

BINNENTREDEN IN EEN WONING: DOORZOEKEN ALS NORM

Mr. S.L.J. Janssen*

Op 2 november 2004 heeft de Hoge Raad een beslissing genomen over het binnentreden in een woning en de daarbij benodigde machtiging.¹ De Hoge Raad zoekt daarbij nadrukkelijk aansluiting bij de wettekst en wetsgeschiedenis van de Wet herziening gerechtelijk vooronderzoek.² Bij deze benadering en de consequenties van deze uitspraak dienen echter enkele kanttekeningen te worden geplaatst.

De problematiek in deze zaak was als volgt. De verdachte was door leden van een arrestatieteam, dus buiten heterdaad, rond half 6 's morgens aangehouden in zijn woning. Daartoe waren opsporingsambtenaren de woning binnengetreden en hadden deze doorzocht om tot aanhouding van de verdachte over te kunnen gaan. Voor deze doorzoeking ter aanhouding was een mondelinge machtiging gegeven door de officier van justitie. Een schriftelijke machtiging ontbrak en was ook achteraf niet opgesteld. De raadsman had bij de behandeling van de zaak bij het Gerechtshof Amsterdam onder andere aangevoerd dat nu een schriftelijke machtiging tot binnentreden ontbrak, er in strijd met de artikelen 54 en 55a Sv en met artikel 2 en artikel 7 van de Algemene Wet op het Binnentreden (Awbi) tot betreding van de woning was overgegaan.³ Het Hof verwierp dit verweer van de raadsman, door te stellen dat in gevolge het bepaalde in artikel 55a lid 2 Sv voor het binnentreden van de woning door leden van het arrestatieteam, anders dan de advocaat had betoogd, geen schriftelijke machtiging als bedoeld in artikel 2 Awbi vereist is.

Gezien de bewoording van artikel 55a lid 2 Sv, lijkt daar op het eerste gezicht weinig tussen te krijgen. De vraag die nog rest, is of de in artikel 55a lid 1 Sv genoemde machtiging van de officier van justitie in beginsel schriftelijk dient te zijn of dat kan worden volstaan met een mondelinge machtiging.

De Advocaat-Generaal mr. Jörg komt na een korte beschouwing van de wetsgeschiedenis tot de conclusie dat een schriftelijke machtiging niet vereist is. Met een verwijzing naar de Memorie van Toelichting (MvT) op de wet herziening gvo, oordeelt de advocaat-generaal dat wettekst noch wetgeschiedenis aanknopingspunten bieden voor de veronderstelling dat de in artikel 55a Sv genoemde machtiging schriftelijk zou moeten zijn. Sterker nog, uit de kamerstukken betreffende de doorzoeking ter inbeslagneming door de rechter-commissaris (artikel 97 Sv) zou zelfs kunnen blijken dat een machtiging niet altijd schriftelijk zou hoeven zijn.⁴ Nu bovendien artikel 55a lid 2 Sv een

* *Advocaat bij Cleerdin & Hamer Advocaten te Amsterdam*

¹ Hoge Raad 2 november 2004, LJN AQ8842, 03006/03

² Wet Herziening GVO, 27 mei 1999, Stb. 243

³ Van belang voor dit artikel zijn, behalve artikel 55 Sv en artikel 7 en 8 Awbi, met name de artikelen 55a Sv en 2 Awbi, welke voor zover relevant luiden:

Artikel 55a Sv:

1. In geval van ontdekking op heterdaad van een strafbaar feit of in geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, kan iedere opsporingsambtenaar ter aanhouding van de verdachte elke plaats doorzoeken. Hij behoeft daartoe de machtiging van de officier van justitie, behoudens het geval van dringende noodzakelijkheid. In het laatste geval wordt de officier van justitie onverwijld van de doorzoeking op de hoogte gesteld.
2. Indien de officier van justitie aan een opsporingsambtenaar een machtiging heeft verleend ter aanhouding van de verdachte een woning zonder toestemming van de bewoner te doorzoeken, is voor het binnentreden in die woning door de betrokken opsporingsambtenaar geen machtiging als bedoeld in artikel 2 van de Algemene wet op het binnentreden vereist.

Artikel 2 Awbi:

1. Voor het binnentreden in een woning zonder toestemming van de bewoner is een schriftelijke machtiging vereist (...). De machtiging wordt zo mogelijk getoond.

2. (...)

3. Een schriftelijke machtiging als bedoeld in het eerste lid is niet vereist, indien ter voorkoming of bestrijding van ernstig en onmiddellijk gevaar voor de veiligheid van personen of goederen terstond in de woning moet worden binnentreden.

4. Op die veronderstelling is ook nog wel het nodige af te dingen, nu uit de betreffende bewoordingen kan worden afgeleid dat het uitgangspunt is dat de rechter-commissaris in ieder geval de bevindingen betreffende de doorzoeking achteraf op papier

uitzondering maakt op het vereiste van een schriftelijke machtiging ex. artikel 2 Awbi, is het oordeel van het Hof juist, aldus de advocaat-generaal.

Ook de Hoge raad heeft voor de beantwoording van deze vraag weinig woorden nodig:

“3.5. De wettekst noch de wetsgeschiedenis noopt tot het oordeel dat de in art. 55a, eerste lid, Sv bedoelde machtiging schriftelijk moet worden verstrekt. 's Hofs oordeel dat een dergelijke machtiging ook mondeling kan worden verstrekt is dan ook juist. In zoverre faalt het middel.”

De Hoge Raad lijkt zich bij de beoordeling van het cassatiemiddel uitsluitend te richten op de wetsgeschiedenis van artikel 55a Sv. De vraag is nu hoe juist die keuze is, zeker nu er vooral gekeken wordt naar de Memorie van Toelichting bij de wet herziening gvo⁵, waarvan artikel 55a Sv deel uitmaakt. Duidelijk zal echter zijn, dat dit arrest met name van belang is voor de betekenis die dient te worden gegeven aan artikel 55a lid 2 Sv. Immers, de lijn die uit deze uitspraak afgeleid kan worden (en in de praktijk ook reeds afgeleid wordt) is dat enerzijds de machtiging bedoelt in artikel 55a lid 1 Sv niet schriftelijk hoeft te zijn, anderzijds dat artikel 55a lid 2 Sv een uitzondering maakt op het vereiste van een schriftelijke machtiging ex. artikel 2 Awbi, en dat er dus bij een doorzoeking ter aanhouding in het geheel geen schriftelijke machtiging hoeft te zijn om in een woning, tegen de wil van de bewoner, binnen te treden.

Zowel de conclusie van de advocaat-generaal, als de verwerping van het middel door de Hoge Raad, is bevreemdend in het licht van de bepalingen in de Awbi. In artikel 2 van deze wet wordt geen enkele twijfel gelaten over de vorm van de machtiging wanneer een woning tegen de wil van de bewoner wordt binnentreden: deze hoeft alleen dan niet schriftelijk te zijn, wanneer er een ernstig en onmiddellijk gevaar dreigt. De achtergrond van de invoering van de Awbi was destijds ook juist het scheppen van duidelijkheid in de ingewikkelde en verspreid opgenomen regelgeving op het gebied van het betreden van woningen. Nu de woning bij uitstek de plek is waar de burger zich veilig en beschermd moet kunnen voelen, is het tegen de wil van die burger binnentreden in zijn woning een zeer ingrijpende bevoegdheid en dient uitoefening van die bevoegdheid juist aan strenge bepalingen te zijn gebonden. De wetsgeschiedenis van de Awbi is over deze achtergrond ook glashelder.⁶ De Awbi diende als vangnet te fungeren wanneer de algemene of bijzondere wetten onvoldoende rechtswaarborgen boden.

De Memorie van Toelichting bij de wet herziening gvo, waarnaar de advocaat-generaal zo nadrukkelijk verwijst, biedt inderdaad geen aanknopingspunten in dit verband. Dat is echter ook weinig verbazingwekkend, nu in het oorspronkelijke wetsvoorstel er slechts sprake was van artikel 55a (zonder lid 1 of lid 2), en de verwijzing naar de Awbi zoals die thans in lid 2 staat destijds nog helemaal niet opgenomen was. Aangezien de Awbi ten tijde van het indienen van het wetsvoorstel nog niet van kracht was, is ook dat weinig verbazingwekkend. Op 1 oktober 1994 wordt dan de Algemene wet binnentreden van kracht, en vrijwel onmiddellijk daarna wordt het wetsvoorstel tot herziening van het gvo aangepast en wordt onder andere artikel 55a lid 2 Sv geïntroduceerd. De toelichting bij die wijziging is helaas uiterst summier, maar duidelijk is wel dat er een direct verband is tussen de Awbi en deze toevoeging: “De in deze onderdelen voorgestelde wijzigingen zijn een rechtstreeks gevolg van het feit dat de voorstellen van wet inzake de wijziging van het Wetboek van

zet, en los daarvan de positie van de rechter-commissaris om voor de hand liggende redenen niet zonder meer gelijk te schakelen is met die van de officier van justitie.

⁵ In punt 14 verwijst de advocaat-generaal naar de memorie van antwoord die onder TK 1993/ 1994, 23251, nummer 9 gepubliceerd zou zijn. Het kamerstuk met nummer 23251, nummer 9, behelst echter de Nota van Wijziging die werd opgesteld na een partiele wijziging van het wetsvoorstel herziening gvo . Het lijkt er op dat de AG op dit kamerstuk doelt, maar helemaal duidelijk is het niet.

⁶ Memorie van toelichting bij algemene wet op het binnentreden, TK 1984 1985, 19073, nummer 3, paragraaf 2, ‘hoofdpijnen van de voorgestelde regeling’: “Met de voorgestelde regeling wordt een systematisering en, waar mogelijk eenmaking van de wettelijke bepalingen inzake het binnentreden beoogd. Daarnaast houdt zij een versterking van de waarborgen voor de bewoner in. Die versterking is er allereerst in gelegen, dat de bestaande onduidelijkheid inzake de bevoegdheden van overheidsfunctionarissen tot binnentreden – een gevolg van de onoverzichtelijke en soms onvolledige en gebrekkige regeling in tal van wetten - wordt weggenomen”.

Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en andere wetten in verband met (...) de Algemene wet op het binnentreden (...), wet zijn geworden.”⁷

Wetshistorisch gezien is de gang van zaken dus, dat er eerst een wetsvoorstel ligt dat de mogelijkheid tot een schriftelijke machtiging tot binnentreden in artikel 55a open lijkt te laten, dat vervolgens een wet van kracht wordt die uitdrukkelijk stelt dat er in beginsel altijd een schriftelijke machtiging moet zijn teneinde rechtmatig binnen te kunnen treden in een woning, en dat het eerste wetsvoorstel dan vervolgens wordt aangevuld. Met het oog daarop is het weinig voor de hand liggend om te veronderstellen dat het toegevoegde lid 2 van artikel 55a Sv een algemene uitzondering heeft willen maken op de zojuist ingevoerde grondregel dat er altijd een schriftelijke machtiging moet zijn. Logischer is dat de toevoeging slechts beoogt te voorkomen dat er bij een samenkomst van deze regelingen naast de schriftelijke machtiging van de officier van justitie nóg een schriftelijke machtiging ex. artikel 2 Awbi zou moeten worden verkregen. Een (ongelukkige) poging om mogelijke overlapping uit te sluiten dus.

Een ander argument voor deze lezing van de bepalingen en de wetsgeschiedenis, is te vinden in de systematiek van de wet. De uitzondering van artikel 55a lid 2 Sv is gecreëerd voor de bevoegdheid tot doorzoeking ter aanhouding. De consequentie van de lezing van de Hoge Raad, is dat een machtiging tot (binnentreden ter) aanhouding wél schriftelijk zou moeten zijn, terwijl dat bij een (binnentreden ter) doorzoeking ter aanhouding níet het geval is. Een verdergaande bevoegdheid is dan met minder waarborgen omkleedt dan een minder vergaande bevoegdheid. Uiteindelijk betekent dit uiteraard dat het voor een officier van justitie eenvoudiger is om een machtiging tot doorzoeking ter aanhouding af te geven dan om slechts een machtiging ter aanhouding af te geven. De wetgeving die onder andere geacht wordt de privacy van de burger zo veel mogelijk te beschermen, heeft tot effect dat inbreuken op die privacy juist gestimuleerd worden. Ook dat is niet logisch.

Een laatste argument kan nog worden gevonden in bijzondere omstandigheden bij een aanhouding, die uitdrukkelijk uit de machtiging moeten blijken. Voor binnentreden 's-nachts, bij afwezigheid van de bewoner of door meerdere personen is een uitdrukkelijke (niet voorgedrukte) nadere verklaring in de machtiging noodzakelijk.⁸ In deze zaak werd zoals gezien om half zes 's morgens met een arrestatieteam binnen getreden, dus had de machtiging daarvoor uitdrukkelijk een reden moeten geven. Aangezien de machtiging mondeling was gegeven was dat uiteraard niet mogelijk. Er was weliswaar een verslag van binnentreden opgemaakt, maar dat biedt onvoldoende inzicht in de omstandigheden die de betreffende vorm van binnentreden noodzakelijk maken en in de overwegingen van de officier van justitie daarover, nu dit proces-verbaal niet door de officier van justitie wordt opgesteld maar door (één van) de binnentredende opsporingsambtenaren. Hierdoor kan de legitimiteit van de beslissing van de officier van justitie door de verdediging en de zittingsrechter achteraf onvoldoende worden getoetst. Zowel het gerechtshof als de advocaat-generaal oordelen dan ook dat de vermelding er wel had moeten zijn, maar verbinden daaraan geen rechtsgevolgen.⁹

In het *Nederlands Juristenblad*¹⁰ roept mevrouw mr. F. Vellinga-Schootstra na een bespreking van de wet herziening gvo de rechterlijke macht op om, na de 'klare taal' van de wetgever, de rug recht te houden. Ook bij de invoering van de Awbi is de wetgever zeldzaam duidelijk geweest, en wel in haar verlangen om enkele minimumeisen te creëren waaraan bij het betreden van woningen dient te worden voldaan. De totstandkoming en formulering van artikel 55a lid 2 Sv, bezien in wisselwerking met die Awbi, excelleert minder in duidelijkheid, maar de interpretatie die de Hoge Raad thans heeft gegeven lijkt vanuit de wetshistorie en de wetsystematiek niet juist. Indien de (maatschappelijke, justitiële, politieke) behoefte bestaat het regime voor het binnentreden in een woning te versoepelen, is het aan de wetgever om dat mogelijk te maken. In afwachting daarvan is het aan de rechterlijke

⁷ Nota van wijziging, TK 1994/ 1995, 23251, nummer 9, p. 13

⁸ C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer, Tekst en Commentaar Sv, 5e druk, Kluwer, Deventer 2003: commentaar bij de Algemene wet binnentreden, aantekening 3 bij paragraaf 2, p. 1881

⁹ Een 'betreurenswaardige omissie', aldus de advocaat –generaal.

¹⁰ F. Vellinga-Schootstra, Van Huiszoeking naar doorzoeking: een stille revolutie, NJB 2000, p. 928

macht in het algemeen en de Hoge Raad in het bijzonder om de bedoeling van de wetgever en de jurisprudentiële eisen met elkaar in overeenstemming te houden.