

## Tilburg University

### Dwangmiddelen en rechtsmiddelen.

Groenhuijsen, M.S.; Knigge, G.

*Publication date:*  
2002

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

Groenhuijsen, M. S., & Knigge, G. (Eds.) (2002). *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*. Kluwer.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## 4 Normering van de opsporing

*Mr. dr. Y.G.M. Baaijens-van Geloven & mr. dr. J.B.H.M. Simmelink*

### 1 Inleiding. Aanduiding onderwerp

In de juridische regeling van de opsporing en de opsporingsbevoegdheden moet aan veel conflicterende belangen recht worden gedaan. Voor de in het verband van dit conflict te maken afwegingen zijn in het algemeen deel van het tweede interimrapport algemene uitgangspunten weergegeven.<sup>1</sup> Zo moeten aan politie en justitie middelen ter beschikking worden gesteld op basis waarvan op adequate wijze strafbare feiten kunnen worden opgehelderd en verdachten strafrechtelijk kunnen worden vervolgd. Ook moeten reeds in dit stadium van de strafvordering maatregelen kunnen worden getroffen om de tenuitvoerlegging van een eventueel op te leggen sanctie veilig te stellen. Hiertegenover staat dat bij de opsporing van strafbare feiten moet worden voorkomen dat burgers nodeloos lastig worden gevallen. Niet meer dan noodzakelijk moet de behoefte aan waarheidsvinding gepaard gaan met inbreuken op de individuele vrijheid.<sup>2</sup> De juridische regeling van de opsporing beoogt dergelijke inbreuken voorzienbaar te maken door in het algemeen en vooraf aan te wijzen welke functionarissen tot opsporing gerechtigd zijn en voorwaarden te formuleren die door hen in acht moeten worden genomen bij de verrichting van opsporingsactiviteiten. In het verlengde hiervan zal moeten worden voorzien in mogelijkheden om preventief en reactief controle uit te oefenen over de opsporing en de in dat verband uitgevoerde verrichtingen.

Met het voorgaande is in zeer kort bestek het onderwerp van dit deelrapport aangegeven. Onderzocht wordt op welke wijze vorm kan worden gegeven aan een nieuwe regeling van de opsporing en de opsporingsbevoegdheden. De wijze van normering van de opsporing, als algemene onderzoeksvraag, beslaat een breed veld van onderzoek. Op een groot aantal uiteenlopende kwesties met betrekking tot de inrichting van het opsporingsonderzoek zal een antwoord moeten worden geformuleerd. Kernachtig aangeduid gaat het om de vraag welke onderwerpen in een nieuwe regeling van het vooronderzoek moeten worden opgenomen, waar die regeling moet wor-

1 M.S. Groenhuijsen, 'Algemeen deel', in: *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, p. 18-24.

2 Vgl. de MvT bij het huidige wetboek in: Melai, 'Inleiding' in: *Wetboek van Strafvordering*, p. 10-11.

den ondergebracht (in de formele wet, in gedelegeerde regelgeving of bijvoorbeeld in richtlijnen van het OM?), de structuur van de bevoegdheden die toekomen aan de bij het vooronderzoek betrokken personen, het stelsel van voorwaarden die gelden bij de uitoefening van opsporingsbevoegdheden en voorzieningen met betrekking tot de controle over het vooronderzoek. In het onderzoek wordt het accent gelegd op de systematische vormgeving van de nieuwe regeling, toegespitst op de daarin aan te brengen rechtswaarborgen. Bij deze waarborgen moet worden gedacht aan algemene maatstaven die uit een oogpunt van rechtstatelijkheid aan overheidsoptreden moeten worden gesteld en aan waarborgen die strekken tot bescherming van individuele vrijheidsrechten.

Het in het verband van dit deelrapport uit te voeren onderzoek borduurt voort op het tweede interimrapport van het onderzoeksproject strafvordering 2001. In dit interimrapport is ingegaan op de inrichting van het vooronderzoek in strafzaken. De in diverse deelrapporten geformuleerde voorstellen vormen voor een belangrijk deel de basis voor het onderzoek in dit deelrapport naar de normering van de opsporing en de opsporingsbevoegdheden. Met het oog op de omlijning van het in dit deelrapport te verrichten onderzoek is op de eerste plaats van belang het in het tweede deelrapport van Knigge en Kwakman geformuleerde stramien voor de inrichting van het opsporingsonderzoek.<sup>3</sup> Aangegeven is daarin dat het wetboek van strafvordering een algemene regeling dient te bevatten voor ieder onderzoek dat wordt verricht met als doel de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. In deze regeling dienen de opsporing en de ten behoeve daarvan te hanteren bevoegdheden uitgebreider te worden genormeerd dan in het huidige wetboek is geschied. Zo is aangegeven dat het aanbeveling verdient om het begrip 'opsporing' als zodanig in het wetboek te definiëren. De taak om strafbare feiten op te sporen wordt exclusief opgedragen aan opsporingsambtenaren. Voor de uitoefening van deze taak dienen aan opsporingsambtenaren bevoegdheden te worden toegekend. Voor een deel kunnen deze bevoegdheden besloten liggen in een taakstellende bepaling (vergelijk het huidige art. 141 Sv), voor een deel zal in het wetboek moeten worden voorzien in een specifieke wettelijke normering van opsporingsbevoegdheden. Afhankelijk van de aard van de betrokken bevoegdheid en de reden voor normering daarvan, kan de formeelwettelijke regeling meer of minder gedetailleerd zijn. Onderzocht zal worden of maatstaven kunnen worden ontwikkeld aan de hand waarvan de keuze voor expliciete normering van opsporingsactivi-

3 Zie *'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak'* (G. Knigge & N.J.M. Kwakman).

teiten en de mate waarin zij met wettelijke voorschriften worden omringd, kan worden onderbouwd.

In het verlengde hiervan moeten de uitgangspunten betreffende de taak en plaats van de officier van justitie en rechter-commissaris in het vooronderzoek in herinnering worden geroepen. In het onderzoek naar de positie van het openbaar ministerie is aangegeven dat het toezicht en de algemene leiding over het opsporingsonderzoek in handen moeten worden gelegd van de officier van justitie.<sup>4</sup> Op het punt van algemene leiding en toezicht is geen rol toebedeeld aan de rechter-commissaris. Daarentegen hoort het wel tot de taak van de rechter-commissaris om incidenteel een rol te spelen bij de toepassing van opsporingsbevoegdheden. In deze gevallen kan de betrokkenheid van de rechter-commissaris bij het vooronderzoek bestaan uit een voorafgaande toetsing en verlening van een machtiging of uit een persoonlijke aanwezigheid van de rechter-commissaris bij de uitvoering van een onderzoeksactiviteit. Verder kan de rechter-commissaris, vooruitlopend op het onderzoek ter terechtzitting, in de vorm van een mini-instructie bij het vooronderzoek worden betrokken ten behoeve van de verrichting van onderdelen van het vooronderzoek.<sup>5</sup> De inschakeling van de rechter-commissaris in het vooronderzoek heeft evenwel geen betekenis voor de algemene leiding en het toezicht over het opsporingsonderzoek: deze blijft in handen van de officier van justitie. In de regeling van het vooronderzoek zullen de verschillende activiteiten van de rechter-commissaris moeten worden ingepast.

Naast deze algemene thema's zijn in enkele andere deelrapporten uitgangspunten voor een nieuwe wettelijke regeling geformuleerd die doorwerken naar de regeling van de opsporingsbevoegdheden. Op de eerste plaats is dit het voorstel om bij de aanduiding van de 'gevallen' in de regeling van de voorlopige hechtenis niet meer uit te gaan van de abstracte ernst van het strafbare feit, afgemeten aan de wettelijke strafbedreiging van minimaal 4 jaar gevangenisstraf, maar van de ernst van het feit in concreto.<sup>6</sup> Dat voorstel heeft consequenties voor de huidige regeling van opsporingsbevoegdheden, voorzover daarin als voorwaarde voor toepassing wordt verwezen naar de gevallen waarin voorlopige hechtenis is toegelaten. Onderzocht moet worden op welke wijze de toepassing van meer ingrijpende opsporingsbevoegdheden kan worden gereserveerd voor bepaalde categorieën van de meer ernstige strafbare feiten. Op de tweede plaats is in het onderzoek naar de interne

4 Zie de par. 2 t/m 2.5 van het deelrapport 'Vervolging en rechtsbescherming' in *Het tweede interimrapport*.

5 Vgl. A.E. Harteveld & E.F. Stamhuis, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek'.

6 J. uit Beijerse & J.B.H.M. Simmelink, 'Voorarrest'.

openbaarheid en de verbaliseringsplicht aangegeven dat bij het onderzoek naar de normering van opsporingsbevoegdheden afzonderlijk moet worden bezien of er – naast de algemene verbaliseringsplicht – met het oog op de toepassing van afzonderlijke bevoegdheden bijzondere verbaliseringsplichten en voorschriften omtrent voeging van opgemaakte processen-verbaal bij de processtukken moeten worden geïntroduceerd.<sup>7</sup> Op de derde plaats zal in dit deelrapport in het verlengde van het onderzoek naar de getuige in het strafprocesrecht<sup>8</sup> en naar de bemoeienis van de rechter met het vooronderzoek<sup>9</sup> aandacht worden besteed aan het horen van getuigen in het vooronderzoek. Bezien zal worden op welke wijze het horen van getuigen in de regeling van het vooronderzoek kan worden ingekaderd.

De opbouw van dit deelrapport is als volgt. Op de eerste plaats wordt aandacht besteed aan de meer algemene vraag betreffende de systematische vormgeving van de wettelijke regeling van het opsporingsonderzoek. De onderwerpen waarvoor in een nieuwe regeling van het vooronderzoek voorzieningen behoren te worden getroffen, zullen worden geïnventariseerd. In dit verband zal worden onderzocht of bij de normering van de opsporing betekenis moet worden gehecht aan de aard van de opsporingsactiviteit en de met een wettelijke regeling daarvan gemoeide belangen. Is er bijvoorbeeld aanleiding om andere maatstaven aan te leggen bij de wettelijke regeling van enerzijds ‘dwangmiddelen’ en anderzijds de zogenaamde ‘bijzondere opsporingsbevoegdheden’? Moeten met het oog op de wijze van wettelijke regeling consequenties worden verbonden aan de omstandigheid dat de wettelijke regeling in sommige gevallen is ingegeven door de veroorzaakte (potentiele) inbreuk op grondrechten, de inperking van risico’s voor de integriteit van de opsporing of de bevordering van de betrouwbaarheid van de bewijsvergaring? Afzonderlijke aandacht behoeft de vraag of een en ander betekenis heeft voor de in het wettelijk systeem impliciet besloten liggende opsporingsbevoegdheden.

Vervolgens zal worden ingegaan op de betrokkenheid van diverse justitiële en politieke functionarissen bij de toepassing van opsporingsbevoegdheden. Centraal staat dan het vraagstuk van de verlening van bevoegdheden

7 J.B.H.M. Simmelink & Y.G.M. Baaijens-van Geloven, ‘*Vervolging en rechtsbescherming*’.

8 Zie A. den Hartog, ‘De getuige in het strafprocesrecht; voorstellen voor een nieuwe regeling, in: *Het eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Het onderzoek ter zitting*.

9 A.E. Harteveld & E.F. Stamhuis, ‘De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek’, in: *Tweede interimrapport Strafvordering 2001, Het vooronderzoek in strafzaken*.

aan personen. Moeten opsporingsbevoegdheden worden toegekend aan personen die feitelijk zorg dragen voor de uitvoering van de activiteiten, waarbij de betrokkenheid van hiërarchisch hogeren tot uitdrukking komt in de eis dat vooraf toestemming of machtiging voor de activiteit moet worden verleend? Of moet bij de verlening van bevoegdheden worden uitgegaan van de ook in het huidige wetboek te herkennen ‘piramidale’ structuur? Hierbij is de mate van ingrijpendheid van een activiteit bepalend voor de verlening van bevoegdheden (hoe ingrijpender de bevoegdheid, des te ‘hoger’ de bevoegde autoriteit). Als de keuze valt op de ‘piramidale’ structuur, moet vervolgens onder ogen worden gezien wat de toekenning van een bevoegdheid aan een autoriteit betekent. Heeft de toekenning van bijvoorbeeld de bevoegdheid tot het doorzoeken van plaatsen aan de officier van justitie<sup>10</sup> of de rechter-commissaris<sup>11</sup> tot gevolg dat de officier van justitie of rechter-commissaris persoonlijk bij de uitvoering van de doorzoeking aanwezig dient te zijn? Of is voldoende dat de officier van justitie of rechter-commissaris beslist omtrent het doorzoeken van een plaats en kan de feitelijke uitvoering van de doorzoeking worden overgelaten aan opsporingsambtenaren?

Na het toedelingsvraagstuk wordt aandacht besteed aan de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan bij de beslissing tot toepassing van opsporingsbevoegdheden. Hierbij gaat het op de eerste plaats om algemene voorwaarden die de uitoefening van overheidsmacht beheersen, zoals de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, en de doelgebondenheid van het optreden.<sup>12</sup> Op de tweede plaats komt de rol van de ‘verdenking’ aan de orde. Op welke wijze moet in de wettelijke regeling de toepassing van bevoegdheden afhankelijk worden gemaakt van het bestaan van een verdenking of een bepaalde gekwalificeerde verdenking<sup>13</sup>? Vervolgens moet worden ingegaan op de wijze van aanduiding van de strafbare feiten ter zake waarvan bepaalde bevoegdheden mogen worden ingezet. Moet de bijzondere regeling van de toepassing van bevoegdheden ter zake van alle strafbare feiten in situaties van ‘heterdaad’ worden gehandhaafd? Aan de hand van welke criteria kunnen de meer ingrijpende opsporingsbevoegdheden worden beperkt tot de meer ernstige strafbare feiten? Ten slotte moet worden onderzocht of de in-

10 Zie het huidige art. 96c Sv.

11 Voorzover het woningen en kantoren van geheimhouders betreft; zie art. 110 Sv.

12 In het eerder genoemde deelrapport van Knigge en Kwakman is deze algemene doelgebondenheid van de opsporing aangeduid als het onderzoek dat is gericht op strafrechtelijke sanctionering; zie ‘Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak’, par. 11.3.1.

13 Bijv. het criterium van art. 126o Sv.

zet van bepaalde bevoegdheden moet worden verbonden aan beperkt geformuleerde doelstellingen.

Het laatste in het verband van dit deelrapport aan de orde te stellen onderzoeksthema betreft het toezicht over de toepassing van opsporingsbevoegdheden. Heel in het algemeen is uitgangspunt dat opsporingsambtenaren verplicht zijn van hun verrichtingen en bevindingen proces-verbaal op te maken. Aan de hand van het opgemaakte proces-verbaal kan worden gecontroleerd of bij de opsporing de wettelijke grenzen in acht zijn genomen. Vraag is of het met het oog op een effectieve controle wenselijk is om naast de algemene verbaliseringsplicht de toepassing van enkele meer ingrijpende opsporingsbevoegdheden te koppelen aan bijzondere verbaliseringsplichten. Een andere invalshoek voor de inrichting van het toezicht over de opsporing betreft de geheime opsporingsmethoden, zoals observatie en het aftappen van telecommunicatie. In hoeverre dienen de betrokkenen bij dergelijke geheime opsporingsmethoden achteraf over het onderzoek te worden geïnformeerd en moet hen een rechtsgang worden geboden om de jegens hen verrichte opsporingsactiviteiten aan het oordeel van een rechter te kunnen onderwerpen?

## **2 Systematiek van de wettelijke regeling**

### *2.1 Inleiding*

In dit hoofdstuk zal nader worden ingegaan op enige kenmerken van de systematiek van de regeling van het vooronderzoek in het wetboek. Hierbij gaat het in de eerste plaats om de algemene structuur van de regeling: hoe moeten het opsporingsonderzoek en de daarbij uit te oefenen bevoegdheden in het wetboek worden geregeld? Vervolgens wordt aandacht besteed aan het gegeven dat, naast het wetboek, voorschriften van strafvorderlijke aard kunnen zijn neergelegd in lagere regelgeving. De vraag is of dit gegeven zich verdraagt met het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel en de codificatieopdracht van art. 107 Gw. Verder zal een terminologische kwestie aan de orde worden gesteld, die betrekking heeft op de typering van opsporingsbevoegdheden. Het betreft de aanduiding van opsporingsactiviteiten als ‘dwangmiddelen’ of als ‘opsporingsmethoden’. Aan dit onderscheid is in de literatuur betekenis gehecht in verband met de vraag naar de noodzaak van een wettelijke grondslag van de betrokken activiteit.

2.2 'Opsporing' en 'dwangmiddelen' in het huidige wetboek

*Systematiek van de regeling*

Een van de primaire doelstellingen die hebben geleid tot de opstelling van het huidige wetboek, was de herziening van het vooronderzoek. Het ligt dus voor de hand dat bij de totstandkoming van het huidige wetboek uitgebreid is ingegaan op de wijzigingen die in de regeling van het vooronderzoek zijn aangebracht. Daarbij is de aandacht overwegend uitgegaan naar de voor die tijd meest ingrijpende verandering: de omvorming van de oude 'voorloopige informatiën' en de 'geregelijke instructie' naar het gerechtelijk vooronderzoek.<sup>14</sup> De aandacht voor de regeling van de opsporing was gering en spitste zich toe op de dwangmiddelen, met name de toepassing van dwangmiddelen in en buiten gevallen van ontdekking op heterdaad.<sup>15</sup> Bij de algemene regeling van de opsporing werd aangesloten bij het vorige wetboek:

'Het opsporingsonderzoek van den officier van justitie en van de verschillende onder hem gestelde opsporingsambtenaren – hetzij hulpofficier of niet – is in hoofdzaak op dezelfde wijze ingericht als in het tegenwoordige Wetboek'.<sup>16</sup>

Wel werd verandering gebracht in de systematiek van de regeling van de opsporing. In het Wetboek van 1886 kon de regeling van de opsporing worden opgevat als een beschrijving van een fase van het strafproces, waarin was voorzien in de verschillende onderwerpen die in die fase aan de orde konden zijn, waaronder de dwangmiddelen.<sup>17</sup> In het eerste ontwerp van een nieuw wetboek van de hand van B. Ort (dat de basis vormde voor de werkzaamheden van de Staatscommissie-Ort) werd voorgesteld deze systematiek te handhaven.<sup>18</sup> In het uiteindelijke ontwerp voor een nieuw wetboek<sup>19</sup> werden de bepalingen betreffende de opsporing en de dwangmiddelen echter voor een belangrijk deel van elkaar losgeweekt en in verschillende delen van het nieuwe wetboek ondergebracht. Deze splitsing berustte op de voorkeur van de wetgever om 'onderwerpen, die eene algemene regeling toelaten,

14 Vgl. *Bijl. Hand. II* 1913-1914, 286, nr. 3, *MvT*, p. 51, 59-61; zie ook de discussie over de herziening van het wetboek in de Staatscommissie-Ort, notulen van de zeventiende vergadering, p. 11 e.v. en de notulen van de achttiende vergadering, in: K. Lindenberg, *Van Ort tot Oro*, Groningen 2002, p. 227 - 238.

15 Vgl. *Bijl. Hand. II* 1913-1914, 286, nr. 3, *MvT*, p. 52; Minkenhof/Reijntjes, *De Nederlandse strafvordering*, Deventer, Gouda Quint 1998, p. 10.

16 *Bijl. Hand. II* 1913-1914, nr. 286, nr. 3, *MvT*, p. 59.

17 Zie de art. 8 t/m 80 Sv 1886.

18 Zie de art. 28 t/m 209 van het ontwerp van een wetboek van strafvordering, Den Haag 1910.



vooraf in inleidende voorschriften' te behandelen. Tot die onderwerpen werd de regeling van de dwangmiddelen gerekend, aangezien deze 'bij verschillende deelen van het strafproces toepassing kunnen vinden'. In het bijzonder moest hierbij worden gedacht aan de regeling van de vrijheidsbeneming van de verdachte en de inbeslagneming.<sup>20</sup> Deze materie werd opgenomen in de Vierde Titel van het eerste Boek van het wetboek, met het opschrift 'Eenige bijzondere dwangmiddelen'. De betekenis in dit opschrift van het woordje 'Eenige' is bescheiden. Daarmee werd slechts beoogd aan te geven dat het wetboek ook op andere plaatsen nog regelingen inzake dwangmiddelen bevat.<sup>21</sup> Hierbij ging het om dwangmiddelen waarvan de toepassing beperkt bleef tot een bepaalde fase van het strafproces. Deze kwesties werden geregeld in het aan de betrokken fase gewijde deel van het wetboek. Een voorbeeld hiervan biedt de bevoegdheid tot het dagvaarden van de verdachte en getuigen en de mogelijkheid om deze personen te doen voorgeleiden. Deze bevoegdheid werd alleen toegekend aan de rechter-commissaris, zodat deze onderwerpen werden ingekaderd in het gerechtelijk vooronderzoek.

Bij de opbouw van het wetboek heeft de wetgever niet strak de hand gehouden aan deze keuze. Verspreid in het wetboek zijn dwangmiddelen geregeld die gezamenlijk een plaats hadden kunnen krijgen in de algemene regeling van de dwangmiddelen. Gedacht kan worden aan de regeling van de schouw, zoals die deels is opgenomen in de regeling van het opsporingsonderzoek (art. 150) en van het gerechtelijk vooronderzoek (art. 192 en 193), en de bepalingen inzake het onderzoek aan lichaam en/of kleding (art. 56 en 195). Wat de wetgever destijds heeft bewogen om deze regelingen niet centraal in Titel IV van boek I op te nemen, is niet duidelijk.

Sedert 1926 zijn de nodige wijzigingen aangebracht in de regeling van de opsporing en de ten behoeve daarvan de ontplooiën activiteiten. Bij diverse van deze wijzigingen zijn in de loop van de tijd belangrijke nieuwe dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden in het wetboek opgenomen. Genoemd kunnen worden de telefoontap, het onderzoek van gegevens in geautomatiseerde werken, het DNA-onderzoek, het strafrechtelijk financieel onderzoek en de bijzondere opsporingsbevoegdheden. Opmerkelijk is dat bij al deze wijzigingen nimmer aandacht is besteed aan de oorspronkelijke wettelijke systematiek van de regeling van de opsporing en van de dwangmiddelen. In de parlementaire stukken zijn doorgaans geen, dan wel slechts enkele en in essentie nietszeggende woorden gewijd aan de plaats waarop de

←

19 *Bijl. Hand. II* 1913-1914, nr. 286, nr. 2.

20 *Bijl. Hand. II* 1913-1914, nr. 286, nr. 3, *MvT*, p. 63.

21 Zie *Bijl. Hand. II* 1917-1918, 77, nr. 1, Verslag en Antwoord, p. 30; Melai, artt. 52-125h, aant. 1 in: *Wetboek van Strafvordering*; Minkenhof/Reijntjes, *a.w.*, p. 10.

betrokken bevoegdheden in het wetboek zouden moeten worden opgenomen. Illustratief zijn de opmerkingen in de kamerstukken in verband met de plaatsing van de 'bijzondere bevoegdheden tot opsporing' in de Titels IVA t/m VC in het algemeen deel van het wetboek. In de memorie van toelichting wordt hierover opgemerkt:

'De meest passende plaats voor de onderhavige bevoegdheden in het wetboek, is na Titel IV van het Eerste boek. In Titel IV wordt een aantal bijzondere dwangmiddelen geregeld. ... Hoewel er verschillen zijn, is de verwantschap tussen de dwangmiddelen en de te plaatsen bevoegdheden groot. Daarom is voor plaatsing na Titel IV gekozen'.<sup>22</sup>

Aangezien het hier gaat om opsporingsbevoegdheden van de officier van justitie, was opname van deze bevoegdheden in de regeling van het opsporingsonderzoek zeer verdedigbaar. De nieuwe titels inzake de bijzondere opsporingsbevoegdheden bevestigen in ieder geval het beeld dat de keuze voor plaatsing van nieuwe voorzieningen in het wetboek telkens betrekkelijk willekeurig is geschied. Wellicht moet de verklaring daarvoor worden gezocht in de weinig dwingende structuur van verdeling van de materie aangaande het opsporingsonderzoek in het wetboek. In ieder geval is door de herhaalde introductie van nieuwe dwangmiddelen in het wetboek het inzicht in de oorspronkelijke verdeling over de regeling van enerzijds de dwangmiddelen en anderzijds het opsporingsonderzoek algeheel verdwenen.

#### *Wijze van regeling*

Afgezet tegen de nauwkeurige regeling van het gerechtelijk vooronderzoek en van het onderzoek ter terechtzitting is de regeling van de opsporing vrij summier. Hiervoor kunnen twee verklaringen worden aangereikt. Op de eerste plaats de omstandigheid dat de wetgever van het huidige wetboek zich bij de regeling van de opsporing heeft beperkt tot overname en herschikking van de aan de opsporing gewijde bepalingen uit het oude wetboek van 1886. Op de tweede plaats kan worden gewezen op de oorspronkelijk geringe betekenis van het opsporingsonderzoek in het gehele vooronderzoek in strafzaken. Buiten gevallen van heterdaad waren aan opsporingsambtenaren maar in beperkte mate dwangmiddelen toegekend. Zodra ingrijpender dwangmiddelen voor het onderzoek noodzakelijk waren, of als het onderzoek anderszins jegens de verdachte een bezwarend karakter kreeg, zou de officier van justitie naar het oordeel van de wetgever een gerechtelijk vooronderzoek (moeten)

22 Zie *Kamerstukken II*, 25 403, nr. 3, *MvT*, p. 51.

vorderen en het doen van onderzoek moeten overlaten aan de onafhankelijke rechter-commissaris.<sup>23</sup>

In verband met de regeling van de dwangmiddelen en de structuur van het vooronderzoek, zoals deze in het wetboek zijn neergelegd, wordt vaak verwezen naar passages in de memorie van toelichting. Daarin werd aangegeven dat bij deze regeling verschillende uitgangspunten konden worden gehanteerd. De wetgever koos uiteindelijk bij de regeling van de dwangmiddelen en van de bevoegdheden van de verdediging niet voor een zuinige doch voor een ruimhartige benadering: aan de vervolgende overheid werden alle rechten gegeven die zij voor haar taak (toepassing van de strafwet op de werkelijk schuldige en voorkoming van vervolging van de onschuldige) behoeft en aan de verdediging alle bevoegdheden 'welke met het doel van het strafproces niet onvoorwaardelijk in strijd komen'.<sup>24</sup> Met het oog op de rechten van de vervolgende overheid moet uit het gebruik van het woordje 'alle' niet worden afgeleid dat met het wetboek een uitputtende regeling van de opsporing werd gegeven. Beoogd werd slechts een sluitende regeling te geven van de justitiële bevoegdheden, voor zover de uitoefening van die bevoegdheden gepaard ging met een beperking van rechten en vrijheden van de verdachte of van derden.<sup>25</sup> Deze rechten en vrijheden betroffen in het bijzonder de in de toenmalige Grondwet opgenomen klassieke grondrechten. Raakten de opsporing en de toegepaste opsporingsmethoden de rechten en vrijheden van burgers niet, dan werd een afzonderlijke wettelijke grondslag daarvoor niet nodig geoordeeld. Dit uitgangspunt werd bijgesteld met de introductie van de 'bijzondere opsporingsbevoegdheden' in het wetboek. Naast de inbreuk op rechten en vrijheden van personen werd een wettelijke regeling van opsporingsactiviteiten wenselijk geacht ter beperking van risico's voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing.<sup>26</sup>

*Strafvordering buiten de formele wet*

Art. 1 Sv proclameert dat 'strafvordering' alleen kan plaatshebben 'op de wijze bij de wet voorzien'. Uit dit voorschrift wordt doorgaans afgeleid dat

23 *Bijl. Hand. II* 1913-1914, 286, nr. 3, *MvT*, p. 59 en 98.

24 *MvT*, p. 55.

25 Vgl. G.J.M. Corstens, 'De wet als bron van strafprocesrecht', in: *Naar eer en geweten. Liber Amicorum J. Rummelink*, Arnhem, Gouda Quint 1987, p. 93-104; G.E. Mulder, 'Geen strafproces zonder wet', in: *Strafrechtspleging onder spanning. Gedachten over het functioneren van ons strafproces*, Arnhem, Gouda Quint 1981, p. 9-18.

26 *Kamerstukken II*, 25403, nr. 3, *MvT*, p. 3; C.P.M. Cleiren, in: Melai, *Wetboek van Strafvordering*, art. 1, voorafgaande beschouwing onder C aant. 7.

het strafprocesrecht een basis moet hebben in een formele wet.<sup>27</sup> Dit vereiste verhindert niet dat de formele wetgever het geven van regels betreffende de strafvordering delegeert aan lagere regelgevers. Reeds vanaf de inwerking-treding van het wetboek is van deze delegatiemogelijkheid gebruik gemaakt. In het verband van het vooronderzoek kan worden gewezen op het op basis van art. 62 Sv gegeven Besluit Inverzekeringstelling (Stb. 1925, 460). In dit besluit zijn de tijdens de inverzekeringstelling en de voorlopige hechtenis te treffen 'maatregelen in het belang van het onderzoek' geconcretiseerd. Ten opzichte van de in verzekering gestelde of voorlopig gehechte verdachte kunnen maatregelen worden getroffen met betrekking tot het ontvangen van bezoek of van brieven, het knippen, scheren of laten groeien van hoofd- of baardhaar, het fotograferen in bepaalde standen, het nemen van vingerafdrukken of het aandoen van bepaalde kleding.<sup>28</sup> Ook geeft dit besluit de bevoegdheid tot een onderzoek aan de kleding van de in verzekering gestelde verdachte.<sup>29</sup> De toelichting in de parlementaire stukken op art. 62 en de daarin vervatte mogelijkheid om bij AMvB nadere regels te geven, is vrij summier. Zo wordt over de strekking van te bevelen maatregelen in het belang van het onderzoek opgemerkt:

'De bevelen ... strekken met name tot het verkrijgen van bewijsmateriaal ... of tot voorkoming van collusie... Zij zijn onmisbaar en de praktijk heeft niet aangetoond, dat de bepaling bedenkelijk zou zijn'.<sup>30</sup>

Over de AMvB wordt gesteld: 'Voor bijzonderheden omtrent die bevelen zal ... de algemene maatregel van bestuur de geëigende plaats zijn'.<sup>31</sup> Kennelijk gold dit laatste ook voor de regeling van de insluitingsfouillering van de in verzekering gestelde verdachte in art. 4a van het Besluit.<sup>32</sup>

In de loop der jaren heeft de formele wetgever herhaaldelijk de nadere uitwerking van regelingen in het wetboek gedelegeerd aan de lagere wetgever. Voor onderwerpen in relatie tot het vooronderzoek kan worden gewezen op de volgende AMvB's:

27 G.J.M. Corstens, *a.w.*, p. 97; idem, *Het Nederlands strafprocesrecht*, 3<sup>e</sup> dr., Deventer, Gouda Quint 1999, p. 13-15; C.P.M. Cleiren, in: *Melai, Wetboek van Strafvordering*, art. 1, aant. 7.

28 Zie art. 6 van het Besluit Inverzekeringstelling.

29 Zie art. 4a van het Besluit.

30 *Bijl. Hand. II* 1917-1918, 77, nr. 1, p. 34.

31 MvT bij de Invoeringswet Sv, *Bijl. Hand. II* 1923-1924, 187, nr. 3, p. 26.

32 Deze mogelijkheid tot onderzoek aan de kleding is ingevoerd bij Besluit van 11 november 1994, *Stb.* 1994,825. De toelichting vermeldt dat de invoering van art. 4a noodzakelijk was voor 'de diensten met buitengewoon opsporingsambtenaren die beschikken

→

- het Besluit DNA-onderzoeken (Besluit van 4 juli 1994, Stb. 1994, 522);
- het Besluit inbeslaggenomen voorwerpen (Besluit van 27 december 1995, Stb. 1995, 699);
- het Besluit technische hulpmiddelen bijzondere opsporingsbevoegdheden (Besluit van 15 december 1999, Stb. 1999, 547);
- het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken (Besluit van 15 december 1999, Stb. 1999, 548);
- het Samenwerkingsbesluit bijzondere opsporingsbevoegdheden (Besluit van 15 december 1999, Stb. 1999, 549).<sup>33</sup>

Met het oog op uiteenlopende strafvorderlijke belangen (betrouwbaarheid van vergaarde informatie, controle, transparantie van de opsporing, bescherming van belangen van de verdachte en van derden) is het gewicht van veel van de in de diverse besluiten gegeven regelingen groot. In dit licht is het opmerkelijk dat nergens – niet in de kamerstukken bij de totstandkoming van de wettelijke bepaling waarop de diverse besluiten zijn gebaseerd, noch in de nota van toelichting bij de besluiten zelf – verantwoording is afgelegd voor de keuze om deze regelingen in een AMvB op te nemen en niet in de formele wet.

*‘Dwangmiddelen’ en ‘opsporingsmethoden’*

Bij de vraag naar de noodzaak van een wettelijke regeling van opsporingsactiviteiten is in de literatuur een onderscheid gemaakt tussen ‘dwangmiddelen’ en ‘opsporingsmethoden’. Voor dit onderscheid is de door de uitoefening van de betrokken activiteit veroorzaakte inbreuk op grondrechten essentieel. Het verrichten van een methode van onderzoek hoeft niet te leiden tot een dergelijke inbreuk. In deze gevallen ‘is de politie ... vrij in de keuze van de middelen die zij voor de opsporing van strafbare feiten nodig denkt te hebben en in het gebruik ervan’.<sup>34</sup> Heeft de opsporingsmethode echter het karakter van dwangmiddel, dan is een wettelijke regeling onontkoombaar,

←

over de celruimten voor de insluiting van in verzekering gestelden’; zie de *NvT*, p. 38.

33 Naast deze op het wetboek gebaseerde gedelegeerde regelgeving, kunnen ook nog enkele regelingen met strafvorderlijke voorzieningen worden genoemd, die op andere wetten zijn gebaseerd. Zie bijv. de Regeling politiespeurhonden 1997 (*Stcrt.* 1997, 183) en de Regeling meetmiddelen politie (*Stcrt.* 1997, 129), beide gebaseerd op de Politiewet, en de regelingen ter uitvoering van het bloed- en ademonderzoek, gebaseerd op art. 163 WvW 1994.

34 L.C.M. Meijers, ‘Politie, openbaar ministerie en bewijsverkrijging’, in: *Preadviezen NJV* 1982, p. 39-42; in dezelfde zin: E. Myjer, ‘Bewijs uitgesloten’, *Preadviezen NJV* 1982, p. 165.

aangezien door de aanwending van een dwangmiddel 'daadwerkelijk ... inbreuk wordt gemaakt op rechten en vrijheden van personen'.<sup>35</sup>

### 2.3 *De grondwettelijke opdracht tot codificatie van het strafprocesrecht*

Art. 107 Gw draagt de formele wetgever op om in een algemeen wetboek het strafprocesrecht te regelen. De regeling in een algemeen wetboek bevordert de innerlijke consistentie van het strafprocesrecht en moet een waarborg bieden voor rechtseenheid en rechtszekerheid.<sup>36</sup> De vraag naar de concrete inhoud van zo'n algemeen wetboek is alleen aangeroerd in het kader van de mogelijkheid om in een algemeen wetboek gebruik te maken van delegatieconstructies. Uit het gebruik van het woord 'regelt' in art. 107 Gw, moet worden afgeleid dat dergelijke constructies in het algemeen niet zijn uitgesloten.<sup>37</sup> De parlementaire stukken geven echter aan dat delegatieconstructies ten aanzien van de in algemene wetboeken op te nemen materie met terughoudend moeten worden gebruikt. Zo wordt in de memorie van antwoord gesteld dat de formele wetgever in uitzonderingsgevallen de bevoegdheid moet behouden om bepaalde detailpunten ter regeling aan een lagere wetgever over te laten. 'Op het stuk van de codificatie dient slechts in zeer beperkte mate te worden gedelegeerd'.<sup>38</sup> En in de nota naar aanleiding van het eindverslag:

'Met betrekking tot de mate waarin andere organen kunnen worden ingeschakeld, is ... benadrukt dat die ... in verband met aard en strekking van het codificatievoorschrift, zeer beperkt is'.

De grenzen van de delegatiebevoegdheid zijn echter zeer vaag en moeten worden gezocht in de 'historie, aard en strekking van het codificatievoorschrift'.<sup>39</sup>

35 Over dit onderscheid tussen 'dwangmiddelen' en 'opsporingsmethoden': G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, 3<sup>e</sup> dr., Deventer, Gouda Quint 1999, p. 255, 339; in dezelfde zin: P.M. Frielink, *Infiltratie in het strafrecht*, Arnhem/Antwerpen, Gouda Quint /Kluwer Rechtswetenschappen, 1990, p. 55.

36 Vgl. *Kamerstukken II 15406*, MvT, in: *Algehele grondwetsherziening, deel Vb, Wetgeving en bestuur*, Den Haag, Staatsuitgeverij 1985, p. [5].

37 Zie J.M.E. Derks, *De Grondwet en delegatie. Het delegatievraagstuk in constitutioneel perspectief* (diss. UM), Lelystad, Vermande 1995, p. 5, 83 e.v.

38 MvA, in: 'Algehele grondwetsherziening', a.w., p. [29].

39 NEV, in: *Algehele grondwetsherziening, a.w.*, p. [44].

Duidelijk is dat art. 107 Gw de formele wet aanwijst als primaire bron van het strafprocesrecht. In relatie tot de regeling van de grondrechten in het eerste hoofdstuk van de grondwet, moet in ieder geval een met opsporingsactiviteiten gepaard gaande inbreuk op grondrechten zijn voorzien van een specifieke formeelwettelijke grondslag.<sup>40</sup> Het codificatieartikel en de beperkingssystematiek van de grondrechten staan echter toe dat binnen bepaalde grenzen de opstelling van strafvorderlijke voorschriften mag worden gedelegeerd aan lagere wetgevers. Uiteenlopende redenen kunnen daarvoor ook de praktische noodzaak geven.<sup>41</sup> De vraag naar de inhoudelijke afbakening van de in de formele wet op te nemen voorschriften en de grenzen van delegatie blijkt echter lastig te beantwoorden. Het antwoord hierop hangt af van de visie op de taak van de wetgever en de betekenis van het legaliteitsbeginsel in relatie tot een materieel op te vatten wetsbegrip. In dit kader is in het rapport *Orde in de regelgeving* gepoogd enige meer inhoudelijke grenzen aan de delegatiebevoegdheid aan te reiken. In dit rapport is aangegeven dat het tot de taak van de formele wetgever moet worden gerekend om zelf de ‘voornaamste bepalingen’ vast te stellen:

‘Daartoe behoren de bepalingen die de reikwijdte van het geheel van de regeling (wet en gedelegeerde wetgeving) bepalen en de overige belangrijkste naar buiten werkende voorschriften. In het bijzonder dient de wetgever ook steeds de reikwijdte van delegatiebepalingen vast te stellen door de gedelegeerde bevoegdheid tot regeling nauwkeurig te clausuleren’.

Verder dient de formele wet ‘de structurele elementen en de voornaamste duurzame normen van een regeling’ te bevatten. ‘De nadere uitwerking van in de wet gestelde voorschriften, de regeling van details en het vaststellen van meer vergankelijke voorschriften komen voor delegatie aan een lagere regelgever in aanmerking’.<sup>42</sup> Meer concreet wordt in het rapport de formele wet aangewezen voor:

- ‘Bevoegdheden in het belang van de controle op de naleving van wettelijke voorschriften of de opsporing van strafbare feiten’; met het oog op de door een dergelijke bevoegdheid gemaakte inbreuk op een grond-

40 Over deze eis: G. Knigge en N.J.M. Kwakman, ‘Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak’, in: *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, p. 181-207; zie ook HR 2 juli 1990, NJ 1990, 751, m.nt. Sch.

41 Zoals de behoefte aan slagvaardigheid en flexibiliteit of het gegeven dat de nadere regeling erg technisch en gedetailleerd van aard is.

42 Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, *Orde in de regelgeving*, Den Haag, Staatsuitgeverij 1985, p. 43, 44-45.

---

recht volgt uit de Grondwet dat, wanneer het beperken van een grondrecht alleen bij formele wet is toegestaan, in de wet zelf moet zijn aangegeven hoe ver de grondrechtsbeperking gaat;

- ‘Voorschriften die de rechtsbescherming voor de burgers betreffen’;
- ‘Voorschriften die beogen procedurele waarborgen te bieden’.<sup>43</sup>

Hoewel uit deze aanbevelingen een inhoudelijke terughoudendheid spreekt op het punt van de delegatie, zijn de implicaties daarvan met het oog op de normering van het opsporingsonderzoek, met uitzondering van de regeling van inbreuken op grondrechten, in een algemeen wetboek verre van duidelijk.<sup>44</sup> Deze conclusie geldt ook voor de resultaten van onderzoek naar de betekenis van het legaliteitsbeginsel in relatie tot de invulling van een materieel op te vatten wetsbegrip en de taak van de formele wetgever. Zo geeft Van der Vlies aan dat in de formele wet de ‘ingrijpende besluiten’ moet worden neergelegd. De uitwerking van die besluiten kan worden overgelaten aan andere regelgevers.<sup>45</sup> Naast de uit grondwetsbepalingen voortvloeiende noodzaak voor een specifieke formeelwettelijke grondslag voor inbreuken op grondrechten, is de omlijning van de door de formele wetgever zelf te nemen besluiten evenwel zo algemeen, dat daaraan voor de wijze van normering van het strafvorderlijke vooronderzoek geen aanknopingspunten kunnen worden ontleend.<sup>46</sup>

43 A.w., p. 45, 50-51; zie ook de *Aanwijzingen voor de regelgeving*, Den Haag, Sdu Uitgevers 1996, aanwijzingen 22-24.

44 Vgl. J.M.E. Derks, *a.w.*, p. 118.

45 I.C. van der Vlies, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving*, Den Haag, Vuga 1984, p. 98.

46 I.C. van der Vlies, *a.w.*, p. 103-107. H.D. Stout, *De betekenissen van de wet*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 225-242, geeft eveneens enige criteria voor afbakening van de in de formele wet te regelen materie en de uitwerking daarvan in lagere regelingen. Ook deze criteria worden gekenmerkt door een hoog abstractiegehalte en voegen niets toe aan de aanbevelingen uit het rapport *Orde in de regelgeving en de Aanwijzingen voor de regelgeving*. Zie over deze materie ook J.M.E. Derks, *a.w.*, p. 279-291; Ph. Eijlander, *De wet stellen. Beschouwingen over onderwerpen van wetgeving*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 37-66.



## 2.4 Algemene uitgangspunten voor een nieuwe regeling

### 2.4.1 Karakter van de nieuwe regeling

De vorige paragraaf maakt duidelijk dat aan het codificatieartikel en de literatuur weinig argumenten kunnen worden ontleend voor de wijze waarop het vooronderzoek in een nieuw wetboek moet worden vormgegeven. Argumenten voor de te maken keuzen zullen dan moeten worden ontleend aan de traditie, de gegroeide Nederlandse procescultuur en actuele inzichten omtrent de betekenis van een nieuwe wettelijke regeling en de in die regeling tot gelding te brengen beginselen en belangen. In dit verband hebben Knigge en Kwakman<sup>47</sup> in het tweede interimrapport over ‘Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak’ verschillende uitgangspunten geformuleerd voor de wettelijke regeling van de opsporing en de opsporingsbevoegdheden. Deze uitgangspunten vormen een belangrijke leidraad bij de te maken keuzes. In het bijzonder gaat het om de volgende punten.

- a In het wetboek moet een definitie worden opgenomen van het begrip ‘opsporing’. Deze definiëring is er op gericht om duidelijk te maken dat op de eerste plaats de opsporingstaak bestaat uit het verzamelen van informatie, gericht op de opheldering van strafbare feiten, en op de tweede plaats dat de personen die met opsporing zijn belast uit hoofde van hun taak bevoegd zijn om de nodige informatie te verzamelen.
- b Opsporing als overheidsactiviteit mag alleen worden uitgeoefend door personen met opsporingsbevoegdheid. In de wet dienen de personen te worden aangewezen, die zijn belast met de opsporingstaak.
- c Een nieuw wetboek moet in ruimere mate dan thans het geval is, voorzien in een normering van de ten behoeve van de opsporing uit te oefenen bevoegdheden. Niet alleen wanneer een bevoegdheid een (potentiele) inbreuk maakt op een grondrecht of een ernstige bedreiging voor de integriteit van de opsporing vormt, zou moeten worden voorzien in een bijzondere wettelijke grondslag, ook andere belangen kunnen een nadere normering van opsporingsactiviteiten rechtvaardigen. Hierbij kan worden gedacht aan het in art. 6 EVRM gegarandeerde eerlijke proces en de reeds in het vooronderzoek te realiseren (facetten) van de in deze bepaling gegarandeerde verdedigingsrechten. Verder kunnen regelingen strekken tot bevordering van de betrouwbaarheid van onderzoeksresultaten.

47 ‘Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak’, in: *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, p. 309-328.

---

taten, de bescherming van opsporingsbelangen, het beteugelen van risico's aangaande de integriteit van de opsporing en de bescherming van algemene buiten de strafvordering gelegen maatschappelijke belangen.<sup>48</sup>

Uitwerking van deze uitgangspunten leidt tot een geheel ander karakter van de regeling van het vooronderzoek. In het huidige wetboek zijn de voorschriften betreffende de 'opsporing' op te vatten als een beperkte regeling van 'taak en bevoegdheden'. Met de nieuwe regeling wordt beoogd de opsporing te normeren als overheidsactiviteit gericht op de vergaring van informatie en het gebruik daarvan voor het nemen van strafrechtelijke beslissingen. De wettelijke regeling moet dan een systematisch kader bieden van de wijzen waarop relevante informatie kan worden vergaard en gebruikt. Deze benadering heeft verschillende consequenties. Op de eerste plaats moet de bestaande splitsing in de regeling tussen 'opsporing' en 'dwangmiddelen' niet worden gehandhaafd, doch verdient een geïntegreerde regeling de voorkeur. Tegen de achtergrond van de in het tweede onderzoeksjaar geformuleerde voorstellen met betrekking tot de positie van de rechter-commissaris in het vooronderzoek<sup>49</sup>, is aan een afzonderlijke regeling van de dwangmiddelen in de 'algemene bepalingen' van het wetboek ook de grond komen te ontvallen. In de voorstellen wordt immers geen ruimte gereserveerd voor een gerechtelijk vooronderzoek onder leiding van de rechter-commissaris, zodat er (enige uitzonderingen daargelaten) in het verband van de dwangmiddelen geen sprake meer kan zijn van bepalingen die 'bij verschillende deelen van het strafproces toepassing kunnen vinden'. Vanzelfsprekend dient in een nieuwe regeling van het vooronderzoek wel te worden voorzien in voorschriften met betrekking tot de door de rechter-commissaris te verrichten onderzoekshandelingen. Met het oog op de beoogde gezamenlijke regeling van de opsporing en de opsporingsbevoegdheden is, op de tweede plaats, de aard van een te regelen opsporingsactiviteit in principe niet van belang. Het onderscheid tussen 'opsporingsmethoden' en 'dwangmiddelen' is weinig helder en begripssystematisch niet te hanteren.

48 Vergelijk in dit verband de overwegingen om de zgn. 'maatregelen in het belang van het onderzoek' op te nemen in het wetboek: 'De koppeling van deze maatregelen aan de diverse fasen van vrijheidsbeneming en de omstandigheid dat deze maatregelen ten dienste staan van de opsporing rechtvaardigen regeling in het Wetboek. Daarnaast valt op te merken dat de regeling in de Invoeringswet Sv en de diverse lagere regelgeving niet erg overzichtelijk en toegankelijk is'; *Kamerstukken II*, 26 983, nr. 3, *MvT*, p. 10.

49 Zie A.E. Hartevelt en E.F. Stamhuis, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek', in: *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, p. 497 e.v.

#### 2.4.2 Bijzondere onderwerpen in de regeling van de opsporing

De bepleite ruimere normering van het vooronderzoek leidt ertoe dat in een nieuwe regeling aandacht moet worden besteed aan onderwerpen die tot op heden in de bepalingen met betrekking tot de opsporing, de dwangmiddelen en de bijzondere opsporingsbevoegdheden onderbelicht zijn gebleven. Het gaat hierbij voor een belangrijk deel om voorzieningen die verband houden met de verschuivingen binnen het vooronderzoek, zoals die voortvloeien uit het deelrapport van Hartevelt en Stamhuis over de positie van de rechter in het vooronderzoek. De terugtred van de rechter-commissaris leidt tot de vraag of in de regeling van de opsporing niet meer in het algemeen voorschriften moeten worden opgenomen die tot op heden voornamelijk een plaats hebben gevonden in de regeling van het gerechtelijk vooronderzoek. In het bijzonder moet hierbij worden gedacht aan voorschriften betreffende het horen van getuigen door de politie, de inschakeling van deskundigen en van tolken.<sup>50</sup>

##### *Getuigen*

In de huidige regeling van de opsporing ontbreken bepalingen met betrekking tot het horen van getuigen door de politie of de officier van justitie. Dit betekent niet dat het niet aan politieambtenaren of officier van justitie zou vrijstaan om aan getuigen vragen te stellen; deze bevoegdheid was onbetwist. Wel was de consequentie dat deze functionarissen niet de mogelijkheid hadden om getuigen te dagvaarden en voor zich te doen geleiden. Parallel aan de regeling van het staande houden van de verdachte (art. 52 Sv) werd in de jurisprudentie van de Hoge Raad beslist dat in de wettelijke regeling impliciet besloten lag dat opsporingsambtenaren getuigen mochten staande houden en hen vragen naar hun personalia.<sup>51</sup> De verderstrekkende bevoegdheden tot dagvaarding en voorgeleiding waren voorbehouden aan de rechter-commissaris tijdens het gerechtelijk vooronderzoek.<sup>52</sup> Om deze reden zijn in de regeling van het gerechtelijk vooronderzoek uiteenlopende voorschriften opgenomen met betrekking tot het horen van getuigen door de rechter-commissaris. De vraag is of, en zo ja welke van deze bepalingen een

50 Hierbij zal niet worden ingegaan op onderwerpen waarvoor het huidige recht al voorzieningen bevat, zoals voorschriften met betrekking tot het doen van aangifte of klacht (art. 160 e.v. Sv) of de opslag en verwerking van gegevens (art. 126cc en 126dd Sv; Wet Politieregisters).

51 HR 11 november 1947, *NJ* 1948, 126, m.nt. W.P.

52 *Bijl. Hand. II* 1913-1914, 286, nr 3, *MvT*, p. 59.

plaats moeten krijgen in de nieuwe opzet van de regeling van het vooronderzoek.

Een belangrijke richtingaanwijzer voor een antwoord op deze vraag ligt besloten in de gegroeide verhouding tussen vooronderzoek en eindonderzoek. De in het eerste interimrapport geformuleerde uitgangspunten voor de inrichting van het onderzoek ter zitting beogen niet te breken met deze op de de auditu-rechtspraak gebaseerde stijl van procederen. Dit betekent dat het vooronderzoek – met name opsporingshandelingen van de politie – een belangrijke rol behoudt aangaande de vergaring van bewijsmiddelen, waaronder verklaringen van getuigen. Deze stand van zaken rechtvaardigt de opname in een nieuw wetboek van algemene voorschriften omtrent de wijze van omgang met getuigen door de politie. Deze regelingen beogen de betrouwbaarheid van de door de getuige afgelegde verklaring te bevorderen of belangen van de getuige te beschermen. Gedacht kan worden aan bepalingen met betrekking tot het horen van een getuige op afstand met behulp van een audiovisuele verbinding, het verstrekken van informatie omtrent het verschoningsrecht, het inschakelen van een tolk, het verschaffen van juridische bijstand aan de getuige en de mogelijkheid van elektromagnetische of video-registratie van de door de getuige afgelegde verklaring.<sup>53</sup>

Tegen de achtergrond van de jurisprudentie van het EHRM over de uitoefening van het ondervragingsrecht door de verdediging rijst de vraag of ook voorschriften moeten worden opgenomen met betrekking tot de aanwezigheid van de verdediging bij het verhoor van getuigen door de politie en de realisatie van het ondervragingsrecht. In het verlengde hiervan ligt de vraag of aan opsporingsambtenaren de mogelijkheid moet worden geboden om een te horen getuige op te roepen (waaraan de getuige verplicht zou zijn te voldoen) en om hem, bij niet-verschijning, ten behoeve van het verhoor van de vrijheid te beroven en voor de horende ambtenaar te geleiden. De onderzoeksgroep meent dat op beide vragen een ontkennend antwoord moet worden gegeven. Aan dit standpunt liggen uiteenlopende argumenten ten grondslag. Een algemene regeling met betrekking tot het bieden van gelegenheid tot uitoefening van het ondervragingsrecht bij het horen van een getuige door de politie, met de strekking dat voorafgaande aan het horen van een getuige de verdediging gelegenheid moet worden geboden om daarbij aanwezig te zijn, lijkt bij voorbaat om praktische redenen niet te realiseren. Zo'n algemene regeling zou immers van toepassing zijn in iedere zaak waarin opspo-

53 Zie in dit verband ook de voorstellen in het deelrapport van A. den Hartog, 'De getuige in het strafprocesrecht; voorstellen voor een nieuwe regeling', in: *Het eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Het onderzoek ter zitting*, Groningen 1999, i.h.b. p. 298-302.

ringsambtenaren vragen stellen aan getuigen, van zeer ernstige misdrijven tot eenvoudige overtredingen. Daarbij is tevoren vaak niet duidelijk wat het bewijsrechtelijke ‘gewicht’ is van de door de getuige af te leggen verklaring en of er van de kant van de verdediging wel behoefte bestaat aan het stellen van vragen. Verder kan in veel gevallen, op het moment van horen, de persoon van de verdachte nog niet in beeld zijn en ontstaat pas na het afleggen van een verklaring door de getuige een concrete verdenking tegen de verdachte. Tenslotte is van belang dat de jurisprudentie van het EHRM niet dwingt om op een dergelijke verstrekkende wijze in het vooronderzoek de uitoefening van het ondervragingsrecht te garanderen.<sup>54</sup> Op basis van deze argumenten gaat de voorkeur voor inkadering van het ondervragingsrecht in het vooronderzoek uit naar het (op vordering van de officier van justitie of in het kader van een door de verdachte verzochte mini-instructie) horen van getuigen door de rechter-commissaris. Naast deze regeling kan met het oog op het horen van getuigen door de politie worden voorzien in de mogelijkheid dat de raadsman verzoekt om bij een politieel getuigenverhoor aanwezig te zijn. Naar aanleiding van dit verzoek kan de raadsman worden uitgenodigd om bij het horen van de getuige aanwezig te zijn, tenzij onderzoeksbelangen of belangen van de getuige aan honorering van dit verzoek in de weg staan. Met name na het eerste verhoor van de verdachte door de politie bestaat ruimte voor erkenning van deze mogelijkheid tot aanwezigheid van de verdediging bij het horen van de getuige. In het tweede interimrapport is betoogd dat dit eerste verhoor van de verdachte aanknopingspunt is voor rechtsbescherming in het vooronderzoek.<sup>55</sup> Hierbij past een regeling van de bevoegdheid van de verdediging om op verzoek bij het horen van een getuige door de politie aanwezig te mogen zijn.

Bovenstaande argumenten doen niet af aan het gegeven dat voor bijzondere situaties waarin getuigen door de politie worden gehoord, wel dege-lijk in meer dringende zin plaats kan worden ingeruimd voor het stellen van vragen door de verdediging. Het gaat hier om gevallen waarin ten behoeve van het horen van de getuige bijzondere voorzieningen worden getroffen, ter waarborging van de betrouwbaarheid van de afgelegde verklaring, ten behoeve van controle van de wijze van het horen en om het aantal malen dat de

54 Vgl. bijv. EHRM 4 juli 2000, *NJ* 2001, 401, m.nt. Kn: art. 6 EVRM verlangt voor de verdachte ‘an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when he makes his statements or at a later stage’.

55 Zie het deelrapport, J.B.H.M. Simmelink & Y.G.M. Baaijens-van Geloven, ‘Vervolg en rechtsbescherming’, in: *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, p. 443-450.

betrokken getuige wordt gevraagd een verklaring af te leggen te beperken.<sup>56</sup> Ook zal het in deze gevallen vaak onwenselijk zijn om de getuige in het openbaar op de terechtzitting een verklaring af te laten leggen. Hierbij kan worden gedacht aan kwetsbare getuigen, zoals getraumatiseerde slachtoffers, geestelijk minvermogende getuigen of jeugdigen. De belangen op basis waarvan de hoorsituatie wordt omkleed met bijzondere voorzieningen pleiten sterk voor het bieden van een mogelijkheid aan de verdediging om direct of indirect vragen te stellen aan de getuige.

#### Intermezzo: plaats van regeling

De constatering dat het wenselijk is om in bijzondere situaties ruimte te bieden voor uitoefening van het ondervragingsrecht, betekent niet automatisch dat hiervoor formeelwettelijke voorzieningen moeten worden getroffen. Naar het oordeel van de onderzoeksgroep is het wetboek de meest geëigende plaats voor algemene voorzieningen met betrekking tot het horen van getuigen door de politie. Met het 'algemene' wordt bedoeld op regelingen die in beginsel betekenis hebben voor alle gevallen waarin getuigen door de politie worden gehoord. Gaat het daarentegen om het horen van een getuige, waarvan regeling op zich wel gepast is, die echter slechts in een beperkt aantal bijzondere gevallen van toepassing is en ook in allerlei uitvoeringskwesaties moet voorzien<sup>57</sup>, dan is uitwerking van deze materie in lagere regelgeving of in richtlijnen van het openbaar ministerie mogelijk. In deze nadere regeling kan ook, en gerelateerd aan de bijzonderheden van de wijze waarop het horen van de getuige zal geschieden, een plaats worden gegeven aan het ondervragingsrecht.

Deze verhouding tussen wet en andere vormen van regulering is ook toepasbaar op de normering van andere opsporingsactiviteiten. Op deze plaats kan worden gedacht aan de organisatie van zogenaamde 'Oslo-confrontaties' en fotoconfrontaties. De hierbij in acht te nemen voorschriften strekken tot bevordering van de betrouwbaarheid van getuigenverklaring in bijzondere situaties. Dat de wijze waarop dergelijke confrontaties moeten worden georganiseerd vatbaar zijn voor nadere regeling, staat niet ter discussie. Die nadere regeling hoeft echter niet zijn beslag te krijgen in formeelwettelijke voorschriften; volstaan kan worden met een andere vorm van re-

56 Zie hierover: M.S. Groenhuijsen, 'Audio-visuele registratie van verhoren van jeugdige getuigen', *D&D* 1992, p. 1-7.

57 Zoals in dit geval: de eisen waaraan bijvoorbeeld een verhoorstudio moet voldoen, de audiovisuele registratie van de door de getuige afgelegde verklaring, de personen die bij het horen aanwezig mogen zijn (familie, hulpverlener, deskundige), de bewaring van de videobanden etc.

geling (AMvB of richtlijn). Zie op dit punt ook het bij de Wet van 1 november 2001, Stb. 2001, 532 ingevoerde nieuwe art. 61a Sv. In het eerste lid van dit artikel is aangegeven dat als maatregel in het belang van het onderzoek tot ‘toepassing van een confrontatie’ kan worden overgegaan. Over de uitvoering hiervan kunnen bij of krachtens AMvB nadere regels worden gesteld (art. 61a, lid 3). De aard van de te treffen ‘maatregelen in het belang van het onderzoek’ zijn – niet limitatief – gespecificeerd in de formele wet, terwijl in nadere regelgeving gedetailleerde voorzieningen kunnen worden getroffen omtrent de wijze van uitvoering van die maatregelen.

Zoals al vermeld is de onderzoeksgroep van mening dat de tot op heden voor de rechter-commissaris gereserveerde bevoegdheid om getuigen op te roepen, met daaraan gekoppeld de verplichting om op de oproep te verschijnen, en om eventueel de weigerachtige getuige te doen voorgeleiden, niet aan politieambtenaren of de officier van justitie moet worden verleend. De redenen hiervoor zijn de ingrijpendheid van de aan een oproep verbonden consequenties – verschijningsplicht, vrijheidsberoving en voorgeleiding – voor de getuige en het gegeven dat het doen van een oproeping en eventueel bevelen van de voorgeleiding een afweging van uiteenlopende belangen vergt. De ingrijpendheid en noodzaak van belangenafweging leiden tot het standpunt dat het oproepen en voorgeleiden van getuigen een exclusieve bevoegdheid blijft van de rechter-commissaris. Wel verdient het aanbeveling om de jurisprudentie met betrekking tot het recht van opsporingsambtenaren om getuigen staande te houden en hen naar hun persoonsgegevens te vragen, te codificeren. Het betreft hier immers een dwangmiddel waarbij de fysieke vrijheid van de getuige in het geding kan zijn. Ter uitvoering van de bevoegdheid tot staande houding zijn opsporingsambtenaren in beginsel namelijk gerechtigd om dwang toe te passen.<sup>58</sup> Deze dimensie maakt expliciete regeling van deze bevoegdheid nodig.

#### *Deskundigen*

De huidige wettelijke regeling van het vooronderzoek bevat verschillende regelingen met betrekking tot de inschakeling van deskundigen. Genoemd kunnen worden de art. 151 en 151a Sv met betrekking tot de door de officier van justitie of hulpofficier van justitie in te schakelen deskundigen en de art. 195a en 227-236 Sv betreffende de bevoegdheden van de rechter-commissaris. Op diverse plaatsen is voorzien in inmenging van de verdedi-

58 Of de staande houding dan moet worden beschouwd als vrijheidsbeneming of vrijheidsbeperking, kan in het midden worden gelaten.

ging met het deskundigenonderzoek. Zo bestaat de mogelijkheid dat een verzoek wordt gedaan tot inschakeling van een deskundige (zie bijv. de art. 151 en 227 Sv) of een controlerend deskundige (art. 232 Sv), dat op verzoek van de verdediging een tegenonderzoek wordt uitgevoerd (art. 195b Sv) of dat de verdachte aan de rechter-commissaris verzoekt enig onderzoek, waaronder een deskundigenonderzoek, in te stellen (art. 36a Sv). Dit wettelijke kader is niet sluitend, doordat in de rechtspraak is geaccepteerd dat politie en openbaar ministerie ook op informele wijze personen als ‘deskundigen’ bij het opsporingsonderzoek kunnen betrekken.<sup>59</sup> Verder is voor de waardering van het genoemde wettelijke kader van belang te constateren dat binnen de politie, inspecties en bijzondere opsporingsdiensten (opsporings)ambtenaren werkzaamheden verrichten die in de sfeer van het deskundigenonderzoek liggen. Gedacht kan worden aan het technische sporenonderzoek, dactyloscopisch onderzoek, verkeersongevallenanalyse, onderzoek in het verband van de WED-wetgeving etc. De enige voor de hand liggende inhoudelijke eis die ten aanzien van de betrokkenen wordt gesteld is dat zij uit hoofde van hun ‘deskundigheid’ een bijdrage kunnen leveren aan het opsporingsonderzoek. De resultaten van hun werkzaamheden kunnen op dezelfde wijze voor het bewijs worden gebruikt als de verslagen en verklaringen van de deskundigen die met inachtneming van de wettelijke voorschriften door de (hulp)officier van justitie of rechter-commissaris zijn ingeschakeld.<sup>60</sup> De consequentie van deze feitelijke stand van zaken is wel dat de waarborgen voor de verdediging met betrekking tot de inschakeling van deskundigen, zoals die zijn neergelegd in de wettelijke regeling, ten opzichte van de ‘buitenwettelijke’ deskundigen niet tot gelding kunnen komen.<sup>61</sup>

De voorafgaande opmerkingen leveren enige aandachtspunten op, die van belang zijn voor een nieuwe regeling van het opsporingsonderzoek. Het betreft enerzijds de bestaande feitelijke behoefte om ‘deskundigen’ in het opsporingsonderzoek te betrekken, waarbij het kan gaan om deskundigheid van personen binnen de ambtelijke organisatie of van buitenstaanders. Anderzijds betreft het de bevordering van de betrouwbaarheid van het door de deskundige te verrichten onderzoek en de erkenning van de belangen van de verdediging bij het deskundigenonderzoek. Deze drie aandachtspunten zijn

59 Vgl. het deelrapport, N.J.M. Kwakman, ‘De deskundige in het strafproces’, in: *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het onderzoek ter zitting*, Groningen 1999, p. 349-350.

60 Zie bijv. HR 18 september 1978, NJ 1979, 120; HR 2 februari 1993, NJ 1993, 476.

61 Hierop – en op het betreffende belang van de wettelijke regeling in de art. 151 en 227-232 Sv – wordt ook gewezen door Minkenhof/Reijntjes, *De Nederlandse strafvordering* Deventer, Gouda Quint 1998, 199-202.



ook aangeroerd in het deelrapport van Kwakman over ‘De deskundige in het strafproces’ in het eerste interimrapport.<sup>62</sup> Daarin is aangegeven dat in een nieuwe regeling van het vooronderzoek in ruimere mate dan thans het geval is aandacht dient te worden besteed aan het deskundigenonderzoek. Voorgesteld is om aan politie en officier van justitie meer bevoegdheden te geven om in het vooronderzoek deskundigen in te schakelen. Deze bevoegdheid zou gepaard moeten gaan met de formulering van criteria ter waarborging van de kwaliteit en onafhankelijkheid van de in te schakelen deskundigen.<sup>63</sup> Ook zou moeten worden voorzien in mogelijkheden voor de verdediging om een inbreng te hebben in het deskundigenonderzoek. Deze inbreng kan bestaan uit betrokkenheid bij de benoeming van deskundigen, het doen van een tegenonderzoek of de inschakeling van deskundigen op verzoek van de verdediging.

Bij de normering van de beslissing tot inschakeling van deskundigen is het zinvol een onderscheid te maken tussen de verschillende vormen van deskundigheid: de expertise die ambtelijke organisaties en opsporingsinstanties voor een behoorlijke en adequate opsporing van strafbare feiten zelf ‘in huis’ moeten hebben en die van de van opsporingsinstanties onafhankelijke deskundige buitenstaanders. De bevoegdheid om de bij opsporingsambtenaren aanwezige expertise aan te wenden bij de opsporing behoeft niet zelfstandig in het wetboek tot uitdrukking te worden gebracht. Deze bevoegdheid ligt impliciet besloten in de opsporingstaak. De opleiding van ambtenaren en de formulering van opleidingsvereisten voor de verrichting van activiteiten op het vlak van de deskundigenopsporing is wel vatbaar voor normering, doch het wetboek van strafvordering is daarvoor niet de meest geëigende plaats. Veeleer is de opleiding van ambtenaren en de verdeling van werkzaamheden een vraagstuk betreffende de organisatie van het opsporingsapparaat, zodat de Politiewet de meer voor de hand liggende basis is voor deze normering.

De zaak ligt anders ten aanzien van de bij de opsporing te betrekken buitenstaanders. Dat hiertoe een bevoegdheid bestaat behoort met zoveel woorden in de wet tot uitdrukking te worden gebracht. Deze regeling is dan niet be-

62 Zie N.J.M. Kwakman, *a.w.*, p. 343-395.

63 Zoals de opstelling van een lijst met erkende deskundigen of onderzoeksinstellingen, de ontwikkeling van een standaardvragenlijst voor de toetsing van de deskundigheid van de bij het onderzoek te betrekken persoon en de protocollering van het onderzoek ter bevordering van de kwaliteit daarvan.

doeld om een bevoegdheid te vestigen<sup>64</sup>, maar biedt een punt van vertrek voor verdere normering van het deskundigenonderzoek.

Bij deze beslissingsbevoegdheid kan worden aangehaakt bij het ook in het bestaande recht bestaande verschil tussen vaste gerechtelijke deskundigen en incidenteel als deskundige te benoemen personen. Thans kan de inschakeling van ‘vaste gerechtelijke deskundigen’ overeenkomstig art. 151 Sv geschieden door de officier van justitie of hulpofficier van justitie.<sup>65</sup> Een uitzondering geldt voor de deskundigen die onderzoek doen naar de persoonlijkheid van de verdachte; dezen mogen alleen worden benoemd door de officier van justitie (art. 151, lid 2). De benoeming van een persoon tot deskundige, buiten de kring van de vaste gerechtelijke deskundigen, is voorbehouden aan de rechter-commissaris (zie de art. 227-232 Sv). Om tegemoet te komen aan de praktische behoefte aan inschakeling van deskundigen bij de opsporing en om te voorkomen dat eventuele beperkingen in een nieuwe regeling verworden tot dode letters, wordt als hoofdregel voorgesteld om iedere opsporingsambtenaar de bevoegdheid te verlenen om vaste gerechtelijke deskundigen bij de opsporing te betrekken.<sup>66</sup> Primaire waarborgen met betrekking tot de kwaliteit en onafhankelijkheid liggen besloten in hun beëdiging als vaste gerechtelijke deskundigen.

Een uitzondering op deze hoofdregel moet worden gemaakt voor het onderzoek naar de persoonlijkheid van de verdachte. Het belastende karakter van dit onderzoek voor de verdachte en de juridische consequenties van de uitgebrachte rapportage (in het bijzonder de mogelijkheid tot oplegging van een TBS) vormen voldoende rechtvaardiging voor de keuze om de beslissing tot een dergelijk onderzoek uitsluitend toe te kennen aan de officier van justitie.

Met het oog op het huidige recht met betrekking tot de TBS is door de ‘werkgroep toegang’ in een rapport de wenselijkheid bepleit om de bevoegdheid van de officier van justitie om overeenkomstig art. 151 Sv een

64 Want ook zonder een dergelijke expliciete regeling kunnen externe deskundigen bij de opsporing worden betrokken, zo wijst het huidige recht immers uit.

65 De ratio van de beperking van de bevoegdheid om deskundigen in te schakelen voor het uitvoeren van technisch onderzoek tot de hulpofficier van justitie is niet duidelijk. In het rapport van de commissie-Moons (*Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek*, Arnhem, Gouda Quint 1990, p. 164-165) en de *MvT* bij wetsvoorstel 23 251, nr. 3, is deze beperking niet inhoudelijk beargumenteerd.

66 Voor de reservering van deze bevoegdheid tot de hulpofficier van justitie, zoals in het huidige art. 151 Sv, valt inhoudelijk geen rechtvaardiging te geven. Wel kunnen doelmatigheidsoverwegingen of de beheersing van kosten hierbij een rol spelen, maar deze punten hoeven niet te leiden tot wettelijke voorzieningen. Deze kwesties kunnen – indien nodig – in instructies of richtlijnen worden opgelost.

onderzoek omtrent de persoonlijkheid van de verdachte aan te vragen, af te schaffen. Deze bevoegdheid zou volgens de werkgroep uitsluitend door de rechter-commissaris moeten kunnen worden uitgeoefend.<sup>67</sup> De belangrijkste redenen voor deze aanbeveling houden verband met enerzijds de specifieke deskundigheid die bij de aanvrager van de rapportage wordt verlangd met betrekking tot de interpretatie van de indicaties op basis waarvan tot een aanvraag wordt besloten en de wijze van vraagstelling aan de deskundige die met het persoonlijkheidsonderzoek wordt belast, en anderzijds de organisatie van de totstandkoming van de rapportage. De benodigde deskundigheid zou volgens de werkgroep beter kunnen worden gegarandeerd, indien het onderzoek uitsluitend door de beperkte kring van rechters-commissarissen zou kunnen worden aangevraagd. Dat voorkomt ook dat binnen de bij de TBS-rapportage betrokken instanties (de rechter-commissaris, de officier van justitie en de FPD) vergelijkbare vormen van overleg, administratie en termijnbewaking moeten plaatsvinden.

De onderzoeksgroep meent dat deze aanbeveling in een nieuwe regeling van het vooronderzoek niet moet worden overgenomen. Het belangrijkste argument daarvoor is het gegeven dat de aanvraag van een persoonlijkheidsonderzoek uit een oogpunt van rechtsbescherming of de bevordering van een eerlijk proces niet dermate bijzonder is dat deze activiteit inschakeling van de rechter-commissaris rechtvaardigt.<sup>68</sup> Verder is de rechter-commissaris niet bij uitstek de enige persoon van wie mag worden verlangd dat hij in staat is om op verantwoorde wijze te beslissen over de aanvraag van een persoonlijkheidsonderzoek.<sup>69</sup> De hiervoor gewenste kwaliteiten van de aanvragende functionaris kunnen ook binnen het openbaar ministerie worden gegarandeerd, door de beslissing omtrent een persoonlijkheidsonderzoek op te dragen aan een beperkte groep officieren van justitie. Door middel van een aanwijzing of ambtsinstructie kan worden aangegeven dat de beslissing over een persoonlijkheidsonderzoek alleen kan worden genomen door een be-

67 Rapport *Toegang TBS. Verbeterproject TBS terecht*, Den Haag, Ministerie van Justitie, Dienst Justitiële Inrichtingen 2001, p. 25-28.

68 Vergelijk het deelrapport over 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijke vooronderzoek' in: *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, Deventer, Gouda Quint 2001, p. 497-588 (A.E. Harteveld & E.F. Stamhuis). In dit deelrapport is betoogd dat de rechter-commissaris in met het vooronderzoek kan worden betrokken 1. in verband met de toetsing van een inbreuk op grondrechten, 2. ten behoeve van een 'mini-instructie' op verzoek van de verdachte, en 3. de verrichting van onderzoek vooruitlopend op de behandeling van de zaak op de terechtzitting.

69 Ook in het huidige recht lijkt de keuze van de werkgroep voor de rechter-commissaris meer te berusten op de oorspronkelijke positie van de rechter-commissaris als leider van het gerechtelijk vooronderzoek, dan op inhoudelijke gronden.

paald aangewezen officier van justitie, dan wel dat voorafgaande aan de beslissing overleg met deze officier moet plaatsvinden. De beslissing tot een persoonlijkheidsonderzoek kan ook worden omkleed met enige aan het gerechtelijk vooronderzoek ontleende waarborgen voor de verdachte, zoals de eis dat de verdachte voorafgaande aan de beslissing moet worden gehoord en dat tegen de beslissing van de officier van justitie een bezwaarschrift kan worden ingediend. Op deze wijze kan tegemoet worden gekomen aan de inhoudelijke bezwaren zoals die door de werkgroep tegen het huidige art. 151 Sv zijn aangevoerd. De door de werkgroep genoemde organisatorische kwesties (overleg, administratie) zijn dan niet meer aan de orde, terwijl de beslissing voldoende met waarborgen voor de verdachte is omkleed.

Met betrekking tot de inschakeling van een deskundige die niet behoort tot de kring van de vaste gerechtelijke deskundigen, moeten in de wettelijke regeling voorzieningen worden opgenomen die in dezelfde mate als dat geldt voor de vaste gerechtelijke deskundigen garanties bieden voor de kwaliteit en onafhankelijkheid van het door de betrokkene uit te voeren onderzoek. Deze garanties kunnen worden gevonden in a. de voorafgaande toestemming van de officier van justitie en b. een plicht van de officier om inlichtingen in te winnen omtrent de deskundigheid van de bij de opsporing te betrekken persoon en om de toestemming met redenen te omkleden.

Naast de voorschriften met betrekking tot de benoeming van deskundigen kan de betrouwbaarheid van deskundigenonderzoek worden gewaarborgd door wijzen van onderzoek – voorzover daarvoor vatbaar – te protocolleren. Hierbij kan worden gedacht aan methoden van natuurwetenschappelijk of scheikundig onderzoek. In een dergelijk protocol kunnen eventueel voorschriften worden opgenomen met betrekking tot de wijze van monsterneming, analysemethoden, de vaststelling van het onderzoeksresultaat en de bewaring van het monster voor een eventueel tegenonderzoek. Aansluitend bij het huidige recht, kan deze reglementering van het deskundigenonderzoek zijn beslag krijgen in gedelegeerde regelgeving.<sup>70</sup>

Verder dient de rechtspositie van de verdediging in de wet te worden omlijnd. Vanwege de uiteenlopende aard van de werkzaamheden van deskundigen en het stadium waarin zij in het opsporingsonderzoek kunnen worden betrokken, moet op dit punt waarschijnlijk worden volstaan met een kader-

70 Vergelijk de regeling van het adem- en bloedonderzoek overeenkomstig de art. 8 en 163 WvW 1994 en de uitwerking van het DNA-onderzoek op grond van art. 151a en 195a Sv.

regeling. In de inhoudelijke uitwerking van vormen van deskundigenonderzoek, zoals in voorgaande alinea aangegeven, kunnen elementen van deze kaderregeling nader worden geconcretiseerd. Onderdelen van de verdedigingsrechten kunnen zijn:

- indien de stand van het opsporingsonderzoek het toelaat, wordt de verdediging vooraf omtrent de inschakeling van een deskundige geïnformeerd;
- indien voorafgaande informatie niet mogelijk was, wordt de verdediging achteraf op de hoogte gebracht met het uitgevoerde deskundigenonderzoek;
- indien de stand van het opsporingsonderzoek en de aard van het uit te voeren deskundigenonderzoek zich daartegen niet verzetten, is de verdediging bevoegd om bij het onderzoek door de deskundige een door de verdediging aangewezen controlerend deskundige aanwezig te doen zijn;
- een algemene regeling van het recht op een tegenonderzoek dan wel een nieuw onderzoek door een andere deskundige.

Bij de uitwerking van deze elementen kan betekenis worden gehecht aan het eerder aangegeven onderscheid tussen de vaste gerechtelijke deskundigen en de incidenteel bij het opsporingsonderzoek te betrekken deskundigen. Nu aan de positie van de vaste gerechtelijke deskundigen (en veelal de protocollering van het door hen uit te voeren onderzoek) elementaire waarborgen ten aanzien van de betrouwbaarheid en onafhankelijkheid van het onderzoek kunnen worden ontleend, zou ten aanzien van deze categorie deskundigen kunnen worden volstaan met informatie aan de verdachte omtrent het uit te voeren of uitgevoerde onderzoek en het bieden van de mogelijkheid van een tegenonderzoek. Aangezien deze waarborgen niet – althans niet in gelijke mate – gelden ten aanzien van de incidenteel in te schakelen deskundigen, vormt dat voldoende rechtvaardiging om de positie van de verdediging bij de aanwijzing van de deskundige en de uitvoering van het onderzoek te versterken.

#### *Tolken en vertalers*

Het huidige wetboek bevat slechts enkele bepalingen waarin regels worden gegeven met betrekking tot de benoeming van een tolk.<sup>71</sup> De art. 191 en 275-276 Sv geven voor resp. het gerechtelijk vooronderzoek en het onderzoek ter terechtzitting aan wanneer een tolk moet worden ingeschakeld. Voor de fase

<sup>71</sup> Vgl. G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, 3<sup>e</sup> dr., p. 142-144.

van het opsporingsonderzoek is in de wet niets bepaald omtrent het optreden van tolken. Deze kwestie is geregeld in de richtlijn van het openbaar ministerie over 'tolkenbijstand in het opsporingsonderzoek in strafzaken'.<sup>72</sup> Deze richtlijn is totstandgekomen tegen de achtergrond van het arrest van het EHRM van 19 december 1989, NJ 1994, 26 (Kamasinski), m.nt. EAA, en het naar aanleiding daarvan opgestelde rapport van de commissie-Moons over 'Tolken en vertalers in strafzaken'.<sup>73</sup>

In de Kamasinski-zaak heeft het EHRM een oordeel gegeven over de betekenis van de in art. 6, lid 3 onder e., neergelegde garantie voor de verdachte om 'zich kosteloos te doen bijstaan door een tolk, indien hij de taal die ter terechtzitting wordt gebezigd niet verstaat of niet spreekt'. Hoewel deze bepaling blijkens de bewoordingen is gerelateerd aan de behandeling van de zaak op de terechtzitting, heeft het EHRM beslist dat het recht op bijstand van een tolk ook geldt gedurende het vooronderzoek: 'The right ... to the free assistance of an interpreter applies not only to oral statements made at the trial hearing but also to documentary material and the pretrial proceedings'. De vertaling van documenten en de bijstand van een tolk strekken tot bevordering van een 'fair trial'.<sup>74</sup> Hieruit volgt niet dat alle documenten moeten worden vertaald; voldoende is dat de vertaling en/of vertolking de verdachte in staat stelt 'to have knowledge of the case against him and to defend himself, notably by being able to put before the court his version of the events'.<sup>75</sup>

Het vraagstuk naar de noodzaak van vertaling van documenten speelde ook in het arrest van het EHRM van 19 december 1989, NJ 1994, 25, m.nt. EAA in de zaak Brozicek. De invalshoek hierbij was niet het recht op bijstand van een tolk, maar het recht van de verdachte om 'onverwijld, in een taal die hij verstaat en in bijzonderheden, op de hoogte te worden gesteld van de aard en reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging' (art. 6, lid 3 onder a., EVRM). In deze zaak hadden de Italiaanse autoriteiten een bericht gestuurd naar een in Duitsland wonende verdachte, waarin hij op de hoogte werd gesteld van een tegen hem ingestelde strafvervolging. Naar aanleiding van dit bericht, verzocht de verdachte aan de verzender om een vertaling van

72 Richtlijn van het College van procureurs-generaal van 11 juni 1996, *Stcrt.* 1996,168.

73 Rapport van de commissie-Moons, in: G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten herijking strafvordering 1989-1992*, Arnhem, Gouda Quint 1993, p. 137-170.

74 Zie ook EHRM 28 november 1978, NJ 1980, 42.

75 In de jurisprudentie van de HR wordt de noodzaak van vertaling en vertolking ook gerelateerd aan de mogelijkheden van de verdachte om inzicht te hebben in de zaak, het relevante bewijsmateriaal en om weerwoord te geven tegen de beschuldiging; zie HR 26 mei 1992, NJ 1992, 676, m.nt. 'tH, en HR 16 december 1997, NJ 1998, 352, m.nt. 'tH.

het document. Aan dit verzoek werd niet voldaan. Aangezien de verdachte niet van Italiaanse origine was, noch in Italië woonde en hij aangaf moeilijkheden te hebben met het lezen van het toegezonden document oordeelde het EHRM:

‘On receipt of his request, the Italian judicial authorities should have taken steps to comply with it so as to ensure observance of the requirements of Art. 6 paragraaf 3(a), unless they were in a position to establish that the applicant in fact had sufficient knowledge of Italian to understand from the notification the purport of the letter notifying him of the charges brought against him’.

Met het oog op het vooronderzoek geven deze beslissingen van het EHRM aanleiding tot vragen omtrent de bijstand van een tolk en de omvang van het recht op vertaling van stukken. Naar aanleiding van een verzoek van de minister van Justitie heeft de commissie-Moons het genoemde rapport ‘Tolken en vertalers in strafzaken’ geproduceerd. In dit rapport werden verschillende voorstellen tot wijziging/aanvulling van het wetboek van strafvordering gedaan, waaronder de inschakeling van tolken gedurende het vooronderzoek en de vertaling van processtukken. Dit rapport van de commissie heeft maar in zeer beperkte mate tot wetgevende activiteiten geleid. Slechts enkele voorstellen met betrekking tot het onderzoek ter zitting zijn meegenomen bij het wet van 15 januari 1998, Stb. 1998, 33 (wet herziening onderzoek ter terechtzitting). Voor het overige is de invulling van het optreden van tolken en de vertaling van stukken in het vooronderzoek overgelaten aan de praktijk. Hierbij speelde mee, dat het verdragsrechtelijke recht op vertolking en vertaling op dat moment nog onvoldoende was uitgekristalliseerd in de rechtspraak.

Inmiddels bieden de rechtspraak van de Hoge Raad, de ‘richtlijn tolkenbijstand in het opsporingsonderzoek in strafzaken’ van het openbaar ministerie en het genoemde rapport van de commissie-Moons voldoende aanknopingspunten voor de uitwerking van het recht op vertolking en vertaling in wettelijke voorschriften. De op het spel staande belangen, namelijk de garanties van art. 6 EVRM en de betrouwbaarheid van de afgelegde verklaring, vormen voldoende rechtvaardiging voor een dergelijke regeling. In deze bepalingen kunnen, zoals ook in de rechtspraak van het EHRM en van de Hoge Raad tot uitdrukking komt, het recht op bijstand van een tolk en op vertaling van processtukken in onderling verband worden bezien. Als uitgangspunt mag worden genomen dat met de vertolking van verklaringen en bespreking van processtukken kan worden volstaan. Om de vertolking te bewerkstelligen, moet in de wettelijke regeling een instructie worden opgenomen voor opsporingsambtenaren of rechters om een tolk in te schakelen

als het vermoeden bestaat dat de verdachte of getuige de Nederlandse taal onvoldoende machtig is. Op deze hoofdregel kan een uitzondering worden gemaakt voor situaties waarin blijkt dat verdachte en verhorende ambtenaar beide adequaat kunnen communiceren in een vreemde taal; in een dergelijk geval lijkt inschakeling van een tolk niet noodzakelijk. Met name bij het verhoor van de verdachte na aanhouding kan deze situatie aan de orde zijn. De voor het verhoor beschikbare tijd biedt vaak onvoldoende gelegenheid om bij het verhoor de bijstand van een tolk te organiseren. Indien alle bij het verhoor betrokken personen de vreemde taal voldoende machtig zijn en met het gebruik van die taal instemmen, bestaat er weinig bezwaar tegen een verhoor zonder tolk.<sup>76</sup> Of deze uitzondering ook moet gelden voor de behandeling van de zaak op de terechtzitting is zeer de vraag. Het beginsel van de externe openbaarheid en het gebruik van het Nederlands als rechtstaal verzetten zich tegen communicatie in een andere taal. Bovendien zijn er – anders dan in de eerste fase van de opsporing – doorgaans geen organisatorische problemen om te zorgen voor oproeping van een tolk.

De verplichting tot inschakeling van een tolk geldt niet alleen bij gelegenheid van het afleggen van verklaringen door de verdachte of getuigen, maar ook bij de verrichting van andere onderzoekshandelingen waarbij de aanwezigheid van een tolk gewenst wordt geacht. Eventueel kan op verzoek van de verdediging of van de getuige een tolk worden ingeschakeld. In het verlengde van deze voorziening kan worden bepaald dat, als dat voor de verdediging redelijkerwijs van belang is<sup>77</sup>, processtukken (of een samenvatting daarvan) worden vertaald. Deze vertaling kan plaatsvinden als dat door de rechter wordt gelast of als door de verdediging daarom wordt verzocht. Van de verzoeker mag worden gevraagd te specificeren van welke documenten (of samenvattingen daarvan) vertalingen moeten worden gemaakt. Een uitzondering kan worden gemaakt voor de dagvaarding of oproeping om de verschijnen voor een rechter. Het belang van deze documenten in de strafprocedure (de formulering van de beschuldiging en de bepaling van het tijdstip waarop de behandeling van een zaak door de rechter plaatsvindt) vormt voldoende reden om hiervan – of van een weergave van de essentie van het document – ook zonder een daartoe strekkend verzoek steeds een vertaling te verlangen in een taal die de geadresseerde van het geschrift verstaat.<sup>78</sup>

76 Een waarborg voor de verdachte is het gegeven dat alle verhoren moeten worden geregistreerd op geluids- of videoband; zie het deelrapport van C.J.C.F. Fijnaut, 'De toelating van de raadsman tot het politieke verdachtenverhoor', in: *Tweede interimrapport onderzoeksproject strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, p. 751-755.

77 Bijvoorbeeld in verband met de omvang of ingewikkeldheid van de relevante stukken.

78 Zie in dit verband HR 23 april 1974, *NJ* 1974, 272, m.nt. Th.W.v.V.; A.E. Hartevelt  
→



De beoogde regeling omlijnt het recht op vertolking en vertaling. Aan uitwerkingskwesties, zoals waarborgen met betrekking tot de vakbekwaamheid van de in te schakelen tolken en vertalers, hoeft in de wet geen aandacht te worden besteed. Deze materie kan worden gereguleerd aan de hand van richtlijnen of lagere regelgeving. Aangezien de wettelijke regeling voorzieningen bevat die van toepassing zijn in de gehele strafprocedure, kan voor deze materie een plaats worden ingeruimd bij de ‘algemene bepalingen’ van het wetboek.

#### 2.4.3 Algemene uitgangspunten bij de normering van bevoegdheden

##### 2.4.3.1 *Inleiding*

In voorgaande paragrafen is in meer algemene zin ingegaan op onderwerpen die in de huidige regeling van het opsporingsonderzoek onderbelicht zijn gebleven, doch waaraan in een nieuwe opzet van het vooronderzoek aandacht behoort te worden besteed. Daarnaast zal een nieuw wetboek ook moeten voorzien in een regeling van opsporingsbevoegdheden. In dit verband aan de orde zijnde kwesties, zoals de functionaris aan wie de bevoegdheid moet worden toebedeeld om te beslissen over de toepassing van een bepaalde bevoegdheid en aan welke voorwaarden – de ‘gevallen’ en ‘gronden’ – moet zijn voldaan, worden in afzonderlijke hoofdstukken in het vervolg van dit deelrapport aan de orde gesteld. Op deze plaats wordt nader ingegaan op enige onderwerpen die meer in het algemeen betrekking hebben op de regeling van de opsporingsbevoegdheden. Deze betreffen de mate van detaillering van de normering van de afzonderlijke bevoegdheden en de algemene structuur van de regeling. Onderzocht zal worden of aan de jurisprudentie van het EHRM uitgangspunten kunnen worden ontleend voor de normering van bevoegdheden in het wetboek. Afzonderlijk punt van aandacht is vervolgens of deze uitgangspunten, hoewel ontleend aan jurisprudentie waarin de toelaatbaarheid van inbreuken op garanties van het EVRM worden getoetst, bruikbaar zijn ten aanzien van bevoegdheden waarvan normering in het wetboek wenselijk wordt geacht om andere redenen dan de inbreuk op mensenrechten.<sup>79</sup> Aansluitend wordt ingegaan op de algemene structuur van een regeling, waarin aan afzonderlijke bevoegdheden een plaats kan worden gegeven. Voorafgaand aan deze beschouwingen, zullen

←

e.a., *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Wolters-Noordhoff, Groningen 1996, p. 132.

<sup>79</sup> Zoals de bevordering van de controle over de opsporing, het eerlijke proces, de bescherming van bijzondere belangen zoals de volksgezondheid etc.

enige opmerkingen worden gemaakt over de vrijwillige medewerking van de burger aan het opsporingsonderzoek.

#### 2.4.3.2 *De rol van de vrijwilligheid*

Kenmerkend voor de uiteenlopende strafvorderlijke bevoegdheden van de opsporingsambtenaar, de (hulp)officier van justitie en de rechter-commissaris is het zelfstandige karakter daarvan. Als aan de daarvoor geldende voorwaarden<sup>80</sup> is voldaan, mag de bevoegd verklaarde ambtenaar bevoegdheden uitoefenen ter realisatie van het doel waartoe de betrokken bevoegdheid is toegekend. Instemming met de gang van zaken door de persoon tegen wie de uitoefening van de strafvorderlijke bevoegdheid is gericht, is niet vereist. Integendeel, indien deze bezwaren heeft tegen de uitoefening van de bevoegdheid of zich daartegen verzet, dan mogen deze bezwaren terzijde worden gesteld en eventueel verzet mag door middel van gepast geweld (art. 8, lid 1, Pw) worden gebroken. In deze zin zijn de strafvorderlijke bevoegdheden aan te merken als machtsmiddelen van de justitiële autoriteiten, waarbij de belangen van de betrokkenen personen waarop een inbreuk wordt gemaakt, ondergeschikt mogen worden gemaakt aan publiekrechtelijke belangen. Tot een justitiële machtsuitoefening hoeft het niet te komen als de burger vrijwillig medewerking verleent aan het strafvorderlijke onderzoek. In dat geval staan de activiteiten van de opsporingsambtenaar – zo wordt doorgaans aangenomen – op gelijke voet met de verrichtingen waartoe iedere burger op basis van de verleende toestemming gerechtigd zou zijn. Een bijzondere legitimatie voor zijn handelingen is dan in principe niet nodig.

In diverse bepalingen van het wetboek is deze legitimerende werking van de toestemming tot uitdrukking gebracht. Zie bijvoorbeeld de regeling met betrekking tot de inbeslagneming in een woning. In art. 99, lid 1, Sv is het subsidiariteitsbeginsel verwoord: in beginsel wordt, alvorens tot een zodanige inbeslagneming over te gaan, de bewoner uitgenodigd om vrijwillig het in beslag te nemen voorwerp uit te leveren. Verder ligt de vrijwillige medewerking impliciet ten grondslag aan de weigeringsmogelijkheid van verschoningsgerechtigden om geen gevolg te geven aan bijvoorbeeld een bevel tot uitlevering (art. 96a, lid 3, Sv). In deze gevallen kunnen de verschoningsgerechtigden op basis van een zelfstandige afweging van private en publieke belangen besluiten om al dan niet mee te werken aan het justiti-

80 Zoals de eis van verdenking, de binding aan ‘gevallen’ en ‘gronden’, de beslissing tot toepassing door een aangewezen autoriteit.

ele onderzoek. Zie ook de regeling inzake het binnentreden van woningen in de Awbi. Deze wet bindt het binnentreden van een woning ‘zonder toestemming van de bewoner’<sup>81</sup> aan nadere voorwaarden.

In de rechtspraak worden eveneens aan de vrijwillige medewerking door de burger aan opsporingsactiviteiten belangrijke consequenties verbonden. Als principe is aangenomen dat allerlei wettelijke beperkingen op de uitoefening van opsporingsactiviteiten (zoals de eis van verdenking, de binding van de bevoegdheid aan ‘gevallen’ en ‘gronden’, de beslissing tot toepassing door een aangewezen autoriteit) niet gelden als de burger tegen wie die activiteiten zijn gericht daarvoor toestemming verleent. In HR 11 juni 1996, NJ 1996, 688 is dit principe verwoord in verband met het onderzoek aan de kleding van de verdachte: ‘het gebruik van dwangmiddelen, zoals het onderzoek aan de kleding, houdt weliswaar een inbreuk in op grondrechten die een wettelijke legitimatie behoeft, doch aan de wettelijke vereisten behoeft niet te zijn voldaan in geval van toestemming van degene aan wie het betreffende grondrecht toekomt’. Deze beslissing sluit aan bij andere jurisprudentie waarin de toestemming van de betrokkene een voldoende legitimatie vormde voor de uitvoering van opsporingsactiviteiten. Hierbij kan het gaan om ‘dwangmiddel-achtige’ verrichtingen, zoals het doorzoeken van plaatsen of het onderzoek aan het lichaam of aan de kleding, waarbij de verleende toestemming tot effect heeft dat de uitvoering van de betrokken handeling ook mag geschieden buiten de grenzen van de wettelijke voorwaarden. Hiervan zijn uiteenlopende voorbeelden te geven. Zo bood volgens HR 10 april 1979, NJ 1979, 483, m.nt. G.E.M. de toestemming een voldoende basis voor het betreden van een woning en/of het doorzoeken daarvan; eveneens vormt de toestemming van een van de gespreksdeelnemers een voldoende machtiging tot het afluisteren van telefoongesprekken (vgl. HR 7 mei 1985, NJ 1986, 181). Zie verder voor een onderzoek in een auto met toestemming van de bestuurder HR 28 februari 1984, NJ 1984, 517, m.nt. ’tH.<sup>82</sup>

81 Zie de art. 2 e.v. Awbi.

82 In het verband van de ‘vrijwillige medewerking’ wordt ook vaak gewezen op HR 29 september 1981, NJ 1982, 258, AAe 1982, p. 313, m.nt. T.M. Schalken. In deze casus werd aangenomen dat opsporingsambtenaren zonder concrete verdenking in de zin van art. 27 Sv vragen mochten stellen aan een persoon met betrekking tot zijn eventuele betrokkenheid bij een strafbaar feit. Daarbij hoefde de aangesprokene niet overeenkomstig art. 29, lid 2, Sv te worden gewezen op het aan de verdachte toekomende zwijgrecht. Het beantwoorden van de gestelde vragen kon worden gezien als een vrijwillige medewerking. Ten aanzien van het beantwoorden van gestelde vragen, is de vrijwilligheid niet bijzonder. Ten opzichte van politieambtenaren zijn personen (getuigen, verdachten) niet verplicht te verklaren. Die verplichting bestaat voor getuigen pas bij gelegenheid van het afleggen van een verklaring voor een rechter. Buiten dat kader bestaat er geen plicht tot het afleggen van een verklaring, zodat het beantwoorden van vragen die zijn

→

Verder maakt de vrijwillige medewerking van de betrokkene opsporingsactiviteiten rechtmatig waarvoor in het geheel geen steun in de wet kan worden gevonden. HR 5 juni 1951, NJ 1952, 520 en HR 26 juni 1962, NJ 1962, 470, beide m.nt. W.P., geven aan dat het destijds niet wettelijk geregelde afnemen van bloed van een bestuurder ter opsporing van rijden onder invloed rechtmatig is, indien de bestuurder voor deze bloedafname toestemming heeft verleend.<sup>83/84</sup>

De vrijwillige medewerking aan het strafvorderlijke onderzoek kan niet alleen legitimeren tot optreden buiten de wettelijke voorwaarden of tot in het geheel niet in de wet geregelde activiteiten. Ook een voortgezette toepassing van bevoegdheden, waarbij de basis zou moeten worden aangemerkt als onrechtmatig, kan door middel van een vrijwillige medewerking een rechtmatig karakter krijgen. Vergelijk HR 8 februari 2000, NJ 2000, 316, waarin door de verdediging de rechtmatigheid van het staande houden van de verdachte en de vervolgens uitgevoerde doorzoeking van zijn woning werden betwist, als gevolg waarvan het bij de doorzoeking aangetroffen materiaal niet voor het bewijs zou kunnen worden gebruikt. Dit verweer kon volgens de Hoge Raad worden verworpen, aangezien de verdachte toestemming had verleend voor de doorzoeking van zijn woning.<sup>85</sup>

De rechtvaardigende werking van een gegeven toestemming is niet onbegrensd. De aard van het aan de orde zijnde rechtsbelang of de wijze van wettelijke regeling van een strafvorderlijke bevoegdheid kunnen meebrengen dat het al dan niet verleend zijn van toestemming geen betekenis heeft voor de eisen die aan de toepassing van de betrokken bevoegdheid moeten worden gesteld. Het eerste punt speelt bij de vrijheidsbenemende dwangmiddelen. Heel in het algemeen heeft de Hoge Raad, aansluitend bij EHRM 18 juni

←

gesteld door politieambtenaren altijd geschiedt op basis van 'vrijwilligheid'.

- 83 Zie ook HR 12 oktober 1999, NJ 2000, 11, m.nt. 'tH over het gebruik van een bloedmonster dat is afgenomen voor de bepaling van het DNA-profiel, voor een vergelijkend bloedonderzoek. Dit gebruik is alleen toegelaten als de verdachte daarvoor toestemming heeft verleend.
- 84 Zie over vrijwillige medewerking in het algemeen: A.A.G. Peters, noot onder HR 7 december 1971, AAe 1973, p. 236 e.v.; G.P.A. Aler, *De politiebevoegdheid bij opsporing en controle*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink 1982, p. 21-23; J.J. Minnaar, *De bevoegdheden van de politie, vrijwilligheid en de Hoge Raad*, D&D 1979, p. 448-455; A.H.J. Swart, noot onder HR 16 februari 1982, AAe 1983, p. 491 e.v.; specifiek met betrekking tot inbeslagneming en doorzoeking: F. Vellinga-Schootstra, *Inbeslagneming en huiszoeking*, H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1982, p. 42-44; R.M. Vennix, *Boef en beslag*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1998, p. 17-27.
- 85 Zie in dezelfde zin HR 6 februari 2001, NJ 2001, 267: ook al was het stopteken onbevoegd gegeven, de gegeven toestemming van de bestuurder kon het onderzoek in de auto rechtvaardigen.

1971, ser. A, vol. 12 (arrest in de zaak De Wilde, Ooms en Versijp), in het arrest van 8 september 1998, NJ 1999, 63 aangegeven dat toestemming geen rol kan spelen bij vrijheidsbeneming: ‘Het recht op persoonlijke vrijheid is in een democratische rechtsstaat van zo groot belang dat een politieambtenaar niet bevoegd is om ten aanzien van een persoon een vrijheidsbenemend dwangmiddel toe te passen enkel op grond van daartoe verkregen toestemming van die persoon’. Weliswaar kan een persoon er om een of andere reden voor kiezen om vrijwillig een tijd op het politiebureau te verblijven, maar dit verblijf mag dus niet ontaarden in vrijheidsbeneming, een voortgezet verblijf tegen de wil van de betrokkene. Zodra de betrokken persoon dat wenst, moet hij het politiebureau dus kunnen verlaten, tenzij er voldoende gronden zijn voor zelfstandige toepassing van een vrijheidsbenemend dwangmiddel.

Het tweede punt, de wijze van wettelijke regeling, is van belang met het oog op het alcoholonderzoek in de WVV 1994. Met name ten aanzien van het bloedonderzoek is in de wettelijke regeling aangegeven dat de verdachte primair om vrijwillige medewerking aan het onderzoek moet worden gevraagd. Pas bij uitblijven van die medewerking, kan op de verdachte de plicht worden gelegd om aan het onderzoek de nodige medewerking te verlenen. Voor de naleving van de voorwaarden waaraan het alcoholonderzoek moet voldoen, de zogenaamde strikte waarborgen, is niet van belang of de verdachte vrijwillig aan het onderzoek meewerkt of dat het op basis van de wettelijke verplichting tot die medewerking is gekomen.<sup>86</sup> Aangenomen mag worden dat dit uitgangspunt ook geldt voor het DNA-onderzoek van art. 195a-195d Sv.

Naar het oordeel van de onderzoeksgroep moet ook in een nieuwe regeling van de opsporingsbevoegdheden in het algemeen worden uitgegaan van de rechtvaardigende werking van de vrijwillige medewerking door de burger aan de opsporing. Een verleende ‘toestemming’ machtigt tot opsporingsactiviteiten die of niet wettelijk zijn geregeld, of plaatsvinden buiten de voorwaarden waaraan wettelijk moet zijn voldaan om de betrokken activiteit ook tegen de wil van de betrokkene door te kunnen zetten. De bereidheid van de burger om op vrijwillige basis aan het opsporingsonderzoek mee te werken bevordert de legitimiteit van het overheidsoptreden en sluit aan bij het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel. Als het gewenste opsporingsresultaat kan worden bereikt door middel van vrijwillige medewerking van de burger, is justitiële machtsuitoefening immers overbodig en dus niet gepast.

<sup>86</sup> Zie HR 16 februari 1982, NJ 1982, 385, AAe 1983, p. 491 e.v., m.nt. A.H.J. Swart.

De achterliggende gedachte bij deze keuze is dat een opsporingsambtenaar bij de uitvoering van zijn taak – het vergaren van informatie ter opsporing van strafbare feiten – in beginsel gerechtigd is die activiteiten te verrichten die redelijkerwijs nodig zijn. In het licht van deze taakuitoefening mogen opsporingsambtenaren rondkijken, navraag doen etc. Op basis van vrijwilligheid – op eigen initiatief dan wel daarnaar gevraagd – kunnen burgers een bijdrage leveren aan de activiteiten van opsporingsambtenaren. De verleende toestemming maakt opsporingsambtenaren bevoegd tot de uitvoering van activiteiten waartoe iedere willekeurige burger op basis van de verleende toestemming gerechtigd zou zijn. Een belangrijke kanttekening hierbij is dat de op basis van de verleende toestemming te verrichten opsporingshandelingen moeten worden geplaatst in het kader van de taakuitoefening en de normatieve context waarin deze moet plaatsvinden. De toestemming wordt immers niet verleend aan een willekeurige burger, maar aan een opsporingsambtenaar.<sup>87</sup> Hieruit volgt dat de strekking van de verleende toestemming moet worden vastgesteld in het licht van de functionaris aan wie toestemming is verleend en de door hem ter uitvoering van zijn taak te ondernemen werkzaamheden. De consequentie is dat de toestemming alleen legitimeert tot activiteiten die in het licht van de opsporingstaak en het daarmee te bereiken doel redelijk zijn en voorzover de wettelijke regeling van de opsporingstaak en -bevoegdheden zich daartegen niet verzetten.

Hieruit volgt dat – wederom aansluitend bij het huidige recht – uitzonderingen op de rechtvaardigende werking van de toestemming kunnen worden aangenomen op grond van het gewicht van het bedreigde rechtsbelang of de aard van de wettelijke regeling van een bevoegdheid. Er bestaan geen redenen om de huidige jurisprudentie ten aanzien van de vrijheidsbenemende dwangmiddelen en ten aanzien van opsporingsactiviteiten waaraan de verdachte weliswaar wettelijk verplicht is een bijdrage te leveren, doch waarbij in de wettelijke regeling de vrijwillige medewerking een belangrijke randvoorwaarde is voor de uitvoering van het onderzoek, te heroverwegen.<sup>88</sup>

87 Vgl. W.L. Borst, 'De "informatieve voorfase": sluipteg tussen controle en opsporing?', in: *Bewaring verzekerd? De advocaat in de voorfase van het strafproces*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink 1985, p. 81-93. Borst geeft aan dat bij de op basis van de toestemming te verrichten activiteiten niet kan worden geabstraheerd van de functionele hoedanigheid van de opsporingsambtenaar (p. 88). Zie ook zijn proefschrift *De bewijsmiddelen in strafzaken*, Arnhem, Gouda Quint 1985, p. 93-94. Kanttekeningen bij de gedachte dat de opsporingsambtenaar op basis van verleende toestemming als burger datgene mag wat iedere burger is toegestaan, worden ook geplaatst door J.M. Reijntjes, *Boef of burger*, Arnhem, Gouda Quint 1989, p. 12-14.

88 Zoals het alcoholonderzoek in art. 163 WVV 1994.

Met het oog op een nieuwe regeling van de opsporingsbevoegdheden hoeft de rechtvaardigende werking van de vrijwillige medewerking door de burger aan het opsporingsonderzoek niet in wettelijke voorschriften tot uitdrukking te worden gebracht. Als uitgangspunt mag dit als een ongeschreven hoofdregel worden aangemerkt. De uitwerking van de rol van de toestemming en het aanbrenge van nuanceringen op deze achterliggende hoofdregel kunnen worden overgelaten aan de jurisprudentie. Alleen voor bijzondere situaties en toegespitst op specifieke bevoegdheden kan aanleiding bestaan om de vrijwilligheid van de medewerking tot uitdrukking te brengen in wetsbepalingen. Gedacht kan worden aan de bevoegdheid voor verschoningsgerechtigden om niet te voldoen aan een bevel tot uitlevering van voorwerpen en aan bijzondere uitwerkingen van het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel. De reden om deze uitwerkingen te verwoorden in wettelijke voorschriften betreft een kwestie van voorrang: alvorens over te gaan tot justitiële machtsuitoefening moet worden gestreefd naar vrijwillige medewerking aan het onderzoek. Hoewel meer in het algemeen de afweging tussen een verzoek om vrijwillige medewerking of toepassing van dwang kan worden overgelaten aan de regulerende werking van het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel, kan in bepaalde gevallen aanleiding bestaan om ten aanzien van afzonderlijke bevoegdheden in de wet tot uitdrukking te brengen dat primair moet worden gestreefd naar het bereiken van het beoogde doel op basis van vrijwillige medewerking door de burger.

Voor opsporingsambtenaren werkt vrijwillige medewerking door de burger aan de opsporing bevoegdheidsscheppend. De verleende toestemming legitimeert tot opsporingshandelingen die zonder die toestemming niet dan wel uitsluitend in de wettelijk gespecificeerde gevallen en gronden toegelaten zouden zijn. De keerzijde hiervan voor de burger is dat deze met het verlenen van toestemming afstand doet van rechtsbescherming. Hij laat vrijwillig opsporingshandelingen toe buiten de gevallen en gronden waarin deze handelingen overeenkomstig de wettelijke voorschriften en tegen zijn wil zouden kunnen worden doorgezet. Op grond van deze effecten van de vrijwillige medewerking ligt het voor de hand om inhoudelijk eisen te stellen aan een door een burger verleende 'toestemming'. In dit verband is het van belang te onderscheiden tussen twee categorieën van gevallen. Ten eerste de gevallen waarin het initiatief voor de aan de opsporing te leveren bijdrage bij de burger ligt: deze wendt zich vrijwillig tot de politie en verschaft informatie of overhandigt voorwerpen die van belang zijn voor de opsporing. Gedacht kan worden aan de burger die aangifte doet van een gepleegd strafbaar feit, zich meldt als getuige dan wel anderszins mededelingen doet omtrent gepleegde of nog te plegen strafbare feiten. In deze gevallen is de benadering van de

politie door de betrokkene aan te merken als een recht van de burger, waaraan politieambtenaren rechtens verplicht zijn tegemoet te komen. Vergelijk de bevoegdheid tot het doen van aangifte overeenkomstig art. 161 Sv en de corresponderende plicht voor opsporingsambtenaren om deze aangifte te ontvangen en op schrift te stellen (art. 163 Sv). De 'vrijwilligheid' bij deze gevallen van medewerking door de burger aan de opsporing behoeft geen bijzondere aandacht, aangezien het initiatief voor de contacten tussen de betrokkene en opsporingsambtenaren volledig bij de burger ligt.

Principieel anders ligt de tweede categorie gevallen, waarin het initiatief voor de betrokkenheid van de burger bij de opsporing uitgaat van politieambtenaren. De burger wordt benaderd en aan hem wordt gevraagd om op basis van vrijwilligheid een bijdrage te leveren aan de opsporing. Deze 'uitgelokte' bijdrage kan uiteenlopende vormen aannemen: het als getuige afleggen van een verklaring, het toestaan van het betreden van plaatsen, het afstaan van voorwerpen, het toelaten van een onderzoek in afgesloten delen van een voertuig, het op verzoek laten zien van de inhoud van een meegevoerde tas, etc. De voor deze activiteiten relevante 'toestemming' kan begripsmatig worden getypeerd als een positief blijkende wilsuiting van degene aan wie vrijwillige medewerking aan de opsporing is verzocht. In verband met het effect van een vrijwillige medewerking – het afzien van rechtsbescherming – is het aannemelijk om 'toestemming' dan op te vatten als a. een wilsuiting<sup>89</sup>, b. die vrijelijk is gegeven, c. afkomstig van iemand die daarover vermag te beschikken<sup>90</sup>, en d. waarbij degene die toestemming verleent, zich bewust is van het vrijwillige karakter van de medewerking en de afstand van rechtsbescherming.<sup>91</sup> In de jurisprudentie is van deze invulling van het begrip 'toestemming' weinig terug te vinden. Diverse arresten van de Hoge Raad illustreren daarentegen dat bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van opsporingsactiviteiten waaraan vrijwillig zou zijn medegewerkt, het bestaan van 'toestemming', hoewel opsporingsambtenaren daar niet naar hadden gevraagd, mocht worden aangenomen omdat tegen het optreden geen bezwaren waren ingebracht. Het meest treffende voorbeeld daarvan is het al genoemde HR 28 februari 1984, NJ 1984, 517, m.nt. 'tH'.<sup>92</sup> In zijn conclusie

89 Vgl. HR 16 september 1985, NJ 1986, 232: geen toestemming als de 'verklaring van de verdachte als gevolg van een stoornis van zijn geestvermogens niet in overeenstemming met zijn wil is'.

90 Ontleend aan HR 5 juni 1951, NJ 1951, 520, m.nt. W.P.

91 Zie o.m. de noot van A.A.G. Peters onder HR 7 december 1971, AAe 1973, p. 236 e.v.; de noot van A.H.J. Swart onder HR 16 februari 1982, AAe 1983, p. 491 e.v.; J.J. Minnaar, 'Vrijwilligheid en de politie', AAe 1978, p. 657-669.

92 Zie naast de in de vorige noot genoemde auteurs: P.A.M. Mevis, 'Commentaar op de Algemene wet op het binnentreden', in: Melai, *Wetboek van Strafvordering*, Awbi art.

→



bij dit arrest gaf A-G Leijten blijk van zijn bezwaren tegen de aanvaarding van ‘toestemming’ in de betrokken casus. Zijn inziens was het gehanteerde wie zwijgt stemt toe-principe onvoldoende om uit te gaan van het bestaan van toestemming. Naar zijn oordeel ligt de uiterste grens ‘daar waar de betrokkene om toestemming gevraagd deze niet weigert’.

Tegen de achtergrond van de beperkte jurisprudentiële normering van de vraag aan welke voorwaarden moet zijn voldaan, wil door justitiële functionarissen kunnen worden aangenomen dat een burger ‘toestemming’ heeft verleend voor een bepaalde opsporingsactiviteit, is verdedigd dat de vaststelling van ‘toestemming’ nader met waarborgen zou moeten worden omkleed. Zo zou expliciet moeten blijken van ‘toestemming’ en daarvan zou in het proces-verbaal melding moeten worden gemaakt. Voorts zou door de politie aan de betrokkene duidelijk moeten worden gemaakt dat het hem vrijstaat niet op het verzoek tot vrijwillige medewerking in te gaan.<sup>93</sup> Tegen deze achtergrond rijst de vraag of in een nieuwe regeling van de opsporing afzonderlijk voorschriften zouden moeten worden opgenomen met betrekking tot de constatering dat voor de uitvoering van opsporingsactiviteiten ‘toestemming’ is verleend. Afgezet tegen de huidige jurisprudentie is verdedigbaar wettelijk te eisen dat uit bewoordingen of gedragingen van de betrokkene expliciet van een vrijwillige medewerking moet zijn gebleken. Dit impliceert dat voorafgaande aan die bewoordingen of gedragingen om die vrijwillige medewerking moet zijn verzocht.<sup>94</sup> Dit uitgangspunt vermindert het risico van misverstanden en komt de legitimiteit van het overheidsoptreden ten goede. Voorts sluit bij een van de functies van het door opsporingsambtenaren van hun verrichtingen op te maken proces-verbaal aan de eis dat daarin melding wordt gemaakt van een verkregen toestemming. Het proces-verbaal strekt immers niet alleen tot de vastlegging van bewijsmateriaal, maar dient ook tot controle over de rechtmatigheid van opsporingsactiviteiten. In dit verband zou wettelijk kunnen worden bepaald dat in het proces-verbaal wordt aangegeven dat opsporingsactiviteiten zijn verricht op basis

←

1, aant. 17; T.M. Schalken, *Zelfkant van de rechtshandhaving*, Arnhem, Gouda Quint 1981, p. 14-20; J.J. Minnaar, ‘De bevoegdheden van de politie, vrijwilligheid en de Hoge Raad’, *D&D* 1979, p. 448-455.

93 Zie bijv. A.H.J. Swart, *a.w.*; J.J. Minnaar, *a.w.* (1978 en 1979); B. van der Beek & M.S. Groenhuijsen, reactie op ‘Vrijwilligheid en de politie’, *AAe* 1979, p. 10-13; J.M. Reijntjes, ‘Rondom DNA. Over opsporing en bewijsvoering’, *RM Themis*, 1991, p. 270-273; Minkenhof/Reijntjes, *De Nederlandse strafvordering*, Deventer, Gouda Quint 1998, p. 110-111.

94 Afhankelijk van de aard van de opsporingsactiviteiten en de omstandigheden waarin die worden ondernomen, kan dat verzoek verschillende vormen aannemen.

van een door de betrokkene verleende ‘toestemming’.<sup>95</sup> De verder voorgestelde plicht voor opsporingsambtenaren om duidelijk te maken dat aan het verzoek tot medewerking niet hoeft te worden voldaan en dat medewerking betekent dat de betrokkene afziet van rechtsbescherming, laat zich evenwel moeilijk vertalen in wettelijke voorschriften. Juist doordat in zeer uiteenlopende gevallen de vraag naar de vrijwillige medewerking en de consequenties daarvan voor de betrokkenen aan de orde kan zijn, is het lastig om in het algemeen voor te schrijven dat opsporingsambtenaren betrokkenen over een en ander moeten informeren. De vrijwillige medewerking kan immers worden gevraagd voor uiteenlopende activiteiten: het beantwoorden van vragen door een getuige van een verkeersongeval of door een groep van personen bij een buurtonderzoek, het tonen van de inhoud van een tas door een verdachte van winkeldiefstal, het verlenen van toegang tot een woning, etc. Zo is bijvoorbeeld niet goed denkbaar wat in het eerstgenoemde voorbeeld de betekenis zou zijn van de eis dat een opsporingsambtenaar de getuige van het verkeersongeval of de buurtbewoners moet informeren over de consequenties van de vrijwillige beantwoording. Om deze reden wordt in het algemeen afgezien van een wettelijke informatieplicht van opsporingsambtenaren ten behoeve van personen aan wie wordt verzocht om op vrijwillige basis een bijdrage te leveren aan de opsporing.

Het voorgaande laat onverlet dat in bijzondere gevallen – waarbij betekenis kan worden gehecht aan de druk die op de betrokkene wordt gelegd en uitgaat van de wijze van optreden, en aan de ingrijpendheid of het bijzondere karakter van de opsporingsmethode – op basis van het ongeschreven recht moet worden aangenomen dat de betrokkene omtrent zijn positie moet worden geïnformeerd. Dat in deze gevallen de ‘toestemming’ met bijzondere waarborgen wordt omkleed, sluit aan bij de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot het doen van een ‘waiver’ (afstand van recht).<sup>96</sup> Zo’n afstand ‘must be established in an unequivocal manner’ en verlangt ‘minimum

95 Strikt genomen ligt de eis van vermelding van de toestemming in het proces-verbaal al besloten in de algemene verbaliseringsplicht: uitgangspunt is immers dat in een proces-verbaal ook de informatie moet worden opgenomen die van belang is met het oog op de controle van de rechtmatigheid van de opsporing; zie het deelrapport ‘Vervolging en rechtsbescherming’ (Simmelink & Baaijens-van Geloven), in: *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, p. 484.

96 De ‘waiver’ heeft betrekking op het doen van afstand van een van de processuele garanties van art. 6 EVRM en is in die zin niet vergelijkbaar met de ‘toestemming’ bij de uitvoering van opsporingsactiviteiten. Dit verschil laat onverlet dat de voorwaarden voor het aannemen van een ‘waiver’ inspiratie kunnen bieden voor de invulling van het begrip ‘toestemming’.

guarantees commensurate to its importance'.<sup>97</sup> De aard van de opsporingsactiviteit, de daarvan uitgaande druk en de voor de betrokkene op het spel staande belangen kunnen dan meebrengen dat niet kan worden volstaan met het enkele vragen van toestemming, maar zijn aanvullende waarborgen op zijn plaats. Dit kan aan de orde zijn bij bijvoorbeeld de zogenaamde 'massale opsporingsmethodieken'. In deze gevallen wordt in vastgelopen opsporingsonderzoeken ter zake van ernstige strafbare feiten aan een relatief grote groep burgers op basis van vrijwilligheid gevraagd medewerking te verlenen aan het opsporingsonderzoek. De groep wordt zodanig samengesteld dat de verwachting bestaat dat de verdachte daarvan deel uitmaakt. De verzochte medewerking bestaat meestal uit het aan justitie ter beschikking stellen van materiaal dat kan worden vergeleken met sporen die verband houden met het misdrijf. Het kan gaan om een vergelijking van handschriften, van vingerafdrukken, van DNA-profielen etc; ook het afleggen van een verklaring en het verschaffen van een 'alibi' behoort tot de mogelijkheden.<sup>98</sup> Voor deze gevallen pleiten diverse argumenten voor een nadere normering van de 'toestemming'. Op de eerste plaats kan er op worden gewezen, dat de toestemming niet wordt gevraagd aan personen ten aanzien waarvan de verwachting bestaat dat zij in positieve zin een bijdrage kunnen leveren aan het opsporingsonderzoek. Doorgaans is de vraag naar de vrijwillige medewerking aan de orde ten aanzien personen die door het afleggen van een verklaring, het overhandigen van voorwerpen etc. bewijsmateriaal kunnen aandragen. Bij de massale opsporingsmethodieken bestaat de gevraagde bijdrage aan de opsporing in de overgrote meerderheid van gevallen juist uit de terbeschikkingstelling van onderzoeksmateriaal, waarbij de uitkomst van het onderzoek bewerkstelligt dat de betrokken personen buiten de kring van verdachten kunnen worden geplaatst.<sup>99</sup> Vervolgens moet de door betrokkenen verleende toestemming worden beoordeeld tegen de achtergrond van een door het justitiële verzoek om medewerking gecreëerde sociale druk. Zonder een dergelijke druk is de kans van slagen van de toegepaste opsporingsmethode gering. Verder moet worden gewezen op de consequenties die het niet-meewerken voor een van de om medewerking verzochte personen heeft. Hoewel het weigeren van medewerking niet direct tot gevolg heeft dat de betrokkene de status van verdachte verkrijgt, zal de weigerachtige (zeker als het aantal weigeraars beperkt is) wel mogen genieten van extra aandacht van

97 Zie bijv. EHRM 25 februari 1992, *NJ* 1994, 117, m.nt. EJD.

98 Zie hierover: G.H.S.P.M. Bijvoet, 'Massale opsporingsmethodieken: "kruiser geraakt, slagschip gezonken"?', *TvP* 1986, p. 317-321; L.C.M. Meijers, 'Politie, openbaar ministerie en bewijsverkrijging', *Preadvies NJV* 1982, p. 42-45.

99 Kort door de bocht: van de betrokkenen wordt gevraagd hun onschuld aan te tonen.

de politie.<sup>100</sup> Tenslotte leveren massale opsporingsmethodieken grote hoeveelheden gegevens op met betrekking tot niet als verdachten aan te merken personen. Met het oog op het bewaren en vernietigen van deze gegevens zijn bijzondere voorschriften op zijn plaats.

De beoogde normering van massale opsporingsmethodieken en de vrijwilligheid van de medewerking door de groep burgers behoeft geen plaats te krijgen in de formele wet. In directe zin komt bij de uitvoering van de opsporingsmethode immers geen justitiële machtsuitoefening te pas. Volstaan kan worden met een reglementering van deze opsporingsmethoden in lagere regelgeving (AMvB of richtlijn van het OM). De kern van deze regeling is drieledig. Vanwege de genoemde bijzonderheden met betrekking tot de 'vrijwilligheid' van de gevraagde medewerking, mag goedkeuring van het onderzoek door een hoge autoriteit worden verlangd. Vervolgens moet de te verlenen toestemming worden geformaliseerd. Aan de benaderde betrokkenen zullen de betekenis en consequenties van de toestemming duidelijk moeten worden gemaakt. Van de toestemming moet vervolgens schriftelijk blijken. Daarnaast zullen de wijze van gebruik van de verzamelde gegevens en de eventuele vernietiging daarvan na afronding van het onderzoek moeten worden geregeld.

In het kader van toestemming en vrijwillige medewerking aan het onderzoek door de burger is het van belang om kort in te gaan op de visie van de Commissie Strafvorderlijke gegevensvergaring in de informatiemaatschappij (commissie-Mevis), zoals neergelegd in het rapport *Gegevensvergaring in strafvordering. Nieuwe bevoegdheden tot het vorderen van gegevens ten behoeve van strafvorderlijke onderzoek*.<sup>101</sup> Deze commissie heeft voorgesteld een aantal nieuwe bevoegdheden in het wetboek van strafvordering op te nemen aangaande de gegevensvergaring ten behoeve van het strafvorderlijke onderzoek. Het begrip 'gegevens' heeft in de voorstellen van de commissie een ruime betekenis: onder 'gegevens' verstaat de commissie 'iedere weergave van feiten, begrippen of instructies, geschikt voor overdracht, interpretatie of verwerking door personen of geautomatiseerde werken',<sup>102</sup> waarbij uitsluitend van belang is dat deze gegevens op enigerlei wijze zijn opgeslagen of vastgelegd (op schrift of in elektronische vorm). Met het oog op de

100 Vgl. G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, 3<sup>e</sup> dr., p. 274-275; Bijvoet, *a.w.*, p. 320.

101 Ministerie van Justitie, mei 2001.

102 Vgl. Art. 80quinquies Sr.

vergaring van verschillende categorieën gegevens<sup>103</sup> ten behoeve van de strafvordering heeft de commissie voorgesteld nieuwe bevoegdheden in het wetboek van strafvordering op te nemen. Deze bevoegdheden komen er kort gezegd op neer dat door opsporingsambtenaren of de officier van justitie (in bepaalde gevallen na machtiging door de rechter-commissaris) van een persoon die 'toegang heeft tot bepaalde opgeslagen of vastgelegde gegevens' kan worden gevorderd deze gegevens te verstrekken.<sup>104</sup> Hierbij is het in beginsel niet van belang door wie de gevorderde gegevens zijn opgeslagen of gevorderd: de op enigerlei wijze opgeslagen of vastgelegde gegevens dienen, indien de betrokkene toegang heeft tot die gegevens, op vordering te worden verstrekt. In het licht van de betekenis van het begrip 'gegevens' kan het hierbij gaan om notities in een agenda, de vermelding van personen in een telefoonklapper etc.<sup>105</sup>

In het rapport van de commissie-Mevis is op diverse plaatsen aangegeven dat de door de commissie voorgestelde bevoegdheden tot gevolg hebben dat de mogelijkheid voor de burger om op basis van vrijwilligheid een bijdrage te leveren aan het opsporingsonderzoek wordt beperkt. Uit diverse passages kan uit het rapport worden afgeleid dat de door de commissie voorgestelde bevoegdheden tot vergaring van gegevens prioriteit genieten, in die zin dat de vergaring van 'gegevens' door opsporingsambtenaren primair zou dienen te geschieden op basis van de door haar voorgestelde bevoegdheden. Subsidiar zou pas in situaties waarin de voorgestelde bevoegdheden niet tot het beoogde resultaat kunnen leiden, de burger om vrijwillige medewerking aan het onderzoek mogen worden gevraagd. Zo wordt in het rapport gesteld: 'Voor vrijwillige verstrekking blijft ruimte bestaan voor zover geen strafvorderlijke bevoegdheden in beeld zijn. De bevoegdheden die de commissie voorstelt laten evenwel weinig ongeregeld: in beginsel kunnen alle gegevens gevorderd worden, ... De commissie meent dat het ongewenst is wanneer strafvorderlijke autoriteiten de weg van de vrijwillige verstrekking bewandelen, terwijl voor de gegevens die zij wensen te verkrijgen strafvorderlijke bevoegdheden beschikbaar zijn. ... Wanneer de door de commissie voorgestelde bevoegdheden tot stand komen, dienen strafvorderlijke autoriteiten gegevens te vergaren op basis van de door de commissie voorgestelde be-

103 Zo maakt de commissie een onderscheid tussen 'identificerende gegevens' en 'gevoelige gegevens'.

104 Zie de voorgestelde artt. 126nc, 126nd en 126nf Sv (rapport, p. 102-103).

105 Hierover: E.C. Mac Gillavry, 'De voorstellen van de Commissie Mevis: dwangmiddelen voor de informatiemaatschappij', *NJB* 2001, p. 1411-1418; G. Knigge, 'De krenten en de pap; het onderzoeksproject Strafvordering 2001 en de actuele ontwikkelingen op het terrein van de wetgeving', *D&D* 2002, p. 221-236.

voegdheden. Alleen gegevens die niet met deze bevoegdheden gevorderd kunnen worden, kunnen dan nog op basis van vrijwilligheid gevraagd worden'.<sup>106</sup> Hoewel deze passages in het rapport zijn ontleend aan de paragraaf over de 'Wet persoonsregistraties/Wet bescherming persoonsgegevens', geven zij heel in het algemeen weer wat naar het oordeel van de commissie de consequentie behoort te zijn van de implementatie van de voorgestelde bevoegdheden in relatie tot de vrijwillige medewerking door de burger aan het opsporingsonderzoek.<sup>107</sup>

De door de commissie-Mevis voorgestelde bevoegdheden tot het vergaren van informatie zijn in strijd met de aan het huidige wetboek van strafvordering ten grondslag liggende – en in de in dit deelrapport neergelegde voorstellen voor normering van de opsporing in een nieuw wetboek gehandhaafde – uitgangspunten omtrent a. de vrijwillige medewerking en positie van de burger en b. het horen van getuigen. De inperking van de mogelijkheid tot vrijwillige gegevensverstrekking staat op gespannen voet met het aan de burger toekomende recht om – voorzover hij dat van belang acht – opsporingsambtenaren bekend te maken met gegevens die mogelijk van belang zijn voor de opheldering van strafbare feiten. Die vrijheid sluit aan bij de hoofdregel omtrent het afleggen van verklaring door getuigen: in het vooronderzoek kunnen getuigen niet worden verplicht tot het afleggen van een verklaring, tenzij de betrokkenen zijn opgeroepen of gedagvaard om voor het afleggen van een verklaring te verschijnen voor een rechter (de rechter-commissaris tijdens het gerechtelijk vooronderzoek of een mini-instructie op verzoek van de verdachte). Aan een dergelijke oproeping of dagvaarding zijn zij rechtens verplicht gevolg te geven. De consequentie van de omvattende door de commissie voorgestelde bevoegdheden tot het vorderen van gegevens door opsporingsambtenaren of de officier van justitie is dat deze uitgangspunten impliciet worden verlaten. Op basis van die voorstellen kan een groot aantal personen immers worden verplicht om ten overstaan van opsporingsambtenaren of de officier van justitie een verklaring af te leggen.

Met haar voorstellen wil de commissie recht doen aan het gegeven dat er bij toepassing van de door haar voorgestelde bevoegdheden sprake is van een driehoeksverhouding. De voorgestelde bevoegdheden strekken er immers toe dat van een persoon gegevens worden gevorderd, die betrekking hebben op een derde. Indien op basis van vrijwilligheid wordt verzocht om

106 Rapport p. 94.

107 Zie ook de p. 85-86, 92-93 en 96 van het rapport; ook Mac Gillavry, *a.w.*, p. 1416, begrijpt de voorstellen van de commissie in relatie tot de vrijwilligheid in deze zin.

verstrekking van die gegevens, wordt de toestemming enkel gegeven door de verstrekker van de gegevens en niet door degene op wie de gegevens betrekking hebben. Een soortgelijke driehoeksverhouding is aan de orde in het huidige art. 98 Sv. Ten aanzien van de inbeslagnemingsbevoegdheid bij geheimhouders is in art. 98, lid 1, Sv bepaald dat ‘tenzij met hunne toestemming’ bij hen slechts beperkte categorieën geschriften in beslag mogen worden genomen. Van dezelfde strekking is de regeling van de doorzoeking van kantoren van geheimhouders in art. 98, lid 2: tenzij zij voor een ruimere doorzoeking toestemming verlenen, mag alleen worden gezocht naar brieven of geschriften die voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend. De beperkingen op de inbeslagnemingsbevoegdheden en de rol van de door de geheimhouder te geven ‘toestemming’ moeten worden begrepen tegen de achtergrond van de bijzondere verhouding die bij deze inbeslagneming en doorzoeking aan de orde is. Bij de inbeslagneming en doorzoeking gaat het niet alleen om de belangen van waarheidsvinding en van de verschoningsgerechtigde, maar ook van de derden die zich tot de verschoningsgerechtigde hebben gewend. Door de doorzoeking en inbeslagneming kan aan de verschoningsgerechtigde toevertrouwde en van derden afkomstige informatie ter kennis komen van justitie. Uit de in art. 98 Sv geregelde toestemming volgt dan dat de afweging omtrent de omvang van de inbeslagneming en doorzoeking, buiten de met zoveel woorden in art. 98 genoemde voorwerpen, is overgelaten aan de geheimhouder (en dus niet aan de derde die de informatie aan de geheimhouder heeft toevertrouwd).

Deze driehoeksverhouding is naar het oordeel van de onderzoeksgroep onvoldoende van gewicht om te breken met het huidige uitgangspunt omtrent het horen van getuigen in het vooronderzoek en de mogelijkheid tot vrijwillige medewerking aan de opsporing door de burger. Voor de oplossing van het dilemma waarmee de commissie heeft geworsteld, zijn namelijk minder verstrekende voorzieningen denkbaar. Daaruit volgt al dat de ruime gegevensvergaringsbevoegdheden wellicht niet ‘noodzakelijk zijn in een democratische samenleving’ in de zin van art. 8, lid 2, EVRM. Zo wordt in de voorstellen van de commissie ten onrechte geen onderscheid gemaakt tussen geautomatiseerde en niet-geautomatiseerde wijzen van gegevensverwerking. Dat voor deze twee categorieën verschillende voorzieningen worden getroffen, ligt in verband met de hoeveelheid gegevens en de wijzen van ver- en bewerking daarvan voor de hand. Door nader te differentiëren naar de aard van de ‘gegevens’ en de personen tot wie een vordering tot het verstrekken van gegevens kan worden gericht, kan het uitgangspunt omtrent het afleggen van verklaringen door personen in het vooronderzoek onverkort overeind blijven en behoeft ook geen beperking te worden aangebracht op de

mogelijkheid tot vrijwillige medewerking door burgers aan het opsporingsonderzoek.<sup>108</sup>

#### 2.4.3.3 Normering van bevoegdheden: de rechtspraak van het EVRM

In hoofdstuk 5 van het deelrapport van Knigge en Kwakman over ‘het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak’ is ingegaan op de betekenis van enkele EVRM-garanties voor de normering van de opsporing en de opsporingsbevoegdheden. Doelstelling hierbij was een inventarisatie van de kwaliteitseisen die het EHRM in het licht van de ‘rule of law’ stelt aan een wettelijke regeling van opsporingsbevoegdheden. Betoogd is dat uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat afhankelijk van de ernst en gevolgen van de door de opsporing veroorzaakte inbreuk op een EVRM-garantie meer of minder eisen worden gesteld aan de specificiteit van de wettelijke regeling die legitimeert tot de betreffende inbreuk. Tevens is ingegaan op de betekenis van art. 6 EVRM voor het opsporingsonderzoek.<sup>109</sup> In aanvulling op het betoog van Knigge en Kwakman zal in deze paragraaf worden ingegaan op de rechtspraak van het EHRM, waaruit meer concreet waarborgen of voorwaarden voor de toepassing voor opsporingsbevoegdheden kunnen worden gedestilleerd, waarmee beperkingen op EVRM-garanties behoren te worden omringd.

Zoals ook al in het genoemde deelrapport van Knigge en Kwakman is aangegeven, bestaat de mogelijkheid dat de in art. 6 EVRM tot uitdrukking gebrachte processuele garanties schaduwen vooruit werpen naar het vooronderzoek.<sup>110</sup> Zo is in het arrest van het EHRM van 24 november 1993, NJ 1994, 459 (Imbrioscia), m.nt. Kn, aangegeven dat de garanties van art. 6 ‘may also be relevant before a case is sent for trial if and in so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with them’. Deze vooruitlopende werking ziet niet alleen op de realisatie van (facetten van) de processuele garanties van art. 6, lid 1, en de in het derde lid neergelegde verdedigingsrechten gedurende het vooronderzoek, doch kan ook betrekking hebben op de wijze van opsporing. Zie in dit ver-

108 Zie nader E.C. Mac Gillavry, *a.w.*, idem, I. ‘De informatieplicht van de Commissie-Mevis’, *RM Themis* 2002, p. 27-30; G. Knigge, *a.w.*, *D&D* 2002, p. 221-236. Een weerwoord op de geleverde kritiek is van P.A.M. Mevis, ‘Gegevensvergaring in de informatiemaatschappij: een strafvorderlijke informatieplicht? II. Gegevensvergaring is iets anders dan een informatieplicht’, *RM Themis* 2002, p. 30-35.

109 Zie het deelrapport van G. Knigge & N.J.M. Kwakman in: *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, p. 169-180.

110 *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, p. 175-177.



band EHRM 9 juni 1998, NJ 2001, 471, m.nt. Kn (Teixeira de Castro), waarin de uitvoering van een ‘undercover’-actie en een pseudokoop worden getoetst aan het ‘fair trial’ van art. 6, lid 1, EVRM. Als uitgangspunt geeft het Hof aan dat ‘(t)he use of undercover agents must be restricted and safeguards put in place even in cases concerning the fight against drug trafficking’. De aard van de wenselijk geachte beperkingen en waarborgen met het oog op een wettelijke normering van infiltratie en pseudokoop zijn niet uit het arrest af te leiden. Met het oog op de bruikbaarheid van het bewijsmateriaal dat is verkregen door middel van dergelijke opsporingsmethoden heeft het Hof verder beslist: ‘The public interest cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement’. In dit verband is het bij infiltratie en pseudokoop van belang vast te stellen dat de persoon tegen wie deze opsporingsmethoden zijn gericht, was ‘predisposed to commit offences’. Blijkt niet van een dergelijke ‘predisposition’, dan mag, zoals door het Hof aangegeven, het door middel van de infiltratie of pseudokoop verkregen bewijsmateriaal niet worden gebruikt. Deze beslissing is niet alleen van belang voor de invulling in de rechtspraak van het zogenaamde ‘Tallon-criterium’ (zoals dit thans is neergelegd in de regeling van de infiltratie en pseudokoop in het wetboek; zie de art. 126h, 126i, 126p, 126q, 126w en 126j Sv)<sup>111</sup>, maar maakt ook duidelijk dat het te garanderen ‘fair trial’ tamelijk principiële grenzen stelt aan opsporingsmethoden die beogen voornemens tot het plegen van delicten te concretiseren en zichtbaar te maken.

Duidelijk is dat het vereiste van berechting ‘within a reasonable time’ grenzen stelt aan de duur van het vooronderzoek. Het EHRM heeft met het oog op deze garantie in zijn arrest van 26 oktober 2000, NJ 2001, 594, m.nt. EAA<sup>112</sup> aangegeven dat op grond van art. 13 EVRM<sup>113</sup> aan de verdachte een mogelijkheid moet worden geboden om bij een nationale autoriteit op te komen tegenodeloze vertragingen van de strafprocedure. Met het oog op de inrichting van het vooronderzoek geeft deze rechtspraak van het EHRM geen aanleiding voor bijzondere voorzieningen. In het tweede interimrapport is aangegeven dat aan de verdachte een mogelijkheid moet worden geboden om zich gedurende het vooronderzoek tot de rechter-commissaris te richten met een verzoek tot het binden van de voortgang van het opsporingsonder-

111 Zie bijv. de verwoording van dit criterium in art. 126q Sv: ‘De opsporingsambtenaar mag bij de tenuitvoerlegging van het bevel (tot pseudokoop, YB/JS) een persoon niet brengen tot het plegen of beramen van andere strafbare feiten dan waarop diens opzet reeds tevoren was gericht’.

112 Zie ook EHRM 26 juli 2001, appl. no. 51585/99 (Horvat v. Croatia).

113 Het recht op een ‘effective remedy before a national authority’.

zoek aan termijnen.<sup>114</sup> Deze toegang tot de rechter-commissaris en de aan hem opgedragen taak om op verzoek van de verdachte te waken over de voortgang van het vooronderzoek, kunnen worden beschouwd als de op art. 13 EVRM gebaseerde ‘effective remedy’ om op te komen tegenodeloze vertragingen.

Tot de essenties van het te garanderen ‘fair trial’ rekt het Hof ‘the right to silence and the right not to incriminate oneself’. In diverse arresten is aangegeven dat een verdachte niet mag worden gedwongen tot het afleggen van verklaringen omtrent het feit waarvan hij wordt beschuldigd. De ratio van de verklaringsvrijheid van de verdachte ligt voor het Hof ‘in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6’.<sup>115</sup> De draagwijdte van met name deze laatste verwijzing naar de ‘aims’ van art. 6 is niet bepaald duidelijk. Het doel van art. 6 is de bevordering van de eerlijkheid van het strafproces. Als de verklaringsvrijheid voortvloeit uit de notie van eerlijkheid, is het vervolgens de vraag in hoeverre diezelfde eerlijkheid vervolgens de ratio van de verklaringsvrijheid kan zijn. Wellicht kunnen de in dit verband relevante ‘aims’ worden afgeleid uit de rechtspraak van het Hof waarin is aangegeven dat de verklaringsvrijheid en het recht om zichzelf niet te incrimineren niet moeten worden opgevat als ‘absolute rights’. Met name is dan het arrest van 8 februari 1996, NJ 1996, 725, m.nt. Kn. (Murray) van belang. In dit arrest ging het om de vraag of de verklaringsvrijheid van de verdachte er aan in de weg staat om aan het zwijgen van de verdachte redengevende betekenis te hechten bij de waardering van de overtuigende kracht van het bewijsmateriaal. Het Hof beantwoordt deze vraag ontkennend: verklaringsvrijheid en het recht om zichzelf niet te belasten ‘cannot and should not prevent that the accused’s silence, in situations which clearly call for an explanation from him, be taken into account in assessing the persuasiveness of the evidence adduced by the prosecution’. Wellicht kan hieruit worden afgeleid dat de ‘aims’ van art. 6 EVRM zien op de verhoudingen tussen de deelnemers aan het strafgeding. Het hoort tot de taak van de vervolgende overheid om bezwarend bewijsmateriaal te verzamelen en van de verdachte kan niet worden verlangd daaraan door het

114 Zie het deelrapport over ‘Vervolging en rechtsbescherming’ (J.B.H.M. Simmelink & Y.G.M. Baaijens-van Geloven), in: *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, p. 450-452.

115 Vgl. EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699, m.nt. Kn. (Saunders); zie ook EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725, m.nt. Kn. (Murray).

afleggen van verklaringen actief een bijdrage te moeten leveren.<sup>116</sup> Deze taakverdeling laat onverlet dat bij de beoordeling van de overtuigende kracht van het bewijsmateriaal van de verdachte tegenspraak mag worden gevraagd. Dat vervolgens aan het uitblijven van tegenspraak betekenis wordt gehecht, is volgens het Hof niet in strijd met de verklaringsvrijheid van de verdachte. In deze zin werkt het zwijgrecht niet absoluut. Daarentegen zijn juridische verplichtingen voor de verdachte om verklaringen af te leggen, waarvan een schending kan leiden tot de oplegging van een strafrechtelijke sanctie, wel absoluut onverenigbaar met 'the right to silence and the right not to incriminate oneself'. Dergelijke spreekplichten voor een verdachte, eventueel te baseren op bijzonderheden van het douanerecht of de bestrijding van terrorisme, tasten 'the very essence of his privilege against self-incrimination and his right to remain silent' aan en verdragen zich dus niet met art. 6 EVRM.<sup>117</sup> Op grond van deze rechtspraak mag een verdachte dus niet worden gedwongen tot het afleggen van verklaringen tegen zichzelf en dient zonder enige reserve aan de verdachte het zwijgrecht te worden toegekend.

In het licht van de verklaringsvrijheid heeft het Hof zich diverse malen uitgesproken over de verhouding tussen verplichtingen tot spreken in een bestuursrechtelijke of fiscaalrechtelijke context en het aan de verdachte toeekomende zwijgrecht. Indien deze spreekplichten meebrengen dat de betrokkene gedwongen wordt bewijsmateriaal tegen zichzelf te verschaffen, meent het Hof dat de afgelegde verklaringen in het strafproces niet voor het bewijs mogen worden gebruikt.<sup>118</sup> De vraag is of deze doorwerking van de verklaringsvrijheid in het verlengde van de erkenning van het zwijgrecht van de verdachte in het wetboek tot uitdrukking moet worden gebracht. In het licht van de keuze voor een vrij bewijsstelsel<sup>119</sup> en het gegeven dat ook andere gronden kunnen leiden tot de niet-bruikbaarheid van voorhanden bewijsma-

116 Zie in dit verband ook § 68 van het Saunders-arrest, waarin wordt ingegaan op de taak van de vervolgende overheid en de koppeling van het zwijgrecht aan het onschuldvermoeden.

117 Zie EHRM 25 februari 1993, *NJ* 1993, 485, m.nt. Kn (Funke); EHRM 21 maart 2001 (appl. no. 36887/97). In het licht van de relevante feiten, het nationale recht, de door de nationale autoriteiten opgelegde en ter discussie staande sanctie, menen wij dat de beslissing van het EHRM in deze laatste zaak geheel aansluit bij het Saunders-arrest. Enigszins anders: M.W.C. Feteris in zijn noot onder het arrest in *BNB* 2002, 26 (p. 212 e.v).

118 Vgl. EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699, m.nt. Kn. (Saunders) en EHRM 3 augustus 2001 (appl. no. 31827/96). Zie in deze zin ook HR 27 juni 2001, *BNB* 2002, 27, m.nt. M.W.C. Feteris.

119 Zie J.B.H.M. Simmelink, 'Bewijsrecht en bewijsmotivering', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvoeding 2001. Het onderzoek ter zitting*, Groningen 1999, p. 434 e.v.

teriaal, ligt een specifieke regeling voor de uitsluiting voor het bewijs van de in een andere dan strafvorderlijke context gedwongen afgelegde verklaring niet voor de hand. Het vraagstuk van de bewijsuitsluiting van verklaringen die zijn afgelegd op basis van een bijzondere weetelijke spreekplicht kan worden overgelaten aan de jurisprudentie. Indien eventueel een afzonderlijke wettelijke voorziening wenselijk wordt geacht, ligt het meer voor de hand om deze regeling op te nemen in het verlengde van de regeling van de spreekplicht in de bijzondere wet (vgl. art. 24 Wet op de Parlementaire Enquête).

In zijn annotatie bij EHRM 9 juni 1998, NJ 2001, 471 (Teixeira de Castro) heeft Knigge zich afgevraagd of de verklaringsvrijheid van de verdachte niet moet worden geplaatst in het teken van het ruimere recht om in vrijheid de eigen proceshouding te bepalen. In deze interpretatie staat de verklaringsvrijheid van de verdachte in het licht van zijn intellectuele autonomie.<sup>120</sup> In deze benadering is niet alleen het gebruik van afgedwongen verklaringen in strijd met art. 6 EVRM, maar ook het gebruik van verklaringen die zijn verkregen door bedrog en misleiding. De bewijsuitsluiting van de door Teixeira de Castro afgelegde verklaring zou hiermee kunnen worden verklaard.

Indien deze interpretatie juist is, heeft dat consequenties voor de afdwingbaarheid van andere opsporingsactiviteiten waarbij de processuele autonomie van de verdachte in het geding is. In het bijzonder kan worden gedacht aan de maatregelen in het belang van het onderzoek van art. 61a Sv. In een brief van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer is ingegaan op de vraag of een verdachte wegens het niet meewerken aan de uitvoering van zo'n maatregel kan worden vervolgd ter zake van overtreding van art. 184 Sr.<sup>121</sup> In het licht van de jurisprudentie van het EHRM wordt in de brief het 'nemo teneturbeginsel' beperkt tot het aan de verdachte toekomende zwijgrecht en wordt aangegeven dat 'het beginsel niet van toepassing is op materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte kan worden verkregen'. Op basis daarvan wordt vervolgens geconcludeerd dat de maatregelen in het belang van het onderzoek 'niet vallen onder de werking van het nemo teneturbeginsel', zodat er geen bezwaren bestaan tegen de vervolging van een verdachte ter zake van art. 184 Sr wegens het niet meewerken aan de uitvoering van zo'n maatregel. Het gaat immers niet om het verkrijgen van een verklaring van de verdachte, doch om 'bewijsmateriaal dat onafhankelijk

120 Dit sluit aan bij het 'kernprofiel' van de verdachte; zie 'Algemeen deel' (M.S. Groenhuijsen & G. Knigge), in: *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvoeding 2001. Het onderzoek ter zitting*, Groningen 1999, p. 33-34.

121 *Kamerstukken II*, 28176, nr. 1.

van de wil van de verdachte bestaat'. Als het nemo teneturbeginsel echter wordt betrokken op de ruimere processuele autonomie van de verdachte, dan is een genuanceerder antwoord op de in de ministeriële brief aangeroerde kwestie noodzakelijk. In deze benadering bestaan er geen bezwaren tegen bijvoorbeeld een van een verdachte afgedwongen afname van vingerafdrukken of de toepassing van een geuridentificatie. Bij deze opsporingsmethoden is de processuele autonomie niet in het geding. Anders ligt dit bij het maken van foto- of video-opnamen van de verdachte of de uitvoering van een confrontatie van de verdachte met een getuige. Een goede uitvoering van deze maatregelen verlangt een bepaalde graad van medewerking door de verdachte. Bij deze wijze van medewerking is de vrijheid om de eigen proceshouding te bepalen in het geding. Deze uit art. 6 EVRM afgeleide vrijheid laat wel toe dat aan een verdachte kan worden gevraagd mee te werken aan de betrokken maatregelen in het belang van het onderzoek, doch het weigeren van die medewerking kan dan niet met toepassing van art. 184 Sr worden gesanctioneerd.<sup>122</sup>

Op basis van een benadering vanuit de processuele autonomie van de verdachte kan ook een antwoord worden gegeven op de vraag of het toelaatbaar moet worden geacht om van de verdachte te vorderen dat hij medewerking verleent aan het leesbaar maken van gegevens die met behulp van een cryptografische techniek zijn beveiligd. In het huidige art. 125m Sv is aangegeven dat aan de verdachte niet het bevel kan worden gegeven om toegang te verlenen tot beveiligde gegevens. In het door de commissie-Mevis<sup>123</sup> voorgestelde art. 126nfa wordt hierbij aangesloten. De benadering van dit vraagstuk aan de hand van het zwijgrecht van de verdachte en het 'bewijsmateriaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat' kan geen eenduidig antwoord geven op de vraag of van de verdachte mag worden gevorderd dat hij medewerking verleent aan het verkrijgen van toegang tot beveiligde gegevens.<sup>124</sup> De versleutelde gegevens hebben een wilsonafhankelijk bestaan, doch kunnen slechts worden begrepen nadat de verdachte een verklaring heeft afgelegd omtrent de wijze van beveiliging. Het al dan niet afleggen van deze verklaring hoort tot de processuele autonomie van de ver-

122 Vgl. HR 27 juni 1927, *NJ* 1927, 926, m.nt. T., betreffende een weigering van een verdachte om zijn naam op te geven.

123 Het voorgestelde art. 126nfa bevat de bevoegdheid om medewerking te vorderen aan het ontsleutelen van beveiligde gegevens; zie het Rapport van de Commissie Strafvorderlijke gegevensvergaring in de informatiemaatschappij, *Gegevensvergaring in strafvordering*, p. 104.

124 Zie hierover B-J. Koops, *Verdachte en ontsleutelplicht: hoe ver reikt nemo tenetur?*, Deventer, Kluwer 2000.

dachte. Op deze grond kan worden aangenomen dat de verdachte niet kan worden verplicht om medewerking te verlenen aan het verkrijgen van toegang tot beveiligde gegevens.

In de rechtspraak heeft het EHRM uitwerking gegeven aan de eisen die op grond van art. 8, lid 2, EVRM moeten worden gesteld aan opsporingsmethoden die een inbreuk maken op het in het eerste lid van art. 8 aan een ieder gegarandeerde 'right to respect for his private and family life, his home and his correspondence'. Op de eerste plaats moet de inbreuk 'in accordance with the law' zijn. Deze eis houdt in dat de beperking van het in art. 8, lid 1, neergelegde recht moet zijn geregeld in de nationale wetgeving.<sup>125</sup> Op grond van de rechtsstaatsgedachte (de 'rule of law') moet deze nationale wettelijke regeling voldoen aan bepaalde kwaliteitseisen. De betrokken regeling moet voldoende toegankelijk (de 'accessability' van de regeling) en de consequenties van de regeling voldoende voorzienbaar zijn (de 'foreseeability' van het nationale recht). Op grond van deze eisen moet de burger in staat zijn om op de hoogte te raken van de toepasselijke regels en moeten deze regels voldoende inzicht bieden in de voorwaarden en omstandigheden waaronder de inbreuk is toegelaten. De verlangde mate van duidelijkheid en voorzienbaarheid van de nationale regeling beoogt 'adequate and effective guarantees against abuse' te bieden. Aard en mate van de inbreuk brengen mede dat kan worden gedifferentieerd in de wijze van regeling van de opsporingsbevoegdheid (meer dan wel minder specifiek geregeld) en kunnen tot op zekere hoogte meespelen bij de vraag welke waarborgen tegen misbruik in de nationale wetgeving moeten zijn opgenomen. Zo gaat het Hof uit van een algemene – en geen specifieke grondslag behoevende – bevoegdheid van de politie om bewijs te verzamelen en bewijsstukken te bewaren. Daarentegen is een meer specifieke basis nodig voor meer inbreuk makende activiteiten, zoals bijvoorbeeld het doorzoeken van woningen en het afnemen van lichaamsmateriaal.<sup>126</sup>

Op de tweede plaats moet de inbreuk op art. 8, lid 1, EVRM 'noodzakelijk' zijn in een democratische samenleving ter bescherming van de limitatief in art. 8, lid 2, opgesomde belangen. Met de noodzakelijkheidseis wordt het proportionaliteitsbeginsel tot uitdrukking gebracht: de inbreuk op het 'private life', het 'home' en de 'correspondence' moet in verhouding

125 Hierbij gaat het niet alleen om de geldende formele wetgeving, maar ook het materiële en ongeschreven recht.

126 Vgl. EHRM 25 september 2001 (P.G. and J.H.), *NJB* 2001, p. 2051.

staan tot het met de toepassing van de opsporingsbevoegdheid te bereiken doel.<sup>127</sup>

Aan de hand van voorgaande invalshoeken (de ‘rule of law’, aard en mate van inbreuk en te bieden waarborgen tegen misbruik, proportionaliteit) heeft het EHRM een oordeel moeten geven over de toelaatbaarheid van diverse opsporingsbevoegdheden. Het arrest van 16 december 1997, NJ 1999, 623, m.nt. Kn (Camenzind), betrof een doorzoeking in een woning. De doorzoeking werd uitgevoerd door ambtenaren van de PTT wegens verdenking van het gebruik maken van een niet toegelaten draadloos telefoontoestel. Van belang is dat de doorzoeking niet berustte op een beslissing van een rechter, noch onder rechterlijk toezicht werd uitgevoerd. Bij de beoordeling van de doorzoeking beziet het Hof of ‘the relevant legislation and practice afford individuals “adequate and effective safeguards against abuse”’. Bijzondere aandacht hiervoor is op zijn plaats ‘where, as in the present case, the authorities are empowered under national law to order and effect searches without a judicial warrant’. De bescherming tegen willekeur en misbruik vragen om een ‘legal framework and very strict limits on such powers’. In dit licht komt het Hof tot een nauwkeurige inventarisatie van de waarborgen waarmee de uitvoering van de betrokken doorzoeking is omkleed<sup>128</sup> en wordt geoordeeld dat er – ondanks het ontbreken van rechterlijk toezicht – in de casus niet moest worden gesproken van een ontoelaatbare inbreuk op art. 8, lid 1, EVRM. Hieruit kan worden afgeleid dat rechterlijk toezicht wel wordt gezien als een belangrijke, doch niet voor alle gevallen noodzakelijke waarborg betreffende het doorzoeken van woningen.<sup>129</sup>

In EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400, m.nt. EJD (Niemietz) was de vraag naar de toelaatbaarheid van een doorzoeking van een advocatenkantoor aan de orde. Primair is van belang dat het Hof besliste dat deze doorzoeking moest worden aangemerkt als een inbreuk op de in art. 8, lid 1, gegarandeerde rechten. Vervolgens oordeelde het Hof dat deze inbreuk niet kon worden aangemerkt als ‘necessary in a democratic society’. In het licht van de professionele geheimhouding en de positie van advocaten waren de

127 Zie over de beperkingsgronden P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *Theory and practice of the Human Convention on Human Rights*, Den Haag 1998, p. 537 e.v. en hoofdstuk VIII; A.E. Hartevelt, B.F. Keulen en H.G.M. Krabbe, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, 2<sup>e</sup> dr., Groningen 1996, p. 158 e.v.

128 Van betekenis zijn onder meer de beperkte omvang van de doorzoeking, de toedeling van de bevoegdheid om te beslissen over de uitvoering van een doorzoeking, de uitvoerende ambtenaren en de beperkingen ten aanzien van de wijze van uitvoering van de doorzoeking; zie § 46 van het arrest.

129 Zie in dit verband HR 25 september 2001, NJ 2002, 97 met betrekking tot de doorzoekingsbevoegdheid van art. 49 WvM.

redenen hiervoor: ‘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 ... the search of a lawyer’s office is not accompanied by any special procedural safeguards, such as the presence of an independent observer’. Hoewel de doorzoeking werd uitgevoerd onder rechterlijk toezicht, waren de omvang van de doorzoeking en het ontbreken van maatregelen om de inbreuk op de bijzondere positie van de advocaat te beschermen redenen om aan te nemen dat de doorzoeking niet beantwoordde aan de eis van proportionaliteit.

In diverse beslissingen heeft het EHRM een oordeel moeten geven over heimelijke opsporingsmethoden, zoals het onderscheppen van post, het opvragen van informatie over telefoongesprekken, het opnemen van telecomcommunicatie en het opnemen van stemgeluiden. Op grond van het geheime karakter van deze maatregelen zijn ‘adequate and effective guarantees against abuse’ noodzakelijk, zodat in het algemeen hoge eisen worden gesteld aan de gedetailleerdheid van een nationale wettelijke regeling van heimelijke opsporingsbevoegdheden: ‘the law must be sufficiently clear in its terms to give individuals 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 with the right to respect for private life and correspondence’. Verder: aangezien ‘the implementation in practice of measures of secret surveillance ... 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 with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference’. De ‘rule of law’ verlangt bovendien dat heimelijke inbreuken zijn onderworpen aan effectieve controle, ‘which should normally be assured by the judiciary’. Met het oog op rechterlijk toezicht acht het Hof het van belang dat de persoon die is onderworpen aan ‘secret surveillance’ zo spoedig mogelijk en als de met verzwijging gemoeide belangen niet in gevaar worden gebracht, op de hoogte wordt gesteld van het gegeven dat jegens hem geheime maatregelen zijn toegepast.<sup>130</sup>

130 Vgl. EHRM 6 september 1978 (Klass and others), Ser. A, no. 28 en EHRM 2 augustus 1984 (Malone), *NJ* 1988, 534, m.nt. P. van Dijk.



Het opnemen van telecommunicatie moet worden aangemerkt als een ‘serious interference’ en vereist dus een nationale regeling die ‘particularly precise’ is. Het ligt voor de hand dat het ontbreken van zo’n nationale wettelijke voorziening het EHRM tot het oordeel leidt dat het aftappen van telecommunicatie moet worden beschouwd als een ontoelaatbare inbreuk op het ‘private life’ en de ‘correspondence’ (zie in dit verband EHRM 2 augustus 1984, NJ 1988, 534, m.nt. P. van Dijk en EHRM 25 juni 1997, NJ 1998, 506, m.nt. PJB). Wat de vereiste precisie van een wettelijke regeling impliceert, volgt uit EHRM 24 april 1990, NJ 1991, 523, m.nt. EJD, AAe 1991, p. 160 e.v., m.nt. A.H.J. Swart. Een regeling betreffende het opnemen van telecommunicatie moet voorzien in verschillende onderwerpen:

- de categorieën personen waarvan de telecommunicatie op basis van een beslissing van de rechter kan worden opgenomen;
- de aard van de delicten ter zake waarvan zo’n beslissing kan worden gegeven;
- de binding van het opnemen aan termijnen;
- de schriftelijke weergave van opgenomen gesprekken;
- waarborgen betreffende het bewaren van de originele gesprekken;
- de mogelijkheid van inspectie van het opgenomen materiaal door de rechter en de verdediging;
- een regeling betreffende het vernietigen of wissen van het opgenomen materiaal, in het bijzonder waarin een verdachte niet wordt vervolgd of wordt vrijgesproken.

De aangeduide onderwerpen van een wettelijke regeling zijn door het Hof ‘for example’ opgesomd. Dit laat de mogelijkheid open dat in andere zaken aanvullende waarborgen worden aangeduid. Zie hiervoor EHRM 25 maart 1998, NJ 2001, 459, m.nt. Kn (Kopp), waar het gaat om het afluisteren van telefoongesprekken die werden gevoerd over telefoonlijnen van een advocatenkantoor. Hoewel het nationale recht bepaalde dat het niet toegelaten was om telefoonlijnen die in gebruik zijn bij advocaten af te luisteren<sup>131</sup>, was dat in het onderhavige geval toch geschied. De toelaatbaarheid daarvan werd door de nationale autoriteiten verdedigd met het argument dat het niet ging om het afluisteren van de telefoonlijnen die door de betrokkene in zijn hoedanigheid van advocaat, maar als privé-persoon werden gebruikt. Bij de toetsing van deze gang van zaken aan de ‘quality of the law’, in het bijzonder de ‘foreseeability’, kwam het Hof tot het oordeel dat er sprake was van

131 Tenzij de betrokkene kon worden aangemerkt als verdachte of beschuldigde. Dit was echter niet het geval.

een ontoelaatbare tegenstrijdigheid tussen wet en gevolgde praktijk. De wet maakte immers niet duidelijk op welke wijze, onder welke voorwaarden en door wie een onderscheid moest worden gemaakt tussen de gesprekken die door de betrokkene worden gevoerd al dan niet in zijn hoedanigheid van advocaat. Op dit punt achtte het Hof het ‘astonishing’ dat deze taak in de praktijk werd uitgevoerd door een PTT-ambtenaar, zonder ‘supervision by an independent judge’. Rechterlijk toezicht achtte het Hof aangewezen, ‘especially in this sensitive area of the confidential relations between a lawyer and his clients, which directly concern the rights of the defence’. Naast dit punt wees het Hof op twee waarborgen waarmee het af luisteren meer in het algemeen in het nationale recht was omringd: voor het af luisteren moest een onafhankelijk rechter machtiging verlenen en de betrokkene moest na afloop over het af luisteren worden geïnformeerd.

In het kader van de ‘foreseeability’ van een wettelijke regeling van het af luisteren van telecommunicatie is in EHRM 16 februari 2000, appl. no. 27798/95 (*Amann v. Zwitserland*), ingegaan op de positie van derden die als noodzakelijke gesprekspartners hebben deelgenomen aan opgenomen telefoongesprekken. In de casus van het arrest werd Amann gebeld door een persoon wiens telefoongesprekken werden afgeluisterd en opgenomen. Het gegeven dat Amann aan dit telefoongesprek had deelgenomen, werd op zijn naam geregistreerd en opgeslagen. Het Hof kwalificeerde het af luisteren ten opzichte van Amann als een zelfstandige inbreuk op het aan hem toekomende recht op bescherming van zijn ‘private life’ en ‘correspondence’. Het Hof oordeelde dat de ‘quality’ van de wettelijke regeling op basis waarvan het af luisteren en opnemen had plaatsgevonden tekort schoot, omdat de wet ‘does not regulate in detail the case of persons monitored “fortuitously” as “necessary participants” in a telephone conversation recorded by the authorities ... In particular, the Act does not specify the precautions which should be taken with regard to those persons’. Uit deze beslissing volgt dat in een regeling betreffende het aftappen van telecommunicatie aandacht moet worden besteed aan de derde-noodzakelijke gesprekspartner. Niet duidelijk is echter welke ‘precautions’ het Hof daarbij op het oog heeft. Op dit punt lijkt ons van belang dat in de Amann-casus tapgegevens die zijn verkregen door het af luisteren van de telefoonlijn van een ander, op naam van Amann werden geregistreerd en opgeslagen. Tegen deze achtergrond is wellicht een regeling van het ‘voortgezette’ gebruik van opgenomen materiaal (in een nieuwe zaak, tegen andere personen) voldoende om de wettelijke regeling te laten beantwoorden aan de kwaliteitseisen van art. 8 EVRM.

De aard van de uit de ‘rule of law’ afgeleide mogelijkheid tot ‘effective control’ over de heimelijke inbreuk op een van de garanties van het EVRM was aan de orde in EHRM 24 augustus 1998, appl. 88/1997/872/1084 (*Lam-*

bert). In deze casus werd op basis van een rechterlijke beslissing de telefoon van ene R.B. afgeluisterd. De periode van afluisteren werd enige malen verlengd. Enige gesprekken tussen R.B. en Lambert werden opgenomen. Op basis hiervan rees tegen Lambert een zelfstandige verdenking, waarna hij werd vervolgd. Door Lambert werd de rechtmatigheid van de verlengingen van het afluisteren van de telefoon van R.B. bestreden. Uiteindelijk werd hierover door het Hof van Cassatie geoordeeld dat Lambert ‘had no locus standi to challenge the manner in which the duration of the monitoring of a third party’s telephone line was extended and that accordingly the grounds of appeal, which contested the grounds on which the Indictment Division had wrongly considered it must examine the objections of invalidity and subsequently dismissed them, were inadmissible’. Lambert kon dus naar nationaal recht niet klagen over de rechtmatigheid van de verlengingen van het afluisteren, aangezien het niet ging om de bij hem, doch bij een ander in gebruik zijnde telefoonlijn.

Bij de toetsing van het afluisteren gaf het Hof allereerst aan dat er ten opzichte van Lambert sprake was van een inbreuk: ‘In this connection, it is of little importance that the telephone tapping in question was carried out on the line of a third party’. Aangezien deze inbreuk ‘in accordance with the law’ werd geoordeeld, rees vervolgens de vraag naar de noodzakelijkheid van de inbreuk in een democratische samenleving. Hierbij spitste de toetsing zich toe op de vraag of voor Lambert ‘an “effective control” was available ... to challenge the telephone tapping to which he had been made subject’. In het licht van de overweging van het Hof van Cassatie beantwoordt het Hof deze vraag ontkennend. De beslissing van het Hof van Cassatie heeft immers tot gevolg dat ‘a very large number of people are deprived of the protection of the law, namely all those who have conversations on a telephone line other than their own’. Als onwenselijk gevolg zou dat ‘in practice render the protective machinery largely devoid of substance’. In het criterium ‘necessary in a democratic society’ ligt dus besloten dat aan een ieder die is getroffen door een inbreuk op een van de hem in art. 8, lid 1, EVRM geboden garanties, een zelfstandige mogelijkheid moet worden geboden om van de nationale rechter een oordeel over de toelaatbaarheid van de inbreuk te verkrijgen.<sup>132</sup>

132 Deze toegang tot de rechter volgt niet alleen uit de beperkingsgronden van art. 8, lid 2, EVRM, maar wordt door het Hof ook gebaseerd op art. 13 EVRM: het recht op een ‘effective remedy’. Zie in dit verband de al genoemde Camenzind-zaak. Het beklag van Camenzind over de doorzoeking werd in de nationale procedure niet-ontvankelijk verklaard, aangezien hij bij de klacht geen belang had. De doorzoeking was immers al uitgevoerd. Dit leidde het Hof tot het oordeel dat ‘there has been a violation of Article

→

Uit de in het voorgaande weergegeven beslissingen van het EHRM kan een serie elementen worden afgeleid, die van belang zijn voor een wettelijke regeling van het opnemen van telecommunicatie. Aangaande andere heimelijke opsporingsmethoden is de jurisprudentie minder uitgekristalliseerd. In EHRM 25 september 2001, appl. no. 44787/98 (P.G. and J.H. v. UK)<sup>133</sup>, is ingegaan op een drietal opsporingsmethoden: het heimelijk afluisteren van gesprekken in een woning, het opvragen van inlichtingen over gevoerde telefoongesprekken en het heimelijk opnemen van het stemgeluid van een verdachte die is ingesloten op het politiebureau. Het afluisteren van de in een woning gevoerde gesprekken moet – als inbreuk op art. 8, lid 1, EVRM – ‘in accordance with the law’ worden uitgevoerd. Op dit punt komt het Hof tot de conclusie dat die ‘law’ ontbrak. Het afluisteren berustte slechts op ‘Home Office Guidelines which were neither legally binding nor directly publicly accessible’. Er was derhalve ‘no domestic law regulating the use of covert listening devices at the relevant time’, zodat het afluisteren in de woning niet werd gedekt door de beperkingsgronden van art. 8, lid 2.<sup>134</sup> Deze constatering had wel tot gevolg dat het Hof geen oordeel kon geven over de vraag aan welke kwaliteitseisen een nationale wettelijke regeling betreffende het heimelijk afluisteren van gesprekken moet voldoen. Aangenomen mag worden dat het Hof op dit punt zal voortborduren op zijn jurisprudentie betreffende het afluisteren van telefoongesprekken, nu de ernst van de inbreuk op art. 8, lid 1, door het afluisteren van de in een woning gevoerde gesprekken minstens vergelijkbaar is met het afluisteren en opnemen van telefoongesprekken.

Over het opvragen van inlichtingen over gevoerde telefoongesprekken oordeelde het Hof dat deze bevoegdheid wel berustte op een kwalitatief afdoende nationale wettelijke regeling. Bij de vraag naar de vereiste waarborgen waarmee deze bevoegdheid moet worden omringd, sloeg het Hof acht op ‘the nature and extent’ van de inbreuk. Op dit punt was van belang dat de opgevraagde informatie uitsluitend betrekking had op telefoonnummers die in een bepaalde periode waren gebeld met de telefoon in de woning van de betrokkene en niet op de inhoud van de gesprekken en de daarbij betrokken personen. Dat de nationale wettelijke regeling geen voorzieningen bevatte aangaande het bewaren en vernietigen van de verkregen informatie riep naar

←

13 of the Convention, taken together with Article 8’.

133 Zie voor een weergave van dit arrest de rubriek ‘rechtspraak EVRM’ in *D&D* 2001, p. 1156-1159 en *NJB* 2001, p. 2051.

134 Zie in gelijklopende zin: EHRM 12 mei 2000, appl. no. 35394/97 (Khan v. UK), *NJ* 2002, 180, m.nt. Sch.

het oordeel van het Hof geen ‘risk of arbitrariness or misuse’ in het leven, ‘nor is it apparent that there was any lack of foreseeability’.

In het kader van de toetsing van de toelaatbaarheid van het heimelijk opnemen van het stemgeluid van de in een politiecel ingesloten verdachte gaat het Hof nader in op de reikwijdte van het begrip ‘private life’ in relatie tot ‘measures effected outside a person’s home or private premises’. Bij de vraag of hierbij het ‘private life’ in het geding is, moet betekenis worden gehecht aan ‘a person’s reasonable expectations as to privacy’, hoewel deze verwachting niet moet worden gezien als een ‘necessarily conclusive factor’. Dit betekent dat waarnemingen – ook met behulp van technische hulpmiddelen zoals video of foto – van gedragingen op openbare plaatsen in beginsel buiten het bereik van het ‘private life’ vallen. Vervolgens overweegt het Hof echter: ‘(p)ivate life considerations may arise however once any systematic or permanent record comes into existence of such material from the public domain’. Vanwege dit systematische of permanente karakter had het Hof eerder het aanleggen en onderhouden van een dossier door een veiligheidsdienst aangemerkt als een inbreuk op art. 8, lid 1, EVRM, ook al was de informatie niet vergaard door indringende of heimelijke methoden.<sup>135</sup> Vervolgens wordt nog gewezen een oordeel van het Hof over de opslag van gegevens betreffende een persoon: ‘the storing of information ... on a card file was found to be an interference with private life, even though it contained no sensitive information and had probably never been consulted’.<sup>136</sup> Verder refereert het Hof nog aan het afluisteren en opnemen van telefoongesprekken. Dit afluisteren en opnemen is te doen om de inhoud van de telefoongesprekken. Hiermee vergeleken neemt het Hof aan dat ook het heimelijk opnemen van de in de politiecel gevoerde gesprekken valt binnen het bereik van art. 8, lid 1. De opname van het stemgeluid had een permanent karakter en was vatbaar voor bewerking ter identificatie van personen en vergelijking met andere persoonsgegevens. Aan het opnemen moest dus de eis worden gesteld dat zulks was geschiedt ‘in accordance with the law’. De ‘implied powers of police officers to note evidence and collect and store exhibits for steps taken in the course of an investigation’ konden niet als zodanig worden aangemerkt. Nu er ten tijde van het opnemen geen specifieke wettelijke regeling met waarborgen tegen ‘arbitrariness and abuse’ bestond, was er sprake van een ontoelaatbare inbreuk op art. 8, lid 1.

135 EHRM 4 mei 2000, appl. no. 28341/95 (Rotaru v. Romania).

136 EHRM 16 februari 2000, appl. no. 27798/95 (Amann v. Switzerland).

#### *2.4.3.4 Differentiatie in de normering*

In de vorige paragraaf is ingegaan op de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot de zogenaamde ‘beperkingsgronden’: de in de diverse verdragsartikelen opgesomde gronden die een inbreuk op een van de in het EVRM opgenomen garanties kunnen rechtvaardigen. In het bijzonder de eis dat een beperking van een van de verdragsgaranties ‘in accordance with the law’ en ‘necessary in a democratic society’ moet zijn, heeft het Europese Hof aanleiding gegeven om voorzieningen te duiden die in een wettelijke regeling een waarborg kunnen bieden tegen misbruik en willekeurig optreden door de Staat. Uitgangspunt hierbij is dat de aan een nationale regeling te stellen eisen afhangen van de aard van de inbreuk. Een betrekkelijk geringe inbreuk op een verdragsgarantie verlangt een minder gedetailleerde wettelijke voorziening dan een ingrijpende inbreuk. Bij de aan een wettelijke regeling te stellen kwaliteitseisen kan worden gedacht aan de volgende aandachtspunten:

- de aanduiding van de categorieën personen tegen wie een bevoegdheid mag worden uitgeoefend;
- de aanduiding van de delicten ter zake waarvan een bevoegdheid kan worden toegepast;
- de bepaling van de tijdsduur gedurende welke de bevoegdheid kan worden uitgeoefend;
- de aanwijzing van de bevoegde instantie;
- de wijze van verslaglegging;
- maatregelen ter bevordering van de betrouwbaarheid van onderzoeksresultaten en van toetsing van het materiaal door de rechter en de verdediging;
- voorschriften met betrekking tot het bewaren en vernietigen van bewijsmateriaal;
- waarborgen ten behoeve van derden die op enigerlei wijze bij de uitvoering van een opsporingsactiviteit worden betrokken;
- bijzondere voorzieningen ter bescherming van geheimhouders (zoals advocaten);
- de betrokkenheid van een rechter bij de inbreuk makende opsporingsactiviteit;
- mogelijkheid tot controle door een rechter na beëindiging van de inbreuk op de verdragsgarantie.

Afhankelijk van de aard en ingrijpendheid van de inbreuk op een verdragsgarantie kunnen de aangegeven details in meerdere of mindere mate in de

wettelijke regeling van een opsporingsbevoegdheid worden uitgewerkt. Deze structuur is ook herkenbaar in de huidige regeling van de dwangmiddelen en bijzondere opsporingsbevoegdheden in het wetboek. Met betrekking tot eenvoudige bevoegdheden, zoals het staande houden en de inbeslagneming<sup>137</sup>, volstaat de wet met als het ware een ‘basismodel’: een aanduiding van a. de bevoegde autoriteit, b. de door hem te ondernemen handeling, c. (eventueel) de personen tegen wie de bevoegdheid mag worden uitgeoefend en d. (eventueel) de delicten ter zake waarvan de bevoegdheid kan worden toegepast. Naarmate de bevoegdheid meer belastend wordt voor de persoon waartegen de activiteit is gericht, nemen de eisen waaraan moet zijn voldaan, toe. De bevoegdheden die het diepste ingrijpen in de vrijheidssfeer van de burger zijn uiteindelijk het meest omvangrijk met waarborgen omkleed. Zie de regeling van de invezekeringstelling, de voorlopige hechtenis en het opnemen van telecommunicatie of van vertrouwelijke communicatie.

Opvallend is dat dit in het verband van beperkingen van verdragsgaranties en grondrechten ontwikkelde ‘normeringsmodel’ ook wordt aangehouden bij de regeling van bevoegdheden die tegen een geheel andere achtergrond in het wetboek zijn opgenomen. Zie bijvoorbeeld de verschillende regelingen van de pseudokoop en infiltratie (zie de art. 126h, 126i, 126p, 126q, 126w-126z Sv). Deze bevoegdheden zijn in het wetboek geregeld ter versteviging van de positie van de officier van justitie in de opsporing en de bevordering van de transparantie van het vooronderzoek. Dat deze belangen hebben geïnspireerd tot een beslissingsbevoegdheid van de officier van justitie omtrent de toepassing van infiltratie of pseudokoop en tot voorschriften met betrekking tot de verslaglegging ligt voor de hand. Dat geldt evenwel niet in dezelfde mate voor de wettelijke beperking van de onderhavige bevoegdheden tot bepaald aangewezen strafbare feiten en de binding aan termijnen.<sup>138</sup>

De vraag is of deze wijze van normering van bevoegdheden, tegen de achtergrond van de aan de wet te stellen kwaliteitseisen van ‘accessability’ en ‘foreseeability’, ook moet worden gehanteerd in een nieuwe regeling van de opsporing. In het verband van deze vraag moet in herinnering worden geroepen dat eerder als uitgangspunt is geformuleerd dat in een nieuw wetboek de opsporing en de opsporingsbevoegdheden op ruimere schaal in

137 Zie bijv. de art. 52, 96 en 552 Sv.

138 De reden om in de regeling van deze bevoegdheden een ‘geval’ en een ‘grond’ op te nemen is de traditie; zie de MvT bij de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden: ‘Overeenkomstig de regeling van Titel IV is steeds “het geval” en “de grond” voor de bevoegdheidsuitoefening in het artikel opgenomen’, *Kamerstukken II*, 25 403, nr. 3, p. 51.

wettelijke voorschriften moeten worden ‘gevangen’: niet alleen inbreuken op verdragsgaranties en grondrechten kunnen nopen tot een wettelijke regeling van opsporingsactiviteiten, maar ook andere belangen (vgl. paragraaf 2.4.1) kunnen wettelijke voorzieningen wenselijk maken. Deze achtergrond geeft aanleiding voor de stelling dat de thans in het wetboek neergelegde structuur weliswaar aanknopingspunten biedt voor normering van bevoegdheden, maar dat ruimte bestaat in de wettelijke regeling accenten te leggen op basis van de belangen die een wettelijke regeling van een bevoegdheid wenselijk maken. Bij wijze van voorbeeld kan worden gedacht aan een uitvoeriger regeling van de observatie. Thans is in de art. 126g en 126o Sv de wettelijke regeling van deze methode beperkt tot de stelselmatige waarnemingen. De wettelijke basis voor de niet-stelselmatige waarnemingen, de zogenaamde ‘beperkte inbreuken’, zijn de art. 2 Pw en 141 en 142 Sv. Uitgangspunt is dat in een nieuwe regeling de observatie ruimer moet worden geregeld. Uitwerking van dit uitgangspunt brengt mede dat ook voor eenvoudige observaties (kortdurend, beperkt tot waarnemingen op of aan de openbare ruimte) een afzonderlijke wettelijke basis wordt gecreëerd. Deze basis kan zeer globaal zijn<sup>139</sup>, nu de persoonlijke levenssfeer niet in het geding is, noch andere belangen pleiten voor gedetailleerde wettelijke voorzieningen. Dit wordt pas anders als de observatie indringender vormen aanneemt, zoals het gebruik van technische middelen om de observatie uit te voeren (videocamera) of mogelijk te maken (peilzenders op auto’s of goederencontainers), dan wel leidt tot de registratie van gedragingen die tot het privé-domein van de waargenomen persoon moeten worden gerekend. Ter bevordering van de kwaliteit van de te gebruiken apparatuur en de betrouwbaarheid van de geregistreerde gegevens, kunnen in een wettelijke regeling eisen worden gesteld aan de waarnemingsapparatuur (vgl. het huidige art. 126cc Sv). Ook kan toestemming door een aangewezen functionaris (bijvoorbeeld de hulpofficier van justitie of de officier van justitie<sup>140</sup>) voor het gebruik van apparatuur worden geëist. Pas bij indringender vormen van observatie, gepaard gaande met het betreden van besloten plaatsen of het doen van waarnemingen van gedragingen op besloten plaatsen is de persoonlijke levenssfeer in het geding en zijn nadere aan de wet te stellen kwaliteitseisen op zijn plaats (zoals de

139 In de kern een bepaling waarin slechts is aangegeven dat een politieambtenaar bevoegd is tot het doen van gerichte waarnemingen.

140 Hierbij kan betekenis worden gehecht aan de locatie waarop de te gebruiken videocamera wordt gebruikt. Voor registratie van gedragingen in de openbare ruimte, kan worden volstaan met een beslissing van de hulpofficier; voor de vastlegging van privacygevoeliger gedragingen is een beslissing van de officier van justitie nodig.



opsomming van de feiten ter zake waarvan deze vormen van observatie kunnen worden toegepast, de beslissingsbevoegdheid en eventuele termijnen).

De diversiteit aan redenen voor normering van opsporingsactiviteiten biedt een ingang voor mogelijkheden tot differentiatie van wijzen van regeling van afzonderlijke bevoegdheden. De strekking hiervan is om bij de vormgeving van de waarborgen rondom afzonderlijke bevoegdheden aan te haken bij de belangen die op het spel staan. Met het oog op de normering van inbreuken op grondrechten kan gebruik worden gemaakt van het thans in het wetboek neergelegde model. Er bestaat geen aanleiding om in een nieuwe regeling wezenlijk andere eisen te stellen aan de kwaliteit van de wettelijke basis voor inbreuken op grondrechten. Afhankelijk van de mate van inbreuk kunnen meer of minder van de uit de jurisprudentie van het EHRM te destilleren elementen van een wettelijke regeling in concrete voorschriften worden uitgewerkt. Ten aanzien van andersoortige bevoegdheden biedt het met de regeling tot gelding te brengen belang aanknopingspunten tot selectie van elementen waaruit een wettelijke regeling kan bestaan. Bij wijze van voorbeeld de regeling van infiltratie en pseudokoop. In de wettelijke regeling hiervan kan de nadruk worden gelegd op voorzieningen ter bevordering van a. de controleerbaarheid van het optreden door de officier van justitie (tijdens het opsporingsonderzoek) en door de rechter (ter zitting), en b. de eerlijkheid van het proces waarin een oordeel wordt gegeven over de delicten die door middel van de infiltratie of pseudokoop aan het licht zijn gebracht.<sup>141</sup> In deze benadering is een wettelijke beperking van de categorieën strafbare feiten ter zake waarvan kan worden overgegaan tot infiltratie of pseudokoop of een expliciete binding van de activiteit aan wettelijke termijnen niet nodig. Eventueel zouden dergelijke beperkingen – indien zulks voor sturing van de politie wenselijk wordt geacht – kunnen worden geformuleerd in richtlijnen van het openbaar ministerie.<sup>142</sup> In een regeling van het gebruik van informanten kan het accent weer op andere belangen worden gelegd. Hierbij gaat het primair om de bevordering van de betrouwbaarheid van de informant en de door hem verstrekte informatie, zodat het voor de hand ligt om deze facetten in een wenselijke wettelijke voorziening voorop te stellen.

141 Zie voor infiltratie en pseudokoop ook het arrest van het EHRM van 15 juni 1992, *NJ* 1993, 711, m.nt. EAA. Over dit arrest: L.C.M. Meijers, 'Over Lüdi tegen Zwitserland', *D&D* 1994, p. 272-277. Zie voor de wijze van uitvoering van infiltratie of pseudokoop en het eerlijke proces: EHRM 9 juni 1998, *NJ* 2001, 471, m.nt. Kn.

142 Ook zonder een dergelijke expliciete beperking mag worden aangenomen dat de met de uitvoering van een infiltratie- of pseudokoopactie gemoeide inspanningen en kosten zullen leiden tot een prioriteitenstelling op grond waarvan dergelijke acties alleen zullen worden uitgevoerd in de gevallen die thans met zoveel woorden in de verschillende wettelijke bepalingen tot uitdrukking zijn gebracht.

De formulering van waarborgen gerelateerd aan de aard van de opsporingsactiviteit en de belangen die pleiten voor een wettelijke regeling daarvan, beteugelt het gevaar dat is verbonden aan het eerder geformuleerde uitgangspunt dat in een nieuwe regeling van het vooronderzoek aan meer onderwerpen een plaats moet worden toegekend dan in het huidige wetboek is geschied. Indien aan dit uitgangspunt uitvoering zou worden gegeven, door aan de wettelijke regeling van het geheel op het punt van de kwaliteit van de wet – de ‘accessability’ en ‘foreseeability’ – dezelfde eisen te stellen als aan inbreuken op grondrechten, dan zou dit kunnen leiden tot overregulering. De bij de regeling van afzonderlijke bevoegdheden betekenis te hechten aan de op het spel staande belangen bieden daarentegen een inhoudelijk criterium voor de opbouw van een stelsel van waarborgen en tevens voor beperking van de benodigde wettelijke voorzieningen.<sup>143</sup>

Niet alleen ten aanzien van de waarborgen waarmee de diverse opsporingsbevoegdheden worden omkleed, is differentiatie in de wettelijke regeling mogelijk, ook in de wijze van regeling van bevoegdheden zijn verschillende constructies denkbaar. Het gaat hier niet om een dogmatisch onderscheid, maar om een kwestie van wetstechnische vormgeving. De meest in het oog springende wijze van regeling van een opsporingsbevoegdheid is de expliciete toekenning daarvan aan een aangewezen functionaris. In deze gevallen wordt in de wettelijke regeling de betrokken bevoegdheid benoemd, aangegeven aan welke voorwaarden moet zijn voldaan en aan welke functionaris de bevoegdheid toekomt. Zie bijvoorbeeld de huidige regeling van de aanhouding of de inbeslagneming. Deze wijze van normering van opsporingsbevoegdheden is in het huidige wetboek en in bijzondere wetten waarin aan opsporingsambtenaren aanvullende bevoegdheden zijn toegekend de meest gebruikelijke. Vergelijk de bepalingen betreffende de dwangmiddelen en de bijzondere opsporingsbevoegdheden. Naast een expliciete regeling bieden verschillende voorzieningen in het wetboek aanknopingspunten voor het aanvaarden van impliciet toegekende bevoegdheden. In deze gevallen is een bepaalde opsporingshandeling niet met zoveel woorden in het wetboek tot uitdrukking gebracht, maar de impliciet te aanvaarden bevoegdheid past wel in het systeem en sluit aan bij wel in het wetboek opgenomen regelingen. Zo bevat het wetboek wel diverse bepalingen betreffende het verhoor van de verdachte<sup>144</sup>, doch nergens is in het wetboek expliciet tot uitdrukking gebracht

143 Vgl. G. Knigge en N.J.M. Kwakman, ‘Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak’, in: *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, Deventer, Gouda Quint 2001, p. 343-344.

144 Zoals vanouds de regeling van de aanhouding en geleiding van de verdachte naar een  
→

dat opsporingsambtenaren de bevoegdheid hebben om de verdachte te verhoren. Deze bevoegdheid ligt onmiskenbaar besloten in de bepalingen die het verhoor van de verdachte 'omringen'. Ten aanzien van de bevoegdheid tot het stellen van vragen aan getuigen door opsporingsambtenaren zijn dergelijke ondersteunende bepalingen in het wetboek zelfs amper aan te wijzen. Deze bevoegdheid ligt echter besloten in de opsporingstaak en de algemene bevoegdheid voor opsporingsambtenaren om die activiteiten te verrichten die voor de uitvoering van hun taak nodig zijn. Slechts voor een bijzondere getuigenverklaring, het doen van aangifte, bevat het wetboek enkele voorzieningen. In het verlengde van deze impliciete bevoegdheid is in de rechtspraak aanvaard dat opsporingsambtenaren getuigen op gelijke wijze als verdachten overeenkomstig art. 52 Sv staande mogen houden en mogen vragen naar hun personalia.<sup>145</sup> Verder kan nog worden gewezen op het doen van onderzoek aan in beslag genomen voorwerpen. In art. 94 Sv is aangegeven dat ten behoeve van de waarheidsvinding voorwerpen in beslag mogen worden genomen, maar het wetboek geeft niet aan wat er ter opheldering van het strafbare feit met de betrokken voorwerpen kan en mag gebeuren. De bevoegdheid om onderzoek te doen aan in beslag genomen voorwerpen ligt besloten in het doel waarmee de inbeslagneming is geschied.<sup>146</sup> In het verlengde hiervan kan aan in beslag genomen voorwerpen, zonder dat daarvoor een afzonderlijke wettelijke voorziening nodig is, onderzoek door deskundigen worden verricht. Diverse bepalingen in het wetboek strekken ertoe deze impliciet toegekende mogelijkheden tot het doen van onderzoek aan in beslag genomen voorwerpen met waarborgen te omkleden. Hierbij kan worden gedacht aan een regeling van enkele onderzoeksmethoden en van het op verzoek van de verdachte uit te voeren tegenonderzoek.

Ook in een nieuwe regeling van de opsporing kan van beide wettelijke constructies gebruik worden gemaakt. Hierbij moet in herinnering worden geroepen dat in een nieuw wetboek moet worden gestreefd naar een ruimere normering van de opsporing dan in het huidige wetboek is geschied. Om te voorkomen dat realisatie van dit streven leidt tot overnormering van de opsporing, kan een wetstechniek waarin bevoegdheden impliciet besloten lig-

←

plaats voor verhoor (de art. 53 en 54 Sv) en de aan het verhoor voorafgaande mededeling van het zwijgrecht (art. 29 Sv).

145 Zie HR 11 november 1947, *NJ* 1948, 126, m.nt. W.P. Anders dan Mevis suggereert, kan dit vragen naar naam etc. niet worden gezien als een 'vordering' in de zin van art. 184 Sr, waaraan de staande gehouden getuige verplicht is te voldoen; zie P.A.M. Mevis, *a.w.*, *RM Themis* 2002, p. 32.

146 Zie Blok-Besier, *Het Nederlandsche strafproces*, deel I, p. 298-301; A.E. Hartevelt, 'Dwangmiddelen en computercriminaliteit', *D&D* 1987, p. 1042-1058; HR 8 oktober 1985, *NJ* 1986, 214, m.nt. 'tH; HR 29 juni 1999, *NJ* 2000, 10, m.nt. 'tH.

gen in samenhangende regelingen een bijdrage leveren aan het beteugelen van dit gevaar.<sup>147</sup>

De keuze voor een wijze van normering van bepaalde bevoegdheden – een expliciete toedeling dan wel een meer impliciete regeling – valt slechts met een aantal argumenten te onderbouwen; ‘harde’ maatstaven voor een van de wijzen van normering zijn niet te geven. Uiteindelijk is doorslaggevend of een bepaalde opsporingsactiviteit zodanig is ingebed in een geheel van waarborgen, dat het gevaar voor willekeurig overheidsoptreden zoveel mogelijk is beperkt en dat is voldaan aan de in een rechtsstaat aan de opsporing te stellen eisen (zoals rechtszekerheid, controleerbaarheid en de realisatie van verdedigingsrechten). In dit verband kan het gegeven dat bij de opsporingsactiviteit individuele rechten en vrijheden op het spel staan aanleiding geven voor een expliciete toedeling van een bevoegdheid. Grondwettelijke clausuleringen en de aan beperkingen op EVRM-garanties te stellen eisen maken het verdedigbaar voor deze categorie opsporingsactiviteiten uit te gaan van een expliciete toedeling van de betrokken bevoegdheid.<sup>148</sup> Door-slaggevend is dit argument overigens niet. Het verzamelen en opslaan van gegevens over strafbare feiten en (potentiële) verdachten moet worden beschouwd als een zelfstandige inbreuk op art. 8, lid 1, EVRM. Dat de uitoefening van de opsporingstaak zonder nadere bijzondere wettelijke voorziening legitimeert tot dat verzamelen en opslaan van gegevens, ligt besloten in de opsporing zelf en behoeft derhalve niet expliciet te worden geregeld. Naast individuele rechten en vrijheden kunnen ook andere op het spel staande belangen een expliciete regeling van opsporingsactiviteiten wenselijk maken. Gedacht kan worden aan de redenen die hebben geleid tot de normering van enkele ‘bijzondere opsporingsmethoden’ in het huidige wetboek, zoals het beteugelen van het risico van corruptie, de bevordering van het toezicht over de opsporing door de officier van justitie en van de betrouwbaarheid van vergaard bewijsmateriaal. Verder kan een horizontale differentiatie bij de toedeling van bevoegdheden aanleiding geven tot bijzondere regeling. Zoals in het deelrapport van Kwakman over ‘De verhouding tussen het Wetboek van Strafvordering, de opsporingsbevoegdheden in bijzondere wetten en de buitengewone opsporing’ is betoogd, moet de regeling van de bijzondere opsporingsdiensten en de – kort aangeduid – WED-bevoegdheden worden geïncorporeerd in het algemene wetboek. Om te voorkomen dat deze inte-

147 Zie in dit verband par. 12.4 van het deelrapport ‘Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak’ (G. Knigge & N.J.M. Kwakman), in: *Tweede interimrapport onderzoeksproject strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, p. 328-333.

148 Afhankelijk van het ‘gewicht’ van de aan de orde zijnde individuele rechten en vrijheden kan de uitwerking van de wettelijke regeling meer of minder gedetailleerd zijn.

gratie een ongebreidelde opeenstapeling van bevoegdheden tot gevolg heeft, heeft Kwakman aangegeven dat bij de toekenning van bevoegdheden aan de diverse opsporingsambtenaren sprake kan zijn van 'horizontale differentiatie'. De essentie van dit voorstel is dat bepaalde bevoegdheden worden gereserveerd voor een specifiek aangeduide categorie algemene dan wel bijzondere opsporingsambtenaren. Ook bestaat in zijn optiek de mogelijkheid dat met het oog op de categorie opsporingsambtenaar wordt gevarieerd naar de voorwaarden waaraan voor de toepassing van een opsporingsbevoegdheid moet zijn voldaan.<sup>149</sup> Deze vormen van horizontale differentiatie in de toedeling van bevoegdheden zijn niet alleen bruikbaar ten opzichte van de bijzondere opsporingsambtenaren en de WED-bevoegdheden, maar kunnen ook worden toegepast bij de algemene opsporingsbevoegdheden. Zo is denkbaar dat bijvoorbeeld het opnemen van vertrouwelijke communicatie of van telecommunicatie wordt toebedeeld aan 'aangewezen' opsporingsambtenaren. De strekking van de aanwijzing is te garanderen dat de met de uitvoering van de betrokken opsporingsactiviteit belaste opsporingsambtenaar voldoet aan bepaalde opleiding- en kwaliteitseisen.<sup>150/151</sup>

#### *2.4.3.5 Indeling van bevoegdheden*

Zoals al eerder aangegeven, moet in een nieuwe opzet van het vooronderzoek worden gestreefd naar een geïntegreerde regeling van de opsporing en de opsporingsbevoegdheden. De afschaffing van het klassieke gerechtelijk vooronderzoek en de nieuwe positionering van de rechter-commissaris hebben tot gevolg dat er geen aanleiding meer bestaat om de verschillende onderwerpen te spreiden over het 'algemeen deel', een afzonderlijke titel over de opsporing en aansluitend het gerechtelijk vooronderzoek. Dit uitgangspunt laat de vraag open op welke wijze de uiteenlopende bevoegdheden in het wetboek moeten worden ondergebracht. Ook is hiermee nog niets gezegd over de wijze waarop de door de rechter-commissaris te verrichten onderzoekshandelingen moeten worden geregeld. Zoals in het deelrapport over 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijke vooronderzoek' (A.E.

149 Zie nader het zesde hoofdstuk van het genoemde deelrapport van N.J.M. Kwakman.

150 Vergelijk de uitvoering van het ademonderzoek door aangewezen opsporingsambtenaren in art. 7 Besluit alcoholonderzoeken.

151 Zoals al eerder aangegeven, hoeven niet alle kwesties betreffende de toedeling en verdere normering van bevoegdheden te worden neergelegd in de formele wet. Onderdelen van de regeling kunnen worden ondergebracht in lagere regelgeving en richtlijnen van het OM.

Harteveld & E.F. Stamhuis)<sup>152</sup> is aangegeven, hoort het ook in het nieuwe stelsel immers tot de taak van de rechter-commissaris om op vordering van de officier van justitie of op verzoek van de verdachte handelingen van onderzoek te verrichten. Deze materie zal in de regeling van het vooronderzoek en in samenhang met de regeling van de opsporing (in strikte zin: het onderzoek door opsporingsambtenaren) moeten worden ingebed. Voorafgaand aan meer concrete beschouwingen over de toedeling van bevoegdheden aan justitiële functionarissen en de voorwaarden voor uitoefening van bevoegdheden (de 'gevallen' en 'gronden'), zal thans worden gepoogd een algemene schets te geven van de indeling van de strafvorderlijke bevoegdheden en de wijze waarop vorm kan worden gegeven aan het door de rechter-commissaris uit te voeren onderzoek.

In het huidige wetboek zijn voor de indeling van bevoegdheden verschillende invalshoeken gehanteerd. Diverse categorieën bevoegdheden zijn thematisch gebundeld; zie de regeling van de vrijheidsbeneming (art. 52-93 Sv), van de inbeslagneming (art. 94-119a) en van het onderzoek van gegevens in geautomatiseerde werken (art. 125i-125n). Op onderdelen is deze indeling niet geheel consequent volgehouden. Zo is het onderzoek aan lichaam en kleding van de verdachte – doorgaans te beschouwen als een steunbevoegdheid voor de inbeslagneming – geregeld in het verband van de vrijheidsbeneming (art. 56 Sv) en in het kader van het gerechtelijk vooronderzoek (art. 195). Onder de noemer 'bijzonder' zijn in de titels IVA en V geheel verschillende bevoegdheden samengebracht. Uit de parlementaire stukken met betrekking tot de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden kan worden afgeleid dat de bescherming van de persoonlijke levenssfeer bij de regeling van deze opsporingsactiviteiten voorop heeft gestaan.<sup>153</sup> Deze bescherming kan evenwel niet worden beschouwd als overkoepeld thema voor de 'bijzondere opsporingsbevoegdheden', nu niet alleen in de betrokken titels onderwerpen zijn geregeld waarbij de persoonlijke levenssfeer niet in het geding is (zoals de pseudokoop), maar ook omdat inbreuken op deze levenssfeer aan de orde zijn bij uiteenlopende andere opsporingsactiviteiten (onderzoek aan de kleding, doorzoeking van de woning, openen van poststukken etc.). Diverse andere bevoegdheden die zich zouden lenen voor een thematische bundeling, zijn verspreid in het wetboek opgenomen. Zie bijvoorbeeld de regeling van het betreden van besloten plaatsen (art. 126k en 126r Sv) en van de schouw (art. 150 en 192-193 Sv). Hetzelfde geldt voor de

152 *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, Deventer, Gouda Quint 2001, p. 566 e.v.

153 Zie bijv. *Kamerstukken II*, 25 403, nr. 3, *MvT*, p. 51.

regeling inzake het DNA-onderzoek en de overige vormen van onderzoek aangaande het lichaam van de verdachte. Deze materie was tot voor kort op onderdelen zelfs niet ondergebracht in formeelwettelijke voorschriften, maar in het Besluit in verzekeringstelling.<sup>154</sup> Bij de wet van 1 november 2001, *Stb.* 2001, 532 hebben de ‘maatregelen in het belang van het onderzoek’ evenwel een basis gekregen in het Wetboek van Strafvordering, ingebed in de regeling van het ophouden voor onderzoek en de in verzekeringstelling. Duidelijk is in ieder geval dat enerzijds onderdelen van de regeling van de bevoegdheden in het wetboek gestructureerd zijn opgezet, anderzijds moet ten aanzien van andere onderdelen worden geconstateerd dat er weinig structuur in de regeling valt te ontdekken (zie ook paragraaf 2.2. van dit deelrapport).

Bij een nieuwe vormgeving van het vooronderzoek kan aan de huidige tekortkomingen tegemoet worden gekomen door in het algemeen bij de regeling van opsporingsbevoegdheden te kiezen voor een thematische indeling van bevoegdheden, vergelijkbaar met de huidige vrijheidsbenemende dwangmiddelen of de inbeslagneming. Voordelen van een dergelijke thematische aanpak zijn op de eerste plaats dat het gekozen thema een kader biedt voor een evenwichtige en overzichtelijke regeling van samenhangende hoofd- en steunbevoegdheden, waarin de taken van de verschillende functionarissen duidelijk kunnen worden afgebakend. Op de tweede plaats biedt het geheel aan regelingen aanknopingspunten voor de constructie van bevoegdheden die weliswaar niet met zoveel woorden in specifieke bepalingen tot uitdrukking zijn gebracht, doch geacht mogen worden in het geheel besloten te liggen.

Thema's voor rubricering van de uiteenlopende bevoegdheden kunnen worden ontleend aan de rechtsbelangen waarop een inbreuk wordt gemaakt of het karakter van de betrokken bevoegdheden. In deze benadering kunnen bijvoorbeeld de strafvorderlijke inbreuken op vormen van vertrouwelijke communicatie worden gebundeld. Onder deze noemer kan worden voorzien in een regeling van het opnemen van gesprekken met behulp van microfoons, het opnemen van telecommunicatie en het onderscheppen van poststukken. Zonder pretentie van volledigheid, kunnen naast de al genoemde vrijheidsbeneming en inbeslagneming verdere invalshoeken voor bundeling van bevoegdheden zijn:

- de heimelijke waarneming van plaatsen, voorwerpen en personen (de statische en dynamische observatie en het ‘inkijken’, al dan niet met behulp van technische hulpmiddelen),

154 Besluit van 4 december 1925, *Stb.* 460; zie in het bijzonder art. 6, lid 2, van dit Besluit.

- het onderzoek aan het lichaam en van lichaamsmateriaal<sup>155</sup>,
- infiltratie, pseudokoop en het onder dekmantel inwinnen van informatie
- het vergaren van gegevens in geautomatiseerde werken.

In het kader van deze ‘rubrieken’ moet niet alleen een plaats worden gegeven aan de bevoegdheden van opsporingsambtenaren, maar zal ook op een of andere wijze het onderzoek door de rechter-commissaris moeten worden ondergebracht. Hierbij moet acht worden geslagen op de positie van de rechter-commissaris in het strafvorderlijke vooronderzoek en de wijzen waarop hij in dit onderzoek kan worden betrokken. In het algemeen berusten de leiding en verantwoordelijkheid over het opsporingsonderzoek bij de officier van justitie. Aan deze positie wordt geen afbreuk gedaan, indien voorafgaand aan de toepassing van enkele ingrijpende bevoegdheden aan de rechter-commissaris een machtiging moet worden gevraagd. In principe heeft dit machtigingsvereiste geen gevolgen voor de verantwoordelijkheid over het onderzoek.<sup>156</sup> Enigszins anders ligt dit, indien de rechter-commissaris op vordering van de officier van justitie of op verzoek van de verdachte overgaat tot de verrichting van onderzoekshandelingen. Specifiek voor de uitvoering van dat deel van het opsporingsonderzoek draagt de rechter-commissaris dan wel de verantwoordelijkheid. Deze eigen verantwoordelijkheid geldt in nog sterkere mate in die gevallen waarin de rechter-commissaris na verwijzing door de zittingsrechter wordt belast met de uit-

155 Bij deze categorie gaat het om een regeling van het onderzoek aan het lichaam en aan lichaamsmateriaal zelf, niet om het door dat onderzoek te verkrijgen bewijsmiddel. Dit onderscheid is m.n. van belang bij het verkrijgen van celmateriaal van de verdachte en vervolgens de bepaling van het DNA-profiel. In de formele wet moeten de bevoegdheden worden geregeld waarmee een inbreuk wordt gemaakt op de lichamelijke integriteit van de verdachte; de analyse van het afgenomen celmateriaal behoeft vervolgens niet noodzakelijkerwijs in de formele wet te worden geregeld, doch kan – als methode van technisch deskundigenonderzoek – ook worden neergelegd in gedelegeerde regelgeving. Zie over de vormgeving van de regeling betreffende het onderzoek aan het lichaam en van lichaamsmateriaal ook: J.M. Reijntjes, ‘Rondom DNA. Over opsporing en bewijsvoering’, *RM Themis* 1991, p. 267-284. Hierover en in relatie met de ‘maatregelen in het belang van het onderzoek’. A.M. Berkhout-van Poelgeest, ‘Over “slikken”, “duwers” en “maatregelen in het belang van het onderzoek”’. Het rapport van de commissie-Meijers besproken’, *D&D* 1998, p. 28, geeft de voorkeur aan een zelfstandige regeling van de maatregelen in het belang van het onderzoek, los van de regeling van de vrijheidsbeneming en geïncorporeerd in de regeling van het onderzoek aan en in het lichaam.

156 Onder omstandigheden ligt dit enigszins anders, als uit het machtigingsvereiste volgt dat de rechter-commissaris ook toezicht moet houden over de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan het onderzoek waarvoor hij een machtiging heeft verleend, zoals de doorzoeking van een woning. Zie hierover hoofdstuk 3 van dit deelrapport.



voering van onderzoekshandelingen. Om die zelfstandige verantwoordelijkheden waar te kunnen maken en om te kunnen voldoen aan de vordering van de officier van justitie, het verzoek van de verdachte of de opdracht van de zittingsrechter, zal de rechter-commissaris de beschikking moeten hebben over onderzoeksbevoegdheden. Hierbij gaat het niet alleen om het horen van getuigen en de inschakeling van deskundigen, maar ook om bijvoorbeeld de inbeslagneming en het doorzoeken van plaatsen. Vraag is op welke wijze in met name deze materie moet worden voorzien. Hiervoor staat in grote lijnen een tweetal mogelijkheden open. Op de eerste plaats kan in een titel over de rechter-commissaris, naast een regeling betreffende getuigen en deskundigen, zelfstandig worden voorzien in de bevoegdheden die aan de rechter-commissaris moeten worden verleend ten behoeve van het door hem uit te voeren onderzoek. Nadeel hiervan is dat een aantal bevoegdheden verdeeld in het wetboek tweemaal moet worden geregeld: eenmaal in de regeling van de bevoegdheden van opsporingsambtenaren en eenmaal in het kader van het onderzoek door de rechter-commissaris. Bijkomend nadeel van een dergelijke gespreide regeling is dat afbreuk wordt gedaan aan inzicht in de verhoudingen en bevoegdheden tussen de bij het vooronderzoek betrokken functionarissen. Heeft bijvoorbeeld een dubbele regeling van de inbeslagneming consequenties voor het beheer over de in beslag genomen voorwerpen, de beslissing tot teruggave en de voeging van relevant materiaal bij de processtukken? In ieder geval zullen antwoorden op dergelijke afgeleide vragen moeten worden geformuleerd aan de hand van 'ingang' voor het onderzoek door de rechter-commissaris.

De onderzoeksgroep acht het uit systematisch oogpunt gewenst dat de regeling van de bevoegdheden van de rechter-commissaris zo veel mogelijk aansluit bij de algemene uitgangspunten betreffende de inrichting van het vooronderzoek en de positie en taak van de officier van justitie.<sup>157</sup> Dit kan op verantwoorde wijze worden bewerkstelligd door ten aanzien van de regeling van de bevoegdheden van de rechter-commissaris te volstaan met een summier impliciete regeling. Wezenlijk in deze regeling is dat de vordering van de officier van justitie, het verzoek van de verdachte of de onderzoeksopdracht van de zittingsrechter meebrengt dat de rechter-commissaris beslist over de wijze waarop het wenselijk geachte onderzoek moet worden uitgevoerd en in hoeverre daartoe gebruik moet worden gemaakt van opsporings-

157 Zie hierover het onderzoek van J.B.H.M. Simmelink & Y.G.M. Baaijens-van Geloven en A.E. Hartevelde & E.F. Stamhuis in: *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken.*

bevoegdheden. De wettelijke voorzieningen kunnen dan beperkt blijven tot de volgende onderdelen:

- 1 de aanduiding dat de rechter-commissaris op basis van de vordering van de officier van justitie, een verzoek van de verdachte of een onderzoeksoopdracht van de zittingsrechter bevoegd is onderzoek te doen; de omvang van het uit te voeren onderzoek wordt begrensd door de vordering, het verzoek of de opdracht;
- 2 de bevoegdheid van de rechter-commissaris om ter uitvoering van de vordering, het verzoek of de opdracht aan opsporingsambtenaren de nodige bevelen te geven.

Op deze plaats gaat het met name om deze tweede voorziening.<sup>158</sup> In essentie is deze constructie ontleend aan het huidige art. 177 Sv, zij het dat de beoogde bevelsbevoegdheid van de rechter-commissaris verder gaat dan in het huidige recht. De bevelsbevoegdheid van de rechter-commissaris impliceert dat aan opsporingsambtenaren een bevel kan worden gegeven om gebruik te maken van de hen toekomende opsporingsbevoegdheden. De rechter-commissaris voert dan niet persoonlijk de nodige handelingen van onderzoek uit, doch zal een daartoe strekkend bevel aan opsporingsambtenaren moeten geven en eventueel toezicht moeten houden over de wijze van uitvoering.<sup>159</sup> Aangezien de officier van justitie ook moet worden aangemerkt als opsporingsambtenaar, zal de rechter-commissaris dit bevel eveneens tot de officier kunnen richten. Opsporingsambtenaren – en dus ook de officier van justitie – zijn verplicht om aan het bevel van de rechter-commissaris gevolg te geven. Aan hen komt geen oordeel meer toe omtrent de opportuniteit van uitvoering van het bevel.

In beginsel geldt deze bevelsbevoegdheid van de rechter-commissaris voor alle opsporingsbevoegdheden; ook voor de ingrijpende activiteiten waarvoor de rechter-commissaris doorgaans op vordering van de officier van justitie een machtiging dient te verlenen. Impliciet moet de vordering van de officier van justitie aan de rechter-commissaris om bepaalde handelingen

158 Het eerste punt volgt uit de in het tweede interimrapport geschetste positie van de rechter-commissaris in het vooronderzoek: zie deelrapport 5, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek' (A.E. Harteveld & E.F. Stambuis).

159 Zie in dit verband ook het in het volgende hoofdstuk aan te geven uitgangspunt betreffende de toedeling van bevoegdheden: bevoegdheden worden in beginsel toegekend aan de functionarissen die ook zijn belast met de feitelijke uitvoering daarvan. Uit het gegeven dat een hogere autoriteit toestemming of machtiging moet verlenen, kan voortvloeien dat over de uitvoering toezicht moet worden gehouden, in die zin dat de goedkeuring of machtiging verlenende autoriteit daadwerkelijk bij de uitvoering van de bevoegdheid aanwezig moet zijn.

van onderzoek te verrichten dan worden opgevat als een voor het verlenen van een machtiging noodzakelijke vordering (voorzover de toepassing van de betrokken bevoegdheid besloten ligt in de vordering van de officier van justitie). Een enigszins andere constructie is nodig met het oog op de mini-instructie op verzoek van de verdachte of het onderzoek op basis van een verwijzing door de zittingsrechter. Wettelijk kan worden bepaald dat indien de uitvoering van dit verzoek of de opdracht de toepassing van een opsporingsbevoegdheid nodig maakt waarvoor normalerwijze een op vordering van de officier van justitie te verlenen machtiging noodzakelijk is, de rechter-commissaris ambtshalve bevoegd is tot het verlenen van de benodigde machtiging. Deze uitzondering is met het oog op het subsidiaire karakter van de mini-instructie op verzoek van de verdachte gepast. Het uitvoeren van een mini-instructie is immers pas op zijn plaats als de officier van justitie of opsporingsambtenaren eerder niet bereid bleken de verzochte verrichting uit te voeren.<sup>160</sup> Indien de rechter-commissaris op verzoek van de verdachte oordeelt dat het verzochte onderzoek wel een bijdrage kan leveren aan de waarheidsvinding, moet het niet tot de mogelijkheden behoren dat de officier van justitie door het niet doen van de benodigde vordering de activiteiten van de rechter-commissaris belemmert. Wel is het verdedigbaar om de bevelsbevoegdheid van de rechter-commissaris in het kader van de mini-instructie op verzoek van de verdachte in de wet te beperken. De mini-instructie staat geheel in het teken van de 'equality of arms'-gedachte van art. 6 EVRM en dient het belang van de verdediging om tegenbewijs te leveren. Dit doel sluit uit dat de rechter-commissaris in een mini-instructie op verzoek van de verdachte overgaat tot toepassing van heimelijke en zeer ingrijpende opsporingsmethoden, zoals het opnemen van vertrouwelijke communicatie en van telecommunicatie. Met betrekking tot de uitvoering van een onderzoeksoopdracht van de zittingsrechter ligt de rechtvaardiging voor een ambtshalve door de rechter-commissaris te verlenen machtiging voor ingrijpende bevoegdheden in de positie en verantwoordelijkheid van de opdrachtgever: de rechtbank is volledig verantwoordelijk voor de uitkomst van het strafgeding en bepaalt uiteindelijk de omvang van het daartoe noodzakelijke onderzoek.

160 Zie over dit subsidiaire karakter van de mini-instructie in: *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, deelrapport 4, 'Vervolging en rechtsbescherming', p. 450-453 (J.B.H.M. Simmelink & Y.G.M. Baaijens-van Geloven).

---

### 3 Rechtsvergelijking: het Duitse en Engelse recht

#### 3.1 Inleiding

In de vorige hoofdstukken zijn algemene uitgangspunten voor de normering van bevoegdheden geformuleerd. Daarbij is de rechtspraak van het EVRM in aanmerking genomen. Alvorens in te gaan op de meer specifieke vraagstukken die onderdeel uitmaken van de normering van bevoegdheden, met name het toedelingsvraagstuk en de toepassingsvoorwaarden, wordt in dit hoofdstuk enige rechtsvergelijking verricht. Gekozen is voor een schets van het Duitse en Engelse recht. In de rapporten uit het tweede onderzoeksjaar is ook regelmatig gekozen voor een rechtsvergelijking met Frankrijk. Vanwege de centrale rol die de rechter-commissaris als leider van het gerechtelijk vooronderzoek in Frankrijk in het voorbereidend onderzoek speelt, zien wij hier af van een vergelijking met het Franse recht. In het tweede interimrapport van het onderzoeksproject *Strafvordering 2001* (deelrapport 5, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek') heeft de onderzoeksgroep zich immers tegen handhaving van het gerechtelijk vooronderzoek uitgesproken en deze keuze heeft verstrekkende consequenties voor de organisatie van het opsporingsonderzoek. Uitgangspunt in dit onderzoeksproject is dat aan de officier van justitie de leiding over het opsporingsonderzoek is toebedeeld. Als opsporingsambtenaar beschikt hij ook over allerlei opsporingsbevoegdheden. De rechter-commissaris is vooral een toetsende taak toegekend. Slechts bij wijze van uitzondering heeft de rechter in het door ons voorgestane stelsel en in tegenstelling tot het Franse stelsel, een zelfstandige onderzoekstaak. Hij is vrijwel steeds afhankelijk van initiatieven van het OM. Deze principiële verschillen maken een vergelijking met het Franse recht minder zinvol. Deze achtergrond maakt een vergelijking met Duitsland overigens extra interessant, aangezien in Duitsland het gerechtelijk vooronderzoek in 1974 is afgeschaft.<sup>161</sup> De onderzoeksactiviteiten van de rechter zijn beperkt; zijn betrokkenheid bij het vooronderzoek is hoofdzakelijk van controlerende aard. Een vergelijking met het Engelse stelsel maken wij omdat de opsporing van strafbare feiten daar bij uitstek als een politietask wordt aangemerkt en in het verlengde daarvan aan het politieapparaat de opsporingsbevoegdheden zijn toegekend. Bij de rechtsvergelijking

161 De scherpe scheiding die in Duitsland bestaat tussen het pro-actieve politieonderzoek onder gezag van het bestuur van de deelstaten en het strafvorderlijke opsporingsonderzoek onder gezag van het OM doet hieraan niet af.

gaat onze aandacht vooral uit naar de rechtswaarborgen die in het Engelse systeem van bevoegdheidsverdeling zijn aangebracht.

In het onderhavige hoofdstuk zal met name worden gekeken naar de verdeling van de opsporingsbevoegdheden en de voorwaarden waaronder die bevoegdheden mogen worden uitgeoefend. Deze kwesties kunnen niet los worden gezien van de organisatie en normering van het opsporingsonderzoek in het algemeen. De bevoegdheidsverdeling en de toepassingsvoorwaarden geven vorm aan de organisatie van het opsporingsonderzoek en de daarin geldende gezagsverhoudingen. In het tweede onderzoeksjaar is vanuit drie invalshoeken gekeken naar de organisatie en normering van het opsporingsonderzoek in verschillende andere landen. In het deelrapport ‘Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak’ (G.Knigge & N.J.M. Kwakman) is ingegaan op de structuur van het opsporingsonderzoek. In het deelrapport ‘Vervolging en Rechtsbescherming’ (J.B.H.M. Simmelink & Y.G.M. Baaijens-van Geloven), is de verhouding politie – justitie nader onderzocht. In het deelrapport ‘De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek’ (A.E. Harteveld & E.F. Stamhuis) tenslotte komt de rol van de rechter in het vooronderzoek aan de orde. Het rechtsvergelijkende onderzoek dat in het tweede jaar is gedaan en waarin het een en ander al aan de orde is geweest, zal hier niet opnieuw worden verricht. Wij verwijzen naar dat onderzoek en volstaan hier met een globale uiteenzetting van de normering van opsporingshandelingen, waartoe ook de toepassingsvoorwaarden kunnen worden gerekend.<sup>162</sup> We maken daarbij melding van de betrokken autoriteiten, waarbij de bevoegdheidsverdeling, de toezichts- en/of de gezagsstructuren aan de orde komen. Voor de rechtsvergelijking met betrekking tot algemene en bijzondere opsporingsdiensten en de aan hen toebedeelde bevoegdheden verwijzen wij naar het deelrapport ‘De verhouding tussen het Wetboek van Strafvordering, de opsporingsbevoegdheden in bijzondere wetten en de buitengewone opsporing’ (N.J.M. Kwakman) in het onderhavige (derde) interimrapport.

162 Voor een uitgebreid overzicht van m.n. de normering van de bijzondere opsporingsbevoegdheden, verwijzen wij naar het (vrij) actuele onderzoek van Tak in: P.J.P. Tak, *Heimelijke opsporing in de Europese Unie*, Antwerpen-Groningen, 2000.

---

## 3.2 Duitsland

### 3.2.1 Normering van de opsporingshandelingen

In Duitsland is de politie 'Ländersache', hetgeen wil zeggen dat elk der deelstaten in beginsel zelfstandig beslist over de politieorganisatie, de inzet van de politie en de normering van haar optreden voor zover deze niet betrekking heeft op de repressieve strafvervolgning. Dit betekent niet dat er grote verschillen zijn waar het de politietaken en bevoegdheden in de proactieve fase betreft. De politiewetten van de verschillende deelstaten zijn namelijk gemodelleerd naar een 'Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder' en dat omvatte bijvoorbeeld een voorstel voor een wettelijke regeling voor bijzondere opsporingsmethoden die nodig werden geoordeeld om nieuwe verschijningsvormen van criminaliteit te kunnen bestrijden. Een harmoniserende werking is ook uitgegaan van de politiewet van Nordrhein-Westfalen van 1990, die als voorbeeld heeft gediend na de Duitse eenwording.<sup>163</sup>

De onderzoekshandelingen in de preventieve en pro-actieve sfeer worden in Duitsland niet genormeerd door de regels van het wetboek van strafvordering, maar door de hierboven genoemde politiewetten van de verschillende deelstaten.<sup>164</sup> In die wetten is de politie de taak toebedeeld strafbare feiten te verhinderen en voor de toekomst te voorkomen. In dat kader zijn aan de politie bevoegdheden toegekend. Deze bevoegdheden hebben mede tot doel het verzamelen van feiten die kunnen leiden tot een redelijke verdenking ter zake van een strafbaar feit, ook wel 'Anfangsverdacht' genoemd. Zodra er sprake is van een 'Anfangsverdacht' komt het Wetboek van Strafvordering, de StPO, in zicht. De bevoegdheid tot optreden van de politie wordt vanaf dat moment genormeerd door de strafprocesrechtelijke wetgeving inzake het Ermittlungsverfahren (de reactieve fase van de opsporing); zie § 160 e.v. StPO. De fase die aan een 'Anfangsverdacht' voorafgaat heet de 'Vorfeldaufklärung'.

De politiewetten voorzien, evenals het StPO, in een aantal regels met een waarborgkarakter. Die regels hebben onder andere betrekking op:

- 1 de beperking van de duur van de 'Ermittlungshandlungen' (denk aan de vrijheidsbeneming met het oog op het vaststellen van de identiteit);

163 Zie P.J.P. Tak, 'Duitsland', in: P.J.P. Tak, *Heimelijke opsporing in de Europese Unie*, Antwerpen-Groningen, 2000, p. 121-205, m.n. p. 124-125.

164 *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, deelrapport 2, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' (G. Knigge & N.J.M. Kwakman) p. 134-144.

- 2 het toestemmingsvereiste (in sommige gevallen, bijvoorbeeld voor het heimelijk afluisteren van gesprekken met technische middelen, is toestemming nodig van de korpschef, de 'Behördenleiter'; bij indringende opsporingsbevoegdheden, bijvoorbeeld voor het afluisteren van gesprekken in of uit een woning met behulp van technische middelen en het maken van beeldopnamen in of uit een woning met behulp van technische middelen, is een machtiging, 'anordnung' van de rechter vereist. Kan zo'n machtiging niet worden afgewacht, 'Gefahr im Verzug', dan kan de maatregel door de korpschef worden bevolen. Een rechterlijke beslissing moet dan per omgaande worden gevraagd);
- 3 het vernietigen van de verzamelde informatie na een bepaalde tijd; – het achteraf inlichten van de betrokkenen over de onderzoekshandelingen;
- 4 de doelgerichtheid en het proportionaliteitsvereiste en het subsidiariteitsvereiste.<sup>165</sup>

Naast bovengenoemde rechtswaarborgen worden in de politiewetten ook gevallen en gronden genoemd met het oog op de toepassing van bepaalde bijzondere onderzoeksmethoden. De vaststelling van deze gevallen en gronden zijn het resultaat van een afweging van de betrokken belangen, rekening houdend met de ingrijpendheid van de methode. Bepaalde ingrijpende bijzondere opsporingsbevoegdheden zijn bijvoorbeeld alleen toegestaan ter bestrijding van 'Straftaten von erheblicher Bedeutung' en/of voor het afwenden van gevaar voor het leven, de lichamelijke integriteit of de vrijheid van personen. In dat verband kan onder andere worden gewezen op de observatie gedurende langere tijd, het afluisteren van gesprekken door middel van technische hulpmiddelen en het in het geheim maken van beeldopnamen.<sup>166</sup> In de diverse politiewetten is het begrip 'Straftaten von erheblicher Bedeutung' nader omljnd zonder dat precies vaststaat welke strafbare feiten tot deze categorie behoren. De politiewetten geven slechts voorbeelden, een zogenoemde 'Beispielkatalog'. Van een limitatieve opsomming is geen sprake.<sup>167</sup>

165 Zie voor concrete voorbeelden uit de politiewetten het in de vorige noot aangehaalde deelrapport van G. Knigge & N.J.M. Kwakman in het tweede interimrapport, p. 138-139.

166 Uitgebreid over deze opsporingsmethoden P.J.P. Tak, 'Duitsland', in: P.J.P. Tak, *Heimelijke opsporing in de Europese Unie*, Antwerpen-Groningen, 2000, p. 121-205, m.n. p. 138 e.v.

167 Zo stelt bijvoorbeeld § 8 lid 3 NW PolG dat onder Straftaten von erheblicher Bedeutung vallen: Verbrechen (dat zijn misdrijven waarop een minimum gevangenisstraf van een jaar of meer is gesteld), alsmede de in § 138 StGB genoemde Vergehen (het niet aangeven van voorgenomen of begane strafbare feiten tegen de staat, valsmunterij, mensenhandel, delicten tegen het leven, roof of afpersing, gemeengevaarlijke delicten, de op-

→

Sommige onderzoeksmethoden zijn in het geheel niet toegestaan in de ‘Vorfeldfase’, zoals de telefoontap en de postvang: in de politiewetten zijn het post- en briefgeheim niet opgenomen in de opsomming van grondrechten waarop inbreuken door de politie mogelijk zijn en deze rechten worden daarom als ‘Polizeifest’ aangemerkt.<sup>168</sup>

Zodra er op grond van de ‘Vorfeldermittlungen’ een verdenking rijst van een concreet strafbaar feit, met andere woorden dat er sprake is van een ‘Anfangsverdacht’, gaat, zoals gezegd, het Wetboek van Strafvordering, de StPO, een rol spelen. Vanaf dat moment bestaat de verplichting een strafvorderlijk onderzoek in te stellen. De bevoegdheid tot optreden van de politie wordt vanaf dat moment genormeerd door de strafprocesrechtelijke wetgeving inzake het Ermittlungsverfahren. De redelijke verdenking speelt dus een belangrijke rol bij het onderscheid tussen het Ermittlungsverfahren (de reactieve fase van de opsporing) en de fase die daaraan voorafgaat, de ‘Vorfeldaufklärung’. Gezien de enigszins van de Vorfeldfase afwijkende belangenafweging tussen enerzijds het belang om burgers zo min mogelijk te belasten met de eventueel verstreckende gevolgen van het strafvorderlijk opsporingsonderzoek en anderzijds het belang van het strafvorderlijk opsporingsonderzoek (de waarheidsvinding) zijn de opsporingsbevoegdheden in het kader van het strafvorderlijk opsporingsonderzoek ook enigszins anders genormeerd en gelden andere toepassingsvoorwaarden dan in het kader van het Vorfeldonderzoek. Zo wordt bijvoorbeeld tijdens het Ermittlungsverfahren, naarmate de bevoegdheden ingrijpender zijn, vaak een hogere graad van verdenking vereist.<sup>169</sup> Er zijn ook overeenkomsten tussen beide fasen. Zo geldt voor beide fasen dat bepaalde onderzoeksbevoegdheden automatisch voortvloeien uit de algemene wettelijk omschreven taken van de politie en in het geval van het strafvorderlijk opsporingsonderzoek ook van het OM. De bevoegdheden behoeven alleen een wettelijke grondslag voor zover ze een inbreuk op grondwettelijk beschermde grondrechten opleveren. Daarnaast geldt voor een aantal bijzondere strafvorderlijke bevoegdheden, evenals dat

← richting van een terroristische organisatie en de oprichting van een criminele organisatie), alsmede Vergehen die bedrijfsmatig of in georganiseerd verband begaan worden en betrekking hebben op zware vermogenscriminaliteit, illegale wapenproductie en wapenhandel, verdovende middelen en illegale immigratie. Deze opsomming is indicatief. Zie ook P.J.P. Tak, ‘Duitsland’, in: P.J.P. Tak, *Heimelijke opsporing in de Europese Unie*, Antwerpen-Groningen, 2000, p. 121-205, m.n., p. 134.

168 Zie het deelrapport van G. Knigge & N.J.M. Kwakman in het tweede interimrapport, p. 139-140. De grondwettelijkheid van de onderzoekshandelingen, ook uit de ‘Vorfeldfase’ kan in laatste instantie altijd nog ter toetsing worden voorgelegd aan het Bundesverfassungsgericht.

169 Zie over de verdenkingsgraden Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 23. Aufl., München, →



geldt voor sommige Vorfeldbevoegdheden, dat zij beperkt zijn tot bepaalde in de wet genoemde gevallen en gronden. Voor de vaststelling van gevallen hanteert het wetboek verschillende methoden:

- 1 diverse dwangmiddelen kennen een zogenaamde ‘Straftatenkatalog’; een limitatieve opsomming van strafbare feiten, vergelijkbaar met de lijst in art. 67, lid 1 sub c Sv;
- 2 soms wordt gewerkt met de aanduiding ‘Straftaten von erheblicher Bedeutung’; in het wetboek zelf is dat begrip niet nader gedefinieerd. Een definitie staat wel in de memorie van toelichting bij het ‘Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität’ van 15 juli 1992, ingevolge waarvan een aantal bijzondere opsporingsbevoegdheden, waaronder de inzet van politie-infiltranten, het heimelijk gebruikmaken van technische middelen voor de observatie, het heimelijk afluisteren van gesprekken met technische middelen en het heimelijk maken van beeldopnamen, in StPO zijn opgenomen. Het moet gaan om daden die ‘den Rechtsfrieden empfindlich stören und geeignet sind, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen.’ Die daden zijn minstens van ‘mittleren Kriminalität’ en maatgevend daarbij zijn niet zozeer de abstracte delictsbestanddelen alswel het onrecht dat in het concrete, individuele geval wordt teweeg gebracht;<sup>170</sup>
- 3 tot slot gebruikt de wet opsommingen van complexen van strafbare feiten, zoals feiten op het gebied van de wapenhandel of illegale drugshandel of in georganiseerd verband begane feiten.<sup>171</sup>

De beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit zijn wederom van toepassing en komen met name via de wettelijke voorwaarden aan de orde, onder andere wanneer de wet eisen stelt aan de doelgerichtheid. Het dwangmiddel moet bijvoorbeeld dienstig kunnen zijn aan de opheldering van feiten of kunnen leiden tot arrestatie van de verdachte c.q. het vinden van zijn verblijfplaats.<sup>172</sup> Op diverse plaatsen stelt de wet als voorwaarde dat bij het achterwege blijven van het middel het onderzoek minder succesvol, aanzienlijk verzaamd, danwel tot mislukken gedoemd zal zijn.<sup>173</sup> De wet kent dus diverse gradaties van subsidiariteit.

←

Beck 1993, p. 265.

170 Zie ook P.J.P. Tak, ‘Duitsland’, in: P.J.P. Tak, *Heimelijke opsporing in de Europese Unie*, Antwerpen-Groningen, 2000, p. 121-205, m.n. p. 135.

171 Zie bijvoorbeeld § 98a, 100a en 110a StPO.

172 Zie bijvoorbeeld § 81a, 100a en 102 en 103 StPO.

173 Zie bijvoorbeeld § 98a, 100a en 100c StPO.

Bij een vergelijking van de twee fasen valt wel op dat in het Ermittlungsverfahren strengere en meer gedetailleerde voorwaarden worden gesteld aan de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden dan in de Vorfeldfase.<sup>174</sup> Anderzijds zijn sommige onderzoekshandelingen die in de Vorfeldfase niet zijn toegestaan, onder bepaalde voorwaarden wel toegelaten in het strafvorderlijke opsporingsonderzoek. Dat geldt bijvoorbeeld voor de hiervoor genoemde telefoontap, het onderscheppen van andere vormen van telecommunicatie en voor de ‘postvang’.

### 3.2.2 De bevoegde autoriteiten en de toezichts- en/of gezagsstructuren

#### 3.2.2.1 De politie

De fase die voorafgaat aan het ‘Ermittlungsverfahren’, de ‘Vorfeldaufklärung’, wordt in Duitsland dus beheerst door een eigen regime. De politie heeft tijdens deze fase een zelfstandige bevoegdheid tot de inzet van ‘opsporingsbevoegdheden’. Zij is daarbij niet afhankelijk van het OM. Het gezag over de politie berust bij het landsbestuur.

De taak van de politie tijdens het ‘Ermittlungsverfahren’ is neergelegd in § 163 StPO. Zij moet de strafbare feiten waarvan zij kennis krijgt opsporen en alle maatregelen treffen die, met het oog op het voorkomen van het verdwijnen van bewijsmateriaal, geen uitstel dulden. Daartoe is zij bevoegd alle instanties om informatie te vragen, en ‘bei Gefahr im Verzug’ informatie te vorderen en allerlei handelingen van onderzoek te verrichten voorzover niet in andere wettelijke voorschriften de bevoegdheid daartoe in het bijzonder is geregeld. De politie is vervolgens verplicht het dossier onverwijld over te dragen aan het OM en vanaf dat moment berust daar de leiding van het voorbereidend onderzoek.<sup>175</sup> In spoedeisende gevallen kan de politie de Ermittlungsrichter rechtstreeks adiëren, wanneer rechterlijke onderzoekshandelingen noodzakelijk zijn en de Staatsanwalt niet bereikbaar is (zie § 163

174 Zie voor voorbeelden het deelrapport van G. Knigge & N.J.M. Kwakman in het tweede interimrapport, m.n. p. 140-142.

175 Kritisch omtrent dit leiderschap van het OM: F.L. Knemeyer en M. Deubert, ‘Kritische Überlegungen zum Verhältnis Staatsanwaltschaft - Polizei/Polizei - Staatsanwaltschaft’, *NJW* 1992, nr. 49 p. 3131-3135. Volgens Knemeyer en Deubert is dit leiderschap niet noodwendig af te leiden uit de § 160 en 163 StPO. Eerder het tegendeel. De politie en het OM hebben ieder een eigen taak en bevoegdheden. Zelfs door een ‘Weisung’ wordt de politie niet een deel van het OM. De politie kan alleen optreden en voldoen aan ‘staatsanwaltschaftliche Weisungen’ voorzover die opdrachten liggen binnen haar taak en bevoegdheid. De politie is, aldus Knemeyer en Deubert, niet aan te merken als de verlengde arm van het OM.

Abs. 2, laatste zin StPO jo. § 165 StPO). De politie treedt dan niet op in de hoedanigheid van Hilfsbeamte der Staatsanwalt. Het voorleggen geldt dan ook niet als een ‘Antrag’ in de zin van § 162 StPO, maar als een min of meer informele aansporing aan de Ermittlungsrichter om in zijn kwaliteit van ‘Notstaatsanwalt’ actief te worden.<sup>176</sup> Een vergelijkbare figuur treffen we aan in § 125 Abs. 1 StPO waar de rechter bij onbereikbaarheid van de Staatsanwalt ambtshalve het aanhoudingsbevel mag geven (meer hierover in paragraaf 3.2.3.1).

De genoemde bepalingen wekken de schijn dat de Staatsanwalt vanaf het moment dat een ‘Anfangsverdacht’ bestaat alle touwtjes in handen heeft. De werkelijkheid is veelal anders. De bevoegdheden voorafgaand aan het op de hoogte stellen van het OM beoefent de politie onafhankelijk van het OM. De politie wikkelt in het merendeel van de gevallen, zeker als het gaat om routinegevallen, het opsporingsonderzoek zover af dat het openbaar ministerie op basis van het proces-verbaal een beslissing over de vervolging kan nemen.<sup>177</sup> Wel is het zo dat de politie het opsporingsonderzoek slechts zelfstandig, zonder tussenkomst van het openbaar ministerie, zal kunnen verrichten zolang de verdachte, getuige en eventuele deskundige coöperatief zijn en op uitnodiging van de politie vrijwillig op het bureau verschijnen en zolang geen opsporingsmethoden of dwangmiddelen behoeven te worden toegepast waarvoor inschakeling van het OM noodzakelijk is.

### *3.2.2.2 Het OM*

Tijdens het ‘Ermittlungsverfahren’, is de ‘Staatsanwaltschaft’ de centrale autoriteit. Zij wordt aangeduid als ‘Herrin’ van dat vooronderzoek. De politie is in het strafrechtelijk onderzoek aan haar bevelen onderworpen en sinds

176 De politie mag de rechter als ‘Notstaatsanwalt’ niet gebruiken om een onwillige Staatsanwalt te omzeilen. De rechter is niet bevoegd de leider van het onderzoek te corrigeren. Meer hierover in par. 3.2.2.2 (Het OM) en par. 3.2.2.3 (De rechter).

177 Zie het deelrapport van G. Knigge & N.J.M. Kwakman in het tweede interimrapport, p. 140 en de onder noot 37 aangehaalde literatuur.

de afschaffing van het gerechtelijk vooronderzoek in 1975 mag ook de eventuele inzet van een rechter aan die dominantie geen afbreuk doen.<sup>178</sup>

Het OM beschikt over extra bevoegdheden waardoor het in een opsporingsonderzoek effectiever kan optreden dan de politie. Te noemen zijn:

- 1 de bevoegdheid om bij alle openbare instellingen of diensten inlichtingen in te winnen en onderzoek te verrichten of te doen verrichten door de openbare instellingen zelf dan wel door politiefunctionarissen. Voor dat laatste geval wordt aan die ‘Behörden’ en ‘Beambten des Polizeidienstes’ de bevoegdheid toegekend om informatie te vragen (§ 161, lid 1 StPO). De instellingen en diensten zijn verplicht medewerking te verlenen tenzij er sprake is van een geheimhoudingsplicht;
- 2 de bevoegdheid om getuigen en deskundigen voor verhoor op te roepen en in het uiterste geval onder dwang voor zich te doen verschijnen (§ 161a StPO);
- 3 de bevoegdheid om inschakeling van een Ermittlungsrichter te vorderen bij het Amtsgericht. Het inschakelen van een rechter in het voorbereidend onderzoek overeenkomstig het bepaalde in § 162 StPO vindt meestal zijn grond in het feit dat het OM bewijs veilig wil stellen. Zo is alleen de Ermittlungsrichter bevoegd getuigen en deskundigen onder ede te horen. In beginsel komen echter alle onderzoekshandelingen, die de wet in verband met de opheldering van strafzaken mogelijk maakt, voor een voordracht in aanmerking. Het kan dus ook gaan om handelingen die de officier van justitie zelf kan verrichten. In die zin werkt de opdracht niet altijd bevoegdheidsverruimend.

### 3.2.2.3 De rechter

Met de afschaffing van het gerechtelijk vooronderzoek is de rechter dus niet uit het strafvorderlijk vooronderzoek verdwenen. Nog steeds levert de ‘Ermittlungsrichter’ een bijdrage door het verrichten van onderzoekshandelingen. Het verrichten van die onderzoekshandelingen geschiedt overeenkomstig § 162 StPO echter op initiatief van de officier van justitie. De rechter

178 In dit verband kan ook worden gewezen op het feit dat de bevelsbevoegdheid van de rechter met betrekking tot de toepassing van de meer ingrijpende dwangmiddelen, geenszins wil zeggen dat de Staatsanwalt, die om het bevel vraagt, aan de rechter ondergeschikt is. De rechter verleent niet meer dan een machtiging voor de gevraagde bevoegdheid, ook al doet het woord ‘Anordnung’ anders vermoeden. Het bevel schept voor de betrokken autoriteit geen verplichting tot uitvoering. *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, deelrapport 2 ‘De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek’ (A.E. Hartevelde & E.F. Stamhuis), p. 529.

toetst daarbij de wettelijke toelaatbaarheid van de onderzoekshandeling, maar niet de doelmatigheid of de noodzaak. Hij kan de omvang van de vordering ook niet ambtshalve uitbreiden. Hij treedt slechts op als verlengde arm van het OM.<sup>179</sup>

Een uitzondering geldt voor spoedeisende gevallen. Dan kan de rechter zelfstandig de noodzakelijke onderzoekshandelingen verrichten wanneer de 'Staatsanwalt' niet snel genoeg bereikbaar is (§ 165 StPO). Hij treedt dan op als 'Notstaatsanwalt'. In dergelijke gevallen kan ook de politie zoals hierboven al is opgemerkt (paragraaf 3.2.2.1) de rechter rechtstreeks adiiëren. In § 166 StPO is ook nog de mogelijkheid geschapen dat de rechter op verzoek van de verdachte onderzoekshandelingen verricht zonder een voorafgaande voordracht daartoe van de Staatsanwalt. Deze mogelijkheid moet worden gezien in verbinding met § 163a StPO. Daar wordt de verhorende ambtenaar, politiefunctaris of Staatsanwalt opgedragen de ontlastende feiten van enig belang te onderzoeken, waarvande verdachte bij zijn verhoor melding maakt. Wanneer de verdachte pas bij verhoor door de rechter zijn verzoek naar voren brengt, kan de rechter doen wat andere functionarissen nog niet hebben kunnen doen. Vandaar dat in dit geval wel van 'Notbeweisaufnahme' wordt gesproken. De verdere voortzetting van het aldus aangevangen onderzoek berust ook weer bij de Staatsanwalt.<sup>180</sup>

Daar waar onderzoekshandelingen door de rechter noodzakelijk zijn en het optreden van de Staatsanwalt niet kan worden afgewacht, wordt de rechter dus aangemerkt als 'Notstaatsanwalt'.<sup>181</sup> Daarmee wordt nog eens tot uitdrukking gebracht dat de rechter geen leidersrol meer heeft in het vooronderzoek.<sup>182</sup> De politie mag de rechter daarom niet als Notstaatsanwalt ge-

179 Zie P.J.P. Tak, 'Duitsland', in: P.J.P. Tak, *Heimelijke opsporing in de Europese Unie*, Antwerpen-Groningen, 2000, p. 121-205, m.n., p. 129 en in het bijzonder P.J.P. Tak & J.A.W. Lensink, *Het Vooronderzoek rechtsvergelijkend onderzocht*, Arnhem, Gouda Quint, 1990, p. 30. Zie ook het tweede interimrapport, deelrapport 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek' (A.E. Harteveld & E.F. Stamhuis), p. 532-534.

180 Zie omtrent deze meer atypische gevallen van optreden van de rechter in het vooronderzoek het deelrapport 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek' van A.E. Harteveld & E.F. Stamhuis in: *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, p. 535-536.

181 Zie de vorige noot. Zie ook Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 23. Aufl., München, Beck 1993, p. 62-63.

182 Overigens is het niet zo dat hij net als de politie wordt aangestuurd door het OM. De winst van de rechterlijke bemoeienis wordt juist gezien in de betrokkenheid van een autoriteit die buiten de lijn van het OM staat. Zie het deelrapport 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek' van A.E. Harteveld & E.F. Stamhuis in het tweede interimrapport, p. 525.

bruiken om een onwillige Staatsanwalt te omzeilen. De rechter is niet bevoegd de leider van het onderzoek te corrigeren. Het is daarom ook zeer de vraag of van de mogelijkheid genoemd in § 166 StPO gebruik mag worden gemaakt wanneer de verdachte wel eerder om onderzoek heeft verzocht, doch tevergeefs. De wet bepaalt dit niet uitdrukkelijk, maar het heeft er alle schijn van dat in het geval door of namens de Staatsanwalt negatief is beslist de Ermittlungsrichter dit niet kan corrigeren.

Wanneer dwangmiddelen moeten worden toegepast waarbij de grondrechten in het geding zijn, moet de Ermittlungsrichter worden ingeschakeld. (spoed kan hier trouwens ook een afwijking van dat uitgangspunt bewerkstelligen; meer hierover in de volgende paragraaf) Het merendeel van de strafvorderlijke bijzondere opsporingsmethoden staat in titel 8 Boek I StPO dat over dwangmiddelen handelt. Ofschoon de grondwetgever slechts ten aanzien van twee inbreuken op grondrechten heeft bepaald dat deze in beginsel niet dan op grond van een rechterlijke beslissing mogen plaatsvinden (het onderzoek in een woning, § 13 lid 2 GG en de vrijheidsbeneming, § 104 lid 2 en 3 GG), heeft de wetgever op constitutioneel-politieke gronden bepaald dat soortgelijke diep in de invloedsvrije sfeer van de burger ingrijpende opsporingsmethoden in beginsel niet dan door de rechter of op zijn bevel dan wel met zijn toestemming mogen worden toegepast. In die gevallen oefent de Ermittlungsrichter rechterlijke macht (richterliche Gewalt) uit en gaat het functioneel om daden van rechtspraak.<sup>183</sup> Er is dan sprake van een preventieve rechterlijke controle, waarbij de rechter de toelaatbaarheid van de bijzondere opsporingsmethode toetst. Hij is daarbij – anders dan bij het verrichten van onderzoekshandelingen op grond van § 162 StPO niet gebonden aan het juridisch oordeel van het OM.<sup>184</sup> Anderzijds is de officier van justitie niet verplicht een rechterlijke Anordnung (bijvoorbeeld bij inbeslagneming en huiszoeking) ten uitvoer te leggen. De rechter verleent niet meer dan een machtiging voor de gevraagde bevoegdheid. De Anordnung heeft dus geen ‘befehlscharacter’.<sup>185</sup>

183 Zie P.J.P. Tak, ‘Duitsland’, in: P.J.P. Tak, *Heimelijke opsporing in de Europese Unie*, Antwerpen-Groningen, 2000, p. 121-205, m.n., p. 130 en de ter plaatse aangehaalde literatuur en jurisprudentie.

184 Zie omtrent deze rechterlijke controle het tweede interimrapport, het deelrapport van A.E. Harteveld & E.F. Stamhuis ‘De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek’, p. 527-532.

185 Zie Günter Prechtel, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter*, München, VVF 1995, p. 66; en Th. Kleinknecht/L. Meyer-Goßner, *Strafverfahrensrecht*, 44. Aufl., München, Beck 1999, p. 347. Zie ook P.J.P. Tak, ‘OM en rechter in het Duitse vooronderzoek’, *D&D* 1992, p. 673-684, m.n. p. 683 en de ter plaatse aangehaalde literatuur.

### 3.2.3 Bevoegdheidsverruimende omstandigheden

#### 3.2.3.1 'Gefahr im Verzug'

Op de bovengeschetste uitgangspunten kan 'Gefahr im Verzug' (dringende noodzakelijkheid, onverwijlde spoed), eventueel aangevuld met andere omstandigheden, een uitzondering vormen. Het criterium werkt bevoegdheidsverruimend. Ter illustratie kan worden gewezen op het voorarrest en de daarmee verbonden beslissingen (§ 114 e.v. StPO). Omdat de grondrechten van de verdachte in het geding zijn, is inmenging van de rechter noodzakelijk. Aangezien het een dwangmiddel in de voorfase betreft, is daartoe steeds een vordering van de Staatsanwalt vereist, met uitzondering van de situatie waarin deze niet bereikbaar is en een snelle afgifte van het bevel noodzakelijk is. In dat geval kan de rechter ambtshalve beslissen (§ 125 lid 1 StPO) en mag de politie zich rechtstreeks tot de Ermittlungsrichter wenden met het verzoek ambtshalve het voorarrest te bevelen. De rechter treedt dan op in zijn kwaliteit van 'Notstaatsanwalt'.<sup>186</sup> In paragraaf 3.2.2.1 (De politie) zijn ook nog andere voorbeelden gegeven over het rechtstreeks adieren van de rechter door de politie. Bij bespreking van de positie van de rechter in paragraaf 3.2.2.3 is daar nader op ingegaan. Ter plaatse is tevens gewezen op het feit dat Gefahr im Verzug ook regelmatig een uitzondering vormt op het uitgangspunt dat opsporingsmethoden en dwangmiddelen waarbij grondrechten in het geding zijn niet mogen worden toegepast zonder rechterlijke inmenging vooraf. Dit geldt voor de door de politiewetten beheerste pro-actieve fase; bij indringende opsporingsbevoegdheden, bijvoorbeeld voor het af luisteren van gesprekken in of uit een woning met behulp van technische middelen en het maken van beeldopnamen in of uit een woning met behulp van technische middelen, is een machtiging, een 'Anordnung', van de rechter vereist. Kan zo'n machtiging niet worden afgewacht, dan kan de maatregel door de korpschef worden bevolen. Een rechterlijke beslissing moet dan per omgaande worden gevraagd.<sup>187</sup> Tijdens het Ermittlungsverfahren is 'bei Gefahr im Verzug' het OM soms bevoegd het dwangmiddel of de bijzondere opsporingsmethode op eigen gezag toe te passen. Dat geldt onder andere voor:

186 Zie het uit het tweede interimrapport aangehaalde deelrapport van A.E. Hartevelde & E.F. Stamhuis, p. 528.

187 Concrete voorbeelden worden gegeven in het tweede interimrapport in het deelrapport van G. Knigge & N.J.M. Kwakman over het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak, p. 138-139.

- 1 de inbeslagneming van brieven, poststukken en telegrammen (§ 99 en 100 StPO);
- 2 het onderzoek in een woning van anderen dan de verdachte met het doel de persoon die verdacht wordt van terroristische activiteiten aan te houden mits die woning of ruimte zich in een gebouw bevindt waarvan op grond van feiten valt aan te nemen dat verdachte zich daar bevindt (§ 105 en 103 lid 1 zin 2 StPO);
- 3 de inbeslagneming van drukwerk en de voor de productie van dat drukwerk direct noodzakelijke installaties (§ 111n StPO);
- 4 het onderscheppen van telecommunicatie (§ 100a StPO);
- 5 de inzet van politie-infiltranten tegen een bepaalde verdachte (§ 110b lid 2 onder 1 StPO);
- 6 de inzet van politie-infiltranten in een woning (§ 110b lid 2 onder 2 StPO).

Ten aanzien van sommige andere dwangmiddelen en bijzondere opsporingsmethoden zijn bij onverwijld spoed zowel de officier van justitie als zijn hulpofficier (Hilfsbeambte der Staatsanwaltschaft; zie § 152 GVG) bevoegd. Het betreft:

- 1 het onderzoek in het lichaam van de verdachte en andere personen (§ 81a lid 2 en 81c lid 5 StPO);
- 2 de inbeslagneming met uitzondering van brieven, poststukken en telegrammen (zie hierboven: § 98 lid 1 StPO);
- 3 het onderzoek in een woning of ruimte van de verdachte of anderen (§ 105 lid 1 StPO);
- 4 het inrichten van controleposten op straat (§ 111 lid 2 StPO);
- 5 het heimelijk maken van beeldopnamen (§ 100c lid 1 onder 1a StPO);
- 6 het heimelijk gebruiken van technische middelen voor de observatie (§ 100c lid 1 onder 1b StPO);
- 7 het heimelijk afluisteren van gesprekken met technische middelen (§ 100c lid 1 onder 2 StPO).

Indien in spoedgevallen de Staatsanwalt of de Hilfsbeambte optreedt zonder Anordnung, moet hij – met name wanneer het gaat om inbreuken met een voortdurend karakter – achteraf, meestal binnen een periode van drie dagen, soms zeven, alsnog rechterlijke autorisatie vragen.<sup>188</sup> Is de rechtsschending

188 Een variant vertoont de regeling van inbeslagneming in § 97 en 98 StPO. Is zonder anordnung opgetreden, dan wordt de rechterlijke autorisatie achteraf alleen gevraagd wanneer de persoon die door de inbeslagneming getroffen is, bezwaar heeft gemaakt danwel deze getroffen persoon niet aanwezig is geweest tijdens de inbeslagneming en

→



een gebeuren van het moment zelf dan is autorisatie achteraf niet voorgeschreven. Met een rechterlijke controle achteraf valt dan weinig te herstellen. Als voorbeelden kunnen worden genoemd, het onderzoek aan lichaam, inclusief het nemen van een bloedmonster (§ 81 StPO), de doorzoeking van plaatsen (§ 102-105) en het uitvoeren van controles met behulp van 'road-blocks' (§ 111 StPO). Uiteraard kan het bewijsmateriaal dat uit de niet geautoriseerde bevoegdheidstoepassing is voortgekomen nog wel door de zittingsrechter (of eventueel de rechter in het Zwischenverfahren; zie het tweede interimrapport, 'De rechterlijke bemoeienis met het vooronderzoek') worden getoetst.

Wanneer de Staatsanwalt (of de Hilfsbeamte) bij dringende noodzaak zonder rechterlijke machtiging overgaat tot het toepassen van dwangmiddelen, doet hij dit niet als 'Notrichter', maar op grond van een eigen bevoegdheid. Dat blijkt uit het feit dat een door het OM toegepast dwangmiddel niet met terugwerkende kracht door een afwijzing van de vordering tot bekrachtiging ongedaan kan worden gemaakt door de Ermittlungsrichter.<sup>189</sup>

### 3.2.3.2 'Frischer tat'

'Frischer tat', ofwel heterdaad is naar Duits recht ook een rechtvaardiging voor de toekenning van ruime bevoegdheden aan politie en justitie en soms zelfs aan derden. Zie bijvoorbeeld de aan een ieder toekomende bevoegdheid om de verdachte zonder 'richterliche anordnung vorläufig festzunehmen' in § 127 StPO en de bevoegdheid tot het doorzoeken van woningen en bedrijfsruimten tijdens de voor de nachtrust bestemde tijd in § 104 StPO. Op dit punt wijkt het Duitse recht in hoofdlijnen dus niet af van het Nederlandse recht. Slechts in de uitwerking zijn er verschillen.

### 3.2.4 Samenvatting

In het opsporingsonderzoek spelen zowel de politie, het OM als de rechter een belangrijke rol. Het antwoord op de vraag wie beslist over de inzet van opsporingsmethoden en dwangmiddelen hangt onder andere af van de vraag of en zo ja in welke mate de betreffende bevoegdheden een inbreuk maken op de privacy of andere grondrechten. Bevoegdheden die geen of nauwelijks inbreuk maken op rechten van verdachten of derden kunnen worden bevolen door de korpschef of de officier van justitie. Zijn grondrechten in het geding ←

dus geen bezwaar heeft kunnen maken.

189 Zie P.J.P. Tak, 'OM en rechter in het Duitse vooronderzoek' in *D&D* 1992, p. 673-684, m.n. p. 683 en de ter plaatse aangehaalde literatuur.

dan is meestal een voorafgaande rechterlijke machtiging vereist. Uitzonderingen zijn er voor de situatie waarin een rechterlijke beslissing niet kan worden afgewacht. Bij sommige dwangmiddelen mag de officier van justitie handelen zonder 'anordnung' mits hij achteraf autorisatie vraagt. Het komt ook voor dat naast de officier van justitie ook de hulpofficier daartoe bevoegd is. Er zijn situaties waarbij de spoedmogelijkheid van de Staatsanwalt of de Hilfsbeamte niet naderhand aan de Ermittlungsrichter wordt voorgelegd. Het gaat dan om gevallen waarin de uitoefening van de bevoegdheid een gebeuren van het moment zelf is. Toetsing achteraf kan dan evengoed plaatsvinden door de zittingsrechter. Naast spoed komt ook aan de hetero-daadsituatie een bevoegdheidsverruimende werking toe.

Zowel in de politiewetten als in het Wetboek van Strafvordering worden gevallen en gronden genoemd voor de toepassing van meer ingrijpende bevoegdheden. Dat het optreden noodzakelijk moet zijn, is in veel gevallen expliciet voorgescreven. In de politiewetten is daarnaast in meer algemene termen voorgescreven dat het optreden van de politie doeldienstig moet zijn en moet voldoen aan de voorwaarden van proportionaliteit en subsidiariteit. De redelijke verdenking speelt een belangrijke rol bij het onderscheid tussen het Ermittlungsverfahren (de reactieve fase van de opsporing) en de fase die daaraan voorafgaat, de Vorfeldaufklärung. Naarmate de bevoegdheden ingrijpender zijn wordt vaak een hogere graad van verdenking vereist.

### 3.3 *Engeland*

#### 3.3.1 Normering van de opsporingshandelingen

De opsporing van strafbare feiten is in Engeland bij uitstek een politietaak. Voor de gebruikelijke opsporingsbevoegdheden van de politie in het vooronderzoek bestaat vanaf midden jaren tachtig de Police and Criminal Evidence Act (PACE).<sup>190</sup> Daarin zijn onder andere de staandhouding en aanhouding, het onderzoek aan kleding, de doorzoeking van plaatsen en binnentreding, de inbeslagneming, het verhoor en de inverzekeringstelling uitvoerig geregeld. De Act voorziet in criteria op grond waarvan de toepassing van deze dwangmiddelen is toegelaten of beperkt. Sommige dwangmiddelen kunnen slechts worden toegepast als er sprake is van delicten van een bepaalde categorie. Met name de categorieën 'arrestable offence' en 'serious

190 Uitgebreid over de PACE en de daarin geregelde bevoegdheden, Michael Zander, *The Police and Criminal Evidence Act 1984*, Third Edition, London, Sweet & Maxwell 1995. Zie ook P.J.P. Tak & J.A.W. Lensink, *Het Vooronderzoek rechtsvergelijkend onderzocht*, Arnhem, Gouda Quint, 1990, p. 75 e.v.

arrestable offence' verdienen hierbij enige aandacht. Welke feiten daaronder vallen is nader omljnd in de PACE respectievelijk s. 24 en s. 116.<sup>191</sup> Anders dan dat de aanduiding wellicht doet vermoeden is de vraag of een feit tot de laatste categorie behoort niet zozeer van belang in verband met de vaststelling van de gevallen waarin aanhouding mogelijk is, als wel voor de toepassing van andere dwangmiddelen.<sup>192</sup> Al naar gelang de toepassing van dwangmiddelen een grotere inbreuk op vrijheidsrechten oplevert, is een hogere graad van verdenking vereist. De PACE kent meerdere graden van verdenking. Soms wordt gesproken van 'Reasonable grounds for believing'. Deze graad van verdenking is bijvoorbeeld vereist voor een last tot huiszoeking (s. 8 PACE). In andere gevallen wordt de verdenking geformuleerd als 'reasonable grounds for suspecting', onder andere bij de aanhoudingsbevoegdheid (s. 24 en 25 PACE) en bij de doorzoeking naar aanleiding van de aanhouding (s. 18 PACE). De eerstgenoemde graad van verdenking is zwaarder dan de tweede graad.<sup>193</sup> Naarmate de dwangmiddelen meer ingrijpen in de persoonlijke levenssfeer is ook de toepassing met extra waarborgen omgeven. Bepaalde dwangmiddelen kunnen bijvoorbeeld slechts worden toegepast door functionarissen met een bepaalde rang. Voor de toepassing van andere dwangmiddelen, zoals de 'warrant', is de toestemming van een hogere functionaris of een rechter nodig. Voorts wordt vaak nauwkeurig omschreven aan welke vormvereisten moet worden voldaan en op welke gronden het dwangmiddel mag worden toegepast. De gronden hebben overigens niet altijd betrekking op strafvorderlijke doelen. De PACE somt in s. 25 bijvoorbeeld een aantal 'general arrest conditions' op die veel weg hebben van onze bestuurlijke ophouding. Daarnaast zijn er nog andere voorbeelden waaruit blijkt dat de Act niet alleen betrekking heeft op de normering van strafvorderlijke opsporingsactiviteiten in enge zin, maar soms ook op handelingen die meer liggen in de proactieve of preventieve sfeer, zoals preventief onderzoek aan personen en voertuigen wanneer bepaalde omstandigheden zich voordoen. Met name de 'roadchecks' van s. 4 PACE kunnen een uitgesproken preventief karakter hebben. De politie kan gedurende een week, met mogelijke verlenging, roadchecks houden om vast te stellen of zich in de

191 Zie omtrent de inhoud van deze categorieën nader, Michael Zander, *a.w.*, p. 66 en p. 296-298.

192 P.J.P. Tak & J.A.W. Lensink, *a.w.*, p. 76.

193 Zie omtrent deze graden van verdenking, K. Lidstone, C. Palmer, Bevan and Lidstone's, *The Investigation of Crime. A Guide to Police Powers*, London, Butterworths 1966, p. 7. Een nuancering van de verdenkingsgraad geldt overigens niet voor het politieoptreden in het algemeen, althans in de regelingen over de bijzondere opsporingsbevoegdheden treft men die niet aan (zie verderop).

voertuigen verdachten of getuigen van 'serious arrestable offences' bevinden (de roadchecks in het kader van de verkeerswetgeving zijn geregeld in de Road Traffic Act). De politie kan dergelijke roadchecks ook houden met het oog op toekomstige strafbare feiten waarvan ze lucht heeft gekregen. Van een concrete verdenking hoeft geen sprake te zijn.<sup>194</sup>

In Engeland is geen sprake van een scherpe scheiding tussen proactieve en reactieve opsporing. Bepaalde regelingen in de PACE doen dit al vermoeden. De politie kan een opsporingsonderzoek starten zodra ze daartoe aanleiding ziet. Niettemin waren het tot voor kort vooral specialistische instanties, zoals de National Criminal Intelligence Service, die zich bezig hielden met het proactieve onderzoek. De reguliere politie kreeg pas echt aandacht voor een proactieve aanpak na de publicatie in 1993 van een rapport van de Engelse Rekenkamer over de effectiviteit van de politie bij de bestrijding van de criminaliteit.<sup>195</sup> Ook de regelgeving inzake bijzondere opsporingsmethoden was achtergebleven. Tot ver in de jaren negentig van de vorige eeuw, bestond er voor de bijzondere opsporingsbevoegdheden alleen een wettelijke regeling voor het onderscheppen van telecommunicatie, 'the Interception of Communications Act' (1985), alsmede vier (niet gepubliceerde) richtlijnen, te weten:

- the Home Office Guidelines on Informants who take Part in Crime (1969, nieuwe versie 1986);
- the Home Office Guidelines on the Use of Equipment in Police Surveillance Operations (1984);
- the Association of Chief Police Officers Guidelines on the Use of Undercover Police Officers in major Crime Investigations' (1990); en
- the Association of Chief Police Officers Guidelines on the Use and Management of Informants'.<sup>196</sup>

Vooral de richtlijnen over de heimelijke inzet van technische middelen waren van belang, omdat deze de grondslag vormden voor observatiewerkzaamheden, het afluisteren van gesprekken en het maken van foto-, film- en video-opnamen en het plaatsen van peilapparatuur. De status van die richtlij-

194 *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, deelrapport 2, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' (G. Knigge & N.J.M. Kwakman), p. 146-148.

195 De achterstand die de politie had opgelopen bleek vooral de inzet van geavanceerde afluister- en observatieapparatuur en het gebruik van andere technisch of tactisch geavanceerde opsporingsmethoden te betreffen.

196 Zie hieromtrent P.J.P. Tak, 'Engeland en Wales', in: P.J.P. Tak, *Heimelijke opsporing in de Europese Unie*, Antwerpen-Groningen, 2000, p. 207-298, m.n. p. 207 en 208.

nen was echter zwak. Slecht in een enkel geval bleek de rechter bereid het gebruik van een bijzondere opsporingsmethode aan die richtlijnen te toetsen.<sup>197</sup>

In de loop der jaren werd langzaam duidelijk dat het ontbreken van een wettelijke grondslag voor de toepassing van bijzondere opsporingsmethoden tot problemen aanleiding zou geven, zeker gezien het feit dat deze methoden steeds vaker gepaard gingen met inbreuken op het huisrecht en het eigendomsrecht. Mede in het licht van art. 8 EVRM en de daarop gebaseerde jurisprudentie (zie paragraaf 2.4.3.3) heeft dit geleid tot de Police Act van 1997. Deze wet en de daarbij behorende Code of Practice geven gedetailleerde regels over de toestemmingsprocedure voor bijzondere opsporingsmethoden, waarbij woningen en besloten plaatsen heimelijk worden betreden, alsmede inbreuken op telefoongeheim worden gemaakt, voorzover die niet vallen onder aanvankelijk de Interception of Communications Act van 1985 en tegenwoordig de Regulation of Investigatory Powers Act. De wet spreekt bij deze activiteiten van 'Intrusive Surveillance'.

Voordat toestemming kan worden gegeven (over welke procedure straks meer) moet ingevolge de Police Act aan de volgende voorwaarden zijn voldaan:

- 1 het moet gaan om 'serious crime' (s. 93, lid 2 Police Act). Wat daaronder wordt verstaan is omschreven in s. 93, lid 4 Police Act;<sup>198</sup>
- 2 de operatie moet noodzakelijk zijn omdat het zeer waarschijnlijk is dat deze van substantiële waarde is voor het voorkomen of opsporen van die 'serious crime' (s. 93, lid 2 onder a Police Act);
- 3 datgene wat met de operatie wordt beoogd, kan naar alle redelijkheid niet met andere middelen worden bereikt (s. 93, lid 2 onder b Police Act).

De beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit spelen een belangrijke rol. Dit blijkt uit de hierboven genoemde voorwaarden en uit de bij de Police

197 Zie P.J.P. Tak, *a.w.*, p. 208.

198 '(...), conduct which constitutes one or more offences shall be regarded as serious crime if, and only if, -(a) it involves the use of violence, results in substantial financial gain or is conduct by a large number of persons in pursuit of a common purpose, or (b) the offence or one of the offences is an offence for which a person who has attained the age of twenty-one and has no previous convictions could reasonably be expected to be sentenced to imprisonment for a term of three years or more, (...). Veel duidelijkheid verschaft deze open definitie overigens niet. Een limitatieve en zelfs een indicatieve opsomming van feiten ontbreekt met betrekking tot de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden. Op dit punt wijkt de Engelse regeling af van veel andere Europese rechtssystemen. Zie hieromtrent P.J.P. Tak, *a.w.*, p. 216.

Act behorende Code of Practice. Oorspronkelijk was dat de Intrusive Surveillance, Code of practice van 1999. Deze wordt binnenkort vervangen door de Covert Surveillance, Code of Practice.<sup>199</sup> In paragraaf 2.2 staat: ‘Any person giving an authorisation should first satisfy him/herself that the authorisation is necessary on particular grounds and that the surveillance is proportionate to what it seeks to achieve.’

Naast de op de Police Act van 1997 steunende Code of Practice inzake Intrusive Surveillance zijn door de Associations of Chief Police Officers en HM Customs and Excise in de loop van 1999 als reactie op de aanvaarding van de Human Rights Act (1998), een reeks Codes of Practice gepubliceerd die de hiervoor genoemde Home Office Guidelines inzake informanten en het gebruik van technische middelen bij heimelijke politieoperaties, alsmede de Association of Chief Police Officers Guidelines over de inzet van undercover politiefunctarissen en over de inzet en het runnen van informanten hebben vervangen.<sup>200</sup>

Deze Codes of Practice, die inmiddels voor een deel zijn verwerkt in wet- en regelgeving (zie hieronder) maakten deel uit van het Public Statement on Standards in Covert Law Enforcement Techniques. In dit Public Statement verklaarden de belangrijkste Engelse instanties belast met rechtshandhaving zich bij de uitvoering van hun taken te zullen houden aan de in het EVRM vervatte verplichtingen. Daarbij zou worden gestreefd naar een balans tussen de mensenrechten enerzijds en de effectieve bestrijding van criminaliteit anderzijds. Hiervoor zijn dus standaards voor gedrag bij undercover operaties opgesteld. Essentieel daarbij is dat de inzet van die operaties uitdrukkelijk vooraf gerechtvaardigd moet worden, dat de proportionaliteit en de subsidiariteit van die operaties getoetst wordt en dat zorgvuldig wordt omgegaan met de verkregen informatie. Ook achteraf moet worden getoetst of bij de voorbereiding en uitvoering van de operaties de standaards in acht zijn genomen. Een beroep op het algemeen belang om informanten, vertrouwelijke bronnen en informatie alsmede gevoelige technieken en tactieken niet bekend te geven (Public Interest Immunity), zal alleen kunnen worden gedaan wanneer de verstrekking van die informatie schade zal opleveren voor die informanten of bronnen danwel de effectiviteit van de technieken en tactieken in de toekomstige onderzoeken zal verminderen. Op 1 September 1999 werden de Codes of Practice gepubliceerd door de Home Office. Omdat ze alleen bindend waren voor de politie en burgers daaraan geen rechten

199 De Covert Surveillance, Code of Practice is ontworpen naar aanleiding van de RIPA en geeft uitwerking aan de daarin geregelde ‘covert surveillance’, welke zowel de ‘directed’ als de ‘intrusive’ surveillance omvat.

200 Uitgebreid over deze codes, P.J.P. Tak, *a.w.*, p. 217-219.

konden en om te voldoen aan de eisen die het EVRM stelt, wilde de regering de onderwerpen uit deze ACPO Codes verwerken in wet- en regelgeving. Dit leidde in 2000 tot 'the Regulation of Investigatory Powers Act (afgekort als RIPA of de 2000 Act).<sup>201</sup> De bevoegdheden (Powers) daarin zijn:

- the interception of communications;
- the acquisition of communications data (eg billing data);
- intrusive surveillance (on residential premises/in private vehicles);
- covert surveillance in the course of specific operations;
- the use of covert human intelligence sources (agents, informants, undercover officers);
- access to encrypted data.

Met betrekking tot deze bevoegdheden moet de wet, aldus de Explanatory Notes by the Regulation of Investigatory Powers Act 2000, het volgende duidelijk regelen:

- the purposes for which they may be used;
- which authorities can use the powers;
- who should authorise each use of the power;
- the use that can be made of the material gained;
- independent judicial oversight;
- a means of redress for the individual.

Niet al deze zaken zijn in de RIPA zelf uitgewerkt. De betreffende Act geldt namelijk in samenhang met bestaande wetgeving, in het bijzonder 'the Intelligence Services Act' (1994), 'the Police Act' (1997) en 'the Human Rights Act' (1998). Alleen de Interception of Communications Act 1985 is met de onderhavige Act, die een geheel nieuw regime verschaft voor de interceptie van communicatie, ingetrokken. De 'Secretary of State' zal moeten zorgdragen voor de begeleidende 'Codes of Practice'.<sup>202</sup>

Tussen de Police Act en de RIPA zijn belangrijke overeenkomsten wat betreft de toepassingsvoorwaarden, de betrokken autoriteiten en de wijze van toezicht. De wetten bevatten een gedetailleerde regeling van de gevallen waarin en gronden waarop bijzondere opsporingsmethoden kunnen worden

201 Zie omtrent de inwerkingtreding welke partieel plaatsvindt, <http://www.homeoffice.gov.uk/ripa/ripact.htm>.

202 In de toekomst zullen dat er vijf zijn. Inmiddels zijn er vier ontwerpen klaar voor 'public consultation': de 'Interception of Communications', 'Accessing Communications Data', 'Covert Surveillance' en 'Covert Human Intelligence Source'. Deze codes zullen de ACPO codes vervangen.

toegepast. De proportionaliteit en subsidiariteit spelen daarbij opnieuw een belangrijke rol. Het optreden moet bijvoorbeeld noodzakelijk zijn met het oog op het voorkomen of opsporen van ernstige strafbare feiten. Verder is van betekenis of datgene wat met het optreden wordt beoogd, naar alle redelijkheid niet met andere middelen kan worden bereikt.<sup>203</sup> Naast ‘necesserary for the purpose of preventing or detecting serious crime, worden in de RIPA ook andere gronden genoemd zoals: ‘in the interests of national security’ en ‘for the purpose of safeguarding the economic well-being of the United Kingdom’. Dit verschil met de Police Act vloeit voort uit het feit dat de RIPA niet alleen betrekking heeft op het reguliere politiewerk, doch ook op de activiteiten van Binnenlandse Veiligheidsdiensten.<sup>204</sup> Centraal in beide regelingen staan verder de autoriteiten die de toepassing van deze methoden kunnen bevelen, danwel daartoe toestemming kunnen geven, de procedure die voor de inzet dient te worden gevolgd, de duur van de inzet, het opslaan en bewaren van de verkregen informatie, alsmede de procedure die gevolgd moet worden wanneer in strijd is gehandeld met de voorgeschreven regels.

### 3.3.2 De bevoegde autoriteiten en de toezichts- en/of gezagsstructuren

#### 3.3.2.1 De politie

De opsporing van strafbare feiten is in Engeland, zoals gezegd, bij uitstek een politietaak. De politie verricht haar opsporingstaak, zonder dat de opsporingsambtenaren daarbij in enige gezagsrelatie staan tot justitie. Tot 1985 lag de beslissing om na het vooronderzoek al dan niet tot vervolging over te gaan, zelfs geheel in handen van de politie. Het politieapparaat dat onder de verantwoordelijkheid van de ‘Secretary of State’ valt, bestaat uit 43 regionale korpsen, elk onder leiding van een ‘Chief Constable’ (korpsschef).<sup>205</sup> De laatste beschikt over een ruime mate van beleidsvrijheid wat betreft de inzet van middelen en mankracht en de opsporingsmethoden die hij wil hanteren. De Crown Prosecution Service heeft formeel geen zeggenschap over het opsporingsonderzoek. Mede omwille van het streven naar enige harmonisatie

203 Zie onder andere s. 5 RIPA (interception), s. 22 RIPA (obtaining and disclosing communications data), s. 28 RIPA (directed surveillance), s. 29 RIPA (covert human intelligence sources), s. 32 RIPA (intrusive surveillance).

204 In de PACE zijn de gronden overigens ook niet beperkt tot strafvorderlijke doelen. Zie voor voorbeelden het tweede interimrapport, het deelrapport ‘Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak’ van G. Knigge & N.J.M. Kwakman, p. 147.

205 Daarnaast zijn er nog speciale opsporingsdiensten. Zie het deelrapport van G. Knigge & N.J.M. Kwakman in het tweede interimrapport, p. 145.



en uniformiteit is in de loop van de tijd regelgeving ontwikkeld ter zake van politieoptreden, hetgeen in 1985 heeft geleid tot de hiervoor beschreven *Police and Criminal Evidence Act*.

Opsporingsambtenaren beschikken over tal van bevoegdheden zowel in de proactieve als in de reactieve sfeer, die niet berusten op een specifieke wettelijke grondslag maar die voortvloeien uit hun algemene politietaak. Sommige opsporingsmethoden zijn onderwerp van ministeriële richtlijnen die zijn opgesteld in overleg met de 'Central Conference of Chief Constables of Police'. De laatste jaren hebben echter de meer ingrijpende opsporingsmethoden, onder invloed van het EVRM, een plaats gekregen in wettelijke regelingen, zoals de hierboven genoemde *Police Act (1997)* en de *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*. Voor zover opsporingsambtenaren gebruik (willen) maken van de meer klassieke dwangmiddelen zijn de *PACE* en enkele bijzondere wetten van toepassing. De (wettelijke) voorzieningen verschaffen niet alleen criteria op grond waarvan de toepassing van bepaalde opsporingsmethoden en dwangmiddelen zijn toegelaten of beperkt, maar wijzen ook de bevoegde autoriteiten aan en voorzien in een procedure van goedkeuring en toezicht. Naarmate de bevoegdheden meer ingrijpen in de persoonlijke levenssfeer is de toepassing ook in dat opzicht met extra waarborgen omgeven. Zo kunnen bepaalde opsporingsmethoden en dwangmiddelen slechts worden toegepast door functionarissen met een bepaalde rang. Het rangenstelsel van de politie is dus van belang. Niet zelden is de toestemming van een hogere autoriteit nodig en in uitzonderlijke gevallen die van de rechter (meestal het *magistrates court*). Als hogere autoriteit komen in aanmerking:

- de 'authorising officer';
- de 'Commissioner'; en
- de 'Secretary of State'.

In de betreffende wetten en de bijbehorende *Codes of Practice* is aangegeven wie de authorising officers zijn, of als zodanig kunnen optreden. Het gaat veelal om functionarissen uit het opsporingsapparaat zelf. Zij bekleden daarin een hoge rang. In aanmerking komt bijvoorbeeld de Chief Constable en deze kan die bevoegdheid weer delegeren aan bijvoorbeeld de Assistant Chief Constable.<sup>206</sup> Soms worden hoge ambtenaren van de Home Office als zodanig aangewezen. Ook de Secretary of State wordt wel als 'authorising

206 Zie bijvoorbeeld s. 93 en 94 van de *Police Act* en s. 30 e.v. van de *RIPA*.

officer' aangewezen. Uiteraard staat hij buiten het opsporingsapparaat, maar functioneel is hij niet onafhankelijk.<sup>207</sup>

De Commissioner is een van het opsporingsapparaat onafhankelijke figuur, die een hoge rechterlijke functie uitoefent of heeft uitgeoefend. Hij wordt benoemd door de Prime Minister.<sup>208</sup> De authorising officer moet aan de Commissioner (schriftelijk) melding doen van zijn toestemming. Soms is er sprake van een verzwaarde procedure, bijvoorbeeld wanneer een intrusieve surveillance gepaard gaat met het betreden van een woning, een hotelkamer danwel een kantoor of waarbij de kans bestaat dat vertrouwelijke informatie zal worden verkregen, moet er bovendien voorafgaande toestemming worden ingewonnen van een Commissioner.<sup>209</sup>

Uit het feit dat een toestemming of machtiging voor de inzet van opsporingbevoegdheden slechts kan worden verleend op initiatief van de politie, blijkt nog eens duidelijk dat de politie zelf de beschikking heeft over de opsporingsbevoegdheden en zelf leiding geeft aan het opsporingsonderzoek.

Zodra er voldoende bewijs is verzameld om de verdachte met succes te kunnen vervolgen, dient de opsporingsambtenaar de verdachte daarvan op de hoogte te stellen, hem te wijzen op zijn zwijgrecht en hem vervolgens zo spoedig mogelijk voor te geleiden voor de 'custody officer'. Die gaat na of de verdachte in staat van beschuldiging kan worden gesteld en of er redenen zijn voor inverzekeringstelling of dat er 'bail' kan worden verleend. Deze 'charge' markeert een omslagpunt in het strafproces. Vanaf dat moment krijgt het proces een sterk accusatoir karakter en wordt de verdachte in het algemeen niet meer verhoord.

### 3.3.2.2 *Het OM*

In 1985 trad de Prosecution of Offences Act in werking en werd er een Crown Prosecution Service in het leven geroepen. Zij is verantwoordelijk voor de verdere vervolging.<sup>210</sup> De Crown Prosecution Service is enigszins vergelijkbaar met het OM, zij het dat zij meer fungeert als 'gate watcher' dan als dominus litis van het strafproces. Het maakt op grond van een aantal criteria van de Code for Crown Prosecutors een afweging of de door de politie in beschuldiging gestelde verdachte al dan niet dient te worden vervolgd.

207 Zie de vorige noot.

208 Zie s. 91 van de Police Act en s. 57 van de RIPA.

209 Zie s. 97 Police Act en s. 36 RIPA. In sommige gevallen is er ook nog een beroep mogelijk op de Chief Surveillance Commissioner. Zie s. 102 Police Act en s. 38 RIPA.

210 Zie het tweede interimrapport, deelrapport 'Vervolging en Rechtsbescherming' (J.B.H.M. Simmelink & Y.G.M. Baaijens-van Geloven), p. 405 e.v.

Die criteria zijn bij de politie bekend en hebben daarom een zekere invloed op het opsporingsonderzoek door de politie. In de praktijk vindt er dus toch een zekere sturing plaats door de Crown Prosecution Service, ondanks het feit dat deze instantie formeel geen zeggenschap over de opsporingsactiviteiten van de politie heeft en zij geheel onafhankelijk van elkaar opereren.<sup>211</sup>

### *3.3.2.3 De rechter*

Een instructierechter, zoals die op het Europese vasteland bestaat, kent men in Engeland niet. Ook niet in het recente verleden. Nietemin komt de rechter wel voor in de regelingen die het vooronderzoek beheersen, maar dan met name als toezichthouder op de toepassing van dwangmiddelen. Hij heeft daarin geen monopoliepositie zoals min of meer in Duitsland het geval is. Als toezichthoudend functionaris wordt de rechter, veelal een lid van het 'Magistrates Court' of het 'Crown Court, slechts af en toe ingeschakeld vanwege zijn onafhankelijkheid en afstandelijkheid ten opzichte van het onderzoek. Ingevolge s. 43 PACE is de rechter betrokken bij het voorarrest.<sup>212</sup> Het doorzoeken van plaatsen is een dwangmiddel dat eveneens is onderworpen aan rechterlijk toezicht. Een voorafgaande 'warrant' van een rechter is vereist. De PACE geeft daarvoor een min of meer algemene regeling. Hierbij moet echter worden aangetekend, dat zelfs deze regeling van rechterlijk toezicht toch weer uitzonderingen kent. In s. 18 PACE zijn deze uitzonderingen omschreven.<sup>213</sup> Rechterlijke toestemming is ook vereist voor het bevel tot het verschaffen van decryptiesleutels en decoderingen. Deze toestemming ligt in het verlengde van het rechterlijk toezicht op bevelen tot uitlevering van van schriftelijk materiaal, vereist krachtens s. 9 PACE. Voor het overige voorziet de RIPA nergens in een voorafgaande toestemming van de rechter. De Police Act 1997 voorziet evenmin in een voorafgaande toestemming van de rechter. De Commissioners moeten er op toezien dat de Police Act en de RIPA op juiste wijze worden nageleefd. Het is de vraag of de Commissioner kan worden aangemerkt als een 'independent judicial authority' in de zin van het EVRM. Het gaat hier wel om functionarissen met een min of meer magistratelijke status, maar hun functie is niet ingebed in de reguliere rechterlijke macht.<sup>214</sup> Deze vraag kan overigens ook worden gesteld met betrekking tot

211 Zie vorige noot.

212 De regeling van voorarrest laat ook een 'bevoegdhedenpiramide' zien.

213 Doorzoekingsbevoegdheden van oudere datum zijn overigens ook niet alle ingetrokken bij invoering van deze wet. Zie het tweede interimrapport, A.E. Hartevelde & E.F. Stamhuis, *a.w.*, p. 541-542.

214 Bij de totstandkoming van de Police Act 1997 is uitvoerig gediscussieerd over de vraag →

het 'Tribunal' uit deel 4 van de RIPA dat gaat over de controle op de opsporingsbevoegdheden (s. 65 e.v.). Het Tribunal, dat is samengesteld uit leden die een juridisch beroep hebben uitgeoefend of deel hebben uitgemaakt van de rechterlijke macht, moet toezicht houden op het gebruik van de bijzondere opsporingsbevoegdheden zoals die zijn neergelegd in de betreffende Act. Onder de jurisdictie van het Tribunal vallen klachten van personen die zich gegriefd voelen door het gebruik van bijzondere opsporingsbevoegdheden, zoals de inzet van informanten en infiltranten, observatie en de inbreuk op eigendom of op draadloze telecommunicatie door de politie en het onderscheppen van post of telecommunicatie. Dit kan zijn omdat het gedrag van de politie niet te verenigen is met het EVRM of omdat het onder 'challengeable circumstances' heeft plaatsgevonden. Het Tribunal onderzoekt de klacht en kan vernietiging van de gegevens gelasten en elke vorm van compensatie toekennen die het passend acht.

In Engeland wordt van de Commissioners en het Tribunal in elk geval wel dezelfde afstandelijkheid verwacht als van de rechter. Deze verwachting leeft trouwens ook ten aanzien van de Secretary of State. In zeker opzicht weerspiegelt het Engelse recht dus dezelfde gedachte als in ons land gangbaar is, namelijk dat voor een opklimmende graad van toezicht, de waarborg wordt gezocht in een toenemende afstand ten opzichte van de primair uitvoerende personen. In ons land fungeert de rechter echter veel meer als top van de opklimmende hiërarchie van supervisie over het handelen in het vooronderzoek. Wat hierbij echter niet uit het oog mag worden verloren is het feit dat het Engelse vooronderzoek in beginsel geen bewijs oplevert voor de berechting. Het is vorm gegeven vanuit de gedachte dat het vooronderzoek de bewijslevering op de zitting moet voorbereiden.

Als bewijsmiddelen kunnen bepaalde producten uit het vooronderzoek wel gebruikt worden, maar veelal is er dan een verbinding nodig met een getuige of deskundige die er in zijn verklaring naar verwijst.<sup>215</sup>

←

of niet toch de rechter in bepaalde gevallen, bijvoorbeeld bij aanzienlijke inbreuken door de politie op het huisrecht, om voorafgaande toestemming zou moeten worden gevraagd. Een bevestigend antwoord werd echter verworpen op grond van de overweging dat zulke beslissingen vaak met spoed moeten worden genomen en dat toestemming door een hoge politiefunctaris de enige praktische oplossing is. Verder werd gesteld dat het betrekken van de rechter in het beslissingsproces 'would compromise the independence of the judiciary'. Zie P.J.P. Tak, 'Engeland en Wales', in: P.J.P. Tak, *Heimelijke opsporing in de Europese Unie*, Antwerpen-Groningen, 2000, p. 207-298, m.n., p. 227.

215 Voor de gemiddelde strafzaak is m.n. de verklaring van de politiefunctaris over zijn waarnemingen tijdens het verrichten van het vooronderzoek het sleutelbewijs. Tweede interimrapport, deelrapport 5, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek' (A.E. Harteveld & E.F. Stamhuis), p. 541.

### 3.3.3 Bevoegdheidsverruimende omstandigheden

#### Spoed en heterdaad

In het Engelse systeem werkt spoed net als in andere rechtssystemen bevoegdheidsverruimend. Het optreden van de bevoegde autoriteiten en autorisatie door de bevoegde instanties kan niet altijd worden afgewacht. In de Acts zijn daarvoor regelingen getroffen. Het afgeven van een machtiging tot onderschepping van telecommunicatie en post door de 'Secretary of State' kan in geval van spoed door een 'senior official' geschieden (s. 7 RIPA). Intrusive surveillance moet door een 'senior authorising officer' worden geautoriseerd, maar in geval van spoed kan dit ook geschieden door zijn plaatsvervanger of een officier van lagere rang (s. 34 RIPA en s. 94 Police-Act). De goedkeuringsprocedure door de Commissioner kan ook achterwege blijven als haast is geboden. Wel moet hij dan zo snel als haalbaar geïnformeerd worden over de redenen van deze haast. Hij kan dan alsnog de beslissing tot inzet van een intrusive surveillance operatie terugdraaien. Denk ook aan de hierboven reeds genoemde uitzondering op het rechterlijk toezicht bij het doorzoeken van plaatsen. Het doorzoeken van plaatsen toebehorend aan een verdachte die is aangehouden voor een 'arrestable offence' (in s. 24 PACE staat welke feiten daartoe behoren), teneinde bewijs te verkrijgen ter zake van dat delict of daarmee verbonden delicten, is slechts onderworpen aan toezicht door hogere politiefunctionarissen. De spoedeisendheid van dit type doorzoeking speelt bij deze uitzondering een belangrijke rol. Met name wanneer iemand op heterdaad wordt aangehouden zou een voorafgaande machtiging van de rechter voor de doorzoeking tot verlies van bewijsmateriaal kunnen leiden. Spoed speelt trouwens ook een rol bij de aanhouding zelf. Een Constable mag zonder warrant aanhouden, (a) anyone who is about to commit an arrestable offence; en (b) anyone whom he has reasonable grounds for suspecting to be about to commit an arrestable offence. Bovendien is in het Engelse rechtssysteem ingevolge s. 24 PACE iedereen bevoegd tot aanhouding zonder 'warrant', wanneer de aan te houden persoon is 'in the act of committing an arrestable offence'. Op dit laatste punt wijkt het Engelse recht niet wezenlijk af van het recht in Nederland of Duitsland.

### 3.3.4 Samenvatting

In Engeland speelt de politie een hoofdrol in het opsporingsonderzoek. Formeel heeft de Crown Prosecution Service geen zeggenschap over dat onderzoek. Hierin wijkt de Engelse regeling dus af van de Nederlandse en de Duitse. De taak van de rechter in het opsporingsonderzoek is in Engeland, in vergelijking met Nederland en Duitsland, ook veel geringer. Slechts in uit-

zonderingsgevallen is vooraf van hem een machtiging vereist. De Engelse regeling kent een geheel eigen structuur aangaande de beslissingsbevoegdheid over de inzet van opsporingsmethoden en dwangmiddelen. Het rangenstelsel van de politie is van belang. Bepaalde opsporingsmethoden en dwangmiddelen kunnen slechts worden toegepast door functionarissen met een bepaalde rang. Bovendien is vaak de toestemming van een hogere autoriteit binnen het Korps vereist, dan wel van een Commissioner of de Secretary of State. In het engelse recht zijn ook regelingen getroffen voor de situatie dat het optreden of de toestemming van de bevoegde personen vooraf niet kan worden afgewacht. Naast de voor spoed geschapen bevoegdheidsuitbreidingen, maken informatie, notificatie en het al dan niet verlenen van autorisatie achteraf, daarvan deel uit. Tot slot kan in dit verband nog worden gewezen op de heterdaadsituatie als bevoegdheidsverruimende omstandigheid.

In de verschillende Engelse regelingen worden naast de betrokken autoriteiten en de wijze van toezicht, de toepassingsvoorwaarden omschreven. Deze bestaan veelal uit een opsomming van gevallen en gronden. De proportionaliteit en de subsidiariteit spelen daarbij steeds een belangrijke rol. In het Engelse recht bestaat geen scherpe scheiding tussen proactieve en reactieve opsporing. Voor de toepassing van de klassieke dwangmiddelen is wel steeds een verdenking nodig. De PACE kent meerdere graden van verdenking. Een nuancering van de verdenkingsgraad geldt niet voor het politieoptreden in het algemeen, althans in de regelingen over de bijzondere opsporingsbevoegdheden treft men die niet aan. De politie kan een opsporingsonderzoek beginnen zodra ze daartoe aanleiding ziet. Naar Engels recht kan er overigens snel sprake zijn van een vermoeden dat een strafbaar feit is gepleegd omdat de voorbereiding van strafbare feiten, de 'conspiracy', al een zelfstandig strafbaar feit oplevert. Waaruit dit vermoeden moet bestaan of waarop het moet berusten, is niet terug te vinden in de wet. Wel wordt bijvoorbeeld in de Police Act of in de RIPA (onder andere) gerefereerd aan de noodzakelijkheid 'for the purpose of preventing or detecting crime.' Deze binding impliceert dat er een zekere aanleiding moet zijn voor de opsporing en daarmee wordt ook enigerlei vorm van verdenking verondersteld. Het opsporingsdoel is in onderhavige regelingen echter duidelijk als een zelfstandige voorwaarde omschreven en is dus niet, zoals in het Nederlandse recht, in een verdenkingsvoorwaarde verpakt.<sup>216</sup>

216 Zie omtrent dit laatste het tweede interimrapport, deelrapport 2, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' (G. Knigge & N.J.M. Kwakman), p. 346-347. Zie ook hoofdstuk 5.

## 4 Het toedelingsvraagstuk

### 4.1 Inleiding

In het huidige wetboek hebben diverse functionarissen een rol bij de toepassing van opsporingsbevoegdheden: de opsporingsambtenaar, de hulpofficier van justitie, de officier van justitie, de rechter-commissaris en de raadkamer van de rechtbank. Bij de ‘verdeling’ van bevoegdheden over deze functionarissen wordt uitgegaan van het richtsnoer dat naarmate de ingrijpendheid van een bevoegdheid toeneemt, een hogere autoriteit bij de beslissing tot toepassing van die bevoegdheid moet worden betrokken.<sup>217</sup> Deze ‘piramidale’ structuur is vanouds in het wetboek herkenbaar: de ‘hoogste’ autoriteit is toegerust met de meeste en meest ingrijpende bevoegdheden. Het is de vraag of die structuur moet worden behouden of dat er moet worden gekozen voor een ander stelsel. Hierbij kan worden gedacht aan de toedeling van bevoegdheden aan opsporingsambtenaren, waarbij voor de meer ingrijpende bevoegdheden wordt gewerkt met machtigingsconstructies. Wellicht is ook een mengvorm denkbaar.

In alle gevallen is een deelvraag bij de betrokkenheid van ‘hogere’ autoriteiten bij de uitoefening van bevoegdheden, de aan deze functionarissen toe te kennen rol. Die rol kan bestaan uit het verlenen van goedkeuring of machtiging vooraf, maar ook uit een directe bemoeienis met de feitelijke uitvoering van de opsporingsactiviteit zelf. In het bestaande systeem zegt de toedeling van de bevoegdheid nog niet zoveel over de invulling van de betrokkenheid. In het huidige wetboek is bijvoorbeeld de doorzoekingsbevoegdheid van woningen tegen de wil van de bewoner in principe aan de rechter-commissaris voorbehouden. Alleen in geval van dringende noodzakelijkheid komt deze bevoegdheid ook toe aan de officier van justitie en eventueel aan de hulpofficier (art. 110 jo art. 97). Bij die doorzoeking wordt uitgegaan van een aanwezigheid van de rechter-commissaris en de officier van justitie, dan wel van een zeer directe bemoeienis hunnerzijds met de betreffende doorzoekingsactiviteiten.<sup>218</sup> Bij aanhouding buiten heterdaad ligt

217 In het geval van heterdaad wordt onder andere vanwege de geringe kans op dwaling de kring van bevoegden uitgebreid (vergelijk bijvoorbeeld aanhouding bij heterdaad, het betreden van plaatsen en het doorzoeken van plaatsen: zie de art. 53, 55, 55a, 96b, 96c en 97 Sv). Uitbreiding van de kring van bevoegden middels een getrapt systeem vindt ook plaats om redenen van spoed (zie bijvoorbeeld de aanhouding buiten heterdaad in art. 54 en het doorzoeken van plaatsen en woningen in de art. 96c en 97).

218 Deze persoonlijke bemoeienis is vereist, omdat bij de uitvoering van de betreffende bevoegdheid de vraag kan opkomen of er vormen van braak moeten worden toegepast (openbreken van kasten, laden, vloeren etc.). Deze vervolgbeslissingen maken deel uit

→

de zaak weer anders. Deze bevoegdheid komt in het huidige wetboek toe aan de officier van justitie (art. 54, lid 1).<sup>219</sup> In de praktijk geschiedt de aanhouding buiten heterdaad echter door gewone opsporingsambtenaren terwijl de officier van justitie bij de uitvoering daarvan zelden aanwezig is. In feite houdt het optreden van de officier van justitie met betrekking tot deze bevoegdheid dus niet meer in dan het verlenen van een goedkeuring vooraf aan de toepassing. Van een bemoeienis zijnerzijds met de aanhouding zelf is geen sprake. Dit laatste kan ook worden vastgesteld bij de stelselmatige observatie. De officier van justitie beveelt de stelselmatige observatie. Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat de toepassing van die bevoegdheid aan hem is opgedragen. Het is echter de politie die de bevoegdheid uitvoert. Van een persoonlijke bemoeienis van de officier van justitie met de feitelijke uitvoering is ook in dit geval nauwelijks sprake.<sup>220</sup>

De toedeling van bevoegdheden naar huidig recht zegt dus niet veel over de aard van de betrokkenheid van de bevoegde autoriteiten. Het is daarom de vraag of de bestaande piramidale structuur gehandhaafd moet blijven en of voor het toedelingsvraagstuk geen nieuwe uitgangspunten kunnen worden geformuleerd die meer inzicht verschaffen in de rol van de betrokken autoriteiten.

#### 4.2 *Het huidige recht*

De piramidale structuur in het huidige wetboek houdt verband met de oorspronkelijke inrichting van het vooronderzoek. In het wetboek van strafvordering van 1838 was het onderzoek onderverdeeld in de ‘voorlopige informatiën’ (art. 55 e.v. Sv 1838) en de ‘geregelijke instructie’ (art. 83 e.v. Sv 1838). De werkzaamheden tijdens de ‘voorlopige informatiën’ stonden onder leiding van de officier van justitie en strekten tot het verzamelen van aanwijzingen omtrent het strafbare feit en de vermoedelijke dader. Ten behoeve van dat onderzoek waren hem enige dwangmiddelen toegekend. Hoofddregel was evenwel dat in dit stadium tegen de verdachte in principe geen dwangmiddelen mochten worden toegepast. De verdachte diende als elk ander burger behandeld te worden. Een uitzondering betrof de mogelijkheid tot aan-

←

van het ingezette onderzoek en moeten worden genomen door de autoriteit die bevoegd is te beslissen over het doorzoeken zelf.

219 Alleen indien zijn optreden niet kan worden afgewacht komt de bevoegdheid ook toe aan de hulpofficier en, indien zijn optreden niet kan worden afgewacht, aan de opsporingsambtenaar. Zie art. 54, tweede en derde lid.

220 Op zichzelf is dat ook niet nodig omdat bij aanhouding en observatie in het algemeen geen tussentijdse beslissingen zijn te verwachten, zoals aangegeven in verband met het doorzoeken van woningen.



houding van de verdachte bij ontdekking op heterdaad. Vooruitlopend op de instructie kon de rechter-commissaris op 'requisitoir' van de officier van justitie onderzoekshandelingen verrichten. De belangrijkste hiervan waren het horen van getuigen (art. 55 e.v. Sv 1838). Voor het overige was deze inleidende fase van het onderzoek in het wetboek maar spaarzaam geregeld. Nam de gerechtelijke instructie een aanvang, dan ging de verantwoordelijkheid voor het onderzoek en de te nemen beslissingen over naar de rechtbank. De instructie stond onder leiding van de als gedelegeerde van de rechtbank optredende rechter-commissaris en was uitgebreid geregeld. Ten behoeve van dat onderzoek waren hem verschillende onderzoeksbevoegdheden toegekend. In de kern is deze oude fasering van het vooronderzoek en de wijze van regulering terug te vinden in de systematiek van het huidige wetboek. Zeker ten tijde van de invoering van het wetboek in 1926 was de onder leiding van de officier van justitie staande opsporing eveneens maar beperkt genormeerd. Ten behoeve van dat opsporingsonderzoek waren aan hem en de opsporingsambtenaren opnieuw maar spaarzaam dwangmiddelen toegekend. Dat onderzoek had eveneens een voorlopig karakter en diende te worden voortgezet in een gerechtelijk vooronderzoek. Het door de rechter-commissaris te leiden gerechtelijk vooronderzoek was wel uitgebreid geregeld. Aan hem kwamen in dat kader allerlei onderzoeksbevoegdheden en dwangmiddelen toe. De officier van justitie beschikte nog steeds slechts bij uitzondering over meer ingrijpende opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen.<sup>221</sup>

In de oorspronkelijke inrichting van het vooronderzoek, in het bijzonder in de betekenis van het gerechtelijk vooronderzoek en de rol daarin van de rechter-commissaris, ligt de piramidale structuur van de bevoegdheidsverdeling dus besloten. De rechter-commissaris beschikte over de meer ingrijpende opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen. De bevoegdheden van de officier van justitie (en eventueel de hulpofficier) hadden in de meeste gevallen een afgeleid karakter. Daarvan kon slechts gebruik worden gemaakt indien het optreden van de rechter-commissaris niet kon worden afgewacht.<sup>222</sup> Spoed en heterdaad vormen al sinds jaar en dag een rechtvaardiging voor de toekenning van ruime bevoegdheden aan politie en justitie

221 Zie voor de oorspronkelijke inrichting van het vooronderzoek en de betekenis daarvan voor de systematiek in het huidige wetboek van strafvordering ook het *Tweede interim-rapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 4 'Vervolging en rechtsbescherming' (J.B.H.M. Simmelink & Y.G.M. Baaijens-van Geloven).

222 Zie bijvoorbeeld de huiszoeking en inbeslagneming in art. 97 (oud) Sv. In de huidige doorzoekingsregeling van woningen zonder toestemming van de bewoner in art. 97 (nieuw) Sv is dit karakter overigens gehandhaafd.

(meer hierover in paragraaf 4.4.4). In latere jaren is de systematiek van het vooronderzoek echter ingrijpend veranderd. Sedert 1926 is de betekenis van het opsporingsonderzoek onder leiding van de officier van justitie sterk toegenomen. Aan de officier van justitie is een aantal ingrijpende bevoegdheden toegekend. Zo kan worden gewezen op de bevoegdheid tot het doorzoeken van plaatsen (art. 96c Sv) en op de in het wetboek van strafvordering genoemde bijzondere opsporingsbevoegdheden die op zijn bevel worden uitgeoefend (zie de art. 126g e.v.). Het openen van een gerechtelijk vooronderzoek is daarbij geen voorwaarde meer. Soms is wel een machtiging van de rechter noodzakelijk. Deze machtiging vertegenwoordigt tevens een tweede verandering in de systematiek van het vooronderzoek. Als vorm van rechterlijke bemoeienis met het vooronderzoek is sedert 1926 namelijk vaker gekozen voor een machtigingsstructuur en niet voor een toedeling van de bevoegdheid aan de rechter-commissaris zelf. Voorbeelden zijn de machtiging tot het leggen van conservatoir beslag (zie art. 103), de machtiging tot het opnemen van vertrouwelijke communicatie (art. 126l en 126s) en de machtiging voor een onderzoek van telecommunicatie (art. 126m en 126t). Deze bevoegdheden komen dus niet aan de rechter-commissaris toe en bestaan onafhankelijk van het gerechtelijk vooronderzoek. Met de beschreven veranderingen is de piramidale structuur echter nog niet geheel van tafel geveegd. Het is althans nog steeds zo dat, naarmate de bevoegdheid ingrijpender is, een hogere autoriteit ten opzichte van de opsporingsambtenaren, hetzij in de persoon van de officier van justitie hetzij in de persoon van de rechter, bij de beslissing tot toepassing van die bevoegdheid moet worden betrokken. Die betrokkenheid zelf is echter wel van aard veranderd. Het impliceert niet meer automatisch dat de betreffende bevoegdheid toekomt aan de hogere autoriteit, doch de betrokkenheid van een hogere autoriteit kan ook bestaan uit een door hem (of haar) te verlenen goedkeuring of machtiging. Met name waar het de betrokkenheid van de rechter betreft is diverse malen gekozen voor de machtigingsstructuur. De officier van justitie lijkt nog wel over eigen bevoegdheden te beschikken. Daarvan kan echter worden gezegd dat feitelijk gezien zijn optreden vaak ook niet meer inhoudt dan de goedkeuring van het optreden door opsporingsambtenaren. Dit geldt met name voor de aanhouding buiten heterdaad en de bijzondere opsporingsbevoegdheden. Een uitzondering daarop vormt de inverzekeringsstelling. Een typisch eigen bevoegdheid van de rechter-commissaris is het bevelen van de bewaring.

#### 4.3 *Wat leert vreemd recht?*

In het vorige hoofdstuk hebben we onder andere met het oog op het toedelingsvraagstuk een blik geworpen op het Duitse en Engelse recht. Daarbij kon worden vastgesteld dat zowel in Duitsland als in Engeland ten aanzien van de opsporingsbevoegdheden een piramidale structuur waarneembaar is. Deze piramidale structuur betreft met name de beslissing tot inzet van die bevoegdheden en de controle over die inzet. In beide landen wordt binnen die piramidale structuur rekening gehouden met situaties van spoed en heeterdaad. Voor het overige zijn er grote verschillen tussen beide rechtstelsels die vooral cultuurafhankelijk en historisch bepaald zijn. In het Duitse opsporingsonderzoek zijn het vooral de politie en het OM die de onderzoekshandelingen verrichten en daarvoor over allerlei bevoegdheden beschikken. Daarbij komt betekenis toe aan het onderscheid tussen de *Vorfeldaufklärung* en het *Ermittlungsverfahren*. In de eerste fase speelt de officier van justitie geen rol. Bevoegdheden die geen of nauwelijks inbreuk maken op rechten van verdachten of derden kunnen worden bevolen door de korpschef of de officier van justitie. Zijn grondrechten in het geding dan is meestal een voorafgaande rechterlijke machtiging vereist. De taak van de rechter is in hoofdzaak controlerend van aard. Dat wil niet zeggen dat hij helemaal geen onderzoekshandelingen verricht. In § 162 StPO is aan de Staatsanwalt de mogelijkheid gegeven bij de Ermittlungsrichter een voordracht te doen tot het uitvoeren van onderzoekshandelingen. De rechter treedt dan echter op als verlengde arm van het OM. De officier van justitie houdt de leiding over het onderzoek. Hij raakt dit ook niet kwijt wanneer de rechter als ‘Notstaatsanwalt’ optreedt of op grond van § 166 StPO onderzoekshandelingen verricht (zie paragraaf 3.2.2.3). De Staatsanwaltschaft wordt niet voor niets aangeduid als ‘Herrin’ van het vooronderzoek.

In Engeland speelt de politie een hoofdrol in het opsporingsonderzoek. Formeel heeft de Crown Prosecution Service geen enkele zeggenschap over dat onderzoek (zie paragraaf 3.3.2.2). Hierin wijkt de Engelse regeling dus sterk af van het Duitse recht en ook van het Nederlandse. De taak van de rechter is in het opsporingsonderzoek in Engeland ook veel geringer dan in Duitsland en Nederland. De rechter verricht geen onderzoekshandelingen en slechts in uitzonderingsgevallen is vooraf van hem een machtiging vereist (zie paragraaf 3.3.2.3). De Engelse regeling kent een geheel eigen structuur aangaande de beslissingsbevoegdheid over de inzet van opsporingsmethoden en dwangmiddelen. Het rangenstelsel van de politie speelt daarbij een belangrijke rol. Bepaalde opsporingsmethoden en dwangmiddelen kunnen slechts worden toegepast door functionarissen met een bepaalde rang. Bovendien is vaak de toestemming van een hogere autoriteit binnen het korps

(authorising officer), of buiten het korps (Commissioner of de Secretary of State) vereist.

#### *4.4 Uitgangspunten voor een nieuwe regeling*

##### *4.4.1 Een platte toedelingsstructuur en een piramidale toezichtsstructuur*

Opsporingsbevoegdheden vloeien voort uit de opsporingstaak. Naar algemeen wordt aangenomen heeft dit tot gevolg dat opsporingsambtenaren aan wie die taak is toebedeeld, over opsporingsbevoegdheden kunnen beschikken. Nadere wettelijke normering van de opsporingsbevoegdheden is vereist als het opsporingsmiddel inbreuk maakt op grondrechten of daartoe een reële dreiging vormt. Andere redenen om tot nadere normering over te gaan zijn; de betrouwbaarheid van de bewijsvergaring, het recht van de verdachte op een fair hearing, het vereiste van controleerbaarheid en transparantie en de corruptiegevoeligheid van de opsporingsmethoden. Hoe forser de inbreuk is die op grondrechten wordt gemaakt, of hoe groter de corruptiegevoeligheid, des te preciezer zal de wet moeten zijn en des te groter de waarborgen die zij biedt.<sup>223</sup> Rechtswaarborgen zijn te vinden in de in hoofdstuk 5 te bespreken voorwaarden voor toepassing; de gevallen en gronden. Zij kunnen ook zijn gelegen in het toedelingsvraagstuk; met name in de wijze waarop aan de toedeling van bevoegdheden vorm wordt gegeven. Op de algemene regel dat opsporingsbevoegdheden voortvloeien uit de opsporingstaak en toekomen aan een ieder die met die opsporingstaak is belast, kunnen uit een oogpunt van rechtsbescherming dus restricties worden aangebracht. De vraag is waaruit die restricties moeten bestaan.

In paragraaf 4.1 hebben wij aangegeven dat de bestaande piramidale structuur niet onze voorkeur geniet. Daarmee is niet gezegd dat wij ons niet bewust zijn van het feit dat de uitoefening van bepaalde opsporingsbevoegdheden soms bijzondere eigenschappen veronderstelt om de kwaliteit te waarborgen en dat daarmee in de wet of in een lagere regeling rekening kan of moet worden gehouden. Hierbij gaat het echter vooral om specifieke kwaliteitseisen die worden verondersteld en deze zijn niet per definitie gekoppeld aan het bekleden van een hogere rang of functie binnen of buiten het opsporingsapparaat. Bovendien verschaft de bestaande piramidale structuur weinig inzicht in de feitelijke rol van de betrokken autoriteiten en doet soms gekun-

223 *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, deelrapport 2, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' (G. Knigge & N.J.M. Kwakman).

steld aan.<sup>224</sup> Het is niet zo dat wij aan de inschakeling van een hogere autoriteit bij ingrijpende bevoegdheden geen waarde hechten. In sommige gevallen is die inschakeling gezien de uitleg van het EVRM door het Europees Hof zelfs verplicht (zie paragraaf 2.4.3.3). Het gaat echter om de vorm waarin de bemoeienis moet worden gegoten. Daarin wijken onze opvattingen af van het huidige systeem. Wij gaan uit van een in beginsel platte structuur waar het de toedeling van bevoegdheden betreft. Degene die in de praktijk met de uitvoering is belast, is ook degene aan wie naar onze mening de bevoegdheid moet worden toegekend. Met andere woorden, de bevoegdheden in het opsporingsonderzoek (waartoe dus ook de dwangmiddelen behoren; zie hoofdstuk 2) komen toe aan opsporingsambtenaren. Worden er voor de uitoefening van een bepaalde bevoegdheid bijzondere eigenschappen vereist dan kan bij de regeling van die bevoegdheid daarmee rekening worden gehouden.<sup>225</sup> Wij nemen hier als invalshoek de algemene opsporingstaak toegekend aan algemene opsporingsambtenaren. Voor de toedeling van opsporingsbevoegdheden aan buitengewone opsporingsambtenaren en daarmee samenhangende zaken wordt verwezen naar het deelrapport 'Buitengewone opsporingsambtenaren en opsporingsbevoegdheden in Bijzondere Wetten' (N.J.M. Kwakman). Waar inschakeling van een andere of hogere autoriteit noodzakelijk is, kiezen wij in beginsel voor een toezichtsconstructie in de vorm van een goedkeurings- of machtigingsstructuur. Die toezichtsconstructie wordt gekenmerkt door een piramidale opbouw. Hoe ingrijpender de bevoegdheid, hoe hoger de autoriteit die toezicht houdt. Men zou kunnen spreken van een '*gematigd* piramidale structuur'. Gematigd omdat het piramidale karakter vooral betrekking heeft op de toezichtsconstructie en niet zozeer op de toedeling van de bevoegdheden zelf.

In beginsel komen de opsporingsbevoegdheden dus toe aan de opsporingsambtenaren. Slechts in uitzonderingsgevallen is een beperking op die toedeling van opsporingsbevoegdheden aangewezen. Een daarvan is het voorarrest. De bevoegdheid tot inverzekeringstelling komt toe aan de officier van justitie; het bevel tot bewaring aan de rechter-commissaris; de gevangenhouding aan de raadkamer van de rechtbank. De feitelijke uitvoering kan daarbij aan anderen, zelfs aan derden (bijvoorbeeld de gevangenebewaarder) worden overgelaten. Een andere uitzondering betreft de rechter-commissaris. Hij kan optreden als voorpostrechter en in dat kader bijvoorbeeld een getuige

224 Zie bijvoorbeeld art. 126v Sv waarin is bepaald dat de officier van justitie kan bevelen dat een opsporingsambtenaar met een persoon die geen opsporingsambtenaar is *overeenkomt* dat deze voor de duur van het bevel bijstand verleent aan de opsporing door stelselmatig informatie in te winnen.

225 Voor de wijze waarop (in de wet zelf of in een lagere regeling) zie par. 2.3.

onder dwang of onder ede verhoren. Zijn optreden in het kader van een van een mini-instructie verdient hier ook enige aandacht. Wezenlijk daarbij is dat de rechter-commissaris op basis van de vordering van de officier van justitie, het verzoek van de verdachte of de opdracht van de rechtbank beslist over de wijze waarop het wenselijk geachte onderzoek moet worden uitgevoerd en in hoeverre daartoe gebruik moet worden gemaakt van opsporingsbevoegdheden (zie paragraaf 2.4.3.5). Hij ontleent zijn onderzoeksbevoegdheid dus aan die vordering, dat verzoek of die opdracht en de omvang van het door hem uit te voeren onderzoek wordt daardoor ook tevens begrensd.<sup>226</sup> Aangezien hij zelf geen opsporingsambtenaar is en dus in beginsel ook niet over opsporingsbevoegdheden beschikt, moet hij aan opsporingsambtenaren – en dus ook aan de officier van justitie – de nodige bevelen kunnen geven. Zij – ook de officier van justitie – zijn dan verplicht om aan het bevel gevolg te geven en deze bevelsbevoegdheid geldt voor alle opsporingsbevoegdheden, dus ook voor de ingrijpende activiteiten waarvoor de rechter-commissaris doorgaans op vordering van de officier van justitie een machtiging dient te verlenen. Aan hen komt geen oordeel meer toe omtrent de opportuniteit van de uitvoering van het bevel. Dit volgt uit hetgeen hierboven als wezenlijk werd genoemd bij de mini-instructie namelijk dat de rechter-commissaris, binnen zijn – door de vordering, het verzoek of de opdracht – begrensde onderzoeksopdracht, de leiding heeft van het onderzoek en hij degene is die beslist over de wijze waarop het wenselijk geachte onderzoek moet worden uitgevoerd, en welke middelen daarbij moeten worden ingezet. In wezen lijkt zijn leidinggevende positie dan op die van de officier van justitie. De laatste kan ook als leider van het onderzoek bevelen geven aan het opsporingsapparaat (onderzoekshandelingen door de rechter-commissaris kan hij uitlokken door een vordering) en die bevelen worden niet meer op opportuniteit getoetst (meer over de toetsingscriteria in paragraaf 4.4.4).

#### 4.4.2 Vormen van toezicht

In het gematigd piramidale toedelingssysteem kiezen wij dus voor een toezichtsconstructie. In die toezichtsconstructie zijn de rechtswaARBorgen gelegen die noodzakelijk zijn bij ingrijpende bevoegdheden. Het op exclusieve wijze voorbehouden van bepaalde bevoegdheden aan bepaalde autoriteiten

226 Zie over de positie van de rechter-commissaris als onderzoeker en zijn verhouding tot de officier van justitie, het *Tweede interimrapport van het onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 5, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek' (A.E. Harteveld & E.F. Stamhuis), m.n. par. 5.4 en 5.6.

zoals de officier van justitie (eventueel in getrapte vorm aan de hulpofficier) en de rechter, is slechts uitzondering.

Toezicht kan bestaan uit een toetsing vooraf van de voorgenomen handeling. Een goedkeurings- of machtigingsconstructie (zie voor het verschil paragraaf 4.4.4) wijst op een preventieve toetsing. Een dergelijke toetsing is niet zelden een minimaal vereiste voor de grondwettigheid van de inbreuken die in het kader van het strafvorderlijk onderzoek op de burgerrechten worden gemaakt. Goedkeuring en machtiging zijn echter rekbare begrippen. Zij kunnen ook een toezicht impliceren dat zich uitstrekt over de uitvoering van de bevoegdheid zelf. Daarin is dan tevens een extra waarborg gelegen van de door ons voorgestane toestemmingsconstructie. In sommige gevallen is een voortdurend toezicht of periodieke toetsing noodzakelijk. Denk aan zeer ingrijpende en voortdurende bevoegdheden. Bijvoorbeeld het doorzoeken van plaatsen en woningen en het tappen en afluisteren van vertrouwelijke informatie. De persoonlijke bemoeienis van de toezichthoudende autoriteit met de uit te voeren activiteiten, eventueel in de vorm van een periodieke toetsing, kan dan niet worden gemist. In de wettelijke regeling zal tot uitdrukking kunnen worden gebracht wanneer een dergelijke vorm van toezicht of een periodieke toetsing noodzakelijk wordt geoordeeld. Dit kan met de woorden: 'een doorzoeking vindt plaats onder de leiding van ... .'

#### 4.4.3 De toezichthoudende autoriteiten

Toetsing door de rechter is de optimale variant van toezicht op het concrete handelen.<sup>227</sup> Voor toetsing kunnen naast de rechter ook andere functionarissen figureren; bijvoorbeeld een hogere functionaris of instantie binnen hetzelfde overheidsorgaan (denk aan de hulpofficier bij de politie en de centrale toetsingscommissie bij het openbaar ministerie) of een functionaris buiten de politieorganisatie (denk aan de officier van justitie). Het bepalen van de gevallen waarin de betrokkenheid van bepaalde autoriteiten wordt verlangd is niet alleen een kwestie van het formuleren en volgen van systematische uit-

227 De commissie van Traa stelde kortweg vast dat inbreuken op grondrechten altijd een rechterlijke toetsing vooraf vergen. Zie *Inzake opsporing*, Den Haag, Sdu 1996, p. 458. In de grondrechtenparagraaf van onze Grondwet en in verdragsteksten is voor deze stelling geen ondersteuning te vinden. Slechts in het geval van vrijheidsbeneming (art. 15 GW, art. 5 EVRM, art. 9 IVBP) en bij inbreuken op het briefgeheim (art. 13 GW) wordt rechterlijk toezicht als minimum geformuleerd. Toch is het uitgangspunt in confesso, dat ook andere vormen van schending van een grondrecht in het kader van de strafvorderlijke informatievergaring aan rechterlijk toezicht onderworpen zijn. Zie het tweede interimrapport, deelrapport 5, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek', p. 558.

gangspunten doch ook een kwestie van rechtspolitieke overwegingen. Die overwegingen en de daarop gebaseerde keuzen zijn niet onafhankelijk van de tijdsgeest. Met het formuleren van bovengenoemde uitgangspunten is dus nog niet gezegd aan wie de verschillende bijzondere toezichthoudende bevoegdheden moeten worden toegekend. Op deze plaats kan er aan worden herinnerd dat wij in het tweede interimrapport (deelrapport 4, 'Vervolging en rechtsbescherming', hoofdstuk 2) aan het openbaar ministerie een centrale rol hebben toegekend in het opsporingsonderzoek. Dit heeft uiteraard gevolgen voor het onderhavige vraagstuk. De officier van justitie geeft leiding aan het opsporingsonderzoek en vanuit die positie is hij belast met een algemeen toezicht. Bij meer ingrijpende bevoegdheden (bijvoorbeeld stelselmatige observatie en infiltratie) kan aan hem een bijzonder toezicht worden opgedragen. Gedurende het opsporingsonderzoek behoeven de opsporingsambtenaren voor de uitoefening van die bevoegdheden steeds zijn goedkeuring. Daarnaast valt een aantal inbreuken op rechten van burgers aan te wijzen waarin de betrokkenheid van de rechter naar huidige maatstaven niet kan worden gemist. Allereerst zijn dat op grond van art. 15 GW en art. 5 EVRM de vrijheidsbenemende dwangmiddelen. Vervolgens is een last van de rechter nodig voor het maken van een inbreuk op het briefgeheim. Voor de overige dwangmiddelen is een expliciete grondrechtelijke basis voor het vereiste van rechterlijke betrokkenheid niet te vinden. Uit de rechtspraak van het EHRM over met name art. 8 EVRM kan iets worden afgeleid. Naarmate de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de burger groter is, worden sterkere processuele waarborgen verlangd. Bij de waardering van die waarborgen lijkt de betrokkenheid van een onafhankelijke rechter in de ogen van het Europees Hof te behoren tot het optimum dat geboden kan worden. Dat levert een catalogus op van inbreuken waarbij een rechterlijke tussenkomst noodzakelijk wordt geacht. Te noemen vallen: het onderzoek in woningen, het afluisteren van gesprekken in woningen, het afluisteren van telecommunicatie, het onderscheppen van gegevensverkeer en inzage in poststukken. Ten aanzien van de inbeslagneming speelt het 'civiele' recht van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM een rol: het recht op ongestoord eigendomsrecht. Een vereiste voor voorafgaande rechterlijke tussenkomst is daaruit niet zondermeer af te leiden. Wel zou naarmate de inbreuk op het eigendomsrecht groter wordt, een dergelijke eis 'veiligheidshalve' gesteld kunnen worden. Bijvoorbeeld bij een conservatoir beslag. In ieder geval zal een 'effective remedy', in de vorm van een beklagmogelijkheid bij de rechter aanwezig moeten zijn. Dwangmiddelen waarbij een inbreuk op de lichamelijke



integriteit wordt gemaakt zullen op grond van art. 11 GW wettelijk genormeerd dienen te zijn. Het folterverbod vervult in deze ook een rol.<sup>228</sup> Met name bij gedwongen ingrepen in het menselijk lichaam zullen sterkere processuele eisen hebben te gelden, wellicht uitmondend in de eis van rechterlijke toetsing vooraf. Gedwongen bloedafname lijkt het evenmin zonder zo'n toetsing door de rechter te kunnen stellen. Bij elkaar is dus al een globaal beeld te schetsen van de gevallen waarin de rechter-commissaris zeker een rol moet spelen. Bij alles wat daarbuiten ligt, zijn de afwegingen of de rechter al dan niet wordt ingezet wat vrijer van aard. In het tweede interimrapport (deelrapport 5, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek', p. 562) wordt in dit verband ook nog gewezen op de technische ontwikkelingen, met name op het gebied van de telecommunicatie en de informatietechnologie. Die maken het mogelijk om op een veel snellere en meer efficiënte wijze de rechterlijke betrokkenheid te realiseren dan bij de inwerkingstelling van het bestaande wetboek het geval was. De genoemde ontwikkelingen hebben het mogelijk gemaakt om ook in gevallen waarin spoed is geboden een voorafgaande rechterlijke machtiging te eisen bij de uitoefening van bepaalde bevoegdheden. Die lijn doortrekkende kan wellicht in meer gevallen dan in het huidige recht de waarborg van een voorafgaande rechterlijke toetsing worden geboden.

#### 4.4.4 De toetsingscriteria

De criteria waaraan kan worden getoetst zijn afhankelijk van de autoriteit die met de toetsing is belast. Buiten zijn functie als 'voorpostrechter' heeft de rechter-commissaris in onze voorstellen slechts een beperkte onderzoekstaak in de mini-instructie op vordering van de officier van justitie of op verzoek van de verdachte (zie paragraaf 4.4.1). In zijn functie als machtigingsrechter kan hem alleen de deugdelijke onafhankelijke afweging ten aanzien van de rechtmatigheid worden aangerekend. Die rechtmatigheidstoetsing omvat een toetsing aan de gevallen en de gronden voor uitoefening van de bevoegdheid en aan de algemene beginselen. Wanneer de wet niet nader aangeeft moeten de beginselen van de proportionaliteit en de subsidiariteit worden getoetst in de zin van niet disproportioneel of in strijd met de subsidiariteit. Hetzelfde geldt voor de vraag of de opsporingsmethode of dwangmiddel

228 Niet het in art. 6 EVRM besloten liggende nemo tenetur-beginsel. Zie het Saunders-arrest waarin werd uitgemaakt dat juist het afnemen van bloed, urine e.d. geen inbreuk oplevert op dat beginsel (EHRM 20 oktober 1997, NJ 1998, 785). Meer hierover in par. 2.4.3.3. Zie ook het *Tweede interimrapport, deelrapport 5, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek'* (A.E. Hartevelde & E.F. Stamhuis), p. 562.

noodzakelijk is in het belang van het onderzoek. De daadwerkelijke doelmatigheidstoetsing, de opportuniteitsoverweging, berust bij degene die leiding geeft aan het opsporingsonderzoek en als initiatiefnemer van de bevoegdheid is opgetreden. Zodra bij de wettelijke voorwaarden echter toetsingspunten worden opgenomen die verwijzen naar een doelmatigheidsoverweging zoals 'dringende noodzaak' voor toepassing, dan krijgt dit beleidsaspect krachtens de wet een plaats in het beslissende oordeel van de rechter. In dat geval moet de rechter vol toetsen. Hij kan dan niet volstaan met het oordeel dat de officier van justitie in redelijkheid heeft kunnen komen tot het standpunt dat de dringende noodzaak aanwezig is. Voor meer informatie over de toetsing door de rechter verwijzen wij naar het tweede interimrapport, deelrapport 5, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek', met name paragraaf 5.3.3 en paragraaf 5.6.

Bij de officier van justitie is het toezicht niet beperkt tot een rechtmatigheidstoetsing. De officier van justitie is een opsporingsambtenaar en in die zin beschikt hij over alle opsporingsbevoegdheden waarover iedere opsporingsambtenaar beschikt. Bovendien heeft hij de leiding van het opsporingsonderzoek, treedt als initiatiefnemer op en kan uit dien hoofde aan opsporingsambtenaren bevelen geven.<sup>229</sup> Gezien zijn speciale positie liggen in zijn beslissingen altijd opportuniteitsoverwegingen besloten. Er is geen enkele reden zijn goedkeuringsbeslissing daarvan uit te zonderen. Zijn preventieve toetsing omvat daarom naast een rechtmatigheidsoordeel ook een doelmatigheidsoordeel.

Er is dus een duidelijk verschil tussen de toestemming van de rechter en de toestemming van de officier van justitie. De rechter oordeelt in beginsel niet over de opportuniteit van de gevraagde handelingen. De officier van justitie doet dit wel. Om dit verschil tot uitdrukking te brengen spreken wij bij toestemming door de rechter van een machtiging en bij toestemming door de officier van justitie van een goedkeuring. De winst van een toetsing door de rechter in de vorm van een machtiging is met name gelegen in zijn in velelei opzichten, ook ten opzichte van het onderzoek zelf, onafhankelijke positie.<sup>230</sup> De winst van een goedkeuring door de officier van justitie vraagt

229 Deze bevelsbevoegdheid vloeit voort uit de gezagsverhouding en betekent dus niet dat de bevolen bevoegdheid met uitsluiting van de andere opsporingsambtenaren aan de officier van justitie is voorbehouden. Het bevel heeft hier dus een andere betekenis dan bijvoorbeeld in de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden.

230 Vandaar dat de onderzoeksgroep er voor pleit de onderzoekstaken van de rechter-commissaris zo beperkt mogelijk te houden. Zie het tweede interimrapport, deelrapport 5, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek'. In Engeland wordt zelfs het vragen van een machtiging aan de rechter aangemerkt als een gevaar voor zijn onafhankelijkheid. Het betrekken van de rechter in het beslissingsproces

→

wat meer uitleg. Hij is geen rechterlijke autoriteit in de zin van art. 5, derde lid EVRM. Als lid van de staande magistratuur mag van hem wel worden verwacht dat hij beschikt over de benodigde juridische kennis en dat hij in staat is voldoende afstand te kunnen nemen van de zaak waarbij hij betrokken is om deze op een meer onafhankelijke en onpartijdige wijze te beoordelen dan de politiemensen die dicht op het onderzoek zitten en direkt betrokken zijn bij de uitvoering. Met zijn inschakeling kan de controle, de integriteit, de eenheid en de objectiviteit van het optreden in het kader van het opsporingsonderzoek beter worden gegarandeerd.<sup>231</sup> Bovendien kan hij op het onderzoek ter terechtzitting op de rechtmatigheid van het optreden van de opsporingsambtenaren worden aangesproken, hetgeen zijn betrokkenheid terzake zal vergroten (zie over de positie van het OM verder het tweede interimrapport, deelrapport 4, 'Vervolg en rechtsbescherming', hoofdstuk 2).

#### 4.4.5 Plaatsvervangend optreden bij spoed en heterdaad

In paragraaf 4.2 is er op gewezen dat heterdaad en spoed al sinds jaar en dag een rechtvaardiging vormen voor de toekenning van ruime bevoegdheden aan politie en justitie en soms zelfs aan derden. In het Duitse en Engelse recht is dat niet anders (zie hoofdstuk 3).

Ontdekking op heterdaad heeft plaats wanneer het strafbare feit wordt ontdekt terwijl het wordt begaan of terstond nadat het is begaan. Het wordt niet langer aanwezig geacht dan kort na het feit van ontdekking (art. 128 Sv). Heterdaad vormt in het huidige recht een sleutelbegrip als het gaat om opsporingsbevoegdheden. Het verruimt niet alleen het aantal gevallen waarin kan worden aangehouden en in beslaggenomen, het verruimt ook de categorie van personen aan wie die bevoegdheden toekomt (zie de artt. 53-55 en de artt. 95-98 Sv; zie ook paragraaf 4.2). Bij ontdekking op heterdaad komen zelfs aan de burger de bevoegdheden van aanhouding (art. 53, lid 1) en inbeslagname (art. 95, lid 1) toe. Volgens het oude wetboek van strafvordering was het regel dat uitsluitend de rechter-commissaris tot het verrichten van 'daden van instructie' bevoegd was en dat slechts de rechter bevel tot inhechtenisname mocht geven. Alleen in het geval van ontdekking op heterdaad konden deze bevoegdheden worden uitgeoefend door politie en justitie.

←

'would compromise the independence of the judiciary'. Zie par. 3.3.2.3 en P.J.P. Tak, 'Engeland en Wales', in: P.J.P. Tak, *Heimelijke opsporing in de Europese Unie*, Antwerpen-Groningen, 2000, p. 207-298, m.n. p. 227.

231 De praktijk laat overigens ook wel eens een minder positief beeld zien van het OM. In het laatste onderzoeksjaar zal aan de plaats van het OM nog nader aandacht worden besteed.

Heterdaad beïnvloedde dus de toedeling van bevoegdheden en raakte daarmee aan toedelingsvraagstuk. Argumenten voor het creëren van deze rechtvaardigingsgrond waren; de verhoogde kans met de schuldige van doen te hebben; de geringe kans op een gerechtelijke dwaling (hetgeen vooral ten tijde van de doodstraf belangrijk was); en de wens te verhinderen dat bewijsmateriaal verloren zou gaan.<sup>232</sup> De noodzaak van plaatsvervangend optreden is hierbij van grote betekenis geweest. Het optreden van de bevoegde autoriteit kon en hoefde in de gegeven omstandigheden niet te worden afgewacht. Voor dat geval zou de situatie dus kunnen worden aangemerkt als een soort noodtoestand of noodweersituatie waaraan een einde mag worden gemaakt.

Het is de vraag of de bijzondere regeling van de ‘heterdaad’ moet worden gehandhaafd en zo ja, in welke zin. In onze voorstellen komen de meeste opsporingsbevoegdheden toe aan de opsporingsambtenaren, al dan niet onder de voorwaarde van goedkeuring of machtiging door de officier van justitie respectievelijk de rechter-commissaris. Dit neemt niet weg dat de genoemde argumenten nog steeds actueel zijn. Het kan nog steeds zo zijn dat bij ontdekking op heterdaad het optreden van de naar normale regels van procesrecht bevoegde autoriteit, dan wel de voorgeschreven goedkeuring of machtiging niet kan worden afgewacht, omdat direct handelen noodzakelijk is, onder andere voor het veilig stellen van bewijs (denk bijvoorbeeld aan de overmeestering door een burger van zijn belager waarbij hij de verdachte tevens het mes afpakt waarmee hij werd bedreigd). De grote mate van waarschijnlijkheid over het daderschap en de kleine kans op een gerechtelijke dwaling rechtvaardigen ook dan een uitzondering op de normale regels. Een speciale regeling voor heterdaad, blijft daarom bij de nieuwe systematische uitgangspunten van betekenis.

Min of meer verwant aan de behoefte van het plaatsvervangende optreden bij de ontdekking op heterdaad is het vraagstuk van spoed. Ook buiten ontdekking op heterdaad kan de situatie zich voordoen dat het optreden van de bevoegde autoriteit of de benodigde goedkeuring of machtiging niet kan worden afgewacht en direct handelen noodzakelijk is voor het veilig stellen van bewijsmateriaal. Moet voor deze gevallen ook aan een verruiming van bevoegdheden worden gedacht of zijn andere oplossingen denkbaar? Denk bijvoorbeeld aan bevrozing van de situatie ter plaatse. Naar huidig recht kan een spoedbevoegdheid alleen bij dringende noodzakelijkheid worden uitgeoefend (zie bijvoorbeeld art. 96c lid 2 Sv en art. 97 lid 1 Sv). De mogelijkheid van bevrozing kan die dringende noodzakelijkheid doen verminderen.

232 Melai, *Wetboek van Strafvordering*, art. 128, aant. 1-3.

Naar onze mening zal aan spoed ook in het toekomstige recht betekenis moeten worden toegekend, al zal een situatie van spoed en onbereikbaarheid van de bevoegde personen zich – met de huidige communicatiemiddelen en andere technische verworvenheden – niet zo snel voordoen. Verschillende oplossingen zijn denkbaar waaronder plaatsvervangend optreden en autorisatie achteraf (vergelijk in dit verband het Duitse en Engelse recht besproken in hoofdstuk 3, met name paragraaf 3.2.3 en paragraaf 3.3.3). Hierbij wijzen we er nogmaals op dat in onze voorstellen de meeste opsporingsbevoegdheden al zijn toebedeeld aan de opsporingsambtenaren al dan niet onder de voorwaarde van goedkeuring of machtiging door respectievelijk de officier van justitie en de rechter-commissaris. Problemen zullen zich dus met name voordoen in de toezichtssfeer, bij het verkrijgen van de voorgescreven goedkeuring of machtiging.

## **5 Voorwaarden bij opsporingsbevoegdheden**

### *5.1 Inleiding*

Het strafprocesrecht kent allerlei, soms diep ingrijpende bevoegdheden toe. Het is niet toegestaan zomaar strafprocessuele bevoegdheden te hanteren. Steeds zal aan een aantal voorwaarden moeten zijn voldaan. Welke autoriteiten bevoegd zijn is in het vorige hoofdstuk over het toedelingsvraagstuk aan de orde geweest. Formaliteiten, waaronder verbalisering en notificatie, komen hier evenmin ter sprake. Zij dienen met name het toezicht op de toepassing van opsporingsbevoegdheden, hetgeen in dit onderzoek als een zelfstandig thema in hoofdstuk 7 aan de orde wordt gesteld. In dit hoofdstuk gaat het meer specifiek over de toepassingsvoorwaarden die aan het overheidsoptreden kunnen worden gesteld. Aan de orde komen daarbij de volgende onderwerpen:

- a de rol van rechtsbeginselen;
- b de betekenis van het verdenkingscriterium;
- c de in een wettelijke regeling te hanteren criteria voor de aanduiding van de ‘gevallen’ waarin een bevoegdheid mag worden gehanteerd;
- d de aanduiding van de ‘gronden’ met het oog waarop opsporingsbevoegdheden mogen worden toegepast.

## 5.2 *Het huidige recht*

De overheid is bij het uitoefenen van macht en bevoegdheden gebonden aan regels. Niet elke opsporingshandeling berust op een aparte, specifieke wettelijke grondslag. Voor het gewone werk wordt een taakstellende bepaling als regel voldoende geoordeeld. Een nadere wettelijke normering van de opsporingstaak is noodzakelijk als het opsporingsmiddel inbreuk maakt op grondrechten of daartoe een reële dreiging vormt. Naarmate de bevoegdheid ingrijpender is, neemt de precisie van de wettelijke regeling toe. Met de introductie van de 'bijzondere opsporingsbevoegdheden' in het wetboek is dit uitgangspunt aangevuld. Naast de inbreuk op rechten en vrijheden van burgers wordt een wettelijke regeling van van opsporingsactiviteiten ook wenselijk geacht ter beperking van de risico's voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing (zie paragraaf 2.2 van het onderhavige deelrapport).

Een inbreuk op de grondrechten kan alleen rechtmatig zijn, wanneer het daarmee beoogde doel dit optreden rechtvaardigt. Het na te streven doel moet zorgvuldig worden afgewogen tegen de vrijheidsbeperkingen voor de individuele persoon. In abstracto bepaalt de wetgever hoe ver met het oog op de strafvordering die vrijheid mag worden ingeperkt. Hij is daarbij gebonden aan fundamentele rechtsbeginselen zoals het recht op een eerlijk proces van de verdachte (art. 6 EVRM en art. 14 IVBP) en het recht op respectering van de persoonlijke levenssfeer van de verdachte en derden (art. 8 EVRM en art. 17 IVBP; zie ook art. 10 Gw). De mensenrechtenverdragen en de uitleg van het EVRM door het EHRM hebben de Nederlandse strafrechtspiegers bewuster gemaakt van de beginselen waaraan een behoorlijke strafrechtspiegeling moet beantwoorden. Die beginselen speelden echter ook vóór de inwerkingtreding van deze verdragen al een rol in de Nederlandse strafrechtspiegeling. Zij liggen ten gronde aan het wetboek van strafvordering en zijn in de uitwerking van specifieke voorwaarden te herkennen.<sup>233</sup>

In het wetboek van strafvordering zijn de belangrijkste opsporingsbevoegdheden, soms zeer tot in detail, geregeld.<sup>234</sup> Kernbegrippen daarbij zijn:

233 In het *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafproceduur 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, deelrapport, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' (G. Knigge & N.J.M. Kwakman), hoofdstuk 5 is aandacht besteed aan de meest relevante uitspraken van het EHRM en is ingegaan op de betekenis van de EVRM-garanties voor de normering van opsporingsbevoegdheden, m.n. in het licht van de 'rule of law'. In par. 2.4.3.3 van het onderhavige deelrapport is, ter aanvulling van dat betoog van Knigge en Kwakman, nader ingegaan op de rechtspraak van het EHRM, waaruit meer concreet waarborgen of voorwaarden voor de toepassing van opsporingsbevoegdheden kunnen worden gedestilleerd.

234 Naast het wetboek van strafvordering bevatten ook allerlei bijzondere wetten strafpro-  
→

de verdenking; de gevallen waarin een bevoegdheid kan worden uitgeoefend; en de gronden voor die uitoefening. Tezamen geven zij vorm aan de toepassingsvoorwaarden voor opsporingsbevoegdheden. In vogelvlucht laten wij deze kernbegrippen de revue passeren.

(a) de verdenking

Hantering van strafprocessuele bevoegdheden wordt in het wetboek altijd voorafgegaan door de verdenking dat er een in de wet omschreven strafbaar feit is begaan (art. 27, lid 1 Sv) danwel dat er in georganiseerd verband bepaalde ernstige misdrijven worden beraamd (art. 132a Sv). Bij dwangmiddelen moet het vermoeden vaak een bepaalde persoon betreffen (zie bijvoorbeeld de art. 52 Sv e.v.). Soms is een redelijk vermoeden van schuld niet voldoende, met name niet wanneer het dwangmiddel erg ingrijpend is. Er moet dan sprake zijn van ernstige bezwaren (zie bijvoorbeeld de art. 56 en 67 lid 3 Sv). Bepaalde dwangmiddelen kunnen door bepaalde personen of functionarissen slechts worden uitgeoefend in een heterdaadsituatie (zie de art. 53, 55 en 55a Sv). In deze voorwaarde zit een (zeer) stevige verdenking ingebakken. De verdenkingsvoorwaarde kent derhalve verschillende gradaties. In grote lijnen kan men vaststellen dat naarmate de bevoegdheden ingrijpender zijn of de kring van bevoegden ruimer, vaak een hogere graad van verdenking wordt vereist.

Traditioneel gold voor strafvorderlijk optreden als basisvoorwaarde een verdenking in de zin van art. 27, lid 1 Sv. De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden heeft in dit opzicht voor een verruiming gezorgd. Ook als er sprake is van een redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband bepaalde zware misdrijven worden beraamd of gepleegd (zie art. 132a Sv), mogen dwangmiddelen worden gebruikt.<sup>235</sup> Deze verruiming is een gevolg van het feit dat in de jurisprudentie en vaak ook in de literatuur, ervan werd uitgegaan, dat er zonder een verdenking in de zin van art. 27 lid 1 Sv, geen sprake

←

cessuele bepalingen, waaronder regelingen aangaande opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen. Meer hierover in het deelrapport 'De verhouding tussen het Wetboek van Strafvordering, de opsporingsbevoegdheden in bijzondere wetten en de buitengewone opsporing' (N.J.M. Kwakman).

235 In de literatuur wordt, naar onze mening niet ten onrechte, verdedigd dat in art. 132a Sv niet met de klassieke verdenkingsvoorwaarde is gebroken, omdat het vereiste van een 'georganiseerd verband' steeds de verdenking van een strafbaar feit (namelijk deelneming aan een criminele organisatie; zie art. 140 Sv) impliceert. Zie *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*. 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak', (G.Knigge & N.J.M. Kwakman), par. 14.2.(8).

kon zijn van strafvorderlijk optreden. De onderzoeksactiviteiten in de ‘voor-fase’ kwamen daardoor in een juridisch vacuüm terecht, hetgeen met de IRT-affaire op pijnlijke wijze duidelijk werd.<sup>236</sup> De wetgever heeft ingeval van onderzoek naar de georganiseerde criminaliteit de grens naar voren willen schuiven, in die zin dat de opsporing kan aanvangen voordat er sprake is van een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is begaan.<sup>237</sup>

Het optreden zonder verdenking als omschreven in art. 27, eerste lid Sv of art. 132a Sv wordt nog steeds niet aangemerkt als strafvorderlijk optreden. Dit geldt ook voor het in art. 126gg Sv omschreven verkennende onderzoek dat onder leiding van de officier van justitie moet plaatsvinden. Het onderzoek dient volgens de wetgever slechts ter voorbereiding van het opsporingsonderzoek. Ondanks het feit dat het gebruik van opsporingsbevoegdheden is uitgesloten, kan het verkennende onderzoek wel (een beperkte) inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer van personen die deel uitmaken van de onderzochte groep. Om die reden wilde de wetgever ook voor dit onderzoek een wettelijke basis. De keuze voor een plaats in het wetboek berust waarschijnlijk op louter pragmatische gronden. Het is aannemelijk dat het verkennende onderzoek alleen in het wetboek is gekomen omdat de wetgever daarin de regeling omtrent de bijzondere opsporingsmethoden zoveel mogelijk compleet wilde regelen. Met die regeling is de erkenning van het verkennend onderzoek verknocht, terwijl de enkele bepaling over dat onderzoek gemakkelijk zou raken als die in een andere wet, bijvoorbeeld de Politiewet zou zijn opgenomen.<sup>238</sup>

236 De mensenrechtenverdragen hebben hier ook een belangrijke bijdrage geleverd. Door de begrippen strafvordering en opsporing eng te interpreteren werd handelen van politie en justitie buiten de strafwetgeving gehouden. Niet in de laatste plaats door de rechtspraak van het EHRM, gingen het recht van de verdachte op een eerlijk proces (art. 6 EVRM; zie ook art. 14 IVBP) en het recht op respectering van de persoonlijke levenssfeer van de verdachte en derden (art. 8 EVRM en art. 17 IVBP) in de discussie een belangrijke plaats innemen, hetgeen uiteindelijk leidde tot uitbreiding van wetgeving (zie hierover in hoofdstuk 2).

237 Zie het *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*. ‘Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak’, (G. Knigge & N.J.M. Kwakman), par. 2. De grens tussen ‘vroegsporing’ en opsporing was bij een aantal zware misdrijven al eerder naar voren geschoven door de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen in art. 46 Sr.

238 Zie P.A.M. Mevis in: Cleiren/Nijboer 1999, (*T&C Sv*), Wet BOB 25 403, Titel VC, Art. 126gg, aant. 3. Het Wetboek van Strafvordering biedt overigens nog een voorbeeld van optreden zonder verdenking door opsporingsambtenaren in het kader van misdaadbestrijding, namelijk de controlebevoegdheid omschreven in art. 552 Sv.



(b) de gevallen

De wetgever heeft terughoudendheid betracht door de gevallen waarin een opsporingsbevoegdheid mag worden toegepast in de wet aan te duiden en bij meer ingrijpende bevoegdheden op voorhand te beperken. Met name waar het vrijheidsbenemende bevoegdheden betreft of waar zij een min of meer ernstige inbreuk opleveren op de persoonlijke levenssfeer gelden deze beperkingen.

Naar geldend recht kan iedere verdachte worden staande gehouden ongeacht het feit waarvan hij wordt verdacht (art. 52 Sv). In geval van ontdekking op heterdaad kan ook iedere verdachte worden aangehouden ongeacht het feit waarvan de ontdekking op heterdaad plaatsvond (art. 53 Sv). Bij aanhouding buiten heterdaad en inverzekeringstelling zijn de voorwaarden aangescherpt (art. 54 en 58 Sv). In beide gevallen zal het moeten gaan om feiten waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten. Art. 54 Sv voegt daarvoor wat betreft de aanhouding nog het opgeven van valse identiteitsgegevens aan toe. De gevallen waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten zijn omschreven in art. 67 Sv. Meer algemeen gaat het daarbij om misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaren of meer is gesteld. Daarnaast zijn een aantal specifieke feiten aangewezen. Vervolgens is als geval nog apart genoemd de situatie dat van de verdachte geen vaste woon- of verblijfplaats in Nederland kan worden vastgesteld en hij wordt verdacht van een misdrijf waarvan de rechtbanken kennis nemen en waarop naar wettelijke omschrijving gevangenisstraf is gesteld.<sup>239</sup> Bij inbeslagnemingen en doorzoekingen wordt naast heterdaad ook aansluiting gezocht bij de gevallen waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten (zie de art. 96-97 Sv).

Omdat het gelasten van een DNA-onderzoek op sporenmateriaal geen inbreuk op de rechten van de verdachte oplevert, is de uitoefening van deze bevoegdheid niet aan verdere voorwaarden gebonden (art. 151a Sv). Gaat het daarentegen om verplichte bloedafname voor DNA-onderzoek, dan moet de (gekwalficeerde) verdenking een misdrijf betreffen waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaar of meer is gesteld, of betrekking hebben op een van de afzonderlijk genoemde misdrijven. Bovendien moet het onderzoek dringend noodzakelijk zijn voor het aan de dag brengen van de waarheid (art. 195d Sv). De wijze van beperking van de ge-

<sup>239</sup> Deze laatste voorwaarde komt alleen bij de inverzekeringstelling terug. In de overige situaties dat aansluiting wordt gezocht bij de gevallen waarin voorlopige hechtenis is toegelaten, wordt steeds verwezen naar het bepaalde in art. 67 lid 1 Sv en daarin wordt de betreffende voorwaarde niet genoemd.

vallen waarin bloed kan worden afgenomen wijkt hiermee enigszins af van de gebruikelijke wijze in het wetboek. Er wordt namelijk geen aansluiting gezocht bij de regeling van voorlopige hechtenis.

Bij de bijzondere opsporingsmethoden is voor wat betreft de gevallen een onderscheid gemaakt tussen bijzondere bevoegdheden tot opsporing (Titel IVa eerste Boek) en bijzondere bevoegdheden tot opsporing voor het onderzoek naar het beramen of plegen van ernstige misdrijven in georganiseerdverband (Titel V, eerste Boek). De in deze titels beschreven bevoegdheden luiden materieel gezien vrijwel gelijk. De bepalingen wijken in grote lijnen alleen van elkaar af op het punt van de categorieën (zie met name art. 126g Sv en art. 126o Sv). Het verschil is gelegen in de toespitsing van de bevoegdheden in Titel V op het onderzoek naar het georganiseerde verband.<sup>240</sup> Titel IVa noemt drie categorieën: misdrijf (art. 126g lid 1 Sv, art. 126j lid 1); misdrijf als bedoeld in art. 67 lid 1 (art. 126i lid 1, art. 126k lid 1, art. 126n lid 1); een misdrijf als bedoeld in art. 67 lid 1 dat gezien zijn aard (bijvoorbeeld gewelddadig) of de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven (grootschalige corruptie bijvoorbeeld) een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert (art. 126g lid 2, art. 126h lid 1, art. 126l lid 1, art. 126m lid 1). In Titel V gaat het er steeds om dat in georganiseerd verband misdrijven als omschreven in art. 67 lid 1 Sv worden beraamd of gepleegd die gezien hun aard of samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren.

(c) de gronden

In de wet zijn niet alleen de gevallen waarin een bevoegdheid mag worden aangewend genoemd, ook het doel ofwel de grond waarmee een bevoegdheid wordt uitgeoefend is vaak nader omschreven. Afhankelijk van de ruimte die de omschrijving laat, werkt deze doelbinding meer of minder beperkend. De in het wetboek geformuleerde gronden zijn: het belang van het onderzoek (zie art. 57 Sv en de regeling van bijzondere opsporingsbevoegdheden); waarheidsvinding (zeer uitdrukkelijk in art. 195d lid 3 Sv); het veilig stellen van de tenuitvoerlegging en beveiliging tegen gevaarlijke personen en voorwerpen (meer of minder verscholen in de regeling van beslag en voorlopige hechtenis); reageren op de geschokte rechtsorde (zie bijvoorbeeld art. 67 lid

240 Hoewel de legitimatie van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden dikwijls (mede) wordt gevonden in de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit, is de toepassing van deze methoden, blijkens het bestaan van Titel IVa, niet beperkt tot bestrijding van de criminaliteit in georganiseerd verband.

2 sub 1); recent is daar aan toegevoegd het voorkomen van strafbare feiten die in georganiseerd verband worden beraamd (zie Titel V eerste Boek: Bijzondere bevoegdheden tot opsporing voor het onderzoek naar het beramen of plegen van ernstige misdrijven in georganiseerd verband); de afname van bloed of andere lichaamsstoffen is volgens de regeling in het wetboek van strafvordering (art. 195d) alleen toegelaten ten behoeve van DNA onderzoek (art. 195d).<sup>241</sup> Onder andere in deze beperkte grond onderscheidt de regeling van bloedafname in het wetboek zich van de bloedafname in art. 163 WvW 1994 ten behoeve van de vaststelling van het alcoholpercentage in het bloed.

Er zijn ook dwangmiddelen die zijn bedoeld om de hantering van andere dwangmiddelen mogelijk te maken, de zogenaamde steundwangmiddelen. Het betreden van plaatsen zonder toestemming van de bewoner geschiedt nooit met het oog op het betreden zelf, maar om ter plaatse een bepaalde ambtshandeling te verrichten zoals aanhouding of inbeslagneming. Het doel van de aanhouding is het geleiden van de verdachte naar een plaats van verhoor.

### 5.3 *Wat leert vreemd recht?*

In het derde hoofdstuk hebben we een blik geworpen op de normering van opsporingsbevoegdheden in Duitsland en Engeland. Daarbij hebben we gezien dat ook in die landen de toekenning van bevoegdheden gepaard gaat met een binding aan regels met een waarborgkarakter. Sommige van die regels, waaronder de aanwijzing van bevoegden en de toezichtsstructuur, zijn in het vorige hoofdstuk nader aan de orde geweest. Hier gaat het om de (overige) toepassingsvoorwaarden. Een korte samenvatting:

In Duitsland (paragraaf 3.2.1) worden zowel in de diverse politiewetten als in het wetboek van strafvordering gevallen en gronden genoemd voor de toepassing van meer ingrijpende bevoegdheden. De vaststelling van deze gevallen en gronden zijn ook daar het resultaat van een afweging van de betrokken belangen, rekening houdend met de ingrijpendheid van de methode. Bepaalde ingrijpende bijzondere opsporingsbevoegdheden zijn in de diverse politiewetten bijvoorbeeld alleen toegestaan ter bestrijding van 'Straftaten von erheblicher Bedeutung' en/of voor het afwenden van gevaar voor het leven, de lichamelijke integriteit of de vrijheid van personen. Het begrip 'Straftaten von erheblicher Bedeutung' is nader omlijnd zonder dat precies vaststaat welke strafbare feiten tot deze categorie behoren. De politiewetten

241 Daarmee onderscheidt deze regeling zich van de bloedafname ten behoeve van de vaststelling van het alcoholpercentage in het bloed als bedoeld in art. 163 WvW 1994.

geven slechts voorbeelden, een zogenaamde 'Beispielkatalog'. Van een limitatieve opsomming is geen sprake. Sommige onderzoeksmethoden zijn in het geheel niet toegestaan in de 'Vorfeldfase', zoals de telefoontap en de postvang. In het wetboek van strafvordering zijn de meer ingrijpende strafvorderlijke bevoegdheden eveneens beperkt tot bepaalde in de wet genoemde gevallen en gronden. Voor de vaststelling van die gevallen hanteert het wetboek verschillende methoden: – diverse dwangmiddelen kennen een zogenaamde 'Straftatenkatalog', een limitatieve opsomming van strafbare feiten, vergelijkbaar met de lijst in art. 67, lid 1 sub c Sv; – soms wordt ook hier gewerkt met de aanduiding 'Straftaten von erheblicher Bedeutung', maar in het wetboek zelf is dat begrip niet nader gedefinieerd. Uit de memorie van toelichting bij het 'Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität' van 15 juli 1992 valt af te leiden dat het moet gaan om daden die 'den Rechtsfrieden empfindlich stören und geeignet sind, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen.' Die daden zijn minstens van 'mittleren Kriminalität' en maatgevend daarbij zijn niet zozeer de abstracte delictsbestanddelen alswel het onrecht dat in het concrete, individuele geval wordt teweeggebracht; – tot slot gebruikt de wet opsommingen van complexen van strafbare feiten, zoals feiten op het gebied van de wapenhandel of illegale drugshandel of in georganiseerd verband begane feiten.

Dat het optreden noodzakelijk moet zijn, is in veel gevallen expliciet voorgeschreven. In de politiewetten is daarnaast in meer algemene termen voorgeschreven dat het optreden van de politie doeldienstig moet zijn en moet voldoen aan de voorwaarden van proportionaliteit en subsidiariteit. Deze voorwaarden zijn ook in het wetboek van strafvordering tot uitdrukking gebracht, onder andere wanneer de wet eisen stelt aan de doelgerichtheid. Het dwangmiddel moet bijvoorbeeld dienstig kunnen zijn aan de opheldering van feiten of kunnen leiden tot arrestatie van de verdachte c.q. het vinden van zijn verblijfplaats. Op diverse plaatsen stelt de wet als voorwaarde dat bij het achterwege blijven van het middel het onderzoek minder succesvol, aanzienlijk verzaamd, danwel tot mislukken gedoemd zal zijn. Het wetboek kent dus diverse gradaties van subsidiariteit.

De redelijke verdenking speelt een belangrijke rol bij het onderscheid tussen het Ermittlungsverfahren (de reactieve fase van de opsporing) en de fase die daaraan voorafgaat, de 'Vorfeldaufklärung'. Naarmate de bevoegdheden ingrijpender zijn wordt tijdens het Ermittlungsverfahren vaak een hogere graad van verdenking vereist.

De Engelse wetten (paragraaf 3.3.1) bieden eveneens een veelal gedetailleerde regeling van toepassingsvoorwaarden voor de meer ingrijpende bevoegdheden. Zo voorziet de PACE, in criteria voor de meer klassieke

dwangmiddelen zoals de staandhouding en aanhouding, het onderzoek aan kleding, de doorzoeking van plaatsen en binnentreding, de inbeslagneming, het verhoor en de inverzekeringstelling. Sommige van deze dwangmiddelen kunnen slechts worden toegepast als er sprake is van delicten van een bepaalde categorie. Met name de categorieën 'arrestable offence' en 'serious arrestable offence' zijn van belang voor de toepassing van dwangmiddelen. Welke feiten daaronder vallen is aangegeven in s. 24 en s. 116 van de PACE. Naast de gevallen, noemt de PACE ook gronden voor toepassing van deze bevoegdheden. Bovendien wordt uitgegaan van een concrete verdenking. De PACE kent meerdere graden van verdenking. Al naar gelang de toepassing van dwangmiddelen een grotere inbreuk op de vrijheidsrechten oplevert, is een hogere graad van verdenking vereist.

In de PACE worden ook bevoegdheden geregeld en gronden genoemd die wijzen op handelingen die meer liggen in de proactieve of preventieve sfeer, zoals preventief onderzoek aan personen en voertuigen wanneer bepaalde omstandigheden zich voordoen. In het Engelse recht bestaat immers geen scherpe scheiding tussen proactieve en reactieve opsporing. Van een concrete verdenking hoeft dan geen sprake te zijn.

De opsporingsmethoden die zijn geregeld in de Police Act van 1997 komen aan de orde bij 'serious crime'. Wat daaronder wordt verstaan is omschreven in s. 93(4) Police Act. In de RIPA wordt ook verwezen naar 'serious crime'. Voor beide Acts geldt dat het optreden noodzakelijk moet zijn met het oog op het voorkomen of opsporen van 'serious crime'. Verder is van betekenis of datgene wat met het optreden wordt beoogd, naar alle redelijkheid niet met andere middelen kan worden bereikt. De proportionaliteit en de subsidiariteit spelen een belangrijke rol. De politie kan een opsporingsonderzoek beginnen zodra ze daartoe aanleiding ziet. In die aanleiding kan al snel enigerlei vorm van verdenking zijn gelegen maar van een concrete verdenking hoeft geen sprake te zijn.<sup>242</sup> De binding in beide Acts aan het hierboven omschreven doel, namelijk dat het optreden noodzakelijk moet zijn met het oog op het voorkomen of opsporen van ernstige strafbare feiten, veronderstelt wel enigelei vorm van verdenking. Het opsporingsdoel is in de onderhavige regelingen echter duidelijk als een zelfstandige voorwaarde omschreven en is niet, zoals in het Nederlandse recht, in een verdenkingsvoorwaarde verpakt.<sup>243</sup> Het is ook niet het enige doel waarmee bijzondere opspo-

242 Bovendien kan er naar Engels recht snel sprake zijn van een vermoeden dat een strafbaar feit is gepleegd omdat de voorbereiding van strafbare feiten, de 'conspiracy', al een zelfstandig strafbaar feit oplevert (zie par. 3.3.4.).

243 Zie het *Tweede interimrapport onderzoeksproject Stafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, deelrapport 2, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opspo-

ringsmethoden kunnen worden toegepast. De RIPA noemt nog andere gronden zoals: ‘in the interests of national security’ en ‘for the purpose of safeguarding the economic well-being of the United Kingdom’. Dit verschil met de Police Act vloeit voort uit het feit dat de RIPA niet alleen betrekking heeft op het reguliere politiewerk, doch ook op de activiteiten van Binnenlandse Veiligheidsdiensten.

#### 5.4 *Uitgangspunten voor een nieuwe regeling*

##### 5.4.1 Normering van de strafprocessuele bevoegdheden

De rechtsstaatgedachte brengt mee dat de overheid bij het uitoefenen van bevoegdheden en macht gebonden is aan regels. Niet elke opsporingshandeling behoeft op een aparte, specifieke wettelijke grondslag te berusten. Voor het gewone werk biedt een taakstellende bepaling als regel een toereikende wettelijke grondslag. Nadere wettelijke normering van de opsporingstaak is in beginsel vereist als het opsporingsmiddel inbreuk maakt op grondrechten of daartoe een reële dreiging vormt. Naar huidig recht is dat niet anders. De onderzoeksgroep stelt echter ook andere redenen vast om tot nadere normering over te gaan; de betrouwbaarheid van de bewijsvergaring, het recht van de verdachte op een fair hearing, het vereiste van controleerbaarheid en transparantie en de corruptiegevoeligheid van de opsporingsmethode.<sup>244</sup> Een en ander leidt tot een stelsel van wettelijke normering dat een veel breder terrein bestrijkt dan thans het geval is. In hoofdstuk 2 is dit uitgebreid aan de orde geweest. Ter plaatse is ook gewezen op het feit dat de reden van wetgeving (mede)bepalend is voor de inhoud. Gaat het bijvoorbeeld zuiver om de betrouwbaarheid van de bewijsvergaring en corruptiegevoeligheid van de opsporingsmethode, dan zal de regeling vooral bestaan uit een aanwijzing van de bevoegde autoriteiten, vormvoorschriften en toezicht. Betreft het een overheidsoptreden waarmee de vrijheidsrechten van burgers kunnen worden ingeperkt dan zal de wetgever moeten bepalen in welke gevallen en met welke gronden dat is toegelaten. Met name dit laatste aspect is in het onderhavige hoofdstuk van belang. De mate van detaillering hangt af van de belangen die op het spel staan. Hoe forser de inbreuk is die op grondrechten wordt gemaakt, des te preciezer zal de wet moeten zijn en des te groter de waarborgen die zij biedt. Dit uitgangspunt sluit nauw aan bij bij de uitleg

←

ringstaak’ (G. Knigge & N.J.M. Kwakman), p. 346-347.

244 Zie het *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, deelrapport 2, ‘Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak’, (G. Knigge & N.J.M. Kwakman), par. 14.2 (6).

door het EHRM van met name art. 8 EVRM (zie paragraaf 2.4.3.3).<sup>245</sup> Ten einde uitholling van het recht op de persoonlijke levenssfeer te voorkomen en bescherming te bieden tegen willekeurige inmenging door de overheid, is een inmenging in de uitoefening van dat recht slechts toegelaten mits deze is; 'in accordance with the law'; 'necessary in a democratic society'; en in het belang van een aantal in art. 8 lid 2 EVRM genoemde doelen dan wel rechtsgoederen. Met betrekking tot het eerste criterium zijn twee kwaliteitseisen van de regelgeving geformuleerd, nl: de 'accessibility' (toegankelijkheid van het recht) en de 'foreseeability' (voorzienbaarheid van het overheidsoptreden op basis van dat recht). Hieruit kan tevens worden afgeleid dat de omstandigheden waarin en de voorwaarden waaronder ingrijpende opsporingsbevoegdheden kunnen worden toegepast, duidelijk moeten worden aangegeven. De gevallen en gronden moeten in abstracto in het recht te vinden zijn. Het tweede criterium, het noodzakelijkheidsvereiste, ziet op de belangenafweging. Het gaat dan meer om een toetsing in concreto. De eisen van proportionaliteit en subsidiariteit zijn daarbij van grote betekenis.

#### 5.4.2 Algemene regeling van proportionaliteit en subsidiariteit

Bij de normering van opsporingsbevoegdheden zijn er dus twee belangrijke afwegingsmomenten. Enerzijds is er de abstracte afweging van belangen door de wetgever (zie paragraaf 5.2 en paragraaf 5.4.1), anderzijds is er de meer concrete afweging door de wetstoepasser. Het wetboek van strafvordering bevat vooral discretionaire bevoegdheden. Aan de strafvorderlijke autoriteit wordt overgelaten of hij in het concrete geval van de bevoegdheid gebruik maakt en zo ja op welke wijze hij dat doet. Zijn keuze van handelen wordt in die gevallen niet alleen bepaald door wet, doch ook door de algemeen aanvaarde rechtsbeginselen. De aan de strafvorderlijke autoriteiten door de wet verleende bevoegdheden legitimeren niet tot een handelen in strijd met die algemeen aanvaarde rechtsbeginselen.<sup>246</sup> Integendeel in concreto wordt de belangenafweging, die door de wetgever in abstracto is bepaald, nog eens opnieuw gemaakt door degene die de bevoegdheden uitoefent. Het zijn met name de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit die bij de uitoefening van strafprocessuele bevoegdheden een rol spelen. Hiervoor is geweest art. 8, lid 2 van het EVRM en de daarbij behorende jurispru-

245 Zie ook H.G.M. Krabbe, 'Art. 8 EVRM de eerbiediging van het privé-leven' in: A.E. Hartevelt e.a., *Het EVRM en het Nederlandse Strafprocesrecht*, Groningen, Wolters-Noordhoff 1996, p. 141-177.

246 Zie voor een algemene beschouwing omtrent deze beginselen, C.P.M. Cleiren, *Begin-selen van een goede procesorde* (diss. Leiden), Arnhem, Gouda Quint 1989.

dentie van het Hof. Ook in de Nederlandse jurisprudentie is de toepasbaarheid van deze beginselen op de uitoefening van strafprocessuele bevoegdheden herhaalde malen bevestigd; zie met name de standaardarresten 'Braak bij binnentreden' (HR 12 december 1978, NJ 1979, 142) en de 'Gefouilleerde fietsendief' (HR 29 november 1983, NJ 1984, 558).<sup>247</sup> De eisen van proportionaliteit en subsidiariteit zijn vaak te herkennen in de opsomming van gevallen waarin een bepaalde bevoegdheid kan worden toegepast (zie bijvoorbeeld art. 67, art. 195d lid 1 en 2 en de regeling van bijzondere opsporingsbevoegdheden); en in de woorden: 'indien het onderzoek dringend noodzakelijk is voor het aan de dag brengen van de waarheid' (art. 195d lid 3) en 'indien het onderzoek dit dringend vordert' (zie de art. 126h lid 1 en 126p lid 1; en de art. 126l lid 1 en art. 126t lid 1). In art. 8 Politiewet 1993 zijn de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit in de vorm van het evenredigheidsvereiste en de noodzakelijkheidsvoorwaarde in het algemeen op de taakuitoefening van de politie van toepassing verklaard. Ook daar echter waar deze eisen niet direct uit de wettelijke bepalingen zijn te herleiden zal de strafvorderlijke autoriteit bij zijn optreden daaraan gebonden zijn. Het zijn algemene richtsnoeren bij het vaststellen van de beoordelingsruimte die door de meer specifieke toepassingscriteria wordt gelaten. Zij beheersen de uitoefening van overheidsmacht.<sup>248</sup> In feite wordt in art. 8 Politiewet slechts bevestigd wat al geldt namelijk dat het optreden van de politie onder alle omstandigheden aan deze voorwaarden moet voldoen. Dit neemt niet weg dat een codificatie in meer algemene termen toch zinvol kan zijn. Het plaatsen van de betreffende voorwaarden in een algemene regeling biedt bijvoorbeeld een oplossing bij de gecombineerde toepassing van bevoegdheden en de effecten daarvan. Door in algemene bewoordingen de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit van toepassing te verklaren op de uitoefening van opsporingsbevoegdheden winnen zij bovendien aan rechtskracht. Daarmee wordt immers buiten twijfel gesteld dat het toepassingsbereik algemeen is en niet slechts beperkt tot die bevoegdheden waarin de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit met zoveel woorden tot uitdrukking zijn gebracht. Zij zijn een directe maatstaf bij het strafvorderlijk optreden zelf, ook daar waar bijzondere aanduidingen zoals: 'indien zulks redelijkerwijs noodzakelijk is', ontbreken.<sup>249</sup> Het in het wetboek van strafvordering opnemen van voor-

247 Zie omtrent de jurisprudentiële erkenning van beginselen G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer, Gouda Quint 1999, p. 59 e.v.

248 Vergelijk in dit verband ook de Algemene wet bestuursrecht, hoofdstuk 3, m.n. art. 3.4.

249 De gelding van de beginselen voor het strafvorderlijk optreden hoeft dan niet meer te worden afgeleid van de toetsingsmaatstaf van de rechter. Zie voor een vergelijkbare redenering vanuit bestuursrechtelijk perspectief, E.J. Daalder en G.R.J. de Groot, *Parle-*

→



schriften over de algemene gelding van de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit kan ook tot een vereenvoudiging van wetgeving leiden.<sup>250</sup> Herhaalde vermeldingen in die richting kunnen dan achterwege blijven. Alleen wanneer de wetgever extra eisen wil stellen bij de toepassing van een bevoegdheid en deze eisen ook door de rechter getoetst wil zien, dan kan dat worden bewerkstelligd door een speciale vermelding van die voorwaarde bij de bevoegdheid. Zo kunnen bij de wettelijke voorwaarden toetsingspunten worden opgenomen die verwijzen naar een doelmatigheidsafweging, zoals de dringende noodzaak om het dwangmiddel aan te wenden. Normaal gesproken neemt de rechter geen eigen standpunt in over de beleidsmatige keuze voor aanwending van het concrete dwangmiddel. Hij zou dan over de schreef gaan. In dit geval heeft de doelmatigheidsafweging echter krachtens de wet een plaats gekregen in het beslissende oordeel van de rechter. Hierbij benadrukken wij nogmaals (zie ook paragraaf 4.4.4) dat de rechter dan de beleidsmatige keuze vol zal moeten toetsen. Hij kan niet volstaan met het oordeel dat de officier in redelijkheid heeft kunnen komen tot het standpunt dat de dringende noodzaak aanwezig is.<sup>251</sup>

Wij achten het dus wenselijk de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit in het wetboek van strafvordering als algemene voorwaarden met betrekking tot de taakuitoefening van alle bij de opsporing betrokken autoriteiten te verankeren.<sup>252</sup> Hierbij kan men denken aan beginselachtige voorschriften in een aan de opsporingsbevoegdheden voorafgaande inleidende paragraaf.<sup>253</sup> Aan de codificatie van rechtsbeginselen kleeft misschien het

←

*mentaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht*, m.n. p. 208 e.v.; en J. Verschuuren, 'Naar een codificatie van beginselen van het milieurecht': <http://infolab.kub.nl/till/data/topic/envartkrit.html>.

250 Zie voor het bestuursrecht; A.W.M. Bijloos en Th.J.M. Linder, *De algemene wet bestuursrecht*, Tjeenk Willink Zwolle 1994, p. 11.

251 Zie voor de toetsende rol van de rechter in het vooronderzoek ook het *Tweede interim-rapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, deelrapport 5, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek', (A.E. Hartevelde & E.F. Stamhuis), m.n. par. 5.6.

252 De eisen van proportionaliteit en subsidiariteit zijn van toepassing op de taakuitoefening van alle opsporingsambtenaren en niet alleen op die van de politie.

253 Het (nieuwe) Wetboek van strafvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba vormt in dit opzicht een voorbeeld. In art. 71 is bepaald: 'Bij de toepassing van elk dwangmiddel gelden, behalve de overige in dit wetboek gestelde eisen, als algemene voorwaarden:

- a dat de toepassing van het dwangmiddel, na afweging van de in het geding zijnde belangen, niet onredelijk is,
- b dat de bevoegdheid een dwangmiddel toe te passen niet voor een ander doel wordt aangewend dan waarvoor zij is verleend,
- c dat het doel van het dwangmiddel niet op een andere, meer doelmatige en minder

→

risico dat het recht te veel wordt vastgezet, hetgeen niet verenigbaar is met het dynamische karakter van rechtsbeginselen.<sup>254</sup> De eisen van proportionaliteit en subsidiariteit zijn in de rechtspraktijk echter al behoorlijk uitgekristalliseerd. Bovendien mag uit de codificatie van deze eisen niet worden afgeleid dat andere, ongeschreven rechtsbeginselen geen gelding meer hebben.<sup>255</sup>

#### 5.4.3 Systematische vormgeving van de gevallen en gronden

In de bestaande wetgeving zijn de bevoegdheden met voldoende precisie geformuleerd. De gevallen en gronden zijn in de wet (en in het recht) te vinden. Op dit punt bepleiten wij daarom geen grote systematische veranderingen. In het deelrapport 'Voorarrest' van het tweede interimrapport van het onderzoeksproject Strafvordering 2001 is voorgesteld de voorlopige hechtenis niet meer te beperken tot delicten waarop minimaal een gevangenisstraf van 4 jaar is gesteld, maar uit te gaan van de concrete ernst van het delict. De overweging daarbij was als volgt: door de toepassing van bevoegdheden afhankelijk te stellen niet van de abstracte, maar van de concrete ernst van het delict, wordt meer recht gedaan aan de individuele zaak en situatie. Er dient dan wel een zorgvuldige afweging van belangen te worden gemaakt waarbij de voorwaarden van proportionaliteit en subsidiariteit regulerend werken. Om te bevorderen dat ook daadwerkelijk in concreto wordt gebogen over de ernst van het feit het feit wordt het op de strafbedreiging georiënteerde abstracte criterium losgelaten. De discretionaire bevoegdheid wordt daardoor wel zeer groot en dat stelt hoge eisen aan degene die de concrete noodzakelijkheidstoetsing moet uitvoeren. Het is echter de rechter die toetst. Van hem wordt een grote mate van juridische deskundigheid en onafhankelijkheid

←

ingrijpende wijze kan worden bereikt, en

d dat de ernst van de door het dwangmiddel te veroorzaken inbreuk redelijkerwijze door de ernst van het strafbare feit wordt gerechtvaardigd.

254 Zie A.M. Berkhout-van Poelgeest, 'Enkele vragen over de legaliteit in het strafprocesrecht (art. 1 Sv)', in: C.H. Brants, P.A.M. Mevis en E. Prakken (red.), *Legitieme strafvordering. Rechten van de mens als inspiratie in de 21ste eeuw*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen 2001, p. 23-36, m.n. p. 26 en de onder noot 9 aangehaalde literatuur.

255 Deze vraag kwam ook aan de orde bij de codificatie van ongeschreven rechtsbeginselen in het nieuwe Antilliaanse/Arubaanse Wetboek van strafvordering. Zie G.J.M. Corstens, 'Het nieuwe Wetboek van strafvordering en het ongeschreven recht', in: *Het Nieuwe wetboek van strafvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba. Commentaar en beschouwingen*, Den Haag, Sdu Uitgevers, Juridisch & Fiscaal, p. 11-22, m.n. p. 19-21. Idem S.W. Mul & T.M. Schalken, *De nieuwe Antilliaanse en Arubaanse strafvordering. Monografieën strafrecht*, Deventer, Gouda Quint 1998, p. 49.

verwacht. De rechter wordt meer dan andere procesdeelnemers in staat gebracht een materiële, concrete noodzakelijkheidstoets aan de hand van algemene rechtsbeginselen uit te voeren. Bovendien kan de betrokkene voor zijn belangen opkomen tijdens de procedure en wordt de toets na verloop van tijd herhaald.<sup>256</sup> Het zijn deze bijzonderheden die een afwijking van de gebruikelijke systematische vormgeving van opsporingsbevoegdheden rechtvaardigen. Het is ook daarom dat het voorstel tot afschaffing van een abstract criterium in beginsel beperkt blijft tot de regeling van de voorlopige hechtenis. In zijn algemeenheid zal de wet duidelijke aanknopingspunten moeten bieden voor de toepassing opsporingsbevoegdheden met een abstracte begrenzing.

(a) De gevallen

Door het wegvallen van het abstracte wettelijke criterium voor voorlopige hechtenis, behoort een verwijzing daarnaar bij de andere opsporingsbevoegdheden niet meer tot de mogelijkheden. Op zichzelf hoeft dit geen ingrijpende consequenties te hebben. Een blik op het Duitse en Engelse recht is voldoende om tot de conclusie te komen dat voor de aanduiding van de gevallen waarin bevoegdheden kunnen worden uitgeoefend verschillende methoden denkbaar zijn (zie hoofdstuk 3 en paragraaf 5.3).<sup>257</sup> Voor aanwijzing van de gevallen waarin die opsporingsbevoegdheden uitgeoefend kunnen worden, kan aansluiting worden gezocht bij een andere ingrijpend bevoegdheid, bijvoorbeeld de doorzoeking van een woning. De aldaar geformuleerde wettelijke regeling kan dan de plaats innemen van 67 Sv. Denkbaar is ook een bepaling in de wet op te nemen met daarin verschillende groepen van strafbare feiten, die als abstracte ondergrens bij de toepassing van opsporingsbevoegdheden kunnen fungeren. Gegroepeerd kan worden aan de hand van de hoogte van de strafbedreiging, bijvoorbeeld feiten met een strafbedreiging van minimaal 4, 6 of 8 jaar, of het type delict, bijvoorbeeld zedendelicten, staatsveiligheidsdelicten, of delicten uit de Opiumwet. Door te werken met verschillende groepen kan per bevoegdheid worden genuanceerd zonder meteen de doorzichtigheid van het systeem aan te tasten. Naast delictscategorieën kunnen ook nog andere voorwaarden worden gesteld, bijvoorbeeld 'ernstige inbreuk op de rechtsorde'. De toepassing van

256 *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken, 'Voorarrest'* (J. uit Beijerse & J.B.H.M. Simmelink), p. 589-669, m.n. p. 643 e.v.

257 Aan de ernst van het feit kennen beide landen een belangrijke betekenis toe maar zij hanteren voor de vaststelling van die ernst ook meer en minder abstracte criteria.

bevoegdheden afhankelijk stellen van de abstracte ernst van het delict betekent namelijk niet dat naar de ernst van het delict in concreto niet gekeken hoeft te worden. Er dient altijd zoveel mogelijk recht te worden gedaan aan de individuele zaak en situatie. Er moet niet alleen in abstracto door de wetgever, maar ook in concreto door de toepasser van de bevoegdheid een zorgvuldige afweging van belangen worden gemaakt. Door een dergelijke toevoeging wordt dat nog eens benadrukt. Een extra voorwaarde kan ook worden gelezen in de woorden: 'georganiseerd verband', 'ernstige bezwaren' en 'dringende noodzakelijkheid van het onderzoek voor het aan de dag brengen van de waarheid of voor het daadwerkelijk voorkomen van de feiten die worden beraamd'. Deze woorden verwijzen weliswaar naar de speciale graad van verdenking die is vereist en de gronden voor toepassing; in wezen zijn het echter ook toepassingsvoorwaarden. Het is duidelijk dat deze (nadere) voorwaarden minder abstract zijn dan de voorgestelde delictscategorieën. Naar huidig recht komen zij met name voor bij de meer ingrijpende bevoegdheden en deze bevoegdheden behoren in beginsel tot het domein van de officier van justitie. Hij moet de toepassing 'bevelen'. Van de officier van justitie mag echter worden verwacht, dat hij in staat is op de juiste wijze een concrete invulling te geven aan deze nadere voorwaarden.<sup>258</sup> Binnen de aan de wet te stellen grenzen kan de normering wat 'opener' zijn naarmate er sprake is van een hogere autoriteit.<sup>259</sup> Gewone opsporingsambtenaren dienen strikt binnen de wettelijke kaders te opereren. De toepassingscriteria betreffende de direct door hen toe te passen bevoegdheden (dus zonder tussenkomst van een hogere autoriteit) moeten eenvoudig worden geformuleerd en weinig ruimte laten voor afweging. Met name de politie op straat heeft behoefte aan duidelijkheid. Er is vaak weinig tijd voor bezinning. In dat geval is het dus aangewezen uit te gaan van formele, abstracte criteria die toetsing eenvoudig maken en minimumvoorwaarden garanderen bij een zeer beperkte noodzakelijkheidstoetsing. Mogelijkheden zijn: 'te allen tijde'; 'bij ontdekking op heterdaad'; en 'bij verdenking van een misdrijf'.

(b) De gronden

In het algemeen ligt de doelgebondenheid besloten in het opsporingsbegrip: het gaat om activiteiten die een functie hebben in het onderzoek dat is ge-

258 *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, 'Vervolging en rechtsbescherming' (J.B.H.M. Simmelink & Y.G.M. Baaijens-van Geloven), hoofdstuk 2, De positie van het OM in de opsporing.

259 Hier komt de relatie tussen de toepassingsvoorwaarden en het toedelingsvraagstuk naar voren.

richt op strafrechtelijke sanctionering. Dat sommige bevoegdheden een beperkter strekking hebben, ligt besloten in de aard van de betrokken bevoegdheid. Een voorbeeld biedt de doorzoeking ter inbeslagneming. De doorzoeking is hierbij een steunbevoegdheid die de uitoefening van de inbeslagnemingsbevoegdheid faciliteert. Ten aanzien van andere opsporingsactiviteiten ligt een dergelijke beperkte doelgebondenheid niet besloten in de aard daarvan. Dit is bijvoorbeeld zo bij de inverzekeringstelling en inbeslagneming. Hierbij rijst de vraag of het wenselijk is om voor die bevoegdheden in de wettelijke regeling een beperkte doelgebondenheid te vereisen, of moet voor deze gevallen worden uitgegaan van de gedachte dat een zekere beperkte doelgebondenheid altijd voortvloeit uit de strafvorderlijke aard van de betrokken bevoegdheid en dat een wettelijke voorziening dus overbodig is?

Met name waar het ingrijpende bevoegdheden betreft die een ernstige inbreuk maken op grondrechten lijkt een meer concrete doelbeperking aangewezen. Toepassing van deze bevoegdheden kan alleen rechtmatig zijn wanneer het daarmee beoogde doel dit optreden rechtvaardigt. Het na te streven doel moet in abstracto zorgvuldig door de wetgever worden afgewogen tegen de vrijheidsbeperkingen van de individuele persoon. Dit volgt min of meer uit de interpretatie die het Europees Hof geeft aan art. 8 EVRM (zie paragraaf 2.4.3.3 en paragraaf 5.4.1).<sup>260</sup> Gaat het om minder ingrijpende bevoegdheden dan kan in het wetboek worden volstaan met een aanduiding van de bevoegdheid en een omschrijving van de gevallen waarin van deze bevoegdheid gebruik kan worden gemaakt. Een nadere doelbeperking als toepassingsvoorwaarde is dan niet noodzakelijk.<sup>261</sup> De algemene doelbinding, aangevuld met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, bieden daar voldoende bescherming.

In het huidige wetboek van strafvordering treft men allerlei meer en minder specifieke gronden voor toepassing van bevoegdheden aan. In paragraaf 4.2.(c) is daarvan een overzicht gegeven. Deze en andere gronden kunnen ook in het toekomstige recht bij de toepassing van bevoegdheden een rol spelen, maar daarmee is dus nog niet gezegd dat zij altijd expliciet in de wet moeten worden vermeld.

260 Door het doel uitdrukkelijk te vermelden in de wettelijke regeling staat voor de rechter buiten twijfel dat hij de toepassing van de bevoegdheid daaraan moet toetsen (zie in dit verband ook par. 5.4.2 en par. 4.4.4).

261 Een minder gelukkig voorbeeld van een nadere doelbeperking als toepassingsvoorwaarde biedt de regeling in art. 195d Sv van bloedafname (en andere lichaamsstoffen) ten behoeve van DNA onderzoek; de doelbeperking is daar gerangschikt bij de gevallen waarin de bevoegdheid kan worden toegepast.

(c) De verdenkingsvoorwaarde

In het tweede Interimrapport van het onderzoeksproject Strafvordering 2001, (deelrapport 2, over het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak van Knigge en Kwakman), is de omschrijving van de opsporingstaak ontdaan van de verdenkingsvoorwaarde (paragraaf 11.3.1). Dit betekent niet dat verdenkingsvoorwaarde heeft afgedaan (paragraaf 14.2 (3) van het betreffende deelrapport). De voorwaarde speelt nog volop een rol wanneer het gaat om de vraag naar de toelaatbaarheid van opsporingsactiviteiten in een concreet geval. De binding van de opsporing aan beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit brengt mee dat niet wordt opgespoord als daarvoor geen aanleiding is. Gerichte opsporingsactiviteiten zullen dan ook als regel eerst rechtmatig zijn als er sprake is van enigerlei vorm van verdenking.<sup>262</sup> Slechts op goede gronden kan van het verdenkingscriterium voor de toelaatbaarheid van opsporingshandelingen worden afgeweken.<sup>263</sup> In het verlengde daarvan ligt tevens besloten dat de toekenning van meer ingrijpende bevoegdheden als regel gebonden zal zijn aan een meer of minder gespecificeerde verdenkingsvoorwaarde. De specificatie kan dan betrekking hebben op de feiten zelf (zie naar huidig recht bijvoorbeeld art. 54 lid 1, art. 58 lid 1 en art. 67)<sup>264</sup> of het verband waarin ze worden beraamd of gepleegd (al dan niet georganiseerd; vergelijk naar huidig recht art. 126o e.v. en art. 126g e.v.). Aan de graad van verdenking (redelijk vermoeden/ernstige bezwaren) kan ook in de toekomst betekenis worden toegekend bij de bevoegdheidsverlening. Met name bij ingrijpende bevoegdheden komt de voorwaarde van ernstige bezwaren in beeld (vergelijk naar huidig recht het onderzoek aan lichaam of kleding; art. 56 en de regeling van voorlopige hechtenis; art. 67 lid 3).<sup>265</sup>

Wetssystematisch gezien is het echter niet uitgesloten dat er opsporing plaatsvindt zonder dat er sprake is van een concrete verdenking. Zo valt volgens het aangehaalde deelrapport van Knigge en Kwakman (paragraaf 11.3.1) onder het ruime opsporingsbegrip ook de repressieve controle en voor de toepassing daarvan geldt niet het verdenkingscriterium.

262 Vergelijk in dit verband het Duitse en Engelse recht.

263 In het deelrapport 'De verhouding tussen het Wetboek van Strafvordering, de opsporingsbevoegdheden in bijzondere wetten en de buitengewone opsporing' wordt de beperking van repressieve controlebevoegdheden nader gemotiveerd en uitgewerkt.

264 Heterdaad kan ook hier verruimend werken. Zie par. 4.4.4.

265 Op dit punt bestaat er eveneens een overeenkomst met het Duitse en Engelse recht.

Met andere woorden, niet iedere opsporingsbevoegdheid is van het bestaan van een concrete verdenking afhankelijk. Het wetboek moet ook aan die bevoegdheden een plaats bieden.

#### 5.4.4 Samenvatting

De verruimde omschrijving van de opsporingstaak behoeft niet te leiden tot een ongebreidelde toekenning van bevoegdheden in de 'voorfase', maar opent de weg naar een inzichtelijker en adequater normerings- en toetsingskader voor opsporingsbevoegdheden. Dat de omschrijving van de opsporingstaak is ontdaan van verdenkingsvoorwaarde wil bijvoorbeeld, zoals wij hierboven hebben vastgesteld, niet zeggen dat die verdenkingsvoorwaarden irrelevant zijn geworden. Wel is het hierdoor mogelijk geworden een scherper onderscheid te maken tussen deze voorwaarde en bijvoorbeeld het opsporingsdoel. Beiden kunnen bovendien weer nader worden gespecificeerd.<sup>266</sup> Of aan de uitoefening van bevoegdheden strengere danwel soepele voorwaarden moeten worden gesteld, is niet in de laatste plaats een vraag van rechtspolitieke aard en daarmee aan verandering onderhevig. Het een en ander moet natuurlijk wel in overeenstemming zijn met de fundamentele rechtsbeginselen en de minimumregels van het EVRM en het IVBPR. Zij vormen immers in meest absolute zin het normatieve kader van de strafprocessuele bevoegdheden. Waar door de toepassing van strafprocessuele bevoegdheden een inbreuk op de fundamentele rechten en vrijheden van personen wordt gemaakt zal terughoudendheid moeten worden betracht en is een gedetailleerde (toegespitst naar gevallen en gronden) wettelijke regeling uitgangspunt.

## 6 Het verschoningsrecht van professionele geheimhouders

### 6.1 Inleiding

Onder omstandigheden kan de uitoefening van opsporingsbevoegdheden op gespannen voet komen te staan met het aan bepaalde personen toekomende verschoningsrecht, in het bijzonder het verschoningsrecht van professionele geheimhouders. Bij de doorzoeking van de woning van de verdachte wordt

<sup>266</sup> *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken.* 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak', (G. Knigge & N.J.M. Kwakman), par. 14.2.(8).

bijvoorbeeld correspondentie van de verdachte met zijn advocaat aangetroffen. Of bij het opnemen van telecommunicatie blijkt een telefoongesprek tussen de verdachte en een arts te zijn opgenomen. In deze gevallen botst het belang van de waarheidsvinding met de belangen van de verdachte en de professionele geheimhouders. In het licht van de normering van opsporingsbevoegdheden wordt in deze paragraaf nader ingegaan op dit belangenconflict. Dat deze materie afzonderlijk aan de orde wordt gesteld en niet is geïntegreerd in de voorafgaande hoofdstukken, houdt verband met het gegeven dat ter bescherming van de positie van de verschoningsgerechtigde geheimhouders de toedeling van bevoegdheden (hoofdstuk 3) en de voorwaarden voor toepassing (hoofdstuk 4) bijzondere aandacht verdienen.

## 6.2 *Het huidige recht*

In de huidige regeling van de dwangmiddelen en bijzondere opsporingsbevoegdheden wordt incidenteel aandacht besteed aan de positie van verschoningsgerechtigden. Gewezen kan worden op art. 96a, derde lid, Sv, waarin is aangegeven dat verschoningsgerechtigden onder bepaalde voorwaarden niet verplicht zijn om te voldoen aan een bevel tot uitlevering van een voor inbeslagneming vatbaar voorwerp. Voorts behoeven verschoningsgerechtigden niet te voldoen aan een vordering tot het verschaffen van inlichtingen overeenkomstig art. 100 of art. 126n Sv. Verder zijn specifiek ten behoeve van verschoningsgerechtigde professionele geheimhouders in art. 98 Sv beperkingen gesteld aan de doorzoeking van en inbeslagneming in hun kantoren. In het verlengde hiervan gelden volgens art. 125l Sv soortgelijke beperkingen bij het onderzoek in een geautomatiseerd werk. Met het oog op deze geheimhouders bevat art. 126aa, tweede lid, Sv ook nog een voorschrift met betrekking tot de vernietiging van processen-verbaal of andere voorwerpen, voorzover deze mededelingen bevatten die worden bestreken door de geheimhoudingsplicht van de betrokkene. Processen-verbaal en voorwerpen waarin andersoortige mededelingen zijn opgenomen, kunnen slechts met machtiging van de rechter-commissaris bij de processtukken worden gevoegd.

Naast deze wettelijke afbakeningen van opsporingsbevoegdheden ter bescherming van de positie van verschoningsgerechtigden, zijn aanvullend in de jurisprudentie van de Hoge Raad beperkingen gesteld aan de uitoefening van dwangmiddelen ten opzichte van in het bijzonder verschoningsgerechtigde professionele geheimhouders.<sup>267</sup> Zo volgt uit het recht op het vrije

<sup>267</sup> Vgl. J. Nieuwenhuis en R.J.F. Thiessen, 'Het recht tot geheimhouding', in: *De derde*  
→



verkeer tussen raadsman en verdachte (art. 50 Sv), dat geen kennis mag worden genomen van de inhoud van correspondentie tussen een advocaat en de verdachte, ook niet als van die correspondentie deel uitmakende geschriften zich bevinden bij de verdachte of derden (zoals de in art. 100, lid 1, Sv genoemde instanties, of deskundigen aan wie door de raadsman advies is gevraagd en met welk doel een deel van de vertrouwelijke correspondentie aan de deskundige ter beschikking is gesteld<sup>268</sup>).<sup>269</sup> Verder kan worden gewezen op de bescherming van de telecommunicatie van geheimhouders. In diverse arresten heeft de Hoge Raad aangegeven dat het niet toegelaten is 'om te bepalen dat gesprekken gevoerd door middel van een telefoonaansluiting welke door een advocaat in de uitoefening van zijn beroep wordt gebezigd, worden afgeluisterd of opgenomen'.<sup>270</sup> Deze beperking geldt uitsluitend voor telecommunicatieaansluitingen die bij de betrokkene in zijn kwaliteit van geheimhouder in gebruik zijn, niet voor privé-aansluitingen.<sup>271</sup> Als de geheimhouder echter zelf als verdachte wordt aangemerkt, dan is het wel toegelaten dat de door hem gebruikte telecommunicatieaansluitingen worden afgetapt.<sup>272</sup>

Anderzijds heeft de Hoge Raad in diverse beslissingen aangegeven dat onder bijzondere omstandigheden bij een doorzoeking en inbeslagneming bij geheimhouders een verdergaande schending van het beroepsgeheim mag plaatsvinden dan door art. 98 Sv wordt gelegitimeerd. Hoewel de tekst van deze bepaling daarvoor geen aanknopingspunten biedt, mag onder 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' aan het belang van de waarheidsvinding voorrang worden verleend voor het belang van de geheimhoudingsplicht van de verschoningsgerechtigden.<sup>273</sup>

Bij gelegenheid van de herziening van de regeling van het gerechtelijk vooronderzoek is de vraag gerezen of de jurisprudentiële beperkingen op het on-

←

*rechtsingang nader bekeken*, Arnhem, Gouda Quint 1989, p. 247-252 en M.J.M. Peeters, *Het verschoningsrecht, geen onneembare hindernis, wel een drempel*, Zwolle, uitgave van het project financieel rechercheren 2001, p. 63-92.

268 Zie HR 29 maart 1994, *NJ* 1994, 552, m.nt. 'tH.

269 Zie HR 19 november 1985, *NJ* 1986, 533, m.nt. 'tH; F. Vellinga-Schootstra, *Inbeslagneming en huiszoeking*, Alphen aan den Rijn, H.D. Tjeenk Willink 1982, p. 193-195; Melai, *Wetboek van strafvordering*, art. 100, aant. 8.

270 Zie HR 10 april 1979, *NJ* 1979, 374, m.nt. Th.W.v.V. en HR 29 juni 1993, *NJ* 1993, 692, m.nt. 'tH. Aangenomen mag worden dat de door de Hoge Raad aangenomen beperking op de mogelijkheid tot onderzoek van telecommunicatie geldt voor alle verschoningsgerechtigden in de zin van art. 218 Sv.

271 Zie HR 17 mei 1988, *NJ* 1989, 439 en HR 9 juni 1992, *NJ* 1992, 776.

272 HR 29 juni 1993, *NJ* 1993, 692, m.nt. 'tH.

273 Zie HR 14 oktober 1986, *NJ* 1987, 490 en HR 20 juni 1988, *NJ* 1989, 213.

derzoek van telecommunicatie al dan niet in wettelijke voorschriften zouden moeten worden opgenomen. In haar rapport *Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek* heeft de commissie-Moons deze vraag ontkennend beantwoord. De commissie achtte destijds de door de rechtspraak geboden bescherming van de positie van geheimhouders afdoende.<sup>274</sup> De enige jaren later door 't Hart geformuleerde aanbeveling om bij de herziening van de regeling van het aftappen van telecommunicatie en de introductie van het direct afluisteren aandacht te besteden aan de positie van verschoningsgerechtigde geheimhouders, is door de wetgever in het wetsvoorstel bijzondere opsporingsbevoegdheden<sup>275</sup> niet opgepakt. Toch zou een fundamentele overdenking van de toepassing van dwangmiddelen in relatie tot de verschoningsgerechtigde professionele geheimhouders op zijn plaats zijn. De huidige gefragmenteerde wettelijke regeling, aangevuld met rechtspraak, vertoont namelijk belangrijke lacunes, die op hun beurt tot vragen leiden waarop een antwoord van de wetgever op zijn plaats zou zijn. Is bijvoorbeeld, nu daarover niets is gezegd bij de totstandkoming van de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, het toegelaten dat communicatie van een geheimhouder met een technisch hulpmiddel wordt opgenomen (overeenkomstig art. 126l Sv) en biedt de vernietigingsplicht van art. 126aa, lid 2, Sv dan voldoende bescherming? Of: is het toegelaten een door een geheimhouder gebruikt vervoermiddel te doorzoeken (art. 96b Sv), hoewel de kans groot is dat met het vervoermiddel documenten en voorwerpen worden vervoerd waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt?

### 6.3 *Buitenlands recht*

#### 6.3.1 'Geheimhouders' in de Duitse Strafprozeßordnung

In de regeling van opsporingsbevoegdheden in de Duitse Strafprozeßordnung wordt op diverse plaatsen aandacht besteed aan de positie van 'geheimhouders'. Deze bijzondere voorzieningen zijn gekoppeld aan de regeling van het zogenaamde 'Zeugnisverweigerungsrecht' in de § 52 t/m 53a StPO. § 52 regelt het recht om op persoonlijke gronden geen getuigenverklaring af te leggen. Die persoonlijke gronden bestaan uit het gegeven dat de getuige de verloofde of echtgenoot van de verdachte is of in een bepaalde familiërelatie tot de verdachte staat. In verband met het thema van dit hoofdstuk kan deze regeling verder buiten beschouwing blijven.

274 Zie het rapport, p. 117.

275 *Kamerstukken II* 25 403.

De § 53 en 53a StPO bevatten een regeling van het ‘Zeugnisverweigerungsrecht’, die samenhangt met de beroepsuitoefening door de getuige. Tot de categorieën getuigen aan wie een geheimhoudingsrecht toekomt en die dus mogen weigeren een verklaring af te leggen, rekent § 53 onder meer geestelijken, de raadsman van de verdachte, advocaten, notarissen, artsen en parlementaire vertegenwoordigers (zie § 53 (1) onder 1 t/m 4). Het recht om geen verklaring af te leggen betreft functie-gerelateerde informatie. De raadsman van de verdachte en advocaten, artsen etc. mogen weigeren te verklaren over datgene ‘was ihnen in dieser Eigenschaft anvertraut worden oder bekanntgeworden ist’. De afweging of de betrokkenen al dan niet gebruik moeten maken van hun recht om geen verklaring af te leggen, komt uiteindelijk toe aan degenen ‘zu dessen Gunsten die Schweigepflicht gesetzlich begründet ist’. De verdachte kan zijn raadsman dus ontheffen van zijn zwijgrecht. Hetzelfde geldt voor de cliënt van de advocaat of notaris, de patiënt van de arts.<sup>276</sup> In § 53 (1) onder 5. is ook aan medewerkers van media een zwijgrecht toegekend. Deze personen ‘dürfen das Zeugnis verweigern über die Person des Verfassers oder Einsenders von Beiträgen und Unterlagen oder des Sonstigen Informanten sowie über die ihnen im Hinblick auf ihre Tätigkeit gemachten Mitteilungen, über deren Inhalt sowie über den Inhalt selbst erarbeiteter Materialien und den Gegenstand berufsbezogener Wahrnehmungen. Dies gilt nur, soweit es sich um Beiträge, Unterlagen, Mitteilungen und Materialien für den redaktionellen Teil oder redaktionell aufbereitete Informations- und Kommunikationsdienste handelt’. Dit recht om geen verklaring af te leggen is minder absoluut dan het aan de andere beroepsgroepen toekomende zwijgrecht. De vraag of het beroep op het zwijgrecht van medewerkers van media moet worden gehonoreerd mag namelijk tot op zekere hoogte worden afgewogen tegen belangen van strafverdering.<sup>277</sup>

§ 53a StPO bevat een regeling van het ‘afgeleide’ geheimhoudingsrecht. Het aan geestelijken, de raadsman van de verdachte, advocaten, artsen etc. toekomende recht om geen verklaring af te leggen wordt in deze bepaling ook toegekend aan ‘ihre Gehilfen und die Personen gleich, die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen’. Over de uitoefening van het zwijgrecht beslist de functionaris van wie het zwijgrecht is afgeleid. De regeling van de mogelijkheid tot ontheffing van de ge-

276 Zie § 53 (2); Kleinknecht-Meyer-Goßner, *Strafprozeßordnung*, C.H. Beck'sche *Verlagsbuchhandlung*, München 1999, § 53, rdnr. 45-46.

277 Zie hiervoor § 53 StPO, zoals deze bepaling is komen te luiden na de wetwijziging van 15 februari 2002, BGBl. I, p. 682. Deze wetwijziging strekte tot versterking van de positie van journalisten en redactionele medewerkers van media.

heimhoudingsplicht door degene te wiens behoeve die plicht in het leven is geroepen, is ook op het afgeleide zwijgrecht van toepassing.

In het licht van de regeling van het ‘Zeugnisverweigerungsrecht’ zijn aan diverse opsporingsbevoegdheden bijzondere wettelijke beperkingen gesteld. De essentie hiervan is dat bevoegdheden niet tegen personen die tot geheimhouding gerechtigd zijn (met inbegrip van de personen aan wie overeenkomstig § 53a StPO een afgeleid zwijgrecht toekomt) mogen worden toegepast. In diverse regelingen is op deze beperkingen weer een uitzondering gemaakt voor de gevallen waarin een professionele geheimhouder zelf als verdachte moet worden aangemerkt. Is de betrokken geheimhouder ‘einer Teilnahme oder einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei verdächtig’, dan kan de betreffende opsporingsbevoegdheid wel tegen de geheimhouder worden toegepast.

Van de bedoelde en heel in het algemeen geformuleerde beperkingen blijkt uit de regeling van de vordering tot uitlevering van voorwerpen die een bijdrage kunnen leveren aan de waarheidsvinding.<sup>278</sup> Bij weigering om te voldoen aan de vordering, kunnen maatregelen worden toegepast, zoals de oplegging van een ‘Ordnungsgeld’ of van ‘Ordnungshaft’ (zie § 70 StPO). Deze maatregelen kunnen echter niet worden opgelegd aan de personen ‘die zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind’ (zie § 95 (2)).

Gerelateerd aan de inbeslagneming geeft § 97 StPO aan dat bepaalde voorwerpen niet vatbaar zijn voor beslag. Deze vrijwaring ziet op schriftelijke mededelingen tussen de verdachte en diverse van de in § 53 (1) genoemde professionele geheimhouders en op aantekeningen of voorwerpen die in het bezit zijn van de genoemde geheimhouders, voorzover een en ander door het ‘Zeugnisverweigerungsrecht’ wordt bestreken. Deze beperkingen op de mogelijkheid tot inbeslagneming zijn niet van toepassing als de geheimhouder zelf als verdachte wordt aangemerkt of als het gaat om voorwerpen die zijn verkregen door een strafbaar feit of tot het plegen daarvan zijn gebruikt of bestemd (§ 97 (2) StPO).

De vrijwaring van inbeslagneming betreft slechts geschriften of voorwerpen die kunnen worden aangemerkt als ‘Beweismittel’; bij personen aan wie een ‘Zeugnisverweigerungsrecht’ toekomt is beslag op voorwerpen ten behoeve van ‘Verfall’<sup>279</sup> of ‘Einziehung’<sup>280</sup> wel mogelijk.<sup>281</sup> Verder is een

278 Zie § 95 StPO: degene die ‘Gegenstände, die als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein können’ en die hij ‘in seinem Gewahrsam hat’, is ‘verpflichtet, ihn auf Erfordern vorzulegen und auszuliefern’.

279 Vergelijkbaar met de conservatoire inbeslagneming ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.

280 Vergelijkbaar met de inbeslagneming ten behoeve van verbeurdverklaring of onttrek-  
→

belangrijke beperking op de vrijwaring van inbeslagneming de eis dat de geschriften of voorwerpen in het bezit van de geheimhouder zijn. Bevindt een en ander zich bij derden of de post, dan is § 97 StPO niet van toepassing. Op deze bezitseis moet weer een uitzondering worden gemaakt met het oog op het vrije verkeer tussen verdachte en zijn raadsman (zie § 148 StPO). Geschriften en voorwerpen die horen tot het verkeer tussen de verdachte en zijn raadsman kunnen niet in beslag worden genomen, ook al bevinden deze geschriften of voorwerpen zich bij derden of de post.<sup>282</sup>

Gebaseerd op het aan medewerkers van media toekomende zwijgrecht, geeft § 97 (5) aan dat inbeslagneming van bepaalde geschriften, beeld- en geluidsbanden en afbeeldingen niet toelaatbaar is, voorzover dit materiaal in bezit is van de betrokken medewerkers dan wel de redactie, uitgeverij of omroep waarbij de betrokkenen werkzaam zijn. Van deze beperking zijn uitgezonderd de gevallen waarin de betrokken medewerkers zelf moeten worden aangemerkt als verdachte of als het materiaal is verkregen door een strafbaar feit of voor het begaan daarvan is gebruikt of bestemd. Toch is ook in deze gevallen het materiaal niet onbeperkt vatbaar voor inbeslagneming, doch dient in verband met het recht van vrije meningsuiting van art. 5 GG een proportionaliteitstoets te worden aangelegd.<sup>283</sup>

De regeling betreffende het afluisteren en opnemen van telecommunicatie (§ 100a StPO) bevat geen bijzondere voorzieningen met het oog op de bescherming van de positie van de personen aan wie een 'Zeugnisverweigerungsrecht' toekomt. In principe mogen derhalve vormen van telecommunicatie waaraan zij deelnemen worden afgeluisterd en opgenomen. Dit geldt niet alleen voor de situaties waarin de geheimhouders de noodzakelijke gesprekspartners blijken te zijn van personen die gebruik maken van afgeluisterde telecommunicatieverbindingen, maar ook de aansluitingen van de geheimhouders zelf zijn vatbaar voor afluisteren en opnemen.<sup>284</sup> Op grond van § 148 StPO geldt slechts een uitzondering voor het vrije verkeer tussen raadsman en verdachte. Telecommunicatie tussen de raadsman en de ver-

←

king aan het verkeer.

281 Zie Kleinknecht-Meyer-Goßner, *a.w.*, § 97, rdnr. 3.

282 Zie Kleinknecht-Meyer-Goßner, *a.w.*, § 97, rdnr. 11 en 36. Zie ook rdnr. 38: deze uit het vrij verkeer tussen raadsman en verdachte voortvloeiende beperking op de inbeslagneming geldt niet als de raadsman ter zake van deelneming aan het strafbare feit moet worden aangemerkt als verdachte.

283 De inbeslagneming is alleen toegelaten als zij 'nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht und die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre'.

284 Zie Kleinknecht-Meyer-Goßner, § 100a, rdnr. 10 en 13; zie ook rdnr. 21: de van geheimhouders opgenomen gesprekken mogen ook voor het bewijs worden gebruikt.

dachte mag niet worden afgeluisterd en opgenomen. Zodra duidelijk wordt dat het gaat om telecommunicatie tussen raadsman en verdachte, moet het afluisteren worden beëindigd.

Geheel anders is de regeling inzake het afluisteren en opnemen van vertrouwelijke communicatie met technische hulpmiddelen (§ 100c StPO). Gerelateerd aan de § 52 t/m 53a StPO zijn op deze bevoegdheid verschillende beperkingen aangebracht (zie §100d (3) StPO). Zo is het afluisteren en opnemen van gesprekken van de geheimhouders van § 53 in het algemeen uitgesloten. Is een gesprek afgeluisterd en opgenomen waaraan zij als noodzakelijke gesprekspartner van een afgeluisterde persoon hebben deelgenomen, dan mag dit materiaal niet voor het bewijs worden gebruikt.<sup>285</sup> De gesprekken van de in de § 52<sup>286</sup> en 53a<sup>287</sup> StPO genoemde personen mogen op zich wel worden afgeluisterd en opgenomen, maar de bruikbaarheid van dit materiaal voor het bewijs is geclausuleerd. Gebruik voor het bewijs is alleen toegelaten ‘wenn dies unter Berücksichtigung der Bedeutung des zugrundeliegenden Vertrauensverhältnis nicht außer Verhältnis zum Interesse an der Erforschung des Sachverhalts oder der Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters steht’ (zie §100d (3) StPO). Deze op de § 52 t/m 53a gebaseerde beperkingen op het afluisteren en opnemen van vertrouwelijke communicatie zijn weer niet van toepassing als de in deze bepalingen genoemde personen zelf wegens deelneming aan of begunstiging van het strafbare feit als verdachte moeten worden aangemerkt. Het vrije verkeer tussen de verdachte en zijn raadsman laat evenwel niet toe dat op het verbod van het afluisteren en opnemen een uitzondering wordt gemaakt.<sup>288</sup>

Recent zijn in de StPO bepalingen ingevoegd betreffende het vragen van inlichtingen over telecommunicatie.<sup>289</sup> In § 100h (2) StPO is het ontoelaatbaar verklaard dat inlichtingen worden gevraagd over telecommunicatieverbindingen van en naar aansluitingen die in gebruik zijn bij enkele van de in § 53 genoemde geheimhouders. Het betreft aansluitingen van geestelijken, de raadsman van de verdachte en van parlementaire vertegenwoordigers. Ook hier is echter weer een uitzondering gemaakt voor de situatie waarin de betrokkene zelf wegens deelneming aan of begunstiging van een strafbaar feit moeten worden aangemerkt als verdachte.

285 Zie Kleinknecht-Meyer-Goßner, § 100d, rdnr.

286 Het ‘Zeugnisverweigerungsrecht’ voor de verloofde, echtgenoot en familie van de verdachte.

287 De regeling van het ‘afgeleide’ zwijgrecht.

288 Zie Kleinknecht-Meyer-Goßner, § 100d, rdnr. 5.

289 Zie de § 100g en 100h, ingevoegd bij Gesetz van 20 december 2001, *BGBI.* I, p. 3879.

### 6.3.2. Het 'legal privilege' in het Engelse recht

In de Engelse strafrechtspleging is een met het Nederlandse strafprocesrecht vergelijkbare regeling van wettelijke geheimhoudingsplichten en daarop gebaseerde verschoningsrechten onbekend.<sup>290</sup> De bescherming van de bij geheimhouding en verschoning betrokken belangen geschiedt op basis van andere constructies. Een bijzondere bescherming voor de relatie advocaat - cliënt komt tot uitdrukking in het zogenaamde 'legal privilege': de mogelijkheid om bepaalde communicatie tussen advocaat en cliënt af te schermen van kennisneming door justitie. Dit 'privilege' moet worden begrepen tegen de achtergrond van de in het Engelse recht bestaande plichten voor procespartijen om elkaar inzicht te verschaffen in het voor de zaak relevante materiaal. Zie hiervoor de regeling van de 'disclosure' door de 'prosecutor' en de 'accused' in de Criminal Procedure and Investigations Act 1996.<sup>291</sup> Zo is de 'accused' op grond van s. 5(5) CPIA verplicht om 'a defence statement to the court and the prosecutor' te geven. Hierin moet bekend worden gemaakt wat ter verdediging zal worden aangevoerd en aan de hand van welke bewijsmiddelen de stellingen van de verdediging worden onderbouwd. Het 'legal privilege' impliceert dat in het 'defence statement' in ieder geval niet de inhoud van de communicatie tussen verdachte en zijn raadsman hoeft te worden onthuld.

Het 'privilege' kleeft niet aan de juridische beroepsuitoefening, maar moet worden beschouwd als een recht van de verdachte. Deze status brengt mede, dat het al dan niet openbaren van de tot het 'privilege' te rekenen communicatie uiteindelijk ter beoordeling staat van de verdachte.<sup>292</sup> Communicatie tussen andere beroepsbeoefenaars en cliënten worden in principe niet beschermd door de erkenning van privileges, maar door bijvoorbeeld de bevoegdheid van de rechter om beperkingen aan te brengen op de plicht tot 'disclosure' of toe te staan dat bij het afleggen van een getuigenverklaring geen antwoord wordt gegeven op bepaalde vragen.<sup>293</sup>

In de regeling van verschillende opsporingsbevoegdheden worden op grond van het te respecteren 'legal privilege' beperkingen dan wel bijzondere voorwaarden gesteld aan de toepassing van opsporingsbevoegdheden. Van een algemene beperking geeft de regeling van de doorzoeking en inbeslag-

290 Zie J.B.M. Vranken, 'Het professionele (functionele) verschoningsrecht', in: Preadvies-zen NJV 1986, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink 1986, p. 20 e.v.

291 S. 1 t/m 6; vgl. J.B.M. Vranken, *a.w.*, p. 24-26.

292 M. Zander, *The Police and Criminal Evidence Act 1984*, 3rd ed., London, Sweet&Maxwell 1995, p. 58.

293 Vgl. J.B.M. Vranken, *a.w.*, p. 22-23.

neming in de Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE 1984) blijkt; deze regeling berust op het algemene uitgangspunt dat naar materiaal dat wordt bestreken door het 'legal privilege' niet mag worden gezocht en dat dergelijk materiaal niet in beslag mag worden genomen. Deze beperking is in de PACE ingekaderd in een rubricering van materiaal ten aanzien waarvan met het oog op doorzoeking en inbeslagneming bijzondere waarborgen zijn gecreëerd. Op dit punt wordt materiaal onderverdeeld in 'items subject to legal privilege', 'excluded material', 'personal records', 'journalistic material' en 'special procedure material'.<sup>294</sup> In s. 10 PACE is aangegeven welke communicatie tot het 'legal privilege' moet worden gerekend.<sup>295</sup> Ten aanzien van de bevoegdheid tot doorzoeking kan volgens s. 8 PACE een 'justice of the peace' een 'warrant' uitvaardigen mits er redelijke gronden zijn om aan te nemen dat het gezochte materiaal 'does not consist of or include items subject to legal privilege, excluded material or special procedure material'. Is dat niet aan de orde, dan mag de 'warrant' niet worden uitgevaardigd. Is echter voor de doorzoeking een 'warrant' verkregen en stuit de politie op 'excluded material' of 'special procedure material', dan mag dat wel in beslag worden genomen. Dat geldt echter niet met het oog op het 'legal privilege'. Daarvoor geldt volgens s. 19(6) PACE een algemene beperking op de mogelijkheid tot inbeslagneming: 'No power of seizure conferred on a constable ... is to be taken to authorise the seizure of an item which the constable exercising the power has reasonable grounds for believing to be subject to legal privilege'.

Ter compensatie van de beperking op de doorzoekingsmogelijkheden geeft s. 9 PACE voor het 'excluded material' en het 'special procedure material' een bijzondere regeling voor het verkrijgen van toegang tot dat materiaal. Een 'circuit judge' kan bevelen dat de houder van het materiaal aan een

294 De 'personal records' en het 'journalistic material' zijn subcategorieën van het 'excluded material'.

295 Volgens s. 10.-(1) vallen hieronder: '(a) communications between a professional legal adviser and his client or any person representing his client made in connection with the giving of legal advice to the client; (b) communications between a professional legal adviser and his client or any person representing his client or between such an adviser of his client or any such representative and any other person made in connection with or in contemplation of legal proceedings and for the purposes of such proceedings; and (c) items enclosed with or referred to in such communications and made - (i) in connection with the giving of legal advice; or (ii) in connection with or in contemplation of legal proceedings and for the purposes of such proceedings, when they are in the possession of a person who is entitled to possession of them'. Volgens s. 10.-(2) zijn van het privilege echter uitgezonderd 'items held with the intention of furthering a criminal purpose'.

In de s. 11 t/m 14 zijn de overige categorieën materiaal omschreven.



politieambtenaar inzage verschaft of dat materiaal uitlevert.<sup>296</sup> Die mogelijkheid tot toegang bestaat echter niet voor materiaal dat wordt bestreken door het 'legal privilege'.

In de regeling van andere opsporingsbevoegdheden in de Regulation of Investigatory Powers Act 2000, zoals het aftappen van telecommunicatie, het opnemen van vertrouwelijke communicatie en het gebruik van informanten/infiltranten zijn geen bijzondere voorzieningen getroffen ter bescherming van het 'legal privilege'. Niet uitgesloten is de mogelijkheid dat bijvoorbeeld telecommunicatie van een advocaat wordt opgenomen. Wel zijn op het punt van de bescherming van het 'legal privilege' beperkingen op de toepassing van diverse opsporingsbevoegdheden te vinden in de verschillende codes of practice. Gewezen kan worden op de 'Code of practice on interception',<sup>297</sup> de 'Code of practice on covert surveillance',<sup>298</sup> en de 'Code of practice on the use of covert human intelligence sources'.<sup>299</sup> De strekking van deze beperkingen is niet dat bepaalde bevoegdheden ter bescherming van het 'legal privilege' niet mogen worden toegepast, maar dat bijzondere waarborgen rond de toepassing zijn gecreëerd. Zo moet bij de beslissing tot toepassing van de betrokken bevoegdheden een bijzondere proportionaliteitsafweging worden gemaakt als de verwachting bestaat dat bij de uitvoering materiaal bekend wordt dat tot het 'legal privilege' moet worden gerekend. Voorts is in die gevallen de beslissingsbevoegdheid toebedeeld aan een hogere autoriteit dan de autoriteit die in normale gevallen bevoegd is tot het nemen van de beslissing. Ook zijn ten aanzien van het gebruik, de bewaring en de vernietiging van het betrokken materiaal bijzondere regelingen gegeven.<sup>300</sup>

#### *6.4 Uitgangspunten voor een nieuwe regeling*

Bij de afgrenzing van de toepassing van opsporingsbevoegdheden ten opzichte van de verschoningsgerechtigden van art. 218 Sv is een zwaarwegend belangenconflict aan de orde. In een nieuwe regeling van het vooronderzoek moet naar het oordeel van de onderzoeksgroep worden gestreefd naar een meer systematisch antwoord van de wetgever inzake de afweging van de hierbij aan de orde zijnde belangen. Aan de regelingen van deze materie in het Duitse en Engelse recht vallen in wezen geen elementen te ontleen die in een nieuwe Nederlandse regeling tot een meer verantwoorde en systemati-

296 Zie s. 9 PACE en Schedule 1.

297 Zie <http://www.homeoffice.gov.uk/ripa/intofcom.htm>.

298 Zie <http://www.homeoffice.gov.uk/ripa/covsurv.htm>.

299 Zie <http://www.homeoffice.gov.uk/ripa/cov.his.htm>.

300 Vergelijk s. 3.6 t/m 3.10 in de code of practice on interception.

scher regeling zouden kunnen leiden. Diverse kenmerken van de Duitse regeling zijn immers ook in het huidige Nederlandse recht herkenbaar. Daarnaast bestaat er geen enkele aanleiding om de strekking van het verschoningsrecht te heroverwegen, in die zin dat het verschoningsrecht zou moeten worden opgevat als een recht enkel toekomend aan de verdachte waarover deze vrijelijk zou kunnen beschikken. Wel bieden het Duitse en Engelse recht aanknopingspunten voor een bijzondere regeling ten behoeve van de media, gericht op bescherming van journalistieke bronnen. Overwogen zou kunnen worden om met het oog op die bescherming voorzieningen te treffen, ertoe strekkende dat in de wettelijke regeling van diverse opsporingsbevoegdheden (waarbij in het bijzonder kan worden gedacht aan de doorzoeking, inbeslagneming en het bevel uitlevering) bijzondere beperkende voorwaarden worden opgenomen. Hierbij kan worden gedacht aan een toegepitste proportionaliteits- en subsidiariteitsafweging. Een dergelijke voorziening sluit aan bij de rechtspraak van het EHRM over de persvrijheid en de bescherming van journalistieke bronnen.<sup>301</sup>

Voor een nieuwe regeling van de dwangmiddelen in relatie tot de bescherming van de professionele geheimhouders bieden de huidige wetgeving en jurisprudentie al een belangrijke aanzet. Zo kan op de eerste plaats worden bepaald dat sommige bevoegdheden in principe niet ten opzichte van een verschoningsgerechtigde geheimhouder kunnen worden uitgeoefend. Deze beperking is met name op zijn plaats ten aanzien van geheime opsporingsmethoden die in verregaande mate een inbreuk kunnen maken op de geheimhoudingsplicht. Hierbij kan op de eerste plaats worden gedacht aan het onderzoek van telecommunicatie (art. 126m en 126t) en het opnemen van vertrouwelijke communicatie (art. 126l en 126s). Ook lijkt deze beperking op zijn plaats ten aanzien van het stelselmatig inwinnen van informatie (art. 126j, 126qa en 126v) en, ter bescherming van het kantoor van de geheimhouder, de betredingsbevoegdheden van besloten plaatsen (art. 126k en 126r). Aansluitend bij de huidige rechtspraak zou hierbij weer een uitzondering kunnen worden gemaakt voor situaties waarin de betrokken geheimhouder in een tegen hem gericht opsporingsonderzoek als verdachte wordt aangemerkt. Ter bescherming van de belangen van de personen die zich tot de verdachte geheimhouder hebben gewend, verdient het aanbeveling om de toepassing van opsporingsbevoegdheden tegen de verdachte geheimhouder nader met bijzondere waarborgen te omkleden.<sup>302</sup> Die waarborgen moeten

301 Zie EHRM 27 maart 1996, *NJ* 1996, 577; HR 10 mei 1996, *NJ* 1996, 578, m.nt. EJD; specifiek ten aanzien van de inbeslagneming: HR 9 november 1999, *NJ* 2000, 46, m.nt. 'tH.

302 Zie in dit verband overweging 6.7 in het arrest van de Hoge Raad van 29 juni 1993, *NJ* →

bewerkstelligen dat de inbreuk op het verschoningsrecht tot een minimum beperkt blijft. In dit verband valt te overwegen de rechter-commissaris in sterke mate te betrekken bij de beslissing tot toepassing van de betrokken bevoegdheid jegens de verdachte verschoningsgerechtigde en eventueel toezicht te laten houden over de wijze van uitvoering. Ten aanzien van het opnemen van telecommunicatie kan bijvoorbeeld worden gedacht aan bemoeienis van de rechter-commissaris met het beluisteren van het opgenomen materiaal, de selectie daarvan met het oog op voeging bij de processtukken en de bewaring van het overige niet bij de stukken gevoegde materiaal. Doorgaans is de bemoeienis van de rechter-commissaris met het opnemen van telecommunicatie beperkt tot het verlenen van een machtiging en is de beoordeling van de relevantie van het opgenomen materiaal overgelaten aan opsporingsambtenaren en de officier van justitie. De ingrijpende schending van de vertrouwelijke telecommunicatie van de geheimhouder rechtvaardigt naar het oordeel van de onderzoeksgroep een afwijking op deze hoofdregel. Hierdoor kan zoveel mogelijk worden voorkomen dat materiaal waarop het verschoningsrecht betrekking heeft, en waarvan het dus onwenselijk is dat politie en justitie daarvan kennis nemen, toch bekend wordt bij politie- en justitieambtenaren en aldus oneigenlijk een rol gaat spelen bij het opsporingsonderzoek. Dergelijke waarborgen sluiten goed aan bij de rechtspraak van het EHRM. In het arrest van het EHRM van 25 maart 1998, NJ 2001, 459, m.nt. Kn., waarin het ging om het afluisteren van telefoons die in gebruik waren bij een advocaat, werd immers nadrukkelijk gewezen op het belang van ‘supervision by an independent judge, especially in this sensitive area of the confidential relations between a lawyer and his clients, which directly concern the rights of the defence’ (§ 74). Het Hof lijkt dus veel waarde te hechten aan toezicht door een onafhankelijke rechter over de toepassing van ingrijpende bevoegdheden (zoals het opnemen van telecommunicatie) tegen een verschoningsgerechtigde geheimhouder.

Op de tweede plaats kunnen met betrekking tot bevoegdheden die ook ten opzichte van geheimhouders kunnen worden toegepast (zoals de inbeslagname, doorzoeking, het onderzoek in geautomatiseerde werken of het bevel tot uitlevering), voorzieningen worden getroffen die ertoe strekken de beperking van het verschoningsrecht tot een minimum te beperken. De bescherming van de geheimhoudingsrelatie kan dan aanleiding te zijn om bij

←

1993, 692, m.nt. 'tH, waarin met betrekking tot het afluisteren van telefoongesprekken van een advocaat werd gesteld: ‘Het is aan de wetgever te beoordelen of een andere afweging van de in het geding zijnde belangen behoort te leiden tot ... aanvullende regels met betrekking tot de waarborgen waarmee in een zodanig geval het afluisteren moet worden omgeven’.

de beslissing tot het toepassen van de betrokken bevoegdheid tegen een geheimhouder en de wijze van uitvoering daarvan een sterke betrokkenheid van de rechter-commissaris te verlangen. Verder kan een beperking worden aangebracht op het bereik van de betrokken bevoegdheid. Met het oog op doorzoeking en inbeslagneming in kantoren van geheimhouders kan – aansluitend bij het thans in de art. 98 en 1251 Sv neergelegde uitgangspunt – de bevoegdheid worden beperkt tot een bepaalde categorie voorwerpen of gegevens, ten aanzien waarvan mag worden aangenomen dat de geheimhoudingsplicht zich daarover niet uitstrekt of, indien dat wel het geval is, het belang van de waarheidsvinding in verband met de ‘kwaliteit’ van de betrokken voorwerpen zwaarder weegt dan de plicht tot geheimhouding. Voor de toetsing van de omvang van de geheimhoudingsplicht bij de toepassing van de bevoegdheid verdient het aanbeveling om (aansluitend bij de huidige praktijk) een vertegenwoordiger van de beroepsgroep van de betrokken geheimhouder bij het onderzoek aanwezig te doen zijn.

Vooralsnog lijkt het niet aangewezen om de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ die de bij een doorzoeking en inbeslagneming geldende grenzen van art. 98 Sv kunnen overschrijden, neer te leggen in wettelijke voorschriften. Het gaat immers om zeer bijzondere gevallen die zich maar zelden zullen voordoen. Door deze kwestie over te laten aan de jurisprudentie, wordt de aanname van de ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ die een verdergaande inbreuk op de geheimhoudingsplicht kunnen rechtvaardigen dan door de wettelijke voorschriften is toegelaten, tot een minimum worden beperkt.

Met betrekking tot de ten opzichte van geheimhouders geldende beperkingen kan wederom een uitzondering worden gemaakt voor de gevallen waarin de betrokken bevoegdheid wordt uitgeoefend tegen een geheimhouder die zelf verdachte is. In deze situatie wegen de justitiële belangen bij het onderzoek zwaarder dan de bij het verschoningsrecht van de geheimhouder betrokken belangen. Wel geven de belangen van de niet in het onderzoek betrokken derden die zich tot de verdachte geheimhouder hebben gewend, voldoende aanleiding om de ongeclausuleerde toepassing van bevoegdheden met waarborgen te omringen. Gedacht kan worden aan inschakeling van een vertegenwoordiger van de beroepsgroep<sup>303</sup> en aan een beperking van de ‘voortgezette toepassing’, in die zin dat het verzamelde bewijsmateriaal alleen in het onderzoek tegen de verdachte geheimhouder voor het bewijs mag

303 Vgl. EHRM 16 december 1992, *NJ* 1993, 400, m.nt. EJD, waarin in verband met het doorzoeken van een kantoor van een advocaat wordt gesproken over ‘procedural safeguards, such as the presence of an independent observer’.

worden gebruikt en niet tegen degene die de informatie aan de geheimhouder heeft toevertrouwd.<sup>304</sup>

Op de derde plaats kunnen beperkingen op bevoegdheden daaruit bestaan dat verschoningsgerechtigde geheimhouders mogen weigeren bij te dragen aan de uitvoering van de betrokken bevoegdheid. Zo mogen zij in het huidige recht weigeren om te voldoen aan een bevel tot uitlevering van voorwerpen die vatbaar zijn voor inbeslagneming, hoeven zij geen inlichtingen te verstrekken omtrent poststukken die van de verdachte afkomstig zijn of voor hem zijn bestemd en hoeven zij niet te voldoen aan een bevel om toegang te verschaffen tot beveiligde gegevensbestanden. In deze gevallen is het aan het oordeel van de verschoningsgerechtigde overgelaten of hij al dan niet tot medewerking aan het justitiële onderzoek zal overgaan.

## **7           Controle**

### *7.1       Inleiding*

Een zorgvuldige normering van de opsporing en de opsporingsbevoegdheden dient verschillende belangen. De uiteenlopende voorwaarden voor toepassing van opsporingsbevoegdheden – wanneer, in welke gevallen en ten opzichte van welke personen – beogen het overheidsoptreden inzichtelijk en voorspelbaar te maken. Bovendien bieden die voorwaarden aanknopingspunten voor controle over de rechtmatigheid van het overheidsoptreden. Mogelijkheden tot controle voorafgaande aan en tijdens de uitvoering van opsporingsactiviteiten liggen besloten in de betrokkenheid van de officier van justitie en de rechter-commissaris bij het optreden van opsporingsambtenaren. Voor de officier van justitie komt dit in het algemeen tot uitdrukking in zijn centrale positie in het opsporingsonderzoek<sup>305</sup> en in het bijzonder in de eis dat de officier goedkeuring dient te verlenen voor uitvoering van enkele bevoegdheden.<sup>306</sup> De controle door de rechter-commissaris geschiedt bij gelegenheid van het verlenen van een machtiging (en het eventueel daaruit voortvloeiende toezicht bij de uitvoering van de bevoegdheid) voor de meer ingrijpende opsporingsbevoegdheden. Naast deze vormen van controle in de loop van het vooronderzoek behoort te worden voorzien in instrumen-

304 Vgl. F. Vellinga-Schootstra, *a.w.*, p. 175-176.

305 Zie over de positie van het OM in de opsporing: 'Vervolging en rechtsbescherming', in: *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, p. 392-422 (J.B.H.M. Simmelink & Y.G.M. Baaijens-van Geloven).

306 Zie het derde hoofdstuk van dit deelrapport.

ten waardoor achteraf kan worden geoordeeld over de rechtmatigheid van de opsporing en de ten behoeve daarvan ontplooidde activiteiten. Om die controle mogelijk te maken, moet belangrijke betekenis worden gehecht aan wijzen van verslaglegging van de door opsporingsambtenaren ondernomen activiteiten. In het tweede interimrapport zijn in dit verband in het algemeen uitgangspunten geformuleerd met betrekking tot de verbaliseringsplicht.<sup>307</sup> Aangegeven is dat in een nieuwe wettelijke regeling betreffende het opmaken van een proces-verbaal niet meer moet worden uitgegaan van een algemeen luidende verbaliseringsplicht. Aan de instructie dat van verrichtingen en bevindingen proces-verbaal wordt opgemaakt, wordt een algemene bevoegdheid toegevoegd om van het opmaken van proces-verbaal af te zien. Deze aanbeveling berust op de erkenning van het politiesepot, het gegeven dat in de jurisprudentie is erkend dat wegens gebrek aan relevantie van het opmaken van proces-verbaal mag worden afgezien en het gegeven dat andere vormen van verslaglegging dan bestaande uit het opmaken van proces-verbaal mogelijkheden tot controle kunnen bieden. Naast deze algemene regeling betreffende het opmaken van proces-verbaal is de vraag opgeworpen of in het wetboek aanvullende bijzondere verbaliserings- of verslagleggingsplichten zouden moeten worden opgenomen. Deze bijzondere verplichtingen zouden moeten verzekeren dat van bepaalde opsporingsactiviteiten altijd, al dan niet in een proces-verbaal, verslag wordt gedaan, ook al heeft de betrokken activiteit geen relevant materiaal opgeleverd of wordt de zaak niet aan de rechter voorgelegd. In dit hoofdstuk zal worden gezien of dergelijke bijzondere verslagleggingsverplichtingen in het wetboek moeten worden opgenomen.

De algemene en bijzondere verslagleggingsverplichtingen voor opsporingsambtenaren dienen niet alleen de interne verantwoording, maar uiteindelijk de controle door de strafrechter die een oordeel moet geven over de vervolging van de verdachte. In deze vervolging staat de wijze van opsporing ter toets en de strafrechter kan bij de afdoening van de zaak aan eventueel geconstateerde gebreken consequenties verbinden. Wordt de betrokkene ten opzichte van wie een opsporingsbevoegdheid is toegepast echter niet als verdachte in een strafzaak betrokken, dan is deze controle door de zittingsrechter niet mogelijk. De vraag is of aan deze personen een bijzondere rechtsgang moet worden geboden waarin een rechter op initiatief van een

307 Zie 'Vervolging en rechtsbescherming', in: *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, p. 460-468 en 483-486 (J.B.H.M. Simmelink & Y.G.M. Baaijens-van Geloven).

betrokkene een oordeel kan geven over de rechtmatigheid van bepaalde opsporingshandelingen. Gedacht kan worden aan een rechtsgang voor bijvoorbeeld de houder van een telefoonaansluiting ten aanzien waarvan is overgegaan tot het opnemen van telecommunicatie of voor de rechthebbende van een besloten plaats waar een doorzoeking heeft plaatsgevonden. Met het oog op de benutting van deze rechtsgang rijst ook de vraag of personen ten opzichte waarvan (heimelijke) opsporingsmethoden zijn toegepast, daarover op gegeven moment moeten worden geïnformeerd. In dit hoofdstuk zal in het verlengde van bijzondere verbaliseringsplichten worden gezien of deze kwesties afzonderlijke wettelijke voorzieningen wenselijk maken.

## 7.2 *Het huidige recht*

### Bijzondere verbaliseringsplichten

Naast de algemene verbaliseringsplicht van art. 152 Sv bevat het wetboek enkele aanvullende bepalingen op basis waarvan opsporingsambtenaren van concreet aangeduide strafvorderlijke activiteiten proces-verbaal moeten opmaken. Grofweg kunnen deze voorschriften worden ingedeeld in twee categorieën. De eerste bestaat uit voorschriften die voor een belangrijk deel in het verlengde liggen van de algemene verbaliseringsplicht van art. 152 Sv. In deze gevallen heeft de wetgever met het bijzondere voorschrift zeker willen stellen dat van de betrokken activiteit altijd proces-verbaal wordt opgemaakt, ook al zou de relevantie van het gerelateerde voor de beoordeling van de zaak nihil zijn. Het bestaansrecht van deze bijzondere verbaliseringsplichten ligt besloten in de aard van de opsporingsactiviteiten waarvan melding moet worden gemaakt. Het betreft ingrijpende bevoegdheden waarmee een inbreuk wordt gemaakt op belangrijke individuele vrijheidsrechten (fysieke vrijheid, communicatie/persoonlijke levenssfeer). Zie in dit verband de regelingen omtrent het opmaken van proces-verbaal en eventueel het in het verlengde liggende voorschrift inzake de voeging bij de processtukken in de art. 57, lid 3 (betreffende het aan de in verzekeringstelling voorafgaande verhoor van de verdachte), 102 en 102a (over de inbeslagneming, de teruggave, de opening en de verzending van poststukken en gesloten brieven), en het opnemen van vertrouwelijke communicatie met een technisch hulpmiddel (art. 126l en 126s Sv) of van het opnemen van telecommunicatie (art. 126m en 126t Sv).

De andere categorie betreft bijzondere verbaliseringsplichten die naast het algemene voorschrift van art. 152 Sv zelfstandige betekenis hebben. In deze gevallen moet proces-verbaal worden opgemaakt, hoewel het niet gaat om verslaglegging van activiteiten met betrekking tot het 'opgespoorde strafbare feit' of van 'hetgeen ... tot opsporing is verricht of bevonden'. Het

doel van het op te maken proces-verbaal betreft niet de waarheidsvinding, maar het afleggen van verantwoording omtrent de uitvoering van ambtshandelingen en de (interne) controle. Van deze aard zijn de verbaliseringsplichten met betrekking tot een in het openbaar uitgevoerd onderzoek aan de kleding ten behoeve van de vaststelling van de identiteit van een staande gehouden of aangehouden verdachte (art. 55b, lid 4), het treffen van maatregelen bij gelegenheid van ambtsverrichtingen ter handhaving van de orde (art. 124)<sup>308</sup> en de nakoming van de vernietigingsplichten van de art. 125n<sup>309</sup> en 126cc<sup>310</sup> Sv.

De met deze tweede categorie beoogde doeleinden (vastlegging van ambtsverrichtingen, verantwoording en controle) brengen niet noodzakelijkerwijze mee dat van de genoemde activiteiten verslag moet worden gedaan in een ambtsedig proces-verbaal. Ook andere vormen van verslaglegging kunnen afdoende waarborgen dat over de verrichtingen verantwoording wordt afgelegd en controle mogelijk maken. Het wetboek bevat hiervan enkele voorbeelden.

Vergelijk de kennisgeving van inbeslagneming van art. 94, lid 3, Sv en de vermelding in de processtukken van de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden, voorzover de hiervan opgemaakte processen-verbaal niet van betekenis zijn voor het onderzoek in de zaak en voeging bij de processtukken dus achterwege blijft (art. 126aa, lid 4).<sup>311</sup>

#### Mededeling aan een 'betrokkene'

Het wetboek bevat maar enkele regelingen waarin is voorzien in het verschaffen van informatie aan personen omtrent strafvorderlijke activiteiten waarbij zij zijn betrokken. In de bepalingen omtrent teruggave en bewaring van in beslag genomen voorwerpen is in art. 116, lid 3, aangegeven dat aan

308 In Blok-Besier, deel I, p. 373 is aangegeven dat het van deze maatregelen op te maken proces-verbaal van betekenis is in verband met een vervolging ter zake van art. 184 Sr; zie over de strekking van deze verbaliseringsplicht ook M. Otte, in: Melai, *Wetboek van Strafvordering*, art. 124, aant. 12.

309 Betreffende de vernietiging van gegevens die zijn verkregen bij een onderzoek in geautomatiseerde werken en die van geen betekenis zijn voor het onderzoek. Dit proces-verbaal moet bij de processtukken worden gevoegd.

310 De vernietiging van processen-verbaal en andere voorwerpen waaraan gegevens kunnen worden ontleend die zijn vergaard door enkele bijzondere opsporingsmethoden.

311 Ook andere wettelijke voorschriften verlangen een schriftelijke verantwoording in een andere vorm dan een ambtsedig proces-verbaal; zie bijv. het schriftelijk verslag van binnentreden van art. 10 Awbi en de schriftelijke meldingen van de toepassing van geweld of van de uitvoering van een veiligheidsfouillering in de art. 17 en 21 van de Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke Marechaussee en de buitengewoon opsporingsambtenaar.



de beslagene schriftelijk kennis moet worden gegeven van het voornemen van de officier van justitie om het voorwerp aan een ander terug te geven, te bewaren ten behoeve van de rechthebbende, dan wel daarmee te handelen als ware het voorwerp verbeurd verklaard of onttrokken aan het verkeer. De verplichting van de officier van justitie om de vermoedelijk rechthebbende op het voorwerp te informeren omtrent zijn bevoegdheid om teruggave van het voorwerp aan hem te verzoeken (zie art. 552ca Sv), sluit hierop aan.

Een wat meer algemeen luidende notificatieverplichting is neergelegd in art. 126bb Sv. Op grond van deze bepaling dient de officier van justitie aan de 'betrokkene'<sup>312</sup> schriftelijk mededeling te doen van het gegeven dat ten aanzien van hem een (of meer) van de bijzondere opsporingsbevoegdheden uit de titels IVA t/m Va van boek I Sv is toegepast. Deze mededeling hoeft niet te worden gedaan aan de verdachte die op basis van zijn recht tot kennisneming van de processtukken op de hoogte komt van de toepassing van de bedoelde bevoegdheden. In de parlementaire stukken bij de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden is aangegeven dat de notificatieplicht van art. 126bb Sv in het teken staat van de 'effective remedy' van art. 13 EVRM.

Opmerkelijk is dan dat nadere regelingen betreffende die 'remedy' niet in het wetboek zijn opgenomen.<sup>313</sup>

#### Toegang tot de rechter

Een betrokkene of belanghebbende heeft in het wetboek maar beperkte mogelijkheden om een oordeel van de rechter te verkrijgen over de toepassing van opsporingsbevoegdheden. Aan de van de vrijheid beroofde verdachte is de bevoegdheid toegekend om een bezwaarschrift in te dienen tegen beperkingen met betrekking tot het ontvangen van bezoek, telefoonverkeer etc. in het kader van de 'maatregelen in het belang van het onderzoek' (zie art. 62 j<sup>o</sup> 62a Sv). Ruimer is de bevoegdheid voor 'belanghebbenden' om zich overeenkomstig art. 552a Sv te beklagen over de inbeslagneming van voorwerpen en over andere specifiek genoemde op die inbeslagneming voortbouwende verrichtingen. Met het oog op andere opsporingsbevoegdheden biedt het wetboek aan betrokkenen of belanghebbenden geen toegang tot de rechter ter verkrijging van een oordeel over de rechtmatigheid van de toepassing

312 In het tweede lid van art. 126bb is aangegeven wie tot de kring van 'betrokkenen' moet worden gerekend.

313 *Kamerstukken II*, 1996-1997, 25 403, nr. 3, MvT, p. 85; zo staat geen bijzondere rechtsgang open die kan worden beschouwd als een 'effective remedy' en is aan de betrokkene geen recht op inzage van de stukken toegekend. De MvT vermeldt op dit punt: 'Dat recht kan de betrokkene onder omstandigheden zo nodig effectueren met een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur'.

daarvan. Indien de betrokkene of belanghebbende een dergelijke beoordeling wenselijk acht, zal de civiele rechter in het kader van een actie wegens onrechtmatige daad de verlangde rechtsbescherming moeten bieden.<sup>314</sup>

Naast het wetboek biedt de Wet Politierregisters een bijzondere rechtsgang aan personen waarvan persoonsgegevens zijn opgenomen in een politieregister. Een betrokkene aan wie op basis van art. 126bb Sv is medegegeeld dat bijv. de over zijn telefoonaansluiting gevoerde telecommunicatie is opgenomen, kan aan de beheerder van het politieregister verzoeken om aan hem mede te delen of hem betreffende persoonsgegevens in het register zijn opgenomen. Indien de beheerder weigert aan het verzoek te voldoen, kan de betrokkene zich tot de rechtbank of het College bescherming persoonsgegevens wenden.<sup>315</sup>

### 7.3 *Uitgangspunten voor een nieuwe regeling*

De hiervoor genoemde regelingen betreffende bijzondere verbaliseringsplichten, mededelingsplichten na toepassing van opsporingsbevoegdheden en toegang tot de rechter hebben veel weg van los zand. De regelingen vertonen weinig systematische samenhang en de diverse voorzieningen sluiten niet op elkaar aan. Tegen de achtergrond van de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot de normering van opsporingsbevoegdheden en de te garanderen ‘effective remedy’ van art. 13 EVRM<sup>316</sup> is het wenselijk om in een nieuw wetboek te streven naar een systematisch meer verantwoorde regeling. Uitgesplitst naar de drie onderwerpen zullen daarvoor in het onderstaande enige uitgangspunten worden geformuleerd.

#### Bijzondere verbaliseringsplichten

Wezenlijk uitgangspunt voor de rol van de rechter op de terechtzitting is dat hij in staat moet zijn om in volle omvang een oordeel te geven over alle facetten van de hem voorgelegde zaak. Hierbij gaat het niet alleen om de beoordeling van het ten laste gelegde feit, maar ook om de beoordeling van de gang van zaken in het vooronderzoek. Eventueel hieraan klevende gebreken

314 In de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt in dit verband onrechtmatigheid slechts aangenomen, als achteraf blijkt dat de verdenking die de aanleiding vormde voor de toepassing van de opsporingsbevoegdheid ten onrechte heeft bestaan. Daarbij moet uit de stukken blijken van onschuld van de verdachte. Zie HR 23 december 1994, *NJ* 1995, 512; HR 12 juni 1998, *NJ* 1999, 99; HR 21 april 2000, *NJ* 2001, 143.

315 Zie de art. 20 en 23 Wet Politierregisters.

316 Zie hiervoor: T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 113-146.

kunnen immers in het verband van art. 359a Sv van belang zijn voor de door de rechter uiteindelijk te nemen beslissingen.<sup>317</sup> Met het oog op de bevordering van de controleerbaarheid van het vooronderzoek door de zittingsrechter, zijn in het tweede interimrapport uitgangspunten geformuleerd met betrekking tot de verbaliseringsplicht en de samenstelling van de processtukken.<sup>318</sup> Aldaar is aangegeven dat voor de vraag of van een ambtsverrichting proces-verbaal moet worden opgemaakt of dat een geschrift bij de processtukken moet worden gevoegd, de relevantie daarvan voor enige door de rechter te nemen beslissing doorslaggevend is. In het licht van een redelijk uitgekristalliseerde verdenking, met de bijbehorende personen die als verdachte kunnen worden aangemerkt, zijn de uit het relevantiecriterium vloeiende consequenties in verband met de verbaliseringsplicht en de samenstelling van de processtukken overzichtelijk. Anders ligt dit als de opsporing zich nog in een beginstadium bevindt en de strafbare feiten, dan wel de als 'verdachte' aan te merken personen nog onvoldoende zijn geconcretiseerd. Een concreet vooruitzicht van een vervolging is dan veelal nog niet aanwezig, zodat het lastig is om tegen de achtergrond van het relevantiecriterium invulling te geven aan de verbaliseringsplicht. In dit verband moet het ruime opsporingsbegrip in herinnering worden geroepen. 'Opsporing' zoals dit in dit onderzoeksproject wordt begrepen, is niet het geheel aan opsporingsactiviteiten op basis van een verdenking, maar het onderzoek door opsporingsambtenaren dat is gericht op de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde.<sup>319</sup> De consequentie is dat allerlei activiteiten als strafvorderlijke 'opsporing' behoren te worden gekwalificeerd, terwijl het verband daarvan met een eventueel in de toekomst plaatsvindende vervolging nog ver te zoeken is. In dat stadium is het veelal nog onduidelijk of de opsporingsactiviteiten van betekenis zijn voor het latere onderzoek door de rechter. De vraag naar de relevantie van het van die opsporingsactiviteiten op te maken proces-verbaal, valt in dat stadium in wezen nog niet te beantwoorden.

Om in verband met de verantwoording van toegepaste opsporingsbevoegdheden problemen met de invulling van het relevantiecriterium te om-

317 Zie hierover 'Algemeen deel', in: *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het onderzoek ter zitting*, p. 15-16, 23, 37 (G. Knigge & M.S. Groenhuijsen); 'Algemeen deel', p. 72-75, in: *Het Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, (M.S. Groenhuijsen).

318 Zie 'Vervolging en rechtsbescherming', in: *Het Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, p. 460-468 (J.B.H.M. Simmelink & Y.G.M. Baaijens-van Geloven).

319 Vgl. het deelrapport 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak', in: *Het Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, p. 338 (G. Knigge & N.J.M. Kwakman).

zeilen, zou als uitgangspunt kunnen worden genomen dat – aansluitend bij de strikte bewoordingen van art. 152 Sv – van alle opsporingsactiviteiten proces-verbaal moet worden opgemaakt. Deze oplossing lijkt bij voorbaat niet gepast, alleen al omdat een dergelijke verstrekkende invulling van de verbaliseringsplicht als het ware een ‘informatieparadox’ in het leven roept. De plicht om van alle opsporingsactiviteiten proces-verbaal op te maken leidt tot een onoverzichtelijke hoeveelheid geschriften. Op zijn beurt roept dit weer problemen in het leven in verband met de beheersbaarheid van het papierwerk en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Bovendien nopen de met de verbaliseringsplicht te dienen belangen niet tot een dergelijke omvattende verbaliseringsplicht. Vandaar dat met het oog op de gewenste controle en transparantie over het vooronderzoek een ander uitgangspunt wordt geformuleerd. Hierbij zal met het oog op het doen van verslag over de opsporing worden gedifferentieerd aan de hand van de wijzen waarop van opsporingsactiviteiten verslag kan worden gedaan en de functie van het op te maken proces-verbaal.

Voorop staat dat het gehele (in ruime zin op te vatten) opsporingsonderzoek aan controle door de rechter moet kunnen worden onderworpen. Daarmee is, zoals al betoogd, niet gezegd dat van alles proces-verbaal moet worden opgemaakt. Op dit punt kan een onderscheid worden gemaakt tussen de vastlegging van bewijsmateriaal en van de verslaglegging van de uitvoering van een opsporingsactiviteit (onafhankelijk van de vraag of het daarmee beoogde resultaat is behaald).<sup>320</sup> Voorzover opsporingsactiviteiten hebben geleid tot bewijsmateriaal, kan voor de vraag of daarvan verslag moet worden uitgebracht, worden uitgegaan van het (eventueel achteraf in te vullen) algemene relevantie criterium. Indien het materiaal van belang kan zijn voor de door de rechter te nemen beslissing, moet dat verslag worden opgemaakt in de vorm van een ambtsedig proces-verbaal. In dit proces-verbaal moet niet alleen het verkregen resultaat worden opgenomen, doch ook zal moeten blijken van de bevoegdheid waarmee dat resultaat is behaald. Deze formele vorm van verslaglegging vormt een waarborg voor het waarheidsgehalte van de in het proces-verbaal weergegeven verrichtingen en bevindingen.

Strekt het op te maken ambtelijke verslag niet tot het vastleggen van bewijsmateriaal, maar tot het afleggen van verantwoording omtrent uitgevoerde opsporingsbevoegdheden, dan is het niet noodzakelijk om de toegepaste bevoegdheid te verantwoorden in een proces-verbaal.<sup>321</sup> Vaak kan

320 Het huidige recht biedt reeds een aanzet voor dit onderscheid.

321 Zie in dit verband ook art. 126aa Sv: onder omstandigheden kan worden volstaan met  
→

worden volstaan met een vorm van verslaglegging die voldoende is met het oog op de daarmee te bereiken doeleinden: registratie, interne verantwoording en eventuele toekomstige beoordeling van de rechtmatigheid van de verrichting door de rechter.<sup>322</sup> Zo zal niet van bijvoorbeeld het werk in het voorveld van de verdenking (het runnen van informanten en het ruimere CID-werk<sup>323</sup>) of van kortstondige observaties proces-verbaal hoeven te worden opgemaakt. Gaat het daarentegen om meer ingrijpende opsporingsactiviteiten, zoals het heimelijk betreden van plaatsen, het betreden van een woning zonder toestemming van de bewoner of de aanhouding van de verdachte, dan mag worden verlangd dat een en ander wordt vastgelegd in een proces-verbaal. In deze gevallen heeft het proces-verbaal primair de functie om enerzijds vast te leggen dat de in het proces-verbaal gerelateerde handeling is uitgevoerd en anderzijds te doen blijken dat aan de voorwaarden daarvoor is voldaan (zoals de beslissing van de officier van justitie tot aanhouding buiten heterdaad).

De scheidslijn tussen de gevallen waarin met een minder formele vorm van verslaglegging kan worden volstaan en die waarin expliciet moet worden voorgeschreven dat de toepassing van een opsporingsbevoegdheid moet worden verantwoord in een proces-verbaal, is lastig te maken. Tegen de achtergrond van het huidige recht en de opsporingspraktijk, waarbij van zekere activiteiten altijd proces-verbaal wordt opgemaakt, hoewel de wet dat niet met zoveel woorden vereist, kan op twee leidende gedachten worden gewezen. Op de eerste plaats kan worden uitgegaan van de 'ingrijpendheid' van de betrokken bevoegdheid. De op het spel staande belangen zijn daarbij van zodanig gewicht dat zij een formele verslaglegging in de vorm van een proces-verbaal rechtvaardigen. Dit is in het bijzonder aan de orde ten aanzien van wezenlijke inbreuken op verdragsrechtelijk en grondwettelijk gegarandeerde rechten. Hierbij kan worden gedacht aan vrijheidsbeneming anders dan op basis van een bevel van een rechter, inbreuken op het huisrecht, het opnemen van communicatie en meer indringende vormen van observatie. Op de tweede plaats kan het opmaken van een proces-verbaal worden verlangd, indien voor de uitoefening van een bevoegdheid als voorwaarde is

←

een vermelding van de toepassing van 'bijzondere opsporingsbevoegdheden' in de processtukken.

322 Vgl. de overweging van de Hoge Raad in zijn arrest van 19 december 1995, *NJ* 1996, 249, m.nt. Sch: 'een zodanige verslaglegging van de desbetreffende verrichtingen en bevindingen, dat doeltreffend kan worden gereageerd op een verzoek van de rechter in het eindonderzoek tot nadere verantwoording omtrent dat gedeelte van het opsporingsonderzoek'.

323 Sterker nog: doorgaans zal de aard van deze werkzaamheden zich verzetten tegen algehele verantwoording in een proces-verbaal.

gesteld dat een hogere autoriteit, zoals de officier van justitie, daarvoor zijn toestemming dient te verlenen. Uit het proces-verbaal moet blijken dat de bevoegdheid op basis van een verkregen toestemming is uitgevoerd.<sup>324</sup>

Mededeling aan een 'betrokkene'

Uit de beperkingsgronden bij diverse garanties van het EVRM, afzonderlijk dan wel in verbinding met art. 13 van het Verdrag, vloeit voort dat aan een ieder op wiens in het Verdrag beschermde rechten en vrijheden een inbreuk wordt gemaakt, een 'effective remedy' moet worden geboden. Hem moet een ingang tot de rechter worden geboden om een oordeel te kunnen verkrijgen over de rechtmatigheid van de inbreuk makende activiteit. Onder omstandigheden vloeit uit deze garantie voort dat personen door de overheid moeten worden geïnformeerd omtrent het gegeven dat op de aan hun toekomende rechten en vrijheden een inbreuk is gemaakt. In het bijzonder is een dergelijke informatieplicht aan de orde bij heimelijke opsporingsmethoden. Zie in dit verband de beslissing van het EHRM in de Klass-zaak met betrekking tot het af luisteren van telefoongesprekken: 'the person concerned must be informed after the termination of the surveillance measures as soon as notification can be made without jeopardising the purpose of the restriction'.<sup>325</sup> Het karakter van deze methoden van opsporing brengt mede, dat de betrokkenen niet op de hoogte zijn (in ieder geval niet op de hoogte behoren te zijn) van de heimelijke opsporingsactiviteiten, zodat informatieverschaffing omtrent de toepassing daarvan moet worden beschouwd als een noodzakelijke voorwaarde voor de mogelijkheid tot effectuering van het recht op een 'effective remedy'. Daarnaast kunnen belangen van derden meebrengen dat aan hen een 'bewijsstuk' wordt verschaft met betrekking tot de tegen hen uitgevoerde opsporingshandelingen. Gedacht kan worden aan de uitreiking van een kennisgeving van inbeslagneming en een verslag van het betreden van hun woning zonder hun toestemming. Aansluitend bij dergelijke ook in het huidige recht voorkomende vormen van informatieverschaffing (vgl. art. 94, derde lid en art. 126bb Sv) zijn ook in de nieuwe regeling van het vooronderzoek voorzieningen op zijn plaats om 'betrokkenen'<sup>326</sup> bij opsporingsbevoegdheden te informeren omtrent de jegens hen verrichte activiteiten.

324 Of deze processen-verbaal later bij de processtukken behoren te worden gevoegd, is een kwestie van 'relevantie' van het proces-verbaal voor de door de rechter te nemen beslissing. Indien zwaarwegende belangen zich verzetten tegen onbeperkte voeging, kan dat aanleiding zijn om gebruik te maken van de in het tweede interim-rapport voorgestelde geheimhoudingsprocedure. Zie Het *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, p. 489-494 en 579-583.

325 EHRM 6 september 1978, Ser. A-28.

326 De persoon tegen wie de bevoegdheid is uitgeoefend en later als verdachte wordt vervolgd, hoeft niet tot de categorie 'betrokkenen' te worden gerekend, aangezien hij uit de

→

In verband met de verdragsrechtelijke achtergrond van het recht op een ‘effective remedy’ ligt het voor de hand om naar aanleiding van inbreuken op verdragsgaranties ‘betrokkenen’ (zoals de houder van een telefoonaansluiting die is afgeluisterd, degene wiens vertrouwelijke communicatie is opgenomen, de bewoner waarvan de woning gedurende langere tijd met een technisch hulpmiddel is geobserveerd, de geadresseerde wiens post in beslag is genomen en geopend) te informeren over de ten opzichte van hun toegepaste vormen van heimelijke opsporing. Deze verplichting tot het verschaffen van informatie kan, zoals ook het EHRM heeft overwogen en in art. 126bb Sv tot uitdrukking is gebracht, worden opgeschort op grond van het belang van het onderzoek. Het is vervolgens de vraag aan welke functionaris de beslissing om de ‘betrokkene’ bij heimelijke opsporingsmethoden op grond van het belang van het onderzoek daarover niet te informeren moet worden opgedragen. In art. 126bb Sv is deze beslissing in handen gelegd van de officier van justitie. Tegen deze regeling kan als bezwaar worden aangevoerd dat opsporingsbelangen snel de doorslag kunnen geven bij de vraag of de betrokkene al dan niet kan worden geïnformeerd over de jegens hem toegepaste opsporingsbevoegdheden, mede omdat niet is voorzien in mogelijkheden tot controle over de wijze waarop het openbaar ministerie uitvoering geeft aan de notificatieplicht van art. 126bb Sv. Nu het uitblijven van informatie tot gevolg heeft dat het recht op een ‘effective remedy’ onder druk komt te staan, is verdedigbaar op enigerlei wijze de rechter-commissaris bij die beslissing te betrekken. Overwogen zou kunnen worden om in het algemeen voor te schrijven dat de officier van justitie de mededeling binnen een aangegeven periode na beëindiging van de bevoegdheid moet doen, tenzij de rechter-commissaris machtigt tot opschorting van de mededeling. Een dergelijke rolverdeling sluit aan bij de eerder voorgestelde positie van de rechter-commissaris in het vooronderzoek en zijn rol bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van beperkingen op de interne openbaarheid van het vooronderzoek.<sup>327</sup>

Naast de opsporingsbevoegdheden ten aanzien waarvan het vanwege het heimelijke karakter voor de hand ligt om de daarbij ‘betrokkenen’ daarover te zijner tijd te informeren, kunnen ook andere bevoegdheden aanleiding zijn om betrokken derden informatie te verschaffen. Deze informatie

←

processtukken kan vernemen welke opsporingsactiviteiten jegens hem zijn toegepast.

327 Zie de deelrapporten over ‘De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijke vooronderzoek’, (A.E. Harteveld & E.F. Stamhuis) en ‘Vervolg en rechtsbescherming’ (J.B.H.M. Simmelink & Y.G.M. Baaijens-van Geloven) in: *Het Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, resp. p. 554 e.v., 483 e.v.

behoeft niet noodzakelijkerwijs door de officier van justitie te worden verschaft, maar kan ook door opsporingsambtenaren worden verstrekt. Dit laatste ligt voor de hand in die gevallen waarin de informatieverstrekking min of meer gelijktijdig met de uitvoering van de bevoegdheid geschiedt. Vergelijk voor het huidige recht de kennisgeving van inbeslagneming (art. 94, lid 3), de betekening van de machtiging tot het leggen van conservatoir beslag (art. 103) en de uitreiking/toezending van een verslag van het binnentreden van een woning zonder toestemming van de bewoner (art. 11, lid 2, Awbi). De gevallen waarin een dergelijke verplichting moet worden gecreëerd, zijn niet helder te omlijnen. Toch kunnen twee aanknopingspunten worden genoemd op basis waarvan het verschaffen van informatie aan derden wenselijk kan worden geacht. Op de eerste plaats naar aanleiding van opsporingsbevoegdheden die voor de derde-betrokkene min of meer direct enig rechtsgevolg hebben. Hierbij kan worden gedacht aan het verlies van beschikkingsmacht over in beslag genomen voorwerpen. Op de tweede plaats bij opsporingsbevoegdheden ten aanzien waarvan de derde-betrokkene in de nieuwe regeling de mogelijkheid wordt geboden om daarover een rechterlijk oordeel te verkrijgen. Vergelijk in dit verband de inbeslagneming en het beklag overeenkomstig art. 552a Sv.

#### Toegang tot de rechter

Dit tweede aanknopingspunt voor informatieverstrekking omtrent de toepassing van opsporingsbevoegdheden aan betrokkenen raakt aan de vraag naar de vormgeving van de 'effective remedy' in de nieuwe regeling van het vooronderzoek in het wetboek. Zoals in paragraaf 6.2 is aangegeven, zijn in het huidige recht aan derden maar incidenteel mogelijkheden geboden om zich naar aanleiding van de uitoefening van een opsporingsbevoegdheid tot de rechter te wenden. De onderzoeksgroep meent dat in het nieuwe wetboek een voorziening moet worden opgenomen, die derden de mogelijkheid biedt om een rechterlijk oordeel te verkrijgen over de rechtmatigheid van een toegepaste bevoegdheid waarbij zij op een of andere wijze zijn betrokken. In het vierde onderzoeksjaar zal in een afzonderlijk deelrapport ruimer op deze vorm van rechtsbescherming worden ingegaan.<sup>328</sup> Om deze reden zullen op deze plaats slechts enige opmerkingen worden gemaakt over de afgrenzing van deze aan derden te bieden toegang tot de rechter.

328 Hetzelfde geldt voor de vraag of in de voorgestelde procedure de mogelijkheid tot schadevergoeding moet worden gecreëerd. Het vraagstuk van de 'schadecompensatie' zal in het vierde onderzoeksjaar in een afzonderlijk deelrapport aan de orde worden gesteld.



De eerste vraag die opkomt, betreft de bevoegdheden ter zake waarvan een toegang tot de rechter moet worden geboden. Belangen van derden kunnen immers op uiteenlopende wijzen bij de toepassing van opsporingsbevoegdheden aan de orde zijn. Deze belangen kunnen ook meer of minder gewichtig van aard zijn. Vergelijk de waarneming van gedragingen van personen op de openbare weg bij gelegenheid van een statische observatie en het opnemen van telecommunicatie. De waarneming en fotografische vastlegging van een gedraging op de openbare weg is van een geheel ander karakter en veel minder ingrijpend dan de vastlegging van telecommunicatie. Deze diversiteit brengt mede dat niet aan iedere derde zonder enige beperking toegang tot de rechter kan worden verleend ter toetsing van de opsporingsbevoegdheid. Het gewicht van de op het spel staande belangen van de derde moet de toegang tot de rechter kunnen 'rechtvaardigen'. Die rechtvaardiging kan worden ontleend aan de ingrijpendheid van de inbreuk die door de opsporingsbevoegdheid op rechten en vrijheden van de derde wordt gemaakt. Hierbij kan worden gedacht aan inbreuken op de vertrouwelijkheid van communicatie (door het opnemen van vertrouwelijke communicatie, van telecommunicatie of het onderscheppen van post), op het huisrecht (het doorzoeken van de woning van de derde) en de inbeslagneming. De toegang tot de rechter ligt, zoals hiervoor is aangegeven, in het verlengde van de bevoegdheden waarover betrokkenen door de officier van justitie of de uitvoerende opsporingsambtenaren moeten worden geïnformeerd.

De tweede vraag betreft de kring van personen aan wie toegang tot de rechter moet worden verleend. In verband met de voorgestelde notificatieplicht ligt het voor de hand deze toegang tot de rechter te reserveren voor de personen die als 'betrokkene' zijn geïnformeerd over de jegens hen toegepaste opsporingsbevoegdheden. In het licht van de beslissing van het EHRM van 24 augustus 1998 (*Lambert v. France*) lijkt deze afgrenzing echter minder adequaat. In deze zaak ging het om de toetsing van de toelaatbaarheid van het afluisteren van telefoongesprekken door de rechter op verzoek van een ander, namelijk Lambert, dan de houder van de telefoonaansluiting. Uit het arrest van het EHRM moet worden afgeleid dat aan Lambert de mogelijkheid had moeten worden geboden om de toelaatbaarheid van het afluisteren van de telefoon te laten toetsen. De afwijzing van deze toetsingsmogelijkheid door de nationale rechters op grond van het gegeven dat niet Lambert, maar een ander de houder van de telefoonaansluiting was, had tot gevolg dat 'a very large number of people are deprived of the protection of the law, namely all those who have conversations on a telephone line other than their own. That would in practice render the protective machinery largely devoid of substance'. Deze beslissing maakt duidelijk dat de te bieden rechtsbescherming een ruimere kring van personen betreft dan de categorie

‘betrokkenen’ die op gegeven moment over de jegens hen toegepaste bevoegdheden behoren te worden geïnformeerd. Aangezien het hier gaat om een vooraf lastig te omlijnen kring van personen, waarbij de te bieden toegang tot de rechter is gebaseerd op een directe of indirecte inbreuk op rechten en vrijheden, biedt de eis dat de verzoeker moet worden aangemerkt als ‘belanghebbende’ voldoende mogelijkheden tot afgrenzing van de toegang tot de rechter.<sup>329</sup>

## **8 Tot besluit**

In dit deelrapport zijn uiteenlopende vraagstukken betreffende de normering van de opsporingsfase aan de orde gesteld. Ingegaan is op de onderwerpen waarvoor in een nieuwe regeling van het opsporingsonderzoek een plaats behoort te worden ingeruimd (zoals getuigen, deskundigen en tolken). Een belangrijk onderwerp is vanzelfsprekend de wijze van normering van opsporingsbevoegdheden. Een groot deel van dit rapport is gewijd aan algemene en bijzondere uitgangspunten die relevant zijn voor dit normeringsvraagstuk. Gepoogd is een schets te geven van de structuur van een wettelijke regeling van opsporingsbevoegdheden. Hierbij moet niet alleen worden gedacht aan de structuur van de formeelwettelijke regeling, maar ook aan de verhouding tussen de regeling van de opsporing in de formele wet en in lagere regelgeving. Aansluitend is ingegaan op de toedeling van bevoegdheden aan opsporingsambtenaren en de positie van de officier van justitie en rechter-commissaris. Vervolgens zijn de bijzondere voorwaarden betreffende de uitoefening van bevoegdheden – de ‘gevallen’ en ‘gronden’ – geïnventariseerd. Verder is onderzocht op welke wijze in een regeling van de opsporingsbevoegdheden recht kan worden gedaan aan de positie van professionele geheimhouders in verband met het aan deze personen toekomende verschooningsrecht. Als sluitstuk van de regeling – en ook van dit deelrapport – is het vraagstuk van de transparantie en controleerbaarheid van het opsporingsonderzoek onderwerp van beschouwing geweest.

329 Differentiatie ten aanzien van de personen die moeten worden geïnformeerd – de ‘betrokkenen’ – en aan wie een toegang tot de rechter kan worden verleend – de ‘belanghebbenden’ –, is verdedigbaar in verband met de van de overheid te vergen inspanning. Notificatie ziet op een activiteit van de overheid, gerelateerd aan de uitvoering van bepaalde opsporingsbevoegdheden. Uit overwegingen van rechtszekerheid moeten de personen ten opzichte van wie een voorgeschreven handeling moet worden verricht, worden geconcretiseerd. Dit ligt principieel anders ten aanzien van de te verlenen toegang tot de rechter; hier ligt het initiatief bij de burger. Verlangd mag worden dat deze aan geeft belang te hebben bij het van de rechter te verkrijgen oordeel.

De in dit deelrapport geformuleerde voorstellen kunnen niet geïsoleerd worden beschouwd doch zijn onverbrekkelijk verbonden met en bouwen voort op andere deelrapporten. Hiervan moeten op de eerste plaats worden genoemd de in het eerste interimrapport geformuleerde ‘keuzen en uitgangspunten’ voor de inrichting van het strafprocesrecht en de schets van de ‘kernprofielen van de deelnemers aan het strafgeding’.<sup>330</sup> Op de tweede plaats moet worden gewezen op diverse in het tweede interimrapport over *Het vooronderzoek in strafzaken* opgenomen deelrapporten. Het onderzoek naar ‘Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak’ vormt als het ware het fundament voor de in dit deelrapport geformuleerde uitgangspunten voor de normering van het vooronderzoek. Voorts moeten diverse onderdelen van dit deelrapport worden gezien tegen de achtergrond van de uitgangspunten voor ‘Vervolging en rechtsbescherming’ en voor de ‘De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijke vooronderzoek’. Op de derde plaats moet het in dit interimrapport opgenomen onderzoek naar ‘De verhouding tussen het Wetboek van Strafvordering, de opsporingsbevoegdheden in bijzondere wetten en de buitengewone opsporing’ worden genoemd. De in dat deelrapport geformuleerde voorstellen werken direct door in de in het onderhavige rapport neergelegde uitgangspunten.

330 Zie het *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001. Het onderzoek ter zitting*, p. 23-39.