

# 11 | De bescherming van de woning 25 jaar later

*Paul Mevis*<sup>1</sup>

## 1 Inleiding

De promotie is voor degene die door Geert Corstens daarna consequent als ‘promotus/ta’ wordt aangeduid, een bijzonder moment. De tijdgeest van toen, was dat ook. Het proefschrift werd in september 1989 definitief afgesloten, in oktober gedrukt en in december verdedigd. Ondertussen viel de Muur. Ook een promotie is relatief. Nochtans. Het proefschrift behandelt de verschillende aspecten van de wettelijke regelingen ter bescherming van de woning in het kort voor de promotie nieuw geformuleerde art. 12 Grondwet 1983, in het Wetboek van Strafvordering en in de toen nog aankomende Algemene wet op het binnentreden (Awbi). Net als in het Europa van het najaar 1989, kon die stand van zaken van deels nieuwe wetgeving worden gekwalificeerd als een nieuw begin, waarvan de verdere invulling met belangstelling tegemoet kon worden gezien. Wat zijn in de afgelopen 25 jaar de ontwikkelingen geweest? Is de bescherming van de woning in de strafvordering een ‘rustig bezit’, of misschien wel een ‘blühend Landschaft’?

## 2 De reikwijdte artikel 12 Grondwet: binnentreden

De strekking van de grondwettelijke bepaling inzake het huisrecht is het beschermen van de burger in zijn privé-huiselijk leven. Er moet een ruimte zijn waarin iemand zich kan terugtrekken als het leven in de gemeenschap hem tijdelijk te veel is geworden; een refugium, waarbinnen men ongestoord zichzelf kan zijn en zich onbespied en geborgen weet. Ter bescherming van dit onderdeel van ‘goed leven’ bindt de Nederlandse grondwetgever al sedert de ten onrechte te zeer vergeten Staatsregeling

1 Hoogleraar straf- en strafprocesrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam. De auteur promoveerde op 7 december 1989 bij Geert Corstens op het proefschrift *Binnen zonder kloppen? Het betreden van de woning in het kader van strafvordering*, Arnhem: Gouda Quint 1989.

1798 het verstoren van dat refugium vanwege de overheid, aan (grond)wettelijke beperkingen.

In dat ‘van oudsher’ schuilt een probleem. De grondwetgever had weinig aanleiding zich de schending van het zich in de woning afspelend privé-leven anders voor te stellen dan door het fysiek binnendringen daarin. De grondwettelijke bepaling is sinds mensenheugenis beperkt tot – het ‘binnentreden’ in een woning. De Grondwet (Grw) kent het huisrecht, het recht op ongestoord verblijf in de ruimte die binnen afgrenzing van de buitenwereld ‘woning’ oplevert, niet. Dat is inmiddels een achterhaald concept.<sup>2</sup> Daarbij moet nader worden onderscheiden.

Artikel 12 Grw beschermt vooral aan de drempel van de woning. Daarop duidt ook het tweede lid van die bepaling. Over hetgeen na het binnentreden in de woning mag of kan geschieden, gaat de grondwettelijke bepaling niet. De noodzaak van het wettelijke regelen van hetgeen na het binnentreden in de woning geschied is, vloeit (alleen maar) voort uit, bijvoorbeeld, art. 10 Grw of art. 8 EVRM. Op dit punt is een bepaalde ontwikkeling relevant. Ten tijde van de promotie bestond die verdergaande bevoegdheid na het binnentreden met name in het doorzoeken van de woning. Traditioneel geschiedde dat in de strafvordering ter inbeslagneming. De wijzigingen in de regeling sinds 1989 vertonen een tweeledige ontwikkeling. Enerzijds is inmiddels elke spoeddoorzoeking ter inbeslagneming (art. 97 Sv) of ter vastlegging van gegevens (art. 125i Sv) aan de voorafgaande toestemming van de rechter-commissaris gebonden. Er wordt, althans krachtens het Wetboek van Strafvordering, voor deze doelen geen woning meer doorzocht zonder voorafgaand oordeel van een rechter.<sup>3</sup> Anderzijds is er blijkens de voorbereidende notitie ‘Modernisering van de strafvordering’<sup>4</sup> ruimte voor discussie of de RC ook bij het doorzoeken van woningen niet slechts de rol zou moeten vervullen van het – op afstand – machtigen van de OvJ tot het verrichten van een doorzoeking, in plaats van belast te zijn met de uitvoering ervan. Dan zal de RC aan het begin van de doorzoeking, op de drempel van de woning, geen contact meer hebben met de bewoner. De te beantwoorden constitutioneel-rechtelijke vraag is, of we voor de onmiddellijke confrontatie met de burger aan de deur van zijn woning, juist bij de aanvang van de schending van het privé-huiselijk leven in de woning, een rechter willen blijven inzetten, ook als erkenning van het gewicht van het recht van de burger in zijn specifieke hoedanigheid van bewoner van zijn woning.<sup>5</sup> Te vrezen valt dat de optie uit de genoemde notitie, te weten dat de RC kan bepalen dat zijn

2 Zie B-J Koops, H. van Schooten en M. Prinsen, *Recht naar binnen kijken*, SDU, Den Haag 2004, p. 33-81.

3 Omdat art. 12 Grondwet geen rechterlijke tussenkomst vereist kan art. 49 WVM ter zake een bevoegdheid voor elke opsporingsambtenaar bevatten.

4 Discussiestuk ‘Onderzoek ter plaatse, inbeslagneming en doorzoeking en onderzoek van gegevensdragers en in geautomatiseerde werken (Boek 2)’, versie van 4 juni 2014, par. 2.4.

5 Naast de vraag of het ook een rechter moet zijn die bij de doorzoeking beslist wat er in beslag wordt genomen.

aanwezigheid bij de doorzoeking gewenst is, te dezen weliswaar sympathiek klinkt, maar al snel in de pragmatische, overvolle praktijk van de magistraat ten onder zal gaan.

Dat de tussenkomst van de rechter bij het doorzoeken van een woning geen noodzakelijk uitvloeisel van de grondwettelijke bescherming van de woning is, laat ruimte voor uitzonderingen. Bij de in 1999 geregelde bevoegdheid tot doorzoeken van de woning ter aanhouding van een persoon (art. 55a en art. 565 lid 1 Sv), is niet in rechterlijke bemoeienis voorzien. Het doorzoeken van de woning zonder rechterlijke bemoeienis kan dus (art. 12 Grw normeert niet), zolang het enkele binnentreden daartoe (art. 12 Grw normeert wel) maar afdoende geregeld is, waarbij een machtiging van een hulpOvJ voldoende is.

Zo gesteld, is het bijna onvermijdelijk ‘wachten op Straatsburg’. Het EHRM meldde zich via het fenomeen ‘kraken’. De geschiedenis daarvan moge bekend zijn<sup>6</sup>; twee punten zijn in het bijzonder van belang. Het is alleen in het Nederlandse klimaat van lichtzinnig-pragmatische omgang met grondwetsbepalingen inzake grondrechten mogelijk, dat gedurende zo lange tijd door zoveel instanties wordt volgehouden dat een expliciet door de Grondwet geëiste bevoegdheid bestaat, terwijl dat betrekkelijk evident niet het geval is. De grondwettelijke bescherming van het huisrecht stond niet voorop, mede ingegeven door een zekere verontwaardiging over het onrechtmatig karakter van het als woning in gebruik nemen van plaatsen door krakers. Het is precies een dergelijke attitude die vanuit grondrechtelijk perspectief funest is. Maar het moet gezegd: over de jaren heen valt de redelijk standvastige jurisprudentie van – in elk geval – onze hoogste rechter positief op. Men zou hem van een zekere sympathie voor de kraakbeweging kunnen verdenken.

Het tweede aspect betreft de nieuwe wettelijke regeling. De wetgever voorzag in een bevoegdheid in – merkwaardigerwijs – het Wetboek van Strafvordering: art. 551a Sv. Het betreden van de woning is blijkens die bepaling een bevoegdheid van (elke) gewone opsporingsambtenaar; het ontruimen van de woning – iets dat niets met strafvordering te maken heeft – is daarin versluierd opgenomen als de bevoegdheid om op de betreden plaats aangetroffen personen of voorwerpen te verwijderen. In rechterlijke bemoeienis is niet voorzien; deze bepaling voldoet (nochtans) geheel aan de Nederlandse grondwettelijke bescherming van de woning. Alleen wie de geschiedenis kent, weet beter. Zonder dat Straatsburg dat zo direct eiste als de Hoge Raad het wil doen geloven, wordt uit art. 8 EVRM afgeleid dat het ontruimen van de woning een zodanige inbreuk is op het huisrecht dat daarvoor voorafgaande rechterlijke bemoeienis tot op zekere hoogte en als regel noodzakelijk is.<sup>7</sup> In Nederland vindt

6 Zie de trilogie van HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ1254; NJ 2010/213, HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9880; NJ 2013/153; AB 2012/350 en HR 10 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1753; NJ 2014/240.

7 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9880; NJ 2013/153; AB 2012/350.

men vervolgens, dat de grondrechtelijke bescherming van het huisrecht er niet toe dwingt de ontstane situatie rechtens van de ‘gelede normstelling’ van het strafvorderlijke art. 551a Sv, aangevuld met het bestuursrechtelijk fenomeen van het bij beleidsbrief<sup>8</sup> nader – en fors beperkend – ‘invullen’ van die bevoegdheid, te toetsen door de aan hoge procedurele drempels van het civiele recht onderworpen voorzieningenrechter uit het BRv,<sup>9</sup> te vervangen door één, eenvormige, formeel-wettelijke regeling van alle relevante aspecten van de ontruiming, desnoods in het Wetboek van Strafvordering.

Alvorens uit deze stand van zaken conclusies te trekken, zijn nog twee andere ontwikkelingen relevant. In de eerste plaats ontwikkelde zich binnen de strafvordering de mogelijkheid van het via technische hulpmiddelen opnemen van vertrouwelijke communicatie in de woning in de voor de verschillende domeinen van opsporing elkaar repeterende artikelen 126l, 126s, en 126zf Sv. Hier gaf niet zozeer de inbreuk op het huisrecht, maar de heimelijkheid ervan een – weer andere – grond om in een bevoegdheidsregeling te voorzien in rechterlijke betrokkenheid bij het inzetten ervan (de Grondwet eist dat ook hier niet). Ten tweede moet worden geconstateerd dat uitbreiding van rechterlijke bemoeienis zich ook in niet-strafvorderlijke wetgeving voordoet. Zo is bijvoorbeeld in art. 55 e.v. en in art. 89d Mededingingswet het ‘doorzoeken’ respectievelijk het uitvoeren van een inspectie in de woning gebonden aan voorafgaande bemoeienis van de rechter-commissaris. Er wordt dus kennelijk, als het ware over de drempel van het binnentreden sec, (meer) waarde gehecht c.q. aandacht besteed aan het adequaat regelen van de bevoegdheid van hetgeen na het binnentreden in de woning kan geschieden, ook door het inzetten van een rechter. Dergelijke voorzieningen inzake de betrokkenheid van autoriteiten bij het optreden na het binnentreden leiden vervolgens gemakkelijk tot uitzonderingen op de toepassing van (bepaalde onderdelen van) de Awbi inzake het binnentreden (de bescherming ‘aan de deur’) omdat de geringere bescherming daarvan voor binnentreden ‘overruled’ wordt door de zwaardere eisen en bescherming betreffende de bevoegdheid die in de woning zal worden uitgeoefend. Zie bijvoorbeeld art. 55a lid 2, art. 97 lid 4 en de artikelen 126l, 126s en 126zf Sv. In de per 1 augustus 2014 in werking getreden regeling van art. 12c e.v. Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (zie de Wet van 25 juni 2014, Stb. 247<sup>10</sup>) is zelfs het binnentreden aan voorafgaande rechterlijke machtiging gebonden, met een eigen regeling van vormvoorschriften. Inzichtelijke wetgeving levert dat niet op; te moderniseren wetgeving des te meer, zij het dan van de Grondwet.

8 Beleidsbrief van het College van Procureurs-Generaal van 30 november 2010, *Stcrt.* 2010, 19500.

9 Zij het dat die weg dan wel moet worden gevolgd. Ontruiming op basis van art. 55 Sv leidt in Hof Den Haag 24 september 2013, *NJFS* 2013/255 tot niet-ontvankelijkheid van het OM ter zake van kraken.

10 De MvT suggereert dat de eis van rechterlijke machtiging uit art. 12 Grw en art. 8 EVRM voortvloeit: *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 622, nr. 3 (MvT), p. 9.

Bij deze stand van zaken ligt de conclusie voor de hand dat het tijd wordt de grondwettelijke bepaling betreffende het huisrecht nader te bezien.<sup>11</sup> Niet alleen het binnentreden, maar (ook) het uitoefenen van bevoegdheden in de woning zou onder de reikwijdte van de bepaling kunnen worden gebracht. Dat is overigens – interpretatie-gewijs – al in het Arm-arrest gebeurd.<sup>12</sup> En zo kan ook het openduwen van een venster en het daardoor waarnemen van de lucht uit de woning<sup>13</sup> ‘binnentreden’ opleveren, maar het is meer aangewezen als de grondwettelijke tekst zodanig wordt aangepast dat deze zich reeds naar de bewoordingen ook uitstrekt tot hetgeen zich na het binnentreden in de woning kan afspeelen. Te samen kan dan het huisrecht zelf, de onschendbaarheid van de woning, van het privé-huiselijk leven in de woning, in de tekst van de Grondwet tot uitgangspunt kunnen worden genomen. De ongestoorde huisvrede wordt gevrijwaard van inmenging, tenzij daarin bij of krachtens de wet is voorzien.<sup>14</sup> Het bepaalde in art. 13 van de Duitse Grondwet zou daarbij als voorbeeld kunnen dienen.

Vervolgens zou moeten worden (her)overwogen wat die grondwettelijke bescherming dan zou moeten inhouden. Er bestaat geen aanleiding de bestaande voorschriften met betrekking tot binnentreden af te schaffen. Daaraan zou kunnen worden toegevoegd de eis dat bij een verregaande, stelselmatige of heimelijke inbreuk op het ongestoord huiselijk leven binnen de drempels van de woning, inclusief het beëindigen van het huisrecht, voorafgaande rechterlijke bemoeienis noodzakelijk is.

Een dergelijke grondwetsbepaling is dan grondslag om bestaande wetgeving te bezien en eventueel her in te richten. De regeling van doorzoeken van de woning ter inbeslagneming of het vastleggen van gegevens voldoet aan de eisen, althans in het Wetboek van Strafvordering. Voor de bevoegdheid van art. 49 WVM is geen plaats meer. Ter zake van het doorzoeken ter aanhouding zou machtiging van de RC kunnen worden overwogen. In de bestaande regelingen van ‘technisch binnentreden’ moet de RC vooral behouden blijven. De strafvorderlijke ontruiming kan opnieuw opgezet worden met een procedure voor de RC of voor de raadkamer (preventief beklag tegen een voorgenomen ontruiming), als men regeling in het Wetboek van Strafvordering wil behouden. Zou voorts een tijdelijk huisverbod eigenlijk niet ook aan een voorafgaande rechterlijke toets moeten zijn onderworpen? In alle regelingen kan voor

11 Eigenlijk zou de modernisering van art. 12 Grw onderdeel moeten zijn van integrale herziening van de grondrechten inzake het privé-leven. Helaas doen de pogingen om vooreerst alleen maar eens art. 13 Grw te herzien, geen hoop op *paysages floraison* (Frans voor: *blühende Landschaften*) ontstaan.

12 HR 7 februari 1956, *NJ* 1956/147. Zie ook B.J. Koops en M. Prinsen, ‘Glazen woning, transparant lichaam. Een toekomstblik op huisrecht en lichamelijke integriteit’, *NJB* 2005, afl. 12, p. 624-630.

13 Vgl. Hof Den Bosch, 29 augustus 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB2828. Het Hof kwam aan een oordeel op dit punt niet toe.

14 Dit laatste element van een nieuwe grondwetsbepaling is ook te vinden bij B-J Koops, H. van Schooten en M. Prinsen, *Recht naar binnen kijken*, SDU, Den Haag 2004, p.191-194.

noodgevallen met de variant van de eis van voorafgaande mondelinge toestemming van de RC in combinatie met een bevoegdheid te bevrozen, worden volstaan.

### 3 Grondwet, Algemene wet op het binnentreden en de handhaving ervan

De Grondwet dwingt op zichzelf niet tot het bestaan van een algemene wet op het binnentreden. De wet komt voort uit de voor 1983 bestaande grondwettelijke voorgeschreven vormvoorschriften en beoogde daarin een zekere eenheid te brengen. Ook geeft zij nadere invulling aan art. 12 lid 2 Grw. Het belangrijkste, vóór 1983 bestaande vormvoorschrift, de eis van aan het binnentreden voorafgaande machtiging, wordt door art. 12 Grw niet meer geëist, maar is in de Awbi als uitgangspunt overeind gehouden. De Awbi gaat daarmee verder in de bescherming van de woning dan de Grondwet eist. Die eis van machtiging is in feite het enige vormvoorschrift dat toepassing van de bevoegdheid tot binnentreden door degene aan wie de bevoegdheid is toegekend rechtstreeks als beperking raakt. Het eerste lid van art. 12 Grw formuleert ter zake immers niet veel meer dan het legaliteitsbeginsel. Het tweede lid schrijft de binnentredende ambtenaar voor hoe te handelen als wordt binnentreden: een beperking van zijn beslissing zonder toestemming binnen te treden, ligt daarin niet besloten. Het beschermende karakter van de machtiging is door de Hoge Raad onlangs treffend onder woorden gebracht.<sup>15</sup> Het gaat om het ‘in een rechtsstaat wezenlijke aspect dat vertegenwoordigers van de uitvoerende macht zich in verband met te maken inbreuken op grondrechten van burgers in voorkomende gevallen onderwerpen aan de wettelijke bepaalde voorafgaande controle door een hogere autoriteit’. Dat mag zo in de Awbi worden bijgeschreven. De vraag rijst wel of de zgn. ‘voorzorgsmachtiging’ die op grond van art. 12d lid 1, tweede volzin, uit de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt zich met die strekking verdraagt.

De Awbi heet niet voor niets een algemene wet te zijn, maar de wetgever liet ruimte om bij bijzondere wet af te wijken. Indertijd zijn de toen noodzakelijk geachte afwijkingen in de Wet tot wijziging van binnentredingsbepalingen bijeen gebracht.<sup>16</sup> Ook de Awbi bevat al enkele ‘uitzonderingen’, zoals de vrijstelling van de eis van machtiging voor rechterlijke colleges. Het gaat in het kader van deze bijdrage te ver de uitzonderingen op de Awbi in de verschillende afzonderlijke wetten die in de bevoegdheid tot binnentreden voorzien, sedert 1989 systematisch te bespreken. In het algemeen kan niet worden gezegd dat het rommelige beeld van veel, onderling net weer even afwijkende vormvoorschriften in tal van bijzondere wetten (de situatie van vóór de Awbi), opnieuw is, of dreigt te ontstaan, al valt ook hier de genoemde afwijking van de voorzorgsmachtiging en de van de Awbi nogal afwijkende vormvoor-

15 HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321; NJ 2013/308; AB 2014/27.

16 Wet van 22 juni 1974, *Stb.* 573.

schriften van uit de regeling van art. 12c e.v. Instellingswet Autoriteit Consument en Markt op. Dat beeld is eigenlijk slechts anders ten aanzien van de autoriteit die bevoegd is een machtiging te geven. In art. 3 Awbi worden daartoe de advocaat-generaal, de (hulp)officier van justitie en de burgemeester aangewezen. Deze autoriteiten vertegenwoordigen samen een breed terrein van overheidsoptreden waar zij in hun takenpakket bemoeienis mee hebben (strafvordering, openbare orde handhaving, en andere gemeentelijke taken) en in welk kader er veel bevoegdheden tot binnentreden bestaan. Voor binnentreden in het kader van andere taken, of in het kader van meer specifieke taken binnen het bredere pakket, zou de concentratie van de bevoegdheid om machtiging af te geven bij enkele autoriteiten een extra waarborg van afstandelijke toets kunnen inhouden. Op dit punt bestaan echter de meeste afwijkingen van de Awbi; nogal eens wordt er bij bijzondere wet een autoriteit aangewezen, bevoegd tot het geven van een machtiging, die behoort tot het bestuursorgaan binnen wiens specifiek taakgebied er in de bevoegdheid tot binnentreden is voorzien. Zo bijvoorbeeld in art. 5:27 Awb: bij binnentreden in het kader van bestuursdwang is het bestuursorgaan zelf bevoegd tot het afgeven van de machtiging tot binnentreden.<sup>17</sup> Machtiging door het bij de uitoefening van een bevoegdheid betrokken bestuursorgaan zelf in plaats van een in art. 3 Awbi genoemde autoriteit kan afbreuk doen aan de afstandelijkheid van de toetsing van rechtmatigheid en noodzaak van het betreden van de woning zonder toestemming van de bewoner, en daarmee aan de rechtsbescherming die aan het vereiste van machtiging ook volgens de Hoge Raad verbonden is. Nochtans voorziet de Awbi zelf juist voor de strafvordering reeds in een dergelijk systeem, waar voor binnentreden in het kader van die strafvordering functionarissen van het OM bevoegd zijn. Het kan aangewezen zijn dat een machtiging wordt gegeven door een autoriteit binnen het bestuursorgaan belast met de taak in welk kader wordt binnentreden. Juist dan is het daarom aangewezen aan de afstandelijkheid van die autoriteit de nodige eisen te stellen. Is het, nu OvJ (en RC) tegenwoordig zo gemakkelijk bereikbaar zijn, niet eens tijd om de soms verregaande bevoegdheden in deze van de hulpOvJ nader te bezien, bijvoorbeeld ter modernisering van de strafvordering en vaker te binden aan voorafgaande toestemming van de OvJ? Binnen bestaande wetgeving zijn er reeds voorbeelden dat het beter kan. Op grond van art. 61 lid 3 Wbp treedt de toestemming van het College voor het betreden van een woning uitdrukkelijk naast de vereiste machtiging op grond van de Awbi. Hiervoor is al vermeld dat in de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt de eis van rechterlijke machtiging ook op het enkele betreden van de woning betrokken is, net zoals in het tot 1 augustus bestaande art. 55a Mededingingswet. Blijkens art. 7 van de Wet op de parlementaire enquête heeft ook een enquêtemissie de bevoegdheid tot het zo nodig betreden van een woning zonder toestemming van de bewoner, maar zij heeft daartoe de

17 Vergelijkbare afwijkingen zijn o.a. nog te vinden in art. 66 Wet BIG (voorzitter regionaal tuchtcollege is tot het afgeven van een machtiging bevoegd); art. 13 Douanewet (de inspecteur is bevoegd).

machtiging van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag. Bij deze uitzondering zal eerder de ‘status’ van de commissie dan de inbreuk op de woning aanleiding zijn het verlenen van machtiging aan de rechter voor te behouden, maar toch.

Dit, niet onmiddellijk negatieve beeld van wetgeving versombert enigszins als het thema van de handhaving van vormvoorschriften rondom het binnentreden erbij wordt betrokken. De regeling in zake het betreden van woningen in de strafvordering en de Awbi is uitvoering van art. 12 Grw en van art. 8 EVRM. Dat, zo zou men mogen verwachten, schept verplichtingen voor die strafvorderlijke organen, ten minste om dat belang van de bescherming van de woning te laten doorklinken in de handhaving van voorschriften die de uitoefening van de bevoegdheid tot inbreuk op het huisrecht omgeven. Soms is van dat besef sprake, zoals bij de door de (straf)rechter overeind gehouden rechterlijke toets van een voorgenomen ontruiming van een gekraakte woning.<sup>18</sup> Op andere punten klinken dergelijke verplichtingen minder door.

In de eerste plaats lijdt de art. 12 Grw extern-omgevende waarborg van strafbaarheid van ambtenaren in geval van overschrijding van bevoegdheid (art. 370 Sr) aan ernstig achterstallig onderhoud. Ik volsta met verwijzing naar een bijdrage waarin een en ander, ook in vergelijking met de nieuwe codificatie van het materiële strafrecht in de Antillen, nader aan de orde is gesteld.<sup>19</sup>

Meer aandacht verdient (de toepassing van) art. 359a Sv. Als uitwerking en aanvulling van de grondwettelijke bescherming van de woning zijn de voorschriften van de Awbi geen voorschriften of – in termen van art. 359a Sv – ‘vormen’ van de strafvordering. Nochtans moeten deze voorschriften in acht worden genomen als een strafvorderlijke bevoegdheid tot binnentreden zonder toestemming van de bewoner wordt uitgeoefend. Eigenlijk min of meer stilzwijgend heeft de Hoge Raad het niet-naleven van deze voorschriften uit de Awbi tot vormverzuimen als bedoeld in art. 359a Sv gemaakt. Daar is weinig op tegen, al zal in deze opvatting een machtiging tot binnentreden in het kader van opsporing en vervolging onder de uitsluiting van de Algemene wet bestuursrecht vallen (art. 1:6 Awb), hetgeen niet onbelangrijk is omdat daarmee bezwaar en beroep tegen het besluit machtiging te verlenen in de strafvordering niet mogelijk is, terwijl deze rechtsgang in administratiefrechtelijk kader wel mogelijk is.<sup>20</sup> Bovendien blijft in de benadering van de Hoge Raad staan dat de voorschriften primair strekken tot bescherming van de woning. Wel is van belang dat art. 359a Sv een beperkte reikwijdte heeft tot vormverzuimen begaan in het voorbereidend onderzoek in de betreffende strafzaak. Voor binnentreden in het kader

18 Zie voor dat laatste HR 10 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1753; *NJ* 2014/240.

19 ‘Het ambtsmisdrif van art. 2:360 NASr: navolgenswaardig?’, in F.W. Bleichrodt e.a. (red.), *Onbegrensd strafrecht* (Liber Amicorum Hans de Doelder), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 453-467.

20 Zie voor een voorbeeld Raad van State 15 december 2012, ECLI:NL:RVS:2010:BO7334.



van de tenuitvoerlegging van onherroepelijke rechterlijke beslissingen (art. 565) of in een (aanvankelijk) andere strafzaak,<sup>21</sup> biedt art. 359a Sv geen handhavingsmodaliteit.

In het verbinden van consequenties aan geconstateerde vormverzuimen, is de Hoge Raad betrekkelijk terughoudend.<sup>22</sup> Het is hier niet de plaats om in den brede op deze benadering in te gaan.<sup>23</sup> De toepassing van art. 359a Sv op de voorschriften van de Awbi levert bij het bestuderen van de jurisprudentie ook tot op zekere hoogte een wisselend op.<sup>24</sup> Daarbij moet worden bedacht dat de aard van de vormvoorschriften van de Awbi nogal verschilt. Het vereiste van machtiging raakt rechtstreeks de rechtmatigheid van het binnentreden. Het tonen van de machtiging doet dat minder onmiddellijk, maar moet wel aan het binnentreden vooraf gaan en raakt in zoverre eveneens het binnentreden zelf. Dat laatste geldt weer niet voor het voorschrift achteraf van het binnentreden verslag te maken. De verschillende aard van de voorschriften is ook voor de toepassing van art. 359a Sv van belang. Vanuit de bescherming van de woning c.q. het huisrecht bezien, zit het voornaamste pijnpunt elders. Als illustratief voorbeeld kan worden gewezen op een arrest van de Hoge Raad van 21 januari 2014.<sup>25</sup> Daarin heeft het Hof niet gereageerd op het verweer dat voorafgaande aan het binnentreden het doel er van niet aan de bewoner is medegedeeld. Deze omissie had i.c. zelfs aan de toestemming tot binnentreden de legitimerende werking daarvan kunnen doen ontvallen. De Hoge Raad casseert niet, omdat in het verweer te weinig is onderbouwd waarom het vormverzuim tot bewijsuitsluiting had moeten leiden. Wat hier gebeurt, is niet veel minder dan dat de Hoge Raad zich zonder al te veel nadere motivering gemachtigd voelt er voor te kiezen de handhaving door sanctionering van voor de bescherming van het huisrecht als zodanig essentiële voorschriften ondergeschikt te maken aan tot op zekere hoogte strikte opvattingen over de consequenties van vormverzuimen c.q. pragmatische opvattingen over de inrichting van de procespraktijk in strafzaken in het algemeen en in cassatie in het bijzonder. In zoverre bevat het arrest geen garantie dat ten aanzien van andere, meer essentiële voorschriften (de eis van machtiging), in voorkomende gevallen een andere koers wordt gevaren, nog daargelaten de beperkte toepassing van art. 359a Sv die de Hoge Raad voor staat. Ik tred hier niet verder in de argumentatie, maar wil volstaan met het opwerpen van de vraag of de bescherming van de woning c.q. van andere fundamentele rechten, ook in de

21 HR 29 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3297; *NJ* 2006/193.

22 HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533; *NJ* 2004/376 en HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321; *NJ* 2013/ 308; *AB* 2014/27.

23 Zie voor enkele opmerkingen daarover mijn bijdrage 'De rechtsgevolgen van onrechtmatigheden in het vooronderzoek', in het (eerdere) *Liber amicorum* voor Geert Corstens: J.P. Balkema e.a. (red.), *Dynamisch strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 251-268.

24 Zie voor een zeker overzicht *T&C Strafvoeding*, inleidende opmerkingen bij de Algemene wet op het binnentreden, aant. 6.

25 HR 21 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:144, *NJ* 2014, 106

strafvordering, niet belangrijk genoeg is om niet op deze wijze door – uitsluitend – de Hoge Raad aan de inrichting van de strafrechtspleging ondergeschikt te worden gemaakt. Wellicht dat het beantwoorden van die vraag te belangrijk is om uitsluitend aan de Hoge Raad over te laten, ook omdat relevante rechtspraak van andere hoogste rechters in zake consequenties die aan onrechtmatig binnentreden kunnen worden verbonden, in de beschouwing moeten worden betrokken. Bij de beantwoording van de opgeworpen vraag ten aanzien van de bescherming van de woning zou voorts moeten worden meegewogen dat, als gezegd, ten opzichte van art. 12 Grw, de voorschriften van de Awbi de enige voorschriften zijn die het betreden van de woning nog enigszins nader normeren omdat de Grondwet niet zoveel aan voorschriften bevat. Dat maakt het systeem kwetsbaar. Belangrijker is dat, bezien vanuit de bescherming van de woning in het algemeen, de ‘oplossing’ ook niet uit de strafvordering hoeft te komen. Verdedigd kan worden dat het vastleggen van grondrechten in de Grondwet vervolgens verlangt, dat wordt nagedacht over consequent toezicht op naleving en handhaving, opgebouwd vanuit de gedachte dat de burger in een rechtsstaat aanspraak heeft op onderzoek en (uiteindelijk: rechterlijke) beslissing als hij op goede grond meent door de overheid op onrechtmatige wijze in zijn grondrechten te zijn getroffen. Zulks ook los van de vraag of dat in het voorbereidend onderzoek van een strafzaak is gebeurd, of dat binnentreden tot schade bij de burger heeft geleid of op een in het bestuursrecht aan te vechten besluit steunt. Deze aanspraak op ‘recht op een rechtsmiddel’ was zowel in 1989 als in 1998 bij het 150-jarig bestaan van de Grondwet 1848, en is thans nog steeds de ‘unvollendete’<sup>26</sup> van het Nederlands staatsrecht. Het is, gegeven de (beperkte) plaats van de (straf)rechter in de formele en gegroeide historische verhouding ten opzichte van de (grond)wetgever niet zonder meer aan de rechter om Neêrlands staatsbestel op dit punt te ‘vollenden’ (ook niet trouwens om door de wetgever gecreëerde mogelijkheden te zeer te beperken of om zeep te helpen). Het zou goed zijn als dit punt van staatsinrichting ook zonder art. 13 EVRM in Nederland wordt opgepakt. In dat kader zou dan ook naleving van vormvoorschriften die betrekking hebben op overheidsbevoegdheden waarbij inbreuk wordt gemaakt op grondrechten van burgers, opnieuw kunnen worden bezien en geregeld. Strafvordering is dan ook in dat opzicht ‘uitvoerder’ van de door constitutionele verhoudingen en aanspraken geregelde concepten.

#### 4 Toestemming en informed consent

Niet alleen voor het betreden van de woning maar meer in het algemeen kiest de Hoge Raad niet ten onrechte de insteek dat elke wettelijke regeling van de uitoefening van

26 Zie nader mijn oratie *Constitutioneel strafrecht* (oratie Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 35-38.

overheidsbevoegdheden alleen aan de orde is als de betreffende bevoegdheid zonder toestemming van de bewoner moet worden doorgezet.<sup>27</sup> Als zodanig is dit concept niet omstreden,<sup>28</sup> althans niet voor het huisrecht. En anders dan tot 1989 heeft het concept sinds die tijd ook wel enige nadere aandacht gekregen.<sup>29</sup>

De toestemming is in feite een mogelijkheid van legitimatie van overheidsoptreden, die echter wel geheel van de medewerking van de burger afhankelijk is. Dat betekent dat de organen van de strafvordering niet op deze modaliteit kunnen ‘varen’ als ook maar enigszins stelselmatige wijze van optreden ten einde strafvorderlijke doelen te bereiken. Zeker waar die toestemming bepaald niet alleen bij het betreden van woning opduikt, is een andere vraag of het niet aangewezen is die toestemming als legitimatie van het overheidsoptreden nader te regelen.

Voor zodanige regeling van de toestemming valt wel wat te zeggen. Dwingt art. 8 EVRM er wellicht toe? Dat lijkt niet het geval.<sup>30</sup> De formulering in het arrest van 11 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0484, *NJ* 1996, 688 laat twijfel bestaan of de Hoge Raad dat ook zo ziet. Maar zoals de A-G Hofstee in zijn conclusie voor HR 23 april 2013, ECLI:NL:PHR:BZ8163 uiteen zet, heeft de benadering van het EHRM ook voordelen en wellicht bedoelde de Hoge Raad deze benadering in zijn arrest ook, maar de vraag is of het antwoord beslissend moet zijn voor de wenselijkheid van wettelijke regeling van de toestemming. De legitimiteit van het optreden steunt immers volledig op de vrijwilligheid van de toestemming. Alleen en uitsluitend dit gegeven maakt, dat (de nodige) eisen aan die toestemming moeten worden gesteld. De garantie van legitimiteit is ingang voor een wettelijke regeling.

In dat licht is de in 1983 ingevoerde tekst van de Grondwet (‘zonder toestemming’) van belang en ook art. 1 lid 4 Awbi dat immers eist dat toestemming wordt gevraagd en dat deze moet blijken.<sup>31</sup> De jurisprudentie van de Hoge Raad heeft zich sinds

27 Te onderscheiden van het verzoek om van verzet af te zien als eis van proportionele bevoegdheidsuitoefening (vgl. art. 99 lid 1 Sv).

28 Zie wel H.K. ter Brake, ‘Toestemming en dwangmiddelen, een verenigbaar stel?’ in M.J. Borgers e.a. (red.), *Politie in beeld* (Liber amicorum Jan Naeyé), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 65-76. Naar zijn oordeel zou de garantiefunctie van de wettelijke regeling van bevoegdheden optreden op grond van toestemming moeten uitsluiten.

29 Zie naast de genoemde bijdrage van Ter Brake in het bijzonder J.M. Reijntjes, ‘Het prijsgeven van rechten’, *Strafblad* 2008, afl. 8, p. 558 en Y.G.M. Baaijens-van Geloven en J.H.B.M. Simmelink, ‘Normering van de opsporing’, in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en Rechtsmiddelen, derde interimrapport onderzoeksproject strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 469-483.

30 In EHRM 17 juli 2007 ECLI:NL:XX:2007:BB3175, 48666/99 Kucera tegen Slowakije bijvoorbeeld, wordt door het EHRM vastgesteld dat i.c. van voldoende vrijwillige toestemming geen sprake is. Daarna volgt de vaststelling: ‘there was accordingly an interference with his right to respect for his home’. Met (vrijwillige) toestemming was er dan dus waarschijnlijk geen ‘interference’ in de zin van art. 8 lid 1 EVRM geweest. Dan is ook geen wettelijke regeling van toestemming (art. 8 lid 2) vereist.

31 In de praktijk wordt de toestemming daarom nogal eens schriftelijk vastgelegd.

1989 niet ontwikkeld in de richting van het stellen van algemene eisen aan de vrijwilligheid,<sup>32</sup> al is wel, na de grondwetswijziging, de uitdrukkelijke toestemming in plaats van de enkele afwezigheid van verzet uitgangspunt van denken geworden.

Het soortelijk gewicht van de eisen die aan toestemming tot binnentreden worden gesteld, zijn vooral buiten de strafvordering gelegen. Voor het huisbezoek in het kader van de sociale zekerheid, ontwikkelde de Centrale Raad van Beroep het concept van het informed consent. Daarvan is bij het binnentreden in de woning sprake, ‘indien de toestemming van de belanghebbende daarvoor berust op volledige en juiste informatie over reden en doel van het huisbezoek en over de gevolgen van het weigeren van toestemming’.<sup>33</sup> Dat is een algemene grondslagbepaling die, of het EHRM er nu toe dwingt of niet, vanwege de legitimerende werking van de toestemming, voor elk binnentreden in een woning zou dienen te gelden, ook in de strafvordering. Wat die eisen dan per geval precies vragen en of er aan is voldaan, kan per geval van binnentreden verschillen en in de concrete casus worden beoordeeld.<sup>34</sup> De geciteerde zinsnede leent zich – voor het betreden van woningen – in feite zonder meer voor toevoeging aan art. 12 Grw of ten minste voor codificatie in de Awbi, ook in het kader van de rechtseenheid tussen Hoge Raad en CRvB. Het is dan ook terecht dat in de voorbereidende notitie betreffende de modernisering van het Wetboek van Strafvordering de vraag naar wettelijke regeling van toestemming als ‘informed consent’ wordt opgeworpen,<sup>35</sup> al zagen de onderzoekers in het project Strafvordering 2001 geen reden voor wettelijke regeling.<sup>36</sup>

Een analyse van de eisen noodzakelijk voor legitieme toestemming tot, in elk geval, het betreden van een woning, maakte onderdeel uit van de dissertatie.<sup>37</sup> In

32 Zie P.T.C. van Kampen, ‘Informed consent en de rechtspraak ex artikel 359a Sv’, *DD* 2013, afl. 15, p. 140-155.

33 Zie o.a. CRvB 11 april 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BA2410; *AB* 2007/149; CRvB 24 november 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK4060; en CRvB 12 maart 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ4108; *RSV* 2013/132; *USZ* 2013/124.

34 De beperking tot het betreden van woningen heeft het voordeel dat voor andere gevallen van het ‘prijsgeven van rechten’ ook andere, op het concrete optreden gerichte eisen kunnen worden gesteld. Zo bepleit Reijntjes o.c., voor het prijsgeven van sommige procedurele rechten een schriftelijke verklaring of een verklaring ten overstaan van een rechter.

35 Discussiestuk ‘Algemene bepalingen van het voorbereidende onderzoek (Boek 2)’, versie van 4 juni 2014, par. 2.5.

36 Zie Y.G.M. Baaijens-van Geloven en J.H.B.M. Simmelink, ‘Normering van de opsporing’, in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en Rechtsmiddelen, derde interimrapport onderzoeksproject strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 474 waarover J.M. Reijntjes, ‘Het prijsgeven van rechten’, *Strafblad* 2008, afl. 8, p. 556-557.

37 Zie, inclusief wetsvoorstel, Binnen zonder kloppen?, hoofdstuk II. Zie ook Reijntjes, o.c., p. 558-559. Interessant is nog de notie dat de aangehouden verdachte bewoner pas om toestemming mag worden verzocht nadat hij in de gelegenheid is gesteld een advocaat te raadplegen. Blijkens HR 27 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV8288 *NJ* 2012/440 is in elk de opvatting onjuist dat zulks uit de Salduz-jurisprudentie zou voortvloeien.

het bijzonder zou moeten worden voorgeschreven dat de volgens art. 1 lid 1 Awbi voorgeschreven legitimatie en doelvermelding niet (slechts) aan het binnentreden vooraf dient te gaan, maar juist (ook) aan het vragen van toestemming daartoe. De Awbi dwingt daartoe nu niet,<sup>38</sup> maar alleen in een dergelijke opzet wordt deze informatieplicht onderdeel van de toestemming als ‘informed consent’. In dat concept moet immers niet het binnentreden met toestemming worden geregeld, maar de toestemming tot binnentreden. Aan het artikel zou voorts ten minste moeten worden toegevoegd de aan art. 29 lid 1 Sv ontleende eis dat de betreffende ambtenaar zich onthoudt van alles wat de strekking heeft toestemming te verkrijgen waarvan niet gezegd kan worden dat zij in vrijheid is gegeven. De ambtenaar dient de bewoner er voorts op te wijzen dat deze niet verplicht is met het binnentreden in te stemmen en door weigering het dadelijk binnentreden kan voorkomen. Met deze eisen is niet verenigbaar dat de wettelijke consequenties van het niet verlenen van toestemming dermate verstrekkend zijn dat van vrijwillige toestemming niet meer kan worden gesproken. Die notie is ook voor het strafrecht van belang. Als in het kader van elektronische detentie toezicht in de woning van de veroordeelde nodig is, moet toegang tot diens woning niet worden ‘afgedwongen’ via diens toestemming daartoe, als voorwaarde voor het überhaupt in aanmerking komen voor elektronische detentie als alternatief voor vrijheidsbepaling. In wetsvoorstel 33 745 ligt deze systematiek nochtans wel besloten.<sup>39</sup>

## 5 Afsluiting

Een rondgang langs de voor de bescherming van de woning in de strafvordering relevante aspecten van regelgeving en rechtspraak levert een wisselend beeld op. Er zijn ontwikkelingen die aan de bescherming van de woning wat meer inhoud en cachet geven, juist als daarbij de traditionele beperking van binnentreden wordt verlaten. Anderzijds zijn er ontwikkelingen die aan adequate bescherming van de woning weinig waarde toekennen: de handhaving van voorschriften rondom binnentreden is niet echt sterk. Een nieuw proefschrift is (nog) niet aan de orde. Wel was het en is het zo dat de bescherming van de woning steeds slechts fragmentarisch aan de orde komt, nogal eens als onderdeel van andere rechtsontwikkelingen en ook per rechtsgebied verschillend. Als zodanig wordt de bescherming van de woning niet centraal gezien of geregeld. Een nieuw opgezet art. 12 Grw, uitgaande van de huisvrede en niet alleen

38 Zie ook A-G Vegter voor HR 21 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:144; NJ 2014/106 (ECLI:NL:PHR:2013:1741), onder 13.

39 *Kamerstukken II*, 2013/14, 33 745, nr. 3 (MvT), p. 12-13: ‘Als voorwaarde voor de deelname aan elektronische detentie, gaat de betrokkene ermee akkoord om toezichthouders tot zijn woning toe te laten. Verschaft de betrokkene toch geen toegang tot de woning, dan overtreedt hij de voorwaarden en zal de elektronische detentie worden beëindigd’.

van binnentreden, zou juist daartoe moeten dwingen. Zowel wat betreft nadere voorschriften rondom wettelijk toegestane inbreuken op die huisvrede als de handhaving daarvan. Daarmee zijn we weer terug bij de normatieve betekenis van de voorschriften van de Nederlandse Grondwet. Aan die – geringe – betekenis is sinds 1989 weinig veranderd. Dat is niet alleen vanuit het perspectief van de bescherming van de woning jammer.