeking moet worden meegegeven, (vi) dat de betrokkene aanwezig is, of tenminste een familielid indien deze niet kan, (vii) dat achteraf een verslag wordt opgesteld en ondertekend door beide partijen, (viii) dat de betrokkene recht heeft op vertegenwoordiging van een advocaat, (ix) dat –ondanks het feit dat het parket de huiszoeking kan goedkeuren – het rechtssubject achteraf steeds een klacht kan indienen bij een rechter en tot slot (x) dat de huiszoeking enkel kan in ruimtes waar bewijs waarschijnlijk kan gevonden worden. Wat dit laatste betreft had de verzoeker geargumenteed dat hieraan niet voldaan was aangezien hij uitdrukkelijk had meegedeeld dat hij de telefoon niet meer in zijn bezit had. Het Hof stelt hierbij dat bij gebrek aan bewijs van dit negatief feit, de Staten ervan mogen uitgaan dat het bewijs mogelijk is

³⁴⁶ EHRM 25 februari 1993, nr. 10828/84, Funke/Frankrijk. §56.

³⁴⁷ EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, Klass en anderen/Duitsland. §55.

in die ruimte kan gevonden worden. In het bijzonder wanneer er reeds verzamelde bewijs is waaruit kan afgeleid worden dat er een grote kans is dat de telefoon daar zal gevonden worden.

- **Rechtspraak Grondwettelijk Hof**

110. ARREST 154/2007³⁴⁸. In dit arrest wordt artikel 29, §1, tweede lid, 1° van de wapenwet aangevochten³⁴⁹.

“Art. 29 §1. De inbreuken op deze wet en haar uitvoeringsbesluiten worden opgespoord en vastgesteld door:

1°de leden van de federale politie, de lokale politie en de douane;

(...)

Voor de uitvoering van hun opdracht mogen zij:

1°zich te allen tijde toegang verschaffen tot alle plaatsen waar de erkende personen hun activiteiten uitoefenen; (...)

In het zesde middel klaagt de heer Jean Debucquoy dat het betrokken artikel het beginsel van de onschendbaarheid van de woning miskent aangezien het de federale politie toelaat om zich ten allen tijde toegang te verschaffen tot alle plaatsen waar erkende personen hun activiteiten uitoefenen. Aldus geeft dit de uitvoerende macht de bevoegdheid om zonder rechterlijk huiszoekingsbevel zich een toegang te verschaffen tot alle plaatsen waar een verdachte die mogelijks inbreuken op de betrokken wet pleegt, zijn activiteiten uitoefent.

GROND. Het Grondwettelijk Hof stelt vast, in het licht van de rechtspraak van het EHRM, dat de bevoegdheid van deze personen afbreuk kan doen aan de onschendbaarheid van de woning gewaarborgd bij artikel 15 Gec.GW, geïnterpreteerd in het licht van artikel 8, lid 1 EVRM. Het begrip «woning» moet immers in een ruime zin worden geïnterpreteerd en beoogt eveneens de ruimten waar beroeps- en handelsactiviteiten worden uitgeoefend³⁵⁰. Het Hof gaat vervolgens na of deze bevoegdheid wel noodzakelijk is in een democratische samenleving. Het gaat in het bijzonder na of deze bestreden bepaling niet op onevenredige wijze afbreuk doet aan het voormelde recht.

“B.77.3. In dat opzicht dient eraan te worden herinnerd dat het optreden van een onafhankelijke en onpartijdige rechter een belangrijke waarborg vormt voor de naleving van de voorwaarden voor een aantasting van de onschendbaarheid van de woning, gewaarborgd bij artikel 15 van de Grondwet en bij artikel 8.1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

In sommige bijzondere aangelegenheden is de wetgever evenwel afgeweken van de gemeenrechtelijke regel die de opsporing ten huize aan een rechterlijke machtiging onderwerpt.

Dergelijke afwijkingen kunnen slechts uitzonderlijk zijn en dienen te worden verantwoord door redenen eigen aan de misdrijven waarop zij betrekking hebben. Het ontnemen van de waarborg van een voorafgaand rechterlijk optreden moet worden

³⁴⁸ GwH 19 december 2007, nr. 154/2007.

³⁴⁹ Wet van 8 juni 2006 houdende regeling van economische en individuele activiteiten met wapens, *B.S.* 9 juni 2006.

³⁵⁰ GwH 19 december 2007, nr. 154/2007. B.77.2; Zie EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, Niemietz/Duitsland., EHRM 16 december 1997, nr. 21353/93, Camenzind/Zwitserland.

bepikt tot hetgeen strikt noodzakelijk is om de wettelijke doelstelling te bereiken en moet worden gecompenseerd door andere toereikende waarborgen teneinde misbruiken te voorkomen.

Deze alinea vat mooi samen wat het Hof in Funke reeds stelt. Voorafgaande rechterlijke controle is een belangrijk (maar geen noodzakelijk) onderdeel van de bescherming van het privéleven³⁵¹. Reeds in Klass is gewezen op het feit dat een rechter de grootste garantie biedt van onafhankelijkheid en onpartijdigheid ten opzichte van de uitvoerende macht³⁵². Wanneer dit niet in de wet is ingeschreven zal het EHRM waakzamer nazien of er geen andere toereikende waarborgen zijn om deze ‘lacune’ te compenseren³⁵³. In casu vindt het Grondwettelijk Hof de regeling disproportioneel omdat deze “andere toereikende waarborgen” hier niet aanwezig zijn. Hoewel het Grondwettelijk Hof er niet uitdrukkelijk naar verwijst, vereist het Camenzindarrest dat (bij gebrek aan voorafgaande rechterlijke machtiging) de wetgever een duidelijk wettelijk kader met strikte toepassingsvoorwaarden moet uitwerken. De formulering om te allen tijde en in alle plaatsen controles door te voeren, zonder voorafgaande rechterlijke controle, is veel te ruim. Hoewel de aard van de opgespoorde inbreuken, zijnde het illegaal voorhanden hebben van wapens, een regeling kan verantwoorden die afwijkt van een voorafgaande rechterlijke controle, is het ontbreken van elke waarborg zoals: (i) het optreden van een rechter, (ii) het onderscheid tussen de beoogde ruimten of (iii) de uren van de bezoeken, kennelijk onevenredig met het nagestreefde doel. Men zou kunnen stellen dat deze argumentatie een uitdrukkelijke keuze is van het Grondwettelijk Hof, daar ze eveneens had kunnen redeneren dat deze lacune voldoende opgevangen wordt door een rechterlijke controle achteraf bij de kamer van inbeschuldigingstelling³⁵⁴.

V. DATABESLAG D.M.V. INFORMATICAZOEKING

111. NATIONALE BRONNEN. Wanneer opsporingsinstanties in een informaticasysteem data vinden die voor bijzondere verbeurdverklaring in aanmerking komen, dan kunnen deze gegevens door de overheid worden gekopieerd ex artikel 39*bis*, §6 Sv. Voor zover dit artikel niet in afwijkende voorschriften voorziet, is het klassiek beslag van toepassing (art. 35 Sv. e.v. en 89 Sv.). Dit kan echter ook heimelijk gebeuren. In dat geval is artikel 90*ter* Sv. de relevante rechtsgrond.

- **Rechtspraak EHRM**

112. ARREST Z.³⁵⁵. *FEITEN*. Mevrouw Z, een vrouw die HIV positief is, en haar man X zijn getrouwd tot september 1995. Op 10 maart 1992 wordt deze laatste veroordeelt door een rechtbank

³⁵¹ EHRM 25 februari 1993, nr. 10828/84, Funke/Frankrijk. §57; EHRM 15 juli 2003, nr. 33400/96, Ernst en andere/België §115; EHRM 9 december 2004, nr. 41872/98, Van Rossem/België. §43. EHRM 28 april 2005, nr. 41604/98, Buck/Duitsland. §46.; EHRM 22 mei 2008, nr. 65755/01, Iliya Stefanov/Bulgarije. §39.

³⁵² EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, Klass en anderen/Duitsland. §§55-56.

³⁵³ EHRM 16 december 1997, nr. 21353/93, Camenzind/Zwitserland. §§45-46; EHRM 7 juni 2007, nr. 71362/01, Smirnov/Rusland. §45.

³⁵⁴ EHRM 7 juni 2007, nr. 71362/01, Smirnov/Rusland. §45. Zie daarbij artikel 136 Sv. *juncto* artikel 235*bis* Sv.

³⁵⁵ EHRM 25 februari 1997, nr. 22009/93, Z./Finland.

voor verkrachting. Als gevolg hiervan dienen meerdere vrouwen klacht in bij de politie tegen X. Tijdens een politieverhoor beroept Z zich op haar recht om haar man niet te incrimineren. In het proces dat daarop volgt weigeren X en Z om te antwoorden op de vragen of zij HIV positief zijn. Verschillende dokters zenden op vraag van de rechter medische gegevens over als bewijsmateriaal. Doch blijkt dit niet voldoende te zijn. Als gevolg daarvan neemt de politie verschillende documenten van het ziekenhuis waar Z en X worden behandeld, in beslag. Er wordt beslag gelegd op allerhande informatie dan louter die met betrekking tot de beweerde HIV van X en Z. In het bijzonder wordt beslag gelegd op informatie over eerdere ziekten, de mentale toestand van Z en een onderzoek naar de levenskwaliteit van Z. Nadat alle documenten zijn gekopieerd, worden deze terug aan het ziekenhuis gegeven. Op de hoorzittingen van 17 maart, 7 april en 5 mei 1993 hoort de rechter verschillende dokters en psychiaters die mevrouw Z en meneer X hebben behandeld. Dokter D bekent dat mevrouw Z in 1990 positief getest is op HIV. Als gevolg hiervan wordt X in eerste aanleg veroordeelt tot 7 jaar gevangenisstraf wegens poging tot moord enerzijds en verkrachting anderzijds.

GROND. Als gevolg van het feit dat verzoekster verschillende klachten bij het Hof heeft ingediend, begrenst het EHRM de draagwijdte van zijn beslissing tot vier geschilpunten. Één daarvan is voor deze masterproef van belang, namelijk het beslag leggen op de medische gegevens van X en Z en deze vervolgens in het strafdossier opnemen, waardoor zij openbaar worden gemaakt voor het publiek. Aldus onderzoekt het EHRM of het in beslag nemen van alle medische gegevens in verband met Z en X in het ziekenhuis, geen inbreuk vormt op diens privéleven. Na het overlopen van de eerste twee criteria, begint het Hof met zijn beoordeling over de noodzakelijkheid. Enkele passages zijn van belang voor de Belgische nationale wetgever:

“95. In this connection, the Court will take into account that the protection of personal data, not least medical data, is of fundamental importance to a person’s enjoyment of his or her right to respect for private life (...). Respecting the confidentiality of health data is a vital principle in the legal systems (...). Without such protection, those in need of medical assistance may be deterred from revealing such information of a personal and intimate nature as may be necessary in order to receive appropriate treatment and, even, from seeking such assistance, thereby endangering their own health and, in the case of transmissible diseases, that of the community. *The domestic law must therefore afford appropriate safeguards (...).*” (eigen cursivering)

Het principe is duidelijk. Het EHRM verwoordt in algemene termen dat het beschermen van medische gegevens van primordiaal belang is in de rechtssystemen van alle Staten. Dit zorgt er voor dat personen niet ontmoedigd worden om hulp te zoeken met het oog op een gepaste behandeling enerzijds en om een vertrouwen te blijven behouden in het medisch beroep anderzijds. Dit geldt in het bijzonder voor informatie in verband met HIV-besmetting, omdat de openbaarmaking van deze informatie kan leiden tot uitsluiting en vernedering. Omwille van deze overwegingen zal het beschermen van medische informatie zwaarder doorwegen in de balans die gezocht moet worden tussen een inmenging hierop enerzijds en het verhinderen van misdrijven anderzijds. Bijgevolg herinnert het Hof aan het feit dat een inmenging op de bescherming van medische gegevens, zonder de instemming van de betrokkene, heel zorgvuldig door het Hof gecontroleerd zal worden. In het

bijzonder zal het Hof de voorwaarden nagaan op grond waarvan dergelijke gegevens moeten worden overhandigd, met inbegrip van waarborgen die zijn gecreëerd tegen misbruik.

“96. (...) In view of the highly intimate and sensitive nature of information concerning a person’s HIV status, *any State measures compelling communication or disclosure of such information without the consent of the patient call for the most careful scrutiny on the part of the Court, as do the safeguards designed to secure an effective protection.*” (eigen cursivering)

Ondanks het feit dat het Hof vooropstelt dat het belang om medische gegevens te beschermen zwaarder zal doorwegen in de zoektocht naar een proportionele balans, zal dit niet in alle gevallen gelden. Het EHRM stelt dat het belang van de patiënt gecompenseerd kan worden door het belang dat de Staat heeft bij het onderzoeken en vervolgen van strafbare feiten.

“97. At the same time, *the Court accepts that the interests of a patient and the community as a whole in protecting the confidentiality of medical data may be outweighed by the interest in investigation and prosecution of crime and in the publicity of court proceedings, where such interests are shown to be of even greater importance.*

98. It must be borne in mind *in the context of the investigative measures in issue that it is not for the Court to substitute its views for those of the national authorities as to the relevance of evidence used in the judicial proceedings.*

99. As to the issues regarding access by the public to personal data, *the Court recognises that a margin of appreciation should be left to the competent national authorities in striking a fair balance (...).*” (eigen cursivering)

Uit dit alles kan men concluderen dat de nationale wetgevers moeten inzetten op het beschermen van medische gegevens van een rechtsonderhorige. Een uitzondering om deze gegevens toch als bewijs te gebruiken in een strafprocedure is echter wel mogelijk. Aldus kan de wetgever bepalingen inschrijven die toelaten dat dergelijke gegevens opgespoord, in beslag genomen, onderzocht en gebruikt mogen worden door de bevoegde instanties. Doch zal het EHRM de wettelijk ingestelde maatregel, alsook diens waarborgen tegen misbruik, nagaan. Bijgevolg onderzoekt het Hof de Finse wetgevende bepalingen, met het doel om te kijken of deze genoeg beschermingswaarborgen bezitten tegen misbruik.

“107. Furthermore, [the legal provisions in connection with the seizure of the applicants medical records and their inclusion in the investigation] were subject to similar limitations and safeguards against abuse [as the legal provisions in connection with the obligation for a medical doctor to give evidence]. The substantive conditions on which the material in question could be seized were equally restrictive.” (eigen toevoeging)

De wettelijke bepaling in verband met het in beslag nemen van medische gegevens stelt voorop dat dit enkel mogelijk is wanneer een arts - die deze gegevens onder zich heeft - verplicht kan worden om te getuigen of wanneer de patiënt hierin toestemt. Een arts kan enkel verplicht worden om te getuigen wanneer de patiënt vervolgd wordt voor strafbare feiten waarvoor een gevangenisstraf van zes jaar of meer kan worden opgelegd. Dit zorgt ervoor dat het openbaar maken van dergelijke gegevens slechts in uiterst uitzonderlijke omstandigheden kan gebeuren. Ook het feit wie de

beslissing tot het in beslag nemen van medische gegevens neemt (een rechter of een parketmagistraat), is niet van belang. Wie dit ook beslist, het overhandigen van de gegevens is beperkt tot die gevallen waarin de arts door een rechter kan verplicht worden om deze gegevens te overhandigen³⁵⁶. Ook kan de maatregel aangevochten worden voor een rechter.

“108. It is true, however, that the seizure, unlike the taking of evidence from the doctors and psychiatrist, had not been authorised by a court but had been ordered by the prosecution. Nevertheless, (...) the legal conditions for the seizure were thus essentially the same as those for the orders on the doctors to give evidence. (...) In addition, as already noted, the applicant had the possibility of challenging the seizure before the City Court. Therefore, the Court considers that the fact that the seizure was ordered by the prosecution and not by a court cannot of itself give rise to any misgivings under Article 8.”

Bijgevolg kan de nationale wetgever rekening houden met deze wetgevende bepalingen om een wettelijk inmenging te formuleren.

113. ARREST WIESER AND BICOS BETEILGUNGEN GMBH³⁵⁷. FEITEN. De heer Gottfried Wieser is advocaat en 100% aandeelhouder in Bicos Beteiligungen GmbH. Op vraag van het parket vaardigt de rechtbank van Salzburg een huiszoekingsbevel uit om zowel de vennootschappen Bicos als Novamed (zustersvennootschap van Bicos) te onderzoeken. Op basis van facturen geadresseerd aan Novamed, heeft het parket een gegronde reden om te vermoeden dat zij deelneemt aan illegale handel van medicijnen. Een aantal politieagenten onderzoeken het bureau van de heer Wieser. Zowel hij als de voorzitter van de Orde van Advocaten zijn aanwezig. Alle documenten die men onderzoekt, worden eerst aan hen overhandigd om mogelijks bezwaar te maken in verband met het beroepsgeheim. Wanneer de voorzitter een bezwaar uit, dan worden de documenten verzegeld en voorgelegd aan de rechtbank om uit te maken of deze documenten effectief in beslag mogen worden genomen. Op het einde van de huiszoeking wordt een rapport opgesteld die door alle partijen wordt ondertekend. Tegelijkertijd onderzoeken IT experts de computerbestanden van de heer Wieser. Wanneer de experts hun zoektocht naar de computerbestanden hadden beëindigd, vertrekken ze zonder een rapport op te stellen en ook zonder de heer Wieser in kennis te stellen van de resultaten van de zoekactie. Dit gebeurt slechts de dag erna. Als gevolg hiervan start de heer Wieser een procedure. Hij haalt aan dat de IT experts onopgemerkt computerbestanden konden inkijken en kopiëren. Dit schendt zijn privacy en in het bijzonder zijn beroepsgeheim als advocaat.

GROND. Het Hof stelt vast dat er sprake is van een inmenging, aangezien zowel het bureau van een advocaat als de maatschappelijke zetel van een rechtspersoon, onder de bescherming van de woning valt. Hoewel er geen specifieke bepaling is in de Oostenrijkse wetgeving in verband met databeslag, kan men uit interne rechtspraak duidelijk afleiden dat de bepalingen van beslag van goederen

³⁵⁶ In hoofdstuk 4 zien we dat de beslissing een appreciatiemarge is van de Staten. Aldus zal de beslissing waarom men in een zaak deze maatregel neemt, van groter belang zijn dan de vraag wie deze beslissing neemt.

³⁵⁷ EHRM 16 oktober 2007, nr. 74336/01, Wieser en Bicos Beteiligungen GmbH/Oostenrijk.

mutatis mutandis van toepassing zijn³⁵⁸. Deze inmenging heeft voornamelijk het voorkomen van criminele feiten tot doel. Tot slot onderzoekt het EHRM de noodzakelijkheid van de inmenging. Bij het kijken of het intern recht wel voldoende effectieve waarborgen tegen misbruik en willekeur bezit, herhaalt het Hof de elementen waarmee het onder meer rekening houdt:

“57. (...) Elements taken into consideration are, in particular, whether the search was based on a warrant issued by a judge and based on reasonable suspicion, whether the scope of the warrant was reasonably limited and – where the search of a lawyer’s office was concerned – whether the search was carried out in the presence of an independent observer in order to ensure that materials subject to professional secrecy were not removed.”

In verband met het onderzoeken van het bureel komt het Hof tot de vaststelling dat aan al deze elementen is voldaan. Er was sprake van een rechterlijk dwangbevel waarin duidelijk was verwoord dat enkel naar documenten mocht worden gezocht die gelinkt waren aan de verdachten van het onderzoek. Dit uitte zich ook zo in de uitvoering aangezien enkel werd gezocht naar documenten van de vennootschappen Novamed en Bicos. Daarnaast bevatte de interne wetgeving voldoende waarborgen tegen misbruik.

“60. Moreover, the Code of Criminal Procedure provides further procedural safeguards as regards the seizure of documents and electronic data. (...)

- (a) the occupant of the premises being searched shall be present;
- (b) a report is to be drawn up at the end of the search and items seized are to be listed;
- (c) if the owner objects to the seizure of documents or data carriers they are to be sealed and put before the judge for a decision as to whether or not they are to be used for the investigation; and
- (d) in addition, as far as the search of a lawyer’s office is concerned, the presence of a representative of the Bar Association is required.”

Dit arrest geeft nogmaals een mooi overzicht met welke elementen de wetgever allemaal rekening moet houden indien hij zijn wetgeving dient aan te passen aan artikel 8 EVRM. Dit wordt ook later herhaalt in het arrest Robathin³⁵⁹. Veel van deze voorwaarden overlappen ook met die van de huiszoeking, aangezien huiszoekingen meestal gepaard gaan met inbeslagnames.

114. ARREST ILIYA STEFANOV³⁶⁰. FEITEN. Zie randnummer Fout! Verwijzingsbron niet gevonden..

GROND. Uit de feiten blijkt dat het huiszoekingsbevel op zich te ruim is geformuleerd, wat zijn weerslag heeft op de wijze waarop de huiszoeking is uitgevoerd. De computer diende door een expert gecontroleerd te worden. Aldus stelt het EHRM onrechtstreeks voorop dat de nationale

³⁵⁸ Aangezien de databeslag hier niet heimelijk gebeurt, gelden de strengere vereisten van voorzienbaarheid niet. In tegenstelling tot het Huvig arrest is hier niet vereist dat de interne rechtspraak opgenomen wordt in duidelijk precieze wettelijke bepalingen.

³⁵⁹ EHRM 3 juli 2012, nr. 30457/06, Robathin/Oostenrijk.

³⁶⁰ EHRM 22 mei 2008, nr. 65755/01, Iliya Stefanov/Bulgarije.

wetgever een wettelijke procedure moet uitwerken om het beroepsgeheim van de advocaat te beschermen. Immers in de periode tussen de inbeslagname en de uitvoering van het onderzoek door de expert, is er een reële kans op misbruik.

“42. (...), it should be noted that the police removed the applicant’s entire computer, including its peripherals, as well as all floppy disks which they found in his office. Seeing that the computer was evidently being used by the applicant for his work, it is natural to suppose that its hard drive, as well as the floppy disks, contained material which was covered by legal professional privilege. *It is true that later the expert used keywords to sift through the data they contained, which somewhat limited the intrusion. However, this happened several days after the search, after the computer and the floppy disks had been indiscriminately removed from the applicant’s office, whereas no safeguards existed to ensure that during the intervening period the entire contents of the hard drive and the floppy disks were not inspected or copied. (...).*”

Na de huiszoeking is het een week wachten vooraleer de expert de computer doorzoekt. Wegens gebrek aan beschermingsmaatregelen kan in die tijd probleemloos iedereen de computer doorzoeken en gegevens kopiëren. Aldus wordt volgens het Hof het beroepsgeheim op disproportionele wijze beperkt. Rekening houdend met de reeds besproken arresten, dient de wetgever dus extra voorzichtig te zijn bij databeslag van een persoon die een bepaald beroepsgeheim heeft. Desgevallend kan de wetgever een standaardprocedure uitwerken die ervoor zorgt dat, tot aan het onderzoek van het informaticasysteem, bepaalde waarborgen moeten worden nageleefd.

- [Rechtspraak Grondwettelijk Hof](#)

115. ARREST 174/2018³⁶¹. Dit arrest beoordeelt de wijziging aan artikel 39*bis* Sv door de wet van 25 december 2016³⁶².

Allereerst onderzoekt het Hof het eerste, tweede en vierde onderdeel van het eerste middel, die zijn afgeleid uit de schending van het recht op eerbiediging van het privéleven. De verzoekende partijen klagen aan dat artikel 39*bis* Sv. inmengingen toestaat door officieren van de gerechtelijke politie en door parketmagistraten, zonder toezicht van een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Zij zijn van mening dat de in artikel 39*bis* beoogde zoekingen in een informaticasysteem een schending veroorzaken die vergelijkbaar is met die welke wordt veroorzaakt door een huiszoeking, die enkel door een onderzoeksrechter kan worden toegestaan.

“B.7.2. (...) In die context onderzoekt het Hof «of de interne wetgeving en praktijk afdoende en toereikende waarborgen bieden tegen misbruik en willekeur». Tot die waarborgen behoort «het bestaan van een ‘doeltreffend toezicht’ op de maatregelen die afbreuk doen aan artikel 8 van het Verdrag»

³⁶¹ GwH 6 december 2018, nr. 174/2018.

³⁶² Wet van 25 december 2016 houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van strafvordering en het Strafwetboek, met het oog op de verbetering van de bijzondere opsporingsmethoden en bepaalde onderzoeksmethoden met betrekking tot internet en elektronische en telecommunicaties en tot oprichting van een gegevensbank stemafdrukken, *B.S.* 17 januari 2017.

B.7.3. Gelet op de omvang van de inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven die de zoeking in een informaticasysteem kan veroorzaken, moet de toepassing ervan het voorwerp uitmaken van een controle door een onafhankelijke en onpartijdige rechter.”

Voor de zoeking in een informaticasysteem (dat het voorwerp uitmaakt of kan uitmaken van een inbeslagneming) heeft de betrokkene die zich geschaad acht door de inbeslagneming, de mogelijkheid om de opheffing ervan te vragen, naar gelang van het geval, aan de procureur des Konings (artikel 28*sexies*, §1, Sv.) of aan de onderzoeksrechter (artikel 61*quater*, §1, van hetzelfde Wetboek). In geval van weigering kan de geschade persoon zich tot de kamer van inbeschuldigingstelling wenden. Hieruit vloeit voort dat aan de zoeking in een informaticasysteem voldoende jurisdictionele waarborgen zijn verbonden, die het mogelijk maken te verzekeren dat de door die onderzoekshandeling veroorzaakte inmenging is verantwoord.

Wat de uitbreiding van de zoeking betreft biedt artikel 39*bis*, §3, Sv. de procureur des Konings de mogelijkheid te beslissen om een zoeking die is aangevat in een informaticasysteem (dat het voorwerp uitmaakt of kan uitmaken van een inbeslagneming) uit te breiden naar een informaticasysteem of een deel ervan dat zich op een andere plaats bevindt dan die waar de zoeking plaatsvindt en dat door een verbinding kan worden bereikt. Indien de toegang tot de gegevens is *beveiligd*, kan enkel de onderzoeksrechter de opheffing van de beveiliging, het ontcijferen of het decoderen toestaan. De uitbreiding van een aangevatte zoeking in *een niet beveiligd* informaticasysteem naar de netwerken die ermee verbonden zijn, vereisen thans niet langer de saisine en de machtiging van de onderzoeksrechter. Waar dit vroeger nog in artikel 88ter Sv. stond verwoord, vermeld artikel 39*bis* Sv nu dat de procureur des Konings bevoegd is om die uitbreiding van de zoeking te bevelen in zoverre de toegang tot de netwerken niet is beveiligd. Bijgevolg is er voor de uitgebreide zoeking in een niet beveiligd informaticasystemen een verschil in behandeling al naar gelang het onderzoek openlijk (artikel 39*bis*) dan wel heimelijk (artikel 90*ter*) gebeurt. Rekening houdend met de aanzienlijke ontwikkeling van de netwerken die toegankelijk zijn vanaf informaticasystemen en met het intensieve gebruik ervan door de overgrote meerderheid van de burgers, kan thans ervan worden uitgegaan dat een onderzoeksmaatregel die het mogelijk maakt toegang te hebben tot alle gegevens/communicatie die zich op de netwerken bevinden en die verbonden zijn met het informaticasysteem, een inmenging vormt in het recht op eerbiediging van het privéleven die op zijn minst even zwaar is als een huiszoeking in een woonplaats en het onderscheppen van telefoongesprekken. Hierbij is op te merken dat de overdracht van de bevoegdheid van de onderzoeksrechter naar de procureur des Konings niet gepaard gaat met extra waarborgen die bedoeld zijn om het privéleven van de betrokken persoon daadwerkelijk te beschermen. Uit het voorgaande volgt dat de openbare zoeking minder waarborgen biedt dan de geheime zoeking in een informaticasysteem. De omstandigheid dat de inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven van een persoon buiten zijn medeweten gebeurt, verhoogt de ernst van de inmenging, hetgeen impliceert dat de hoogste waarborgen eraan dienen te worden verbonden. Desalniettemin houdt de omstandigheid dat dezelfde onderzoeksmaatregel ter kennis van de

betrokken persoon wordt gebracht ook een aanzienlijke inmenging in. Het voorafgaand optreden van een onafhankelijke en onpartijdige rechter maakt het mogelijk te waarborgen dat de inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven evenredig is. De onderzoeksrechter dient toch geraadpleegd te worden wanneer de informatie gecodeerd of versleuteld is, zodat aan dezelfde ernstige inmenging meer waarborgen verbonden zijn. Het al dan niet heimelijke karakter van de zoeking is bijgevolg niet relevant. Voor de uitbreiding van de zoeking in een informaticasysteem naar andere netwerken moeten dezelfde voorwaarden gelden als voor de huiszoeking. Aldus geldt opnieuw het oude artikel 88ter Sv.

Als vijfde onderdeel van het eerste middel, verwijten de verzoekende partijen de wetgever dat hij, in artikel 39bis Sv. niet heeft voorzien in waarborgen die gelijkwaardig zijn met die welke zijn opgenomen in artikel 90octies Sv., die de geheime zoekingen in een informaticasysteem betreffen van een arts of een advocaat.

“B.26.1. Het is niet verantwoord dat enkel in de clause van bescherming van het beroepsgeheim van de advocaten en de artsen wordt voorzien wanneer de zoeking in een informaticasysteem dat zij beroepsmatig gebruiken, in het geheim wordt uitgevoerd en niet wanneer zij hun ter kennis wordt gebracht. De inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven van de personen die aan hen informatie hebben toevertrouwd die door hun beroepsgeheim is gedekt, gebeurt immers op dezelfde wijze (...).”

Het beroepsgeheim (waartoe de advocaten en de artsen zijn gehouden) heeft hoofdzakelijk tot doel het fundamentele recht op eerbiediging van het privéleven te beschermen van diegene die hen in vertrouwen neemt. De vertrouwelijke informatie die wordt toevertrouwd aan een advocaat bij de uitoefening van zijn beroep en wegens die hoedanigheid, geniet bovendien ook, in bepaalde gevallen, de bescherming die voor de rechtzoekende voortvloeit uit de waarborgen die zijn neergelegd in artikel 6 EVRM³⁶³. Het is niet verantwoord dat het beroepsgeheim van artsen en advocaten enkel wordt beschermd bij een heimelijke zoeking in een informaticasysteem dat zij beroepsmatig gebruiken. Het Grondwettelijk Hof vernietigt dan ook deze bepalingen, in zoverre daarin niet in een specifieke bepaling is voorzien teneinde het beroepsgeheim van de artsen en de advocaten te beschermen.

VI. CELMATERIAAL, DNA-PROFIEL EN VINGERAFDRUK

116. NATIONALE BRONNEN. *Wat DNA betreft*, kan de procureur des Konings in de eerste plaats celmateriaal bekomen van personen tegen wie aanwijzingen van schuld bestaan bij het plegen van de onderzochte feiten of bij het plegen van gelijkaardige feiten (art. 44quinquies Sv.). In de tweede plaats kan de procureur des Konings celmateriaal bekomen van niet-verdachten (art. 44sexies Sv.). Tot slot kan hij dit ook voor minderjarigen (ar. 44septies Sv.). Op grond van art. 90undecies Sv. en 90duodecies Sv. kan de onderzoeksrechter deze afname onder dwang bevelen. *Wat vingerafdrukken betreft*, is er op dit moment geen specifieke wettelijke grondslag. De algemene

³⁶³ Zie hiervoor de rechtspraak van het EHRM in verband met huiszoekingen bij personen met een beroepsgeheim.

opsporingsbevoegdheid, geformuleerd in artikel 8 Sv. en 15 WPA behelzen de bevoegdheid tot het afnemen van afdrucken.

- **Rechtspraak EHRM**

117. ARREST S & MARPER³⁶⁴. FEITEN. Zowel het verzoek van de heer S., een elf jarige Brit, en het verzoek van de heer Marper, een volwassen Brit, worden in hetzelfde arrest behandeld. S. wordt verdacht van diefstal en Marper wordt verdacht van het slaan en verwonden van zijn vrouw. In beide gevallen worden vingerafdrukken en DNA-stalen van hen genomen. S. wordt echter vrijgesproken en de klacht tegen Marper wordt ingetrokken na een verzoening met zijn vrouw. Beide personen nemen echter gerechtelijke stappen om hun vingerafdrukken en DNA-stalen uit de politiedatabase te verwijderen. Zowel in eerste aanleg als in beroep wordt hun verzoek afgewezen.

GROND. De verzoekers klagen bij het EHRM dat het opslaan en bijhouden van vingerafdrukken, celmateriaal en DNA-profiel - ondanks dat men is vrijgesproken of niet vervolgd is geweest - een schending uitmaakt van diens privéleven. In het bijzonder benadrukken ze dat in die context het bewaren van dergelijke gegevens stigmatiserend is en zware psychologische gevolgen heeft. Hoewel de overheid toegeeft dat het afnemen van dergelijk materiaal wel een inmenging is, staat het opslaan en bewaren daar volledig los van. Dergelijke gegevens worden enkel maar opgeslagen met als doel om in te toekomst deze te kunnen afstemmen met gevonden materiaal op de plaatsen delict. Het EHRM stelt op zijn beurt vast dat het privéleven een ruim begrip is, dat niet vatbaar is voor een alomvattende definitie. Het opslaan van zowel vingerafdrukken, DNA-profielen en cellulair materiaal vormt een inmenging in het privéleven, waarbij de eerste een lichtere inmenging inhoudt dan de twee andere. Bij de vraag of de inmenging in overeenstemming is met het recht, begint het Hof met zijn algemene principes³⁶⁵:

“95. The Court notes from its well established case-law *that the wording “in accordance with the law” requires the impugned measure both to have some basis in domestic law and to be compatible with the rule of law, which is expressly mentioned in the Preamble to the Convention and inherent in the object and purpose of Article 8. The law must thus be adequately accessible and foreseeable, that is, formulated with sufficient precision to enable the individual – if need be with appropriate advice – to regulate his conduct. For domestic law to meet these requirements, it must afford adequate legal protection against arbitrariness and accordingly indicate with sufficient clarity the scope of discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise.*

96. *The level of precision required of domestic legislation – which cannot in any case provide for every eventuality – depends to a considerable degree on the content of the instrument in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed.*” (eigen cursivering)

³⁶⁴ EHRM 4 december 2008, nr. 30562/04 and 30566/04, S. en Marper/Verenigd Koninkrijk.

³⁶⁵ EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79, Malone/Verenigd Koninkrijk. §§66-68; EHRM 24 april 1990, nr. 11801/85, Kruslin/Frankrijk. §27; EHRM 24 april 1990, nr. 11105/84, Huvig/Frankrijk. §26; EHRM 16 februari 2000, nr. 27798/95, Amann/Zwitserland. §50; EHRM 12 mei 2000, nr. 35394/97, Khan/Verenigd Koninkrijk. §26; EHRM 25 september 2001, nr. 44787/98, P.G. en J.H./Verenigd Koninkrijk. §§44-46.

In overeenstemming met deze principes aanvaard het EHRM dat de inmenging een voldoende basis heeft in het recht, namelijk artikel 64 van de wet van 1984. De formulering dat dergelijk materiaal kan opgeslagen worden in een database wanneer men verdacht wordt van een strafbaar feit, is voldoende duidelijk. Wat betreft de voorwaarden voor het later gebruik van deze persoonlijke informatie, is de wettekst veel minder nauwkeurig. Een loutere formulering dat verder gebruik enkel mogelijk is voor het voorkomen of opsporen van strafbare feiten is volgens het Hof te ruim³⁶⁶:

“99. The Court (...) reiterates that it is as essential, in this context, as in telephone tapping, secret surveillance and covert intelligence-gathering, to have clear, detailed rules governing the scope and application of measures, as well as minimum safeguards concerning, inter alia, duration, storage, usage, access of third parties, procedures for preserving the integrity and confidentiality of data and procedures for its destruction, thus providing sufficient guarantees against the risk of abuse and arbitrariness. The Court notes, however, that these questions are in this case closely related to the broader issue of whether the interference was necessary in a democratic society.”

Het Hof besluit, aangezien dit heel nauw gelinkt is met de noodzakelijkheidstoets, om deze vraag dan ook daar te beantwoorden. Het stelt dat een inmenging slechts noodzakelijk is wanneer de inmenging antwoord aan “a pressing social need” en in het bijzonder proportioneel is ten opzichte van het nagestreefd legitiem doel. Een bepaalde appreciatiemarge wordt hiervoor aan de Staten overgelaten om hierover te beslissen.

“102. (...) The breadth of this margin varies and depends on a number of factors, including the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual, the nature of the interference and the object pursued by the interference. (...). Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to how best to protect it, the margin will be wider.”

Daar waar de Staten als eerst de draagwijdte van hun appreciatiemarge mogen beoordelen, zal de finale evaluatie hieromtrent door het Hof gebeuren. Daarbij kijkt het Hof eerst of de Staat haar vrije keuze rechtvaardigt door voldoende en relevante redenen. Vervolgens gaat het Hof na of het interne recht voorziet in passende waarborgen tegen willekeur. De nood aan deze waarborgen is des te groter wanneer de persoonlijke gegevens automatisch worden verwerkt voor politionele doeleinden. Het Hof kijkt daarbij voornamelijk naar het Verdrag 108³⁶⁷. Vooraleer het Hof zich hierover buigt, stelt het uitdrukkelijk dat het zijn beoordeling begrenst tot dit specifiek geschil:

“106. (...). The question is not whether the retention of fingerprints, cellular samples and DNA profiles may in general be regarded as justified under the Convention. The only issue to be considered by the Court is whether the retention of the fingerprint and DNA data of the applicants, as persons who had been suspected, but not convicted, of certain

³⁶⁶ EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79, Malone/Verenigd Koninkrijk. §§66-68; EHRM 24 april 1990, nr. 11801/85, Kruslin/Frankrijk. §§33-35; EHRM 24 april 1990, nr. 11105/84, Huvig/Frankrijk. §§32-34; EHRM 28 juni 2007, nr. 62540/00, Associatie voor Europese Integratie & Mensenrechten en Ekimdzhiev/Bulgarije. §§75-77.

³⁶⁷ Internationaal Verdrag van 28 januari 1981 tot bescherming van personen ten opzichte van de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, B.S. 30 december 1993.

criminal offences, was justified under Article 8 § 2 of the Convention.” (eigen cursivering)

Volgens het recht van verschillende Europese Staten kunnen vingerafdrukken, DNA profielen en cellulair materiaal afgenomen worden van individuen die verdacht worden een strafbaar feit te hebben gepleegd of te zullen plegen. Doch vereist het recht van die Staten dat dergelijk materiaal wordt verwijderd wanneer deze individuen worden vrijgesproken of wanneer hun vervolging wordt stopgezet. In dat opzicht stelt het EHRM ook vast dat verschillende Staten een tijdslimiet inschrijven op het bewaren en gebruiken van dergelijke private gegevens. Daarenboven stelt het Hof vast dat Schotland enkel voorziet in het bewaren en gebruiken van gegevens van volwassenen en dit slechts voor een maximumtermijn van vijf jaar. Deze vaststelling is belangrijk voor de proportionaliteitsvraag die het Hof zal beantwoorden.

“110. (...) Against this background, England, Wales and Northern Ireland appear to be the only jurisdictions within the Council of Europe to allow the indefinite retention of fingerprint and DNA material of any person of any age suspected of any recordable offence. (...) 112. In the Court’s view, the strong consensus existing among the Contracting States in this respect is of considerable importance and narrows the margin of appreciation (...)”.

Na deze begrenzing en verduidelijking van het Hof zijn beoordeling, gaat het in concreto twee vragen beantwoorden: (i) zijn de rechtvaardigingsredenen die het Verenigd Koninkrijk geeft om onbeperkt persoonlijke data te kunnen bijhouden van onschuldige personen, relevant en voldoende (zie randnummer 148) en; (ii) is het onbeperkt bewaren van vingerafdrukken, DNA profielen en cellulair materiaal proportioneel ten opzichte van het voorkomen van strafbare feiten.

“119. In this respect, the Court is struck by the blanket and indiscriminate nature of the power of retention in England and Wales. The material may be retained irrespective of the nature or gravity of the offence (...); fingerprints and samples may be taken – and retained – from a person of any age, arrested in connection with a recordable offence, which includes minor or non-imprisonable offences. The retention is not time-limited [and thus] indefinitely whatever the nature or seriousness of the offence (...). Moreover, there exist only limited possibilities for an acquitted individual to have the data removed from the national database or the materials destroyed; in particular, there is no provision for independent review of the justification for the retention according to defined criteria, including such factors as the seriousness of the offence, previous arrests, the strength of the suspicion against the person and any other special circumstances.”

De facto hanteert het Hof dezelfde toetsingsmaatstaf als voor het afluisteren van telefoongesprekken. Daarbij kijkt het Hof voornamelijk naar: de aard van het misdrijf (*ratione materiae*); welke personen het voorwerp van deze maatregel kunnen zijn (*ratione personae*); de temporele afbakening (*ratione temporis*); de vraag of er een toezichtsprocedure is welke toelaat om het onderzoek, gebruik, opslag en verwijderen van de onderschepte gegevens te controleren; welke overheid bevoegd is om dergelijke maatregel goed te keuren en tot slot of er rechtsherstel mogelijk

is³⁶⁸. In casu stelt het Hof vast dat het Engelse recht de overheid de mogelijkheid geeft om algemeen, zonder enige onderscheid, elk van de drie persoonsgegevens te bewaren en te gebruiken voor een onbepaalde tijd. Daarenboven wordt er geen rekening gehouden met de leeftijd van de verdachte, nog met de ernst van de strafbare feiten. Ook is er geen enkele bepaling die een onafhankelijk nazicht mogelijk maakt. Tot slot ontbreekt er een volwaardige mogelijkheid om de gegevens te laten verwijderen. Dit laatste zorgt voor een risico op stigmatisatie.

“122. Of particular concern in the present context is the risk of stigmatisation, stemming from the fact that persons in the position of the applicants, who have not been convicted of any offence and are entitled to the presumption of innocence, are treated in the same way as convicted persons.”

In dit verband moet het Hof er rekening mee houden dat artikel 6 lid 2 EVRM de algemene regel omvat dat er geen twijfel over de onschuld van een verdachte mag worden geuit na zijn vrijspraak. De perceptie dat ze niet als onschuldig worden behandeld wordt versterkt door het feit dat hun gegevens voor onbepaalde tijd worden bewaard op dezelfde manier als de gegevens van veroordeelde personen, terwijl wordt vereist dat de gegevens van degenen die nooit zijn verdacht van een strafbaar feit, vernietigd moeten worden. Volledigheidshalve benadrukt het Hof de precaire situatie voor minderjarigen:

“124. The Court further considers that the retention of the unconvicted persons’ data may be especially harmful in the case of minors such as the first applicant, given their special situation and the importance of their development and integration in society. (...) the Court considers that particular attention should be paid to the protection of juveniles from any detriment that may result from the retention by the authorities of their private data following acquittals of a criminal offence.”

Bijgevolg is een wet die het onbepaald bijhouden en gebruiken van vingerafdrukken, DNA-profielen en cellulair materiaal mogelijk maakt, disproportioneel en veel te ruim geformuleerd. Dit kan de wetgever voorkomen door enerzijds in een tijdslimiet te voorzien en anderzijds deze tijdslimiet te doen verschillen gelet op de ernst van de feiten. De mogelijkheid tot toezicht op het opslaan, bewaren en gebruiken van dergelijke gegevens kan een bijkomende waarborg vormen. Ook dient er duidelijk in de mogelijkheid te worden voorzien om deze gegevens op aanvraag te verwijderen. Dit alles vermijdt stigmatisatie, *a fortiori* voor minderjarigen die veel belang hebben om zich onbevooroordeeld te kunnen ontwikkelen en integreren in de maatschappij. In dat opzicht is de regeling in Schotland waarschijnlijk wel proportioneel.

118. ARREST MK³⁶⁹. FEITEN. De heer M.K. wordt verdacht van het stelen van boeken. Als gevolg daarvan neemt het parket zijn vingerafdrukken. Op 28 april 2004 spreekt de rechtbank hem echter over de volledige lijn vrij. Een jaar later wordt hij op heterdaad betrapt. Opnieuw neemt het parket zijn vingerafdrukken. In het verder verloop van de vervolging, worden de vingerafdrukken in de nationale database ‘FAED’ opgenomen en bewaard. Uiteindelijk seponereert het parket de zaak.

³⁶⁸ EHRM 4 december 2015, nr. 47143/06, Roman Zakharov/Rusland.

³⁶⁹ EHRM 18 april 2013, nr. 19522/09, M.K./Frankrijk.

In een brief van 21 april 2006 vraagt de heer M.K. dan ook dat zijn vingerafdrukken uit de database worden verwijderd. Het parket antwoordt dat het enkel de vingerafdrukken van 2004 verwijdert maar niet deze die zijn genomen in 2005. De reden hiervoor is dat deze vingerafdrukken van belang kunnen zijn wanneer een derde vermoedelijk de identiteit van de heer M.K. steelt. De rechtbank in Parijs wijst het door MK ingestelde beroep af als ongegrond. Het is de mening toegedaan dat het bijhouden van vingerafdrukken in het belang is van de vervolgende instantie. Op die manier bezit de database een aantal referenties. Daarenboven is de database vertrouwelijk, waardoor dit geen impact heeft op de betrokkene zijn privéleven. Het Hof van Beroep volgt deze argumentatie.

GROND. Reeds eerder stelde het EHRM al vast dat het bewaren van vingerafdrukken een inmenging is in het privéleven³⁷⁰. Het Hof hanteert daarbij de beginselen van vorige rechtspraak³⁷¹. Ook hier beantwoordt het Hof de legaliteitstoets onder de noodzakelijkheidstoets.

“34. In the instant case, the measure at issue, which does not per se impose any obligation on the applicant, entails *sufficiently well-defined procedures as regards consultation*, concerning both the persons authorised to consult the database and the authorisation system governing identification operations in line with the purpose of the database.

35. The Court notes *that the same cannot be said of the system for collecting and retaining data.*”

Het decreet formuleert duidelijk in artikel 8 dat enkel bevoegde personen van twee nationale overheidsinstellingen de database kunnen *raadplegen*. Aldus is dit aantal strikt en nauwkeurig beperkt. Over het *verzamelen en opnemen* van vingerafdrukken kan verwezen worden naar artikel 3 en 4 van het decreet, als ook naar artikel 55-1 van het Wetboek van Strafvordering. Dit biedt op het eerste zicht een gedetailleerd overzicht van alle situaties waarin vingerafdrukken kunnen worden genomen. Doch verduidelijkt het Hof dat de wijze waarop het decreet is geformuleerd, ervoor zorgt dat het verzamelen van vingerafdrukken van toepassing is op alle misdrijven.

“38. Moreover, in addition to the primary function of the database, which is to facilitate efforts to find and identify the perpetrators of serious crimes and other major offences, the decree mentions another function, namely to facilitate “the prosecution, investigation and trial of cases referred to the judicial authority”, without specifying whether this is confined to serious crimes and other major offences. It (...) so can embrace all offences *de facto*, including mere summary offences, (...). At all events, the circumstances of the case, which concerned book theft and was discontinued, show that the instrument applies to minor offences. (...)]

39. Furthermore, the Court notes that the decree draws no distinction based on whether or not the person concerned has been convicted by a court, or has even been prosecuted.”

³⁷⁰ EHRM 4 december 2008, nr. 30562/04 and 30566/04, S. en Marper/Verenigd Koninkrijk. §86. Het Hof heeft daarbij uitdrukkelijk gesteld dat het nemen van vingerafdrukken een minder verregaande inmenging is dan het nemen van DNA materiaal.

³⁷¹ EHRM 17 december 2012, nr. 16428/05, Gardel/Frankrijk.; EHRM 17 december 2012, nr. 5335/06, B.B./Frankrijk.; EHRM 17 december 2012, nr. 22115/06, M.B./Frankrijk; EHRM 4 december 2008, nr. 30562/04 and 30566/04, S. en Marper/Verenigd Koninkrijk. §§95-96 en §§101-103.

Tot slot stipuleert artikel 5 van het decreet dat de vingerafdrukken 25 jaar lang kunnen *bewaard* worden, tenzij deze vervroegd zijn verwijderd. Deze provisies bieden volgens het Hof niet dezelfde bescherming als deze in verband met het raadplegen van de database. Bijgevolg heeft de Staat haar appreciatiemarge overschreden door geen proportionele afweging te maken tussen het privéleven en het bestrijden van (ernstige) strafbare feiten. Hierbij merkt het Hof op dat het decreet geen enkele bepaling omvat die het mogelijk maakt dat de vingerafdrukken worden beschermd tegen ongeautoriseerde toegang, wijziging of verspreiding. Tot slot merkt het Hof op dat het belang van de vervolgende instanties om een zo groot mogelijke database te creëren, er voor zorgt dat de mogelijkheid tot het verwijderen van de gegevens (wanneer deze niet meer noodzakelijk zijn) eerder theoretisch is. Hierdoor is het Hof van mening dat de termijn van 25 jaar om de gegevens te kunnen gebruiken, de facto neerkomt op de mogelijkheid om de gegevens te gebruiken voor een onbepaalde duur. Om proportioneel te zijn dient de wetgever best verschillende termijnen in te schrijven in functie van de ernst van het misdrijf. Deze rechtspraak ten aanzien van Frankrijk werd later nogmaals herhaalt³⁷². In die rechtspraak werd verduidelijkt dat een algemene opslag van DNA voor een periode van 40 jaar er voor zorgt dat kleine misdrijven zoals enkele slagen van een paraplu op dezelfde wijze worden behandeld als ernstige misdrijven zoals georganiseerde misdaad en pedofilie.

- [Rechtspraak Grondwettelijk Hof](#)

119. ARREST 108/2016³⁷³. In dit arrest dient het Grondwettelijk Hof zich uit te spreken over de wet van 18 maart 2014³⁷⁴. In de nasleep van de hervorming van de politiediensten werden diverse organen en politionele gegevensbanken in het leven geroepen die noodzakelijk zijn voor de optimale doorstroming van de politionele informatie. Dit beheer van de operationele politionele informatie is van het allergrootste belang omdat deze informatie de leidraad moet vormen voor het nemen van beslissingen door de overheden en voor de interventies van de politiediensten. Deze wet is er op gericht om meer transparantie en voorzienbaarheid te verschaffen op het vlak van de modaliteiten voor de verwerking van alle politionele gegevensbanken. De Liga voor Mensenrechten haalt verschillende middelen aan. Voor deze masterproef is voornamelijk het eerste middel (schending voorzienbaarheid) en derde middel (schending van evenredigheid) van belang. Het Grondwettelijk Hof overloopt eerst de algemene principes van het EHRM:

Uit Europese rechtspraak is af te leiden dat DNA en digitale vingerafdrukken onder het privéleven vallen³⁷⁵. *De vereiste van voorzienbaarheid* houdt in dat de formulering van de wettekst voldoende precies is zodat eenieder - desnoods met gepast advies - in de gegeven omstandigheden in redelijke mate de gevolgen van een bepaalde handeling kan voorzien. De wetgeving moet eenieder een

³⁷² EHRM 22 juni 2017, nr. 8806/12, Aycaguer/Frankrijk.

³⁷³ GwH 14 juli 2016, nr. 108/2016.

³⁷⁴ Wet van 18 maart 2014 betreffende het politionele informatiebeheer en tot wijziging van de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt, de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levensfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens en het Wetboek van strafvordering, B.S. 28 maart 2014.

³⁷⁵ GwH 14 juli 2016, nr. 108/2016. B.9

voldoende indicatie geven over de omstandigheden waarin en de voorwaarden waaronder de overheden gebruik mogen maken van maatregelen die raken aan de rechten gewaarborgd door het Verdrag. Meer in het bijzonder wanneer het optreden van de overheid een geheim karakter vertoont, dient de wet voldoende waarborgen te bieden tegen willekeurige inmengingen in het recht op eerbiediging van het privéleven, namelijk door de beoordelingsbevoegdheid van de betrokken overheden op voldoende duidelijke wijze af te bakenen, enerzijds, en door te voorzien in procedures die een effectief juridisch toezicht toelaten, anderzijds³⁷⁶. Uit artikel 8 EVRM volgt aldus dat voldoende precies moet worden bepaald in welke omstandigheden een verwerking van persoonsgegevens is toegelaten. De vereiste graad van precisie is onder meer afhankelijk van het domein dat wordt gereguleerd en van het aantal en de hoedanigheid van de personen tot wie de wet is gericht³⁷⁷. Een overheidsinmenging moet *ook beantwoorden aan een dwingende maatschappelijke behoefte in een democratische samenleving en evenredig zijn* met de daarmee nagestreefde wettige doelstelling. De wetgever beschikt ter zake over een appreciatiemarge. Die appreciatiemarge is evenwel niet onbegrensd. De wetgever moet een billijk evenwicht vinden tussen alle rechten en belangen die in het geding zijn. Bij de beoordeling van dat evenwicht houdt het EHRM onder meer rekening met de bepalingen van het Verdrag nr. 108³⁷⁸. Een inmenging in het privéleven door middel van het (automatisch) verwerken van persoonsgegevens moet berusten op een redelijke verantwoording en dient evenredig te zijn met de door de wetgever nagestreefde doelstellingen. Wat de evenredigheid betreft, houdt het EHRM rekening met het al dan niet aanwezig zijn van waarborgen in de betrokken wettekst. Tot slot houdt het ook met verschillende andere criteria rekening zoals de pertinentie en het al dan niet buitensporige karakter van de gegevens die worden verwerkt, het al dan niet voorhanden zijn van: maatregelen die de duur van de bewaring van de gegevens beperken; van een systeem van onafhankelijk toezicht; van waarborgen ter voorkoming van stigmatisering van de personen van wie de gegevens worden verwerkt en van waarborgen ter voorkoming van foutief gebruik door de politiediensten van verwerkte persoonsgegevens³⁷⁹.

Het Grondwettelijk Hof besluit dat deze wet aan bovenvermelde voorwaarden voldoet. Voor vingerafdrukken in het bijzonder stelt het Hof dat de het verwerken van foto's en vingerafdrukken in politiebureaus een verregaande inmenging inhoudt. Desalniettemin is deze inmenging in beginsel niet onevenredig ten aanzien van de door de wetgever nagestreefde doelstellingen, i.e. het uitoefenen door de politiediensten van hun wettelijke opdrachten. De politiediensten kunnen immers slechts overgaan tot een verwerking van gegevens, zoals vingerafdrukken, wanneer die gegevens

³⁷⁶ GwH 14 juli 2016, nr. 108/2016. B.10

³⁷⁷ GwH 14 juli 2016, nr. 108/2016. B.11

³⁷⁸ GwH 14 juli 2016, nr. 108/2016. B.12.1

³⁷⁹ GwH 14 juli 2016, nr. 108/2016. B.12.2

«toereikend, terzake dienend en niet overmatig van aard zijn». Tot slot wordt op die verwerking toezicht gehouden door het Controleorgaan op de politionele informatie³⁸⁰.

VII. CONCLUSIE

VII.1 Algemeen

120. OVEREENSTEMMING MET HET RECHT. Als antwoord op de eerste onderzoeksvraag (randnummer 84) dient de wetgever bij het uitwerken van zijn wettekst rekening te houden met drie criteria: (i) de toegankelijkheid, (ii) de voorzienbaarheid en (iii) de rechtstaatgedachte.

Bij het creëren of wijzigen van respectievelijk nieuwe en bestaande onderzoeksmaatregelen is de voorzienbaarheid veruit de belangrijkste. Dit criterium houdt in dat de draagwijdte van de inmenging voldoende duidelijk en nauwkeurig door het recht moet worden geformuleerd, zodat het rechtssubject, desgevallend mits het inwinnen van deskundig advies, de rechtsgevolgen kan inschatten en zijn gedrag erop kan afstemmen. Bij geheime maatregelen gaat deze zienswijze niet volledig op. *Ten eerste* moet het recht hier gelezen worden als een duidelijk geformuleerde wettekst. De wettekst moet aldus een voldoende indicatie geven over de omstandigheden waarin en de voorwaarden waaronder de overheid gebruik mag maken van heimelijke maatregelen. Zo mag de rechtsonderhorige niet op de hoogte zijn wanneer de overheid deze maatregel zal toepassen, zodat hij zijn gedrag hierop kan afstemmen, maar moet het hem wel mogelijk zijn om achteraf een controle hierop uit te voeren. Immers, bij gebrek aan controle door het onderzochte individu is een onbegrensde discretionaire bevoegdheid voor de vervolgende instantie niet gewenst, aangezien het de kans op willekeur laat toenemen. Daarbij stelt het EHRM vast dat de controle achteraf onlosmakelijk verbonden is met het feit dat het betrokken rechtssubject op de hoogte moet worden gesteld dat hij onderhevig is geweest aan geheime observatiemethoden. Als alternatief kan men de rechtbank de bevoegdheid geven om van dit geschil kennis te nemen, los van de vraag of het individu op de hoogte is gesteld van de maatregel of niet. *Ten tweede* dient de wet zelf voldoende waarborgen te bieden tegen willekeurige inmengingen in het recht op eerbiediging van het privéleven. Dit is mogelijk door de beoordelingsbevoegdheid van de betrokken overheden op voldoende duidelijke wijze af te bakenen. De mate van precisie is afhankelijk van de ernst van inmenging tot inmenging. Het Hof houdt daarbij rekening met een aantal criteria die minimaal in de wet moeten worden omschreven. Het gaat om (i) de aard van het misdrijf, (ii) of een rechter de maatregel voorafgaandelijk dient te machtigen, (iii) de personen die aan de maatregel kunnen worden onderworpen, (iv) de duurtijd van de maatregel, (v) de procedure waarbij het onderzoek naar, het gebruik, het doorsturen en de opslag van de (verkrege) data wordt gecontroleerd, (vi) aanwezige voorzorgsmaatregelen voor het verwerken van data van andere personen dan degene die aan de maatregel worden onderworpen en (vii) de omstandigheden waarin de verkregen data moet

³⁸⁰ GwH 14 juli 2016, nr. 108/2016. B.92

worden gewist of vernietigd. Daarnaast vereist de rechtstaatgedachte dat er ook wordt voorzien in een procedure die een effectief (jurisdictioneel) toezicht toelaat.

121. DUURZAAM KARAKTER. Bij gebrek aan een tijdelijke grondwettelijke noodtoestand, kunnen zowel wettelijke als grondwettelijke legitieme inmengingen tot een duurzame beperking van grondrechten leiden (*randnummer 50*). Deze uitzonderlijke wettelijke maatregelen onder het mom om misdrijven te bestrijden, mogen niet de nieuwe standaard worden. In dat opzicht is op lange termijn een tijdelijke geregelde afwijking voor een uitzonderlijke situatie veel beter voor de rechtsonderhorige, dan een beperkingssysteem dat in de meeste gevallen blijvend zal zijn wegens gebrek aan wijziging. Doch mag hierbij de noodzakelijkheidsvereiste niet vergeten worden. Dit criterium kan eventueel als een gedegen alternatief worden aanzien, om er voor te zorgen dat de wettelijke onderzoeksmaatregel niet de nieuwe standaard wordt.

122. NOODZAKELIJKHEIDSTOETS. Voor de wetgever is de noodzakelijkheidstoets ook van belang. Deze gaat immers hand in hand met de hierboven vermelde rechtstaatgedachte. Vooraleer het EHRM de evenredigheidsafweging maakt, gaat het na of de nationale wetgeving wel voldoende geschikte en effectieve waarborgen tegen misbruik bevat. Zowel het EHRM als het Grondwettelijk Hof zijn uitdrukkelijk bijzonder waakzaam bij heimelijke maatregelen wegens een gebrek aan openbaar toezicht. In het bijzonder wordt er gekeken of er een voorafgaand rechterlijk bevelschrift is vereist of niet. Deze laatste biedt immers de beste bescherming inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Daarnaast houdt het EHRM ook nog rekening met andere bovenvermelde criteria. Dit alles moet er voor zorgen dat het duurzaam karakter van de inmenging zal worden beperkt tot wat strikt noodzakelijk is in een democratische samenleving.

VII.2 Overzicht Belgische wetteksten

123. ARTT 90TER – 90QUINQUIES SV. Supra werd er reeds op gewezen dat het heimelijk afluisteren van communicatie een grove inmenging is in het privéleven. Bijgevolg vereist het EHRM dat deze inmenging in een zeer nauwkeurige wettekst moet worden geformuleerd. Hoewel deze artikelen hier *prima facie* in voldoen, kunnen toch enkele kanttekeningen worden gemaakt.

Zowel voor het aanvragen als stopzetten van de af luistermaatregel is enkel de onderzoeksrechter bevoegd³⁸¹. *Ratione materiae* kan hij deze maatregel aanvragen voor de in artikel 90ter, §2 opgesomde misdrijven. *Ratione personae* kan de onderzoeksrechter de communicatie af luisteren van personen die op grond van precieze aanwijzingen ervan verdacht worden strafbare feiten te hebben gepleegd en ten aanzien van personen van wie op grond van precieze feiten vermoed wordt dat zij geregeld in verbinding staan met een persoon op wie een verdenking rust. *Ratione temporis*

³⁸¹ Uitzonderlijk, in geval van ontdekking op heterdaad en zolang de heterdaadsituatie duurt, kan de procureur des Konings de maatregel bevelen voor terroristische misdrijven, Misdaden met betrekking tot gijzeling, Aanslag op de vrijheid of onschendbaarheid van de woning gepleegd door bijzondere personen en diefstal door middel van geweld.

duurt de maatregel in de regel niet langer dan één maand, welke kan worden verlengd met een maximumduur van zes maanden.

Wat de inhoud van de machtiging betreft, stipuleert de wet dat de onderzoeksrechter zijn beslissing vooraf met redenen dient te omkleden. De wet formuleert welke gegevens minimaal moeten worden vermeldt zoals: de aanwijzingen en de concrete feiten, eigen aan de zaak, die de maatregel wettigen; de redenen waarom de maatregel onontbeerlijk is om de waarheid aan de dag te brengen; de periode tijdens welke de maatregel kan worden uitgeoefend; de naam en de hoedanigheid van de officier of officieren van gerechtelijke politie (ex artikel 8 en 9 Sv) aangewezen voor de uitvoering van de maatregel. Dit moet in samenhang gelezen worden met het feit dat het af luisteren van communicatie enkel mogelijk is in uitzonderlijke gevallen, wanneer het onderzoek zulks vereist, indien er ernstige aanwijzingen bestaan in verband met het strafbaar feit, en indien de overige middelen van onderzoek niet volstaan om de waarheid aan de dag te brengen. Dit alles laat toe dat de instelling die hierop controle uitoefent een beoordelingsmarge heeft om na te gaan of er feitelijke aanwijzingen zijn dat de afgeluisterde persoon verdacht kan worden van een strafbaar feit welke aanleiding geeft tot een af luistermaatregel.

Bij de tenuitvoerlegging van de maatregel mag de onderzoeksrechter zich laten bijstaan door officieren van gerechtelijke politie. Hoewel zij in eerste instantie meegeven welke gedeelten van belang zijn en welke niet, beoordeelt de onderzoeksrechter finaal welke gedeelten van alle opnames van belang zijn voor het onderzoek. Hierbij kan worden opgemerkt dat het Wetboek van Strafvordering niet volledig duidelijk is wat er met de niet van belang zijnde inhoud van de af luistermaatregel later gebeurd. De wet stipuleert dat passende middelen moeten worden aangewend om de integriteit en de vertrouwelijkheid van de opgenomen niet voor publiek toegankelijke communicatie te waarborgen. De wet zegt niets of irrelevante informatie al dan niet moet worden verwijderd. Enkel wanneer een aantekening niet in een proces-verbaal is opgetekend, wordt de inhoud ervan vernietigd. Deze onduidelijkheid zou problemen kunnen vormen in het licht van artikel 8 EVRM. Volledigheidshalve formuleert de wetgeving ook niets over wat er moet gebeuren met communicatie van derden die toevallig worden afgeluisterd.

Het toezicht op het uitvoeren van de maatregel gebeurd in eerste instantie door de Kamer van Inbeschuldigingstelling. Deze kamer spreekt, als daartoe grond bestaat, de nietigheid uit van de handeling en van een deel of het geheel van de erop volgende rechtspleging, wanneer zij een onregelmatigheid, verzuim of nietigheid vaststelt die invloed heeft op een handeling van het onderzoek of de bewijsverkrijging. Zij is volledig onafhankelijk ten opzichte van de onderzoeksrechter en de officieren van de gerechtelijke politie. Daarnaast brengt de Minister van Justitie elk jaar verslag uit aan het Parlement over de toepassing van de artikelen 90ter tot en met 90novies Sv.

In eerste instantie is het feit dat de betrokkene niet geïnformeerd wordt nadat de geheime observatiemethode is beëindigd, verenigbaar met artikel 8, lid 2 EVRM. Doch moet deze

kennisgeving mogelijk zijn wanneer dit het doel van het strafonderzoek niet meer in gevaar brengt. Artikel 90*novies* Sv. voorziet hierin. Daarnaast heeft een Staat volgens het EHRM ook de mogelijkheid om dit te vervangen door een rechtbank de bevoegdheid te geven om van geschillen kennis te nemen wanneer een persoon vermoedt onderhevig te zijn geweest aan een heimelijke af luistermaatregel. In België kan dit slechts als het gerechtelijk onderzoek na een jaar nog niet is afgesloten (artikel 136 Sv.).

Wat het *opslaan en bewaren* van de gegevens betreft kan vastgesteld worden dat het Wetboek niet voorziet in een duidelijke termijn. Dit kan problematisch zijn in het licht van het EVRM.

124. ARTT 46BIS EN 88BIS SV. Voornamelijk artikel 46*bis* en 88*bis* Sv. regelen het registreren en lokaliseren van gegevens in verband met elektronische communicatie zoals: lijsten met oproepnummers, nummers van correspondenten, zendmasten en tijdstippen van berichten en de duur van gesprekken.

De procureur des Konings kan bij een met redenen omklede en schriftelijke beslissing overgaan tot de identificatie van een abonnee of de gewoonlijke gebruiker van een dienst enerzijds en de identificatie van de diensten waarop een bepaald persoon geabonneerd is of die door een bepaald persoon gewoonlijk gebruikt worden anderzijds. De motivering weerspiegelt de proportionaliteit met inachtneming van de persoonlijke levenssfeer en de subsidiariteit ten opzichte van elke andere onderzoeksdaad. Hiertoe kan hij zo nodig de medewerking vorderen van o.a. operatoren van een elektronisch communicatienetwerk, en aanbieders van een dienst die bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken. Enkel in geval van heterdaad en met betrekking tot specifieke misdrijven kan de procureur des Konings de bevoegdheden uitoefenen die de onderzoeksrechter heeft. Deze moeten binnen de 24 uur door de onderzoeksrechter worden bevestigd, met uitzondering van terroristische misdrijven. Voor strafbare feiten die geen correctionele hoofdgevangenisstraf van een jaar of meer hebben, kan de procureur de bedoelde gegevens slechts vorderen voor een periode van zes maanden voorafgaand aan zijn beslissing. Deze periode wordt verlengd naar twaalf maand voor zwaardere misdrijven. Tot slot bevat dit artikel geen specifiek paragraaf met betrekking tot personen met een beroepsgeheim. Dit kan net zoals bij artikel 39*bis* Sv. problemen vormen in het kader van artikel 8 EVRM.

De onderzoeksrechter kan zo nodig nog verder gaan door de verkeersgegevens te doen opsporen van elektronische communicatiemiddelen enerzijds en de oorsprong of de bestemming van elektronische communicatie te laten lokaliseren anderzijds. Omwille van deze verdergaande inmenging vereist de wet dat er ernstige aanwijzingen zijn dat de strafbare feiten een correctionele hoofdgevangenisstraf van één jaar of een zwaardere straf tot gevolg kunnen hebben. Ook hier doet de onderzoeksrechter in een met redenen omkleed bevelschrift opgave van de proportionaliteit met inachtneming van de persoonlijke levenssfeer en de subsidiariteit ten opzichte van elke andere onderzoeksdaad. Bijkomend moet ook melding gemaakt worden van de feitelijke omstandigheden die de maatregel rechtvaardigen alsook de duur van de maatregel voor de toekomst, die niet langer

mag zijn dan twee maanden te rekenen vanaf het bevelschrift. Daarnaast wordt ook voor ieder elektronisch communicatiemiddel waarvan de verkeersgegevens worden opgespoord of waarvan de oorsprong wordt gelokaliseerd, de dag, het uur, de duur, en, indien nodig, de plaats van de elektronische communicatie vastgesteld en opgenomen in een proces-verbaal. Voor welbepaalde misdrijven kan de onderzoeksrechter deze gegevens tot twaalf of negen maand terug opvragen, voor de overige slechts zes maand. Tot slot voorziet artikel 88*bis* Sv. in een aparte regel voor het opvragen van verkeersgegevens voor personen met een beroepsgeheim zoals een arts of een advocaat.

Voor beide onderzoeksinstanties omschrijft artikel 126 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie dat dergelijke gegevens maar twaalf maand mogen worden bewaard door bovenvermelde operatoren en aanbieders. Naast vijf andere instellingen kunnen enkel de gerechtelijke autoriteiten op eenvoudig verzoek gegevens ontvangen volgens de voorwaarden bepaald in de artikelen 46*bis* en 88*bis* Sv.

Gelet op de rechtspraak van het EHRM, die stelt dat gegevens over de communicatie minder verregeand zijn dan het afluisteren van het gesprek zelf, kan geconcludeerd worden dat deze wetgeving in overeenstemming is met de rechtspraak van het Hof.

125. ARTT 36, 37 EN 87 - 90 SV. De artikelen 36, 37 en 87 tot en met 90 Sv. vormen de basis voor het recht om een huiszoeking uit te voeren. *De onderzoeksrechter is* principieel de enige die een huiszoeking kan uitvoeren tegen de wil van de inwonende. Dit is een belangrijk element in de rechtspraak van het EHRM. Desgevallend kan hij deze opdracht delegeren aan een officier van gerechtelijke politie. Zij zijn dan bevoegd om zich naar de woning van de verdachte te begeven om er de papieren, de zaken en in het algemeen alle voorwerpen op te sporen, die kunnen dienen om de waarheid aan de dag te brengen. Ratione temporis kan de huiszoeking enkel tussen 5u 's morgens en 21u 's avonds. De in beslag genomen voorwerpen worden gesloten en verzegeld. Dit gebeurt in aanwezigheid van de verdachte of, indien hij er niet bij aanwezig wil of kan zijn, in aanwezigheid van een gemachtigde³⁸². De voorwerpen worden hem vertoond ten einde die te herkennen en te paraferen. Op het einde wordt alles in een proces-verbaal vermeld.

Wanneer men deze artikelen overloopt is het opmerkelijk dat de wet in geen enkele procedure voorziet voor personen met een bepaald beroepsgeheim. In het arrest 174/2018 stipuleerde het Hof dat een uitgebreide zoeking in informaticasystemen thans gelijkstaat aan een huiszoeking. Daarin vond het Hof het ongrondwettelijk dat er voor de openlijke onderzoeksmaatregel geen bijkomende waarborgen waren voor zoekingen bij artsen en advocaten. Dit kan bijgevolg analoog worden toegepast op de huiszoeking. Dit houdt duidelijk een schending in van artikel 22 Gec.GW in samenhang gelezen met artikel 8 EVRM. Daarbovenop kan men zich de vraag stellen of de wet niet nog in bijkomende andere waarborgen moet voorzien zoals: de vereiste dat bij het begin het doel

³⁸² Verwijzend naar het arrest Mastepan is dit een voldoende waarborg tegen misbruik. Doch kan opgemerkt worden dat deze voorwaarde a contrario niet zal gelden wanneer de verdachte niet wordt aangehouden. Men kan zich de vraag stellen of deze voorwaarde wel noodzakelijk is.

van de huiszoeking moet worden meegegeven; de mogelijkheid dat de betrokkene tijdens de huiszoeking wordt vertegenwoordigd door een advocaat; formaliteiten die zorgen dat bij een huiszoeking manu militaire de menselijke waardigheid gewaarborgd blijft,...

126. ARTT 39BIS, 88TER, 88QUATER EN 90TER SV. Wanneer opsporingsinstanties in een informaticasysteem openlijk data vinden die voor bijzondere verbeurdverklaring in aanmerking komen, dan kunnen deze gegevens ex artikel 39*bis* door de overheid worden gekopieerd. De wetgeving zelf voorziet in een bepaalde subsidiariteit. Zo kan de gerechtelijke politie informaticasystemen die in beslag zijn genomen onderzoeken. De zoeking kan enkel betrekking hebben op de gegevens die zijn opgeslagen in het desbetreffende toestel. Degene die het voorwerp van beslag kunnen uitmaken mogen enkel door de procureur des Konings worden onderzocht. Voor uitgebreide zoekingen in informaticasystemen die gelinkt zijn aan het onderzochte systeem, is de onderzoeksrechter bevoegd. Immers het Grondwettelijk Hof heeft duidelijk vooropgesteld dat dit anno 2018 gelijkstaat aan een huiszoeking. Ongeacht het openlijk of heimelijk karakter van de maatregel, dienen dezelfde waarborgen gehanteerd te worden als bij de huiszoeking zelf. Daarnaast vindt het Grondwettelijk Hof het ook problematisch dat er geen regeling is uitgewerkt bij de openlijke onderzoeksmaatregel voor personen die een bepaalde beroepsgeheim hebben. De wet van 5 mei 2019 houdende diverse bepalingen in strafzaken en inzake erediensdiensten heeft met een extra paragraaf 9 deze lacune ingevuld. Tot slot bepaalt paragraaf 8 *juncto* artikel 90*septies* Sv. dat passende technische middelen worden aangewend om de integriteit en de vertrouwelijkheid van deze gegevens te waarborgen en te bewaren op de griffie. Ook hier is geen duidelijke bewaartermijn ingeschreven.

Daarnaast kunnen al deze onderzoeksmaatregel ook heimelijk gebeuren. In dat geval is artikel 90*ter* Sv. de relevante rechtsgrond. Dit kan bijgevolg enkel wanneer een onderzoeksrechter wordt gevorderd.

127. ARTT 44QUINQUIES - 44SEPTIES EN 90UNDECIES SV. *Wat DNA betreft*, kan de procureur des Konings mits schriftelijke toestemming celmateriaal bekomen van een persoon die de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt en tegen wie aanwijzingen van schuld bestaan (art. 44*quinquies* Sv.). Hij dient deze beslissing met redenen te omkleden waarvan de wet bepaalde minima oplegt. In de tweede plaats kan de procureur des Konings celmateriaal bekomen van niet-verdachten (art. 44*sexies* Sv.). Tot slot kan hij dit ook voor minderjarigen (art. 44*septies* Sv.). Behoudens andersluidende beslissing van de procureur des Konings vernietigt de deskundige het referentiestaal en de daaruit afgeleide stalen die DNA bevatten, uiterlijk zes maanden na de verzending van zijn verslag. Daarnaast bepaalt de DNA-wet dat de stalen moeten worden vernietigd wanneer deze niet meer nuttig zijn voor het onderzoek. Ze worden in elk geval na dertig jaar gewist of zodra in het dossier waarvoor het DNA-profiel verkregen is een rechterlijke beslissing is genomen die in kracht van gewijsde is getreden. Is men vrijgesproken dan kan de verdachte zelf ook de onmiddellijke vernietiging vragen. Dit zorgt ervoor dat er geen kans is op stigmatisatie. Is men daarentegen

veroordeeld voor een door de wet bepaald specifiek zwaar misdrijf, dan worden de stalen bewaard voor een termijn van dertig jaar, tenzij de bevoegde magistraat een kortere termijn heeft bepaald.

Op grond van art. 90*undecies* Sv. en 90*duodecies* Sv. kan de onderzoeksrechter deze afname onder dwang bevelen.

Wat vingerafdrukken betreft, is er op dit moment geen specifieke wettelijke grondslag. De algemene opsporingsbevoegdheid, geformuleerd in artikel 8 Sv. en 15 WPA behelzen de bevoegdheid tot het afnemen van afdrukken. Ook is het onduidelijk voor welke termijn dergelijke afdrukken mogen worden bewaard. Ongeachte het feit dat dit een minder verregaande inmenging is, kan men toch de vraag stellen of dit wel met de rechtstaatgedachte en de vereiste van voorzienbaarheid overeenstemt.

HOOFDSTUK 4: NOODZAKELIJKHEIDSVEREISTE EN HET UITOEFENEN VAN (DE DOOR DE WETGEVER GEFORMULEERDE) ONDERZOEKSMATREGELEN IN HET VOORONDERZOEK

I. HANDHAVEN VAN STRAFPROCESRECHTELIJK REGELS

128. STRAFPROCESRECHTELIJK ACTOREN. Daar waar het vorige hoofdstuk handelt over het uitwerken van wettelijke onderzoeksmaatregelen, handelt dit hoofdstuk over de uitoefening ervan. In de praktijk hebben de gerechtelijke politie, de procureur des Konings, de federale procureurs, de onderzoeksrechters als ook de onderzoeksgerechten tijdens respectievelijk het opsporingsonderzoek en gerechtelijk onderzoek de mogelijkheid om verscheidene onderzoeksdadens te stellen. Zij zijn de strafprocesrechtelijke actoren die belast zijn met het bewijzen van misdrijven. Door middel van de wettelijk geformuleerde onderzoeksmaatregelen kunnen zij dit doel bereiken.

129. RECHTERLIJKE CONTROLE. Via de tweetrapsredenering (*randnummer 83*) zal de rechter in casu nagaan of de strafprocesrechtelijke actoren de voorwaarden van de escapeclausule eerbiedigen. Een niet-gerechvaardigde inmenging houdt namelijk een verdragsschending in. Bijgevolg zullen de onderzoeksmaatregelen, wanneer zij onrechtmatig worden toegepast, een schending van het privéleven inhouden. Hierna zal enkel de rechtspraak van het EHRM worden geanalyseerd. Een analyse van de Belgische rechtspraak valt jammer genoeg buiten het tijdsbestek van deze masterproef.

II. GEHEIME OPSPORINGSMETHODEN

II.1 Algemeen

- **Rechtspraak EHRM**

130. ARREST KLASS³⁸³. FEITEN. Zie *randnummer 93*

GROND. Ondanks het feit dat dit onderdeel reeds in hoofdstuk 3 is besproken, is toch een klein onderdeel van groot belang voor dit hoofdstuk. Het EHRM stel immers in §59 dat de verzoekers zich steeds hebben beroepen op het gevaar van willekeur door de overheid om hun stelling te ondersteunen. Als antwoord stelt het Hof dat:

“(…) While the possibility of improper action by a dishonest, negligent or over-zealous official can never be completely ruled out whatever the system, the considerations that matter for the purposes of the Court’s present review are the likelihood of such action and the safeguards provided to protect against it.

The Court has examined above the contested legislation in the light, inter alia, of these considerations. The Court notes in particular that the G 10 contains various provisions designed to reduce the effect of surveillance measures to an unavoidable minimum and

³⁸³ EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, Klass en anderen/Duitsland.

to ensure that the surveillance is carried out in strict accordance with the law. *In the absence of any evidence or indication that the actual practice followed is otherwise, the Court must assume that in the democratic society of the Federal Republic of Germany, the relevant authorities are properly applying the legislation in issue.*" (eigen cursivering)

De mogelijkheid tot willekeur zal in elk toezichtstelsysteem aanwezig zijn. Het Hof houdt rekening met (i) de waarschijnlijkheid van dergelijke willekeur en (ii) de wettelijke waarborgen die willekeur moeten beperken. Uit de omstreden wet zelf blijkt dat er voldoende waarborgen tegen willekeur zijn, die de waarschijnlijkheid ervan tot een minimum herleiden (zie randnummer 93). Aldus zegt het Hof tegen de verzoekers dat het er van uitgaat dat, wegens gebrek aan bewijs waaruit anders kan worden geconcludeerd, de Duitse overheid de bestreden wet naar behoren uitvoert. Dit is een belangrijke passage. Hieruit dient afgeleid te worden dat wanneer het EHRM heeft vastgesteld dat het recht voldoende waarborgen tegen willekeur bevat, het Hof uitgaat van een vermoeden dat de overheid rechtmatig handelt. De betrokken persoon zal dit vermoeden moeten weerleggen met concrete bewijzen.

131. ARREST 'AEIHR' EN EKIMDZHIEV³⁸⁴. FEITEN. Zie randnummer

GROND. Daar waar het Hof verschillende pijnpunten in de wet heeft vastgesteld, gaat het tot slot over naar de vraag of deze pijnpunten gevolgen hebben voor de daadwerkelijke werking van het systeem van geheime observatie in Bulgarije. Dit is volgens het EHRM wel degelijk het geval:

"92. (...) In this connection, the Court notes *that the Bulgarian Supreme Cassation Prosecutor's Office apparently found, in a report of January 2001, that numerous abuses had taken place. (...) Additionally, in an interview (...) the then Minister of Internal Affairs conceded that he had signed 4,000 orders for the deployment of means of secret surveillance during his thirteen months in office. By contrast, in Malone, the number of the warrants issued was considered relatively low (400 telephone tapping warrants and less than 100 postal warrants annually). These differences are telling, (...). They also show that the system of secret surveillance in Bulgaria is, to say the least, overused, which may in part be due to the inadequate safeguards which the law provides.*" (eigen cursivering)

Aangezien de wet onvoldoende waarborgen tegen willekeur bezit, speelt het vermoeden dat de overheid rechtmatig handelt niet zo sterk als in Klass. Daarnaast worden ook concrete bewijzen voorgelegd die dit vermoeden weerleggen.

II.2 Afluisteren van gesprekken

- **Rechtspraak EHRM**

132. ARREST MALONE³⁸⁵. FEITEN. Zie randnummer 97.

³⁸⁴ EHRM 28 juni 2007, nr. 62540/00, Associatie voor Europese Integratie & Mensenrechten en Ekimdzhev/Bulgarije.

³⁸⁵ EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79, Malone/Verenigd Koninkrijk.

GROND. Het EHRM stelt vast dat de betrokken af luisterpraktijk niet in overeenstemming is met het Engels recht. Ondanks het feit dat het normaliter de andere twee voorwaarden niet meer onderzoekt, gaat het EHRM verder door de algemene regels inzake de noodzakelijkheid te herhalen. Het stelt net zoals in het Klass arrest (§48) vast dat sommige af luisterpraktijken noodzakelijk kunnen zijn in een democratische samenleving, en dat het onderscheppen van een telefoongesprek een onmisbaar middel is ter preventie van criminaliteit.

“81. (...) However, the exercise of such powers, because of its inherent secrecy, carries with it a danger of abuse of a kind that is potentially easy in individual cases (...). This being so, the resultant *interference can only be regarded as "necessary in a democratic society" if the particular system of secret surveillance adopted contains adequate guarantees against abuse.*” (eigen cursivering)

Dit is een duidelijke herhaling van het Klass arrest (§50). Doch gaat het EHRM verder niet in op de vraag welke waarborgen adequaat zijn tegen misbruik. Bijgevolg kan het Klass arrest hierbij helpen. Daarin vermeldde het Hof dat het bij het toepassen van deze controle, in het bijzonder kijkt naar volgende criteria: (i) de aard, de draagwijdte en de duur van de maatregel; (ii) de reden waarom dergelijke maatregel kan worden gevraagd, (iii) de bevoegde overheid die dergelijke maatregel kan goedkeuren en tot slot (iv) of er rechtsherstel (principeel bij een rechter) mogelijk is. Ook het feit dat de Staten een bepaalde appreciatiemarge hierbij hebben, zal men analoog dienen te lezen.

III. HUISZOEKING

- Rechtspraak EHRM: Natuurlijk persoon

133. ARREST FUNKE³⁸⁶. FEITEN. Zie randnummer 106.

GROND. Bij de noodzakelijkheidstoets herhaalt het Hof dat de vervolgende instanties over een appreciatiemarge beschikken, maar dat dit hand in hand gaat met een controle door het EHRM. Na te herhalen dat de uitzonderingen in het tweede lid van artikel 8 EVRM eng dienen geïnterpreteerd te worden, voegt het Hof daar voor het eerst een belangrijk element aan toe:

“(...) and the need for them in a given case must be convincingly established”

Vervolgens formuleert het Hof de context waarin Staten de mogelijkheid hebben om maatregelen te nemen binnen hun appreciatiemarge:

“56. Undoubtedly, in the field under consideration - the prevention of capital outflows and tax evasion - States encounter serious difficulties owing to the scale and complexity of banking systems and financial channels and to the immense scope for international investment, made all the easier by the relative porousness of national borders.”

Om belastingontduiking en kapitaaluitstroom tegen te gaan, ondervinden Staten steeds meer moeilijkheden met de grote schaal en complexiteit van banksystemen, financiële doorstromen en internationale investeringen, steeds gemakkelijker gemaakt door de doorlatendheid van nationale

³⁸⁶ EHRM 25 februari 1993, nr. 10828/84, Funke/Frankrijk.

grenzen. Dit ligt in lijn met de argumentatie van de overheid die stelt dat bij dit soort van misdrijven er meestal weinig tot geen fysiek bewijs is. Aangezien de 'fysieke manifestatie' van het misdrijf hoofdzakelijk in documenten ligt die een schuldige gemakkelijk kan verbergen of vernielen, kan een huiszoeking noodzakelijk zijn.

“56. (...) *The Court therefore recognises that they may consider it necessary to have recourse to measures such as house searches and seizures in order to obtain physical evidence of exchange-control offences and, where appropriate, to prosecute those responsible.*”

Naast het bestrijden van terrorisme en spionage erkent het Hof hier aldus een derde rechtvaardigingsgrond voor de beslissing om tot een huiszoeking over te gaan.

134. ARREST VAN ROSSEM³⁸⁷. FEITEN. Op 26 juni 1990 wordt de heer Van Rossem ondervraagd door Commissaris Kerstens. De volgende dag vordert de procureur des Konings een gerechtelijk onderzoek op basis van valsheid in geschriften en gebruik van valse stukken, oplichting en uitgifte van ongedekte cheques. Dezelfde dag worden door de onderzoeksrechter vijf huiszoekingsmandaten uitgeschreven die op volgende wijze wordt gemotiveerd³⁸⁸:

« Nous, J. Gregoir, Juge d’instruction près le tribunal de première instance d’Anvers, empêché par d’autres devoirs et vu l’urgence, (...) donnons instruction à l’Officier de police judiciaire près le parquet du Procureur du Roi d’Anvers, porteur de la présente Ordonnance, avec l’assistance de la force publique s’il le juge utile, de procéder d’urgence et conformément à la loi à *une perquisition au domicile de (...), aux fins d’y rechercher et d’y saisir toutes les pièces et documents utiles à l’instruction ; (...)* procéder à tout interrogatoire utile, notamment au sujet de la provenance des objets saisis et obtenir tout renseignement utile à l’instruction. » (eigen cursivering)

Alsdus geeft de onderzoeksrechter op grond van 89bis Sv. een delegatie aan de gerechtelijke politie om de huiszoekingen uit te voeren. Volgend op deze dwangbevelen worden huiszoekingen uitgevoerd in de private woonplaats van Van Rossem en de maatschappelijke zetels van zijn bedrijven. De huiszoekingen bij zijn bedrijven worden door commissaris Kerstens zelf, in het bijzijn van 8 politieambtenaren, uitgevoerd. De huiszoeking bij Van Rossem thuis wordt door enkele politieagenten uitgevoerd in het bijzijn van de conciërge als getuige, aangezien enkel de 11 jarige zoon aanwezig is in de woning. Als gevolg hiervan worden een reeks van (boekhoudkundige) stukken en documenten in beslag genomen die mogelijks van nut kunnen zijn voor het onderzoek. Op basis van deze stukken wordt de heer Van Rossem gearresteerd. Na zijn ambtstermijn van vijf jaar wordt de heer Van Rossem veroordeeld tot een gevangenisstraf en een geldboete. Van Rossem werpt op dat de mandaten onwettig zijn, aangezien ze in te algemene termen zijn geformuleerd. Als antwoord daarop stelt de Correctionele Rechtbank dat de speurders perfect weten waarover het onderzoek gaat en wat ze dienen te zoeken. Daarenboven is het normaal dat bij het begin van een onderzoek een mandaat in algemene termen is opgesteld omdat men niet steeds precies weet wat er

³⁸⁷ EHRM 9 december 2004, nr. 41872/98, Van Rossem/België.

³⁸⁸ Deze formulering werd ook reeds gehanteerd in het Ernst en andere arrest.

voor beslag in aanmerking komt. Bovendien worden de zoekingen gedaan door de commissaris zelf, die Van Rossem persoonlijk heeft verhoord, zodat zij voldoende op de hoogte is tot wat de zoeking moet worden beperkt. Het Antwerpse Hof van Beroep volgde die visie. Ook het arrest van het Hof van Cassatie biedt geen soelaas. Hoewel een algemene delegatie niet is toegelaten betekent dit volgens Cassatie niet dat het mandaat een (zelfs voorlopige) kwalificatie moet vermelden, noch dat in beslag te nemen voorwerpen moeten worden gespecificeerd. Het is voor Cassatie voldoende dat de officier van gerechtelijke politie terdege is voorgelicht omtrent het misdrijf waarvan de onderzoeksrechter gelast is en welke nuttige opsporingen en inbeslagnemingen hij in dat verband kan verrichten. Volgens het Hof van Cassatie volstaat het dat een bevel tot huiszoeking volgende vermeldingen bevat:

« (...) que ce mandat de perquisition doit être signé par le juge d’instruction, doit contenir la mention de la qualité de l’autorité à qui il est délégué et doit préciser chez qui la perquisition doit être effectuée, quel en est l’objet et quelle infraction elle concerne ; qu’en outre, lorsqu’il s’agit d’une perquisition tendant à la saisie de papiers, titres ou documents, visée à l’article 89bis du Code d’instruction criminelle, le mandat de perquisition doit mentionner les motifs sur lesquels la délégation est fondée. »³⁸⁹.

GROND. De belangrijkste argumenten van Van Rossem zijn tweeledig. Enerzijds zijn er geen garanties dat gerechtelijk politie perfect wist naar welke concrete voorwerpen er diende gespeurd te worden. Dit wordt aangetoond door de massieve beslaglegging van documenten. Anderzijds is er geen legitiem doel nagestreefd, noch zou de inmenging noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. De massieve beslaglegging van documenten waaruit slechts achteraf een selectie zou worden gemaakt, bewijst dat men naar (nog niet gekende) misdrijven op zoek was en niet naar bewijzen van gekende misdrijven. Dit alles zorgt ervoor dat de overheid aan fishing expeditions doet. De overheid weerlegt dit respectievelijk door uitdrukkelijk te stellen dat enerzijds de gerechtelijke politie perfect op de hoogte was waarover de huiszoeking ging. Dit wordt bijgestaan door het feit dat er voor de Belgische rechtsinstanties nooit een verzoekschrift is ingediend, waarin wordt beweerd dat er huiszoekingen of beslagleggingen zijn gebeurd met betrekking tot andere feiten dan degene vervat in de saisine van de onderzoeksrechter. Anderzijds laat cassatierechtspraak toe dat een dwangbevel noch feiten, noch een kwalificatie dient aan te geven op grond waarvan de onderzoeksrechter is gevat. Dit is trouwens niet altijd mogelijk aangezien bij gebrek aan bewijs er steeds een voorlopige kwalificatie wordt geformuleerd. In functie van de resultaten van de huiszoeking wordt de kwalificatie aangepast. Om dezelfde reden is het niet altijd mogelijk exact te weten welke stukken nuttig in beslag kunnen genomen worden, vermits dat nu juist door de huiszoeking zelf duidelijk wordt gemaakt. Voor de noodzakelijkheidstoets herhaalt het Hof zijn

³⁸⁹ 1/de ondertekening door de onderzoeksrechter; 2/ de aanwijzing van de overheid (politieambtenaar) waaraan de delegatie wordt verleend; 3/ de redenen van de delegatie; 4/ bij wie de huiszoeking wordt verricht; 5/ het voorwerp van de huiszoeking; 6/ het misdrijf waarover het gaat.

rechtspraak dat de Staten een appreciatiemarge hebben bij het al dan niet gebruiken van dwangmaatregelen³⁹⁰.

“42. La Cour reconnaît que les Etats peuvent estimer nécessaire de recourir à certaines mesures, telles les visites domiciliaires et les saisies, pour établir la preuve matérielle de certaines infractions. *Encore faut-il que leur législation et leur pratique offrent des garanties adéquates et suffisantes contre les abus.*” (eigen cursivering)

Enkel voor het feit dat de huiszoeken worden gedaan onder de leiding van de commissaris die de eerste ondervragingen heeft gedaan en die zelf twee huiszoeken heeft verricht, is dit het geval. Het Hof stelt vast³⁹¹:

“ (...) *que les différents mandats de perquisition étaient rédigés en termes larges. En effet, le conseiller instructeur ordonna, le 27 juin 1990, la série des perquisitions « aux fins d’y rechercher et d’y saisir toutes les pièces et documents utiles à l’instruction (...) »*, sans aucune limitation de quelque ordre. *Ces mandats de perquisition, qui ne donnaient aucune information sur l’instruction en cause et sur les objets à saisir, octroyaient ainsi de larges pouvoirs aux enquêteurs.* » (eigen cursivering)

Voor het eerst omschrijft het Hof aan welke minimale vereisten een dwangbevel moet voldoen opdat de huiszoeking voldoende beschermingswaarborgen tegen misbruik heeft.

“45. D’après la Cour, *un mandat de perquisition doit être assorti de certaines limites pour que l’ingérence qu’il autorise dans les droits garantis par l’article 8, et en particulier le droit au respect du domicile, ne soit pas potentiellement illimitée et, partant, disproportionnée. Par conséquent, un mandat de perquisition doit comporter des mentions minimales permettant qu’un contrôle s’exerce sur le respect, par les agents qui l’ont exécuté, du champ d’investigation qu’il détermine.*” (eigen cursivering)

Het Hof stelt in het bijzonder dat een bevel tot huiszoeking bepaalde grenzen moet hebben, die verhinderen dat de inmenging ongelimiteerd en derhalve disproportioneel zou zijn. Dit houdt in dat het dwangbevel een aantal minimale gegevens moet bevatten die toelaten te controleren (ex post) of de politieambtenaren het voorwerp van het onderzoek niet te buiten gaan. Bijgevolg kan dit arrest als verdere stringente aanvulling dienen op het arrest Ernst en andere³⁹².

« 46. Il en découle, aux yeux de la Cour, que les mandats de perquisition auraient dû, en l’espèce, à tout le moins contenir les mêmes mentions que celles figurant dans le réquisitoire aux fins d’instruire du procureur du Roi.»

Het dwangbevel dient zo opgemaakt te worden dat het minstens melding maakt van de kwalificaties zoals ze zijn opgenomen in de vordering van het openbaar ministerie, zij het dat ook die voorlopig zijn. In de gevallen buiten heterdaad, gelet op de saisine van de onderzoeksrechter, betekent dit ook

³⁹⁰ EHRM 25 februari 1993, nr. 10828/84, Funke/Frankrijk. §55; EHRM 28 oktober 1994, nr. 14310/88, Murray/Verenigd Koninkrijk. §90; EHRM 16 december 1997, nr. 21353/93, Camenzind/Zwitserland. §45; EHRM 16 april 2002, nr. 37971/97, Stes Colas en andere/Frankrijk. §47; EHRM 25 februari 2003, nr. 51772/99, Roemen en Schmit/Luxemburg. §68; EHRM 15 juli 2003, nr. 33400/96, Ernst en andere/België. §113.

³⁹¹ Net zoals in EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, Niemietz/Duitsland. §37; EHRM 25 februari 2003, nr. 51772/99, Roemen en Schmit/Luxemburg. §70; EHRM 15 juli 2003, nr. 33400/96, Ernst en andere/België. §116.

³⁹² EHRM 15 juli 2003, nr. 33400/96, Ernst en andere/België.

dat de procureur des Konings op zijn beurt zo gedetailleerd mogelijk de feiten dient te omschrijven en te kwalificeren.

« 47. La circonstance que les enquêteurs auraient su « effectivement ce qu'ils devaient rechercher » ne saurait par ailleurs suffire. *Aux yeux de la Cour, l'élément déterminant est que la ou les personne(s) visée(s) par la mesure, ou une tierce personne, dispose d'informations suffisantes sur les poursuites se trouvant à l'origine de l'opération pour lui permettre d'en déceler, prévenir et dénoncer les abus.* » (eigen cursivering)

Een tweede belangrijk element is dat niet enkel de politieambtenaren op de hoogte moeten zijn van de zaken naar waar ze moeten zoeken. Een gedetailleerd omschreven huiszoekingsbevel zorgt ervoor dat ook de door de huiszoeking geïdentificeerde persoon en derden over voldoende informatie moeten beschikken in verband met de strafrechtelijke vervolging. Dit stelt hen in staat om de misbruiken die plaatsvinden naar aanleiding van de huiszoeking te ontdekken, te verhinderen en bloot te leggen. Uit latere rechtspraak blijkt dat een gedetailleerde omschrijving van het huiszoekingsbevel ook van belang is voor de interne rechtscolleges en het EHRM. Dit stelt hen in de mogelijkheid om te kunnen controleren of er voldoende redenen zijn die de inmenging rechtvaardigen³⁹³. In casu was enkel de heer Van Rossem op de hoogte naar welke zaken er gezocht zou worden. Door de algemene formulering kon de conciërge bijgevolg niet voldoende op de hoogte zijn van de feiten om een zinvolle controle uit te oefenen:

« 49. Or, la Cour constate que le requérant n'était présent lors d'aucune des perquisitions. Il en va particulièrement ainsi pour celle menée à son domicile privé, (...) Le requérant était absent et il n'apparaît pas que les enquêteurs ont tenté de l'informer de leur présence, de leur action et de leurs intentions après que son fils les ait informés de ce que celui-ci était absent pour la journée. Quant au concierge qu'ils ont appelé pour qu'il agisse comme témoin, au vu de l'absence totale de précision du mandat de perquisition, celui-ci ne peut raisonnablement passer comme ayant reçu des informations suffisantes sur les poursuites se trouvant à l'origine de l'opération. »

Het derde punt dat het Hof aanhaalt is dat personen die wel op de hoogte zijn van de feiten, de huiszoeking moeten kunnen bijwonen. In casu was dit enkel de heer Van Rossem. In die gevallen waarin dergelijk persoon niet aanwezig kan zijn, is het bijgevolg noodzakelijk dat vooraf een lijst wordt opgesteld van documenten die zullen worden meegenomen of achteraf een inventaris wordt opgesteld om controle mogelijk te maken.

« (...) Il est aussi symptomatique qu'aucune liste des pièces et documents emportés ne fut dressée pour les perquisitions menées dans les locaux des sociétés commerciales dirigées par le requérant.

(...) 50. De plus, la Cour relève qu'aucun inventaire n'a été dressé quant aux objets saisis dans les locaux des sociétés commerciales dirigées par le requérant. Si le Gouvernement explique que cette situation se justifie par le fait qu'un grand nombre de pièces et documents ont été saisis, la Cour ne peut que le regretter en l'espèce : alors que ni les mentions portées sur le mandat de perquisition ni la présence du requérant sur les lieux n'avaient pu assurer de manière effective et complète le contrôle qui devait pouvoir s'opérer

³⁹³ EHRM 7 juni 2007, nr. 71362/01, Smirnov/Rusland.

sur l'étendue de la perquisition, l'intéressé n'a de la sorte pas pu raisonnablement identifier chaque objet saisi. Or, un tel inventaire aurait pour le moins permis au requérant de demander a posteriori la levée des objets saisis et cette absence partielle d'inventaire a rendu ce contrôle curatif particulièrement difficile, voire impossible à exercer. »

Als besluit kan gesteld worden dat dit arrest een chronologische volgorde geeft waaraan een huiszoeking dient te voldoen met het oog om bewijs te verzamelen, opdat deze proportioneel is uitgevoerd. Uit voorgaande rechtspraak is reeds vastgesteld dat het dwangbevel gedetailleerd dient opgesteld te worden. Uit dit arrest blijkt dat het bevel minstens de vordering van het parket dient over te nemen. Dit moet de persoon wiens woning of beroepslokaal onderzocht wordt, in staat stellen om a priori zinvol op de hoogte gesteld te worden van de zaken naar waar gezocht zal worden. Diens aanwezigheid is belangrijk als controle hierop. In geval van afwezigheid dient een persoon met kennis van zaken op de hoogte gesteld te worden of is een inventaris waardevol voor een controle achteraf. Veel van deze punten waren in casu niet voldaan, waardoor de huiszoeking in concreto disproportioneel was.

135. ARREST BUCK³⁹⁴. *FEITEN*. In augustus 1996 beboet de gemeentelijke overheid van de stad Dettingen V.B., zoon van de heer Jürgen Buck, wegens het te snel rijden in de bebouwde kom. Hij reed op dat moment in een wagen van de vennootschap Trinkomat, waarvan diens vader aandeelhouder en zaakvoerder is. V.B. gaat hiertegen in beroep en argumenteert voor de Bad Urach District Court ('BUDC'), dat die dag mogelijks wel 15 andere personen met die wagen hadden gereden. Na de vader als getuige op te roepen, weigert deze om bewijs te leveren tegen zijn zoon. Terwijl de hoorzitting was verdaagd, wordt de heer Buck door de politie gevraagd om bewijs voor te leggen over zijn werknemers. Hij weigert, waarna de politie, op grond van een dwangbevel door de BUDC, een pasfoto van de heer V.B. opvraagt in het gemeentehuis. Diezelfde dag nog vaardigt de BUDC een huiszoekingsbevel uit voor zowel de woning van de heer Buck als de maatschappelijke zetel van diens vennootschap. Het dwangbevel wordt uitgevoerd door 4 politieambtenaren. Verschillende documenten worden in beslag genomen, waaronder persoonlijke mappen en een overzicht van werkuren. Alles wordt gekopieerd en de volgende dag teruggegeven. Uit deze documenten kan afgeleid worden dat de heer Buck zes andere personen tewerkstelt die mogelijks met de wagen hadden gereden. Gerechtelijke procedures die daarop volgen zijn zonder vrucht. Aangezien de huiszoeking reeds uitgevoerd was, is hun verzoekschrift zonder voorwerp en dus onontvankelijk.

GROND. De formulering van de noodzakelijkheidstoets is deze van Camenzind³⁹⁵:

“44. Under the Court's settled case-law, the notion of “necessity” implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued.”

³⁹⁴ EHRM 28 april 2005, nr. 41604/98, Buck/Duitsland.

³⁹⁵ EHRM 16 december 1997, nr. 21353/93, Camenzind/Zwitserland. §44.

Het Hof herhaalt voor het eerst op een overzichtelijke wijze het geheel van zijn voorgaande rechtspraak. Als eerst stelt het Hof dat de Staten (in casu de vervolgende instanties) een bepaalde appreciatiemarge hebben in het beslissen welke dwangmaatregelen zij nemen³⁹⁶. De reden waarom men deze inmenging gebruikt, welke eng geïnterpreteerd wordt, moet overtuigend worden uiteengezet³⁹⁷. Anders geformuleerd, mogen Staten met het oog op het verzamelen van fysiek bewijsmateriaal, huiszoekingen doorvoeren. De gekozen dwangmaatregel moet echter gerechtvaardigd worden door relevante en voldoende redenen³⁹⁸. Naast het rechtvaardigen van deze maatregel, dient deze ook proportioneel te zijn. Voordat het EHRM de proportionaliteit nagaat, onderzoekt het eerst of de wet (en bij gebrek daarvan de praktijk) wel voldoende waarborgen bevat tegen misbruik van de overheid³⁹⁹. Uit rechtspraak blijkt dat het Hof hierbij kijkt naar: (i) de ernst van het misdrijf, (ii) de omstandigheden waarin het dwangbevel wordt uitgevaardigd - in het bijzonder naar reeds gevonden bewijs, de inhoud en draagwijdte van het bevel, de aard van de woning en de waarborgen tegen misbruik - en tot slot (iii) de gevolgen voor een persoon zijn reputatie. Bijgevolg gaat het Hof al deze punten na in de concrete zaak.

“47. As to the proportionality of the search and seizure order to the legitimate aim pursued in the particular circumstances of the case, the Court (...) observes in the first place that the offence in respect of which the search and seizure had been ordered concerned a mere contravention of a road traffic rule. The contravention of such a regulation constitutes a petty offence which is of minor importance (...).

48. Furthermore, the Court notes that, even though the contravention in question had been committed with a car belonging to the company owned by the applicant, the proceedings in the course of which the search and seizure had been executed had not been directed against the applicant himself, but against his son, that is, a third party.”

Als eerste merkt het Hof op dat de ernst van het feit gering is aangezien het slechts een (eerste) overtreding is van de verkeerswet. Ondanks dat de overtreding is gepleegd met een wagen van de heer Buck, is de strafprocedure waarin een huiszoeking wordt bevolen tegen zijn zoon gericht en niet tegen hemzelf.

“49. With regard to the manner and circumstances in which the order had been issued, the Court observes that the search and seizure were ordered to (...) verify the defence of the applicant's son. The competent judge had ordered the police to question the applicant

³⁹⁶ EHRM 25 februari 1993, nr. 10828/84, Funke/Frankrijk. §55; EHRM 28 oktober 1994, nr. 14310/88, Murray/Verenigd Koninkrijk. §90; EHRM 16 december 1997, nr. 21353/93, Camenzind/Zwitserland. §45; EHRM 16 april 2002, nr. 37971/97, Stes Colas en andere/Frankrijk. §47; EHRM 25 februari 2003, nr. 51772/99, Roemen en Schmit/Luxemburg. §68; EHRM 15 juli 2003, nr. 33400/96, Ernst en andere/België. §113; EHRM 9 december 2004, nr. 41872/98, Van Rossem/België. §41.

³⁹⁷ EHRM 25 februari 1993, nr. 10828/84, Funke/Frankrijk. §55; EHRM 16 april 2002, nr. 37971/97, Stes Colas en andere/Frankrijk. §47; EHRM 25 februari 2003, nr. 51772/99, Roemen en Schmit/Luxemburg. §68.; EHRM 15 juli 2003, nr. 33400/96, Ernst en andere/België. §113; EHRM 9 december 2004, nr. 41872/98, Van Rossem/België. §41.

³⁹⁸ EHRM 16 december 1997, nr. 21353/93, Camenzind/Zwitserland. §45; EHRM 15 juli 2003, nr. 33400/96, Ernst en andere/België. §114; EHRM 9 december 2004, nr. 41872/98, Van Rossem/België. §42.

³⁹⁹ EHRM 25 februari 1993, nr. 10828/84, Funke/Frankrijk. §57; EHRM 16 december 1997, nr. 21353/93, Camenzind/Zwitserland. §45; EHRM 16 april 2002, nr. 37971/97, Stes Colas en andere/Frankrijk. §48; EHRM 15 juli 2003, nr. 33400/96, Ernst en andere/België. §114; EHRM 9 december 2004, nr. 41872/98, Van Rossem/België. §42.

about his company's employees at the relevant time before the search and seizure warrant was executed on the same day. Contrary to his submissions, the applicant had (...) been given an opportunity to present the relevant information voluntarily and thus to avoid the search. However, the Court also notes that the judge of the Bad Urach District Court, before issuing the order, had also asked the municipal authorities of Dettingen to provide a passport photograph of the applicant's son. It appears that the District Court, in its judgment given only six days after the search and seizure had been ordered and executed, merely relied on this photographic evidence, whereas there is no clear indication that the material seized had been taken into account when assessing the evidence.”

Ten tweede stelt het Hof dat de omstandigheden waarin het dwangbevel uitgevaardigd zijn, tweezijdig kunnen geïnterpreteerd worden. Enerzijds heeft de heer Buck de mogelijkheid gehad om de huiszoeking te vermijden door vrijwillig de informatie te geven bij de ondervraging van de politie. Anderzijds heeft de rechter vóór de huiszoeking de pasfoto van de heer V.B. in beslag genomen. In zijn beslissing zes dagen na de huiszoeking, veroordeelt hij de zoon enkel op grond van deze pasfoto. Analoog met het Camenzind arrest, hebben de Staten de mogelijkheid om een huiszoeking uit te vaardigen, ook al hebben ze reeds bewijs in handen waarmee het misdrijf kan worden bewezen. In tegenstelling tot Camenzind, treft de vervolgende instantie hier wel documenten aan die mogelijks dienen als bewijs. Het Hof merkt hierbij op dat Staten wel rekening dienen te houden met de gegevens die zij hebben verzameld. Door dit niet te doen geeft men onrechtstreeks aan dat de huiszoeking niet noodzakelijk was. Immers in zijn beslissing om de zoon te veroordelen houdt de rechter enkel rekening met de pasfoto, en vermeldt het op geen enkele wijze het materiaal dat in beslag werd genomen tijdens de huiszoeking. Aldus is het niet duidelijk of, bij de beoordeling van het bewijsmateriaal, de rechter hier rekening mee heeft gehouden. Onrechtstreeks zou men kunnen stellen dat de rechter hierdoor toegeeft dat de huiszoeking in feite niet noodzakelijk was.

“50. *Considering the content and scope of the search and seizure order*, the Court finds that the decision was drafted in broad terms. Whereas it is satisfied that the scope of the search order could be determined by having regard to the seizure order, which specified the material to look for on the premises, it notes that the latter order did not give any reasons why documents concerning business matters should be found on the applicant's private premises.”

Ten derde stelt het Hof vast dat de draagwijdte van het dwangbevel te ruim is. In Van Rossem is duidelijk geworden dat dit noodzakelijk is om de inwonende op de hoogte te stellen over de strafrechtelijke vervolging. Dit stelt hen in staat om de misbruiken die plaatsvinden naar aanleiding van de huiszoeking te ontdekken, te verhinderen en bloot te leggen. Mijn inziens voldoet dit dwangbevel hieraan, aangezien het de context, het misdrijf, de specifieke goederen als ook de reden opgeeft waarom de huiszoeking wordt uitgevoerd. Desalniettemin vindt het Hof het noodzakelijk dat het ook redenen aangeeft waarom bedrijfsdocumenten in verband met de werknemers van de heer Buck, ook in diens private woning zouden moeten worden gevonden.

“51. Finally, *having regard to possible repercussions on the reputation of the person affected*, the Court observes that the attendant publicity of the search of the applicant's

business and residential premises in a town of some 10,000 inhabitants was likely to have an adverse effect on his personal reputation (...). In this connection, it is to be recalled that the applicant himself was not suspected of any contravention or crime.”

Tot slot argumenteert het Hof dat de reputatie van de heer Buck is geschaad, gelet op de schrale bevolking in de stad. Het EHRM concludeert dat de Staten een appreciatiemarge hebben wanneer ze hun heil zoeken in dwangmaatregelen. Desondanks is een huiszoeking in de private woning van de heer Buck, een ernstige inmenging om bewijs te zoeken voor een kleine overtreding die begaan is met een van zijn bedrijfswagens. Daarenboven is de overtreding door een ander persoon begaan dan de heer Buck zelf. Aldus is de maatregel disproportioneel.

136. ARREST ZUBAL⁴⁰⁰. *FEITEN*. Op vraag van het parket, vaardigt een rechter een huiszoekingsbevel uit om de woning van de heer Ivan Zubal te onderzoeken. Het parket is al sinds 2004 bezig met een onderzoek naar vervalsing van schilderijen. Aangezien de heer Zubal in 2003 zo'n vervalst schilderij heeft gekocht, vindt het parket het meer dan waarschijnlijk dat ze dit schilderij in diens woning zal aantreffen. De politie arriveert om 6 uur 's ochtends. Aangezien de heer Zubal op dat moment zelf op vakantie is in Egypte, doet zijn stiefzoon van 18 jaar de deur open. Deze laat de politie weten dat het schilderij zich niet in de woning bevindt, maar hoogstwaarschijnlijk wel in de onderneming van de heer Zubal zal liggen. Desalniettemin gaan 4 politieagenten, in aanwezigheid van de stiefzoon en een derde persoon als getuige, over tot het visueel onderzoek van de gehele woning. Het schilderij wordt niet aangetroffen. Nadat de heer Zubal terug is van vakantie, klaagt hij bij 3 openbare instanties dat de huiszoeking ongepast is. Hij argumenteert dat hij geen belang had om het schilderij te verstoppen en dat hij zelf baat heeft om te weten of dit schilderij authentiek is of niet. Het parket argumenteert dat de huiszoeking noodzakelijk is, gezien het groot risico dat de verzoeker niet zou meewerken met het onderzoek. Op basis van deze argumentatie klaagt de heer Zubal ook bij het Grondwettelijk Hof. Tijdens die procedure vraagt de politie op 9 augustus 2005 of de heer Zubal het betrokken schilderij in zijn bezit heeft en om dit aan hen te overhandigen, waarna hij dit dan ook doet. Het Grondwettelijk Hof wijst het verzoek af wegens onontvankelijk, waarna de heer Zubal naar het EHRM trekt.

GROND. Het EHRM geeft heel summier aan dat er geen twijfel is over het feit dat er sprake is van een inmenging, die in overeenstemming is met het recht en een legitiem doel nastreeft. Bijgevolg herhaalt het de algemene regels inzake de noodzakelijkheid⁴⁰¹. In lijn hiervan onderzoekt het Hof eerst of de Staten, gelet op hun appreciatiemarge, wel voldoende en relevante redenen aanbrengen om hun inmenging te rechtvaardigen. Hiervoor is een vergelijking met het Camenzind arrest zinvol, aangezien beide arresten gelijkenissen bevatten in de feiten. In dat arrest had de vervolgende instantie aan de deur van de woning gevraagd of de telefoon waarnaar zij op zoek waren, zich in het huis bevond. De heer Camenzind had hierop negatief geantwoord. Desondanks voerden de

⁴⁰⁰ EHRM 9 november 2010, nr. 44065/06, Zubal/Slowakije.

⁴⁰¹ EHRM 28 april 2005, nr. 41604/98, Buck/Duitsland. §§44-45; EHRM 7 juni 2007, nr. 71362/01, Smirnov/Rusland. §§43-44; EHRM 22 mei 2008, nr. 65755/01, Iliya Stefanov/Bulgarije. §38.

vervolgende instanties toch de huiszoeking uit. Achteraf bleek de huiszoeking toch gerechtvaardigd. De vervolgende instantie was reeds in het bezit van duidelijk bewijs waaruit kon afgeleid worden dat de heer Camenzind zich schuldig had gemaakt aan een misdrijf door middel van het gebruik van die telefoon⁴⁰². Deze zaak onderscheidt zich hiervan echter, aangezien de heer Zubal nergens van wordt verdacht.

“41. In the present case the search was carried out in the context of criminal proceedings concerning the suspected forgery of works of art. The applicant was in the position of an injured party as he was the owner of the painting. *There is no indication that the authorities suspected him at any time of involvement in any unlawful action in that context.*” (eigen cursivering)

Dit element in casu is belangrijk. Het zorgt ervoor dat de argumentatie die de overheid gebruikt niet overtuigend. Enerzijds argumenteert de overheid namelijk dat de huiszoeking noodzakelijk is, aangezien ze er van uitgaat dat de heer Zubal niet zal meewerken en het schilderij in zijn bezit zou houden. Anderzijds blijkt uit de feiten - totaal in strijd met voormeld argument - dat zij een maand later de heer Zubal zelf hebben gecontacteerd om te vragen of hij het schilderij in zijn bezit heeft. Hun argumentatie zou wel hout slaan indien zij, in plaats van het schilderij te vragen, een nieuwe huiszoeking hadden uitgevoerd in de bedrijfsruimte van de heer Zubal, zoals de stiefzoon had aangegeven. Aangezien de heer Zubal zelf het slachtoffer is van dit misdrijf, heeft hij er alle baat bij dat dit schilderij wordt onderzocht.

“42. (...) The applicant, who is a collector of works of art, had bought the painting at an auction. The way in which he had acquired it was therefore easily verifiable. He had a genuine interest in having the matter elucidated and, as appropriate, claiming compensation for damage from those liable. The applicant had no apparent reason for refusing to co-operate (...)”

Dit alles zorgt ervoor dat de redenen die de vervolgende instantie heeft gegeven niet voldoende, noch relevant zijn, om de huiszoeking te rechtvaardigen. Het EHRM concludeert dan ook dat de vervolgende instantie chronologisch niet correct heeft gehandeld. Eerst dient het contact op te nemen met de persoon in kwestie en slechts bij diens weigering om mee te werken, kan men overgaan tot dwangmaatregelen.

“45. *The Court considers that the search of the applicant's house, carried out without sufficient grounds, when the applicant was not suspected of any criminal offence (...), was not “necessary in a democratic society”.*” (eigen cursivering)

137. ARREST RATUSHNA⁴⁰³. FEITEN. Mevrouw Motrona Petrivna Ratushna is een Ukrainse die in 4a V, Nova Obodivka woont. Op 6 maart 2002 vraagt een speciaal onderzoeksteam van de Trostyanetse politie een huiszoekingsbevel om de woning van haar zoon, de heer R, te kunnen onderzoeken. Hij wordt er van verdacht in het bezit te zijn van gestolen goederen. Uit de registers van Nova Obodivka blijkt dat R. daar tussen 1998 en januari 2003 officieel is geregistreerd. Uit

⁴⁰² EHRM 16 december 1997, nr. 21353/93, Camenzind/Zwitserland. §46, eerste alinea, in fine.

⁴⁰³ EHRM 2 december 2010, nr. 17318/06, Ratushna/Ukraine.

getuigschriften die R. bij beide gemeentes heeft opgevraagd, blijkt dat hij sinds 1985 in Trostyanets woont en dat hij in Nova Obodivka geen eigendom heeft. Desalniettemin blijkt uit een eerdere getuigenverklaring dat de heer R. in Nova Obodivka woont, waar hij zijn wapens houdt en elektriciteitsfacturen betaald. Uit een andere verklaring van vier inwonenden te Trostyanets zou de heer R. daar slechts van 2001 tot 2002 hebben gewoond, om voor iemand te zorgen die aan kanker leed. De aanvraag tot huiszoeking wordt goedgekeurd. Op 15 maart 2002 begeven zich 6 politieambtenaren naar het huis van mevrouw Ratushna in 4a V, waarbij ze zich ingang verschaffen langs de tuin. Op vertoon van het dwangbevel onderzoeken de politieagenten de woning, in het bijzijn van mevrouw Ratushna, haar zoon R en twee getuigen. Het politierapport achteraf vermeldt dat de huiszoeking is uitgevoerd in 8V en dat er zowel wapens, drugs als kogels zijn aangetroffen. Op 25 maart 2002 wordt beslist om geen strafprocedure op te starten. Nadat mevrouw Ratushina vruchteloos wacht op compensatie, klaagt zij ook reeds bij het EHRM.

GROND. Mevrouw Ratushna klaagt dat artikel 8 EVRM is geschonden. De politie heeft geen enkele grond om de huiszoeking bij haar thuis te rechtvaardigen, aangezien haar zoon R. op dat moment in een totaal andere gemeente woonde, Trostyanets. De overheid op zijn kant is de mening toegedaan dat de woning van de heer R. op hetzelfde adres is als mevrouw Ratushina. Het feit dat er een verschil is met betrekking tot het adres vermeldt op het dwangbevel (14 V), het verslag achteraf (8 V) en deze waar de huiszoeking effectief heeft plaatsgevonden (4a V), is een technische vergissing. Ook hier komt het Hof redelijk snel tot de conclusie dat de huiszoeking een inmenging inhoud, die in overeenstemming is met artikel 177 van de Strafprocedure en een legitiem doel nastreeft.

“(…) It remains to be examined whether the interference was “necessary in a democratic society”.

Het Hof herhaalt zijn vaste rechtspraak⁴⁰⁴. Bijgevolg buigt het Hof zich eerst over de vraag of de redenen die de inneming rechtvaardigen relevant en voldoende zijn. Dit is dan ook het voornaamste argument op basis waarvan mevrouw Ratushina tot de vaststelling komt dat haar recht onder artikel 8 EVRM is geschonden. Het Hof geeft dan ook een uitgebreid antwoord hierop:

76. As it transpires from the facts (...) the Trostyanets Court had some evidence before it suggesting that the applicant's son, Mr R., could have been involved in the investigated theft and that in fact he was living (...) in the applicant's house. (...)

77. The Court notes that the aforementioned evidence was capable of giving rise to the belief that the stolen items could have been kept in the applicant's household. It is to be *emphasised that the facts which raise such suspicion need not be of the same level as those necessary to justify a conviction or even the bringing of a charge, which comes at the next stage* of the process of criminal investigation.

⁴⁰⁴ EHRM 28 april 2005, nr. 41604/98, Buck/Duitsland. §§44-45; EHRM 18 juli 2006, nr. 28867/03, Keegan/Verenigd Koninkrijk. §31; EHRM 7 juni 2007, nr. 71362/01, Smirnov/Rusland. §§43-44; EHRM 22 mei 2008, nr. 65755/01, Iliya Stefanov/Bulgarije. §38; EHRM 14 januari 2010, nr. 3708/03, Mastepan/Rusland. §§40-41; EHRM 9 november 2010, nr. 44065/06, Zubal/Slowakije. §40.

78. The Court next observes that *before granting the search warrant, the Trostyanets Court studied the materials of the search operations' case-file and heard the investigator in person.* (...)

80. As regards the reasoning given in the search warrant, the Court notes that the warrant set out the suspicion having referred to the information received in the course of the search operations' measures. *Provision of further details as to those measures and their results might have been rightly deemed unjustified given the very early stage of the investigation* (...).

81. The Court also observes *that the search warrant was quite specific in its scope, containing an explicit and detailed reference to the theft investigated, with indication of the stolen items and their cost(...). It therefore formed an informed opinion that there indeed were relevant and sufficient grounds for the search applied for.*" (eigen cursivering)

In Van Rossem is duidelijk geworden dat een dwangbevel specifiek dient opgesteld te worden, aangezien dit noodzakelijk is om de inwonende op de hoogte te stellen over de strafrechtelijke vervolging. Dit maakt het mogelijk voor de inwoner en voor de rechter om misbruiken die plaatsvinden te ontdekken, te verhinderen en bloot te leggen. In dit arrest wordt het duidelijk dat een rechter maar een huiszoekingsbevel mag uitvaardigen, wanneer er voldoende redenen zijn om aan te nemen dat de betrokken goederen ook daar effectief kunnen gevonden worden. Men moet bijgevolg een basis aan "bewijs" hebben die in die richting wijst. De rechter had drie redenen om dit vermoeden te hebben. Ondanks de getuigenverklaring die stelt dat de heer R. in Trostyanets woont, is er ook feitelijk bewijs dat de heer R. ook in de woning van mevrouw Ratushina woonde. Belangrijk daarbij te onthouden is dat dergelijk vermoeden, zo vroeg in het onderzoek, niet van die aard dient te zijn als deze die een rechter moet hebben wanneer hij een individu veroordeelt. The "beyond reasonable doubt" is logischerwijze niet van toepassing wanneer men nog bewijs aan het verzamelen is. Daarenboven heeft de rechter de betrokken onderzoeksambtenaar gehoord en vermeld het dossier grondig te hebben onderzocht. Het feit dat het dwangbevel geen verdere vermeldingen maakt van enige andere onderzoeksmaatregelen zou terecht onverstandig zijn, gelet op vroege stadium waarin het onderzoek nog maar zit. Tot slot vermeldt het dwangbevel dat er uitdrukkelijk naar drie soorten goederen zullen worden gezocht, waardoor fishing expeditions worden vermeden. Aldus geeft de rechter in casu voldoende relevante redenen om zijn dwangbevel te rechtvaardigen. Bijgevolg is er geen schending van artikel 8 EVRM. Doch lijkt het mij vreemd dat het Hof geen opmerking maakt over het feit dat er discrepanties zijn tussen de woning vermeldt in het huiszoekingsbevel en degene die effectief onderzocht is.

138. ARREST K.S. & M.S.⁴⁰⁵. FEITEN. In 2006 koopt de Duitse geheime inlichtingsdienst een harde schijf van de heer K, zijnde een voormalige werknemer van de Liechtensteinse Bank, met daarop gegevens van meer dan 800 mensen. De heer K had deze gegevens onwettmatig gekopieerd en aan de belastingdienst doorgezonden die vervolgens een onderzoek opstart met het oog op het

⁴⁰⁵ EHRM 6 oktober 2016, nr. 33696/11, K.S en M.S./Duitsland.

ontdekken van belastingontduiking. In 2008 worden de heer K.S. en zijn vrouw M.S. hiervan verdacht. Op 10 april 2008 vaardigt de “Bochum District Court” een huiszoekingsbevel uit. Ongeveer 6 maand later wordt het appartement van de heer K.S. en mevrouw M.S. onderzocht. Een enveloppe met daarin documenten in verband met de L Bank en 5 computerbestanden worden in beslag genomen. Zowel in eerste als tweede aanleg argumenteren K.S en M.S. vruchteloos dat het dwangbevel onwettig is, aangezien het steunt op informatie die onwettig is gekopieerd en bijgevolg in strijd is met het internationaal recht. Daarnaast is de geheime inlichtingendienst niet bevoegd onder intern recht om belastinggegevens op te sporen. De rechtbanken oordelen beide dat de huiszoeking wettig is. De onderzoeksmaatregel komt immers voort uit informatie die een derde - en niet de geheime inlichtingsdienst zelf - illegaal heeft bemachtigd. Zij speelde slechts een passieve rol. Ook het Duits Grondwettelijk Hof komt tot de vaststelling dat onrechtmatig verkregen bewijs door een derde, de basis kan vormen om een strafprocedure in te stellen. Er was geen enkele regel in het Duits recht die verplicht om bewijs uit te sluiten wanneer het onregelmatig is verkregen. En ook al zou die regel bestaan, dan nog kan die niet voor elke stadium in het strafproces even sterk gelden. Na afwijzing van diens verzoekschrift als ongegrond, gaan de heer K.S. en mevrouw M.S. naar het EHRM.

GROND. Het Hof stelt in zijn proportionaliteitstoets uiteen dat de wet voldoende waarborgen bezit tegen willekeur. De vraag of de praktijk deze ook bezit dient positief beantwoord te worden:

“46. (...) The Court notes lastly that, *under the settled domestic case-law*, even though there is no absolute rule that evidence which has been acquired in violation of procedural rules cannot be used in criminal proceedings, the Federal Constitutional Court held that the use of evidence was prohibited in cases of a serious, deliberate or arbitrary breach of procedural rules which systematically ignored constitutional safeguards.” (eigen cursivering)

Zowel in eerste als tweede aanleg hebben de verzoekers de wettigheid van de huiszoeking kunnen aanvechten. Daarbij houden de rechtbanken rekening met de rechtspraak van het Duits Grondwettelijk Hof, die stelt dat bewijs enkel maar moet worden uitgesloten wanneer ernstige, opzettelijke of willekeurige schendingen van procedureregels worden vastgesteld waarbij stelselmatig geen rekening wordt gehouden met constitutionele waarborgen. Aldus bevatten de wet en de rechtspraak voldoende en effectieve beschermingen tegen misbruik. Bijgevolg onderzoekt het Hof in de proportionaliteitstoets drie zaken (zie Buck, randnummer 135):

“48. As to the proportionality of the search warrant to the legitimate aim pursued in the particular circumstances of the case, the Court (...) *observes in the first place that the offence in respect of which the search warrant was issued was tax evasion, an offence which affects State’ resources and their capacity to act in the collective interest. As such, tax evasion constitutes a serious offence;* (...)” (eigen onderlijning en cursivering)

Ten eerste stelt het Hof vast dat belastingontduiking een ernstig misdrijf is. Belastingen zijn het inkomen van een Staat en het ontduiken van belastingen wordt alsmaar makkelijker, wat hun vermogen om in het algemeen belang te handelen aantast⁴⁰⁶.

“49. With regard to the manner and the circumstances in which the order was issued, the Court observes *that the search was ordered to find further evidence*. Furthermore, the Liechtenstein data were the only evidence available at the relevant time that suggested that the applicants might have evaded paying tax. The search warrant therefore appears to have been the only means of establishing whether the applicants were in fact liable for tax evasion”

Ten tweede is de harde schijft, in tegenstelling tot het Buck arrest, het enige bewijs dat de vervolgende instantie heeft. De huiszoeking was genoodzaakt om verder bewijs te kunnen verzamelen. Dit is ook het belangrijkste pijnpunt volgens de verzoekers:

“49. (...) It is the gist of the applicants’ complaint, in this context, that the search warrant had been based on evidence which had been obtained by a flagrant breach of international and domestic law and which, therefore, should have been excluded as a basis for the warrant.

50. The Court notes in this respect that the Federal Constitutional Court did not find it necessary to decide whether the data carrier had been obtained in breach of international and domestic law, as the Regional Court had based its decision on, what was, for the applicants, the best possible assumption, namely that the evidence might in fact have been acquired unlawfully. Consequently, this Court finds it unnecessary to determine this issue in the present case, but will operate on the same assumption.”

Het EHRM zegt hier uitdrukkelijk dat het onnodig is om te onderzoeken of bewijs dat verkregen is op basis van onrechtmatig verkregen bewijs, steeds uitgesloten moet worden. Net zoals het Duits Grondwettelijk Hof gaat het namelijk uit van de voor de verzoekers meest gunstige hypothese, namelijk dat bewijs onwettmatig is verkregen.

“51. (...) no material submitted by the parties indicates that, at the relevant time, the domestic tax authorities were purposely acting in the light of any established domestic case-law confirming that unlawfully obtained tax data could be used to justify a search warrant. Neither does the fact alone that (...) there is no absolute rule that evidence which has been acquired in violation of the procedural rules cannot be used in criminal proceedings, imply that the authorities purposely obtained the data in breach of international or domestic law.”

Het Hof past de rechtspraak van het Duits Grondwettelijk Hof toe en stelt daarbij vast dat geen enkel bewijs dat door de verzoekers voor het EHRM werd ingediend, wijst op het feit dat de overheid opzettelijk of wikkeleur heeft gehandeld op basis van interne rechtspraak die stelt dat onrechtmatig verkregen bewijs toegelaten is om een huiszoeking te rechtvaardigen. Ook heeft de belastingadministratie die onwettmatigheid niet begaan en waren de verzoekers eigenlijk verplicht

⁴⁰⁶ EHRM 25 februari 1993, nr. 10828/84, Funke/Frankrijk. §56.

de informatie door te geven aan de overheid. Ten derde overloopt het de inhoud en draagwijdte van het huiszoekingsbevel.

54. *Considering the content (...) of the search warrant*, the Court notes that it named the grounds on which it was based, namely that the applicants (...) failed to declare about EUR 50,000 of yearly interest in their tax returns for the years 2002 to 2006. Furthermore, the search warrant stated that the house search was urgently needed in order to find further evidence. *As regards the scope of the warrant*, the Court observes that it allowed the seizure of papers and other documents concerning the applicants' capital, both inside and outside Germany, especially documents concerning information on foundations and any documents that could help to determine the true tax liability of the applicants since 2002. The Court considers therefore that the search warrant was quite specific in its content and scope, (...).

Tot slot stelt het Hof vast dat de huiszoeking geen gevolg had voor de goede naam van de betrokkenen. Aldus concludeert het Hof dat de interne rechtscolleges hun appreciatiemarge niet te buiten zijn gegaan door een huiszoeking uit te vaardigen om verdere informatie te bekomen over de financiële gegevens van de personen K.S. en M.S.

- [Rechtspraak EHRM: Natuurlijk persoon met beroepsgeheim](#)

139. ARREST NIEMIETZ⁴⁰⁷. FEITEN. Zie randnummer 108.

GROND. Het doorzoeken van een professionele omgeving maakt deel uitmaakt van het recht op bescherming van de woning. Daarnaast dient de nationale wetgever een bijzonder belang te hechten aan het feit dat een advocaat een beroepsgeheim heeft, en daardoor bijstand dient te krijgen van een onafhankelijke waarnemer. Bij de proportionaliteit erkent het Hof dat de ernst van het opgespoorde misdrijf (i.e. het legitiem doel) miniem is. Aan de andere kant is het zoeken naar “documenten die de identiteit van Klaus onthullen”, zonder verdere begrenzings, een veel te ruim opgesteld huiszoekingsbevel. Zoals gezegd in randnummer 108, is dit van specifiek belang voor diens beroepsgeheim. Ook uit latere rechtspraak blijkt dat een te ruim geformuleerd dwangbevel zijn weerslag heeft op de wijze waarop de huiszoeking is uitgevoerd⁴⁰⁸. Indien de nationale wetgever heeft nagelaten om een wettelijke regel aan te nemen om het beroepsgeheim tegen een te verregaande huiszoeking te beschermen, houden de vervolgende instanties best zelf rekening met het feit dat er specifieke procedurele waarborgen voor een advocaat vereist zijn. Immers kan een huiszoeking in het kantoor van een advocaat verregaande gevolgen hebben voor de rechten van zijn cliënten gegarandeerd onder artikel 6 EVRM. In andere rechtspraak verwoordt het Hof de noodzaak van het beroepsgeheim⁴⁰⁹. Het beroepsgeheim laat toe dat er een vertrouwensrelatie tussen een advocaat en zijn cliënt tot stand kan komen. Bovendien is de bescherming van het beroepsgeheim het gevolg van het verbod van zelfincriminatie, hetgeen veronderstelt dat de vervolgende instanties trachten hun zaak te bewijzen zonder toevlucht te nemen tot bewijsmateriaal dat is verkregen door

⁴⁰⁷ EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, Niemietz/Duitsland.

⁴⁰⁸ EHRM 7 juni 2007, nr. 71362/01, Smirnov/Rusland.; EHRM 22 mei 2008, nr. 65755/01, Iliya Stefanov/Bulgarije.

⁴⁰⁹ EHRM 24 juli 2008, nr. 18603/03, André en ander/Frankrijk.

middel van dwang of onderdrukking en dus in strijd met de wil van de verdachte. Hoewel de wet een huiszoeking mogelijk kan maken in een advocatenkantoor, dient deze toch te voldoen aan specifieke waarborgen tegen misbruik⁴¹⁰. Aldus dienen de bevoegde instanties ervoor te zorgen dat een onafhankelijke waarnemer, zoals de voorzitter van de Orde van Advocaten, aanwezig kan zijn. In casu laat de onderzoekende instantie na om hiermee rekening te houden. Het tierig onderzoeken van zowel verschillende archiefkasten, mappen en het klantenbestand zorgt er voor dat het beroepsgeheim van de advocaat in gevaar komt. Gelet op het aantal documenten die zijn onderzocht, heeft de (te ruime) inmenging (i.e. de huiszoeking) het beroepsgeheim op zo een wijze aangetast, dat deze disproportioneel is ten aanzien van het te bereiken doel.

140. ARREST ROEMEN & SCHMIT⁴¹¹. FEITEN. In een krantenartikel van de ‘Letzebuenger Journal’, geschreven door de heer Roemen, wordt vermeldt dat een binnenlandse minister is veroordeeld tot een geldboete wegens btw-fraude. Een gerechtelijk onderzoek wordt opgestart waarbij de onderzoeksrechter wil achterhalen welke fiscale ambtenaar deze informatie in strijd met zijn beroepsgeheim aan de heer Roemen heeft doorgestuurd. Als gevolg wordt een huiszoeking bevolen voor het onderzoeken van zowel zijn woning, zijn kantoor als ook het kantoor van zijn advocate, mevrouw Schmit. In de loop van deze huiszoekingen wordt een brief gevonden, geschreven van de belastingdirecteur aan de minister. Zowel de heer Roemen als mevrouw Schmit verklaren dat de brief anoniem is verzonden aan de de “Letzebuenger Journal” en dat deze eerste de brief onmiddellijk aan de tweede heeft gegeven. De huiszoekingen worden dezelfde dag nog uitgevoerd, maar er wordt geen bewijs gevonden. Als gevolg dienen beide klagers op 21 oktober 1998 een verzoekschrift in bij de rechtbank om beide huiszoekingsbevelen te vernietigen. De rechtbank verklaart enkel het middel om het huiszoekingsbevel voor mevrouw Schmit te vernietigen als gegrond. Immers schrijft artikel 35 van de Advocatenwet voor dat het verslag van de huiszoeking, op straffe van nietigheid, de opmerkingen dient te vermelden die de voorzitter van de Orde van Advocaten tijdens de huiszoeking heeft gemaakt. Als gevolg hiervan wordt een nieuw huiszoekingsbevel uitgevaardigd. De formulering ervan is een copy past van de wettekst, zijnde een samenlezen van de artikelen 65 en 66 van het strafprocesrecht, beperkt tot de twee misdrijven van artikel 458 en 505 van het Strafwetboek. Een verzoek om dit huiszoekingsbevel ook te vernietigen wordt tot tweemaal toe afgewezen als ongegrond.

GROND. De verzoekers klagen enkel dat de derde huiszoeking in het kantoor van mevrouw Schmit in strijd is met het recht op beschermen van de woning. Het EHRM begint door te herhalen dat een huiszoeking in de praktijk van een advocaat, een inmenging is in artikel 8 EVRM⁴¹². Deze inmenging is in overeenstemming met de artikelen 65 en 66 van het Strafwetboek in het algemeen

⁴¹⁰ EHRM 24 juli 2008, nr. 18603/03, André en ander/Frankrijk; EHRM 21 januari 2010, nr. 43757/05, Xavier Da Silveira/Frankrijk.

⁴¹¹ EHRM 25 februari 2003, nr. 51772/99, Roemen en Schmit/Luxemburg.

⁴¹² EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, Niemietz/Duitsland. §§30-31; EHRM 16 april 2002, nr. 37971/97, Stes Colas en andere/Frankrijk. §40.

en artikel 35 van de Advocatenwet in het bijzonder. Daarnaast streeft de inmenging een legitiem doel na, zijnde het voorkomen van strafbare feiten. Bij de noodzakelijkheidstoets stelt het Hof dat de Staten een appreciatiemarge hebben bij het al dan niet gebruiken van dwangmaatregelen. Vervolgens herhaalt het Hof dat de onderzoekende instanties hun keuze dienen te rechtvaardigen. Het Hof kijkt na of de ingeroepen redenen van de Staat (om zijn appreciatiemarge te rechtvaardigen) relevant en voldoende zijn⁴¹³. Mijn inziens is dit louter een andere formuleringswijze dan in het Funke arrest waarin “the need for [interference] in a given case must be convincingly established”⁴¹⁴. Vervolgens gaat het Hof over naar de proportionaliteit, en overloopt het de concrete omstandigheden van de zaak. Het komt tot de vaststelling dat er in feiten een grote overeenstemming is met het Niemietz-arrest. Ook hier wordt er een huiszoeking doorgevoerd in de praktijk van een advocaat, met het doel om informatie te verzamelen over een derde. Het verschil zit hem in het feit dat de wet in dit geval wel voorziet in een voor het beroepsgeheim bijzondere procedurele bescherming tegen misbruik. Immers is de aanwezigheid van de voorzitter van de Orde van Advocaten vereist en dienen zijn opmerkingen op straffe van nietigheid in het verslag ex post vermeld te worden. Doch komt het EHRM tot de vaststelling dat de huiszoeking in concreto niet voldoende waarborgen tegen misbruik omvat:

70. On the other hand, the Court is bound to note that the search warrant issued on 11 January 1999 was *drafted in relatively wide terms*. (...) It thus granted them relatively wide powers.

71. Above all, the ultimate purpose of the search was to establish the journalist’s source through his lawyer. Thus, *the search of the second applicant’s offices had a bearing on the first applicant’s rights under Article 10 of the Convention*. Moreover, the search of the second applicant’s offices was disproportionate to the intended aim, *particularly as it was carried out at such an early stage of the proceedings.*”

Net zoals in het Niemietz arrest en het Camenzind arrest, wordt de huiszoeking hier bevolen met het oog om bewijsmateriaal te kunnen verzamelen. In Camenzind was de huiszoeking echter duidelijk begrensd tot het zoeken naar een louter telefoontoestel waarvan de vervolgende instanties rechtmatig mocht uitgaan dat die in het bezit van de heer Camenzind kon te zijn. In Niemietz was het Hof van oordeel dat het dwangbevel veel te breed was omschreven⁴¹⁵. Echter verschilt ook dat arrest in de feiten. Ten eerste was het advocatenkantoor de enige link die de overheid had met de heer Wegner. Daarbij weigerde iedereen om informatie over hem te geven⁴¹⁶. Ten tweede was de betrokken huiszoeking slechts uitgevaardigd nadat bepaalde personen waren ondervraagd met het

⁴¹³ EHRM 16 december 1997, nr. 21353/93, Camenzind/Zwitserland. §45; EHRM 16 april 2002, nr. 37971/97, Stes Colas en andere/Frankrijk. §47.

⁴¹⁴ Dit wordt ook aangetoond in het Buck-arrest, aangezien het Hof in §45 de Camenzind formulering gebruikt en daarvoor naar het Funke arrest verwijst.

⁴¹⁵ Arrest Niemietz §37: “On the other hand, the warrant was drawn in broad terms, in that it ordered a search for and seizure of “documents”, without any limitation (...)”.

⁴¹⁶ Arrest Niemietz §9: “The applicant’s colleague refused to give any information about Klaus Wegner or his whereabouts and other attempts to identify him failed.”.

oog op de mogelijkheid om informatie te bekomen op een minder ingrijpende wijze⁴¹⁷. In dat opzicht is de huiszoeking in het advocatenkantoor hier in een te vroeg stadium uitgevaardigd.

Als conclusie kan hieruit twee zaken afgeleid worden. Als eerste is het feit dat de wet bijzondere procedurele waarborgen bezit die artikel 6 EVRM beschermen, een noodzakelijk element, maar geen voldoende element. Immers, desondanks de aanwezigheid van dergelijke procedurele waarborgen, moet de huiszoeking gericht geformuleerd zijn. Het louter vermelden dat “documenten, objecten en andere zaken” onderzocht moeten worden is veel te algemeen. De facto mag het uitvaardigen van een huiszoekingsbevel niet een kopie zijn van de in de wet algemeen geformuleerde regel. Deze wettekst dient toegepast te worden op de concrete elementen van het strafonderzoek. Net zoals in Camenzind, dient specifiek het object of document vermeld te worden waarnaar gezocht zal worden. Is dat niet mogelijk dan dient, conform het Van Rossem arrest, minstens de strafvordering van het parket overgenomen te worden. Ten tweede is het tijdstip waarop de huiszoeking van de advocaat is bevolen, te prematuur.

141. ARREST SMIRNOV⁴¹⁸. FEITEN. Deze zaak betreft een huiszoeking die wordt uitgevoerd in het kantoor van de heer Mikhail Vladimirovich Smirnov. Op 20 januari 1999 opent het Russisch parket een strafdossier tegen 17 individuen die verdacht waren van het opzetten van een georganiseerde criminele organisatie. Ongeveer een jaar later wordt het verzoek van de heer D, een onderzoeker bij het parket in de Afdeling Ernstige Criminaliteit, om een huiszoekingsbevel bij de heer Smirnov te krijgen, ingewilligd door zijn overste. Op 9 maart 2000 wordt de omstreden huiszoeking uitgevoerd door onderzoeker D, geassisteerd door politieambtenaren van de eenheid georganiseerde misdaad, in aanwezigheid van de heer Smirnov en twee getuigen. In totaal worden meer dan 20 documenten in beslag genomen, waaronder de harde schijf van de computer, zijn persoonlijk notitieboekje en zijn klantenbestand. Na verschillende onsuccesvolle gerechtelijke procedures achteraf, klaagt Smirnov voor het EHRM dat zijn recht op bescherming van zijn woning geschonden is.

GROND. De algemene noodzakelijkheidstoets die het Hof maakt, wordt ook hier, net zoals in het Buck arrest, mooi chronologisch verwoord⁴¹⁹. Dit vast stramien wordt bijgevolg meer en meer vaste rechtspraak. Toegepast op de concrete zaak volgt het Hof

“47. [As regards to the content and scope of the search and seizure order,] the search order was drafted in extremely broad terms, referring indiscriminately to “any objects and documents that were of interest for the investigation of criminal case no. 7806”, without any limitation. The order did not contain any information about the ongoing investigation, the purpose of the search or the reasons why it was believed that the search at the applicant's flat would enable evidence of any offence to be obtained. Only after the police had penetrated into the applicant's flat was he invited to hand over “documents

⁴¹⁷ Arrest Niemietz §11: “The search of the law office, the need for which the investigating authorities had first tried to obviate by questioning a witness, was effected by representatives of the Freiburg public prosecutor’s office and the police (...)”.

⁴¹⁸ EHRM 7 juni 2007, nr. 71362/01, Smirnov/Rusland.

⁴¹⁹ EHRM 28 april 2005, nr. 41604/98, Buck/Duitsland. §§44-45

relating to the public company T. and the federal industrial group R.”. However, neither the order nor the oral statements by the police indicated why documents concerning business matters of two private companies (...) should have been found on the applicant's premises. *The ex post factum judicial review did nothing to fill the lacunae in the deficient justification of the search order. (...). The Court finds that the domestic authorities failed in their duty to give “relevant and sufficient” reasons for issuing the search warrant.*” (eigen cursivering en toevoeging)

Mijn inziens is deze paragraaf samen te lezen met het arrest Van Rossem. In deze laatste zaak merkte het Hof op dat een dwangbevel zo dient opgemaakt te worden dat het minstens melding maakt van de kwalificaties zoals ze zijn opgenomen in de vordering van het openbaar ministerie. Een gedetailleerd omschreven huiszoekingsbevel zorgt er immers voor dat ook de door de huiszoeking geviseerde persoon en derden over voldoende informatie beschikken in verband met de strafrechtelijke vervolging⁴²⁰. Dit stelt hen in staat om de misbruiken die plaatsvinden naar aanleiding van de huiszoeking te ontdekken, te verhinderen en bloot te leggen. In deze zaak wordt dit slechts mondeling meegedeeld op het moment dat de politie de huiszoeking uitvoert. Het Hof maakt het duidelijk dat dit ook voor een tweede reden belangrijk is. Op basis van deze gedetailleerde omschrijving is het voor de interne rechtscolleges en het EHRM mogelijk om de redenen te kunnen controleren die de inmenging voldoende moeten rechtvaardigen. In casu heeft het parket in zijn plicht niet voldaan. Vervolgens gaat het Hof verder:

“48. As regards the manner in which the search was conducted, the Court further observes that the excessively broad terms of the search order gave the police unrestricted discretion in determining which documents were “of interest” for the criminal investigation; this resulted in an extensive search and seizure. The seized materials were not limited to those relating to business matters of two private companies. In addition, the police took away the applicant's personal notebook, the central unit of his computer and other materials, including his client's authority form issued in unrelated civil proceedings and a draft memorandum in another case. As noted above, there was no safeguard in place against interference with professional secrecy, such as, for example, a prohibition on removing documents covered by lawyer-client privilege or supervision of the search by an independent observer capable of identifying, independently of the investigation team, which documents were covered by legal professional privilege. Having regard to the materials that were inspected and seized, the Court finds that the search impinged on professional secrecy to an extent that was disproportionate (...).” (eigen cursivering)

Wat de wijze betreft waarop de huiszoeking is uitgevoerd dient opgemerkt te worden dat het door het parket meegenomen materiaal, niet beperkt is tot informatie over vennootschappen T en R. Aldus resulteerde de brede omschrijving van het dwangbevel in een uitgebreide macht voor het parket om zelf te beslissen welke documenten relevant zijn en welke niet. Daarenboven ontbreekt er nog een onafhankelijke waarnemer die in staat is om te bekijken welke documenten onder het

⁴²⁰ Het Hof heeft reeds meerdere malen geoordeeld dat een huiszoekingsbevel te breed geformuleerd is: EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, Niemietz/Duitsland. §37; EHRM 25 februari 2003, nr. 51772/99, Roemen en Schmit/Luxemburg. §70; EHRM 15 juli 2003, nr. 33400/96, Ernst en andere/België. §116; EHRM 9 december 2004, nr. 41872/98, Van Rossem/België. §44; EHRM 28 april 2005, nr. 41604/98, Buck/Duitsland. §50.

beroepsgeheim vallen van de advocaat⁴²¹. Het EHRM concludeert dan ook dat de inmenging niet gerechtvaardigd is en er onvoldoende procedurele waarborgen tegen misbruik van het beroepsgeheim zijn, zodat de inmenging niet noodzakelijk is. Voor een duidelijk omschreven dwangbevel dienen best volgende gegevens gedetailleerd omschreven te worden: (i) informatie over het lopend onderzoek, (ii) de exacte plaats waar de huiszoeking zal uitgevoerd worden, (iii) het doel van de huiszoeking, (iv) de in beslag te nemen documenten, (v) de (relevante en voldoende) redenen waarom de huiszoeking wordt uitgevaardigd in die ruimte.

- **Rechtspraak EHRM: Rechtspersonen**

142. ARREST SAINT PAUL LUXEMBOURG⁴²². FEITEN. Het arrest gaat over een Luxemburgse krantenredactie die een artikel publiceert in opdracht van een Portugese nieuwsblad ‘Contacto Smanario’. Het artikel gaat over de maatschappelijke dienst in Luxemburg (‘SCAS’) die naar verluid zou aanzetten tot de intrekking van voogdij. Het artikel is onderaan gesigneerd door ‘Domingos Martins’. De lijst van officiële journalisten afgeleverd door de Luxemburgse persraad, bevat geen zo’n naam. Onder de letter D staat er wel een zekere De Araujo Martins Domingos Albetro. Als gevolg van dit artikel wordt een strafrechtelijk onderzoek tegen onbekenden gestart. Op 30 maart 2009 vaardigt het parket een huiszoekingsbevel uit voor de betrokken krantenredactie.

“in order to search and seize any documents and items, in whatever form and on whatever medium, connected with the offences charged, including any element conducive to identifying the perpetrator of the offence or the Contacto newspaper employee who wrote the article (...)”.

In het bijzijn van zijn advocaat en de hoofdredacteur, overhandigd de journalist aan de politie verschillende documenten, waaronder zijn laptop, een kopie van het artikel op papier en op CD en nog andere computerbestanden. Uit zowel een intern rapport opgemaakt door St-Paul Luxembourg enerzijds en het politierapport anderzijds, is de krantenredactie van mening dat hun medewerking hen is opgelegd. Daartegenover is de politie de mening toegedaan dat alle documenten uit vrije wil zijn overhandigd. Drie dagen later dient de krantenredactie een verzoekschrift in bij de rechtbank om de huiszoeking te vernietigen. Zowel in eerste als in tweede aanleg ving het bot.

GROND. Het Hof herhaalt dat artikel 8 EVRM, in bepaalde omstandigheden van toepassing is op rechtspersonen. Bijgevolg dient onder het begrip woning ook de maatschappelijk zetel, filialen en andere bedrijfsruimten gelezen te worden. Deze inmenging dient bijgevolg gerechtvaardigd te worden onder artikel 8, paragraaf 2 EVRM. De huiszoeking om de identiteit van de tot dan toe onbekende verdachte vast te stellen, was in overeenstemming met de relevante wetgeving en diende een legitiem doel. Doch vereist de noodzakelijkheidstoets dat de vervolgende instantie relevant en

⁴²¹ Dit dient onderscheiden te worden van de situatie waarin een huiszoeking wordt uitgevoerd bij personen die geen beroepsgeheim hebben. In dat geval volstaat de aanwezigheid van twee getuigen. Zie EHRM 14 januari 2010, nr. 3708/03, Mastepan/Rusland.

⁴²² EHRM 18 april 2013, nr. 26419/10, Saint-Paul Luxembourg S.A./Luxemburg.

voldoende redenen geeft waarom de huiszoeking in casu gerechtvaardigd is. Bij het overlopen van de concrete feiten merkt het Hof op dat het artikel getekend is door de heer Domingos Martins. Hoewel volgens de lijst met officiële herkende journalisten in Luxemburg dergelijk naam niet bestaat, omvat het wel de naam De Aroujo Martins Domingos Alberto. Twee onderdelen hiervan behelst de volledige naam Domingos Martins. A fortiori, geen andere naam bevat deze twee onderdelen. Daarenboven werkt De Aroujo Martins Domingos Alberto volgens de lijst voor het nieuwsblad Contacto. De gelijkenis in de naam en de band die deze heeft met voormeld nieuwsblad, vormen een duidelijk verband tussen de omstreden journalist en de persoon die op de lijst staat. De facto doet het EHRM het huiswerk van de Luxemburgse politie. De redenen om de huiszoeking te rechtvaardigen zijn dan ook niet voldoende overtuigend uiteengezet. Net zoals bij vorige rechtspraak, komt het Hof tot de vaststelling dat een huiszoeking in dat stadium van het onderzoek niet noodzakelijk is⁴²³. Het verwoordt dit als volgt:

“44. (...) Drawing on these elements, the investigating judge could have begun by ordering a less intrusive measure than a search in order to confirm the identity of the author of the article, if he had continued to deem such action necessary. Consequently, the search and seizure were unnecessary at that stage.”

Mijn inziens is het uit dergelijke zinsformulering dat de rechtsleer tot de vaststelling komt dat een subsidiariteitsvereiste onderdeel is van de noodzakelijkheidstoets. Uit de analyse die tot hertoe is gemaakt dient dit echter genuanceerd te worden. De Staten bezitten bij de noodzakelijkheidstoets een bepaalde appreciatiemarge voor o.a. het verkrijgen van bewijsmiddelen. In de concrete omstandigheden bepalen zij vrij welke dwangmaatregelen zij nemen om bewijs te verkrijgen. Deze beslissing dienen zij echter voldoende te rechtvaardigen. Wanneer het Hof tot de vaststelling komt dat andere, minder ingrijpende maatregelen dan dwangmaatregelen nog mogelijk zijn, dan zal de Staat hierin hoogstwaarschijnlijk falen. Om die reden schrijft de Belgische wetgever in bepalingen met betrekking tot verregaande dwangmaatregelen een subsidiariteit in.

143. ARREST VINCI CONSTRUCTION AND GTM GÉNIE⁴²⁴. FEITEN. « La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes » (‘DGCCRF’) verdenkt een aantal bedrijven, waaronder Vinci Construction (‘VC’) en GTM Génie Civil et Services (‘GGCS’), van het vormen van een kartel bij de gunning van een overheidsopdracht voor de renovatie van een openbaar ziekenhuis. DGCCRF vraagt aan een rechter in Parijs een huiszoekingsbevel, om bepaalde documenten in beslag te kunnen nemen⁴²⁵. Met een gedocumenteerd rechterlijk dwangbevel van 15 bladzijden lang, keurt de rechter het verzoekschrift goed. Een tweede rechter te Nanterre is verantwoordelijk voor de controle van de huiszoeking. Bij

⁴²³ EHRM 25 februari 2003, nr. 51772/99, Roemen en Schmit/Luxemburg. §71 ; EHRM 9 november 2010, nr. 44065/06, Zubal/Slowakije. §43.

⁴²⁴ EHRM 2 april 2015, nr. 63629/10 en 60567/10, Vinci Construction en GTM Génie Civil et Services/Frankrijk.

⁴²⁵ Pro memorie: De wetgeving die een voorafgaand rechterlijk bevel goedkeurt was in het arrest Scolas Est en andere nog niet van toepassing. Omwille van die reden was de oude wetgeving van 1945 niet voldoende om misbruiken te voorkomen..

beschikking van 11 oktober 2007 beveelt hij een aantal gerechtelijke politieambtenaren om DGCCRF bij haar huiszoeking te assisteren. Tijdens de huiszoekingen worden verschillende documenten meegenomen, waaronder computerbestanden en alle mails van de werknemers. Beide vennootschappen dienen een verzoekschrift in voor een rechter te Parijs, die tot de nietigheid van de huiszoeking strekt. Ze voeren aan dat duizenden computerdocumenten, met inbegrip van e-mailverkeer in beslag zijn genomen. Veel van de in beslag genomen documenten hebben dan ook geen enkel verband met het onderzoek of vallen onder de vertrouwelijkheid van de relatie tussen een advocaat en zijn cliënt. Daarenboven is de inventaris onvoldoende nauwkeurige opgesteld. De huiszoeking kan dan ook als “massaal en te laks” bestempeld worden. Tot slot hebben ze niet de mogelijkheid gehad om zich tegen bepaalde inbeslagnames te kunnen verzetten, doordat ze niet de inhoud van de documenten hebben kunnen lezen voordat ze in beslag werden genomen. Op respectievelijk 2 en 9 september 2008 wijst de rechter hun verzoekschrift af. Ook in tweede aanleg en voor Cassatie kan deze argumentatie niet sterk gemaakt worden. De betrokken huiszoekingen waren in overeenstemming met het intern recht.

GROND. De ondernemingen herhalen hun argumentatie voor het EHRM. Het Hof start met zijn vaste rechtspraak. Onderzoeken in beroepslokalen van een onderneming vormen in bepaalde omstandigheden een inbreuk op de rechten vervat in artikel 8 EVRM. Deze inmenging dient gerechtvaardigd te worden op basis van paragraaf 2 EVRM⁴²⁶. Vervolgens herhaalt het de algemene principes inzake de noodzakelijkheidstoets, alvorens over te gaan tot de concrete omstandigheden van de zaak. Het Hof herhaalt dat de Staten een appreciatiemarge hebben in het beslissen of zij beroep doen op dwangmiddelen en dat zij daarbij relevante en toereikende redenen moeten geven, om die beslissing te rechtvaardigen. Het Hof heeft in vergelijkbare zaken⁴²⁷ reeds onderzocht of de praktijk en de wet waarborgen bevatten tegen misbruik en willekeur. In deze zaak komt het Hof tot de vaststelling dat zij aanwezig zijn.

« 67. La Cour note également que figure parmi ces garanties l’existence d’un « contrôle efficace » des mesures attentatoires à l’article 8 de la Convention. »

Het Hof eindigt met de regel die ze in *André & ander* heeft vastgesteld, namelijk dat de noodzaak tot bescherming van het beroepsgeheim, het gevolg is van het verbod van zelfincriminatie⁴²⁸:

« 68. La Cour rappelle enfin que la protection du secret professionnel attaché aux correspondances échangées entre un avocat et son client est, notamment, le corollaire du droit qu’a ce dernier de ne pas contribuer à sa propre incrimination. »

Na deze algemene regels herhaalt te hebben, past het ze toe in de betrokken zaak. Het Hof verwijst naar zijn bevinding van *Société Canal Plus*, een arrest in verband met artikel 6 EVRM, waarin het

⁴²⁶ EHRM 16 april 2002, nr. 37971/97, *Stes Colas en andere*/Frankrijk. §§40-41 ; EHRM 9 december 2004, nr. 41872/98, *Van Rossem*/België. §36 ; EHRM 28 april 2005, nr. 41604/98, *Buck*/Duitsland. §41 ; EHRM 18 april 2013, nr. 26419/10, *Saint-Paul Luxembourg S.A./Luxemburg*. §§37-39.

⁴²⁷ EHRM 25 februari 1993, nr. 10828/84, *Funke*/Frankrijk; EHRM 16 april 2002, nr. 37971/97, *Stes Colas en andere*/Frankrijk.

⁴²⁸ EHRM 24 juli 2008, nr. 18603/03, *André en ander*/Frankrijk. §41.

vaststelt dat de binnenlandse procedure in voldoende garanties tegen misbruik voorziet. De vraag die in casu voorligt is:

« 75. Il reste que la question (...) de savoir *si ces garanties ont été appliquées de manière concrète et effective, et non pas théorique et illusoire*, notamment au regard du grand nombre de documents informatiques et messages électroniques saisis, ainsi que de l'exigence renforcée du respect de la confidentialité qui s'attache aux correspondances échangées entre un avocat et son client. » (eigen cursivering)

Eenzijds is het Hof van mening dat de onderzoekers voldoende hun zoekopdracht hebben omschreven en enkel beslag hebben gelegd op het voorwerp van hun onderzoek. Bovendien is het Hof het niet eens met het argument van de ondernemingen waarin zij stellen dat zij niet in staat zijn geweest, de aan het einde van de huiszoeking in beslag genomen documenten te identificeren. Het merkt daarbij op dat er a posteriori een voldoende nauwkeurige inventaris is opgesteld die de naam van de bestanden, hun extensie, hun herkomst en hun digitale vingerafdruk vermelden. Een kopie hiervan werd hen verstrekt, evenals een kopie van de in beslag genomen documenten. Dienovereenkomstig is het Hof van oordeel dat de inbeslagnames niet kunnen worden omschreven als "massaal en te laks".

« 77. *En revanche*, la Cour constate que les saisies ont porté sur de nombreux documents informatiques, incluant l'intégralité des messageries électroniques professionnelles de certains employés des sociétés requérantes. Or, *il n'est pas contesté que ces documents et messageries comportaient un certain nombre de fichiers et informations relevant de la confidentialité attachée aux relations entre un avocat et son client.* (...).

78. La Cour relève ensuite que, *pendant le déroulement des opérations en cause, les requérantes n'ont pu ni prendre connaissance du contenu des documents saisis, ni discuter de l'opportunité de leur saisie.* Or, de l'avis de la Cour, *à défaut de pouvoir prévenir la saisie de documents étrangers à l'objet de l'enquête et a fortiori de ceux relevant de la confidentialité qui s'attache aux relations entre un avocat et son client*, les requérantes *devaient pouvoir faire apprécier a posteriori et de manière concrète et effective leur régularité.* » (eigen cursivering)

Daartegenover is niet betwist dat documenten in beslag zijn genomen die mogelijks onder het beroepsgeheim vallen van een advocaat en zijn cliënt. Tijdens de huiszoeking hebben de ondernemingen niet de kans gehad om kennis te nemen van de inhoud van de inbeslaggenomen bestanden, met het doel om de opportuniteit ervan te kunnen betwisten. Bij gebrek aan mogelijkheid om te verhinderen dat documenten worden meegenomen die het beroepsgeheim aanbelangen, moeten de ondernemingen de mogelijkheid hebben om achteraf hun wettigheid vast te stellen op een concrete en doeltreffende wijze. De achteraf (nauwkeurig) opgestelde inventaris kan hierin niet voorzien. Aldus is het Hof van oordeel dat het aan de rechter is om na een specifieke evenredigheidscontrole over hun lot te beslissen en, in voorkomend geval, hun restitutie te gelasten. In casu heeft de rechter louter de wettelijk regels geformuleerd, zonder de effectief toe te passen.

« (...) Or, la Cour constate *qu'en l'espèce*, si les requérantes ont exercé le recours que la loi leur ménageait devant le [juge], *ce dernier, tout en envisageant la présence d'une correspondance émanant d'un avocat parmi les documents retenus* par les enquêteurs,

s'est contenté d'apprécier la régularité du cadre formel des saisies litigieuses, sans procéder à l'examen concret qui s'imposait. » (eigen cursivering)

Bijgevolg dient de praktijk specifieke waarborgen te hebben tegen misbruik. Wanneer de persoon die onderzocht wordt geen advocaat is, maar er wel documenten aanwezig zijn die onder het beroepsgeheim kunnen vallen, dan moet de rechter achteraf effectief die documenten nagaan om te bepalen of het beroepsgeheim geschonden is of niet. Een alternatief zou kunnen zijn om, in die gevallen waarin men zeker weet dat dergelijke documenten in een vennootschap aanwezig zijn, een neutrale derde die kennis heeft van het beroepsgeheim aanwezig te laten zijn.

IV. DATABESLAG D.M.V. INFORMATICASYSTEMEN

- Rechtspraak EHRM

144. ARREST Z⁴²⁹. FEITEN. Zie randnummer 112.

GROND. Zoals reeds in hoofdstuk 3 is vastgesteld, is het beschermen van medische gegevens van onmisbaar belang voor de bescherming van het privéleven. Daarom zal het geheimhouden van medische informatie zwaarder doorwegen in de balans die gezocht moeten worden tussen een inmenging hierop enerzijds en het rechtvaardig nagestreefd doel anderzijds. Bij de vraag of het in beslag nemen van dergelijke informatie en deze vervolgens te gebruiken in een strafprocedure noodzakelijk is in een democratische staat, stelt het Hof volgend principe voorop:

“94. In determining whether the impugned measures were "necessary in a democratic society", the Court will consider *whether, in the light of the case as a whole, the reasons adduced to justify them were relevant and sufficient and whether the measures were proportionate to the legitimate aims pursued.*” (eigen cursivering)

Deze alinea leest men best samen met §98 (zie verder). Het EHRM stelt namelijk als principe voorop dat de vervolgende instanties een appreciatiemarge hebben bij het verzamelen van bewijsmateriaal. Het is niet de bevoegdheid van het Hof om zijn opvattingen over de relevantie van bewijsmaterieel in de plaats te stellen van die van de lidstaten. De loutere rol die het Hof zich hierbij toebedeelt, is nagaan of enerzijds de redenen die de Staten (lees vervolgende instanties) gebruiken om hun beslissing te rechtvaardigen, relevant en voldoende zijn en anderzijds of de genomen maatregel proportioneel is ten aanzien van het voorkomen van strafbare feiten. Deze zienswijze komt in andere rechtspraak terug⁴³⁰. Ondanks het feit dat het Hof vooropstelt dat het belang om medische gegevens te beschermen zwaarder zal doorwegen in de zoektocht naar een proportionele balans tussen een inmenging hierop enerzijds en het legitiem doel anderzijds, zal dit niet in alle gevallen gelden. Het

⁴²⁹ EHRM 25 februari 1997, nr. 22009/93, Z./Finland.

⁴³⁰ EHRM 28 april 2005, nr. 41604/98, Buck/Duitsland. §§44-45; EHRM 18 juli 2006, nr. 28867/03, Keegan/Verenigd Koninkrijk. §31; EHRM 7 juni 2007, nr. 71362/01, Smirnov/Rusland. §§43-44; EHRM 22 mei 2008, nr. 65755/01, Iliya Stefanov/Bulgarije. §38; EHRM 14 januari 2010, nr. 3708/03, Mastepan/Rusland. §§40-41; EHRM 9 november 2010, nr. 44065/06, Zubal/Slowakije. §40.

EHRM stelt dat het belang van de patiënt gecompenseerd kan worden door het belang dat de Staat heeft bij het onderzoeken en vervolgen van strafbare feiten.

“97. At the same time, *the Court accepts that the interests of a patient and the community as a whole in protecting the confidentiality of medical data may be outweighed by the interest in investigation and prosecution of crime* and in the publicity of court proceedings, where such interests are shown to be of even greater importance.

98. It must be borne in mind *in the context of the investigative measures in issue that it is not for the Court to substitute its views for those of the national authorities as to the relevance of evidence used in the judicial proceedings.*” (eigen cursivering)

Vooraleer het EHRM begint aan de concrete omstandigheden van de zaak, wil het Hof antwoorden op een argument van de Commissie en de verzoeker. Deze stellen immers dat de beslissing van de vervolgende instantie niet gepaard gaat met voldoende waarborgen tegen misbruik, aangezien de verzoeker geen mogelijkheid had om vooraf gehoord te worden en de genomen maatregel te betwisten (een argument die zij reeds aanhaalde bij de ‘overeenstemming met het recht’):

82. In the first place, the Commission observed that the applicant had been given no prior warning (...) of the fact that her medical records were to be seized and that copies thereof were to be included in the investigation file. As she had not been properly informed (...) in advance, she had not been able to object to them effectively. (...)

83. (...) On this point, the applicant also contended that she had not been afforded a remedy to challenge the seizure of the records or their inclusion in the file. “

Het Hof antwoordt hierop dat het feit dat Z. de betrokken maatregel niet goedkeurt, onrechtstreeks uit de feiten af te leiden is. In haar brief aan haar arts drong ze namelijk aan om niet te getuigen. Daaruit valt impliciet af te leiden dat zij om dezelfde redenen ook bezwaar zou maken tegen het meegeven van haar medische gegevens, hetgeen enkele dagen later is gebeurd. In deze omstandigheden is het Hof ervan overtuigd dat de appreciatiemarge van de Staat die tot de betrokken maatregelen heeft geleid, voldoende rekening heeft gehouden met haar standpunt in de zin van artikel 8 EVRM. Vervolgens gaat het Hof de concrete omstandigheden na waarin de beslagname heeft plaatsgevonden.

106. The seizure of the applicant’s medical records and their inclusion in the investigation file *were complementary to the orders compelling the medical advisers to give evidence*. Like the latter measures, the former were taken *in the context of the applicant refusing to give evidence* against her husband (...).

107. Furthermore, they were subject to similar limitations and safeguards against abuse. (...) Furthermore, prior to the seizure of the documents, the City Court had already decided that at least two of the doctors should be heard, whilst it required all the other doctors to give evidence shortly afterwards. (...) The day following the seizure, the City Court, which had power to exclude evidence, decided to include all the material in question in its case file. (...)

109. As to the applicant’s submission that parts of the material had been irrelevant and that none of it had been decisive in the trial against X, the Court reiterates that the expediency of the adducing and admission of evidence by national authorities in domestic

proceedings is primarily a matter to be assessed by them and that it is normally not within its province to substitute its views for theirs in this respect. *Bearing in mind the arguments advanced by the Government as to the variety of data which could have been relevant for the determination of when X was first aware of or had reason to suspect his HIV infection, the Court sees no reason to doubt the assessment by the national authorities on this point.*”

Door dit alles komt het Hof tot het besluit dat de redenen om de inbeslagname te rechtvaardigen, voldoende en relevant zijn. Dit leidt het Hof eerst af uit het feit dat het in beslag nemen van de medische gegevens een aanvulling is bij de verplichting voor de betrokken dokters om bewijzen te overhandigen, aangezien Z en X weigerden om mee te werken. Ook het feit dat de rechtbank heeft beslist om al de gegevens in het strafdossier op te nemen wijst erop dat de beslissing van het parket correct was. Vervolgens zegt het Hof dat het niet zijn taak is om zijn afweging over de opportuniteit van bewijsmateriaal in de plaats te stellen van die van de overheid. Doch geeft het EHRM onrechtstreeks toe dat het de argumentatie van de overheid kan volgen. Deze laatste is de mening toegedaan dat alle medische gegevens relevant zijn voor de vraag wanneer X kennis zou hebben gekregen van zijn HIV infectie of ten minste redenen had om zijn HIV infectie te kunnen vermoeden. Aangezien een HIV infectie een verscheidenheid aan symptomen heeft, is het moeilijk om te beoordelen of bepaalde informatie HIV gerelateerd is of niet. Bijgevolg is het essentieel dat het materiaal in zijn geheel in beslag wordt genomen. Indien slechts bepaalde documenten zouden mogen worden in beslag genomen, zou dit aanleiding hebben kunnen geven tot twijfel over de betrouwbaarheid van de vaststelling. Tot slot biedt de wetgeving voldoende garanties tegen misbruik, waardoor het Hof ervan uitgaat dat de vervolgende instanties rechtmatig handelen (zie Klass §59).

145. ARREST WIESER AND BICOS BETEILGUNGEN GMBH⁴³¹. FEITEN. Zie randnummer 113.

GROND. Nadat het EHRM vaststelt dat de interne wetgeving voldoende waarborgen tegen misbruik omvat, gaat het EHRM na of deze in concreto ook zijn nageleefd.

“62. The Court observes that the safeguards described above were fully complied with as regards the seizure of documents: (...)”

63. What is striking in the present case is that the same safeguards were not observed as regards the electronic data.”

Aldus komt het EHRM tot de vaststelling dat deze wettelijke waarborgen niet zijn nageleefd door de IT experts. Als eerste merkt het Hof op dat beide zoekingen gelijktijdig plaatsvonden. Hierdoor kon de voorzitter van de Orde van Advocaten slechts bij één van de twee overzicht uitoefenen. Als tweede merkt het Hof op dat de IT experts geen eindrapport hebben afgeleverd. Integendeel, zij hebben na hun zoektocht direct de woning verlaten. De heer Wieser was bijgevolg niet op de hoogte welke onderzoekscriteria er zijn gehanteerd en welke documenten er werden gekopieerd. Dit alles

⁴³¹ EHRM 16 oktober 2007, nr. 74336/01, Wieser en Bicos Beteiligungen Gmbh/Oostenrijk.

zorgt ervoor dat de informaticazoeking door de IT experts het beroepsgeheim kunnen doorkruisen. Dit leidt tot een schending van artikel 8 EVRM.

146. ARREST ILIYA STEFANOV⁴³². FEITEN. Zie randnummer **Fout! Verwijzingsbron niet gevonden.**

GROND. Paragraaf 42 verwoord een belangrijk punt waarmee de Belgische wetgever best rekening houdt.

“42. The Court further observes that the warrant’s excessive breadth was reflected in the way in which it was executed. (...) It is true that later the expert used keywords to sift through the data they contained, which somewhat limited the intrusion. However, this happened several days after the search, after the computer and the floppy disks had been indiscriminately removed from the applicant’s office, whereas no safeguards existed to ensure that during the intervening period the entire contents of the hard drive and the floppy disks were not inspected or copied.”

De gehele computer wordt door de politieambtenaren in beslag genomen. Aangezien die in zijn kantoor staat, mag er van uitgegaan worden dat deze voor professionele doeleinden wordt gebruikt. Na de huiszoeking is het een echter week wachten vooraleer de expert de computer doorzoekt. Wegens gebrek aan beschermingsmaatregelen kan in die tijd probleemloos iedereen de computer doorzoeken en gegevens kopiëren. Aldus wordt volgens het Hof het beroepsgeheim op disproportionele wijze beperkt. Bijgevolg houdt de wetgever hier best rekening mee, wanneer het wetteksten aanneemt in verband met het doorzoeken van computers waarop gegevens kunnen staan die onder het beroepsgeheim vallen.

147. ARREST PREZH DAROVI⁴³³. FEITEN. De heer en mevrouw Prezhdarovi zijn een getrouwd koppel die in 2002 een computerclub starten waarbij klanten tegen betaling bepaalde games kunnen spelen. Na het ontvangen van een klacht, start het parket een onderzoek naar het koppel voor het reproduceren en verspreiden van computerspellen zonder wettelijke toestemming van de eigenaar van het auteursrecht. Op bevel van het parket onderzoekt de politie de computerclub op 21 februari 2005. De huiszoeking wordt uitgevoerd in aanwezigheid van twee getuigen. Achteraf stelt de politie een verslag op waarin een inventaris van de in beslag genomen items worden opgesomd. Het gaat voornamelijk om de computers met inbegrip van computerprogramma's, computerspelletjes en films. De heer Prezhdarovi weigert echter het verslag te ondertekenen wegens gebrek aan rechterlijk dwangbevel. Een dag later bekomt de politie een rechterlijk dwangbevel voor de reeds uitgevoerde huiszoeking. Bijgevolg verzoekt het koppel zowel bij het parket als bij de rechterlijke instanties, om de teruggave van de computers. Ze beweren dat de computers privé-correspondentie en persoonlijke informatie over zichzelf en hun klanten bevatten, aangezien ze ook worden verhuurd voor andere redenen dan het spelen van computerspellen.

⁴³² EHRM 22 mei 2008, nr. 65755/01, Iliya Stefanov/Bulgarije.

⁴³³ EHRM 30 september 2014, nr. 8429/05, Prezhdarovi/Bulgarije.

GROND. Het Hof herhaalt de voorwaarden opdat een inmenging in overeenstemming is met het recht. Als eerste moet de inmenging een bepaalde rechtsgrond hebben in het intern recht. Vervolgens dient deze rechtsgrond toegankelijk, voorzienbaar en in overeenstemming met de rechtstaattedachte te zijn. Dit laatste houdt in dat de wet in bepaalde waarborgen tegen misbruik moet voorzien. In dit verband herhaalt het Hof dat, niettegenstaande de appreciatiemarge van de Staten, het bijzonder waakzaam moet zijn wanneer, zoals in het onderhavige geval, de vervolgende instantie gemachtigd is om huiszoekingen uit te voeren zonder een voorafgaand rechterlijk bevel⁴³⁴. Doch stelt het Hof dat deze lacune kan gecompenseerd worden door een rechterlijke toets a posteriori⁴³⁵.

“47. (...) The Court notes at the outset that the relevant domestic law made no mention of the scope of the judicial examination. Therefore the Court turns to the reasoning offered by the domestic court when approving the operation. It notes in this connection that the court limited its reasoning to describing factually the course of the search-and-seizure operation and briefly citing the text of Article 135, §2 of the 1974 Code, (...). No additional reasoning as to the lawfulness or justification of the impugned measure was given.”

Vooreerst merkt het Hof op dat er geen duidelijke regels zijn over de draagwijdte van de rechterlijke controle. In praktijk onderzoekt de interne rechter enkel de feiten en kijkt hij niet naar de toepasbaarheid van de wet, noch naar de rechtvaardigingsgronden waarom de huiszoeking is bevolen. Daarbij herhaalt het EHRM dat de draagwijdte van een huiszoekingsbevel een relevante factor is waarmee het Hof rekening houdt bij het afwegen van de proportionaliteit⁴³⁶. Een huiszoekingsbevel mag bijgevolg niet te algemeen opgesteld worden en moet duidelijk bepalen welke stukken relevant zijn voor het onderzoek:

“49. (...) The Court cannot speculate on the existence of personal information on the computers but notes that on no occasion did the domestic authorities take account of the applicants’ complaint in this connection: *the court that approved the measure did not consider the scope of the operation and did not make a distinction between information which had been necessary for the investigation and information which had not been relevant*; during the investigation the applicants requested the return of the computers, arguing that they contained personal information, but neither the prosecutor nor the relevant courts scrutinised that assertion (...).” (eigen cursivering)

Hoewel computers principieel in beslag kunnen worden genomen gedurende een strafrechtelijk onderzoek, moet toch een afweging gemaakt worden of deze inbeslagname wel relevant is. Naast informatie die belangrijk is voor het onderzoek, bevatten de computers in dit geval ook gegevens met betrekking tot personen die daarbij geen enkel verband hebben. Het in beslag nemen van de gehele computer is daarbij disproportioneel. Gelet op het feit dat de wet geen duidelijke regels opstelt in verband met de reikwijdte van de rechterlijke controle enerzijds, en de rechterlijke instanties zelf niet de wetmatigheid en rechtvaardiging van deze inmenging hebben gecontroleerd

⁴³⁴ EHRM 25 februari 1993, nr. 10828/84, Funke/Frankrijk

⁴³⁵ EHRM 7 juni 2007, nr. 71362/01, Smirnov/Rusland. §45.

⁴³⁶ EHRM 22 mei 2008, nr. 65755/01, Iliya Stefanov/Bulgarije. §38.

anderzijds, zorgt dit er voor dat er geen effectieve rechterlijke controle post factum heeft plaatsgevonden. Bijgevolg is er een schending van artikel 8 EVRM.

V. CELMATERIAAL, DNA-PROFIEL EN VINGERAFDRUK

- Rechtspraak EHRM

148. ARREST S & MARPER⁴³⁷. FEITEN. Randnummer 117

GROND. Na het uiteenzetten van zijn algemene principes, gaat het Hof in concreto na of de rechtvaardigingsredenen die het Verenigd Koninkrijk geeft om onbeperkt persoonlijke data te kunnen bijhouden van onschuldige personen, relevant en voldoende zijn.

117. While neither the statistics nor the examples provided by the Government in themselves establish that the successful identification and prosecution of offenders could not have been achieved without the permanent and indiscriminate retention of the fingerprint and DNA records (...), the Court accepts that the extension of the database has nonetheless contributed to the detection and prevention of crime.”

De reden die de overheid aanhaalt, is dat het onbeperkt opslaan van deze gegevens onmisbaar is om misdaad te bestrijden. Ondanks de vaststelling dat de redenen die de overheid aanhaalt relevant zijn, zijn ze volgens het Hof niet voldoende. Noch de statistieken, noch de voorbeelden van de overheid zelf, tonen immers aan dat een identificatie op de plaats delict enkel mogelijk is door middel van het bijhouden van vingerafdrukken en DNA-gegevens. Wat het Hof hier niet uitdrukkelijk verwoord, is dat de overheid moet kunnen aantonen dat hetzelfde resultaat niet kan worden bereikt op een minder ingrijpendere wijze. Doch is het opmerkelijk dat het Hof aanvaardt dat de inmenging louter bijdraagt aan zijn rechtvaardigingsgrond. Het Hof hanteert zijn eerste criteria heel soepel.

149. ARREST MK⁴³⁸. FEITEN. Randnummer 118.

GROND. Bij de vraag of de appreciatiemarge die de Staten bezitten met voldoende en relevante redenen is gerechtvaardigd, kijkt het Hof naar het doel van de database. Het doel is daarnaast ook één van de factoren waarmee het EHRM rekening houdt bij het bepalen van de omvang van de appreciatiemarge. Artikel 1 vermeldt dat het doel tweeledig is, zijnde het vinden en identificeren van daders van strafbare feiten enerzijds en het vergemakkelijken van de strafvervolging anderzijds..

“36. The Court notes at the outset that the purpose of the database, notwithstanding the legitimate aim [as mentioned in Article 1 of the decree], necessarily involves *adding and retaining as many names as possible as is borne out by the reasoning adopted by the judge (...)*.

37. It also notes *that the public prosecutor’s refusal to delete the prints taken during the second set of proceeding was motivated by the need to protect the applicant’s interests by ruling out his involvement should someone else attempt to steal his identity.* Besides the fact that such a reason is not explicitly mentioned in the provisions of Article 1 of the

⁴³⁷ EHRM 4 december 2008, nr. 30562/04 and 30566/04, S. en Marper/Verenigd Koninkrijk.

⁴³⁸ EHRM 18 april 2013, nr. 19522/09, M.K./Frankrijk.

impugned decree (...) the Court considers that accepting the argument based on an alleged guarantee of protection against potential identity theft would in practice be tantamount to justifying the storage of information on the whole population of France, which would most definitely be excessive and irrelevant.” (eigen toevoeging en cursivering)

De onderzoeksrechter is van mening dat het bijhouden van zoveel mogelijk vingerafdrukken bijdraagt tot een zinvolle database. Daarnaast stelt het parket dat dit er voor zorgt dat in het belang is van ieder persoon die het slachtoffer zou zijn van identiteitsdiefstal. De argumenten zijn anders verwoord dan in S & Marper. Dit zorgt ervoor dat de analyse van het Hof ook volledig verschillend is. Daar waar het Hof in S & Marper nog toelaat dat het bewaren van deze private gegevens kan bijdragen tot het voorkomen van strafbare feiten, kan zij dat hier niet meer toelaten wanneer dit neerkomt op het bijhouden van de gegevens van de gehele bevolking. Immers iedereen kan potentieel slachtoffer worden van een identiteitsdiefstal. Het aannemen van deze argumenten is bijgevolg buitensporig en niet relevant. A fortiori is het bijhouden van zoveel mogelijk vingerafdrukken in contrast met de mogelijkheid om data te kunnen verwijderen, zoals verwoord in artikel 7 van het decreet. Dit zorgt ervoor dat het verwijderen van deze gegevens niet effectief is en eerder theoretisch blijft. Tot slot zorgt dit ook voor stigmatisatie van personen die onschuldig zijn aangezien ze op dezelfde manier worden behandeld als personen die wel veroordeeld zijn.

VI. CONCLUSIE

150. NOODZAKELIJKHEIDSTOETS. Het EHRM gaat uit van het principe dat de lidstaat een appreciatiemarge heeft. Deze appreciatiemarge is groter wanneer er een ruime consensus is tussen de lidstaten over de betrokken inmenging. De redenen waarom de vervolgende instanties een ingrijpende dwangmaatregel hebben toegepast in de gegeven omstandigheden, moet overtuigend worden uiteengezet. Anders geformuleerd is de overheid verplicht het gebruik van de gekozen dwangmaatregel te rechtvaardigen door relevante en voldoende redenen. Wat hieronder dient te worden verstaan wordt zaak per zaak bekeken en is niet altijd even voorspelbaar. Vervolgens onderzoekt het EHRM eerst of de praktijk (bij gebrek aan wettelijke waarborgen) wel voldoende waarborgen bevat tegen misbruik van de overheid (randnummer 120). Het neemt hier grotendeels de criteria over die in hoofdstuk 3 werden uiteengezet. Voor de huiszoeking in het bijzonder kijkt het Hof naar: (i) de ernst van het misdrijf, (ii) de omstandigheden waarin het dwangbevel wordt uitgevaardigd⁴³⁹ en tot slot (iii) de gevolgen voor een persoon zijn reputatie. Als laatste weegt het Hof af of de inmenging, rekening houdend met de omstandigheden van de zaak, wel evenredig zijn met het vooropgestelde doel, zijnde het voorkomen van strafbare feiten. Er dient aldus een balans gevonden te worden tussen paragraaf 1 (i.e. het recht van het individu) en paragraaf 2 (i.e. het recht van de overheid om dit te beperken). Die balans is niet altijd even makkelijk te maken, noch te voorspellen.

151. INBESLAGNAME GEPAARD MET HUISZOEKING. Uit de conclusie van hoofdstuk 3 valt voor de huiszoeking af te leiden dat enkele wettelijke waarborgen ontbreken. Bij gebrek hieraan dient de praktijk deze elementen te voorzien. Zo vereist de rechtspraak van het EHRM duidelijk dat de onderzoeksrechter bij zijn machtiging tot huiszoeking niet louter de wettekst reproduceert. Een standaardformulering waarbij de politie bevoegd is om papieren, zaken en in het algemeen alle voorwerpen op te sporen, die kunnen dienen om de waarheid aan de dag te brengen, schendt artikel 8 EVRM. Het is van groot belang om het bevel zo specifiek mogelijk te formuleren. Dit geldt in het bijzonder voor personen die een bepaald beroepsgeheim hebben. Aangezien de Belgische wetgever nalaat om hierover een wettelijke regel aan te nemen, houden de vervolgende instanties best rekening met het feit dat er specifieke procedurele waarborgen vereist zijn voor o.a. een advocaat. Immers kan een huiszoeking in het kantoor van een advocaat verregaande gevolgen hebben, inclusief voor de rechten van zijn cliënten gegarandeerd in artikel 6 EVRM. Wegens het korte tijdsbestek van deze masterproef heb ik de mogelijkheid niet gehad om een analyse te maken van de Belgische rechtspraak in verband met mogelijke onregelmatigheden in de strafprocedure met betrekking tot de huiszoeking.

⁴³⁹ Het Hof kijkt daarbij in het bijzonder naar: het feit of er reeds bewijs is gevonden en wanneer dit niet het geval is of er sprake is van een gegronde verdenking; naar de inhoud en draagwijdte van de formulering van het dwangbevel; naar de manier waarop de huiszoeking is uitgevoerd; of het dwangbevel door een rechter is opgesteld; en of er specifieke waarborgen zijn voor het beschermen van een beroepsgeheim.

HOOFDSTUK 5: GRONDRECHTEN EN ANTIGOON

I. ANTIGOONDOCTRINE

1.1 Uitsluitingsregel

152. EXCLUSIONARY RULE ALS PRAETORIAANSE REGEL. Lange tijd is er heel wat discussie geweest wat nu de sanctie moet zijn van een begane onrechtmatigheid, wanneer er geen sprake is van een op straffe van nietigheid voorgeschreven wettelijk vormvoorschrift⁴⁴⁰. De rechtspraak van het Hof van Cassatie heeft in 1923 de zogenaamde uitsluitingsregel in het leven geroepen. Aldus mag onwettig verkregen bewijs op geen enkele wijze (i.e. absoluut) tot het bewijs bijdragen en moet deze worden uitgesloten of anders verwoord, uit de debatten geweerd. Krachtens deze praetoriaanse regel is het immers niet toegelaten een persoon te veroordelen op grond van bewijsmateriaal dat op een onwettige wijze is verkregen⁴⁴¹. Immers moet het bewijsmiddel in strafzaken waarop de strafvordering is gebaseerd, op de door de wet voorgeschreven wijze worden verkregen. Deze regel heeft als ratio legis het ontraden van onwettig politieoptreden bij het verzamelen van bewijsmateriaal, ook al hebben de opsporingsagenten door hun optreden de materiële waarheid ontdekt⁴⁴².

153. ARREST 13 MEI 1986⁴⁴³. Het Hof van Cassatie heeft met zijn arrest van 13 mei 1986 duidelijk gemaakt wanneer er sprake is van “onrechtmatig verkregen bewijs”. Bijgevolg omschrijft het Hof drie gevallen van onrechtmatig verkregen bewijs die in elk geval uitgesloten dienen te worden van de appreciatie van de strafrechter:

“Overwegende dat het bewijsmiddel waarop de strafvordering steunt, en dat aan de vrije appreciatie van de strafrechter wordt voorgelegd, op wettelijke wijze dient te worden verkregen; dat onwettelijk is (i) het bewijs verkregen niet alleen door een daad die uitdrukkelijk door de wet is verboden, maar ook (ii) door een daad die onverenigbaar is met de substantiële regelen van de rechtspleging in strafzaken of (iii) met de algemene rechtsbeginselen, en meer bepaald met de eerbied voor het recht van verdediging waartoe het zwijgrecht van de verdachte behoort.” (eigen nummering)

154. ONWETMATIGHEID – ONREGELMATIGHEID - ONRECHTMATIGHEID. Met bovenstaand arrest dient opgemerkt te worden dat onrechtmatig verkregen bewijs inhoudelijk tweeledig is. De rechtspraak van het Hof van Cassatie, die aanvankelijk enkel de veronderstelling van de onwettigheid van het bewijs voorziet, wordt ongeveer zestig jaar later vervolledigd door een

⁴⁴⁰ F. SCHUERMANS, "De nieuwe cassatierechtspraak inzake de sanctionering van het onrechtmatig verkregen bewijs: doorbraak of bres?" (noot bij Cass. 14 oktober 2003), *R.A.B.G.* 2004, afl. 6, (337). p. 341.

⁴⁴¹ P. TRAEST, "Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs: het Hof van Cassatie zet de bakens uit " (noot bij Cass. 14 oktober 2003), *T.Strafr.* 2004, afl. 2. p. 134.

⁴⁴² B.D. SMET, "De handhaving en relativering van strafvorderlijke voorschriften" in P. TRAEST en A.D. NAUW (eds.), *Strafrecht: Wie is er bang van het Strafrecht?*, Gent, Mys en Breesch 1998. p. 112; S. BERNEMAN, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal: Een inleiding tot het Antigoonarrest van 14 oktober 2003", *T.Strafr.* 2004, afl. 1. p. 21.

⁴⁴³ Cass. 13 mei 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, nr. 558, met conclusie van advocaat-generaal J. DU JARDIN.

identieke regel betreffende de onregelmatigheid van het bewijs⁴⁴⁴. Bijgevolg omvat onrechtmatig verkregen bewijs zowel onwetmatig (illégalité) als onregelmatig (irrégularité) verkregen bewijs. De wet zelf spreekt van verzuimen [te handelen conform de wet] enerzijds en onregelmatigheden anderzijds⁴⁴⁵. *Onwetmatigheid* dient opgesplitst te worden in een schending van de wettelijke gebods- en verbodsbepalingen van het materieel strafwetboek⁴⁴⁶ en een schending van de wettelijke voorschriften van de formele strafprocedure⁴⁴⁷. Dit is als het ware een veruitwendiging van het legaliteitsbeginsel in een rechtstaat. In dat opzicht stelt artikel 12, tweede lid Gec.GW. voorop dat:

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

Anderzijds is er ook nog sprake van *onregelmatigheid*. Dit slaat aldus op (ongeschreven) algemene rechtsbeginselen ofwel substantiële vormvoorschriften⁴⁴⁸. Deze categorie geeft ongetwijfeld de meest praktische problemen omwille van de vaagheid van de notie en het feit dat het gaat om ongeschreven beginselen⁴⁴⁹. In de rechtsleer stelt men voorop dat het voornamelijk gaat om: “de fysieke en psychische integriteit van de mens (artikel 3 EVRM), de bescherming van de privacy van de burgers (artikel 8 EVRM) en de daden strijdig met de waardigheid van het gerecht en de eis van loyaleit van de bewijsvoering (artikel 6 EVRM)”⁴⁵⁰. Deze laatste is sinds 1998 terug te vinden in een wettekst (artikel 28bis, §3 Sv.), zodat er technisch gezien sprake zal zijn van onwetmatigheid. Volledigheidshalve dient opgemerkt te worden dat deze 3 begrippen in de rechtsleer door elkaar worden gebruikt, wat tot verwarring kan leiden.

Het arrest van 1986 waarin verduidelijkt wordt wanneer er sprake is van “onrechtmatig verkregen bewijs” wordt dan ook door latere rechtspraak als volgt verwoord:

“Overwegende dat naar Belgisch recht, in principe niet geoorloofd is, het gebruik van bewijs dat de overheid die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van misdrijven is belast of een aangever met het oog op het leveren van dat bewijs hebben verkregen ingevolge een misdrijf, met miskennis van een regel van het strafprocesrecht,

⁴⁴⁴ F. KUTY, "Le droit de la preuve à l'épreuve des juges", *JT* 2005, afl. 6182. p. 349.

⁴⁴⁵ Artikel 131, §1 Sv. en artikel 235bis, §5 Sv.

⁴⁴⁶ Voorbeelden zijn de schending van: het beroepsgeheim (art. 458 Sw.), het “onderscheppen, kennisnemen en opnemen” van niet voor het publiek toegankelijke communicatie (art. 259bis Sw.), het recht op bescherming van de woning (art. 148 Sw.), andere rechten en vrijheden door de Grondwet gewaarborgd (art. 151 Sw.) zoals het briefgeheim en diefstal van briefwisseling (artikel 460 Sw.),...

⁴⁴⁷ Voorbeelden zijn de aanstelling van deskundigen, het horen van getuigen, de inbeslagname van goederen, het onderzoek aan het lichaam, de bloedstaalafname of de bloedanalyse, de bepalingen met betrekking tot de bevoegdheden, het geheim van het onderzoek,...

⁴⁴⁸ Zie randnummer 177 voor onderscheid tussen primaire, secundaire en substantiële vormvoorschriften.

⁴⁴⁹ F. SCHUERMANS, "De nieuwe cassatierechtspraak inzake de sanctionering van het onrechtmatig verkregen bewijs: doorbraak of bres?" (noot bij Cass. 14 oktober 2003), *R.A.B.G.* 2004, afl. 6, (337). p. 341.

⁴⁵⁰ S. BERNEMAN, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal: Een inleiding tot het Antigoonarrest van 14 oktober 2003", *T.Strafr.* 2004, afl. 1. p. 26; F. SCHUERMANS, "De nieuwe cassatierechtspraak inzake de sanctionering van het onrechtmatig verkregen bewijs: doorbraak of bres?" (noot bij Cass. 14 oktober 2003), *R.A.B.G.* 2004, afl. 6, (337). p. 341; P. TRAEEST, "Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs: het Hof van Cassatie zet de bakens uit" (noot bij Cass. 14 oktober 2003), *T.Strafr.* 2004, afl. 2. p. 134.

ingevolge een schending van het recht op privacy, met miskenning van het recht van verdediging of met miskenning van het recht op menselijke waardigheid.”

1.2 Arrest Schenk en relativering uitsluiting

155. ARREST SCHENK⁴⁵¹. Het EVRM bevat geen enkele uitdrukkelijke regel op grond waarvan kan gezegd worden dat onwettig of onregelmatig verkregen bewijsmateriaal niet tot het bewijs mag meewerken⁴⁵². Op 12 juli 1988 oordeelt het EHRM dan ook in het arrest Schenk het volgende:

“46. While Article 6 of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law. *The Court therefore cannot exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence of the present kind may be admissible.* It has only to ascertain whether Mr. Schenk’s trial as a whole was fair.”

Aldus kan het EHRM niet belemmeren dat onwettig verkregen bewijs toelaatbaar is. Het bepalen van de voorwaarden waaraan bewijs moet voldoen opdat het uitgesloten kan worden, is een aangelegenheid die volledig door de nationale Staten dient geregeld te worden. Bijgevolg onderzoek het EHRM alleen of het proces in zijn geheel eerlijk is verlopen. Bij gebrek aan wetgevend initiatief, is het voornamelijk de rechterlijk macht die hierin een belangrijke rol heeft gespeelt.

156. RELATIVERING VAN DE UITSLUITINGSREGEL. B. DE SMET haalt echter aan dat veel vormvereisten uit het Wetboek van Strafvordering in onbruik zijn geraakt aangezien overtredingen ervan geen uitsluiting door de rechter met zich meebrengen en artikel 12 Gec.GW aan belang inboet⁴⁵³. In de rechtsleer stelt men daarnaast voor de periode 1990-2003 nog vast dat de rechtspraak verder volgende relativeringen aanbrengt: (i) dat de rechter niet verplicht is het bewijs uit te sluiten dat door een particulier zonder medeweten en medewerking van de politie onrechtmatig verkregen werd, (ii) er een onderscheid dient gemaakt te worden tussen de aangifte van het misdrijf (waarvan het bestaan werd vernomen ten gevolge van een onrechtmatigheid) en het op basis daarvan wettig en regelmatig verkregen bewijs en (iii) dat de beklaagde zich voor zijn verweer wel mag beroepen op onwettig of onregelmatig (en dus onrechtmatig) verkregen bewijs⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ EHRM 12 juli 1988, nr. 10862/84, Schenk/Zwitserland.

⁴⁵² P. TRAEST, "Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs: het Hof van Cassatie zet de bakens uit " (noot bij Cass. 14 oktober 2003), *T.Strafr.* 2004, afl. 2. p. 138.

⁴⁵³ B.D. SMET, "De handhaving en relativering van strafvorderlijke voorschriften" in P. TRAEST en A.D. NAUW (eds.), *Strafrecht: Wie is er bang van het Strafrecht?*, Gent, Mys en Breesch 1998. p. 123-131.

⁴⁵⁴ P. TRAEST, "Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs: het Hof van Cassatie zet de bakens uit " (noot bij Cass. 14 oktober 2003), *T.Strafr.* 2004, afl. 2. p. 134-136; F. SCHUERMANS, "De nieuwe cassatierechtspraak inzake de sanctionering van het onrechtmatig verkregen bewijs: doorbraak of bres?" (noot bij Cass. 14 oktober 2003), *R.A.B.G.* 2004, afl. 6, (337). p. 342-343; S. BERNEMAN, "Van relativering naar rationalisering van de bewijsuitsluitingsregel", *T.Strafr.* 2005, afl. 7, (489). p. 490-491; F. DERUYCK, "Wat krom is wordt recht. Over de bruikbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs." in *Postuniversitaire lessencyclus Willy Delva 2005-2006*, Mechelen, Kluwer, 2006. p. 204-206; C. STUYCK, "Antigoon, het spookt voor de grondrechten" (noot bij Antwerpen (9e k.) 23 april 2008), *Limb.Rechtsl* 2009, afl. 1, (51). p. 51.

1.3 Antigoonarrest: uitsluiting wordt de uitzondering

157. PROCEDUREEL TERREUR. Centraal in het strafproces is de waarheid omtrent de feiten, de schuld en de omstandigheden. Die waarheid dient bewezen te worden. Het bewijs in strafzaken is het geheel van handelingen waarbij men de waarheid opspoort en reconstrueert. Dit proces dient echter eerlijk te verlopen. Ondanks bovenstaande relativeringen wordt, in het overgrote deel van de gevallen, de uitsluitingsregel nog steeds strikt toegepast. Dit zorgt voor een “procedureel terreur”, waardoor de ergernis van de man in de straat en het onbegrip van de juridische leek niet kan worden afgedaan als een lagere uiting van een populistisch wraakgevoel⁴⁵⁵. Zelden wordt in zware en complexe strafdossiers immers nog gepleit over de grond van de zaak, en is de waarheidsvinding volledig in de verdrukking gekomen. De steeds driester wordende zware criminaliteit en de vaststelling dat het onderzoek ter terechtzitting nog bijna uitsluitend gewijd is aan procedurekwesties laat het Hof van Cassatie niet onberoerd⁴⁵⁶. Immers wanneer procedurefouten tot vrijspraak leiden, wordt hierdoor de geloofwaardigheid van de politie en het gerecht in de ogen van het publiek volledig ondermijnd⁴⁵⁷.

158. BEWIJSUITSLUITING ALS PROBLEMATISCHE VORM VAN RECHTSHANDHAVING. In een rechtsstaat dient de overheid zich aan de regels te houden. Dit geldt in het bijzonder voor de gerechtelijke overheid, wiens optreden diep in het vlees snijdt van de individuele burgers en hun fundamentele rechten. Bewijsuitsluiting heeft dan een reparatiedoel⁴⁵⁸, een demonstratiedoel⁴⁵⁹ en een effectiviteitsdoel⁴⁶⁰⁴⁶¹. Deze drie doelstellingen zijn echter niet volledig geschikt om bewijsuitsluiting als sanctiemechanisme te gebruiken in geval van onrechtmatig verkregen bewijs. S. VAN OVERBEKE slaat de nagel op de kop door te stellen dat bewijsuitsluiting als reparatiedoel het grootste problematisch gegeven blijft, in het bijzonder wanneer de waarheid het moet afleggen tegen de procedure⁴⁶². Samengevat komt het erop neer dat de herstelgedachte niet volledig in het strafprocesrecht past. Ondanks het primordiaal belang van de eerbiediging van de fundamentele rechten is het volgens VAN OVERBEKE niet correct om de bewijsuitsluiting hierbij als sanctiemechanisme te beschouwen. De redenering is geïnspireerd op het

⁴⁵⁵ S.V. OVERBEKE, "Het recht van verdediging: de verdediging van het onrecht? Over onrechtmatig verkregen bewijs, nietigheden en sancties in het strafproces" in *De wet voorbij*, Mortsel, Intersentia, 2010. p. 539-540.

⁴⁵⁶ F. SCHUERMANS, "Cassatie wil af van terreur van procedure", *De Juristenkrant* 2004, afl. 89. p. 6.

⁴⁵⁷ A.D. NAUW, "Is de bepaling van de gevolgen van de niet-naleving van strafprocessuele voorschriften geen gedeelde opdracht van de wetgever en van de rechter?", *Ius & Actores* 2011, afl. 3. p. 127.

⁴⁵⁸ Door de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs kan het aan de verdachte toegebrachte onrecht ongedaan worden gemaakt.

⁴⁵⁹ De gedachte dat met de uitsluiting van bewijs wordt gedemonstreerd dat de overheid zich ook zelf aan de regels moet houden die zij moet handhaven. Bijgevolg is dit een veruitwendiging van de rechtstaatgedachte en de loyauteit in het strafproces.

⁴⁶⁰ Met de bewijsuitsluiting beoogt men onrechtmatig gedrag in de toekomst tegen te gaan.

⁴⁶¹ S. BERNEMAN, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal: Een inleiding tot het Antigoonarrest van 14 oktober 2003", *T.Strafr.* 2004, afl. 1. p. 2.

⁴⁶² S.V. OVERBEKE, "Het recht van verdediging: de verdediging van het onrecht? Over onrechtmatig verkregen bewijs, nietigheden en sancties in het strafproces" in *De wet voorbij*, Mortsel, Intersentia, 2010. p. 554-556.

rechtsherstel in natura zoals bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Daarbij wordt er immers naar gestreefd om de benadeelde in natura te vergoeden door hem terug in de toestand te brengen waarin hij zou zijn gebleven indien de onrechtmatige daad niet had plaatsgevonden. Maar in het aansprakelijkheidsrecht bevond het individu zich vóór de onrechtmatige daad in een rechtmatige toestand. Deze heeft dan ook recht op een behoud van die toestand. Bij een onderzoeksverrichting in een strafprocedure ligt dit anders. Een individu heeft doorgaans geen recht op het bedekt houden van 'de waarheid'. *A fortiori* is herstel in natura vaak eenvoudigweg onmogelijk. De begane onrechtmatigheid (bv. een inbreuk op het privéleven) is een feit, en de klok kan niet worden teruggedraaid. Bewijsuitsluiting is m.a.w. per definitie een controversiële vorm van genoegdoening bij equivalent.

159. ANTIGOONARREST. Randnummers 157 en 158 in het achterhoofd houdende, zorgt het Hof van Cassatie voor een werkelijke ommezwaai in zijn rechtspraak. Het Hof breekt resoluut met het principe dat elk gebruik van bewijs dat door de opsporingsdiensten onwettig of deloyaal is verkregen, geweerd dient te worden⁴⁶³. Aldus wordt de absolute regel van bewijsuitsluiting (*randnummer 152*) vervangen door een relatieve. Met zijn arrest van 14 oktober 2003 stipuleert het Hof van Cassatie dat de uitsluiting niet meer de regel, doch de uitzondering is geworden. Alleen nog in volgende 3 gevallen zal onrechtmatig verkregen bewijs uitgesloten worden:

- “Overwegende dat de omstandigheid dat een bewijselement op onrechtmatige wijze werd verkregen, in de regel slechts tot gevolg heeft dat de rechter, bij het vormen van zijn overtuiging, dat gegeven rechtstreeks noch onrechtstreeks in aanmerking mag nemen:
- hetzij wanneer de naleving van bepaalde vormvoorwaarden voorgeschreven wordt op straffe van nietigheid;
 - hetzij wanneer de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast;
 - hetzij wanneer het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces”

Het Hof blijft vasthouden aan het principe dat het bewijs regelmatig dient verzameld te worden, doch hanteert als nieuwe regel dat onrechtmatig verkregen bewijs in sommige gevallen toch toelaatbaar is⁴⁶⁴. Daar waar vroeger een onrechtmatig verkregen bewijsstuk zo goed als altijd werd ontzegt aan de appreciatie van de rechter, is dit thans niet meer het geval. Een principiële verbod op het gebruik van onwettig bewijs wordt vervangen door een principiële machtiging⁴⁶⁵. Door dit arrest dient er bijgevolg een onderscheid gemaakt te worden tussen de vraag naar de onrechtmatigheid van het bewijs enerzijds en de aan deze vaststelling te verbinden gevolgen anderzijds⁴⁶⁶. Eerst dient nagegaan te worden of er sprake is van een onrechtmatigheid en vervolgens of deze

⁴⁶³ F. DERUYCK, "Wat krom is wordt recht. Over de bruikbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs." in *Postuniversitaire lessencyclus Willy Delva 2005-2006*, Mechelen, Kluwer, 2006. p. 207; P. TRAEST, "De antigoonrechtspraak" in *CBR Jaarboek 2011-2012*, 2011-2012, Antwerpen, Intersentia, 2012. p. 339.

⁴⁶⁴ C. STUYCK, "Antigoon, het spookt voor de grondrechten" (noot bij Antwerpen (9e k.) 23 april 2008), *Limb.Rechtsl* 2009, afl. 1, (51). p. 51.

⁴⁶⁵ F. KUTY, "Le droit de la preuve à l'épreuve des juges", *JT* 2005, afl. 6182. p. 352.

⁴⁶⁶ P. TRAEST, "De antigoonrechtspraak" in *CBR Jaarboek 2011-2012*, 2011-2012, Antwerpen, Intersentia, 2012. p. 335.

onrechtmatigheid dient uitgesloten te worden of niet. Het moge duidelijk zijn dat met de Antigoonrechtspraak de essentie van het strafproces wordt benadrukt, nl. de waarheidsvinding. Dat de waarheid in een rechtsstaat niet ten koste van alles mag worden gezocht, is één zaak, maar het is een even triviale vaststelling dat de waarheid ook niet zomaar opzij mag worden geschoven⁴⁶⁷.

1.4 (Gebrek aan) wettelijk kader als sanctiemechanisme

160. GEBREK AAN (GROND)WET KADER. Dat er een gebrek is aan een algemeen wetgevende kader voor het sanctioneren van onrechtmatig verkregen bewijs, wordt nogmaals pijnlijk duidelijk in twee arresten van 16 november 2004⁴⁶⁸. Daarin stelt het Hof van Cassatie duidelijk dat:

“Overwegende dat noch uit artikel 6 EVRM, dat het eerlijk proces waarborgt, noch uit artikel 8 EVRM, dat het recht op eerbiediging van het privé-, het gezinsleven, de woning en de briefwisseling waarborgt, noch uit enige grondwettelijke of wettelijke bepaling, volgt dat bewijs dat met miskenning van een door dit verdrag of door de Grondwet gewaarborgd grondrecht werd verkregen, altijd ontoelaatbaar is;

Overwegende dat, behoudens wanneer een verdragsrechtelijke of wettelijke bepaling zelf de rechtsgevolgen van de miskenning van een wettelijk voorgeschreven pleegvorm betreffende bewijsverkrijging bepaalt, de rechter beslist welke gevolgen deze onrechtmatigheid meebrengt; dat de omstandigheid dat de pleegvorm, waarvan de miskenning wordt vastgesteld, betrekking heeft op een door de artikelen 6 en 8.2 EVRM en de artikelen 12, tweede lid, en 15 Grondwet gewaarborgde grondrechten hieraan niets afdoet;”

Het Grondwettelijk Hof volgt deze zienswijze. Uit de arresten 158/2010⁴⁶⁹ en 139/2011⁴⁷⁰ valt duidelijk af te leiden dat:

B.7. Artikel 22 van de Grondwet, dat eveneens het recht op eerbiediging van het privéleven waarborgt, bevat evenmin als artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens een uitdrukkelijke regel betreffende de toelaatbaarheid van bewijs dat met miskenning van het erin gewaarborgde recht wordt verkregen.

B.8. Zonder dat het te dezen nodig is te onderzoeken of het niet-naleven (...) zou kunnen worden beschouwd als niet bestaanbaar met het in artikel 22 van de Grondwet gewaarborgde recht op eerbiediging van het privéleven, volstaat het vast te stellen dat die grondwetsbepaling op zich niet vereist dat een bewijs dat met miskenning van het erin gewaarborgde recht wordt verworven, in alle omstandigheden als nietig dient te worden beschouwd.

B.9. Dezelfde conclusie geldt met betrekking tot artikel 12 van de Grondwet.”

Hieruit dient afgeleid te worden dat er geen enkele (grond)wetsbepaling algemeen de rechtsgevolgen van onrechtmatig verkregen bewijs regelt. Anders verwoord, stelt geen enkele

⁴⁶⁷ S.V. OVERBEKE, "Het recht van verdediging: de verdediging van het onrecht? Over onrechtmatig verkregen bewijs, nietigheden en sancties in het strafproces" in *De wet voorbij*, Morsel, Intersentia, 2010. p. 544-545.

⁴⁶⁸ Cass. 16 november 2004, *Arr. Cass.* 2004, afl. 11, 1829, concl. DUINSLAEGER.

⁴⁶⁹ GwH 22 december 2010, nr. 158/2010.

⁴⁷⁰ GwH 27 juli 2011, nr. 139/2011.

(grond)wetsbepaling uitdrukkelijk voorop dat onwettig of onregelmatig verkregen bewijs altijd ontoelaatbaar moet zijn. De afwezigheid van een wettelijke regeling wordt in de rechtsleer een handicap genoemd⁴⁷¹. Aldus bepaalt de rechter welke gevolgen deze onrechtmatigheid met zich meebrengt. Opvallend hierbij is ook dat de wezenlijkheid van de vormvoorschriften hierbij geen rol speelt. Ook grondrechten *sensu stricto* en *sensu lato* bezitten geen bepaling die de rechtsgevolgen van onrechtmatig verkregen bewijs regelt. Terecht vroeg E. BREWAEYS zich reeds in 2003 af of het Hof van Cassatie bij zijn Antigoondoctrine geen categorie vergeten is, namelijk een schending van fundamentele rechten en vrijheden⁴⁷². Handelingen van zowel de politie als het openbaar ministerie mogen geen enkele dwangmaatregel inhouden, noch de schending van individuele rechten en vrijheden⁴⁷³. De drie criteria die het Hof voorschrijft hebben immers geen betrekking op grondwettelijk gewaarborgde rechten. Louter het eerlijk proces verwijst naar artikel 6 EVRM. Doch zal hierna blijken dat dit geen geschikt criterium is (*randnummer176*).

161. ART 32 VT.SV. Met de Antigoonleer is vast te stellen dat - net als in 1923 - het de rechterlijke macht is die een regeling uitwerkt om onrechtmatig verkregen bewijs te bestraffen. Het is nog tien jaar wachten vooraleer de wetgever een wettelijke regeling uitwerkt. In 2013 wordt met artikel 32 VT.Sv. de Antigoondoctrine in een wettekst gegoten. Desalniettemin kan er niet genoeg herhaalt worden dat grondrechten een meer elementaire rol dienen te spelen bij het bepalen van de rechtsgevolgen van onrechtmatig verkregen bewijs. De Antigoondoctrine in artikel 32 VT.Sv. houdt hier nauwelijks rekening mee. Bijgevolg zal in de volgende delen onderzocht worden of en hoe dit kan worden gerealiseerd.

II. ONDERZOEKSVRAAG

162. ONDERZOEKSVRAAG. De Antigooncriteria van artikel 32 VT.Sv. houden weinig rekening met grondrechten. Gelet op het belang van het privéleven in het strafprocesrecht, kan een gebrekkig sanctiemechanisme ervoor zorgen dat de inmengingsvoorwaarden in het privéleven volledig uitgehold worden. Dit geldt trouwens niet louter voor het privéleven maar ook voor andere grondrechten zoals het recht op vrijheid en het eigendomsrecht. Aldus zal onderzocht worden of het Grondwettelijk Hof met dit probleem reeds geconfronteerd is geweest sinds de totstandkoming van artikel 32 VT.Sv. in 2013. Daarbij zal in het bijzonder gekeken worden naar het eerste criterium (*onderdeel IV*) en het laatste criterium (*onderdeel III*) van het Antigoonarrest. *A fortiori* zal gekeken worden of er de lege lata geen mogelijkheden zijn voor de wetgever om de Antigoonleer hierbij uit te breiden.

⁴⁷¹ M. STERKENS, "De gewijzigde cassatierechtspraak met betrekking tot de onrechtmatige bewijsverkrijging en de weerslag ervan op het vooronderzoek", *T.Strafr.* 2005, afl. 7, (508). p. 508.

⁴⁷² E. BREWAEYS, "Niet elke onregelmatigheid leidt tot verwerping bewijs", *De Juristenkrant* 2003, afl. 79. p. 4.

⁴⁷³ Verwoord in respectievelijk artikel 1, tweede en derde lid WPA en artikel 28bis, §3 Sv.

163. ONDERZOEKSMETHODE. De onderzoeksmethode voor beide delen bestaat voornamelijk uit een combinatie van een literatuurstudie enerzijds en een rechtspraakanalyse anderzijds.

III. EERLIJK PROCES

III.1 Bronnen

164. ARTIKEL 6 EVRM ALS VOORNAAMSTE BRON. Het recht op een eerlijk proces is geen uitvinding van het EVRM. Er zijn al sporen terug te vinden in de Magna Charta van 1215, de Bill of Rights van 1689 en in de Déclaration des droits de l’homme et du citoyen van 1789. Thans is dit recht terug te vinden in artikel 6 EVRM, artikel 14 van het BUPO-Verdrag, een samenlezen van de artikelen 13; 146; 148; 149; 151; 152, 154 en 155 Gec.GW. en in een aantal algemene rechtsbeginselen⁴⁷⁴.

Als eerst dient opgemerkt te worden dat artikel 6, lid 1 EVRM de “rechten van verdediging” in het algemeen vermeldt. Het eerlijk proces is bijgevolg een onderdeel hiervan. Het eerste lid is in tegenstelling tot de twee andere leden, niet enkel in strafzaken maar ook in burgerlijke zaken van toepassing en wordt in de regel afgedwongen voor de vonnisrechter⁴⁷⁵. In strafzaken is het artikel specifiek van toepassing op personen die vervolgd worden wegens een misdrijf en hebben tot doel de verdachte te beschermen tegen een willekeurige veroordeling en een willekeurige straftoemeting⁴⁷⁶. Dit recht onderscheidt zich van andere grondrechten zoals het privéleven, doordat deze laatste niet beperkt is tot verdachten of beklaagden. Zo is het recht op privéleven van toepassing op alle burgers, inclusief, maar niet beperkt tot, verdachten en beklaagden⁴⁷⁷. Ondanks deze beperkte formulering stelt het EHRM meer en meer voorop dat alle procedurele ketens meetellen voor de beoordeling van het eerlijk karakter van het proces. Aldus rijst de vraag of en in welke mate dit artikel een rol speelt in de fase van het vooronderzoek. Het valt immers niet te ontkennen dat een inbreuk in de fase van het vooronderzoek een impact kan/zal hebben op het verdere verloop van de procedure⁴⁷⁸.

Anderzijds geeft artikel 6, lid 3 EVRM een niet-limitatieve opsomming van een aantal specifieke rechten in strafzaken, die essentiële elementen vormen van de meer algemene notie recht van verdediging in lid 1. Artikel 6, lid 3 spreekt van “minimumrechten”. Daaruit kan alvast afgeleid worden dat de opsomming niet exhaustief is, en dat het algemene recht op een eerlijke behandeling (lid 1) geschonden kan zijn, ook al zijn de bijzondere rechten van lid 2 en 3 geëerbiedigd.

⁴⁷⁴ J.V. LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar (Volume I)*, Antwerpen, Intersentia, 2004. p. 377-380.

⁴⁷⁵ W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights : a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2017. p. 271.

⁴⁷⁶ C.V.D. WYNGAERT *et al.*, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu-uitgevers, 2017. p. 703.

⁴⁷⁷ C.V.D. WYNGAERT *et al.*, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu-uitgevers, 2017. p. 703.

⁴⁷⁸ P. WAETERINCKX en C. VAN DE HEYNING, "Rechten van verdediging tijdens het strafonderzoek en de regeling van de rechtspleging - Capita Selecta" in *Mensenrechten in de praktijk*, Mortsel, Intersentia, 2016. p. 220.

Omgekeerd is dat niet altijd het geval⁴⁷⁹. Zij kunnen worden toegepast tijdens de gehele strafprocedure (en dus niet enkel voor de vonnisrechter). Volledigheidshalve is het vermoeden van onschuld vervat in lid 2.

III.2 Een eerlijk proces als onderdeel van de rechten van verdediging

165. ARTIKEL 6, §1 EVRM – EERLIJK PROCES. De kern van artikel 6 EVRM kan als volgt worden samengevat:

“(…)bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolging heeft eenieder recht op een eerlijke (...) behandeling van zijn [straf]zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie(…)”

In de voormelde passage wordt niet aangeduid uit welke elementen “een eerlijke behandeling van zijn zaak” bestaat. Daar waar de opstellers van het EVRM dit recht voornamelijk hebben ingeschreven met de accusatoire procedures in het achterhoofd, is het EHRM niet gekant om dit toe te passen op inquisitoire procedures⁴⁸⁰. Uit de rechtspraak van het EHRM dient geconcludeerd te worden dat het recht op een eerlijk proces voornamelijk bestaat uit: (i) recht op deelname aan het proces, (ii) contradictoir karakter van de procedure, (iii) de gelijke behandeling van de procespartijen (equality of arms), (iv) het recht op een eerlijke bewijsvoering (v) de motivering van de beslissing⁴⁸¹. Een aantal hiervan worden verder toegelicht.

166. CONTRADICTOIR DEBAT. In de rechtsleer wordt dit ook het onmiddellijkheidsbeginsel genoemd⁴⁸². Dit betekent dat elke partij het recht heeft om kennis te krijgen van de bewijsmiddelen en de opmerkingen die door de tegenpartij worden ingediend, met als doel deze te kunnen betwisten⁴⁸³. Anders geformuleerd dient elke partij kennis te kunnen nemen van elk stuk en elke opmerking die aan de rechter wordt overgemaakt, met als doel te kunnen antwoorden door alle

⁴⁷⁹ P. LEMMENS, "Het recht op een eerlijk proces volgens artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens" in P. TAELEMAN (ed.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2016. p. 777-778.

⁴⁸⁰ Bij een *accusatoire strafprocedure* gaan de partijen zelf een eigen onderzoek voeren en kan de vonnisrechter enkel rekening houden met die gegevens die hem op de terechtzitting worden voorgeschooteld. Bij een *inquisitoire procedure* wordt het vooronderzoek op niet tegensprekelijke wijze door het openbaar ministerie (of onderzoeksrechter) gevoerd, maar zal de vonnisrechter de gedane onderzoeksverrichtingen overdoen, maar deze maal op tegensprekelijke wijze, in aanwezigheid van de beklaagde. In praktijk zal de rechter dit slechts doen wanneer hij dit noodzakelijk of wenselijk acht, gelet op de behandeling binnen een redelijke termijn.

⁴⁸¹ P. LEMMENS, "Het recht op een eerlijk proces volgens artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens" in P. TAELEMAN (ed.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2016. p. 771-777; C.V.D. WYNGAERT *et al.*, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu-uitgevers, 2017. p. 723; J.V. LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar (Volume I)*, Antwerpen, Intersentia, 2004. p. 464.

⁴⁸² C.V.D. WYNGAERT *et al.*, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu-uitgevers, 2017. p. 727; B.D. SMET en K. RIMANQUE, *Het recht op behoorlijke rechtsbedeling : een overzicht op basis van artikel 6 EVRM*, Antwerpen, Maklu, 2002. p. 106.

⁴⁸³ P. LEMMENS, "Het recht op een eerlijk proces volgens artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens" in P. TAELEMAN (ed.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2016. p. 771.

elementen te doen kennen die noodzakelijk zijn voor het succes van haar eisen. Het EHRM heeft in de loop der jaren geoordeeld dat alle schakels in de procedurele keten meetellen om het eerlijk karakter te beoordelen. Dit breed perspectief is nodig om te vermijden dat Staten de waarborg van het eerlijk proces uithollen door de bewijsvoering te verschuiven naar het niet tegensprekelijk vooronderzoek, waaraan de verdachte niet kan deelnemen, en het onderzoek ter terechtzitting louter te beperken tot een formele recapitulatie van het strafdossier⁴⁸⁴. Aldus zal de rechter slechts rekening mogen houden met verklaringen van getuigen of deskundigen die werden opgetekend tijdens het vooronderzoek, wanneer de verdediging die getuige of deskundige op een openbare terechtzitting kan ondervragen⁴⁸⁵. Het voordeel daarbij is dat de rechter zonder enige omweg de betrouwbaarheid van de getuigen kan beoordelen en hun versie van de feiten kan vergelijken met de argumenten van de verdediging. Doch stelt C. VAN DEN WYNGAERT dat dit in de praktijk van de strafrechtspleging sterk is teloorgegaan. De fase ter terechtzitting wordt vaak beperkt tot een verificatie van het bewijsmateriaal dat tijdens het vooronderzoek (op niet tegensprekelijke wijze) werd verzameld. De vonnisrechter verifieert, maar onderzoekt niet langer zelf⁴⁸⁶

167. EQUALITY OF ARMS. Hiermee wordt voornamelijk de processuele gelijkheid tussen beide partijen bedoeld. De wapengelijkheid betekent niet dat alle partijen op strikt dezelfde wijze behandeld moeten worden. Wel is vereist dat elke partij de kans krijgt om haar zaak uiteen te zetten in omstandigheden die niet beduidend minder gunstig zijn dan die van de tegenpartij⁴⁸⁷. Wat hieronder dient begrepen te worden is een feitenkwesitie. Zo dient de verdachte dezelfde kansen te krijgen om de besluitvorming van de rechter te kunnen beïnvloeden als de vervolgende instantie door: bewijsmateriaal aan te brengen, kennis te hebben van bewijsmateriaal en deze te betwisten, rechtsmiddelen aan te wenden, etc⁴⁸⁸. In dat opzicht is artikel 6, lid 3, punt d EVRM een *lex specialis*, waarbij elke partij op gelijke wijze en onder gelijke omstandigheden een getuige kan oproepen en doen ondervragen⁴⁸⁹. Daar waar dit in het gerechtelijk vooronderzoek nog gedeeltelijk mogelijk is, zal de verdachte de gelijkheid der wapens in het opsporingsonderzoek zo goed als niet kunnen toepassen.

168. DEELNAME AAN EERLIJKE BEWIJSVOERING. Daar waar het bewijsrecht in wezen een nationale aangelegenheid blijft, vereist het EVRM enkel dat het proces in zijn geheel, daarin

⁴⁸⁴ J.V. LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar (Volume I)*, Antwerpen, Intersentia, 2004. p. 464; B.D. SMET en K. RIMANQUE, *Het recht op behoorlijke rechtsbedeling : een overzicht op basis van artikel 6 EVRM*, Antwerpen, Maklu, 2002. p. 43.

⁴⁸⁵Zie ook artikel 6, lid 3, punt d EVRM; B.D. SMET en K. RIMANQUE, *Het recht op behoorlijke rechtsbedeling : een overzicht op basis van artikel 6 EVRM*, Antwerpen, Maklu, 2002. p. 106.

⁴⁸⁶ C.V.D. WYNGAERT *et al.*, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu-uitgevers, 2017. p. 728.

⁴⁸⁷ W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights : a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2017. p. 288; P. LEMMENS, "Het recht op een eerlijk proces volgens artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens" in P. TAELEMAN (ed.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2016. p. 772.

⁴⁸⁸ B.D. SMET en K. RIMANQUE, *Het recht op behoorlijke rechtsbedeling : een overzicht op basis van artikel 6 EVRM*, Antwerpen, Maklu, 2002. p. 95.

⁴⁸⁹ C.V.D. WYNGAERT *et al.*, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu-uitgevers, 2017. p. 724.

begrepen het omgaan met het bewijs, eerlijk is⁴⁹⁰. Daarbij stelt het EHRM voorop dat bewijs op een rechtmatige wijze dient verkregen te zijn en dat partijen tegenspraak hebben kunnen voeren over de aangevoerde bewijselementen⁴⁹¹. De bewijsvoering is bijgevolg onlosmakelijk verbonden met een contradictoir debat. Los van de rechtmatige bewijsverkrijging tijdens het onderzoek, kan dus ook de manier waarop het bewijs ter zitting wordt aangevoerd een weerslag hebben op het eerlijk proces. Hier schuilt dan ook de kern van dit hoofdstuk. Volgens de nationale Antigoondocctrine zal onrechtmatig verkregen bewijs – in casu bewijs verkregen ingevolge een schending van de privacy – niet altijd tot uitsluiting leiden, wanneer men hierover een debat heeft kunnen voeren voor de rechter.

III.2 Eerlijk proces en het vooronderzoek

169. ARTIKEL 6, §1 EVRM – BEGRIP GEGRONDHEID. Het recht van verdediging veronderstelt in eerste instantie dat men toegang heeft tot een bevoegde, onpartijdige en onafhankelijke rechter, die over de gegrondheid van de strafvordering beslist⁴⁹². Vroeger leidde men hieruit af dat de verdachte slechts aanspraak kon maken op de waarborgen vervat in artikel 6 EVRM van zodra de zaak voor de vonnisrechter werd voorgelegd⁴⁹³. Procesfasen andere dan deze waarin over de grond van de zaak uitspraak wordt gedaan (zoals het vooronderzoek), werden uitgesloten van het toepassingsgebied. Zo vervult de onderzoeksrechter enkel een onderzoeksfunctie die hem toelaat om op actieve, geheime en niet tegensprekelijke wijze (inquisitoir) bewijs op te sporen, maar is hij niet bevoegd om zich uit te spreken over de grond van de zaak (i.e. het bewezen verklaren van feiten en het opleggen van een straf)⁴⁹⁴. Artikel 6 EVRM kan echter ook al relevant zijn voor de fasen vóór de berechting ten gronde, m.a.w. voor de fasen van het politieonderzoek, het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, indien en voor zover de eerlijkheid van het latere proces ten gronde ernstig in het gedrang dreigt te komen door het niet-eerbiedigen van de waarborgen van artikel 6 in de voorafgaande fasen van de procedure⁴⁹⁵. Bijgevolg heeft het EHRM in de loop der jaren geoordeeld dat alle schakels in de procedurele keten meetellen om het eerlijk

⁴⁹⁰ P. LEMMENS, "Het recht op een eerlijk proces volgens artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens" in P. TAELEMAN (ed.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2016. p. 772.

⁴⁹¹ C.V.D. WYNGAERT *et al.*, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu-uitgevers, 2017. p. 725; B.D. SMET en K. RIMANQUE, *Het recht op behoorlijke rechtsbedeling : een overzicht op basis van artikel 6 EVRM*, Antwerpen, Maklu, 2002. p. 98-99.

⁴⁹² C.V.D. WYNGAERT *et al.*, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu-uitgevers, 2017. p. 714.

⁴⁹³ J.V. LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar (Volume I)*, Antwerpen, Intersentia, 2004. p. 417.

⁴⁹⁴ Dat de onderzoeksrechter een "rechter" is, stelt hem louter in staat om dwangmaatregelen te nemen die indruisen tegen de grondrechten van de verdachte/inverdenkinggestelde, wat het openbaar ministerie in principe niet kan (artikel 56, §1 Sv. ten opzichte van artikel 28bis §3 Sv.).

⁴⁹⁵ P. LEMMENS, "Het recht op een eerlijk proces volgens artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens" in P. TAELEMAN (ed.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2016. p. 761; J. VANDE LANOTTE *et al.*, "Hoofdstuk 17. Andere bronnen van rechten en vrijheden" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Chartre, 2015. p. 711.

karakter te beoordelen. Ondanks het feit dat het grootste gewicht van artikel 6 EVRM zich voordoet bij de het onderzoek ter terechtzitting, zal veel afhangen van de waarde die aan het vooronderzoek wordt toegekend. Zo stelt het EHRM dat de rechter zijn overtuiging mag steunen op stukken uit het strafdossier, verzameld in het vooronderzoek⁴⁹⁶. In dat geval is het van belang dat deze stukken aan dezelfde kwaliteitseisen voldoen, als zouden ze tijdens het onderzoek ter terechtzitting zijn verzameld. Wegen de resultaten van deze fase zwaar door in de besluitvorming, dan is de kans groot dat de beperkingen aan de rechten van verdediging de positie van de verdachte zodanig verzwakken dat er van een eerlijk proces geen sprake meer is, ook al biedt het onderzoek ter terechtzitting ruimte voor tegenspraak⁴⁹⁷.

III.3 Subcriteria door het Hof van Cassatie

170. ARREST 23 MEI 2013. Het Hof van Cassatie heeft doorheen de jaren verduidelijkt met welke subcriteria feitenrechtters dienen rekening te houden, wanneer zij onrechtmatig verkregen bewijs dienen uit te sluiten wegens een schending van het eerlijk proces. In haar arrest van 28 mei 2013⁴⁹⁸ bevestigt het Hof haar rechtspraak van onder andere 23 maart 2004⁴⁹⁹, 2 maart 2005⁵⁰⁰ en 12 oktober 2005⁵⁰¹. Aldus vat zij haar rechtspraak als volgt samen:

“19. De rechter oordeelt onaantastbaar in feite of het gebruik van onrechtmatig verkregen gegevens het recht op een eerlijk proces in het gedrang kan brengen. Bij dat oordeel kan de rechter onder meer rekening houden met één of meerdere van de volgende omstandigheden, namelijk dat:

- de overheid die met de opsporing, het onderzoek of de vervolging van misdrijven is belast, de onrechtmatigheid al dan niet opzettelijk of ingevolge een niet te verontschuldigen onachtzaamheid heeft begaan;
- de ernst van het misdrijf veruit de ernst van de onrechtmatigheid overstijgt;
- het onrechtmatig bewijs alleen een materieel element van het bestaan van het misdrijf betreft;
- de onrechtmatigheid een zuiver formeel karakter heeft;
- de onrechtmatigheid geen weerslag heeft op het recht of de vrijheid die door de overschreden norm wordt beschermd.”

171. OPZETTELIIJK. Dat onwetmatig handelen door een opsporingsambtenaar strafbaar is in het Strafwetboek, is een goede zaak. Dit leidt tot een eerlijke bewijsvoering (zie randnummer 168). Schendingen door openbare ambtenaren van rechten gewaarborgd in de Grondwet zijn strafbaar (bv.

⁴⁹⁶ J.V. LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar (Volume I)*, Antwerpen, Intersentia, 2004. p. 463.

⁴⁹⁷ J.V. LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar (Volume I)*, Antwerpen, Intersentia, 2004. p. 418.

⁴⁹⁸ Cass. AR P.13.0066.N, 28 mei 2013, *Arr.Cass.* 2013, afl. 5, 1311, concl. DUINSLAEGER.

⁴⁹⁹ Cass. AR P.04.0012.N, 23 maart 2004, *Arr.Cass.* 2004, afl. 3, 518.

⁵⁰⁰ Cass. AR P.04.1644.F, 2 maart 2005, *Arr.Cass.* 2005, afl. 3, 506, concl. VANDERMEERSCH, D.

⁵⁰¹ Cass. AR P.05.0119.F, 12 oktober 2005, *Arr.Cass.* 2005, afl. 10, 1903.

art. 147-152 Sw.). Voor artikel 147 Sw. is een bijzonder opzet vereist⁵⁰². Ook de rechtsleer is deze mening toegedaan⁵⁰³. Voor artikel 148 Sw. geldt een algemeen opzet⁵⁰⁴. En daar wrong vroeger het schoentje. Wanneer een agent de wet schond ten gevolge van een grove onachtzaamheid, dan kon noch de rechter het bewijs uitsluiten, noch kon de agent zelf gestraft worden. Dit leidde tot de mogelijkheid dat opsporingsinstanties zelf nauwelijks werden gestraft wanneer deze buiten de lijntjes kleurden en de rechtstaatgedachte niet opvolgden. In het merendeel zou louter een tuchtrechtelijke sanctie volgen. Door de aanpassing zal bij grove onachtzaamheid het bewijs nu wel nog kunnen worden uitgesloten. Het probleem blijft dat de feitenrechter niet verplicht is dit criterium te hanteren.

III.4 Recht op een eerlijk proces en het privéleven

172. ARREST KHAN⁵⁰⁵. Het EHRM stelt in de eerste plaats vast dat de Engelse praktijk van direct afluisteren, bij gebrek aan een wettelijk bindend en toegankelijke regeling op het ogenblik van het litigieus politieonderzoek, in strijd was met de legaliteitseis van artikel 8 EVRM. Daaropvolgend spreekt het Hof zich uit over de vraag of het gebruik, als enig bewijs, van materiaal dat bekomen werd met schending van artikel 8 EVRM, al dan niet verenigbaar is met de vereiste van eerlijke proces. In §30 komt het Hof tot de vaststelling dat de verzoeker niet eist dat artikel 6 EVRM een automatische uitsluitingsregel inhoudt, wanneer bewijs is verkregen met een schending van artikel 8 EVRM. Hij wil echter wel voor recht horen zeggen dat hij geen eerlijk proces heeft gehad omwille van het feit dat de uitsluitingsregel geen rekening houdt met een schending van artikel 8 EVRM. Daarbij herhaalt het EHRM zijn Schenk rechtspraak (zie randnummer 168):

“The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair.

(...)With specific reference to the admission of the contested tape recording, the Court notes that, as in the Schenk case, the applicant had ample opportunity to challenge both the authenticity and the use of the recording. He did not challenge its authenticity, but challenged its use at the voir dire and again before the Court of Appeal and the House of Lords. The Court notes that at each level of jurisdiction the domestic courts assessed the effect of admission of the evidence on the fairness of the trial by reference to section 78 of PACE, and the courts discussed, amongst other matters, the non-statutory basis for the surveillance. The fact that the applicant was at each step unsuccessful makes no difference.”

Uit het voorgaande mag worden besloten dat het EHRM zich niet uitspreekt over de vraag hoe de bewijsuitsluitingsregel al dan niet moet worden toegepast. Dat is een zaak van nationaal intern recht. Het EHRM kijkt enkel of proces in zijn geheel eerlijk is verlopen. Wanneer het individu in ieder

⁵⁰² Cass. 26 september 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 78; Cass. (2e k.) AR P.05.1685.F 27 juni 2007, *Arr.Cass.* afl. 6-7-8, 1469.

⁵⁰³ A.D. NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010. p. 13.

⁵⁰⁴ G. SMAERS en C. IDOMON, "Woonstschennis door openbare ambtenaren", *Comm.Straf.* 2013. p. 10-11.

⁵⁰⁵ EHRM 4 oktober 2000, nr. 35394/97, Khan/Verenigd Koninkrijk.

stadium de authenticiteit en het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal heeft kunnen aanvechten voor een rechter, dan is dit niet in strijd met artikel 6 EVRM. Dit blijkt dan ook het grootste pijnpunt te zijn van de Antigoondocctrine (zie randnummer 176).

173. ARREST P.G. & J.H.⁵⁰⁶ - ARREST ALLAN⁵⁰⁷ - ARREST HEGLAS⁵⁰⁸ - ARREST BYKOV⁵⁰⁹. Het EHRM heeft meermaals de ontkoppeling van mogelijke inbreuken op artikelen 8 EVRM en 6 EVRM toegepast. In deze arresten stelt het EHRM een inbreuk vast op het privé-leven. Vervolgens gaat het Hof enerzijds na of het bewijs is verkregen in strijd met het EVRM en anderzijds of de rechten van de verdediging zijn gerespecteerd. Hierbij kijkt het Hof in het bijzonder of de beklaagde in de gelegenheid is geweest de authenticiteit en het gebruik van bewijsmateriaal aan te vechten, of de uitspraken vrijwillig zijn gemaakt, of er geen sprake was van uitlokking en tot slot of de kwaliteit van het bewijsmateriaal voldoende is. Wanneer de klager in elk onderdeel van de interne procedure in de gelegenheid is gesteld hierover betwisting te voeren, besluit het EHRM dat er geen schending van artikel 6 EVRM kan worden weerhouden.

174. ARREST LEE DAVIES⁵¹⁰. In randnummer 160 werd het Cassatiearrest van 16 november 2004 besproken. Daarin stelt het Hof van Cassatie dat wegens gebrek aan wettelijke kader in het algemeen en een wettelijke sanctie in een welbepaalde wettekst in het bijzonder, de rechter beslist welke sanctie er wordt toegepast op onrechtmatig verkregen bewijs. Dit arrest wordt door het EHRM niet afgekeurd. Zowel de argumenten van de verzoeker als van de overheid zijn legitiem. Deze laatste stelt dat:

« 36. Enfin, le Gouvernement affirme qu'il n'y a aucun automatisme en ce qui concerne l'admissibilité des éléments de preuve irrégulièrement obtenus. Le principe demeure l'exclusion de la preuve entachée d'irrégularité surtout lorsqu'une disposition conventionnelle ou légale prévoit elle-même que la méconnaissance d'une formalité relative à l'obtention d'une preuve est prescrite à peine de nullité, lorsque l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve, soit lorsque l'utilisation de la preuve est incompatible avec le droit à un procès équitable. »

De verzoeker op zijn beurt argumenteert dat de rechter willekeurig de gevolgen van een onrechtmatigheid kan bestraffen. Hij haalt onder meer de mening van de minderheid in het Schenk en Khan arrest aan. Daarin wordt gesteld dat een procedure niets als eerlijk kan worden beschouwd wanneer de Staat een schending van een Verdragsrecht heeft begaan, zoals artikel 8 EVRM. Belangrijk is dat het Hof louter akte neemt van de Antigoondocctrine en zich er verder niet in verdiept.

« 47. La Cour note que la jurisprudence belge en la matière, qui semble bien établie et sur laquelle se fondaient les arrêts de la cour d'appel de Gand et de la Cour de cassation en

⁵⁰⁶ EHRM 25 september 2001, nr. 44787/98, P.G. en J.H./Verenigd Koninkrijk.

⁵⁰⁷ EHRM 5 februari 2003, nr. 48539/99, Allan/Verenigd Koninkrijk.

⁵⁰⁸ EHRM 9 juli 2007, nr. 5935/02, Heglas/Tsjechië.

⁵⁰⁹ EHRM 10 maart 2009, nr. 4378/02, Bykov/Rusland.

⁵¹⁰ EHRM 28 oktober 2009, nr. 18704/05, Lee Davies/België.

l'espèce, laisse au juge un large pouvoir d'appréciation pour atténuer voire, le cas échéant, effacer les conséquences des irrégularités affectant l'obtention d'une preuve. »

Tot slot eindigt het EHRM dat er geen schending is.

« 53. Or, en l'espèce, les circonstances dans lesquelles les éléments de preuve litigieux ont été recueillis ne font aucunement douter de leur fiabilité ou de leur exactitude. De plus, le requérant s'est vu offrir la possibilité de contester devant trois degrés de juridiction les éléments recueillis et les constatations faites et de s'opposer à leur utilisation, au sens de la jurisprudence précitée de la Cour.

54. Ainsi, la Cour considère que le bien-fondé de l'accusation pénale contre le requérant a été examiné équitablement, comme l'exige l'article 6 § 1, et qu'il n'y a donc pas eu violation de cet article. »

175. KRITIEK. Meer en meer wordt het criterium van het eerlijk proces in vraag gesteld als geschikt criterium. P. TRAEST stelt zich de vraag of artikel 6 EVRM wel een geschikt criterium is⁵¹¹. S VAN OVERBEKE betwijfelt of de Antigoon-criteria, en in het bijzonder het eerlijk proces, zoals deze op heden door het Hof van Cassatie werden uitgewerkt, wel een precieze en exhaustieve omschrijving bieden van de gevallen waarin de rechter kan overgaan tot bewijsuitsluiting⁵¹².

176. GEEN GESCHIKT CRITERIUM. Mijn inziens beschouw ik het eerlijk proces op zich niet als geheel onlogisch. Men moet de mogelijkheid hebben om gehoord te worden over een onrechtmatigheid in de bewijsverkrijging. Doch is dit criterium op zich ongeschikt om onrechtmatigheden heden ten dage uit te kunnen sluiten. Om te kijken of de rechter een onrechtmatigheid kan uitsluiten dient de rechter de Antigooncriteriën na te gaan. Daarbij zorgt het eerlijk proces ervoor dat men deze onrechtmatigheid in iedere aanleg kan weerleggen. Dit kan men doen door eerst kennis te krijgen van dit bewijs en vervolgens de mogelijkheid te krijgen om argumenten aan te brengen waarbij men de authenticiteit en het gebruik ervan kan aanvechten. In België zijn de procedures thans zou opgebouwd dat hieraan voldaan zal zijn. Bijgevolg is de conclusie dat er een onrechtmatigheid is die niet wordt gestraft met uitsluiting.

IV. OP STRAFFE VAN NIETIGHEID

IV.1 Algemeen

177. PRIMAIRE VORMVOORSCHRIFTEN. Antigoon zorgt enkel voor bewijsuitsluiting in geval van schending van primaire vormvoorschriften. Dit zijn de eigenlijke wettelijke vormvoorschriften waarvan de naleving door de wetgever zelf op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven. De wetgever heeft in dit geval elke beoordelingsvrijheid nopens de gevolgen van

⁵¹¹ P. TRAEST, "Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs: het Hof van Cassatie zet de bakens uit " (noot bij Cass. 14 oktober 2003), *T.Strafr.* 2004, afl. 2. p. 138.

⁵¹² S.V. OVERBEKE, "Het recht van verdediging: de verdediging van het onrecht? Over onrechtmatig verkregen bewijs, nietigheden en sancties in het strafproces" in *De wet voorbij*, Mortsel, Intersentia, 2010. p. 567.

onrechtmatigheid aan de rechter ontnomen⁵¹³. Bijgevolg vallen schendingen van substantiële⁵¹⁴ en secundaire⁵¹⁵ vormvoorschriften niet meer onder de eerste categorie van bewijsuitsluiting. Bewijs zal in dat geval slechts worden uitgesloten wanneer het de toets van de andere Antigooncriteria (de betrouwbaarheid en het recht op een eerlijk proces) niet kan doorstaan. Dit laatste stuit op heel wat kritiek doordat hierdoor het hele leerstuk inzake de substantiële vormvoorschriften wordt uitgehold⁵¹⁶. Aldus kunnen de gerechtelijke diensten heel wat essentiële vormvoorschriften “straffeloos” naast zich neer leggen (zie evenwel randnummer 171), aangezien een miskennis ervan vaak de betrouwbaarheid van het bewijs en het eerlijk proces niet zal aantasten.

178. ARBITRAIR. De werkelijke impact van deze uitsluitingsgrond is bijgevolg zeer beperkt. In het vooronderzoek zijn er heel weinig bepalingen die op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven⁵¹⁷. De door de rechterlijke macht in het leven geroepen substantiële vormvoorschriften, hebben als gevolg dat de wetgever tot 2003 nooit verplicht was om de nietigheidssanctie vanuit het perspectief van bewijsuitsluiting te bekijken⁵¹⁸. Bijgevolg is het lijstje niet coherent en dus arbitrair⁵¹⁹. Reeds in randnummer 160 werd aangehaald dat zelfs een inbreuk op een grondrecht (gewaarborgd door de Grondwet of het EVRM) niet langer tot uitsluiting dient te leiden, aangezien zij niet uitdrukkelijk op straffe van nietigheid zijn geformuleerd.

IV.2 Belang van een nietigheidssanctie

179. VOOR EN NADELEN. A. DE NAUW vat samen wat de voor en nadelen zijn van een wettelijk sanctiemechanisme⁵²⁰. In een gesloten wettelijk systeem van nietigheden, wordt het strafproces gezien als een vast scenario van handelingen, waarbij onregelmatigheden onvermijdelijk leiden tot sancties. De voordelen hiervan zijn uniformiteit en transparantie. Doordat de rechter gebonden is aan de wettelijk omschreven vormvereiste, kunnen de gevolgen van de niet-naleving op voorhand worden ingeschat en ligt voor elke verdachte de lat gelijk. Het strafprocesrecht is daarbij een eeuwige en evolutieve zoektocht naar het juiste evenwicht tussen efficiëntie in het

⁵¹³ P. TRAEEST, "De antigoonrechtspraak" in *CBR Jaarboek 2011-2012*, 2011-2012, Antwerpen, Intersentia, 2012. p. 342.

⁵¹⁴ Dit zijn vormvereisten die niet uitdrukkelijk in een wet omschreven zijn, maar waarvan de naleving door de rechtspraak als essentieel wordt geacht omdat ze een grondwettelijk recht waarborgen en een evenwichtige procesorde tot stand te brengen. Proceshandelingen die hiermee in strijd zijn zullen doorgaans door nietigheid worden aangetast.

⁵¹⁵ Dit zijn vormvereisten die noch door de wet, noch door het Hof van Cassatie als essentieel worden beschouwd, zodat de niet naleving niet per se met uitsluiting dient gesanctioneerd te worden.

⁵¹⁶ S.V. OVERBEKE, "Het recht van verdediging: de verdediging van het onrecht? Over onrechtmatig verkregen bewijs, nietigheden en sancties in het strafproces" in *De wet voorbij*, Mortsel, Intersentia, 2010. p. 549.

⁵¹⁷ M. STERKENS, "De gewijzigde cassatierechtspraak met betrekking tot de onrechtmatige bewijsverkrijging en de weerslag ervan op het vooronderzoek", *T.Strafr.* 2005, afl. 7, (508). p. 509.

⁵¹⁸ F. DERUYCK, "Wat krom is wordt recht. Over de bruikbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs." in *Postuniversitaire lessencyclus Willy Delva 2005-2006*, Mechelen, Kluwer, 2006. p. 212.

⁵¹⁹ D.D. WOLF, "V. Toelaatbaarheid van het bewijs en onrechtmatig verkregen bewijs" in *Handboek correctioneel procesrecht*, Mortsel, Intersentia, 2013. p. 272; P. TRAEEST, "De antigoonrechtspraak" in *CBR Jaarboek 2011-2012*, 2011-2012, Antwerpen, Intersentia, 2012. p. 343;

⁵²⁰ A.D. NAUW, "Is de bepaling van de gevolgen van de niet-naleving van strafprocessuele voorschriften geen gedeelde opdracht van de wetgever en van de rechter?", *Ius & Actores* 2011, afl. 3. p. 129-132.

onderzoek enerzijds en het scheppen van procedurele waarborgen voor de verdachte anderzijds. Deze waardeschaal dient in de eerste plaats beantwoord te worden door een democratisch gelegitimeerde meerderheid, in plaats van een (al dan niet alleenstaande) rechter. Daartegenover staat echter dat de wetgever niet meer in staat is om het strafprocesrecht duidelijk doordacht en efficiënt te structureren om een wildgroei aan tussenprocedures te vermijden. Bijgevolg is dit systeem niet bevorderlijk voor een efficiënt optreden van het gerecht en om voldoende flexibel in te spelen op nieuwe noodzakelijke trends in de opsporing. Het is verkieselijk dat de rechter armslag behoudt bij het beoordelen van de gevolgen van onrechtmatigheden in het strafgebeuren, omdat hij best geplaatst is om tot een concrete afweging van de in het geding zijnde belangen te komen⁵²¹. Een rigide legaliteit in een strafrechtelijk vooronderzoek zal het aantal gevallen van bewijsuitsluiting op de spits drijven, waardoor het in de sporen dreigt vast te lopen⁵²².

180. RELEVANTIE NIETIGHEIDSSANCTIE. Prima facie zou een rechtssubject de mening toegedaan zijn dat een schending van diens grondrechten streng moet worden gestraft. De (grond)wetgever zou voor elk vormvoorschrift dat hij essentieel acht, de nietigheidssanctie dienen voor te schrijven. Immers het belang van iemands grondrechten mag niet worden ontkend en schending ervan dient streng gestraft te worden. Aldus wil diegene wiens privacy is geschonden teruggebracht worden naar die situatie waarin hij zich bevond, vóórdat de ongerechtvaardigde inmenging plaatsvond. De opsporingsambtenaar diende zich echter maar aan de regels te houden. In randnummer 158 werd reeds vooropgesteld dat dit herstelargument in het straf(proces)recht problematisch is. Bijgevolg is er rechtsleer die pleit voor een strafprocedure zonder nietigheden⁵²³. Hierbij wordt gesteld dat de nietigheidssanctie de aandacht afleidt van datgene waarover het echt dient te gaan, nl. het antwoord op de vraag of het werkelijk de bedoeling is dat bewijs dat werd verzameld met miskennis van de bewuste voorwaarde, naar de papierversnipperaar moet worden verwezen. Het valt niet (meer) te verantwoorden om een miskennis van een vormvoorschrift automatisch met nietigheid te sanctioneren. Immers tast niet elke miskennis van een vormvereiste de inhoud van het beschermt grondrecht aan. Bovendien is er geen enkele tak van het recht waarin nietigheden in hun blinde gestrengheid zonder enige nuance worden toegepast: er wordt, afhankelijk van de rechtstak, onderscheid gemaakt tussen absolute of relatieve nietigheden, nietigheden van openbare orde of nietigheden die louter de partijbelangen raken en kunnen worden gedekt enz.

IV.3 Rechtspraak Grondwettelijk Hof

181. ARREST 148/2017⁵²⁴. Het arrest behandelt in B.23 tot en met B.29 de afschaffing van de nietigheidssanctie in het geval van een gebrek in de beschikking waarbij het afluisteren en opnemen

⁵²¹ X, "Conclusie advocaat-generaal M. DE SWAEF voor Cass. 14 oktober 2003", *R.W.* 2003, afl. 21, p. 816.

⁵²² J.V. DONINCK, "Onrechtmatig bewijs in strafzaken: van dogmatisme naar pragmatisme" in *La justice : enjeux et perspectives de demain - Justice : vraagstukken en perspectieven voor morgen*, Limal, Anthemis, 2013, p. 13.

⁵²³ S.V. OVERBEKE, "Het recht van verdediging: de verdediging van het onrecht? Over onrechtmatig verkregen bewijs, nietigheden en sancties in het strafproces" in *De wet voorbij*, Mortsel, Intersentia, 2010, p. 550 e.v.

⁵²⁴ GwH 21 december 2017, nr. 148/2017.

van communicatie wordt toegestaan. Potpourri II verwijderde dit primair vormvoorschrift uit artikel 90^{quater} Sv. Artikel 90^{ter} Sv. e.v. dient voornamelijk ter bestrijding van zwaar georganiseerde misdaad en een automatische nietigheid houdt geen rekening met het zoeken naar een noodzakelijk evenwicht tussen het privéleven en een efficiënte bestrijding van dergelijke criminaliteit⁵²⁵. Daarbij wordt vooropgesteld dat procedureregels in essentie “een vorm” zijn die “een inhoud” moeten beschermen. Het is niet omdat de vorm op een bepaald moment aangetast kan zijn, dat de inhoud daardoor waardeloos wordt.

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

Aldus blijft het niet naleven van de vormvereisten van artikel 90^{quater} Sv. een onwettig handelen. Bijgevolg zijn de vormvoorwaarden die het recht op het privéleven dienen te beschermen op zich niet aangepast. Wel zal een schending van deze vormvoorwaarden anders gesanctioneerd worden. In plaats van een automatische nietigheid van het bewijs stelt het Hof dat de rechter deze (on)wettigheid tegen het licht van artikel 32 VT.Sv. dient te houden. Verder wordt eraan herinnerd dat het onwettig optreden zelf strafbaar is, en dat de verdachte zich burgerlijke partij kan stellen om schadeloos gesteld te worden (*randnummer 171*):

B. 27.2. (...) Elke maatregel inzake het afluisteren of opnemen van communicatie die met schending van de wettelijke voorschriften zou zijn uitgevoerd, kan als onwettig worden beschouwd en aanleiding geven tot de toepassing van artikel 259bis van het Strafwetboek ten aanzien van de ambtenaar van de openbare macht, alsook tot het herstel ten aanzien van de persoon wiens recht op de bescherming van het privéleven zou zijn geschonden.

Tot slot gaat de verzoekende partij er vanuit dat de wetgever, door de automatische nietigheid op te heffen, een procedure van controle a priori heeft afgeschafte die noodzakelijk is om te waarborgen dat de inmenging in het recht op het privéleven noodzakelijk is in een democratische samenleving. Het Hof besluit dat de verzoekende partij zich vergist en vormvoorwaarden als waarborg ter bescherming van het privéleven, verwacht met de sanctie voor het niet naleven van die vormvoorwaarden. Zoals de memorie van toelichting zegt, zijn immers de vormvoorwaarden zelf

⁵²⁵ MvT bij het wetsontwerp van 23 oktober 2015 houdende wijzigingen van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie, *Parl.St.*, Kamer 2015-16, nr. 54 1418/001, (4) 62.

die het recht op het privéleven beschermen niet gewijzigd. Louter de sanctie voor het niet naleven ervan is geschrapt.

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

De conclusie is dat de bestaande procedure in artikel 90*ter* Sv. e.v. op zich gepaste en gelijkwaardige waarborgen biedt om de rechten van het individu te vrijwaren. Dat de sanctie daarin gewijzigd is doet daaraan geen afbreuk.

V. CONCLUSIE

182. PRIVACY ALS ONDERDEEL VAN ANTIGOON. Veel onderzoeksmaatregelen hebben eerder een impact op de privacy of de menselijke waardigheid en integriteit. Het EHRM stelt vast dat een schending van de menselijke waardigheid in artikel 3 EVRM automatisch een schending inhoudt van artikel 6, lid 2 EVRM⁵²⁶. Echter gaat dit niet op voor artikel 8 EVRM. Daarvan is vastgesteld dat het EHRM deze twee ontkoppelt. Aldus kan de wetgever hierin een oplossing bieden door artikel 32 VT.Sv. aan te vullen met een 4^{de} criterium. Dit criterium zal de mogelijkheid bieden om bewijs uit te sluiten indien de uitoefening van een onderzoeksmaatregel niet gelegitimeerd is volgens de voorwaarden omschreven in lid 2 van artikel 8 EVRM. Zo geeft de wetgever de rechter een bijkomende armslag om te bepalen of de afweging tussen het legitiem belang en het privéleven wel proportioneel is.

183. WETGEVER DIENT TE BESLISSEN. Doch dient er een politieke meerderheid te zijn om artikel 32 VT.Sv. te kunnen wijzigen. Zolang deze wetwijziging niet is doorgevoerd, heeft de wetgever ook nog de mogelijkheid om artikel per artikel na te gaan welke elementen zij dermate belangrijk vindt en ze op straffe van nietigheid voorschrijft. Uit de rechtspraak van het EHRM is duidelijk af te leiden dat deze voorwaarden vermeldt in artikel 90*quater* Sv. belangrijke waarborgen zijn om misbruik van de overheid tegen te gaan. De wetgever heeft hier echter beslist om het niet naleven van deze voorwaarden niet meer automatisch te bestraffen met de nietigheid, maar deze bestraffing over te laten aan het oordeel van de rechter. Het lijkt mij dan ook zinvol om deze rechter de mogelijkheid te geven om dergelijk bewijs uit te kunnen sluiten, wanneer de begane onregelmatigheid niet in verhouding staat met het belang van het privéleven van de rechtzoekende. Om dit mogelijk te maken dient artikel 32 VT.Sv. aangepast te worden.

⁵²⁶ EHRM 28 oktober 2009, nr. 18704/05, Lee Davies/België. §45.

EINDCONCLUSIE

184. HOOFDSTUK 1 EN 2. Het nut van grondrechten is voornamelijk om de wetgever aan het belang van bepaalde fundamentele waarden te herinneren. Zowel de nationale als de internationale (grond)wetgevers laten een zeer brede conceptuele ruimte bestaan waarbinnen het grondrecht een betekenis kan worden gegeven. In tijden van onzekerheid wil de burger echter ook een gevoel van veiligheid. Deze veiligheid kan gepaard gaan met maatregelen die deze fundamentele waarden doorkruisen. Aldus zijn grondrechten voor de rechtsonderhorige een belangrijk middel om een al te ijverige overheid van zich af te weren. In het bijzonder in het strafprocesrechtelijk vooronderzoek, waarbij bewijs wordt verzameld over gepleegde en te plegen misdrijven, is het van groot belang dat rechtsonderhorigen nog over enige privacy kunnen beschikken.

De rechtsonderhorige heeft twee beschermingsmogelijkheden. Wanneer zijn grondrechten door de nationale wetgever worden geschonden, kan hij beroep doen op een centraal toetsingssysteem bij het Grondwettelijk Hof. Dit Hof zal het wettelijk kader toetsen aan de grondrechten *sensu stricto*. Via het systeem van samenlezen van analoge grondrechten, breidt het zijn toetsingsmaatstaf uit naar grondrechten *sensu lato* en geeft het oude begrippen in de Grondwet een meer recentere inhoud. Thans krijgt dit grondrecht *sensu stricto* een ruimere interpretatie die in lijn is met de rechtspraak van het EHRM. Anderzijds kunnen de grondrechten ook door de actoren van het strafproces geschonden worden. Deze schendingen kunnen via het diffuus toetsingssysteem bij de gewone rechtbanken en hoven afgedwongen worden. Deze laatste hebben enkel de bevoegdheid om te toetsen aan de grondrechten *sensu lato*. Wanneer alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput, kan de rechtsonderhorige (in sommige gevallen) nog zijn recht voor het EHRM afdwingen.

Wanneer men alle onderzoeksmaatregelen nagaat die de wetgever uitwerkt of die het parket en de onderzoeksrechter in het vooronderzoek kunnen aanwenden, dan stelt men vast dat het merendeel ervan een mogelijke inbreuk op de privacy inhoudt. Het recht op het privéleven staat aldus lijnrecht tegenover het recht van de Staat om bewijs te verzamelen. Anders verwoord kan de vraag gesteld worden hoe ver de Staat mag gaan in het verzamelen van bewijsmateriaal zonder het privéleven te schenden. Gelet op het feit dat het privéleven een relatief grondrecht is, zijn inmengingen toegestaan. Hiervoor zal een Staat moeten voldoen aan de beperkings- of escapeclausule van artikel 8 EVRM. Het EHRM vereist opdat een inmenging in een vrijheid mogelijk is, dat hiervoor drie rechtvaardigingscriteria zijn nageleefd. Met name gaat het om de legaliteitstoets, de legitimiteitstoets en de noodzakelijkheidstoets.

185. HOOFDSTUK 3. Uit rechtspraak van het EHRM blijkt dat de drie rechtvaardigingscriteria van artikel 8 EVRM eng geïnterpreteerd dienen te worden. Inmengingen in rechten en vrijheden zijn, in tegenstelling tot een politiestaat, alleen aanvaardbaar voor zover deze strikt noodzakelijk zijn om democratische instellingen te beschermen. De meest ingrijpende maatregelen zijn dan ook diegene die heimelijk worden uitgevoerd. Hiervoor vereist het criterium van “de voorzienbaarheid”

dat er een wettelijk kader wordt gecreëerd. Hoe specifiek en accuraat de formulering ervan moet zijn hangt af van inmenging tot inmenging. Hoe indringender de inmenging, hoe minutieuzer de wetgeving moet zijn geformuleerd. Dit laat ook toe dat de rechtbanken en hoven de procedure tot het aanvragen en het uitvoeren van dergelijke maatregelen kunnen evalueren. Immers vereist het criterium van “de rechtstaatgedachte” dat de procedure tot het aanvragen en uitvoeren van deze maatregel op zich reeds voldoende geschikte waarborgen tegen misbruik bevat. Het Hof houdt daarbij rekening met een aantal criteria die minimaal in de wet moeten worden omschreven. Het gaat om (i) de aard van het misdrijf, (ii) of een rechter de maatregel voorafgaandelijk dient te machtigen, (iii) de personen die aan de maatregel kunnen worden onderworpen, (iv) de duurtijd van de maatregel, (v) de procedure waarbij het onderzoek naar, het gebruik, het doorsturen en de opslag van de (verkrege)n data wordt gecontroleerd, (vi) aanwezige voorzorgsmaatregelen voor het verwerken van data van andere personen dan degene die aan de maatregel worden onderworpen en (vii) de omstandigheden waarin de verkregen data moet worden gewist of vernietigd. Daarnaast vereist de rechtstaatgedachte ook dat er wordt voorzien in een procedure die een effectief (jurisdictioneel) toezicht toelaat. Dit zorgt ervoor dat de noodzakelijkheidsvereiste ook voor de wetgever geldt. Zo kunnen bepaalde wettelijke onderzoeksmaatregelen goed bedoeld zijn om misdrijven te bestrijden maar - bij gebrek aan evaluatie - een duurzame inmenging vormen in het privéleven wegens gebrek aan wijziging. Dit criterium kan eventueel als een gedegen alternatief worden aanzien, om er voor te zorgen dat de wettelijke onderzoeksmaatregel niet de nieuwe standaard wordt.

Het criterium waar het meeste belang aan wordt gehecht, en in het bijzonder in een aangelegenheid dat gevoelig is voor misbruik, is de rechterlijke controle. De rechter is namelijk de beste bescherming inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Ook het Grondwettelijk Hof hecht aan dit element bijzonder veel waarde. Doch is dit niet de enige mogelijke bescherming. Andere instellingen die ook aan deze criteria voldoen, kunnen evenzeer een geschikte waarborg tegen misbruik vormen. Het gegeven dat een rechter een belangrijke schakel vormt, komt niet alleen terug met betrekking tot heimelijke maatregelen. Ook inzake huiszoekingen vormt een voorafgaand rechterlijk dwangbevel een belangrijke voorwaarde als waarborg tegen misbruik. Dit geldt in het bijzonder wanneer de wettekst een te ruime keuzevrijheid laat aan de overheid. Anderzijds kan dit ook gecompenseerd worden door een rechterlijk toezicht achteraf. Daarbij is het belangrijk in het achterhoofd te houden dat dit slechts één element is bij de beoordeling van het Hof.

De Belgische wetgeving voldoet grotendeels aan de vereisten van het EHRM. Doch dient vastgesteld te worden dat enkele zaken doch best door de wetgever aangepakt kunnen worden. Zo dient vastgesteld te worden dat op vandaag de wetgeving geen specifieke bepalingen bevat in verband met huiszoekingen die worden uitgevoerd bij personen met een bepaald beroepsgeheim. Dit kan immers verregaande gevolgen hebben voor de cliënten van de betrokken personen. Ook met betrekking tot het opslaan en bewaren van persoonsgegevens, kan vastgesteld worden dat het Wetboek nalaat om hiervoor in duidelijke bewaartermijnen te voorzien.

186. HOOFDSTUK 4. Onderzoekende actoren bezitten een appreciatiemarge wanneer zij bepaalde ingrijpende maatregelen willen hanteren. Deze appreciatiemarge is groter wanneer er een ruime consensus is tussen de lidstaten over de betrokken inmenging. De redenen waarom instanties een dwangmaatregel hebben toegepast moeten relevant en voldoende zijn. Immers moet het opsporen van misdrijven beperkt worden tot hetgeen noodzakelijk is in een democratische samenleving. Het al te ijverig hanteren van bepaalde maatregelen kan er voor zorgen dat een rechtsonderhorige zijn privéleven wordt geschonden.

Ook hier onderzoekt het EHRM of de praktijk (bij gebrek aan wettelijke waarborgen) wel voldoende waarborgen bevat tegen misbruik van de overheid. Bij gebrek aan wettelijke waarborgen met betrekking tot de huiszoeking van personen met een beroepsgeheim, is het van groot belang dat de praktijk hieraan tegemoet komt. Zo niet kan dit tot een veroordeling leiden.

Wanneer voldoende waarborgen aanwezig zijn, dient voor het overige nog een balans gevonden te worden tussen het recht van het individu (lid 1) en het recht van de overheid om dit te beperken (lid 2). Hoe deze balans gevonden moet worden is echter niet duidelijk. Enkel met betrekking tot medische gegevens heeft het EHRM duidelijk vooropgesteld dat het belang om medische gegevens te beschermen zwaarder zal doorwegen in de zoektocht naar een proportionele balans. Voor het overige kan deze balans de facto van rechter tot rechter verschillen, wat de rechtszekerheid niet altijd ten goede komt.

187. HOOFDSTUK 5. Wanneer een actor van het vooronderzoek een dwangmaatregel gebruikt op een wijze die lid 2 van artikel 8 EVRM schendt, dan is het bewijs dat daaruit voortspruit onregelmatig verkregen. Sinds het Antigoonarrest leidt deze onregelmatigheid niet meer automatisch tot uitsluiting. Enkel wanneer de naleving van bepaalde vormvoorwaarden voorgeschreven worden op straffe van nietigheid, wanneer de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast of wanneer het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces, zal een uitsluiting mogelijk zijn. Bij gebrek aan wetgevend optreden zal het bewijs in bijna alle gevallen voldoen aan de andere twee voorwaarden. Daar zit hem nu net het probleem. Dit zou er toe kunnen leiden dat actoren het toch niet altijd even nauw zullen nemen met de strafprocesrechtelijke spelregels. Op deze manier bestaat de kans dat dit recht in sommige gevallen toch volledig uitgehold kan worden.

Bijgevolg is het Belgisch sanctiemechanisme onvolledig. Een verregaande inmenging in het privéleven hoort niet bij één van de drie uitsluitingsgronden. Dit kan in sommige gevallen dan ook een groot pijnpunt vormen. Desgevallend zal de wetgever maatregel per maatregel moeten herbekijken of een nietigheidssanctie niet vereist is. Gelet op de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, kan men zich de vraag stellen of de wetgever hiertoe wel zal overgaan. Immers doet het schrappen van de nietigheidssanctie geen afbreuk aan de wettelijke waarborgen die de rechten van het individu vrijwaren. Anderzijds kan artikel 32 VT.Sv. aangepast worden, zodoende dat rechters een bijkomende armslag hebben om te bepalen of bewijs al dan niet zou moeten worden uitgesloten.

BIBLIOGRAFIE

I. RECHTSLEER

ALEN, A. en CLEMENT, J., "De hiërarchie der rechtsnormen" in *Themis 36 - Staatsrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2006, 5-27.

ALEN, A., CLEMENT, J., HAEGENDOREN, G.V. en NIEUWENHOVE, J.V., *Handboek van het Belgische staatsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995.

ALEN, A., CLEMENT, J., VAN HAEGENDOREN, G. en VAN NIEUWENHOVE, J., *Handboek van het Belgische staatsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995.

ALEN, A. en MEERSSCHAUT, F., "De prejudiciële vraagstelling aan het Arbitragehof" in ALEN, A. en LEMMENS, P. (eds.), *Staatsrecht*, Brugge, Die Keure, 2003, 5-41.

ALEN, A. en MUYLLE, K., *Handboek van het Belgisch Staatsrecht* Mechelen, Kluwer 2011.

ALEN, A., MUYLLE, K. en VERRIJDT, W., "De verhouding tussen het Grondwettelijk Hof en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens" in *Leuvense staatsrechtelijke standpunten 3*, Brugge, die Keure / la Charte, 2012, 3-46.

BANTEKAS, I. en OETTE, L., *International human rights law and practice*, New York, Cambridge University Press, 2013.

BERNEMAN, S., "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal: Een inleiding tot het Antigoonarrest van 14 oktober 2003", *T.Strafr.* 2004, afl. 1, 2-39.

BERNEMAN, S., "Van relativering naar rationalisering van de bewijsuitsluitingsregel", *T.Strafr.* 2005, afl. 7, 487-507.

BOSSUYT, M., "Prejudiciële vragen voor het Grondwettelijk Hof" in TAELEMAN, P. (ed.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2016, 3-35.

BREMS, E., "Universele grondrechten", *Nederlands Juristenblad* 2010, afl. 1, 19-21.

BREMS, E., CHAIB, S.Q., SMET, S. en TIMMER, A., "Privéleven en gezinsleven" in GERARDS, J., VELDE, J.V.D., WOLTJER, A. en TJEPKEMA, M. (eds.), *EVRM: Rechtspraak & Commentaar.*, Den Haag, SdU Uitgevers, 2010.

BREWAEYS, E., "Niet elke onregelmatigheid leidt tot verwerping bewijs", *De Juristenkrant* 2003, afl. 79, 1 en 4.

CLAYTON, R. en TOMLINSON, H., *Privacy and freedom of expression*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2010.

CLOOTS, E., "Samenloop van grondrechten. Is het einde van de 'guerre des juges' nabij?", *TBP* 2006, afl. 5, 259-272.

CONINGS, C., "Hoofdstuk I. Huidig problematisch kader" in *Klassiek en digitaal speuren naar strafrechtelijk bewijs*, Mortsel, Intersentia, 2017, 23-379.

CONINGS, C., "Hoofdstuk II. Normatief kader" in *Klassiek en digitaal speuren naar strafrechtelijk bewijs*, Mortsel, Intersentia, 2017, 379-595.

D'ESPALLIER, A., WOUTERS, J. en SOTTIAUX, S., "2. Doorwerking van de rechten van het IVRPH" in *De doorwerking van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap*, Mortsel, Intersentia, 2014, 5-57.

DAMBRE, M., "Het grondrecht op wonen: bronnen en doorwerking in de rechtspraak" in *125 jaar nabijheidsrechters / 125 ans de justice de proximité. Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2017 / Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters 2017*, Brugge, die Keure / la Charte, 2017, 215-265.

DE FEYTER, K., "Lang zal ze leven de universele verklaring van de rechten van de mens: verleden en heden" in *60 jaar Universele Verklaring van de Rechten van de Mens*, Mortsel, Intersentia, 2008, 9-18.

DE HERT, P., WEIS, K., HOLVOET, M. en VAN CAENEGHEM, J., "Hoofdstuk 2. Internationaal en Europees strafrecht: geschiedenis en instellingen" in *Handboek internationaal en Europees strafrecht*, Mortsel, Intersentia, 2014, 29-103.

DEBAEDTS, F. en SMETS, J., *Prejudiciële vragen aan het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Wolters Kluwer, 2016, 343 p.

DELPÉRÉE, F., *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

DERUYCK, F., "Wat krom is wordt recht. Over de bruikbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs." in *Postuniversitaire lessencyclus Willy Delva 2005-2006*, Mechelen, Kluwer, 2006, 201-231.

DERUYCK, F., "Hoofdstuk V: Het gerechtelijk onderzoek" in *Overzicht van het Belgisch strafprocesrecht (2017)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2017, 121-197.

DOCQUIR, B. en POULLET, Y., *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, Larcier, 2008.

DONINCK, J.V., "Onrechtmatig bewijs in strafzaken: van dogmatisme naar pragmatisme" in *La justice : enjeux et perspectives de demain - Justitie : vraagstukken en perspectieven voor morgen*, Limal, Anthemis, 2013, 5-19.

DRAGSTRA, L., EFTHYMIIOU, N.S., HINS, A.W., DE LANGE, R., BELINFANTE, A.D. en DE REEDE, J.L., *Beginselen van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2012.

DROOGHENBROECK, S.V., "L'article 187 de la Constitution ", *Rev.b.dr.const.* 2006, afl. 3, 293-297.

DUJARDIN, J., VANDE LANOTTE, J., GOOSSENS, J. en GOEDERTIER, G., "GRONDRECHTEN" in *Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2014, 191-199.

DUJARDIN, J., VANDE LANOTTE, J., GOOSSENS, J. en GOEDERTIER, G., "GRONDWET" in *Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2014, 199-221.

DUJARDIN, J., VANDE LANOTTE, J., GOOSSENS, J. en GOEDERTIER, G., "GRONDWETTELIJK HOF" in *Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2014, 221-235.

DUJARDIN, J., VANDE LANOTTE, J., GOOSSENS, J. en GOEDERTIER, G., "PARLEMENT" in *Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2014, 303-321.

DUJARDIN, J., VANDE LANOTTE, J., GOOSSENS, J. en GOEDERTIER, G., "PREJUDICIËLE VRAAG" in *Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2014, 329-333.

DUJARDIN, J., VANDE LANOTTE, J., GOOSSENS, J. en GOEDERTIER, G., "RECHTSSTAAT" in *Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2014, 367-370.

DUJARDIN, J., VANDE LANOTTE, J., GOOSSENS, J. en GOEDERTIER, G., "SCHEIDING DER MACHTEN" in *Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2014, 399-407.

DUJARDIN, J., VANDE LANOTTE, J., GOOSSENS, J. en GOEDERTIER, G., "VERDRAG" in *Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2014, 427-435.

DUJARDIN, J., VANDE LANOTTE, J., GOOSSENS, J. en GOEDERTIER, G., "WALEFFE-ARREST" in *Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2014, 451-455.

EECKHOUTTE, D.V. en VANDAELE, A., "Doorwerking van internationale normen in de Belgische rechtsorde" in *Themis 13 - Internationaal en Europees recht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2002, 5-32.

FOURIE, C., "De "Krakerswet" van 18 oktober 2017: de rechten en titels over onroerende goederen verzoend met het grondrecht op wonen? ", *T.Vred.* 2018, afl. 3-4, 102-119.

GERITS, R., "De 'staat van oorlog' en de 'staat van beleg': uitzonderingsregimes die aan een herziening toe zijn" in *Uitzonderlijke omstandigheden in het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2019, 51-108.

GLAS, L.R., *The theory, potential and practice of procedural dialogue in the European Convention on Human Rights System*, Antwerpen, Intersentia, 2016.

GUTWIRTH, S., *Privacyvrijheid! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Amsterdam, Cramwinckel, 1998.

GUTWIRTH, S. en HERT, P.D., "Privacy, data protection and law enforcement. Opacity of the individual and transparency of power." in CLAES, E., DUFF, A. en GUTWIRTH, S. (eds.), *Privacy and the criminal law*, Antwerp, Intersentia, 2006.

HAECK, Y., "II. Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens" in *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (2de editie)*, Mortsel, Intersentia, 2011, 0-133.

HAECK, Y., "IV. Procedure voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens" in *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (2de editie)*, Mortsel, Intersentia, 2011, 0-270.

HAECK, Y. en LANOTTE, J.V., "De Raad van Europa" in *Handboek EVRM, Deel 1*, Mortsel, Intersentia, 2005, 31-57.

HAECK, Y. en LANOTTE, J.V., "Ontstaansgeschiedenis, ondertekening en inwerkingtreding van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens" in *Handboek EVRM, Deel 1*, Mortsel, Intersentia, 2005, 57-85.

HAECK, Y. en LANOTTE, J.V., "Rechten en vrijheden – Aard – Reikwijdte – Beperkingen" in *Handboek EVRM, Deel 1*, Mortsel, Intersentia, 2005, 85-175.

HERT, P.D., *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht : de bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys en Breesch, 1998, 367 p.

HOECKE, M.V., "Het begrip mensenrechten-grondrechten in de Oost-Europese landen", *Studio diplomatica* 1979, afl. 5, 535-549.

HOECKE, M.V., "Mensenrechten en natuurrecht" in PARMENTIER, S. (ed.), *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, Gent, Mys & Breesch, 1994.

JONCKHEERE, M.D., "I. Het begrip recht" in *Inleiding tot het recht*, Brugge, die Keure / la Chartre, 2018, 3-8.

KACZOROWSKA, A., *Public international law*, New York, Abingdon, 2015.

KELLER, H. en STONE SWEET, A., *A Europe of rights : the impact of the ECHR on national legal systems*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2008.

KILKELLY, U., *The right to respect for private and family life. A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, 2001; <https://rm.coe.int/168007ff47>.

KLERK, Y.S., *Het ECRM-toezichtmechanisme : verleden, heden, toekomst*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1995.

KRABBE, H.G.M., "Artikel 8: de eerbiediging van het privé-leven" in HARTEVELD, A.E., KEULEN, B.F. en KRABBE, H.G.M. (eds.), *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 1996.

KUTY, F., "Le droit de la preuve à l'épreuve des juges", *JT* 2005, afl. 6182, 349-355.

LANOTTE, J.V. en HAECK, Y., *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar (Volume I)*, Antwerpen, Intersentia, 2004.

LEJEUNE, Y., *Droit constitutionnel belge : fondements et institutions*, Bruxelles, Larcier, 2017.

LEMMENS, P., "Het recht op een eerlijk proces volgens artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens" in TAELEMAN, P. (ed.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2016, 749-798.

LEYS, W.-J., "De Marge van Appreciatie en de Wet van de Luidste. Terughoudendheid in de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens verklaard aan de hand van speltheoretische logica ", *Jura Falc.* 2016, afl. 2, 275-299.

MARSHALL, D. en THOMAS, T., *Privacy and criminal justice*, Cham, Switzerland, Palgrave Macmillan, 2017, 326 p.

MARTYN, G. en OPSOMMER, R., "Hoofdstuk 4. De Late Middeleeuwen: soevereiniteitsaanspraken versus communalisme, constitutionalisme en parlementarisme" in *Geschiedenis van het publiekrecht en van de politiek*, Brugge, die Keure / la Chartre, 2014, 85-123.

MARTYN, G. en OPSOMMER, R., "Hoofdstuk 5. De Vroegmoderne Tijd: ontwikkeling van de soevereine nationale staat" in *Geschiedenis van het publiekrecht en van de politiek*, Brugge, die Keure / la Chartre, 2014, 123-154.

MARTYN, G. en OPSOMMER, R., "Hoofdstuk 6. Revoluties luiden de doodslok over het Ancien Régime" in *Geschiedenis van het publiekrecht en van de politiek*, Brugge, die Keure / la Chartre, 2014, 155-177.

MAST, A. en DUJARDIN, J., *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gent, Story-Scientia, 1985, 617 p.

MENSEL, A.V., *De Belgische federatie : het labyrinth van Daedalus : een artikelsgewijs commentaar van de Belgische grondwet*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 433 p.

MOONEN, T., *De keuzes van het Grondwettelijk Hof*, Brugge, Die Keure, 2016.

NAUW, A.D., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010.

NAUW, A.D., "Is de bepaling van de gevolgen van de niet-naleving van strafprocessuele voorschriften geen gedeelde opdracht van de wetgever en van de rechter?", *Ius & Actores* 2011, afl. 3, 113-132.

OVERBEKE, S.V., "Het recht van verdediging: de verdediging van het onrecht? Over onrechtmatig verkregen bewijs, nietigheden en sancties in het strafproces" in *De wet voorbij*, Mortsel, Intersentia, 2010, 537-573.

POLAKIEWICZ, J. en BLACKBURN, R., *Fundamental rights in Europe : the European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

PEPELIER, P., *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997.

PEPELIER, P., "Inleiding. De "soevereine" wetgever en de verloren onschendbaarheid van zijn wetten" in *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Mortsel, Intersentia, 2008, 1-32.

PEPELIER, P., "Rechtswegen" in *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Mortsel, Intersentia, 2008, 165-272.

PEPELIER, P., "Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet?", *R. W.* 2009-10, afl. 2, 50-62.

PEPELIER, P., "Wie verdedigt (de noodtoestand in) België?", *Rechtskundig Weekblad (RW)* 2016, afl. 09, 322-323.

ROTHWELL, D.R., KAYE, S., AKHTARKHAVARI, A. en DAVIS, R.A., *International law : cases and materials with Australian perspectives*, Port Melbourne, Cambridge University Press, 2014.

RUYS, T., *Inleiding tot het internationaal recht*, Gent, VRG, 2017.

SCHABAS, W., *The European Convention on Human Rights : a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

SCHOKKENBROEK, J.G.C., *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1996.

SCHRAM, F., *Privacy & persoonsgegevens : algemeen handboek*, Brussel, Politeia, 2017.

SCHUERMANS, F., "Cassatie wil af van terreur van procedure", *De Juristenkrant* 2004, afl. 89, 1 en 6.

SCHUERMANS, F., "De nieuwe cassatierechtspraak inzake de sanctionering van het onrechtmatig verkregen bewijs: doorbraak of bres?" (noot bij Cass. 14 oktober 2003), *R.A.B.G.* 2004, afl. 6, 337-357.

SHAW, M.N., *International law*, Cambridge, Cambridge university press, 2017.

SIMMA, B., MOSLER, H., PAULUS, A. en CHAITIDOU, E., *The Charter of the United Nations : a commentary*, Oxford, Oxford university press, 2012.

SMAERS, G. en IDOMON, C., "Woonstschennis door openbare ambtenaren", *Comm.Straf.* 2013, 17.

SMAERS, G. en IDOMON, C., "Woonstschennis door particulieren", *Comm.Straf.* 2013, 21.

SMET, B.D., "De handhaving en relativering van strafvorderlijke voorschriften" in TRAEST, P. en NAUW, A.D. (eds.), *Strafrecht: Wie is er bang van het Strafrecht?*, Gent, Mys en Breesch 1998.

SMET, B.D. en RIMANQUE, K., *Het recht op behoorlijke rechtsbedeling : een overzicht op basis van artikel 6 EVRM*, Antwerpen, Maklu, 2002.

SMIS, S., VAN LAETHEM, K., JANSSENS, C. en MIRGAUX, S., "Hoofdstuk I: Algemene beginselen en grondslagen van de rechten van de mens" in *Handboek mensenrechten*, Mortsel, Intersentia, 2011, 1-80.

SMIS, S., VAN LAETHEM, K., JANSSENS, C. en MIRGAUX, S., "Hoofdstuk II: Het mensenrechtensysteem van de Verenigde Naties" in *Handboek mensenrechten*, Mortsel, Intersentia, 2011, 81-213.

SOTTIAUX, S., "Nood aan een noodgrondwet? ", *De Juristenkrant* 2015, afl. 319, 12-13.

SOTTIAUX, S., "Hoofdstuk I. Algemene leerstukken" in *Grondwettelijk recht*, Mortsel, Intersentia, 2016, 287-353.

SOTTIAUX, S., "Hoofdstuk II. Overzicht van enkele belangrijke grondrechten" in *Grondwettelijk recht*, Mortsel, Intersentia, 2016, 353-437.

STAAL, C.J., *De vaststelling van de reikwijdte van de rechten van de mens*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1995.

STEIN, E. en FRANK, G., *Staatsrecht*, Tübingen, Mohr, 2000.

STERKENS, M., "De gewijzigde cassatierechtspraak met betrekking tot de onrechtmatige bewijsverkrijging en de weerslag ervan op het vooronderzoek", *T.Strafr.* 2005, afl. 7, 508-517.

STUYCK, C., "Antigoon, het spookt voor de grondrechten" (noot bij Antwerpen (9e k.) 23 april 2008), *Limb.Rechtsl* 2009, afl. 1, 51-54.

TRAEST, P., "Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs: het Hof van Cassatie zet de bakens uit " (noot bij Cass. 14 oktober 2003), *T.Strafr.* 2004, afl. 2, 133-143.

TRAEST, P., "De antigoonrechtspraak" in *CBR Jaarboek 2011-2012*, 2011-2012, Antwerpen, Intersentia, 2012, 333-384.

TRAEST, P., "Constitutional values in contemporary legal space : constitutional values and the exclusionary rule in criminal procedure" in *Constitutional values in contemporary legal space I*, 2016, 236-245.

UYTTENDAELE, M. en MARTENS, P., *Précis de droit constitutionnel belge : regards sur un système institutionnel paradoxal*, Bruxelles Bruylant, 2005.

VAN DAMME, M., "Titel I. Bronnen" in *Overzicht van het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015, 335-346.

VAN DAMME, M., "Titel II. Bespreking van een aantal grondrechten en fundamentele vrijheden" in *Overzicht van het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015, 347-446.

VAN DAMME, M., "Titel III. De Grondwet" in *Overzicht van het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015, 49-76.

VAN DROOGHENBROECK, S. en TULKENS, F., *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2001.

VAN LEUVEN, N. en VANNESTE, F., "De inroepbaarheid van het recht op wonen" in *Recht op wonen: naar een resultaatsverbintenis? - Droit au logement: vers une obligation de résultat?*, Brugge, die Keure / la Charte, 2013, 221-253.

VANDE LANOTTE, J., GOEDERTIER, G., HAECK, Y., GOOSSENS, J. en DE PELSMAEKER, T., "Hoofdstuk 1. Historische inleiding tot het Belgisch publiekrecht" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015, 5-70.

VANDE LANOTTE, J., GOEDERTIER, G., HAECK, Y., GOOSSENS, J. en DE PELSMAEKER, T., "Hoofdstuk 1. Rechten en vrijheden in de Grondwet en in internationale verdragen" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015, 261-284.

VANDE LANOTTE, J., GOEDERTIER, G., HAECK, Y., GOOSSENS, J. en DE PELSMAEKER, T., "Hoofdstuk 2. De hiërarchie van de rechtsnormen" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015, 70-177.

VANDE LANOTTE, J., GOEDERTIER, G., HAECK, Y., GOOSSENS, J. en DE PELSMAEKER, T., "Hoofdstuk 3. Rechtsbescherming tegen de wetgevende macht" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015, 1465-1541.

VANDE LANOTTE, J., GOEDERTIER, G., HAECK, Y., GOOSSENS, J. en DE PELSMAEKER, T., "Hoofdstuk 4. De internationale rechtsorde" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015, 223-259.

VANDE LANOTTE, J., GOEDERTIER, G., HAECK, Y., GOOSSENS, J. en DE PELSMAEKER, T., "Hoofdstuk 5. De vrijheid van persoon en andere strafrechtelijke grondrechten" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015, 391-446.

VANDE LANOTTE, J., GOEDERTIER, G., HAECK, Y., GOOSSENS, J. en DE PELSMAEKER, T., "Hoofdstuk 6. Recht op eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015, 446-514.

VANDE LANOTTE, J., GOEDERTIER, G., HAECK, Y., GOOSSENS, J. en DE PELSMAEKER, T., "Hoofdstuk 17. Andere bronnen van rechten en vrijheden" in *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015, 696-730.

VANDENBOGAERDE, S., "Hoofdstuk II. De eerste Belgische juridische tijdschriften (1830-1881): Meebouwen aan een nationale identiteit" in *Vectoren van het recht. Geschiedenis van de Belgische juridische tijdschriften*, Brugge, die Keure / la Charte, 2018, 59-106.

VANDROMME, T., "Het kraken van panden bekeken vanuit de grondrechten, het strafrecht en het burgerlijk recht (inclusief het procesrecht)", *R.W.* 2014, afl. 35, 1363-1379.

VANDROMME, T., "Langverwachte krakerswet treedt in werking", *De Juristenkrant* 2017, afl. 358, 3.

VELAERS, J., "Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen", *TBP* 2005, afl. 4-5, 297-318.

VELAERS, J., "Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten", *TBP* 2010, afl. 7, 387-410.

VELAERS, J., "De Grondwet: De rechtsbescherming, de ondergeschikte besturen, de buitenlandse betrekkingen, financiën, de gewapende macht, algemene bepalingen (artikel 141-198)" in *De Grondwet - Een artikelsgewijze commentaar. Deel III - De rechtsbescherming, de ondergeschikte besturen, de buitenlandse betrekkingen, financiën, de gewapende macht, algemene bepalingen*, Brugge, die Keure / la Charte, 2019, 5-726.

VELAERS, J., "De Grondwet: Het federale België, het grondgebied, de grondrechten (artikel 1-32)" in *De Grondwet - Een artikelsgewijze commentaar. Deel I - Het federale België, het grondgebied, de grondrechten*, Brugge, die Keure / la Charte, 2019, 53-652.

VELAERS, J., "Een tekst met een verhaal. De grondwet en het "leven van de grondwet"" in *De Grondwet - Een artikelsgewijze commentaar. Deel I - Het federale België, het grondgebied, de grondrechten*, Brugge, die Keure / la Charte, 2019, 5-53.

VENY, L., *Publiekrecht : een inleiding*, Gent, Mys en Breesch, 2001.

VERHEY, L., *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1992.

VERMEULEN, G., *Privacy en strafrecht : nieuwe en grensoverschrijdende verkenningen*, Antwerpen, Maklu, 2007.

VERRIJDT, W. en HAEGENBORGH, G.V., "De noodtoestand in het Begisch publiekrecht" in VERRIJDT, W., HAEGENBORGH, G.V., LOOF, J.-P., DIERICKX, A., TEN VOORDE, J., JOCQUÉ, G., HEBLY, M. en LINDENBERGH, S. (eds.), *Noodtoestand in het publiekrecht. Strafbaarstelling van nieuwe vormen van ongewenste seksuele gedragingen. Schadebegroting en tijdsverloop*, Den Haag, Boom juridisch, 2016, 366.

VERSCHELDEN, G. en TAELEMAN, P., *Basisbegrippen van recht*, Leuven - Den Haag, Acco, 2017.

VERSTRAETEN, R. en VERBRUGGEN, F., "Deel 6. De strafrechtelijke sancties" in *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors (11de editie)*, Mortsel, Intersentia, 2018, 333-379.

VIJVER, A.V.D. en RAEDT, S.D., *Grondrechten in fiscalibus 1989-2014*, Brussel, Larcier, 2016, 576 p.

WAETERINCKX, P. en VAN DE HEYNING, C., "Rechten van verdediging tijdens het strafonderzoek en de regeling van de rechtspleging - Capita Selecta" in *Mensenrechten in de praktijk*, Mortsel, Intersentia, 2016, 219-271.

WISSEN, G.J.M.V., *Grondrechten*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1992, 167 p.

WOLF, D.D., "V. Toelaatbaarheid van het bewijs en onrechtmatig verkregen bewijs" in *Handboek correctioneel procesrecht*, Mortsel, Intersentia, 2013, 263-287.

WOUTERS, J., RYNGAERT, C., BISCOP, S., MAES, F., VANDERVELDEN, T. en SOMERS, E., *De Verenigde Naties : Een wereld van verschil?*, Leuven, Acco, 2005.

WYLLEMAN, A., "Hoofdstuk I: De leer van de indeling van de goederen" in *Goederenrecht*, Brugge, die Keure / la Chartre, 2017, 5-22.

WYNGAERT, C.V.D., TRAEEST, P. en VANDROMMEN, S., *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu-uitgevers, 2017, 1406 p.

II. WETGEVING

Wet van 8 juni 2006 houdende regeling van economische en individuele activiteiten met wapens, *B.S.* 9 juni 2006.

Wet van 18 maart 2014 betreffende het politionele informatiebeheer en tot wijziging van de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt, de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levensfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens en het Wetboek van strafvordering, *B.S.* 28 maart 2014.

Wet van 25 december 2016 houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van strafvordering en het Strafwetboek, met het oog op de verbetering van de bijzondere opsporingsmethoden en bepaalde onderzoeksmethoden met betrekking tot internet en elektronische en telecommunicaties en tot oprichting van een gegevensbank stemafdrukken, *B.S.* 17 januari 2017.

Herzien Europees Sociaal Handvest van 3 mei 1996, *B.S.* 10 mei 2004.

Het Europees Verdrag van 26 november 1987 ter voorkoming van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling en bestraffing, *B.S.* 29 januari 1992.

Het Kaderverdrag van 10 november 1994 tot bescherming van nationale minderheden, *B.S.* door België ondertekend op 31 juli 2001, maar nog niet goedgekeurd en geratificeerd.

Internationaal Verdrag van 7 maart 1966 inzake uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie, *B.S.* 11 december 1975.

Internationaal Verdrag van 10 december 1984 tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of onterende behandeling of bestraffing, *B.S.* 28 oktober 1999.

Internationaal Verdrag van 13 december 2006 inzake de rechten van personen met een handicap, *B.S.* 22 juli 2009.

Internationaal Verdrag van 18 december 1979 inzake uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, *B.S.* 5 november 1983.

Internationaal Verdrag van 19 december 1966 inzake burgerrechten en politieke rechten *B.S.* 6 juli 1983.

Internationaal Verdrag van 19 december 1966 inzake economische, sociale en culturele rechten, *B.S.* 6 juli 1983.

Internationaal Verdrag van 20 december 2006 inzake de bescherming van alle personen tegen gedwongen verdwijning, *B.S.* 30 juni 2013.

Internationaal Verdrag van 20 november 1989 inzake de rechten van het kind, *B.S.* 17 januari 1992.

Internationaal Verdrag van 18 december 1990 ter bescherming van de rechten van alle arbeidsmigranten en hun gezinnen, dit werd niet door België ondertekend.

Internationaal Verdrag van 28 januari 1981 tot bescherming van personen ten opzichte van de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, *B.S.* 30 december 1993.

MvT bij het wetsontwerp van 23 oktober 2015 houdende wijzigingen van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie, *Parl.St.*, Kamer 2015-16, nr. 54 1418/001, (4) 62.

Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden *B.S.* 19 augustus 1955, *err.*, *B.S.*, 29 juni 1961.

III. RECHTSPRAAK

EHRM 1 april 2008, nr. 73957/01, Varga/Roemenië.

EHRM 2 april 2015, nr. 63629/10 en 60567/10, Vinci Construction en GTM Génie Civil et Services/Frankrijk.

EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79, Malone/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 2 december 2010, nr. 17318/06, Ratushna/Ukraine.

EHRM 2 september 2010, nr. 35623/05, Uzun/Duitsland.

EHRM 3 juli 2012, nr. 30457/06, Robathin/Oostenrijk.

EHRM 4 december 2008, nr. 30562/04 and 30566/04, S. en Marper/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 4 december 2015, nr. 47143/06, Roman Zakharov/Rusland.

EHRM 4 oktober 2000, nr. 35394/97, Khan/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 5 februari 2003, nr. 48539/99, Allan/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 6 oktober 2016, nr. 33696/11, K.S en M.S./Duitsland.

EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, Klass en anderen/Duitsland.

EHRM 7 juni 2007, nr. 71362/01, Smirnov/Rusland.

EHRM 9 december 2004, nr. 41872/98, Van Rossem/België.

EHRM 9 juli 2007, nr. 5935/02, Heglas/Tsjechië.

EHRM 9 november 2010, nr. 44065/06, Zubal/Slowakije.

EHRM 10 maart 2009, nr. 4378/02, Bykov/Rusland.

EHRM 12 juli 1988, nr. 10862/84, Schenk/Zwitserland.

EHRM 12 mei 2000, nr. 35394/97, Khan/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 14 januari 2010, nr. 3708/03, Mastepan/Rusland.

EHRM 15 juli 2003, nr. 33400/96, Ernst en andere/België.

EHRM 16 april 2002, nr. 37971/97, Stes Colas en andere/Frankrijk.

EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, Niemietz/Duitsland.

EHRM 16 december 1997, nr. 21353/93, Camenzind/Zwitserland.

EHRM 16 februari 2000, nr. 27798/95, Amann/Zwitserland.

EHRM 16 juni 1992, nr. 12433/86, Lüdi/Zwitserland.

EHRM 16 oktober 2007, nr. 74336/01, Wieser en Bicos Beteiligungen Gmbh/Oostenrijk.

EHRM 17 december 2012, nr. 5335/06, B.B./Frankrijk.

EHRM 17 december 2012, nr. 16428/05, Gardel/Frankrijk.

EHRM 17 december 2012, nr. 22115/06, M.B./Frankrijk.

EHRM 17 juli 2007, nr. 48666/99, Kucera/Slowakije.

EHRM 18 april 2013, nr. 19522/09, M.K./Frankrijk.

EHRM 18 april 2013, nr. 26419/10, Saint-Paul Luxembourg S.A./Luxemburg.

EHRM 18 juli 2006, nr. 28867/03, Keegan/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 18 mei 2010, nr. 26839/05, Kennedy/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 21 januari 2010, nr. 43757/05, Xavier Da Silveira/Frankrijk.

EHRM 22 juni 2017, nr. 8806/12, Aycaguer/Frankrijk.

EHRM 22 mei 2008, nr. 65755/01, Iliya Stefanov/Bulgarije.

EHRM 24 april 1990, nr. 11105/84, Huvig/Frankrijk.

EHRM 24 april 1990, nr. 11801/85, Kruslin/Frankrijk.

EHRM 24 juli 2008, nr. 18603/03, André en ander/Frankrijk.

EHRM 25 februari 1993, nr. 10828/84, Funke/Frankrijk.

EHRM 25 februari 1997, nr. 22009/93, Z./Finland.

EHRM 25 februari 2003, nr. 51772/99, Roemen en Schmit/Luxemburg.

EHRM 25 maart 1983, nr. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, Silver en andere/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 25 september 2001, nr. 44787/98, P.G. en J.H./Verenigd Koninkrijk.

EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, The Sunday Times/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 28 april 2005, nr. 41604/98, Buck/Duitsland.

EHRM 28 juni 2007, nr. 62540/00, Associatie voor Europese Integratie & Mensenrechten en Ekimdzhiev/Bulgarije.

EHRM 28 oktober 1994, nr. 14310/88, Murray/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 28 oktober 2009, nr. 18704/05, Lee Davies/België.

EHRM 30 september 2014, nr. 8429/05, Prezhdarovi/Bulgarije.

GwH 21 december 2004, nr. 202/2004.

GwH 19 december 2007, nr. 154/2007.

GwH 22 december 2010, nr. 158/2010.

GwH 27 juli 2011, nr. 139/2011.

GwH 22 september 2011, nr. 145/2011.

GwH 14 juli 2016, nr. 108/2016.

GwH 21 december 2017, nr. 148/2017.

GwH 6 december 2018, nr. 174/2018.

Cass. 13 mei 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, nr. 558, met conclusie van advocaat-generaal J. DU JARDIN.

Cass. 26 september 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 78.

X, "Conclusie advocaat-generaal M. DE SWAEF voor Cass. 14 oktober 2003", *R. W.* 2003, afl. 21, 814-818.

Cass. AR P.04.0012.N, 23 maart 2004, *Arr. Cass.* 2004, afl. 3, 518.

Cass. 16 november 2004, *Arr. Cass.* 2004, afl. 11, 1829, concl. DUINSLAEGER.

Cass. AR P.04.1644.F, 2 maart 2005, *Arr. Cass.* 2005, afl. 3, 506, concl. VANDERMEERSCH, D.

Cass. AR P.05.0119.F, 12 oktober 2005, *Arr. Cass.* 2005, afl. 10, 1903.

Cass. (2e k.) AR P.05.1685.F 27 juni 2007, *Arr. Cass.* afl. 6-7-8, 1469.

Cass. AR P.13.0066.N, 28 mei 2013, *Arr. Cass.* 2013, afl. 5, 1311, concl. DUINSLAEGER.