



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Zorgen voor morgen. Bescherming van privacy in het strafrecht in een veranderend veiligheidslandschap

Cleiren, C.P.M.

Citation

Cleiren, C. P. M. (2009). Zorgen voor morgen. Bescherming van privacy in het strafrecht in een veranderend veiligheidslandschap. *Strafblad*, 7(2), 112-121. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15863>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15863>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Zorgen voor morgen

Bescherming van privacy in het strafrecht in een veranderend veiligheids-landschap

*Prof. mr. C.P.M. Cleiren**

Inleiding

Strafrecht is al enkele eeuwen hét domein waarin het vraagstuk van een afweging van individuele vrijheden en veiligheid aan de orde is. Dit betekent natuurlijk niet dat het strafrecht het monopolie heeft als het gaat om veiligheid en privacy. Wel staat buiten twijfel dat binnen het strafrechtelijk domein steeds een attitude noodzakelijk is waarin wordt gewogen tussen de te beschermen belangen van burgers en de daarbij noodzakelijkerwijs in acht te nemen grondrechten en mensenrechten. De afweging tussen die waarden behoort in ons geldend recht niet alleen toe aan de wetgever, maar ook aan hen die die wetten handhaven en aan de strafrechter die de daarbij gemaakte afwegingen in concreto kan en behoort te toetsen. Die constatering is niet zonder belang. Immers, juist de beoefenaren van de strafrechtspraktijk begeven zich dagelijks in het speelveld van en het spanningsveld tussen deze beide fundamentele waarden van onze rechtsstaat.

De rol van het strafrecht bij de bescherming van de fundamentele waarden veiligheid en privacy lijkt als gevolg van de vele en snelle veranderin-

gen in onze samenleving en de aard en vormen van ongewenst gedrag te verschuiven. Op bepaalde terreinen lijkt de rol van het strafrecht te groeien, op andere eerder af te nemen.

Het stelsel van strafrechtelijke rechtshandhaving heeft zijn bijzondere – tamelijk monopolistische – positie uit het verleden verloren. Het werktein is sterk verbreed, maar tegelijkertijd moet het strafrecht het werktein delen met vele andere spelers: publieke, private en publiek/private. Die ontwikkeling leidt tot een vervlechting van actoren en activiteiten uit verschillende domeinen. Zeker waar het gaat om de bescherming van de veiligheid ziet het speelveld eruit als een lappendeken, de spelers als een bonte verzameling van zeer verschillende herkomst.¹ Daarnaast is er sprake van een zeer sterke ontwikkeling van de informatietechnologie, een ontwikkeling die aanleiding heeft gegeven tot nieuwe strafbaarstellingen en bevoegdheden. De technologie schrijdt echter voort, hetgeen de vele spelers op het speelveld van veiligheid ongekende mogelijkheden lijkt te gaan bieden. Deze ontwikkelingen hebben – in hun onderlinge samenhang – onvermijdelijk gevolgen voor de strafrechtspleging zelf.

* C.P.M. Cleiren is hoogleraar straf- en strafprocesrecht te Leiden en redacteur van dit blad.

1 Zie voor een uitgebreide beschouwing over deze ontwikkeling op het terrein van de strafrechtelijk rechtshandaving in brede zin C.P.M. Cleiren, "Erosie

of veredeling? Verschuivingen in het landschap van de strafrechtelijke rechtshandaving", in T. Barkhuysen e.a. (red.), *Recht realiseren, Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer: Kluwer 2005.

In deze bijdrage worden die ontwikkelingen en de mogelijke gevolgen daarvan in het licht van de verhouding tussen veiligheid en privacy geschetst. De aandacht wordt vervolgens toegespitst op de vervlechting van activiteiten en actoren in het domein van criminaliteitspreventie en –bestrijding en de daarop aansluitende omgang met informatie. Het beeld dat opdoemt stelt niet gerust. De waarborging van het belang van privacy kan in gevaar komen. Kortom, er zijn zorgen voor morgen en de vraag is wie zal zorgen.

Een achtergrondschets

Zowel rechtshistorisch, cultuurhistorisch als rechtstheoretisch maakt het denken over veiligheid binnen een gemeenschap en het waarborgen daarvan deel uit van denken over het publieke domein.² Het denken over veiligheid in de betekenis van bescherming tegen criminaliteit en geweld in de publieke ruimte is te herleiden naar de middeleeuwen. In de daarop volgende eeuwen blijven vragen over het doel van de staat, de aard en de reikwijdte van de staatsmacht, het sociaal contract en bescherming van burgers sterk verweven met de behoefte aan vrede, rust, bescherming van burgers en veiligheid. De staat diende de burgers binnen de gemeenschap te beschermen, alsmede de gemeenschap als geheel tegenover ‘externe’ dreiging en aantasting.

Met de beschermende rol van de staat binnen de gemeenschap was steeds onlosmakelijk

verbonden de bescherming van burgers tegen de staat.³ Deze notie vond zijn weg in theorievorming, in het bijzonder in het gedachtegoed over het sociaal contract. Het concept van de staat die is gefundeerd op het sociaal contract brengt mee dat die staat onder voorwaarden de vrijheid van burgers mag inperken met het oog op de veiligheid van allen. De met deze idee verweven codificaties, die hierop in de loop van de geschiedenis volgen, vormen een verankering en neerslag van een onlosmakelijke verbinding van bescherming door de staat ten behoeve van veiligheid én bescherming van de individuele vrijheid tegen diezelfde staat. Het strafrecht vervult daarbinnen een centrale rol en ons huidige straf- en strafprocesrecht vormt daarvan nog steeds een illustratie⁴. Het Wetboek van Strafrecht en bijzondere strafwetten formuleren de te beschermen goederen en belangen. De titels van die wetten en het Wetboek, alsmede de strekking van de bepalingen, geven aan welke type belangen en rechtsgoederen de staat tot het door hem te beschermen domein rekent. Daaronder zien we onder meer de zeden, het openbaar gezag, de persoonlijke vrijheid, het menselijk leven, de eigendom en de openbare orde. In de bijzondere wetten zien we bijvoorbeeld de verkeersveiligheid, het milieu en de gezondheid als te beschermen belangen naar voren komen. Het Wetboek van Strafvordering dient ertoe om de staat in de positie te brengen om de beoogde bescherming ook daadwerkelijk te kunnen realiseren. De wetgever heeft bepaald welke inbreuken in

2 Voor een eerste overzicht kan worden verwezen naar R.W. van Zuijlen, “Veiligheid als begrip, fundering van de rechtsorde”, in: E.R. Muller (red.), *Veiligheid, Studies over inhoud, organisatie en maatregelen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004; uitgebreid R.W. van Zuijlen, *Veiligheid als opdracht, Een onderzoek naar de veiligheid als fundamenteel recht en als positieve verplichting van de staat in het licht van de politietak tot strafrechtelijke handhaving*, Nijmegen 2008.

3 Zie voor een historische en grondslagentheoretische achtergrond R. Focué en A.C. ’t Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint/Kluwer 1990.

4 Het EHRM werkt de beschermende rol van de Staat uit langs de weg van de positieve verplichtingen. Zie hierover de bijdrage van prof. mr. F. Vellinga-Schootstra en prof. mr. W.H. Vellinga in dit nummer.

welke gevallen en onder welke voorwaarden acceptabel waren. Dat wetboek vormt daarmee een neerslag van de afweging tussen het belang van veiligheid en de middelen die ten behoeve daarvan ten koste van de individuele vrijheid mogen worden ingezet.⁵

Legaliteit, doelbinding, proportionaliteit en subsidiariteit

De bescherming van veiligheid en individuele vrijheid met behulp van het strafrecht heeft altijd grenzen, de bescherming van de individuele vrijheid bij de realisering daarvan evengoed. Aan de formele wetgever komt in ons staatsbestel het primaat toe om veiligheid en privacy te wegen en het resultaat daarvan in abstracto in wetgeving neer te leggen. De wet vormt dus steeds de basis én de begrenzing voor de toepassing van het strafrecht. Daarnaast zijn er beperkingen die voortkomen uit het strafproces als instrument zelf. Het inzetten van het strafproces geschiedt traditioneel pas ná een gepleegd strafbaar feit. En, hoewel deze uitgangspositie de laatste decennia behoorlijk onder druk is komen staan, blijft het strafrechtelijk instrumentarium gedomineerd door een repressief en niet door een preventief karakter. De inzet van het instrumentarium is gekoppeld aan een schending van het door de wetgever beoogde te beschermen rechtsgoed of rechtsbelang dat zijn neerslag heeft gekregen in een norm van materieel strafrecht: de strekking van de norm. Deze koppeling vindt men terug in de voorwaarden: een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit (art. 27 Sv), het vermoeden dat in georganiseerd verband ernstige misdrijven worden beraamd of gepleegd (Boek I Titel IVa) en aanwijzingen van een terroristisch misdrijf (Boek I Titel VB). Bevoegdheden tot het maken van inbreuken op

vrijheidsrechten van de burger ten behoeve van de realisering van het materiële strafrecht zijn dus altijd gebonden aan de door de wetgever gekozen strekking (doelgebonden) en door de wetgever geconditioneerd. Bij de realisering van het strafrecht langs de weg van handhaving en berechting is zowel de door de wetgever beoogde strekking van de norm als de door de wetgever gemaakte afweging tussen het te beschermen belang en te aanvaarden inbreuken om dat belang te dienen leidend. Algemeen aanvaard in het geldend recht is bovendien dat inzet met behulp van inbreuken op vrijheidsrechten altijd proportioneel en subsidiair dient te zijn.

Legaliteit, doelbinding, proportionaliteit en subsidiariteit zijn dus centrale noties voor de strafrechtspleging. De rechter toetst de naleving van deze normen in de opsporing en vervolging en verbindt daar bij ernstige schendingen gevolgen aan.

De uitdijning van het strafrecht op de golf van maatschappelijke en technologische ontwikkelingen

In de loop van de afgelopen decennia is regelmatig verdedigd dat de oorspronkelijk door de wetgever gemaakte afwegingen tussen het belang van veiligheid en inbreuken op de persoonlijke levenssfeer niet meer voldeden en dat meer bevoegdheden nodig waren om de veiligheid te kunnen garanderen. De oorzaken daarvan lagen in de veranderende aard en omvang van de criminaliteit, maar waarschijnlijk zijn ook heel andere oorzaken debet aan die verandering. De groei van de informatiemaatschappij, de ontwikkelingen in de technologie, de toegenomen mondigheid van de burger, de toegenomen maatschappelijke 'scheiding' tussen de goede en de slechte burger, alsmede de

5 Deze afweging is uitdrukkelijk zichtbaar in de MvT op het ontwerp van het huidige Wetboek van Straf-

vordering van 1926, MvT, *Kamerstukken II* 1913/14, 286.3, in het bijzonder p. 55.

toegenomen nadruk op het belang van zowel fysieke als sociale veiligheid spelen daarbij zeker een grote rol. Het ging bij de handhaving vaak niet meer om de eenvoudige dief, maar om de aanpak van grote georganiseerde criminaliteit, drugsbendes, financiële fraudes, terroristen enzovoort.

De wetgever komt in actie. Zowel op het terrein van het materiële als op het terrein van het formele strafrecht zijn in de daarop volgende jaren uitbreidingen gevolgd. In de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen en strafbaarstelling van diverse vormen van computercriminaliteit zien we voorbeelden van uitdijging van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Op strafvorderlijk terrein werden regelingen getroffen voor tappen, onderzoek van communicatie door middel van technische hulpmiddelen en van geautomatiseerde werken, uitbreiding DNA-onderzoek enzovoort.⁶ De IRT-affaire en de parlementaire enquête rondom de opsporingsmethoden hebben in deze ontwikkelingen gefungeerd als een soort katalysator⁷. De wetgever heeft zijn werk niet te kleinzielig opgevat en is ruimschoots tegemoetgekomen aan reële en vermeende behoeften. De meest recente uitdijging van het strafrechtelijke instrumentarium waarop hier moet worden gewezen is die ten behoeve van de aanpak van terrorisme.⁸

Deze ontwikkelingen illustreren dat de strafwetgever met het oog op de belangen van veiligheid actief heeft getracht om adequaat te reageren op

de verander(en)de maatschappelijke context. In het proces van totstandkoming van die wet- en regelgeving is door de wetgever – als vanzelf – wederom veiligheid en privacy gewogen. De legaliteit en doelbinding van de doorgevoerde maatregelen staan dan ook buiten discussie. De bevoegdheden zijn doelgebonden en geconditioneerd. De proportionaliteit van de keuze voor het strafrechtelijk instrumentarium is vanuit diverse perspectieven wél aan de orde gesteld en bekritiseerd.⁹ De waardering voor het belang van privacy lijkt namelijk te hebben ingeboet ten gunste van veiligheid. De rechtspraak van het EHRM heeft, waar het de praktijk van de strafrechtelijke handhaving en berechting betreft, evenwel een zekere mitigerende rol gehad bij het vervolg op deze ontwikkelingen.

De druk op nieuwe bevoegdheden is inmiddels geluwd. Het lijkt erop dat de bestaande bevoegdheden door vele betrokken meer dan ruim genoeg worden geacht. Een voor het strafrechtelijk debat ongekende rust!

Een afnemende rol van het strafrecht ten aanzien van veiligheid?

De zorg voor het voorkomen en bestrijden van criminaliteit, voor sociale en fysieke veiligheid neemt niet af. Integendeel. Maatschappelijke en technologische ontwikkelingen schrijden voort en brengen hun eigen en daarmee nieuwe risico's mee. Het belang van veiligheid, de (vermeende) dreiging van onveiligheid en de veiligheidsbe-

6 Zie voor een uitvoerig overzicht van de hier bedoelde uitdijging van het straf(proces)recht Bert-Jaap Koops, *Tendensen in opsporing en technologie, Over twee honden en een kalf*, oratie 2006, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

7 Inzake opsporing, Enquêtecommissie opsporing, 's Gravenhage 1996.

8 Als belangrijkste daarvan kunnen worden genoemd de Wet terroristische misdrijven (Wet van 24 juni 2004,

Stb. 290) en de Wet verruiming mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven (Wet van 20 november 2006, *Stb.* 580).

9 Kritiek is op diverse momenten en ten aanzien van diverse aspecten gekomen vanuit de hoek van het abolitionisme, vanuit strafrecht- en mensenrechten-wetenschap, alsmede vanuit het College Bescherming Persoonsgegevens.

leving heeft in het publiek en politiek debat de laatste twee decennia zelfs een veel zwaarder gewicht gekregen dan in de laatste decennia van de vorige eeuw.

Dat gewicht heeft gevolgen voor de rol van het strafrecht ten aanzien van veiligheid.

Hoe verrassend ook, de rol van het strafrechtelijk instrumentarium lijkt minder dominant te worden.

De samenleving neemt steeds minder genoegen met een repressieve reactie op aantasting van fysieke en sociale veiligheid. Men oriënteert zich niet slechts op een reactie achteraf, maar juist op potentieel gevaar en op een breed scala aan risico's. Burgers vragen en eisen met het oog op bescherming daartegen om preventie en zelfs om pre-preventie, voorzorg. De wetgever reageert met behoedzame pogingen om het strafrecht uit te bouwen in de richting van een meer op voorzorg en preventie georiënteerd instrumentarium. Men ziet dat bijvoorbeeld bij het creëren van de ISD-maatregel en in de reeds genoemde terrorismewetgeving. Maar de strafrechtelijke aanpak blijkt onvoldoende dekkend voor de behoefte aan voorzorgs- en preventiemaatregelen. Enkele voorbeelden. Er blijkt van een maatschappelijke behoefte om zich voortdurend beschermd te weten tegen hangjongeren door middel van noodverordeningen, mosquito's, door camerabewaking in de openbare ruimte, buurtpreventie, een verwijsindex voor risicjongeren, enzovoort. Ook de recent gecreëerde mogelijkheden om achter de voordeur in te grijpen in het kader van de bestrijding van huiselijk geweld passen in dit beeld. Maar ook ná strafrechtelijk ingrijpen en executie van straffen wil de burger beschermd worden tegen 'gevaarlijke' medeburgers, tegen recidive, tegen een confrontatie met ex-veroordeelden

en tegen angst. Als voorbeeld kan dienen het ophangen van posters in winkelcentra met foto's van daders van winkeldiefstallen en de eis om te worden geïnformeerd over de terugkeer van een pedofiel in een woonwijk na zijn detentie.

Kortom, de behoefte aan veiligheid gaat verder dan waartoe het – in beginsel – overwegend repressieve karakter van het strafrecht zich leent en kan lenen. De mogelijkheden van de actoren in het strafrechtelijk domein zijn als gevolg van het geldende legaliteitsbeginsel en de eerder besproken doelbinding, proportionaliteit en subsidiariteit bovendien ook niet zodanig flexibel dat adequaat op die veranderende behoeften kan worden gereageerd.

Vervlechting van activiteiten en actoren in het domein van veiligheidszorg en criminaliteitspreventie en -bestrijding

Het zal duidelijk zijn dat de zorg voor veiligheid in onze huidige complexe samenleving niet alleen met het strafrecht kan plaatsvinden. Het strafrecht stuit immers waar het gaat om voorzorg, preventie, controle op naleving van voorwaarden, nazorg, het voorkomen van eigenrichting enzovoort op zijn eigen grens, het naar zijn aard primair repressieve karakter.

Zowel de bestuurlijke overheid, als de private en de publiek/private sector begeven zich steeds meer op domein waar het strafrecht lang zijn rol als tamelijk exclusief kon opvatten.¹⁰ De terreinen waarop dit zichtbaar is, zijn zeer divers van aard. We zien op het terrein van zowel de sociale als de fysieke veiligheid een voortgaande verschuiving van het strafrechtelijk instrumentarium naar een bestuursrechtelijk en bestuurlijk preventief en repressief instrumentarium. De inzet van camera's en mosquito's in

10 Zie voor een overzicht van belangrijke aspecten van deze ontwikkeling C.P.M. Cleiren, "Toezicht op de rechtshandhaving", in: E.R. Muller (red.), a.w.

hoofdstuk 20 en eveneens van mijn hand "Erosie of veredeling?", a.w.

de publieke ruimte en het 'verstoren' vormen daarvan voorbeelden. De afgelopen decennia is ook sprake van een privatisering van de zorg voor veiligheid. Zo is de betrokkenheid van particulieren en bedrijven bij de sociale veiligheid en het voorkomen en bestrijden van criminaliteit sterk gegroeid. De particuliere bewaking en -beveiliging vormt een niet weg te denken sector. De private opsporing is kleinschaliger, maar is in het kader van een afweging tussen veiligheid en privacy wel een zeer delicate sector. Informatie van particulieren blijkt evenwel soms noodzakelijk om bepaalde vormen van criminaliteit überhaupt te kunnen traceren, en zeker om die vervolgens te kunnen aanpakken. Peter R. de Vries, Meld misdaad anoniem, Opsporing verzocht en kinderpornospeurders voor het internet hebben hun eigen plaats verworven. Inmiddels is ook duidelijk dat de veiligheidsrisico's die het gebruik van nieuwe informatiesystemen, internetbankieren, internetshoppen met zich brengt niet slechts kunnen worden aangepakt met behulp van het regulier strafrechtelijk instrumentarium. De overheid is daarvoor onder meer afhankelijk van particulieren, providers en internationale samenwerking. De zorg voor fysieke en sociale veiligheid wordt steeds meer ook langs wegen van gezondheidszorg, jeugdzorg en onderwijs verzorgd, waardoor de inzet van het strafrecht beperkt kan blijven. Ook de veiligheidshuizen vormen een voorbeeld van veiligheidszorg op het grensvlak van domeinen.

Veiligheidszorg en criminaliteitspreventie en -bestrijding op het knooppunt van domeinen

De gesignaleerde vervlechting van actoren in de wereld van veiligheidszorg en criminaliteitspreventie en -bestrijding leidt ertoe dat de verantwoordelijkheid en zorg daarvoor zich bevindt zich op een knooppunt van instituties, organen en actoren, op een knooppunt van informatie en informatiebronnen en op een knooppunt

van verschillende andere maatschappelijke domeinen. Politie en openbaar ministerie werken bij de aanpak van criminaliteit niet in een vacuüm, maar in een omgeving waar vele andere actoren actief zijn en deels ook andere doelen en belangen te dienen hebben. In die complexe, maar ook diffuse wereld is het onontkoombaar dat de strafrechtelijke handhavers, de politie en het openbaar ministerie, bij het voorkomen en bestrijden van criminaliteit samenwerken met die andere actoren, instituties enzovoort. Daarnaast worden zij echter ook deels afhankelijk van de samenwerking en medewerking van die actoren en van hun informatie.

De taken waarom het gaat bij de diverse actoren zijn niet identiek en ongelijksoortig. De bevoegdheden die aan de orde zijn, zijn deels wettelijk geregeld, deels gestuurd en gebonden door taakopvattingen van bestuurders, deels door private regelgeving. De normering van de taken en bevoegdheidsuitoefening is onvergelijkbaar en zeer divers van karakter: wetgeving, open normen uit de politiewet, rechtspraak, gedragscodes, tuchtrecht, vergunningsvoorwaarden, enzovoort. De uitvoering van de taken en/of bevoegdheden geschiedt deels door actoren en organen van publieke aard, deels door privaat/publieke organisaties en deels door volledig private actoren. De verantwoordelijkheden voor de uitvoering van de onderscheiden taken zijn onvergelijkbaar, hetgeen eveneens geldt voor de controle achteraf op de handhaving en de kwaliteit en legitimiteit van die uitvoering.

Deze omstandigheden brengen mee dat de eisen van legaliteit, doelbinding, proportionaliteit en subsidiariteit, zoals die voor de strafrechtspleging gelden, niet op identieke wijze kunnen en mogen worden gesteld en ingevuld. Elk domein kent zijn eigen doelen, waarden en normen ter invulling van die eisen.

Veiligheidszorg op het knooppunt van domeinen is dan ook zorg in een diffuus veld. Die stand van zaken roept nieuwe vragen op, in het bijzonder waar het de legaliteit, doelbinding, proportionaliteit en subsidiariteit betreft.

Legaliteit, doelbinding, proportionaliteit en subsidiariteit op het knooppunt van domeinen

Zoals hiervoor reeds werd benadrukt zijn voor het strafrechtelijk domein door de wetgever zorgvuldige afwegingen gemaakt tussen veiligheid en privacy. Inbreuken op privacy werden geaccepteerd als een noodzakelijke bijdrage aan de evenzo grote behoefte aan veiligheid. Bij de handhaving werden de grenzen voor de inbreuken gevonden in de in de doelen die werden nagestreefd. Bijvoorbeeld, een inbreuk op de lichamelijke integriteit werd mogelijk gemaakt in de vorm van fouillering aan kleding en aan het lichaam ingeval er reden was om te denken aan vuurwapens. De politie hoefde de regels 'slechts' toe te passen. Daar kwam dan wel een afweging bij kijken. Die zagen we dan terug in de toetsing aan beginselen van proportionaliteit, subsidiariteit en de strekking van de toegekende bevoegdheid (de doelbinding).

De doelbinding en de voorwaarden voor bevoegdheidsuitoefening zijn in het diffuse veld van criminaliteitspreventie en -bestrijding zoals hierboven beschreven evenwel niet meer zo duidelijk. De te onderscheiden instituties, organen en actoren hebben hun eigen doelen en belangen te dienen. De burgemeester heeft deels andere doelen te dienen dan de politie, de politie andere dan de AIVD, Peter R. de Vries andere dan de politie, de particuliere recherche andere dan de politie, enzovoort. Maar bovendien hebben ze ook allemaal hun eigen op dat doel geënte bevoegdheden of spelregels. De politie is voor de opsporing gebonden aan het Wetboek van Strafvordering en vindt daarin heldere, op de strafvordering gerichte bevoegdheden. Het doel is duidelijk. Maar de politie heeft ook taken ten behoeve van de openbare orde en daar kan

bijvoorbeeld een gemeentebestuur of de burgemeester bepaalde doelen formuleren. Peter R. de Vries is bijvoorbeeld als journalist gebonden aan de spelregels van de raad voor de journalistiek, de burger die het web afspeurt op vrijgelaten pedofielen aan grenzen van belediging en smaad. Iedere organisatie heeft bovendien zo zijn eigen controle-instanties, zijn waakhonden. Men kan denken aan het CBP, de toetsingscommissie AIVD en de gemeenteraad. Als daar al een soort toetsing aan proportionaliteit of subsidiariteit plaatsvindt zal die veelal niet op dezelfde wijze worden geconcretiseerd als in het strafrecht. De afwegingen tussen veiligheidsdoelen en privacy kunnen dan ook per domein anders zijn dan de afweging die de wetgever daartussen heeft gemaakt met het oog op strafvordering.

De omgang met informatie afkomstig van niet-strafrechtelijke actoren

Bij de huidige stand van zaken zijn de afwegingen rondom veiligheid en privacy door de politie en het OM in de praktijk veel ingewikkelder geworden. Er is – veel meer dan vroeger – informatie nodig om de eigen taken naar behoren te kunnen vervullen. Het uitwisselen en koppelen van informatie ten behoeve van veiligheid is technisch gezien nauwelijks meer aan grenzen gebonden. We zien dat bijvoorbeeld bij de CT-infobox, waarin AIVD, IND, OM, KLPD en MIVD in het kader van de bestrijding van terrorisme informatie bij elkaar brengen, vergelijken en analyseren.¹¹

Het ligt voor de hand dat politie en openbaar ministerie met het oog op veiligheid en criminaliteitspreventie en -bestrijding groot belang hebben bij de informatie die de andere actoren, zoals bestuurders, controleautoriteiten, private recherche, particuliere beveiligers,

11 Zie het rapport *Data voor daadkracht, Gegevensbestanden voor veiligheid, observaties en analyse*, Rapport van

de Adviescommissie Informatiestromen Veiligheid, Den Haag, april 2007, par. 2.5.

bureaus jeugdzorg en het bureau BIBOB hebben verzameld ten behoeve van hun taken. Niet-strafrechtelijke actoren kunnen immers de beschikking hebben over andere – en soms sterker op de persoon en persoonlijke levensfeer georiënteerde – informatie. Die informatie kan van essentieel belang zijn voor strafrechtelijke interventies door politie en openbaar ministerie.

Het staat buiten kijf dat de strafvorderlijke autoriteiten als gevolg van de hen opgelegde – op het strafrecht en strafvordering geënte doelbinding – niet zelf tot al die informatie toegang kunnen krijgen. Het ligt dan ook voor de hand dat politie en openbaar ministerie op het moment dat uiterst relevante informatie voorhanden is bij niet-strafrechtelijke actoren in het belang van veiligheid en strafvordering zullen pogen die gegevens te verkrijgen en zo nodig proberen te koppelen met de eigen gegevens. Informatiegestuurde opsporing sluit aan op deze behoefte en op de mogelijkheden van de sterke ontwikkelingen van de technologie.¹² Datamining lijkt daarbij onmisbaar te worden.¹³

Als gevolg van de vervlechting van de activiteiten van de vele actoren in het veiligheidsveld is de informatie ook vaak eenvoudigweg voorhanden. De werkwijze van bijvoorbeeld de veiligheidshuizen en van bureau BIBOB brengt onvermijdelijk mee dat soms door actoren in die

domeinen verkregen informatie ook ter beschikking is van de strafvorderlijke autoriteiten.

In welke gevallen en onder welke voorwaarden mag informatie afkomstig van die andere actoren worden gedeeld, gebruikt en gekoppeld ten behoeve van opsporing en vervolging?

Die vraag is in zijn kern te herleiden tot de vraag naar de waarborgen van de democratische rechtsstaat.¹⁴ De antwoorden op deze vraag zijn minder eenvoudig dan het lijkt. De beoordeling kan immers niet als vanzelf voortvloeien uit de afwegingen tussen veiligheid en privacy zoals die door de strafwetgever zijn gemaakt. De informatie is immers verworven door andere dan strafvorderlijke spelers op het speelveld van de veiligheid.

Op het knooppunt van de domeinen is het voor de politie en het OM bij de uitoefening van hun strafvorderlijke taken niet meer zo eenvoudig vast te stellen of de informatie waarover ze (kunnen) beschikken is verkregen in de lijn of het spoor van hun eigen te dienen doelen en de aan hen gestelde eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Hebben de andere actoren zich gehouden aan de voorwaarden die voor de politie hebben te gelden?¹⁵

Het is bovendien aantrekkelijk om zich die vraag niet te stellen, want dan beperkt men de – wel aanwezige – mogelijkheden om de veiligheid te dienen of de criminaliteit te bestrijden.¹⁶

12 Zie over informatiegestuurde opsporing onder meer Bert-Jaap Koops, a.w. par. 3.2. en de aldaar aangehaalde literatuur.

13 Zie in dit verband de bijdrage van C. Prins in dit themanummer.

14 Zie voor de zorgen daaromtrent M.G.J.M. van der Staak, "Informationele privacy in de strafrechtspleging", *DD* 2007, 59, afl. 7, p. 718-736 en de diverse rapporten die recent over veiligheid en privacy verschenen, in het bijzonder *Data voor daadkracht*, a.w.

15 Zie voor voorbeelden uit de rechtspraak M.G.J.M.

van der Staak, a.w.

16 Dit type vragen is niet nieuw voor de strafrechtspleging. Reeds in 1935 – het Geweerarrest HR 2 december 1935, *NJ* 1936, 250 – beoordeelde de Hoge Raad zo'n kwestie bij de overloop van controlebevoegdheden naar opsporingsbevoegdheden. In het Zeijense Nachbrakerarrest (HR 24 oktober 1961, *NJ* 1962, 86) is de overloop tussen handhaving van openbare orde en opsporing aan de orde. Dit vraagstuk wordt vaak aangeduid als 'voortgezette toepassing', soms ook als function creep.

Voor informatie-uitwisseling ten behoeve van strafvorderlijk optreden liggen die grenzen in de eerder genoemde doelbinding, de proportionaliteit en de subsidiariteit. Voor andere actoren liggen die binnen hun eigen taken, bevoegdheden, opdrachten en gedragscodes.

De zorg waar we – zeker met het oog op het waarborgen van eisen van de democratische rechtsstaat – steeds meer voor komen te staan is dan ook niet zozeer om de informatie te verzamelen, maar het bepalen van de grenzen van het koppelen, delen en op elkaar betrekken van informatie. De zorg voor een goed evenwicht tussen veiligheid en privacy bevindt zich nu immers niet meer zo centraal als vroeger in het domein van het strafrecht zelf, maar op het knooppunt van domeinen, aan de randen van ons strafrecht.

Strafrechtelijk handhaving en controle in het nieuwe landschap van veiligheid en criminaliteitspreventie en -bestrijding

In de inleidende paragrafen is aan de orde gesteld dat de wetgever in het Wetboek van Strafvordering een afgewogen keuze tussen veiligheid en privacy in abstracto heeft neergelegd. In de loop van de afgelopen decennia is de strafwetgeving ‘meegegroeid’ met maatschappelijke en technologische ontwikkelingen. De wetgever heeft daarbij wederom gewogen tussen veiligheid en privacy en keuzes gemaakt. De verwerving van informatie ten behoeve van de strafrechtspleging is langs die keuzes in de wet geregeld en genormeerd. Dat wellicht niet iedereen zich kan vinden in de gemaakte afwegingen doet niet af aan het feit dat de wetgever daarmee zijn werk heeft gedaan om het verwerven van informatie te reguleren en normeren en daarmee de privacy van de burger te beschermen. De abstracte afweging zal in de strafrechtelijke handhavingspraktijk steeds moeten worden geconcretiseerd met inachtneming van de wettelijke normering, de strekking van de bevoegdheden en de proportionaliteit en

subsidiariteit. De controle op de naleving van het door de wetgever gekozen evenwicht tussen veiligheid en privacy en van de doelbinding ligt in handen van de strafrechter. Datzelfde geldt voor de proportionaliteit en subsidiariteit. Dit betekent dat er een grote verantwoordelijkheid rust op de verantwoordelijken voor de opsporing en de vervolging, alsmede op de strafrechter. Dit gegeven is niet nieuw. Het gaat om hetzelfde type verantwoordelijkheden al die ter discussie kwamen bij de parlementaire enquête inzake opsporing in 1996. Wél veranderd is de omgeving waarbinnen de strafrechtelijk verantwoordelijkheden voor veiligheid en criminaliteitspreventie en –bestrijding moeten worden geconcretiseerd.

Het nieuwe veiligheidslandschap, als een complex knooppunt van actoren, bevoegdheden, doelen en informatie maakt die taak voor handhavers en strafrechter niet gemakkelijk. De vraag is of controle op de legitimiteit en de behoorlijkheid van het verkrijgen van informatie door de rechter in dit complexe knooppunt van veel organen, vele en diverse soorten bevoegdheden en spelregels, een overvloed aan kennis en informatie over alle burgers nog wel uitvoerbaar is. Kan de strafrechter voldoende controleren of het materiaal dat in het strafdosier terecht is gekomen voldoet aan de eisen van doelbinding en voorwaarden voor verwerving, zoals proportionaliteit en subsidiariteit?

Dat veronderstelt allereerst en ten minste dat politie en openbaar ministerie zelf voldoende zicht hebben op de herkomst van de informatie en de wijze van verkrijging. De legitimiteit van het gebruik van de informatie kan ook door het openbaar ministerie pas goed worden beoordeeld bij volstreekte helderheid over de toe te passen criteria voor overdracht, delen en voegen van informatie die de persoonlijke levenssfeer van personen betreft. Als dat al het geval kan zijn in het diffuse veld van informatie en technologie, dan is de vraag of de rechter voldoende zicht heeft op de snel voortgaande ontwikkelingen

op het gebied van informatietechnologie en de verwevenheid van activiteiten en actoren in het domein van veiligheid om het openbaar ministerie en eventueel de politie kritisch te kunnen bevragen. Men komt er namelijk niet met abstracte afwegingen waarin de wettigheid van de opsporing, de doelbinding en de proportionaliteit en subsidiariteit wordt verantwoord. Het gaat erom de vinger op de gevoelige plek te kunnen leggen.

Zorgen voor morgen

Zijn de actoren binnen de strafrechtspleging zich voldoende bewust van deze ontwikkelingen? Zijn zij voldoende voorbereid op hun verantwoordelijkheden ten aanzien van de gestelde vragen?

Het OM zal – en wellicht meer dan tot op heden – zicht moeten houden op de herkomst van de informatie die zij van de politie ter beschikking krijgt, alsmede over de wijze van verkrijging. Maar daarnaast lijkt vooral voor de rechter en de verdediging een belangrijke taak weggelegd. Beiden zullen vanuit hun eigen taak waakzaam en kritisch moeten zijn op herkomst en betrouwbaarheid van de informatie en de legitimiteit van de verkrijging. Nieuw is deze taak niet. Maar toch zijn er enkele belangrijke redenen om niet zonder meer gerust te zijn en op te roepen tot alertheid.

Hoe vanzelfsprekend waakzaamheid – zeker na de ervaring met de IRT-affaire – ook lijkt, de huidige rechtspraktijk geeft aanleiding om op te roepen tot de waakzame en kritische houding ten aanzien van de opsporing. De mogelijkhe-

den tot rechterlijke toetsing van de opsporing aan proportionaliteit en subsidiariteit wordt in ons geldend recht ‘beperkt’ geïnterpreteerd. De RC lijkt vaak marginaal te toetsen en de zittingsrechter kan zich ‘verstoppen’ achter de beperkingen in de sancteringsregel van art. 359a Sv. De Hoge Raad beperkt zijn toets van het oordeel van de feitenrechter over proportionaliteit en subsidiariteit tot begrijpelijkheid van dat oordeel.¹⁷

Een tweede reden is dat de realisering en vormgeving van de gevraagde waakzaamheid veronderstelt dat de rechter en de advocaat inzicht hebben in en beelden en kennis van het nieuwe veiligheidslandschap en van de zich steeds verder ontwikkelende informatietechnologie, alsmede van de potentiële wisselwerkingen daartussen. Zonder een bepaalde mate van concretisering van de belangenafwegingen die zijn gemaakt door de diverse spelers van diverse herkomst in het voortraject zijn de doelbinding, noch de proportionaliteit en subsidiariteit van de wijze van verkrijgen van informatie immers te beoordelen. Die concretisering vraagt om kennis en inzicht en vergt een omslag die niet vanzelf komt.

De hierboven voor het strafrechtelijk debat gesignaleerde ongekende rust zal dus van korte duur moeten blijven. Als de rechter en de verdediging in de nabije toekomst niet alert genoeg zijn op de genoemde verwevenheid van de actoren, de activiteiten en de informatie-uitwisseling ten behoeve van de veiligheid en criminaliteitspreventie en -bestrijding, zal de privacy de eerste waarde zijn die schade oploopt.

17 Zie over de marginaliteit, noodzaak en mogelijkheden van een substantiële toetsing aan proportionaliteit en subsidiariteit van de opsporingsmethoden

A.A. Franken, “Proportionaliteit en subsidiariteit in de opsporing”, *DD* 2009, 8, p. 79-92.