



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **bijrdage 1 losbladige Melai suppl. 118**

Cleiren, C.P.M.; Melai A.L.

### **Citation**

Cleiren, C. P. M. (2000). bijrdage 1 losbladige Melai suppl. 118. In *Commentaar op het Wetboek van Strafvordering* (pp. 1-2b). Arnhem: Gouda Quint. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15913>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15913>

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

## TITEL I. *Strafvordering in het algemeen*

Eerste afdeling. Inleidende bepaling

### Artikel 1

*Prof.mr. C.P.M. Cleiren*<sup>1</sup>

Strafvordering heeft alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien.

**Toegevoegde voorafgaande beschouwing in verband met de invoering van de Wet Bijzondere opsporingsbevoegdheden (juni 2000).**<sup>2</sup>

#### ***A Inleiding***

De onderstaande tekst van de commentaar op art. 1 dateert van 1994, dat wil zeggen van ruim voor de inwerkingtreding van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden (hierna steeds: Wet-BOB<sup>3</sup>) per 1 februari 2000, maar ook van voor de parlementaire enquête opsporingsmethoden (hierna steeds: PEC) die de aanleiding voor de Wet-BOB vormde. Dat maakt de onderstaande tekst op twee te onderscheiden punten niet meer actueel.

Het eerste punt waarop de onderstaande commentaar aan actualiteit heeft ingeboet ligt in het feit dat de Wet-BOB aanzienlijke consequenties heeft voor de systematiek van strafvordering, bijvoorbeeld en met name doordat sinds de Wet-BOB het Wetboek van Strafvordering een definitie van het zo cruciale begrip 'opsporing' bevat, terwijl van die definitie deel uitmaakt een beschrijving van de reikwijdte van 'opsporing'. Tegen de achtergrond van de voorheen bestaande verdeelde meningen over de reikwijdte van dat begrip, is hier sprake van een zeer veelbetekenende wijziging, ook voor de commentaar op art. 1. Er zijn meer van dergelijke wijzigingen aan te wijzen.

In het verlengde van de gewijzigde systematiek van strafvordering ligt het tweede punt waarop de onderstaande tekst in actualiteit heeft ingeboet. De inhoudelijk-systematische bespreking van art. 1 in onderstaande aantekeningen knoopt aan bij de bestaande opsporingspraktijk van voor de PEC. Juist door de PEC en de Wet-BOB is die praktijk inmiddels ingrijpend gewijzigd. De beschreven feitelijke situatie kan dus niet meer worden gebruikt als adequate onderbouwing van de actuele situatie als bron van rechtskwesaties die in een commentaar bij art. 1 de aandacht vragen.

Bij deze stand van zaken is bewerking van de onderstaande aantekeningen in het licht van de nieuwste stand van zaken in de wetgeving noodzakelijk. Dat is een tijdrovend karwei. Ter overbrugging wordt met deze voorafgaande beschouwing een zekere, beknopte, actualisering van de uit 1994 stammende, bestaande commentaar beoogd.

De actualisering van de bestaande commentaar in deze beschouwing vooraf, is als volgt opgebouwd. De beschouwing bevat zowel een beknopte beschrijving van de inhoud van de Wet-BOB als – met name – een typering van de systematiek van strafvordering, zoals die de

---

<sup>1</sup>*Mevr. prof. mr. C.P.M. CLEIREN is hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden. Mevrouw CLEIREN heeft bij de samenstelling van aant. 8 gebruik gemaakt van vroegere teksten van prof. mr. A.L. MELAI*

<sup>2</sup>Prof. mr. P.A.M. MEVIS heeft bijgedragen aan de totstandkoming van deze tekst.

<sup>3</sup>Wet van 27 mei 1999, *Stb.* 1999, 245, tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de regeling van enige bijzondere bevoegdheden tot opsporing en wijziging van enige andere bepalingen (bijzondere opsporingsbevoegdheden), krachtens KB van 19 januari 2000, *Stb.* 2000, 32 in werking getreden op 1 februari 2000.

wetgever bij de Wet-BOB voor ogen heeft gestaan, waarbij bestaande opvattingen zijn geëxpliciteerd of gewijzigd en die ten dele in de tekst van het Wetboek van Strafvordering, zoals dat door de Wet-BOB is gewijzigd, is neergelegd. Het gaat bij die typering uiteraard vooral om de wijzigingen in het systeem van strafvordering door de Wet-BOB.

De typering in deze voorafgaande beschouwing van inhoud en betekenis van de Wet-BOB voor het systeem van strafvordering is vervolgens in formulering en opbouw ontleend aan de inhoud van de diverse onderdelen van de bestaande commentaar. Dat maakt het mogelijk om in die bestaande commentaar door middel van voetnoten met gecursiveerde tekst te verwijzen naar min of meer specifieke onderdelen van deze voorafgaande beschouwing over de Wet-BOB. Daarmee kan dan toch in de bestaande tekst een zekere specifieke actualisering worden bereikt, in afwachting van een algehele herziening van de commentaar die door de auteurs ter hand is genomen.

## ***B Achtergrond***

De Wet-BOB is als fenomeen een directe reactie op de uitkomsten van de PEC opsporingsmethoden die in haar rapport uit 1996 concludeert tot een crisis in de opsporing.<sup>4</sup> Als oorzaak van de crisis wordt gewezen op het gebrek aan controle over de opsporing door het OM en het gebrek aan wettelijke grondslag van bepaalde opsporingsmethoden. Aan laatstbedoeld aspect komt de Wet-BOB tegemoet door een aantal opsporingsmethoden als opsporingsbevoegdheden in de formele wet, te weten het Wetboek van Strafvordering te voorzien.<sup>5</sup> Daarmee wordt een einde gesteld aan de te grote praktijk waarin ook ingrijpende en stelselmatig toegepaste opsporingsmethoden als zodanig buiten de wetgever om, te weten via praktijk en jurisprudentie, in de strafvordering werden geïntroduceerd.

## ***C Selectiecriteria***

Tegelijkertijd heeft de wetgever er voor gekozen niet elke opsporingsmethode een expliciete basis als bevoegdheid in het Wetboek van Strafvordering te geven. Voor het onderstaande commentaar zijn dan ook de selectiecriteria van groot belang.

De wetgever heeft betoogd dat alleen die opsporingsmethoden die een stelselmatige, meer dan lichte inbreuk op rechten en vrijheden van de burger, dan wel die een aanzienlijk risico voor de integriteit van de opsporing betekenen, van een expliciete formeelwettelijke basis als opsporingsbevoegdheid in het wetboek moeten worden voorzien. Deze selectie en de daarbij behorende criteria zijn rechtsreeks relevant voor de invulling van de taak die voor de wetgever in art. 1 ligt besloten. Deze taak is beschreven in de onderstaande aantekeningen 4-7. Van belang is daarbij op deze plaats dat niet wordt gebroken met de opvatting dat niet elk feitelijk optreden als zodanig in een formele wet moet zijn voorzien en dat bij de beantwoording van de vraag voor welk optreden die eis wel moet worden gesteld nog steeds de aard van het optreden beslissend is. Naast het criterium van (stelselmatige) inbreuk op rechten en vrijheden treedt volgens de wetgever thans ook de bedreiging die van bepaalde opsporingsmethoden voor de integriteit van het opsporingsapparaat kan uitgaan. Dat laatste wordt een zelfstandig argument voor expliciete regeling van de betreffende opsporingsmethode als opsporingsbevoegdheid in de formele wet.

---

<sup>4</sup>Inzake opsporing, rapport van de Parlementaire Enquête Commissie Opsporingsmethoden, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072.

<sup>5</sup>Wij reserveren in het navolgende dan ook het begrip opsporingsbevoegdheden voor in de wet geregelde opsporingsmethoden.

## ***D Wettelijke basis***

In aanvulling op het betoog in de vorige aantekening is ook de omgekeerde consequentie relevant. Opsporingsmethoden die niet aan de beschreven criteria voldoen, behoeven in de opvatting van de wetgever geen expliciete basis als opsporingsbevoegdheid in het wetboek of in enige andere formele wet. De nadruk in deze constatering ligt op het woord 'expliciet'. Voor zover door dergelijke opsporingsmethoden wel een inbreuk op grondrechten en – vrijheden wordt gemaakt, maar deze inbreuk niet van stelselmatige aard is, is het legaliteitsbeginsel in zoverre van toepassing dat een dergelijke, niet stelselmatige inbreuk in de opvatting van de wetgever zijn wettelijke grondslag vindt in de artikelen 141 Sv en 2 Politiewet. Daarmee wordt afgeweken van de ook in onderstaande commentaar betrokken stellingen dat een inbreuk op rechten en vrijheden een expliciete basis vereist, ongeacht de ernst van de inbreuk. Voorts neemt de wetgever afstand van de systematische opvatting uit aantekening 5 dat een wetsbepaling die een taakomschrijving bevat, niet kan worden gebruikt als bevoegdheidsbasis.

## ***E Relevantie van codificatie van het opsporingsbegrip***

De codificatie van opsporingsmethoden zelf is om twee redenen relevant. De eerste is dat gekozen is voor codificatie in het Wetboek van Strafvordering en niet voor codificatie in een andere formele wet. Gelet op de reikwijdte van de nieuwe methoden, die samenhangt met de veranderde, althans geëxpliciteerde opvatting omtrent het begrip 'opsporing', wordt met deze keuze ook de reikwijdte van het begrip 'strafvordering' nader inhoud gegeven. Het opsporingsbegrip wordt nader bepaald (zie o.a. art. 132a).

## ***F Wijze van codificatie***

Voorts is de aard van de codificatie van belang. Er is sprake van codificatie van opsporingsbevoegdheden die als methode een zeer uitgewerkte en gedetailleerde uitwerking voor toepassing behoeven. Deze uitwerking is deels van feitelijke, deels van normatieve aard. De regeling is echter te omvangrijk om geheel in de formele wet te kunnen worden geregeld. Ter zake wordt vertrouwd op regeling bij AMvB. Met in het achterhoofd het nog steeds relevante onderscheid tussen nadere regeling voor de feitelijke toepassing en delegatie anderzijds waardoor ten dele eerder van een praktische dan van een fundamenteel-normatieve verschuiving sprake is, moet toch worden opgemerkt dat in deze structuur ook via delegatie het accent in de uitwerking van de bevoegdheden, meer dan gewoonlijk naar de uitvoeringsregelingen op het lagere niveau dan de wet in formele zin verschuift. Die ontwikkeling is relevant voor het in aantekening 7 beschreven wetsbegrip van art. 1.

## ***G Instrumentaliteit***

De aldus beperkte codificatie van opsporingsmethoden is tevens gebruikt om de instrumentaliteit van de nieuwe bevoegdheden te vergroten. Ten aanzien van de georganiseerde criminaliteit is voor de inzet van bepaalde bevoegdheden de hieronder in aantekening 2 en 13 als materiële eis geduide en besproken voorwaarde van verdenking dat een strafbaar feit is begaan (art. 27), losgelaten. Men raadplege het opschrift van Titel V Boek 1 en de aanhef van art. 126o. Die beslissing, en de vormgeving er van, zijn van wezenlijke betekenis voor de wijziging van de systematiek van strafvordering door de Wet-BOB en als zodanig ook van belang voor de commentaar op art. 1.

## ***H Wettelijke definitie van opsporingsonderzoek***

Inhoudelijk kan op deze plaats worden vermeld dat de verruimde reikwijdte van de inzet van opsporingsbevoegdheden tegen georganiseerde criminaliteit, uitdrukking heeft gevonden in het wettelijk criterium zoals dat te vinden is in art. 132a. Ingevolge dat criterium wordt onder het opsporingsonderzoek niet slechts het onderzoek verstaan naar aanleiding van het redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is begaan, maar eveneens het onderzoek naar aanleiding van het redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband bepaalde, nader omschreven misdrijven *worden gepleegd of beraamd*. Anders dan bij art. 27 het geval is en anders dan de bewoordingen van het criterium suggereren is expliciet niet bedoeld een nieuwe fase van opsporing te definiëren als normatief-systematisch criterium. De inhoud van het criterium is eerder negatief te duiden als: 'ook buiten het bereik van de concrete verdenking van art. 27 Sv'. Normatief-systematisch van aard is het criterium in zoverre wel dat de toepassing tot bepaalde delicten is beperkt. In deze opzet wijkt het criterium fundamenteel af van het criterium van art. 27. Ook het feit van die wijziging en de inhoud daarvan is voor een commentaar op art. 1 relevant, maar in zijn betrekkelijke nieuwheid nog niet in de bestaande commentaar verwerkt.

## ***I Gezag over opsporing***

Met de Wet-BOB wordt ook beoogd een einde te maken aan de geconstateerde gezagscrisis over de opsporing. De belangrijkste weerslag van deze poging is de versterking van het gezag van het OM over het strafvorderlijk optreden van de politie. Om dit gezag te versterken is in de Wet-BOB vastgelegd waarover dat gezag zich uitstrekt. Aanknoping is gezocht bij de aloude opvatting dat het OM gezag over de politie uitoefent waar het de 'opsporing' betreft. Door de inhoud van dat begrip vast te leggen, kan de reikwijdte van het gezag van het OM worden bepaald. Zo een definitie is inderdaad, op de daarvoor geëigende plaats, te weten de betekenistitel van Boek 1 opgenomen. Tegen de achtergrond van de voorheen betrekkelijk verbeterde dogmatische strijd over de definiëring van het begrip 'opsporing' is deze definiëring als fenomeen reeds opmerkelijk.

## ***J Inhoud van het opsporingsbegrip***

Ook de inhoud van de definitie van 'opsporing' is opmerkelijk en voor de commentaar op art. 1 van belang. Zoals hiervoor onder G aangeduid is de reikwijdte van opsporingsbevoegdheden als instrument van strafrechtelijke rechtshandhaving tegen georganiseerde criminaliteit uitgebreid buiten de grenzen van art. 27, en wel in de zin van: niet gebonden aan de precisie van die grenzen noch aan de fasering die daaruit ten aanzien van de strafvordering voortvloeit. Uiteraard ligt het in de rede het gezag van het OM ook ten aanzien van de toepassing van opsporingsbevoegdheden buiten het bereik van art. 27 te garanderen. Deze uitbreiding moet daarom, in de gekozen systematiek van garantie van gezag van het OM, er onvermijdelijk toe leiden dat deze uitbreiding van de reikwijdte van opsporingsbevoegdheden in de definitie van 'opsporing' moet weerklinken. Dat is inderdaad in art. 132a het geval waarvan de inhoud immers thans de optelsom is van het criterium van art. 27 en dat van art. 126o. Deze wijziging is voor een commentaar op art. 1 van bijzonder belang omdat daarmee de reikwijdte van 'opsporing' en de daarmee in verband met art. 1 verbonden consequenties zich onder de omstandigheden van art. 132a en art. 126o ook uitstrekt tot de *fase* voorafgaand aan de verdenking van art. 27. Dat is relevant omdat daarmee expliciet afstand wordt genomen van de – overigens in de literatuur bestreden – opvatting van de Hoge Raad (vooral geëxpliciteerd in

het arrest Zwolsman<sup>6</sup> dat duidelijkheid verschaft t.o.v. HR 14 oktober 1986, *NJ* 1987, 564 waarover in aantekening 10 nog gedisputeerd wordt) waarin, juist met een beroep op art. 1 het begrip 'opsporing' (en de normatieve consequenties daarvan) is beperkt tot de fase nadat het redelijk vermoeden is ontstaan dat een strafbaar feit is begaan.

### ***K Verdachte***

In het verlengde van de laatste voorafgaande aantekeningen verdient separate vermelding dat het begrip 'opsporing' is gedefinieerd en de reikwijdte er van is uitgebreid, maar dat zulks niet gepaard is gegaan met een wijziging van het begrip 'verdachte'. Dit begrip blijft gereserveerd voor de persoon ten aanzien waarvan een vermoeden in art. 27 bestaat. Het begrip kan dan ook in onderstaande commentaar in dezelfde betekenis worden gelezen, daargelaten dat opsporingsbevoegdheden na de inwerkingtreding van de Wet-BOB in ruimere en indringender mate tegen burgers kunnen worden ingezet die (nog) geen verdachte zijn. Door de definiëring van 'opsporing' en de omschrijving van art. 126o is er een betrekkelijk specifieke categorie personen bijgekomen.<sup>7</sup>

### ***L Recapitulatie***

De voorgaande aantekeningen impliceren een forse wijziging van de strafvorderlijke systematiek die het verdient op deze plaats nogmaals te worden geformuleerd omdat juist in zijn samenvatting duidelijk de wijziging naar voren treedt. In de Wet-BOB wordt een vernieuwd opsporingsbegrip geformuleerd. De reikwijdte van dat begrip gaat de traditionele voorwaarde van art. 27 te buiten, maar zowel het opsporingsbegrip als de daarop gebaseerde bevoegdheden worden in het Wetboek van Strafvordering – en dus niet in enige andere formele wet – geformuleerd. Via dit in het Wetboek van Strafvordering opgenomen opsporingsbegrip wordt dus ook het begrip strafvordering in art. 1 nader inhoud gegeven en wel op een wijze waarin naar voren komt dat strafvordering niet meer gebonden is aan de materiële eis van de verdenking van art. 27. Anders gezegd: er kan strafvorderlijk, immers ter opsporing en op grond van het Wetboek van Strafvordering worden opgetreden, ondanks dat er geen verdenking is als bedoeld in art. 27, dus ondanks dat er geen (vermoeden van) strafrechtelijke aansprakelijkheid bestaat. Voor een goed begrip van art. 1 is de combinatie van de inhoudelijke bepaling van de reikwijdte van 'opsporing' binnen het Wetboek van Strafvordering van groot belang. In die combinatie schuilt een belangrijke wijziging ten opzichte van bepaalde opvattingen in literatuur en jurisprudentie over de aan de Wet-BOB voorafgaande systematiek van 'strafvordering' en 'opsporing' ten grondslag liggende ordening.

### ***M Verkennend onderzoek***

In het verlengde van de vorige aantekening kan op deze plaats een opmerking worden gemaakt over de door de Wet-BOB geïntroduceerde, zgn. 'verkennend onderzoek' in art. 126gg. Relevant is ook hier de combinatie van de reikwijdte van het onderzoek en het gegeven dat gekozen is voor opneming in het Wetboek van Strafvordering. Het verkennend onderzoek is geen 'opsporing' in de nieuwe definitie van art. 132a. Het is wel opgenomen in het Wetboek van

---

<sup>6</sup>HR 19 december 1995, *NJ* 1996, 249.

<sup>7</sup>Daargelaten de verdere beperking van de kring van personen tegen wie bevoegdheden kunnen worden uitgeoefend in de onderscheiden afzonderlijke bevoegdheidsbepalingen.

Strafvordering en alleen reeds om deze formele reden is sprake van 'strafvordering' in de zin van art. 1. Waar de wetgever bij de uitbreiding van de reikwijdte van het begrip 'opsporing' de eis van verdenking als bedoeld in art. 27 als materiële voorwaarde voor strafvorderlijk optreden, heeft losgelaten, valt op zichzelf de keuze voor regeling van het verkennend onderzoek in het Wetboek van Strafvordering minder a-systematisch uit als op het eerste gezicht zou kunnen worden betoogd.

Naar de tekst van art. 126gg strekt het verkennend onderzoek tot de 'voorbereiding van de opsporing'. In hoeverre in deze duiding van het doel besloten ligt dat daarom materieel sprake is van 'strafvordering', vereist een uitvoerige uiteenzetting en wordt daarom eerst in de bewerking van de commentaar besproken. Dat geldt ook voor de vraag in hoeverre, als sprake zou zijn van 'strafvordering', de verrichtingen tijdens een verkennend onderzoek te verrichten naar hun aard een expliciete basis in de formele wet vereisen.

## ***N Bijstand door burgers***

Vervolgens verdient opmerking dat door de Wet-BOB het Wetboek van Strafvordering sinds 1 februari 2000 ook een titel kent waarin de 'bijstand aan opsporing door burgers' is geregeld (Titel VA van het Eerste Boek). Anders dan gebruikelijk betreft het niet, of niet in de eerste plaats of niet uitsluitend, normering van optreden van ambtenaren van de strafvorderlijke overheid. Naar het opschrift van de titel is de bijstand die de burger verricht ook geen 'opsporing'. Desondanks is sprake van een voorziening in het Wetboek van Strafvordering.

## ***O Controle***

Ten slotte is de reikwijdte van art. 1 uiteraard niet tot de opsporing beperkt. Zeker ook naar de achterliggende waarden heeft art. 1 ook betekenis voor de inrichting van het meer procedurele deel van de strafrechtspleging. Zonder daarin expliciet te zijn veronderstelt de wetgever (vertrouwt de wetgever) bij de Wet-BOB (op) een deugdelijke controle op de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden, niet alleen door de officier van justitie maar ook door de rechter ter terechtzitting en in een enkel geval<sup>8</sup> door de rechter-commissaris. In de bewerking van de commentaar zal nader worden gezien of, zo ja de eigenlijk impliciete taak van de rechter nadere explicatie vereist onder de commentaar op art. 1. Hier verdient vermelding dat de wetgever in het kader van deze taak aanleiding heeft gezien de verantwoording van de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden van nadere regels te voorzien, en wel in Titel VB van het Eerste Boek (art. 126aa-126ee). Ook kan worden gewezen op de voorziening van art. 187d inzake de mogelijkheid van afscherming van informatie op grond van een zwaarwegend opsporingsbelang.

## **Inhoudsopgave**

- aant. 1: Inleiding;
- aant. 2: Het legaliteitsbeginsel en de rechtsstaat;
- aant. 3: De normadressaten van het voorschrift van art. 1 en de 'voorlopige' implicaties van de daarin begrepen opdrachten;
- aant. 4: Openheid en geslotenheid als structuurkenmerk van een rechtsgebied (of rechtsorde);
- aant. 5: De normadressaten en functies van bepalingen van 'strafvordering';

---

<sup>8</sup>Te weten bij de machtiging van de rechter-commissaris die is vereist voor de toepassing van bepaalde ingrijpende opsporingsbevoegdheden, zie artt. 126l, 126m, 126s en 126t.

- aant. 6: De aard van de geslotenheid van het stelsel van 'strafvordering' en implicaties daarvan voor de betekenis van art. 1;
- aant. 7: Het wetsbegrip in art. 1;
- aant. 8: Het begrip 'strafvordering' in art. 1;
- aant. 9: Het bereik van het begrip strafvordering in relatie tot de strekking van art. 1;
- aant. 10: Het begrip strafvordering en art. 1 in relatie tot opsporing;
- aant. 11: Het begrip strafvordering en art. 1 in relatie tot vervolging;
- aant. 12: Het begrip strafvordering en art. 1 in relatie tot tenuitvoerlegging;
- aant. 13: De betekenis van de verdenking voor art. 1;
- aant. 14: De betekenis van art. 1 voor 'bijzondere' procedures;
- aant. 15: Betekenis van het voorschrift voor het optreden van politie en openbaar ministerie;
- aant. 16: Betekenis van het voorschrift voor het optreden van de feitenrechter;
- aant. 17: Betekenis van het voorschrift voor cassatierechtspraak;
- aant. 18: Betekenis van het voorschrift voor de wetgever;
- aant. 19: De rol van het verdragsrecht naast art. 1;
- aant. 20: De rol van ongeschreven recht naast art. 1;
- aant. 21: De rol van beleid en richtlijnen naast art. 1;
- aant. 22: Wijziging van wetgeving.

## 1 Inleiding<sup>9</sup>

De wetgever heeft het primaat van zijn eigen produkt – de wet – voor het strafproces expliciet geformuleerd. Sinds de invoering van het huidige wetboek in 1926 opent ons wetboek van strafvordering namelijk met de woorden: 'Strafvordering heeft alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien.' De strekking van het voorschrift was, in een andere formulering, ook al in art. 1 van het wetboek van strafvordering van 1838 tot uitdrukking gebracht. Dat artikel luidde: 'Niemand mag tot straf vervolgd of veroordeeld worden dan op de wijze en in de gevallen bij de wet voorzien.'

Het voorschrift heeft dus een lange geschiedenis. Maar dat niet alleen. Het blijkt ook een zeer levendige geschiedenis, waarbinnen de functie, de strekking en de beperkende werking van het artikel, hoewel vaak niet expliciet, voortdurend aan de orde zijn en ook het primaat van de wet zelf soms ter discussie staat.

Problemen waarmee onze huidige strafrechtspleging kampt, zoals veranderde vormen en groei van criminaliteit, een daarop niet berekend opsporingsapparaat dat beschikt over ontoereikende opsporingsbevoegdheden en middelen, financiële tekorten bij justitie en gebrek aan efficiency binnen het justitiële apparaat, zijn de laatste jaren genoegzaam beschreven. Ze hebben in de rechtspraktijk geleid tot 'oplossingen' aan zowel de zijde van de uitvoerende als de rechterlijke macht. Als illustratie daarvan kan men bij de uitvoerende macht denken aan het gebruik van de zogenaamde 'voortgezette toepassing' en aan het gebruik van niet in de wet geregelde infiltratie- en/of provocatiemethoden; voor de rechterlijke macht vindt men voorbeelden in het accepteren van verklaringen van anonieme getuigen en in het relativeren van formele nietigheden.<sup>10</sup>

De geschetste stand van zaken staat in rechtstreeks verband met de twee – vaak

---

<sup>9</sup>De aantekeningen 1 tot en met 6 zijn voor een belangrijk deel een bewerking van de inaugurele rede van de auteur dezes: *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht*, Arnhem 1992.

<sup>10</sup>*De gepresenteerde probleemanalyse is door de Wet-BOB deels achterhaald. Zie de voorafgaande beschouwing onder A.*



aangeduid als tegenstrijdige – belangen waarvoor de strafrechtspleging zich ziet gesteld: aan de ene kant de zorg voor een adequate handhaving van het materiële strafrecht, aan de andere kant het waarborgen van een behoorlijk niveau van rechtsbescherming van de verdachte. De wetgever heeft bij de totstandkoming van ons huidige wetboek gestreefd naar een regeling van het strafproces die een neerslag vormt van een compromis van deze belangen. Zo wordt in de memorie van toelichting overwogen: `M.a.w. men kan beproeven het noodzakelijk compromis op zoodanige wijze te vinden, dat aan de vervolging alle rechten worden gegeven, die zij voor hare taak behoeft, aan de verdachten en de verdediging alle bevoegdheden, welke met het doel van het strafproces niet onvoorwaardelijk in strijd komen.<sup>11</sup> Dit compromis wordt door organen van strafrechtspleging veelvuldig beschouwd als een te knellende band.<sup>12</sup> Een belangrijke aanleiding daarvoor ligt in de twijfel aan de waardering voor de daarin verwerkte belangen en de juistheid van de belangenafweging zelf voor de strafrechtspleging in onze huidige tijd. Kenmerkend voor de geuite bezwaren is, dat vormvoorschriften uit het wetboek van strafvordering niet steeds worden beschouwd als rechtsstatelijke waarden die moeten worden afgewogen tegen de belangen van een efficiënt strafrechtelijk apparaat, maar veeleer als obstakels. Daarnaast acht men justitiële organen vaak onvoldoende toegerust om de hedendaagse vormen en omvang van criminaliteit het hoofd te bieden. Daar staat tegenover dat de verdachte ook niet steeds gelukkig is met de rechtsbescherming die hem wordt geboden. Zo zijn bijvoorbeeld veel bezwaren gerezen tegen het – wegens ruimtegebrek – moeten ondergaan van voorlopige hechtenis in een cel op een politiebureau. In de strafrechtelijke literatuur worden de geschetste problemen uitdrukkelijk onderkend. Illustratief zijn de woorden van SCHALKEN: `Het klinkt bijna als majesteitsschennis om vast te stellen, dat het huidige wettelijk systeem noch uit het oogpunt van effectieve normhandhaving, noch uit het oogpunt van behoorlijke rechtsbescherming, aan de eisen van deze tijd voldoet. Toch is die vaststelling gerechtvaardigd.<sup>13</sup>

Hoewel de genoemde problemen en de daarbij gekozen `oplossingen' in de loop van de geschiedenis niet steeds expliciet in relatie zijn gebracht met art. 1 of het legaliteitsbeginsel, kunnen de daarbinnen spelende vragen over geoorloofdheid van praktijk en rechtspraak worden herleid tot de vraag naar de strekking, de functie en de beperkende werking van het voorschrift van art. 1. Men kan zich namelijk met recht afvragen of het voorschrift van art. 1 niet aan de bedoelde ontwikkelingen in de weg staat. De wetgever kiest soms het zekere voor het onzekere. Hij lijkt met een welhaast ongekende snelheid aan de gang om zowel reële als ten onrechte veronderstelde strafvorderlijke `obstakels' weg te werken en een deel van de ontstane praktijken te legaliseren. Hij maakt daarbij een enkele keer gebruik van middelen die zelf mogelijkerwijs ook weer op gespannen voet staan met art. 1. Als voorbeeld daarvan kan men denken aan het invoeren van regelingen – niet zijnde wet in formele zin – die strafvordering bevatten, zoals uitvoeringsbeschikkingen.<sup>14</sup>

In de recente strafrechtelijke literatuur wordt de centrale rol van art. 1 met betrekking tot de geschetste problemen steeds meer onderkend. De precaire relatie tussen de rechtspraak en het voorschrift van art. 1 lijkt zelfs uit te groeien tot een belangrijk strafprocesrechtelijk

---

<sup>11</sup>MvT bijl. hand. II 1913-1914, 286.3, p. 55.

<sup>12</sup>De raadsman/raadvrouw reken ik niet tot deze organen.

<sup>13</sup>T.M. SCHALKEN, *Strafrecht als systeem van rechtsbetrekkingen, Een ontwikkeling naar evenwicht?* Arnhem 1987, p. 23. Zie uitvoerig D.R. DOORENBOS, R.J. VERWEIJ (red.), *Hercodificatie Wetboek van Strafvordering*, Nijmegen 1991.

<sup>14</sup>Denk hierbij bijvoorbeeld aan het Bloedproefbesluit en de Bloedproefbeschikking, die door de hoge raad niet onverbindend werden geacht (HR 18 oktober 1983, NJ 1984, 97).

leerstuk.<sup>15</sup>

Hoewel de betekenis van art. 1 moet worden gerelateerd aan de geschetste problemen, staat binnen het bestek van deze commentaar op art. 1 het wetboek van strafvordering en het daarin verwerkte compromis niet centraal. Wèl zal de bespreking een bijdrage moeten leveren aan de beoordeling van de vraag of en in hoeverre art. 1 al of niet terecht wordt beschouwd als oorzaak van de aangestipte knelpunten. En, het zal duidelijk zijn dat over de mogelijke beperkingen die uit dat voorschrift voortvloeien beslist geen eenstemmigheid bestaat.

Opvallend is, dat de conclusie zoals door SCHALKEN en vele anderen getrokken geen nieuwe is. Zowel de thema's waarbinnen de betekenis van art. 1 in de huidige discussies ter sprake komt, als de gezochte 'oplossingen' komen in de geschiedenis van onze strafrechtspleging namelijk al veel eerder aan de orde.

Ik noem enkele vragen die in de loop van die geschiedenis bij herhaling opduiken. Mogen organen van strafrechtspleging alle handelingen verrichten die niet zijn verboden en geldt dit ook voor handelingen die kunnen leiden tot een inbreuk op de persoonlijke vrijheid?<sup>16</sup> In het verlengde van deze kwestie ligt de vraag of bepalingen uit het wetboek van strafvordering moeten worden beschouwd als richtsnoer, als bevel of als gelimiteerde bevoegdheid.<sup>17</sup> Daarnaast illustreert de geschiedenis voortdurend het polaire karakter van formaliteiten en vormvoorschriften in het strafproces en de preciaire vraag naar de bevoegdheid van de rechter om van vormvoorschriften af te wijken.<sup>18</sup>

Ook het thema van het gebrek aan bevoegdheden en middelen van organen van strafrechtspleging om de criminaliteit te bestrijden blijkt niet alleen van onze tijd. Zo schreven BLOK en BESIËR in 1925 over het wetboek van 1886: 'Ook was bij de herziening geen rekening gehouden met de verandering in de maatschappelijke toestanden sedert de invoering van het Wetboek, tengevolge waarvan al spoedig bleek, dat het Wetboek niet meer berekend was op een krachtdadige bestrijding van de criminaliteit in de moderne maatschappij.'<sup>19</sup> En bij hun bespreking van de totstandkoming van ons huidig wetboek: 'Doch anderzijds heeft men aan de met opsporing en vervolging belaste ambtenaren, voor zoover dit met eerbiediging van de rechtmatige belangen van den verdachte en derde doenlijk was, al die bevoegdheden willen

---

<sup>15</sup>De afgelopen jaren zijn □ in tegenstelling tot voorafgaande decennia □ vele beschouwingen verschenen waarbinnen de betekenis van art. 1 Sv (mede) centraal staat. Zie m.n. D. H. DE JONG, *RECHTSBESCHERMING IN EEN BESLISSENDE FASE*, Arnhem 1985; J.B.H.M. SIMMELINK, *De rechtsstaatgedachte achter art. 1 Sv, Gedachten over de betekenis van art. 1 Sv voor het handelen van de overheid in de opsporingsfase*, Arnhem 1987; G.J.M. CORSTENS, *De wet als bron van strafprocesrecht*, In: Naar eer en geweten, Arnhem 1987, p. 93-104. J.L.M. BOEK, J.F. NIJBOER, *Vigilant ut requiescant, De politie en de geheime daadwerkelijke handhaving van de (rechts?)orde in strafzaken*, Recht en Kritiek 13 (1987) 4, p. 342-355; P. MEVIS, *Preventieve observatie geobserveerd*, DD 1988, p. 219-226; idem, *Van opsporing, strafvordering en legaliteit*, DD 1990, p. 936-945; J.M. REIJNTJES, *Boef of burger*, Arnhem 1989; G. KNIGGE, *Van opsporing en strafvordering*, DD 1990, p. 195-213; idem, naschrift bij MEVIS, *Van opsporing, strafvordering en legaliteit*, DD 1990, p. 946-948.

<sup>16</sup>Zie o.a. VOORDUIN, *geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken*, Utrecht 1839; DE BOSCH KEMPER I, m.n. Inleiding, Hoofdstuk I, par. 2, p. xiv; A. DE PINTO, bewerkt door A.A. DE PINTO, 1882, m.n. p. 17; J.B.H.M. SIMMELINK, o.c.; G. KNIGGE, *Van opsporing en strafvordering*, o.c., m.n. par. 5 en 6.

<sup>17</sup>Op dit thema gaat reeds DE PINTO rechtstreeks in discussie met DE BOSCH KEMPER. Zie A. DE PINTO, bewerkt door A.A. DE PINTO, o.c. Inleiding. Zie ook G.E. MULDER, *Geen strafproces zonder wet, in Strafrechtspleging onder spanning*, Arnhem 1981.

<sup>18</sup>Zie hierover reeds uitdrukkelijk A. DE PINTO, bewerkt door A.A. DE PINTO, o.c. Inleiding; C.P.M. CLEIREN, *Beginselen van een goede procesorde, Een analyse van rechtspraak in strafzaken*, Arnhem 1989, hoofdstuk III, par 7.1. en de aldaar aangehaalde literatuur.

<sup>19</sup>BLOK en BESIËR, *Het Nederlandse strafproces*, 1925, p. 8.

toemeten, welke zij ter ontdekking der waarheid behoeften. Ook ten aanzien van het laatste punt – en daarmee komen we tot de tweede grief, die tegen het vorige Wetboek werd aangevoerd – liet de regeling van het vorige Wetboek te wensen over. De maatschappij, voor welke de wet was geschreven, had zich zoodanig gewijzigd, dat met de bevoegdheden die vroeger toereikend waren, niet meer kon worden volstaan, en dit had weer aanleiding gegeven, dat de overheid zich gerechtigd was gaan achten handelingen te verrichten, welke in het Wetboek geen grondslag vonden, en waarvan de toelaatbaarheid aan twijfel onderhevig was.<sup>20</sup>

De thema's van onze huidige strafrechtelijke discussies stonden dus ook al onder de vorige wetboeken centraal. Het voorschrift van art. 1 is dan ook niet slechts nu actueel, maar was het steeds. Dit besef is van invloed bij het bepalen van de betekenis van art. 1 voor onze huidige strafrechtspleging. Het toont namelijk niet alleen het voortdurende spanningsveld waarbinnen het strafprocesrecht zich bevindt, maar benadrukt in het bijzonder dat deze spanning inherent is aan onze strafrechtspleging.

## **2 Het legaliteitsbeginsel en de rechtsstaat**

Het voorschrift van art. 1 bevat een tamelijk concrete regel, maar ze vormt tevens de neerslag en uitdrukking van een dieperliggend beginsel, het legaliteitsbeginsel. Kort gezegd geeft de concrete regel allereerst uitdrukking aan een opdracht aan de wetgever om 'strafvordering' bij wet te regelen.<sup>21</sup> Daarnaast richt het zich tot de uitvoerende organen en de rechterlijke macht. Optreden van hun vertegenwoordigers dat als 'strafvordering' kan worden gekwalificeerd dient plaats te vinden overeenkomstig de wet. Door realisering van deze opdrachten die zijn uitgedrukt in de concrete regel worden elementen van het legaliteitsbeginsel geconcretiseerd. Zo vloeit de codificatie van 'strafvordering' in ons wetboek van strafvordering en in bijzondere wetten rechtstreeks voort uit de concrete regel van art. 1. Tegelijkertijd wordt dankzij deze codificatie in het wetboek van strafvordering en in bijzondere wetten bijvoorbeeld voldaan aan het uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende algemeenheidsvereiste en aan het vereiste dat overheidsmaatregelen die ingrijpen in rechten en op vrijheden van de burger moeten berusten op de wet.<sup>22, 23</sup>

Het voorschrift van art. 1 behelst meer dan louter concretisering van eisen van het legaliteitsbeginsel. Het geeft immers ook uitdrukking aan het bijzondere belang van het principe van gebondenheid aan de wet. Men zou kunnen zeggen dat het voorschrift de waarde van het legaliteitsbeginsel voor het strafproces benadrukt door de daarin tot uitdrukking gebrachte intentie om het stelsel van strafvordering te beschouwen als een door de wet gesloten stelsel.

Uiteindelijk zijn zowel de concrete regel van art. 1 als het legaliteitsbeginsel te herleiden tot principes van de rechtsstaat. Deze correlatie ligt ook reeds besloten in de zienswijze van DE BOSCH KEMPER op bepalingen van strafvordering, waar hij stelt: 'Eene derde hoofdvereischte

---

<sup>20</sup>BLOK en BESIËR, *Het Nederlandse strafproces*, 1925, p. 13-14.

<sup>21</sup>Art. 1 sluit daarmee tevens aan bij art. 107 GW. Zie hierover nader aant. 7. Zolang de reikwijdte van het begrip strafvordering in deze commentaar niet is opgehelderd, d.w.z. tot aan aant. 8, zal ik het begrip tussen aanhalingstekens plaatsen.

<sup>22</sup>Legaliteit en codificatie vallen niet vanzelfsprekend samen. Zie o.a. R. FOQUÉ en A.C. 'T HART, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Arnhem 1990, m.n. p. 108-110; J.F. NIJBOER in *De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving*, Groningen 1987, hoofdstukken 5 en 6.

<sup>23</sup>*Bij de totstandkoming van de Wet-BOB heeft de wetgever zich opnieuw en expliciet bezig gehouden met de vraag welke handelingen (uitdrukkelijke) regeling in de formele wet behoeven. Zie de voorafgaande beschouwingen onder C-E*

der strafvordering vloeit voort uit hare bedoeling, om de persoonlijke vrijheid te beschermen tegen willekeur, overijling en onkunde, welke in het vervolgen der misdrijven zoude kunnen plaats hebben. Zij is de naauwgezette nakoming van alles, wat de wetgever ter bescherming der persoonlijke vrijheid heeft vastgesteld . . . De grenzen, binnen welke het regt der persoonlijke vrijheid kan beperkt worden, zijn bij eenen grondwettigen regeringsvorm door de wet bepaald. De persoonlijke vrijheid der burgers is de algemene regel; de bepalingen der wet zijn slechts uitzondering op denzelfven.<sup>24</sup>

De aard van deze commentaar brengt met zich mee dat de nadruk van de bespreking ligt op de inhoud, bereik en functie van de diverse aspecten van de concrete regel. Men ontkomt voor de bepaling en interpretatie daarvan echter niet aan de invloed van de rechtsstaatgedachte en het legaliteitsbeginsel daarop.<sup>25</sup> Deze idee wordt zowel ondersteund vanuit een theoretische benadering van de rechtsstaatgedachte als door de rechtspraktijk. Een korte uitweiding over de rechtsstaat en het daarmee verbonden legaliteitsbeginsel is daarom wenselijk. Ik beperk me daarbij tot een weergave van goeddeels algemeen aanvaarde opvattingen die van invloed kunnen zijn op de interpretatie van de concrete regel uit het voorschrift van art. 1.<sup>26</sup>

Ondanks de verhoogde aandacht voor en de vertrouwdheid met het begrip 'rechtsstaat', blijkt het niet mogelijk een door een ieder gedeelde omschrijving te geven. Zo leidt SCHELTEMA een artikel over de rechtsstaat in met de woorden: 'De rechtsstaat is langzamerhand een verzamelbegrip geworden, waarin ieder de door hem gewenste uitgangspunten kan onderbrengen. Het begrip heeft een magische overtuigingskracht, maar brengt onvoldoende duidelijkheid.'<sup>27</sup> Men zou het begrip rechtsstaat ook kunnen aanduiden als een ideaal, als een verzameling van principes voor de inrichting van de samenleving, of met de woorden van P. RICOEUR als een 'l'effectuation de l'intention éthique dans la sphère du politique.'<sup>28</sup> De overtuigingskracht van het begrip kan ten dele worden verklaard uit de algemeen aanvaarde gedachte dat de rechtsstaat geen voor alle tijden geldende inhoud heeft, maar evolueert.

Het concept van de klassieke liberale rechtsstaat is ontwikkeld in reactie op de willekeur en de niet aan beperkingen gebonden macht onder het 'ancien régime'. Hoewel er geen eenstemmigheid bestaat over de fundamentele beginselen van de rechtsstaat, wordt vrij algemeen aanvaard dat daaronder in ieder geval moet worden begrepen het bestaan van een constitutie, het bestaan van individuele vrijheidsrechten en een scheiding van machten. Uit deze beginselen worden kenmerkende eisen afgeleid als de centrale rol van wetgeving, gelijkheid van de burgers voor de wet, beoordeling van overheidsoptreden door onafhankelijke rechters en de eis dat alle overheidsmaatregelen die ingrijpen in rechten of vrijheden van burgers direct of indirect moeten berusten op de wet. Dit laatste vereiste, dat ook wordt aangeduid als het legaliteitsbeginsel, vervult een centrale rol in het concept van de rechtsstaat. Met behulp daarvan beoogt men de individuele vrijheid van de burger te waarborgen en wel door de

---

<sup>24</sup>DE BOSCH KEMPER, deel I, p. VIII-IX.

<sup>25</sup>Zie in dit verband ook de bijdragen in *DD special: 200 jaar Déclaration*, DD juni 1989.

<sup>26</sup>Zie met name de bundel *Rechtsstaat en sturing* onder redactie van M.A.P. BOVENS, W. DERKSEN en W.J. WITTEVEEN, Zwolle 1987; de bundel *De rechtsstaat herdacht* onder redactie van J.W.M. ENGELS e.a., Zwolle 1989; I.C. VAN DER VLIES, *Het wetbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving*, Amsterdam 1984; F. NEUMANN, *The Rule of Law*, Leamington Spa 1986; N. ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg 1986.

<sup>27</sup>M. SCHELTEMA, *De rechtsstaat*, in *De rechtsstaat herdacht*, o.c., p. 11-26.

<sup>28</sup>P. RICOEUR, *Ethique et Politique*, in: *Du texte à l'action. Essais d'hermeneutique II*, Paris 1986, p. 403.

overheidsbemoeyenis met het doen en laten van de burgers te beperken.<sup>29</sup>

De eis van legaliteit heeft een formeel karakter in die zin, dat het geen bemoeyenis heeft met de inhoud van de wettelijke bepalingen, maar wel met de vorm en de wijze van totstandkoming. Legaliteit op zichzelf kan dan ook binnen het procesrecht niet voldoende waarborgen bieden voor realisering van de grondidee van de rechtsstaat. De wettelijke regelingen en de afwegingen daarachter kunnen niet uit zichzelf vrijheid, gelijkheid en rechtszekerheid teweegbrengen. Legaliteit vormt 'slechts' een juridische garantie die bescherming in een maatschappelijke context mogelijk maakt, maar kan ook verworden tot een rituele vorm die iedere bescherming ontluistert. Om de rechtsstaatgedachte te verwezenlijken zijn daarom naast de formele waarborgen die de wet biedt ook materiële waarborgen vereist.<sup>30</sup> Deze kunnen slechts als zodanig functioneren indien hun inhoud en functie – met inachtneming van de historische dimensie – worden bepaald binnen en in afstemming op de maatschappelijke constellatie waarop zij van toepassing zijn. Zij zijn derhalve tijdgebonden en moeten steeds worden geactualiseerd.

Als materiële waarborgen voor verwezenlijking van de rechtsstaatgedachte in Nederland worden in de huidige literatuur onder meer genoemd het democratiebeginsel, grondwettelijke waarborging van individuele vrijheidsrechten en sociale grondrechten, deugdelijke rechtsbescherming tegen overheidsbeslissingen en de norm dat overheidsoptreden dient plaats te vinden in overeenstemming met algemene beginselen van behoorlijke bestuur.<sup>31</sup> Ook zorgvuldig gespecificeerde materiële wettelijke normen en de ontwikkeling van overheidsbeleid kunnen een bijdrage leveren aan realisering van elementen van het legaliteitsbeginsel en de grondidee van de rechtsstaat.

Het strafprocesrecht en art. 1 zijn nauw verbonden met de principes van onze rechtsstaat en het legaliteitsbeginsel. De functies van het strafprocesrecht nopen namelijk enerzijds tot aantasting van vrijheden en rechten van burgers, anderzijds tot beperking en normering van die inbreuken. Reeds op voorhand kan worden geconstateerd dat de uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende waarborgen hun werking uitstrekken tot ons strafprocesrecht. Zo formuleert art. 1 de eis van legaliteit voor strafvordering. Maar, bovendien ligt een waarborg voor bescherming van vrijheidsrechten verankerd in de grondwettelijke bepalingen 10, 11, 12, 13, 15 en 16 van hoofdstuk 1 van de grondwet, in de artt. 5 en 8 EVRM en – minder vergaand – in art. 17 IVBPR. Wil het legaliteitsbeginsel in het procesrecht evenwel daadwerkelijk bescherming kunnen bieden, dan zal deze institutionele bescherming moeten worden gecompleteerd met materiële waarborgen.

Voor ons strafproces wordt hieraan onder meer tegemoetgekomen door de werking van

---

<sup>29</sup>Zie m.n. E.M.H. HIRSCH BALLIN, *Het grondrecht op vrijheid en de wet*, Alphen aan den Rijn 1989, par. 2.

<sup>30</sup>Een soortgelijk onderscheid vindt men bij J.A. DAMEN, *Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur*, Deventer 1987, p. 5 en enigszins anders bij N. ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, o.c. p. 101-119. De laatste maakt bij de bespreking van rechtsstatelijkheid onderscheid tussen materiële kenmerken, die de inhoud van de taakvervulling door de overheid betreffen en formele kenmerken, die op juridische institutionalisering zien, o.a. erkenning van grondrechten, functie-ordening en legaliteitsbeginsel. Toegespijst op strafrechtelijke legaliteit M.S. GROENHUIJSEN, *Straf en wet*, Arnhem 1987, Hfst. VII; de noodzaak van materiële waarborgen ligt ook besloten in het betoog van A.C. 'T HART, R. FOQUE, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Arnhem/Antwerpen 1990.

<sup>31</sup>Zie o.a. I.C. VAN DER VLIES, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving*, Amsterdam 1984 en E.M.H. HIRSCH BALLIN, *De mens in de sociale rechtsstaat*, in: Overheidsbemoeyenis, Deventer 1982; idem, *Rechtsstaat, grondrechten en subsidieverhoudingen*, Preadvis Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen, Geschriften van de vereniging voor Administratief recht XCIX, Alphen aan den Rijn 1988; idem, *Vertrouwen op het recht*, Alphen aan den Rijn 1982; N. VERHEIJ, *Alleen de wet heerst over ons*, Publiek domein 1989, p. 188-197; M. SCHREUDER-VLASBLOM, NTB 1991, p. 133-141.

de 'verdenkingseis'.<sup>32</sup> *De uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden die inbreuk maken op rechten en vrijheden van de burger is veelal gebonden aan de wettelijke voorwaarde dat er sprake is van een verdachte of van een (bepaalde mate van) verdenking. Als gevolg van die koppeling vervult de begripsomschrijving van de verdachte in art. 27 wetboek van strafvordering een dominante rol in ons strafproces. De strafvorderlijke rechtsbetrekking mag pas worden aangegaan als er sprake is van een 'redelijk vermoeden van schuld aan eenig strafbaar feit'. Het hanteren van zo'n 'geconcretiseerde' vorm van rechtssubjectiviteit als voorwaarde voor overheidsoptreden biedt een garantie tegen het onbepert en als pure formaliteit toepassen van wettelijke bevoegdheden op onverschillig welke burger.*<sup>33</sup> Dankzij deze materiële waarborg krijgt het legaliteitsbeginsel een beschermende lading die verder gaat dan de eis om te voldoen aan de formaliteiten van de wet.

Met de woorden 'redelijk vermoeden van schuld aan eenig strafbaar feit' wordt een directe relatie gelegd tussen 'strafvordering' en delictsomschrijvingen uit het wetboek van strafvordering en bijzondere wetten.<sup>34</sup> Dankzij deze koppeling biedt ook het in art. 1 van het wetboek van strafvordering geformuleerde legaliteitsbeginsel – vanwege het daaronder begrepen *lex certa*-beginsel – een zekere materiële waarborg. De erkenning van beginselen van behoorlijke strafrechtspleging door de strafrechter en van de 'verplichting' tot het voeren van beleid door het OM kan eveneens worden beschouwd als een materiële waarborg die een bijdrage levert aan de verwezenlijking van de grondgedachte van de rechtsstaat.<sup>35</sup>

De geschetste stand van zaken heeft consequenties voor de vraag of art. 1 in de weg staat aan rechtsontwikkelingen die de verdachte meer waarborgen bieden dan het wettelijk stelsel van strafvordering eist. Men kan hiervoor denken aan het uitsluiten van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal of aan het niet-ontvankelijk verklaren van de officier van justitie wegens schending van beginselen van behoorlijke strafrechtspleging. De wet laat zich niet uit over deze werkwijzen. Een dergelijke verhoogde bescherming van de verdachte is niet in strijd met de rechtsstaatgedachte en met het daaruit voortvloeiende legaliteitsbeginsel. Integendeel, het past daarbinnen en vormt uitdrukking van een materiële waarborg om die gedachte te bewerkstelligen. Vanuit deze optiek kunnen zulke beslissingen nooit in strijd zijn met art. 1.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup>De *verdenkingseis* geldt in de hier verdedigde vorm niet voor de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden. Zie de voorafgaande beschouwingen onder G en J.

<sup>33</sup>Zie hiervoor met name A.L. MELAI, *Fouïllering en onrechtmatig verkregen bewijs*, in Praesidium Libertatis, Arnhem 1975, p. 153-165; T.M. SCHALKEN in annotatie bij het Cautie II-arrest, AA 1982, p. 316-320; R. FOQUE, *HET BELANG VAN HET RECHT, ONTWIKKELINGEN IN DE CONTINENTALE RECHTS THEORIE*, in: Recht en legitimiteit, Zwolle 1987 en A.C. 'T HART, R. FOQUE, o.c., met name hoofdstukken 3 en 10a.

<sup>34</sup>Veelal wordt ervan uitgegaan dat die relatie in het wetboek van 1838 werd gelegd door de woorden 'in de gevallen' die in art. 1 zelf waren opgenomen. Zie hierover DE BOSCH KEMPER I, p. 15; A. DE PINTO, o.c. p. 14 en G.J.M. CORSTENS, *De wet als bron van strafprocesrecht*, o.c. p. 93-104, par. 2.

<sup>35</sup>Zie M.S. GROENHUIJSEN, o.c. Hoofdstuk VII en C.P.M. CLEIREN, o.c., m.n. Hoofdstuk III, par. 3.4.1 en Hoofdstuk V, par. 4.

<sup>36</sup>Hierbij moet worden opgemerkt dat een dergelijke verhoogde rechtsbescherming vaak wordt vereist door de verplichtingen die voortvloeien uit het EVRM en het IVBPR.

### **3 De normadressaten van het voorschrift van art. 1 en de 'voorlopige' implicaties van de daarin begrepen opdrachten<sup>37</sup>**

Omdat het voorschrift van art. 1 is gefundeerd op de rechtsstaatgedachte en zijn inhoud en functie mede daardoor worden bepaald, ligt het in de rede dat het voorschrift zich richt tot de overheid en haar publieke organen.<sup>38</sup> Het voorschrift van art. 1 heeft, zo zou men kunnen stellen, drie normadressaten: de wetgevende macht, de uitvoerende macht en de rechterlijke macht.<sup>39</sup>

Allereerst is het voorschrift gericht tot de wetgever en sluit daarmee aan bij art. 107 GW. Het is aan hem 'strafvordering' te regelen, waarmee de exclusiviteit van de wet wordt benadrukt. Deze 'indirecte' opdracht aan de wetgever brengt een verbod met zich mee om 'strafvordering' op andere wijze dan bij wet te regelen. De betekenis van het wetsbegrip in art. 1 zal in het navolgende worden besproken.<sup>40</sup>

Daarnaast richt het voorschrift van art. 1 zich tot de uitvoerende en de rechterlijke macht. Optreden van hun vertegenwoordigers dat als 'strafvordering' kan worden gekwalificeerd dient plaats te vinden overeenkomstig de wet. 'Strafvorderings'handelingen zijn dus slechts geoorloofd op basis van wettelijke bevoegdheidverlenende normen, die als gevolg van die voorwaarde constitutief zijn voor de bevoegdheid.

Het vereiste van bevoegdheidstoekenning bij de wet vloeit voort uit een van de belangrijkste functies die aan regelingen van strafprocesrecht toekomt in samenhang met elementen van het legaliteitsbeginsel. Regelingen van strafprocesrecht strekken er namelijk in de eerste plaats toe om handhaving van het materiële strafrecht mogelijk te maken, dat wil zeggen om te kunnen komen tot een deugdelijke vaststelling of er in een concreet geval sprake is van een menselijke gedraging die strafoplegging rechtvaardigt. Dit doel brengt met zich mee dat aan de uitvoerende en rechterlijke macht bevoegdheden moeten worden toegekend, die de overheid of haar organen mogelijkheden bieden ten opzichte van burgers op te treden. Veel van die bevoegdheden bieden zelfs de mogelijkheid inbreuk te maken op grondrechten van burgers. Nu zoals gezegd uit het legaliteitsbeginsel voortvloeit dat alle overheidsmaatregelen die ingrijpen op rechten en vrijheden van burgers direct of indirect moeten berusten op de wet, ligt de norm die art. 1 richt tot de uitvoerende en rechterlijke macht in het verlengde van dat legaliteitsbeginsel.

Het legaliteitsbeginsel, dat de basis vormt voor het voorschrift van art. 1, brengt bovendien met zich mee dat 'strafvorderings'bepalingen niet slechts als bevoegdheidstoekenningen – en dus als constitutief – moeten worden gekwalificeerd, maar tevens als bevoegdheidsgrenzen en daarmee ook als *limitatief*.<sup>41</sup> Het stelsel van 'strafvordering' heeft als gevolg van deze beide voorwaarden het karakter van een gesloten stelsel van bevoegdheidverlenende normen. Deze karakterisering geldt – als gevolg van het

---

<sup>37</sup>De hier ontwikkelde visie op de invulling van de taak van de wetgever en over de inhoud van de 'strafvordering' is ten dele verlaten door de Wet-BOB. Zie de voorafgaande beschouwingen onder C-F en J.

<sup>38</sup>Het is van belang er op deze plaats reeds op te wijzen dat de normadressaten van art. 1 niet automatisch identiek (hoeven te) zijn aan de normadressaten van wettelijke bepalingen van strafvordering. De implicaties van deze gedachte vinden hun neerslag in aant. 5 en 6.

<sup>39</sup>De terminologie uitvoerende macht wordt □ hoewel misschien niet helemaal zuiver □ op deze plaats gebruikt ter aanduiding van politie en openbaar ministerie bij hun optreden in het kader van 'strafvordering' en de term rechterlijke macht uitsluitend voor de zittende magistratuur.

<sup>40</sup>Zie hierover aant. 7.

<sup>41</sup>Zie o.a. E.M.H. HIRSCH BALLIN, *Het grondrecht op vrijheid en de wet*, o.c. p. 8.

legaliteitsbeginsel – in ieder geval voor zover het bevoegdheidverlenende normen betreft die inbreuken op rechten en vrijheden mogelijk maken.

Dit uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende limitatieve karakter van 'strafvorderings'bepalingen brengt met zich mee dat deze nader zullen moeten worden gespecificeerd. Zo zal duidelijk moeten zijn welk orgaan bevoegd is en onder welke omstandigheden of voorwaarden. Het bestaan van een bevoegdheid tot 'strafvordering' is dus afhankelijk van een bepaling waarin duidelijk is omschreven welk justitieel orgaan of welke persoon (exclusief) bevoegd is, tot welk soort handelingen of besluiten deze bevoegd is en binnen welke grenzen de besluiten of handelingen dienen te blijven. Bevoegdheidsuitoefening moet dus niet alleen plaatshebben op basis van een wet, maar ook in overeenstemming met de in de wet genoemde voorwaarden.

De rechtspraktijk toont bovendien dat bevoegdheidsproblemen zich niet slechts afspelen binnen het kader van 'strafvordering', maar bovendien op de grens daarvan. Het is daarom noodzakelijk vast te stellen welke handelingen en/of beslissingen als 'strafvordering' moeten worden gekwalificeerd.<sup>42</sup> De vraag aan welke normen het optreden van de overheid buiten die grens onderhevig is kan – hoe interessant ook – binnen het bestek van deze commentaar slechts worden aangestipt.<sup>43</sup>

#### ***4 Openheid en geslotenheid als structuurkenmerk van een rechtsgebied (of rechtsorde)***

Om de draagwijdte en implicaties van de bovenbedoelde bevoegdheidstoekenning en bevoegdheidsgrenzen te kunnen overzien zal moeten worden vastgesteld hoe gesloten het tot stand gebrachte stelsel van 'strafvordering' is. De vrijheid die aan de toepasser van het recht toekomt om niet in de wet geregelde handelingen te verrichten of beslissingen te nemen zal immers van de aard en mate van die geslotenheid afhangen. En precies deze vrijheid staat ter discussie bij de geschetste, steeds terugkerende, problemen van onze strafrechtspleging en de betekenis van art. 1 daarbinnen. De geslotenheid van het stelsel zal, gezien het bovenstaande, voor een belangrijk deel afhankelijk zijn van de wijze waarop art. 1 in het licht van de rechtsstaatgedachte en het daaruit voortvloeiende legaliteitsbeginsel moet worden geïnterpreteerd. Maar de mate van geslotenheid wordt mede bepaald door de wettelijke bepalingen, welke als gevolg van de opdracht aan de wetgever die in art. 1 ligt besloten, zijn opgenomen in het wetboek van strafvordering en bijzondere wetten. Voor een verantwoorde beschouwing over de betekenis van dat voorschrift voor haar normadressaten is een nadere beschouwing over de aard van de geslotenheid van dat stelsel dan ook onontkoombaar.<sup>44</sup>

De openheid of geslotenheid van een rechtsgebied (of rechtsorde) is een kenmerk van de formele structuur van die rechtsorde. Nu zowel de betekenis van art. 1 als die van bepalingen van 'strafvordering' aan de orde is, is het verhelderend enkele structuurkenmerken van het stelsel van 'strafvordering' en wel met name de daarin aanwezige niveaus van regelgeving te onderscheiden. Een kleine uitstap naar rechtstheoretisch georiënteerde analyses van rechtsregels en structuurkenmerken van rechtsgebieden kan hierbij van dienst zijn.

---

<sup>42</sup>Zie hierover aant. 8.

<sup>43</sup>Zie hiervoor aant. 10.

<sup>44</sup>Ik baseer me voor deze beschouwing op de heldere uiteenzetting over het thema van openheid en geslotenheid van rechtsordes door P.W. BROUWER, *Openheid van en in rechtsordes*, in: *Rechtsfilosofie en rechtstheorie* 1979, p. 128-149. Zie in dit verband ook R.J. JUE, *Notabeleid en recht, Een rechtstheoretisch onderzoek naar het rechtskarakter van beleidsnota's in het bijzonder de planologische kernbeslissing*, Deventer 1982, m.n. p. 150-156.



In navolging van BROUWER zou ik voor dit doel willen aansluiten bij het door HART gemaakte onderscheid tussen 'primary rules of obligation' en 'secondary rules'.<sup>45</sup> De 'primary rules' hebben betrekking op handelingen die individuen moeten, mogen of niet mogen verrichten. De 'secondary rules' hebben betrekking op de 'primary rules', in die zin dat ze er (onder andere) toe dienen om 'primary rules' vast te stellen, te wijzigen, toe te passen of op te heffen. BROUWER neemt dit onderscheid als aanknopingspunt om te verduidelijken dat binnen een rechtsgebied normen van meer niveaus bestaan. Het primaire niveau bestaat uit normen die menselijk gedrag impliciet of expliciet normeren. Het secundaire niveau wordt gevormd door normen over de primaire normen. Het onderscheid van de verschillende lagen in een rechtsgebied is noodzakelijk om inconsistenties te voorkomen.

BROUWER benut het gemaakte onderscheid om het begrip 'geslotenheid' van een rechtsgebied nader te preciseren. Geslotenheid van een rechtsgebied kan zich volgens hem zowel voordoen op het primaire als op het secundaire niveau, hetgeen verschillende consequenties heeft.<sup>46</sup> Een rechtsgebied is gesloten op primair niveau als voor iedere menselijke gedraging een impliciete of expliciete juridische normering bestaat. Met andere woorden, daarbinnen komen geen leemten voor. Dit betekent niet dat binnen dat rechtsgebied geen bevoegdheid bestaat tot interpretatie van de wetstekst. Een dergelijke interpretatieruimte is immers voor elk rechtsgebied onvermijdelijk.<sup>47</sup> In een primair gesloten rechtsgebied is evenwel alles wat niet geboden uit te voeren gedrag is, toegestaan achterwege te laten gedrag; of alles wat niet geboden achterwege te laten gedrag is, is toegestaan uit te voeren gedrag.<sup>48</sup> Dit principe wordt wel aangeduid als het negatieve rechtsprincipe en kortweg weergegeven als: 'alles wat niet verboden is, is toegestaan'. Art. 1 Sr 'Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling' wordt genoemd als voorbeeld van een negatief rechtsprincipe. Dat wat niet krachtens wettelijke bepalingen verboden is – is voor zover het strafrecht betreft – toegestaan. Het wetboek van strafrecht kan vanuit dit perspectief worden aangeduid als een primair gesloten systeem.

Is een rechtsgebied niet op primair niveau gesloten dan is aan de rechtstoepasser een grotere mate van vrijheid gelaten bij het geven van zijn oordeel. Deze regel moet echter worden genuanceerd. Want in zo'n geval kan volgens BROUWER sluiting alsnog op secundair niveau plaatsvinden.<sup>49</sup> Dit geschiedt dan onder meer door normen die voorzien in het scheppen van een juridische normering. Hij duidt deze normen aan als metanormen van een bepaald soort en benoemt ze als sluitingsregels. Sommige van deze regels volstaan ermee om de opvulling van lacunes in het recht verplicht te stellen, andere geven bovendien aanwijzingen over of

---

<sup>45</sup>P.W. BROUWER, o.c. p. 139; Zie voorts H.L.A. HART, *The concept of law*, Oxford 1961. Deze lijn wordt hier gevolgd met het oog op het onderscheiden van niveaus in het strafprocesrechtelijk rechtsgebied, niet met het oogmerk bepalingen van strafvordering te kwalificeren als primary of secondary rules in de betekenis die Hart daaraan toekent.

<sup>46</sup>R.J.J. JUE maakt geen onderscheid tussen geslotenheid op primair en secundair niveau, hetgeen tot consequentie heeft dat hij een stelsel van publieke bevoegdheidverlenende normen door de werking van de rechtsstaatgedachte en het legaliteitsbeginsel zonder meer als gesloten moet beschouwen. R.J. JUE, o.c. p. 155.

<sup>47</sup>Als voorbeeld kunnen dienen de bepalingen van het wetboek van strafrecht. Art. 1 Sr verbiedt wel analogie, maar kan niet voorkomen dat de rechter de delictomschrijvingen zal moeten interpreteren. Ondanks deze onvermijdelijke interpretatieruimte bevat het wetboek van strafrecht geen leemten en formuleert art. 1 Sr in de opvatting van BROUWER het negatieve rechtsprincipe. P.W. BROUWER, o.c. p. 135 en 141 e.v. Zie voor een overzicht van opvattingen over beoordelingsruimte en interpretatie van vage termen R. DE LANGE, *Publiekrechtelijke rechtsvinding*, Zwolle 1991, hoofdstuk 2.

<sup>48</sup>P.W. BROUWER, o.c. p. 134.

<sup>49</sup>Hiermee brengt BROUWER o.a. nuances aan op de visie op volledigheid van normatieve systemen van C.E. ALCHOURRÉN en E. BULYGIN in *Normative Systems*, Wien-New York, 1971.

maatstaven voor de daarbij te volgen procedure.<sup>50</sup> De rechter heeft allereerst de plicht te bepalen of er sprake is van een leemte en in geval zich dat voordoet zal hij die moeten opvullen door het creëren van een juridische normering.

Wat biedt deze rechtstheoretische uitstap over openheid en geslotenheid van rechtsgebieden nu voor het inzicht in de betekenis van art. 1?

De structuurkenmerken van open en gesloten rechtsgebieden kunnen worden geconcretiseerd om te bepalen of het stelsel van strafvordering als open of als gesloten kan worden gekwalificeerd. Bevat art. 1 bijvoorbeeld, evenals art. 1 van het wetboek van strafrecht een negatief rechtsprincipe als gevolg waarvan het stelsel van strafvordering op primair niveau wordt gesloten? In dat geval hebben de rechtstoepassers maar een tamelijk geringe vrijheid bij hun optreden. De huidige praktijk van de strafrechtspleging – met een brede waaier van niet bij wet geregeld optreden – staat daarmee beslist op gespannen voet. Maar stel dat het stelsel niet op primair niveau is gesloten, aan welke normen en grenzen zijn de organen van strafrechtspleging dan wél gebonden?

Voor het antwoord daarop moeten een aantal stappen worden gezet. Om de geslotenheid van het strafvorderlijk stelsel meer nauwkeurig te bepalen zal moeten worden vastgesteld of er sprake is van geslotenheid op het primaire, dan wel op het secundaire niveau. Daartoe moet echter eerst worden beoordeeld of het stelsel primaire en/of secundaire normen bevat, welke normen dat zijn en tot wie zij zich richten. En dat oordeel vergt, gezien de omschrijving van beide soorten normen, eerst een uitweiding over de functie(s) van de normen die het stelsel van strafvordering bevat en naar de normadressaten van deze normen.<sup>51</sup>

## ***5 De normadressaten en functies van bepalingen van strafvordering***

Wettelijke bepalingen van strafvordering zijn er in belangrijke mate op gericht om handhaving van normen van materieel strafrecht mogelijk te maken. Daartoe moeten bevoegdheden worden toegekend aan publieke organen van strafrechtspleging, die – gezien dat doel – voor vele gevallen de mogelijkheid bieden inbreuk te maken op rechten en vrijheden van de burger. Een belangrijk deel van de bepalingen van strafvordering vervult die rol door bevoegdheden te constitueren en tevens te limiteren. Die bevoegdheidverlenende bepalingen kunnen dan ook worden beschouwd als een rechtstreeks sequeel van dat doel en de uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende opdracht aan de wetgever om inbreuken op rechten en vrijheden van burgers bij wet te regelen. Zij bevatten met het oog daarop gedragsnormen voor het optreden van organen van strafrechtspleging.

Zowel op grond van die primaire functie van strafvordering als op grond van de rechtsstaatgedachte ligt het in de rede te stellen dat het merendeel van de bepalingen van strafvordering zich in eerste instantie richt tot publieke organen van strafrechtspleging.<sup>52</sup> Met

---

<sup>50</sup>BROUWER geeft onder andere aan dat art. 13 van de Wet Algemene Bepalingen kan worden beschouwd als sluitingsregel voor de burgerlijke rechter. Art. 13 luidt: 'De regter die weigert regt te spreken, onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet, kan uit hoofde van regtsweigering vervolgd worden.'

<sup>51</sup>De normadresa(a)t(en) van de bepalingen van 'strafvordering' behoeven natuurlijk niet identiek te zijn aan de normadressaten van art. 1.

Bij de te geven 'typering' van het stelsel van strafvordering dient te worden opgemerkt dat deze niet moet worden begrepen als een resultaat van een historische analyse of als een logische conclusie op basis van een gereconstrueerde ideeëngeschiedenis.

<sup>52</sup>Volgens SCHALKEN zijn deze beide aspecten, en met name de beschermingsfunctie die in deze normering tot uitdrukking komt, beslissend voor het publiekrechtelijk karakter van het strafrecht. T.M. SCHALKEN, *Strafrecht als systeem van rechtsbetrekkingen*, Een ontwikkeling naar evenwicht?, Arnhem 1987, p. 9-10.

andere woorden, vanuit dit gezichtspunt is primair de overheid en daarmee de uitvoerende en de rechterlijke macht normadressaat van de bepalingen van strafvordering.

De bepalingen van strafvordering vervullen echter niet alleen een functie naar de overheid, maar ook naar de verdachte en diens raadsman/raadvrouw (en derden).<sup>53</sup> Zij ontlene immers ook rechten en bevoegdheden aan het stelsel van strafvordering. Zo worden met de bepalingen van het wetboek van strafvordering grondrechten en (andere) burgerlijke vrijheden gewaarborgd en zijn bijzondere rechten en bevoegdheden aan de verdachte toegekend die zowel kunnen worden begrepen vanuit het perspectief van een gematigd accusatoir strafproces, als vanuit het perspectief van een 'partijen'proces.<sup>54</sup> Bij de eerstbedoelde rechten kan men bijvoorbeeld denken aan de bepalingen voor het binnentreden van woningen (artt. 120-123), voor de laatste aan het 'recht' op een openbare terechtzitting, aan het recht op rechtsbijstand (artt. 38-43), het recht op inzage in processtukken (artt. 30-34 en 51) en het recht om getuigen en deskundigen ter terechtzitting te doen dagvaarden (art. 263). Welke status moet aan die rechten en bevoegdheden worden toegekend?

De rechtsstaatgedachte en het daaruit voortvloeiende legaliteitsbeginsel maken het bestaan van strafvorderlijke bevoegdheden van overheidsorganen afhankelijk van bepalingen waarin duidelijk is omschreven welk orgaan (exclusief) bevoegd is tot welke soort handeling en binnen welke grenzen deze handelingen moeten blijven. In het licht van dit uitgangspunt kan men veel rechten en bevoegdheden van de verdachte beschouwen als dergelijke grenzen.<sup>55</sup> Zij vormen voorwaarden waaronder de publieke organen van strafrechtspleging de hun bij de wet toegekende bevoegdheden mogen uitoefenen, ofwel – anders gezegd – de keerzijde van die voorwaarden. De gedragsnorm die voor het publieke orgaan in de bevoegdheidsverlenende bepaling ligt besloten correspondeert met een subjectief recht van de verdachte op een bevoegdheidsuitoefening overeenkomstig die norm. Rechten en bevoegdheden van de verdachte kunnen dus als het ware worden 'vertaald' in een aanspraak van verdachte op naleving van de gedragsnormen.<sup>56</sup> Deze aanspraak kan bij schending van die gedragsnorm 'rechtens te gelde worden gemaakt' en resulteert uiteindelijk bijvoorbeeld in een vernietiging van het onderzoek ter terechtzitting door de appelrechter op grond van een formele of substantiële nietigheid.<sup>57</sup> Vanuit dit gezichtspunt liggen de rechten en bevoegdheden van de verdachte besloten in de tot de publieke organen gerichte bepalingen van strafvordering. Men zou dan ook kunnen stellen dat de verdachte binnen het stelsel van strafvordering slechts afgeleide bevoegdheden heeft in die zin, dat hij deze alleen kan effectueren als de overheid het initiatief tot het voeren van een strafproces heeft genomen. Deze stelling impliceert allerminst dat de positie van de verdachte en diens raadsman als ondergeschikt wordt beschouwd. Integendeel, zij is juist gebaseerd op de premisse van onvervreembare rechten en vrijheden van burgers in een rechtsstaat en op de idee

---

<sup>53</sup>De rechten en bevoegdheden van derden laat ik in deze beperkte typering terzijde.

<sup>54</sup>Zie hiervoor de discussie die voorafging aan de totstandkoming van ons huidige wetboek, met name de Notulen van de vergaderingen van de Commissie  ORT. Zie in dit verband ook M.S. GROENHUIJSEN, *De rol van de mensen- en burgerrechten in de herziening van het Wetboek van Strafvordering van 1926*, DD 1989, p. 505-523.

<sup>55</sup>Zo ook J.M. VAN BEMMELEN, *Strafvordering, Leerboek van het Nederlandsche strafprocesrecht*, 's Gravenhage 1940, Tweede vermeerde druk, p. 6. Zie uitvoeriger C.P.M. CLEIREN, o.c., Hoofdstuk II, par. 2.4.1. en 2.4.2.

<sup>56</sup>Een belangrijk deel van die gedragsnormen wordt vaak aangeduid als vormvoorschriften.

<sup>57</sup>Men kan ook denken aan andere wettelijke sancties op niet-naleving van in de wet genoemde voorwaarden, zoals nietigheid van de dagvaarding en niet-ontvankelijkheid van de OvJ. Uit de rechtspraak blijkt dat de rechter ook sanctioneert ingeval de wet daartoe niet (uitdrukkelijk) verplicht, zoals bij het verzuim om substantieel geachte vormen na te leven en bij schending van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.

dat als deze al moeten worden ingeperkt, dit bij wet en gespecificeerd moet plaatsvinden. Het spreken van afgeleide bevoegdheden sluit bovendien aan bij de gedachte (en de realiteit) dat de rechtsbetrekking tussen de overheid en de burger in het strafproces niet een (volledig) wederkerige is.<sup>58</sup> Het asymmetrisch karakter van die rechtsbetrekking komt met name tot uitdrukking in het feit dat de overheid een burger onvrijwillig het strafproces binnenloodt. De mogelijkheid daartoe wordt wel beperkt door de eis dat het moet gaan om een burger met een bepaalde hoedanigheid, de verdachte. Ook als die burger eenmaal als zodanig is 'aangewezen' blijft de rechtsbetrekking overwegend asymmetrisch. De verdachte verkeert immers – ondanks het feit dat hem procesrechten en bevoegdheden zijn toegekend – ook gedurende de strafprocedure niet in een gelijkwaardige positie met de organen van strafrechtspleging. Hij staat als het ware bloot aan de (rechts)gevolgen van de uitoefening van bevoegdheden. Wel heeft hij het voordeel dat aan hem geen publieke functie toekomt. De verdachte wordt in het algemeen tot niets verplicht en heeft veelal slechts te gedogen.<sup>59</sup>

Dat de verdachte in deze lezing geen ondergeschikte positie heeft, wordt bovendien bewerkstelligd doordat de meest essentiële rechten die aan de rechten en bevoegdheden van de verdachte ten grondslag liggen, als 'zelfstandige' rechten zijn geformuleerd in de grondwet. Deze rechten worden immers niet geconstitueerd binnen het stelsel van strafvordering en kunnen ook buiten een strafprocedure worden geëffectueerd. Ook het EVRM en het IVBPR bevatten tamelijk 'zelfstandig' geformuleerde rechten waaraan een verdachte bescherming kan ontlennen.

Hoewel de positie van de verdachte vanuit het gekozen gezichtspunt dus niet als ondergeschikt mag worden beschouwd, is het wél van belang te benadrukken dat de verdachte aanspraak heeft op rechtsbescherming en deze ook behoeft. De organen van strafrechtspleging zullen die aanspraken van de verdachte moeten effectueren. De rechter heeft in het bijzonder de taak controle uit te oefenen op de naleving van de wettelijke gedragsnormen. Ingeval deze voorwaarden niet of niet correct worden nageleefd zal hij daaraan gevolgen kunnen en vaak moeten verbinden en dusdoende de aanspraak van de verdachte juridisch tot gelding brengen. Met het oog op die aanspraken en de manier waarop de verdachte deze juridisch tot gelding kan brengen is het contradictoire karakter van de procesvoering dan ook van bijzonder belang.<sup>60</sup>

Deze typering van rechten en bevoegdheden van de verdachte in het stelsel van strafvordering als 'afgeleide' bevoegdheden bevestigt de stelling dat bepalingen uit het wetboek van strafvordering en bijzondere wetten zich primair richten tot de organen van strafrechtspleging, te weten de uitvoerende en de rechterlijke macht. Deze conclusie rechtvaardigt de keuze om die rechten en bevoegdheden niet zelfstandig te kwalificeren als primaire of secundaire normen.

Het stelsel van strafvordering bevat nog andere normen. Naast de besproken bevoegdheidverlenende normen wordt de bevoegdheid van de overheid in het wetboek van

---

<sup>58</sup>Zie over de wederkerige rechtsbetrekking bijvoorbeeld L.J. VAN APELDOORN, *Inleiding tot de studie van het Nederlands recht*, Zwolle 1985, Hoofdstuk III, i.h.b. par. 4. Toegespitst op het strafrecht bij T.M. SCHALKEN, o.c. De positie van de verdachte wordt ook belicht in de bijl. hand. staten-generaal 1917-1918, Algemene beschouwingen, 77.1, p. 3, 4 en 8.

<sup>59</sup>Zie hierover A.L. MELAI, *Polariteit en tegenspraak*, in: A.L. MELAI Wetboek van Strafvordering, A.L. MELAI e.a., Arnhem, losbladig; C.P.M. CLEIREN, 'Een grensoverschrijdende verdachte?', in: Grensoverschrijdend strafrecht, Arnhem 1990, p. 141-164. Een enkele keer bevat het wetboek verplichtingen voor de verdachte, bijvoorbeeld in de artt. 106 en 160. Zie evenwel ook L.C.M. MEIJERS, *Verdrag en strafproces, Gedachten over een methode van werken*, Zwolle 1993 die een wending lijkt in te bedden.

<sup>60</sup>Zie voor beschermende waarde van een contradictoire procedure A.A.G. PETERS, *Het rechtskarakter van het strafrecht*, Deventer 1972 en TH.A. DE ROOS, *Verdediging van belangen: het belang van de verdediging*, Arnhem 1991.

strafvordering gereguleerd door taakstellende organisatienormen.<sup>61</sup> De artt. 140, 141, 142 en 148, waarin wordt aangegeven welk orgaan met welke taak wordt belast kunnen onder meer als zodanig worden gekwalificeerd. De status en de functie van deze normen is een andere dan van de eerdergenoemde bevoegdheidverlenende normen.<sup>62</sup> *Taakstellende normen bevatten veelal regelingen over de inrichting van ambten, de personele samenstelling daarvan en soms een specifiek geformuleerde taakstelling of functieomschrijving. Zij verlenen nog geen bevoegdheid tot het nemen van beslissingen of het stellen van handelingen waaraan rechtskracht toekomt. Het legaliteitsbeginsel eist immers, dat inbreuken op rechten en vrijheden van burgers slechts plaatsvinden op basis van een wettelijk genormeerde bevoegdheid die duidelijk moet zijn gedefinieerd en gespecificeerd.*<sup>63</sup> Een algemene publieke taakstelling creëert dus nog geen bevoegdheid. De taakstellende organisatienormen zijn daarom pas zinvol indien zij vergezeld gaan van de eerder besproken bevoegdheidverlenende normen. Zij vormen als het ware nadere condities voor de uitoefening daarvan en kunnen in die zin als onzelfstandig worden gekwalificeerd. Taakstellende en bevoegdheidverlenende normen vervullen bijgevolg ten opzichte van elkaar een onmisbare complementaire rol.

## **6 De aard van de geslotenheid van het stelsel van 'strafvordering' en de implicaties daarvan voor de betekenis van art. 1**

De zojuist gegeven uitweiding over de functies en normadressaten van de bepalingen van strafvordering lijkt wellicht wat ver gezocht, maar heeft een doel. Zij moet de basis vormen voor het oordeel of het stelsel van strafvordering primaire en/of secundaire normen bevat, welke dat zijn en tot wie zij zijn gericht. Dat oordeel is immers weer bepalend voor de vraag of het stelsel van strafvordering op primair, dan wel op secundair niveau wordt gesloten.

De structuurkenmerken van open en gesloten rechtsgebieden worden daarom hierna, in samenhang met implicaties van de grondbeginselen van de rechtsstaat, geconcretiseerd om meer gefundeerd te bepalen of het stelsel van strafvordering als open of als gesloten kan worden gekwalificeerd. De daaruit voortvloeiende conclusies kunnen het inzicht in betekenis en bereik van het voorschrift van art. 1 verdiepen.

Geslotenheid op het primaire niveau?

Bepalingen betreffende 'strafvordering' uit het wetboek van strafvordering en bijzondere wetten kunnen mijns inziens worden beschouwd als normen van het primaire niveau.<sup>64</sup> Een korte toelichting.

Normen van het primaire niveau bestaan, zoals gezegd, uit normen die menselijk gedrag

---

<sup>61</sup>Deze onderscheiding en terminologie is ontleend aan R.J. JUE, o.c. p. 200 e.v.

<sup>62</sup>*Bij de Wet-BOB is de wetgever er wel van uitgegaan dat de taakstellende organisatienormen ook basis kunnen zijn voor een bevoegdheid. Zie de voorafgaande beschouwingen onder C.*

<sup>63</sup>Ook uit de inleidende tekst op het Tweede Boek, Opsporingsonderzoek, van de MvT valt af te leiden dat de eerste afdeling niet meer behelst dan een algemene taakstelling en dat bevoegdheden pas bestaan dankzij een nauwkeurige omschrijving in de tweede en derde afdeling. Zie ook J.B.H.M. SIMMELINK, o.c., p. 38. Op p. 42 lijkt hij deze positie enigszins te verlaten; P. MEVIS, *Van opsporing, strafvordering en legaliteit*, o.c., m.n. p. 944 en J.M. REIJNTJES, *Rondom DNA. Over opsporing en bewijsvoering*, Themis 1991, p. 267-284, m.n. p. 268, 269 en 273. Zie voor een rechtstheoretische benadering van deze opvatting R.J. JUE, o.c., deel II, par. 6 en voor een thematische behandeling C.P.J. GOORDEN, *Rechtsbevoegdheid in het bestuursrecht, Een rechtsvergelijkende studie naar het bevoegdhedenvraagstuk in het bestuursrecht*, Zwolle 1990, Hoofdstuk III, par 4. Afwijkend van het hier gestelde zijn de overwegingen van G. KNIGGE, in: *Van opsporing en strafvordering*, o.c. p. 195-213, m.n. p. 206. Zijn gedachtengang impliceert dat uit de taak een bevoegdheid voortvloeit.

<sup>64</sup>Zie aant. 4.

normatief bepalen. Het betreft normen die betrekking hebben op handelingen die individuen moeten of niet mogen verrichten. De bevoegdheidverlenende bepalingen uit het wetboek van strafvordering en bijzondere wetten vervullen die rol. Immers, de rechtsstaatgedachte en het daaruit voortvloeiende legaliteitsbeginsel brengen met zich mee dat overheidsoptreden dat inbreuk maakt op rechten en vrijheden van burgers alleen is toegestaan bij gratie en binnen de grenzen van een wettelijke bevoegdheidstoekenning. De bevoegdheidverlenende bepalingen uit het wetboek van strafvordering en bijzondere wetten zijn daarom – zo bleek in aant. 3 – niet alleen constitutief, maar ook limitatief voor bevoegd optreden van organen van strafrechtspleging ten opzichte van de burger. Omdat zij dientengevolge bepalen welke handelingen door die organen mogen, moeten of niet mogen worden verricht kunnen deze normen worden gekwalificeerd als primaire normen, gericht tot de publieke organen van strafrechtspleging.

Voor een beoordeling van de geslotenheid van het stelsel op het primaire niveau moet worden getoetst of het stelsel leemten bevat in die zin dat niet alle handelingen normatief zijn bepaald.<sup>65</sup>

De bevoegdheidverlenende bepalingen, die ik als primaire normen heb gekwalificeerd, zijn zeer divers. Zo bevatten het wetboek van strafvordering en bijzondere wetten bepalingen die door hun omschrijving te onderscheiden implicaties hebben voor de omvang van de daaraan te ontleen bevoegdheden. De bepalingen bevatten bijvoorbeeld vage termen, die interpretatie door de uitvoerende en de rechterlijke macht vereisen. Men kan hierbij denken aan bevoegdheden die mogen worden uitgeoefend onder de voorwaarde dat er sprake is van 'ernstige bezwaren' of van 'dringende noodzakelijkheid' (bijv. de artt. 56 en 58). De wetgever heeft, zo zou men kunnen stellen, een interpretatiebevoegdheid toegekend of opengelaten met betrekking tot feiten en omstandigheden. Dergelijke bevoegdheden kan men niet kwalificeren als leemten in de bedoelde zin. De beoordelingsruimte kan weliswaar variëren van klein tot zeer groot, maar het principe van interpretatieruimte zal zich ook in elk gesloten rechtsgebied voordoen.<sup>66</sup>

Daarnaast heeft de wetgever bij bepaalde bevoegdheden uitdrukkelijk een eigen beslissingsbevoegdheid aan de de uitvoerende en rechterlijke macht gelaten of toegekend. De bevoegdheid tot vervolgen (artt. 167 en 242) en de bevoegdheid een verdachte al of niet in verzekering te stellen (art. 57, eerste lid) zijn daarvoor illustratief. Hoewel de wet bijvoorbeeld met art. 167 geen bevoegdheid creëert om inbreuken te maken op rechten en vrijheden van de burger, brengt de daarin begrepen discretionaire bevoegdheid veel niet bij wet omschreven handelingen door het OM voort. Men kan hierbij denken aan de ontwikkeling van richtlijnen voor opsporing en vervolging, aan een sepotbeleid, aan het 'standje' op het parket en de voeging ad informandum. Vele bepalingen van strafvordering omschrijven niet tot in detail welke handelingen zijn toegestaan of onder welke omstandigheden de bevoegdheid mag worden uitgeoefend. De bepaling van art. 52 formuleert bijvoorbeeld een bevoegdheid tot staande houden, terwijl niet duidelijk is tot welke fysieke gedragingen deze bevoegdheid is beperkt. Het beeld van een primair gesloten systeem raakt behoorlijk aan het wankelen en bladdert vervolgens verder af door het gegeven dat de wetgever ook niet in staat is iedere mogelijk te stellen feitelijke handeling in het kader van 'strafvordering' (afdoende) te omschrijven. Afgezien van de onmogelijkheid daartoe, is dat naar mijn mening ook nooit de bedoeling van de wetgever

---

<sup>65</sup>Zie hierover aant. 4.

<sup>66</sup>Als voorbeeld kunnen dienen de bepalingen van het wetboek van strafrecht. Art. 1 Sr verbiedt wel analogie, maar kan niet voorkomen dat de rechter de delictomschrijvingen zal moeten interpreteren. Ondanks deze onvermijdelijke interpretatieruimte bevat het wetboek van strafrecht geen leemten en formuleert art. 1 Sr in de opvatting van BROUWER het negatieve rechtsprincipe. P.W. BROUWER, o.c. p. 135 en 141 e.v.

geweest. Deze gedachte vindt men reeds terug bij DE BOSCH KEMPER, waar hij overweegt: 'Bij strafvordering staat dus een groot gedeelte der regtswetenschap op zich zelve, afgescheiden van het wetboek, in zoverre, dat zij tot regtsbron heeft de algemeene regtsgeleerdheid, en slechts van de wet afhankelijk is, in die bijzondere aanwijzingen welke de wetgever in sommige gevallen aan de regtswetenschap heeft gegeven.'<sup>67</sup>

Het voorafgaande geeft aanleiding tot de conclusie dat het stelsel van 'strafvordering' leemten bevat in de bedoelde betekenis. Het bevat in diverse bepalingen vergaande beslissingsbevoegdheden en daarnaast leemten, in zoverre dat niet iedere feitelijk te stellen handeling in een wettelijke bevoegdheidverlenende bepaling is neergelegd. Met andere woorden, niet iedere handeling van organen van strafrechtpleging is impliciet of expliciet juridisch genormeerd en in die zin is het stelsel van strafvordering open.

Open bleek het stelsel bovendien in die zin dat noch de rechtsstaatgedachte, noch het legaliteitsbeginsel met zich meebrengen dat de rechter is beperkt in het creëren van meer 'rechten' of waarborgen voor de verdachte, noch in het gebruik van niet bij de wet voorziene sancties op schending van gedragsnormen.<sup>68</sup> Een dergelijke wijze van optreden betreft immers geen overheidshandelen dat ingrijpt in de rechten en vrijheden van de burger. Bezien vanuit het perspectief van de rechterlijke toetsing is het stelsel dus niet gesloten.

De grondgedachte van de rechtsstaat waarborgt echter wel dat inbreuken op rechten en vrijheden van de burger moeten berusten op een wettelijke bepaling. Indien voor dergelijke handelingen geen wettelijke bevoegdheid bestaat mag de behoefte daaraan niet worden vervuld door rechtsvorming door de uitvoerende en rechterlijke macht.

Het beeld van 'strafvordering' dat voor ons opdoemt vertoont grote overeenkomst met de karakterisering van DE BOSCH KEMPER: 'Uit de opgenoemde eigenaardigheden der strafvordering volgt, dat de regterlijke ambtenaren in het onderzoek alle handelingen kunnen verrigten, welke door de wet niet uitdrukkelijk zijn verboden; doch ten aanzien van zoodanige, welke tot beperking der persoonlijke vrijheid kunnen leiden, geene andere mogen ten uitvoer brengen, dan waartoe de wet hun uitdrukkelijk regt geeft.'<sup>69</sup>

De erkenning dat er leemten in het stelsel voorkomen impliceert aanvaarding van openheid als eigenschap van dat stelsel.<sup>70</sup> Het bovenstaande leidt dus tot de conclusie dat het stelsel van 'strafvordering' niet is gesloten op het primaire niveau. Voor de betekenis en het bereik van het voorschrift van art. 1 kan hieruit worden geconcludeerd dat dit voorschrift geen negatief rechtsprincipe formuleert.

Geslotenheid op het secundaire niveau?

Indien een rechtsgebied niet op primair niveau is gesloten, kan – zoals gezegd – sluiting alsnog op secundair niveau plaatsvinden. Deze sluiting zou tot stand komen door sluitingsnormen die ervoor zorgen dat in de gevallen waarin rechtelijke kwalificaties ontbreken alsnog een beslissing tot stand komt met betrekking tot een dergelijke kwalificatie. De sluitingsregels verplichten tot opvulling van de lacunes in het rechtsgebied.

Naar mijn mening wordt het stelsel van 'strafvordering' gesloten op secundair niveau en wel door art. 1 zelf. Dat artikel kan namelijk als een sluitingsregel in de bedoelde zin worden

---

<sup>67</sup>DE BOSCH KEMPER, p. XIII.

<sup>68</sup>Zie aantt. 2 en 8.

<sup>69</sup>DE BOSCH KEMPER, p. XIV.

<sup>70</sup>Zie P.W. BROUWER o.c.; J.W. JUE, o.c. p.150-153.

beschouwd. Om deze stelling te verduidelijken moet worden teruggerepen op de drie normadressaten van art. 1 : de wetgever, de uitvoerende macht en de rechterlijke macht.

De tekst van het voorschrift van art. 1 geeft zonder twijfel uitdrukking aan de intentie tot een gesloten stelsel van 'strafvordering'. De zojuist getrokken conclusie dat dat stelsel niet is gesloten op primair niveau, is terug te brengen tot de conclusie dat één van de drie normadressaten, te weten de wetgever er niet in is geslaagd of er (ten dele) voor heeft gekozen het wettelijk stelsel van bevoegdheidstoekenning niet volledig gesloten te maken.

In aant. 3 is betoogd dat het voorschrift van art. 1 zich ook richt tot de uitvoerende en de rechterlijke macht. De opdracht in dat voorschrift brengt voor hen in ieder geval de plicht mee bij 'strafvordering' alleen te handelen overeenkomstig de wettelijke bepalingen die 'strafvordering' bevatten. Maar, nu blijkt dat het stelsel leemten en eigen beslissingsbevoegdheden bevat zal de wet niet op alle (rechts)vragen antwoord geven en evenmin op mechanische wijze kunnen worden toegepast. Deze leemten mogen door de uitvoerende en de rechterlijke macht worden aangevuld of opgevuld, mits het stelsel daartoe de bevoegdheid verleent. Welnu, art. 1 brengt de intentie van een door de wet gesloten stelsel van 'strafvordering' tot uitdrukking. Omdat deze intentie op het primaire niveau niet is gerealiseerd, is het aannemelijk dat de opdracht die voor de uitvoerende en rechterlijke macht uit art. 1 voortvloeit méér behelst dan handelen overeenkomstig de formele legaliteitseis. Op hen rust tevens de plicht om de in art. 1 tot uitdrukking gebrachte intentie van een gesloten stelsel zo veel mogelijk te voltooien. Dat wil zeggen dat in art. 1 een *opdracht* ligt besloten om de ontbrekende normering aan te vullen of de lacunes op te vullen. Deze vrijheid is niet ongebonden. De aanvullende normering zal moeten worden ontleend aan de principes van het wettelijk stelsel in samenhang met eisen die voortvloeien uit de rechtsstaatgedachte en het legaliteitsbeginsel. Die aanvullingen zullen dus moeten sporen met de doeleinden waarvoor de publieke organen de wettelijke bevoegdheden kregen toegekend. Zo bezien is art. 1 te beschouwen als een sluitingsregel in de in aant. 4 genoemde betekenis. Het stelsel van 'strafvordering' wordt in deze gedachte gesloten op het secundaire niveau.

### Implicaties

Het gehanteerde model van de geslotenheid van rechtsordes en de daaruit voortvloeiende conclusies voor het stelsel van 'strafvordering' sluit aan bij de in aant. 2 uitgewerkte gedachte dat de legaliteitseis niet meer dan een formele waarborg biedt voor realisering van de rechtsstaatgedachte en het daaruit voortvloeiende legaliteitsbeginsel. Naast deze formele waarborg zijn immers materiële waarborgen nodig, die – zoals in aant. 2 bleek – tijdgebonden kunnen zijn en steeds kunnen worden geactualiseerd. Door art. 1 te beschouwen als een sluitingsregel in de bedoelde zin wordt een fundering gelegd voor een plicht van zowel de uitvoerende macht als de rechterlijke macht om materiële waarborgen voor de vervulling van de rechtsstaatgedachte en het legaliteitsbeginsel te bieden. De wet is dus 'open'. Zij heeft interpretatie, actualisering, opvulling en aanvulling door uitvoerende en rechterlijke macht. Art. 1 staat daaraan niet in de weg, maar geeft daartoe zelfs opdracht. De hen toekomende vrijheid wordt evenwel door dat voorschrift gebonden aan hun publieke taak, aan principes van de rechtsstaat en aan het compromis van belangen dat ligt besloten in het wettelijk stelsel van strafvordering. Het optreden van justitiële organen zal daarom in overeenstemming moeten zijn of moeten sporen met de strekking van de wél in de wet omschreven bevoegdheden en – evenals deze laatste – moeten voldoen aan beginselen van behoorlijke strafrechtspleging. In deze zin is het recht 'gesloten'.

Het legaliteitsbeginsel wordt aldus gerealiseerd in een samenspel van de drie machten. Alle drie hebben de opdracht de in art. 1 uitgedrukte intentie te vervolmaken, hetgeen wordt verwezenlijkt in een samenspel van formele en materiële waarborgen. De dominante rol van de wet wordt niet in zijn laatste fundament aangetast, maar moet wel worden 'verfijnd'. Een pas op



de plaats van de wetgever vraagt om complementaire reacties van de andere machten; activiteiten van de uitvoerende macht roepen complementaire- of tegenreacties op van de rechter; de attentie van de wetgever daartegenover mag echter nimmer verslappen.<sup>71</sup>

De conclusie dat het stelsel van 'strafvordering' niet is gesloten op primair niveau, maar wordt gesloten op secundair niveau heeft dus vergaande implicaties.<sup>72</sup> Deze zullen in het navolgende in abstracto worden geschetst. Bij de bespreking van de betekenis van het voorschrift van art. 1 voor het optreden van de politie en het openbaar ministerie, de feitenrechter, de cassatierechter en de wetgever (aant. 15, 16, 17 en 18) zullen de meer concrete implicaties van het hier gestelde moeten blijken.

In aant. 3 zijn de voorlopige implicaties beschreven van de opdrachten die voor de drie normadressaten in art. 1 liggen besloten. Deze implicaties kunnen als gevolg van de beschreven functie van art. 1 verder worden uitgewerkt en genuanceerd.

De in art. 1 besloten opdracht om bij te dragen aan uitvoering van de rechtsstaatgedachte en het legaliteitsbeginsel wekt mogelijk de veronderstelling dat daaruit eenduidige aanwijzingen kunnen worden afgeleid voor het handelen van de normadressaten: de wetgevende macht, de uitvoerende macht en de rechterlijke macht. Deze zienswijze gaat niet op. 'De' rechtsstaat bleek immers niet te bestaan. Zij is een verzameling van idealen en gezichtspunten die geen voor alle tijden geldende inhoud heeft, maar evolueert en moet worden geactualiseerd. Bovendien wijzen diverse elementen van de rechtsstaatgedachte, zeker bij concretisering, in tegengestelde richting. Voor de strafrechtspleging bleek dit al bij de belangen die, (mede) krachtens de principes van de rechtsstaat, in het wettelijke procesrecht werden verwerkt. Aan de ene kant het belang van het creëren van strafvorderlijke bevoegdheden teneinde een adequate handhaving van het materiële strafrecht mogelijk te maken. Aan de andere kant het belang die bevoegdheden te limiteren en specificeren met het oog op de bescherming van de 'willekeurige' burger en ter waarborging van een behoorlijk niveau van rechtsbescherming van de verdachte. Het wettelijk stelsel van strafvordering bevat als gevolg daarvan een compromis van deze beide – 'tegengestelde' – belangen, die enerzijds een instrumenteel, anderzijds een waarborgkarakter hebben. Bij het voltooiën van het stelsel van strafvordering in het licht van de publieke taak en de eisen van de rechtsstaat zullen de organen zich dus rekenschap moeten geven van deze aan onze strafrechtspleging inherente spanning. Dit brengt met zich mee dat zij zich, bij optreden in een concreet geval niet kunnen, maar ook niet mogen onttrekken aan een afweging tussen die 'tegengestelde' belangen. Noch de rechtsstaatgedachte, noch het legaliteitsbeginsel staat echter in de weg aan een concretisering of actualisering van de belangen en de belangenafweging die aan het wetboek van strafvordering ten grondslag ligt. Strafvorderlijke legaliteit leidt dus niet automatisch tot een starre tirannie van de letter van de wet.

Desalniettemin vloeien uit de rechtsstaatgedachte ook tamelijk 'harde' grenzen voort die de vrijheid tot het aanvullen van leemten en het invullen van discretionaire bevoegdheden beperkt. Om te beginnen is van belang te benadrukken dat de gegeven interpretatie van art. 1 geen enkele afbreuk doet aan de opdracht van de uitvoerende en de rechterlijke macht om de

---

<sup>71</sup>Deze 'moderne' interpretatie van art. 1 □ die desalniettemin nauw aansluit bij de in 1838 door DE BOSCH KEMPER ontwikkelde opvattingen over de 'uitlegging van het Wetboek van Strafvordering □ sluit aan bij huidige opvattingen over de betekenis van de Trias Politica. De Trias Politica als strenge leer van scheiding van machten past niet meer in ons huidig concept van de rechtsstaat, maar kan worden geïnterpreteerd als een scenario van evenwicht van machten. Een realisering van het legaliteitsbeginsel in een samenspel van de drie machten past binnen deze opvatting van de Trias Politica. Zie hierover W. WITTEVEEN, *EVENWICHT VAN MACHTEN*, Zwolle 1991.

<sup>72</sup>De bedoelde implicaties wijken veelal niet af van hetgeen door andere schrijvers op die punten wordt geconcludeerd. De gronden die daarvoor worden aangevoerd zijn echter anders en mijns inziens niet steeds consistent terwijl de gehanteerde begrippen vaak niet zuiver van elkaar worden onderscheiden.

formele waarborg van de legaliteits eis te realiseren. Deze eis houdt in dat de wet en de daarin gestelde voorwaarden moeten worden nageleefd. Een tweede 'harde' grens die de rechtsstaatgedachte meebrengt, is dat leemten niet mogen worden opgevuld in die zin dat de uitvoerende en rechterlijke macht nieuwe bevoegdheden 'creëren' die inbreuken op rechten en vrijheden van de burgers mogelijk maken. Voor dergelijke inbreuken is een wettelijke voorziening vereist. De 'hardheid' van deze grens

is materieel gezien zeer betrekkelijk. Wanneer immers is er sprake van een inbreuk op rechten en vrijheden van de burger? De mate van ingrijpendheid van de inbreuk zal daarvoor bepalend zijn, maar dit criterium laat een gebied van grensgevallen in stand.<sup>73</sup> Het is aannemelijk dat daaraan in ieder geval is voldaan bij aantasting van in de grondwet gewaarborgde rechten (artt. 10, 11, 12, 13 en 15) en bij schending van rechten en vrijheden die worden gewaarborgd in het IVBPR en het EVRM (art. 17 IVBPR en artt. 5, 6 en 8 EVRM). Inbreuken van een soortgelijke ingrijpendheid op de fysieke vrijheid en het huisrecht als die, welke zijn geregeld onder titel IV, Eenige bijzondere dwangmiddelen in het wetboek van strafvordering, zullen in deze opvatting bij wet moeten worden geregeld. De catalogus aan te waarborgen rechten en vrijheden is niet limitatief en kan dus niet slechts worden afgeleid uit de in de grondwet en verdragen genoemde rechten en vrijheden. De invulling daarvan is immers – evenals van het criterium 'ingrijpend' – open en de waardering ervan kan in een bepaalde tijd en constellatie variëren.<sup>74</sup> Een door de overheid in het kader van de strafrechtspleging voor wenselijk gehouden inbreuk, die (nog) niet of niet expliciet door grondwet of verdrag wordt gewaarborgd zal dus moeten worden getoetst op de mate van ingrijpendheid. Wordt de bevoegdheid – bijvoorbeeld na een politiek debat – als inbreuk op een recht of vrijheid van de burger gedefinieerd, dan moet deze bij wet worden geregeld. Men kan in dit verband denken aan de discussies rondom de toelaatbaarheid van DNA-onderzoek zonder wettelijke voorziening, de reikwijdte van de bevoegdheid tot foullering aan het lichaam en die betreffende de aanvaardbaarheid van bepaalde opsporings- en infiltratietechnieken.<sup>75</sup>

Zoals gezegd worden de meer concrete implicaties van de opdracht die in art. 1 ligt besloten voor het optreden van de politie, het openbaar ministerie, de rechter en de wetgever in de aantt. 15, 16, 17 en 18 besproken.

---

<sup>73</sup>Dit element van het legaliteitsbeginsel en het precaire karakter van het criterium wordt uitvoerig belicht door I.C. VAN DER VLIES, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving*, Amsterdam 1984, m.n. par. 5.2.3.

<sup>74</sup>Ik geef daarom in de context van het legaliteitsbeginsel de voorkeur aan de terminologie 'inbreuken op rechten en vrijheden van de burger'. Dit in afwijking van SIMMELINK, die 'inbreuken op grondrechten' gebruikt. Deze terminologie kan met het oog op het hier betoogde ten onrechte de indruk wekken van een noodzakelijke koppeling aan en daarmee beperking tot rechten die bij de grondwet of verdragen zijn geformuleerd. Zie J.B.H.M. SIMMELINK, o.c., m.n. hoofdstuk 3.

<sup>75</sup>Zo toetst SIMMELINK het optreden van de overheid bij infiltratie, observatie en massale opsporingsmethodieken in de opsporingsfase aan het criterium of grondrechten worden aangetast. J.B.H.M. SIMMELINK, o.c., met name hoofdstuk 4; zie eveneens C. FIJNAUT, *Observatie en infiltratie: toe aan een wettelijke regeling*, in *Hercodificatie Wetboek van Strafvordering*, Nijmegen 1991, p. 71-84. een soortgelijke toets wordt uitgevoerd voor de DNA-proef door TH. DE ROOS, *Slachtoffer, verdachte en de DNA-proef*, Nemesi 1990, p.123-129 en J.M. REIJNTJES in *Rondom DNA* (Zie inmiddels wetStb. 1993, 596). *Over opsporing en bewijsvoering*, RMThemis, 1991, p. 267284. Het foulleringvraagstuk kwam aan de orde in HR 8 nov. 1988, NJ 1989, 667 met noot SCHALKEN, en naar aanleiding van dat arrest A.H.J. SWART in *Ars Aequi* 1989, p. 780-788 en J. NAEYE in *Rectaal foulleren?*, NJB 1989, p. 880-883. Zie voor de toelaatbaarheid van infiltratietechnieken in verband met art. 8 EVRM de uitspraken van Europese Commissie en Europese Hof in de zaak Ludwig Lüdi / Zwitserland, no. 12433/86, EHRM 15 juni 1992, Serie A nr. 238. Wetsvoorstel 22 447 betreffende DNA-onderzoek in strafzaken heeft inmiddels geleid tot de wet van 8 november 1993, Stb. 596 ,tot aanvulling van het Wetboek van Strafvordering met voorzieningen ten behoeve van DNA-onderzoek in strafzaken' (artt. 138a, 151a, 195a-195e).

## 7 Het wetsbegrip in art. 1.

De formulering van het huidige art. 1 dateert van 1926. Voor de vaststelling van de betekenis van het wetsbegrip en het bereik van het vereiste van regeling van strafvordering bij wet is het goed de geschiedenis van het artikel en de daarin gebruikte formulering in ogenschouw te nemen.

Art. 1 van het Wetboek van 1838 luidde: Niemand mag tot straf vervolgd of veroordeeld worden dan op de wijze en in de gevallen bij de wet voorzien.<sup>76</sup> Alleen in de bij de wet voorziene gevallen mocht dus tot strafvordering worden overgegaan. DE BOSCH KEMPER begrijpt dit vereiste aldus, dat vervolging slechts is toegestaan in een geval bij de strafwet voorzien. Hij legt daarmee een verband tussen toepassing van strafvordering en wettelijke strafbaarstelling.<sup>77</sup> DE PINTO legt diezelfde relatie wellicht nog duidelijker door rechtstreeks te verwijzen naar de betekenis van art. 1 van het wetboek van strafrecht als voorwaarde voor vervolging en bestraffing.<sup>78</sup>

Bij de totstandkoming van het huidige wetboek zijn de woorden 'in de gevallen' vervallen met de volgende toelichting: 'In art. 1 zijn de niet zeer duidelijke woorden 'in de gevallen' geschrapt. Ook verordeningen van lagere wetgevers vestigen, door het scheppen n.l. van strafbare feiten, tal van gevallen waarin strafvordering plaats heeft'.<sup>79</sup> Er zijn geen aanwijzingen dat met de verandering in de formulering is bedoeld de relatie tussen strafvordering en wettelijke strafbaarstelling op te heffen. CORSTENS spreekt in dit verband van een gat dat zou zijn ontstaan tussen art. 1 Sr en art. 1 Sv, waaruit volgens hem evenwel niet de conclusie mag worden getrokken dat onder het huidige wetboek vervolgingen ter zake van niet strafbaar gestelde feiten zijn toegestaan.<sup>80</sup> Afgezien van de vraag of met de wijziging in de formulering van art. 1 een gat is ontstaan tussen art. 1 Sr en art. 1 Sv, is een andere conclusie dan die van CORSTENS niet aannemelijk. Immers, ook art. 27 en de betekenis daarvan voor de gehele strafvordering brengen mee dat voor strafvorderlijk optreden sprake moet zijn van (een zekere mate van) verdenking aan enig (bij wet) strafbaar (gesteld) feit.

De woorden 'bij de wet voorzien' duiden erop dat strafvordering een basis moet hebben in de wet in formele zin. Het formele wetsbegrip houdt nauw verband met het hiërarchische aspect van de wetgeving en duidt – onafhankelijk van de strekking van haar inhoud – op een wetgevingsprodukt van regering en staten-generaal gezamenlijk (art. 81 GW). In een arrest van 1950 overwoog de hoge raad, dat het begrip wet 'in de gehele grondwet vrijwel overal, en met betrekking tot de grondrechten volstrekt overal' doelt op een wet in formele zin.<sup>81</sup> Deze stand van zaken brengt mee, dat de rechtspleging uitsluitend kan plaatsvinden op grond van voorzieningen bij een wet in formele zin en dus bij een wet afkomstig van regering en staten-generaal gezamenlijk. Deze opvatting is in de literatuur niet bestreden en is door de hoge raad bevestigd in het Muilkorfarrest: een regeling van de opsporing bij een plaatselijke

---

<sup>76</sup>Zie over de totstandkoming van deze formulering VOORDUIN, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken VI*, Utrecht 1839, p. 1-2.

<sup>77</sup>DE BOSCH KEMPER, p. 15.

<sup>78</sup>DE PINTO, p. 14.

<sup>79</sup>Bijl. hand. II 1917-1918, 77, nr. 1, p. 20, nr. 2, p. 70 en nr. 3, p. 121.

<sup>80</sup>G.J.M. CORSTENS, *De wet als bron van strafprocesrecht. De betekenis van art. 1 Sv*, in: Naar Eer en geweten, Arnhem 1987, p. 95; Idem, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Arnhem 1993, p. 15.

<sup>81</sup>HR 28 november 1950, NJ 1951, 138.

verordening oordeelde de hoge raad niet toelaatbaar.<sup>82</sup> De eis van regeling bij wet in formele zin zou de burger de waarborg moeten bieden dat de mogelijkheden van inbreuken op rechten en vrijheden in het kader van strafvordering en de regelingen om tot strafoplegging te kunnen overgaan door een behoorlijke afweging van de daarbij betrokken belangen zijn voorafgegaan. CORSTENS stelt in dit verband: De wet in formele zin biedt in abstracto meer bescherming tegen inbreuken op rechten en vrijheden van de burger en tegen onevenwichtige procedureregels dan welke andere regeling dan ook.<sup>83</sup>

Deze waarborg wordt mede gerealiseerd door art. 107 GW, dat de rechtseenheid in de zin van een in het gehele land gelijkelijk geldende regeling beoogt te garanderen. Art. 107 GW luidt: 'De wet regelt het burgerlijk recht, het strafrecht en het strafprocesrecht in algemene wetboeken, behoudens de bevoegdheid tot regeling van bepaalde onderwerpen in afzonderlijke wetten'. Het vereiste van art. 1 moet worden gezien in relatie tot dit grondwetsartikel.<sup>84</sup> Een uniforme regeling op nationaal niveau door de formele wetgever dient de samenhang, de stelselmatigheid, de overzichtelijkheid en de toegankelijkheid van de wetgeving. Het is echter in de loop der jaren niet realistisch gebleken de gedachte achter art. 107 GW volledig te volvoeren, hetgeen werd erkend bij de totstandkoming van de grondwetswijziging van 1983.<sup>85</sup> Dit neemt niet weg dat met het huidige art. 107 GW uitdrukkelijk werd beoogd de rechtseenheid in het land te dienen.<sup>86</sup>

De vraag rijst of de woorden 'bij de wet voorzien' delegatie van wetgeving aan lagere wetgevers uitsluiten. Delegatie impliceert een terugtred van de formele wetgever wat betreft de begrenzingen die worden gesteld aan repressiemogelijkheden van de overheid.<sup>87</sup> Meer concreet omvat deze vraag de kwestie of regeling van strafvordering na aanwijzing bij wet in formele zin bij algemene maatregelen van bestuur of bij verordening door lagere wetgevers mag plaatshebben.<sup>88</sup> CORSTENS verdedigt dat het gebruik van de woorden 'bij de wet voorzien' in art. 1 erop duidt dat delegatie is toegestaan.<sup>89</sup> Daarnaast voert hij – zich aansluitend bij KORTMANN – aan dat de tekst van art. 107 GW delegatie aan welk overheidsverband dan ook mogelijk maakt.<sup>90</sup> Delegatie, opgenomen in het algemene wetboek of in de in de uitzonderingsclausule bedoelde wet, is volgens hen toegestaan.

Zowel de grondwetswijziging, als de discrepantie tussen het woordgebruik van enkele

---

<sup>82</sup>HR 12 april 1897, W - 6954 en HR 25 maart 1913, *NJ* 1913, p. 839.

<sup>83</sup>G.J.M. CORSTENS, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Arnhem 1993, p. 14. Zie voor de relatie tussen het legaliteitsbegrip en het wetsbegrip ook E.H.M. HIRSCH BALLIN, *Het grondrecht op vrijheid en de wet*, Alphen aan den Rijn, 1989.

<sup>84</sup>Zo ook BLOK en BESIER, I, p. 47.

<sup>85</sup>Zie hierover G.J.M. CORSTENS, *De wet als bron van strafprocesrecht. De betekenis van art. 1 Sv*, In *Naar eer en geweten*, Arnhem 1987, p. 93-104, par. 5.

<sup>86</sup>Zie hierover uitgebreid bijl. hand. 15.046 en 1988 (art. 10 SR 1997) G.J.M. CORSTENS, o.c. 1987, p. 101.

<sup>87</sup>A.C. 'T HART, *Strafrecht tot slot; regelgeving en transparantie*, in: W. DERKSEN e.a. (red.), *De terugtred van regelgevers, Meer regels, minder sturing?*, Zwolle 1989.

<sup>88</sup>Het begrip delegatie wordt hier gebruikt in de betekenis van de overdracht van een bepaalde bevoegdheid van het ene orgaan aan het andere orgaan. Zie hierover I.C. VAN DER VLIES, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving. Het legaliteitsbeginsel*, Amsterdam 1984, p. 130 e.v en de aldaar aangehaalde literatuur.

<sup>89</sup>G.J.M. CORSTENS, o.c. 1987, p. 97; idem, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Arnhem, 1993, p. 16.

<sup>90</sup>G.J.M. CORSTENS, o.c. 1987, p. 102 en C.A.J.M. KORTMANN, o.c. 297-298.

bepalingen uit de grondwet en het woordgebruik van art. 1 geven echter aanleiding tot de tegenovergestelde gedachte. Bij de formulering van de mogelijkheid van beperkingen op enkele grondrechten wordt sedert de grondwetswijziging van 1983 – anders dan daarvoor en anders dan in art. 1 – niet meer gebruik gemaakt van de woorden 'bij de wet', maar van 'bij of krachtens de wet' (art. 10, 11, 12 en 15 GW). KORTMANN stelt onder meer: 'De regering was echter van oordeel dat de term "bij de wet" betekent, dat de gevallen niet alleen formeel, maar ook naar hun maatschappelijke werkelijkheid door de wet moeten zijn aangeduid.'<sup>91</sup> De aanpassingen in de formulering van de grondwet waren dus niet zonder grond en beoogden metterdaad de mogelijkheid tot delegatie tot uitdrukking te brengen.<sup>92</sup> De grondwettelijke bescherming van de burger lijkt daardoor beperkter te zijn geworden dan de bescherming op grond van art. 1. KORTMANN wijst er bijvoorbeeld bij art. 15, eerste lid GW op, dat de belangrijke waarborg dat vrijheidsbeneming in beginsel op de formele wet moet steunen wordt ondergraven, ook al stelde de regering dat delegatie alleen is toegestaan indien daarvoor dringende redenen aanwezig zijn.<sup>93</sup> De vraag naar de relatie tussen de grondwet en art. 1 en de vraag welke regel in geval van discrepantie moet gelden laten zich niet eenvoudig beantwoorden. Argumenten voor strikte toepassing van art. 1 zouden kunnen worden gevonden in de regel dat een *lex specialis* prioriteit heeft. Daarnaast kan mogelijk een aanknopingspunt worden gevonden in art. 140 GW dat een overgangsregeling formuleert.<sup>94</sup>

Voorts beroept CORSTENS zich voor de aanvaardbaarheid van delegatie op enkele bepalingen uit het wetboek van strafvordering zelf, die naar zijn opvatting bevoegdheden delegeren aan lagere wetgevers.<sup>95</sup> Hij noemt de artt. 62 derde lid en 76, art. 117a, art. 141 sub 6, artt. 369 en 376 en wijst voorts op de artt. 378, 382, 384, 390 en 398.<sup>96</sup> Zo verdedigt hij bijvoorbeeld met betrekking tot de artt. 369 en 376 dat daarin sprake is van een algemene regel en dus van delegatie van regelgevende bevoegdheid.<sup>97</sup> Daarmee bestrijdt hij de door MELAI verdedigde opvatting dat bepalingen in de trant van artt. 369 en 553 geen delegatie van wetgeving bevatten, maar uitsluitend een voor de werking van de wet noodzakelijke aanwijzing.<sup>98</sup> Echter, niet valt te ontkennen dat enkele bepalingen uit het wetboek van strafvordering inderdaad delegatie van wetgevende bevoegdheid aan lagere overheidsorganen lijken te impliceren.

Stel dat men al aanneemt dat delegatie door het stelsel van strafvordering en de grondwet niet steeds of volledig wordt uitgesloten, dan nog zijn de mogelijkheden tot delegatie niet onbeperkt en wel als consequentie van het aan art. 1 ten grondslag liggende legaliteitsbeginsel.<sup>99</sup> De

---

<sup>91</sup>C.A.J.M. KORTMANN, o.c. p. 99.

<sup>92</sup>Zie hierover uitvoerig C.A.J.M. KORTMANN, o.c. pp. 98 en 107.

<sup>93</sup>C.A.J.M. KORTMANN, *De grondwetswijziging 1983 en 1987*, Deventer 1987, p. 107-108.

<sup>94</sup>Hierbij moet evenwel worden aangetekend dat de interpretatie van dit artikel niet zonder discussie is gebleven. Zie voor een overzicht van die discussie J. SCHOKKENBROEK, *Artikel 140 Grondwet en de onschendbaarheid van de wet*, *Ars Aequi* 1984, p. 392 e.v.

<sup>95</sup>Zo ook VAN VEEN in zijn noot bij HR 26 februari 1985, *NJ* 1985, 595.

<sup>96</sup>REIJNTJES noemt naast art. 62, derde lid ook art. 142. Zie MINKENHOF/REIJNTJES, zesde druk, Arnhem 1993, p. 64.

<sup>97</sup>CORSTENS, o.c. 1987, p. 99-100; idem, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Arnhem, 1993, p. 16.

<sup>98</sup>MELAI, in aant. 17 van supplement 47 van deze Commentaar.

<sup>99</sup>Een uitzondering vindt men zoals gezegd in art. 13 GW.

rechtszekerheid, de rechtsgelijkheid en de bescherming tegen machtsmisbruik en willekeurige inbreuken door de overheid op rechten en vrijheden van de burger brengen mee dat delegatie niet onbeperkt aanvaardbaar is. Het legaliteitsbeginsel, zoals uitgewerkt in aantt. 2 en 3 brengt – in een rechtsstaat – mee dat de bevoegdheid tot het maken van inbreuken op rechten en vrijheden van de burger met grote waarborgen moet zijn omkleed en derhalve bij wet moet worden geregeld. Het consequent doordenken van het hier bedoelde wetsbegrip brengt mee dat de wetgever het nemen van ingrijpende besluiten niet aan de regering mag overdragen.<sup>100</sup> Vanuit dat gezichtspunt is aannemelijk dat bevoegdheden tot het maken van inbreuken op rechten en vrijheden van de burger niet mogen worden gedelegeerd aan andere organen, dus noch aan de regering, noch aan (andere) lagere wetgevers. Delegatie van op rechten en vrijheden ingrijpende bevoegdheden is vanuit dit perspectief niet mogelijk krachtens de wet, doch slechts bij de wet.<sup>101</sup>

De kwestie van toelaatbaarheid van delegatie kwam expliciet aan de orde in verband met het Bloedproefbesluit, gegrond op art. 33a, zevende lid (nu het elfde lid) wetboek van strafvordering waarin was bepaald dat bij of krachtens AMvB nadere regels betreffende de uitvoering van (onder meer) art. 33a WvW worden gegeven.<sup>102</sup> Dit laatste artikel regelt de gevallen waarin een onderzoek als bedoeld art. 26, tweede lid plaats kan hebben. In HR 18 oktober 1983, *NJ* 1984, 97 wordt in het cassatiemiddel betoogd dat de nadere bepalingen betreffende het 'onderzoek' als bedoeld in art. 26, tweede lid WvW een 'regeling van strafvordering' inhouden en derhalve – gezien art. 1 – bij wet in formele zin moeten worden vastgesteld (i.p.v. bij AMvB). Dit – aldus A-G LEIJTEN – 'radicale betoog' wordt door de hoge raad verworpen: het Besluit en de Beschikking zijn gegrond op art. 33a, zevende lid (nu elfde lid) WvW zodat art. 1 niet aan hun verbindende kracht in de weg staat. In dit arrest stelt de hoge raad dus onomwonden dat art. 1 niet aan delegatie in de weg staat.<sup>103</sup> Opgemerkt moet echter worden dat zowel A-G LEIJTEN in zijn conclusie tot dit arrest, als annotator MULDER onder HR 20 september 1982, *NJ* 1983, 368, een andere weg bewandelen.<sup>104</sup> Zij stellen namelijk het materieelrechtelijk karakter van het bestanddeel 'onderzoek' voorop, waardoor de nadere regeling in besluit en beschikking slechts een uitwerking van de delictsomschrijving behelst (hetgeen – gelet op het materiële wetsbegrip van art. 1 wetboek van strafrecht en ook gelet op art. 98, tweede lid GW – geen problemen oplevert).<sup>105</sup> Met deze benadering verdwijnt

---

<sup>100</sup>Zie I.C. VAN DER VLIES, o.c. p. 133.

<sup>101</sup>Ook CORSTENS lijkt te erkennen dat door verspreide regeling van strafprocesrecht in allerlei bijzondere wetten de ratio van art. 117 GW □ die onder meer inhoudt een streven naar stelselmatigheid, samenhang en overzichtelijkheid van (strafproces)wetgeving □ wordt ondermijnd; daarenboven strijdt delegatie aan □ territoriaal gezien □ lagere wetgevers zijns inziens met de geest van art. 107 GW voor zover inhoudende een streven naar rechtseenheid. Zijn conclusie luidt: 'Met de door beide artikelen (artt. 107 GW en art. 1 Sv, CPMC) toege stane delegatiemogelijkheid moet voorzichtig worden omgesprongen.' Zie CORSTENS, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Arnhem, 1993, p. 17-18.

<sup>102</sup>KB van 9 oktober 1974, *Stb.* 596; dit Besluit is ingetrokken bij art. 24 van het Besluit Alcoholonderzoeken van 24 september 1987, *Stb.* 432 (i.w.tr. 1 okt. 1987). De destijds geldende Bloedproefbeschikking (beschikking van de minister van justitie van 21 oktober 1974, *Strct.* 1974, 208 is ingetrokken bij art. 15 van de nu geldende Regeling Bloed- en urineonderzoek van 25 september 1987, *Strct.* 187 (i.w.tr. eveneens 1 okt. 1987). Art. 33a WvW is ingevoegd bij Wet van 23 mei 1973, *Stb.* 282.

<sup>103</sup>Opgemerkt dient te worden dat destijds het huidige art. 11 GW (onaantastbaarheid van het menselijk lichaam) nog niet in werking was getreden (zie de grondwetswijziging 1983 en additioneel art. 7).

<sup>104</sup>Zie ook diens annotatie onder HR 15 februari 1977, *NJ* 1977, 557.

<sup>105</sup>Anders REMMELINK, *Hoofdwegen door het verkeersrecht*, Zwolle 1992, p. 62 en waarschijnlijk ook VAN VEEN (vergelijk diens annotatie onder HR 18 okt. 1983, *NJ* 1984, 97).

als het ware de kwestie van strafvorderlijke delegatie uit het zicht. Echter door de verwijzing van de hoge raad naar art. 1 wordt duidelijk dat de hoge raad besluit en beschikking als processuele regelingen ziet, zodat de uitwijking naar het materiële recht geen soelaas kan bieden. Ongeveer een maand voordat de hoge raad het hier behandelde arrest wees, oordeelde de politierechter te Zutphen in een zaak die zich toespitste op het in art. 7 Bloedproefbesluit voorziene afnemen van bloed van iemand die zijn wil (toestemming/weigering) daartoe niet kenbaar kan maken.<sup>106</sup> In het toen geldende art. 33a was in deze situatie niet voorzien, '(...)' ook niet bij wijze van delegatie aan de besluitwetgever', aldus de politierechter, zodat het de betreffende bloedafname (als opsporingshandeling die ingevolge art. 1 bij wet moet zijn voorzien) ontbreekt aan een wettelijke grondslag.<sup>107</sup> Volgt bewijsuitsluiting en vrijspraak. Deze vrijspraak wordt door het hof bevestigd, zij het met dit verschil in motivering (c.q. grondslag) dat nu uitdrukkelijk art. 7 van het Bloedproefbesluit onverbindend wordt geacht omdat daarin niet een uitwerking wordt gegeven van het (destijds geldende) art. 33a. De hoge raad laat dit arrest in stand.<sup>108</sup> Daarmee was een leemte ontstaan (of liever: geconstateerd) in art. 33a WVV, hetgeen heeft geleid tot ingrijpen van de wetgever: zie het huidige negende lid van art. 33a WVV, waarin het geval van bloedafname bij een verdachte die daartoe zijn wil niet kenbaar kan maken, wordt genoemd.<sup>109</sup> In deze laatste casus stond dus niet zozeer de kwestie centraal of strafvorderlijke delegatie in principe mogelijk is (dat is, zo volgt uit de uitspraken van de hoge raad het geval), maar wordt onderstreept dat die nadere regelgeving zich wel tot hetgeen 'bij wet is voorzien' dient te beperken.

## **8 Het begrip 'strafvordering' in art. 1<sup>110</sup>**

Het begrip 'strafvordering' is onder invloed van de titel van zowel het vorige als het huidige wetboek een vertrouwd begrip. In tegenstelling echter tot het oude wetboek, dat van 1836 tot 1926 heeft gegolden, bevat het huidige wetboek van strafvordering geen definitie of omschrijving van het begrip. Blijkens de memorie van toelichting op dit wetboek had de minister bezwaar tegen de tekst van de inleidende bepaling in het oude wetboek. Deze bepaling behelsde dat niemand 'tot straf vervolgd of veroordeeld mocht worden dan op de wijze en in de gevallen bij de wet voorzien'. De minister gaf de voorkeur aan het begrip 'strafvordering', dat volgens hem de gehele procedure in strafzaken aanduidt.

Om de betekenis van het begrip 'strafvordering' nader te bepalen is een korte beschouwing over de geschiedenis van art. 1 en het daarin genoemde begrip 'strafvordering'

---

<sup>106</sup>Rb. Zutphen 14 september 1983, *NJ* 1983, 754.

<sup>107</sup>Anders dan VAN VEEN in zijn noot onder HR 26 februari 1985, *NJ* 1985, 595 (zelfde casus) lees ik in de uitspraak van de politierechter niet dat deze delegatie in strijd acht met art. 1, maar alleen dat de wet waarin die delegatie mogelijk wordt gemaakt ontbreekt nu art. 33a WVV niet voorziet in bloedafname in geval verdachte zijn wil daartoe niet kenbaar kan maken.

<sup>108</sup>Dat wil zeggen het cassatieberoep van 's hofs P-G verklaart niet-ontvankelijk nu er geen sprake is van een zuivere vrijspraak; zie voor hof en hoge raad: HR 26 februari 1985, *NJ* 1985, 595. In HR 14 maart 1978, *NJ* 1978, 385 was er op het punt van de wettelijke grondslag van art. 7 Bloedproefbesluit geen middel gemaakt; de hoge raad heeft toen echter ook ambtshalve niet ingegrepen.

<sup>109</sup>Zie de Wet van 1 juli 1987, *Stb.* 315 en op dit punt de MvT, *Kamerstukken II*, 1985/86, 19 285, nr. 3, p. 11; vergelijk ook REMMELINK o.c. 1992, p. 103 noot 8. Zie voor de huidige delegatiesystematiek op dit punt: art. 11 GW juncto art. 33a, negende en elfde lid WVV, uitgewerkt in de artt. 14 en 16 Besluit Alcoholonderzoeken (noot 3, art. 1, p. 68) en artt. 2 e.v. Regeling Bloed- en urineonderzoek (idem).

<sup>110</sup>*Door de Wet-BOB is het begrip 'opsporing' van een definitie voorzien. Daarmee is ook de inhoud van 'strafvordering' meer omlijnd. Zie de voorafgaande beschouwingen onder E en J.*

verhelderend. Bij de totstandkoming van het huidige wetboek werd een voorstel gedaan om het begrip 'strafvordering' in het ontwerp te vervangen door het begrip strafvervolgving of strafrechtspleging. De minister wees het begrip strafvervolgving af omdat dat zijn inziens een veel engere betekenis heeft dan 'strafvordering'.<sup>111</sup> 'Van het geheel der handelingen, welke de procedure in strafzaken, d.w.z. de strafvordering uitmaken, kan slechts een deel als 'daden van vervolging' (art. 72 Sr) worden aangemerkt.' Hij gaf bovendien de voorkeur aan het begrip 'strafvordering' boven het begrip strafrechtspleging, onder andere omdat daarmee de eenvormigheid tussen het wetboek van strafrecht en het wetboek van strafvordering behouden zou blijven.<sup>112</sup> Dit argument was blijkens zijn overweging gebaseerd op de premisse dat het begrip 'strafvordering' in beide wetboeken dezelfde betekenis heeft en identiek is aan het begrip strafactie. BLOK en BESIER noemen het argument van de minister misplaatst. 'Strafvordering' in art. 1 heeft volgens hen een bredere betekenis dan in het wetboek van strafrecht.<sup>113</sup> Om deze incongruentie te begrijpen is het verhelderend verder terug te gaan in de geschiedenis, en wel naar DE BOSCH KEMPER.

DE BOSCH KEMPER maakte op grond van het wetboek van strafvordering van 1838 een principiële onderscheiding tussen een ruime en een enge betekenis van het begrip 'strafvordering'. In ruime zin (processus criminalis)' betekent strafvordering het geheel der beginselen en wettige voorschriften, volgens welk, bij overtreding der strafwet, de staat zijne regten doet gelden.' Deze opvatting lag besloten in de titel van het 'wetboek van strafvordering' van 1838. In enge zin (actio publica) omvat het begrip daarentegen 'het regt, hetwelk de ambtenaren van het openbaar ministerie bezitten, om, door het doen van requisitoiren of dagvaardingen, het onderzoek over een bepaald feit, hetwelk, ingevolge de wet, strafbaar is, bij den regter aanhangend te maken, tegen eenen bepaalden persoon te rigten, en tot aan het eindvonnis te vervolgen.'<sup>114</sup> In deze laatste betekenis bestaat 'strafvordering' in het provoceren van rechterlijke beslissingen.<sup>115</sup>

De enge opvatting was neergelegd in art. 2 van dat wetboek, dat luidde: 'Tot strafvordering zijn alleen gerechtigd de ambtenaren, welke bij de wet daartoe bevoegd zijn verklaard.' Tot de hierbedoelde ambtenaren behoorden – behoudens enkele thans niet meer ter zake doende uitzonderingen – in hoofdzaak de leden van het openbaar ministerie.

BLOK en BESIER kennen in navolging van DE BOSCH KEMPER aan het begrip 'strafvordering' in titel VIII van het wetboek van strafrecht de betekenis toe van vervolging in de zin van het uitlokken van rechterlijke beslissingen. Ingeval in dat wetboek wordt gesproken van het recht op strafvordering of het verval van dat recht gaat het derhalve om strafvordering in enge zin en niet in ruime zin. In het wetboek van strafvordering daarentegen zou het gaan om de processus criminalis, dus om strafvordering in ruime zin. Het begrip 'strafvordering' in art. 1 zou dus niet alleen een bredere betekenis hebben dan het begrip strafvervolgving, maar ook breder dan het begrip 'strafvordering' in het wetboek van strafrecht. Deze conclusie sluit aan bij de reeds gememoreerde door de minister gegeven interpretatie en bij het feit dat hij stelde dat

---

<sup>111</sup>Zie in dit verband ook A.J.A. VAN DORST, *De verjaring van het recht op strafvordering*, Arnhem 1985, p. 206 en HR 19 november 1991, NJ 1992, 265.

<sup>112</sup>Zie Verslag en Antwoord, Vaststelling van een Wetboek van Strafvordering, bijl. hand. der staten-generaal, 1917-1918, 77.1., p. 20

<sup>113</sup>BLOK en BESIER I, p. 48.

<sup>114</sup>DE BOSCH KEMPER I, p. II.

<sup>115</sup>DE BOSCH KEMPER I, p. 37.



`strafvordering' in het wetboek van strafvordering duidt op de gehele procedure in strafzaken.<sup>116</sup> `Art. 1 betreft nl. niet alleen de `vervolging', doch ook de `opsporing' – welke dientengevolge niet bij verordening van lagere wetgevers mag worden geregeld – en zelfs de executie.'<sup>117</sup> Ook uit de inhoud en het stelsel van het huidige wetboek valt af te leiden dat in het begrip `strafvordering' in elk geval ligt besloten:

- a. het opsporingsonderzoek (art. 139 e.v.);<sup>118</sup>
- b. de vervolging (artt. 167, 242 e.v.);
- c. de tenuitvoerlegging (art. 553 e.v.).

Meer materieel beschouwd gaat het bij `strafvordering' om voorschriften die een normering bevatten voor de verwezenlijking van normen strafbaar gesteld en van een sanctie voorzien in het materiële strafrecht.<sup>119</sup> Zowel het opsporingsonderzoek, als de vervolging en tenuitvoerlegging zijn immers gericht op enigerlei vorm van strafrechtelijke afdoening van overtreding van normen neergelegd in het materiële strafrecht.

In de eerder genoemde uiteenzetting van de minister over het begrip strafvordering in het wetboek van strafvordering is de uitoefening van de rechterlijke functie zonder goede grond in de schaduw gebleven.<sup>120</sup> Op dit punt openbaart zich een gevolg van de door de minister ten onrechte veronderstelde identiteit tussen het begrip `strafvordering' en strafactie. Er kan slechts sprake zijn van identiteit tussen `strafvordering' en strafactie als het eerstgenoemde begrip in beperkte zin, dat wil zeggen in de betekenis die daaraan in het wetboek van strafrecht toekomt, wordt uitgelegd. Het ruimere begrip `strafvordering' in het wetboek van strafvordering omvat evenwel – zoals gezegd – de gehele procedure in strafzaken. Dit ruime begrip `strafvordering' heeft derhalve niet alleen betrekking op handelingen van politie en openbaar ministerie, maar ook op het handelen van de rechter. Het strafvorderingsbegrip binnen het kader van het wetboek van strafvordering omvat dus niet alleen de voorschriften die de handelingen van de politie en openbaar ministerie beheersen, maar bovendien de regels die gedragsnormen bevatten voor het optreden van de rechter in zijn `handelende' functie.<sup>121</sup> Als voorbeeld van zo'n gedragsnorm kan dienen art. 278 waarin aan de voorzitter van de rechtbank wordt opgedragen dat hij de verdachte bij de aanvang van het onderzoek ter terechtzitting vermaant om oplettend te zijn op hetgeen hij zal horen.

Daarentegen moeten niet onder het begrip `strafvordering' worden begrepen de beslissingen die de rechter neemt in zijn functie als controleur of toetsers van de naleving van de voor de justitiële organen geldende gedragsnormen. Voorbeelden van deze beslissingen zijn de nietigheid van de dagvaarding en niet-ontvankelijkverklaring van de officier van justitie wegens

---

<sup>116</sup>MvT, *Kamerstukken II*, 1913/14, 286.3, p. 55.

<sup>117</sup>Verslag en Antwoord, Vaststelling van een wetboek van strafvordering, bijl. hand. der staten-generaal, 1917-1918, 77.1., p. 20. Zie ook BLOK en BESIER I, p. 48.

<sup>118</sup>Reeds in 1897 gaf de hoge raad uitdrukking aan de gedachte dat `strafvordering' (destijds nog aangeduid als strafvervolgning) in art. 1 de opsporing omvat. Zie HR 12 april 1897, W 6954. De hoge raad overweegt: `... dat, volgens art. 1 Strafvord., niemand tot straf mag vervolgd worden dan op de wijze bij de wet voorzien; dat uit de plaatsing van dit artikel aan het hoofd der Algemeene bepalingen van het Wetboek volgt, dat daarin van strafvervolgning wordt gesproken in den ruimsten zin, waarin dit woord mede omvat de opsporing der strafbare feiten;'

<sup>119</sup>Buiten beschouwing blijft in dezen het vraagstuk van het primaat van het materiële of het formele recht. Zie hierover J.F. NIJBOER, *De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving*, Groningen 1987.

<sup>120</sup>Zie noot 2, art. 1, p. 12 en noot 2, art. 1, p. 13.

<sup>121</sup>Met `handelende' wordt bedoeld op het aan bevoegdheidverlenende normen te onderscheiden perspectief van de gedragsnormen voor publieke organen, in tegenstelling tot het daaraan te onderscheiden perspectief van een controlerende instantie. Zie hierover aant. 5.

het ontbreken van een klacht of schending van het vertrouwensbeginsel. De bedoelde beperking vloeit rechtstreeks voort uit de in aant. 5 beschreven primaire functie van bepalingen van 'strafvordering', te weten bevoegdheidsverlening. De bestaansgrond voor de bepalingen van strafvordering ligt immers voor een belangrijk deel in de uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende noodzaak om het verlenen van bevoegdheden aan overheidsorganen bij wet te regelen. Zij zijn gezien die functie primair gericht op het verlenen van bevoegdheden aan justitiële organen in een 'handelende' functie.<sup>122</sup> Deze beperking van het begrip 'strafvordering' heeft gevolgen voor de reikwijdte van de opdrachten die in art. 1 liggen besloten. Deze opdrachten zijn immers als gevolg van die interpretatie niet gericht tot de rechter bij het nemen van die beslissingen, waarmee hij de niet-naleving van gedragsnormen door justitiële organen sanctioneert.<sup>123</sup> Het bovenstaande brengt mee dat art. 1 de rechter niet beperkt in het verbinden van consequenties aan schending van zowel wettelijke als ongeschreven gedragsnormen. Art. 1 dwingt de rechter dus niet om de bedoelde 'sancties' slechts toe te passen indien en voor zover de wet dat voorschrijft en evenmin tot het gebruik van in de wet voorziene 'sancties'.<sup>124</sup> Bezien we deze conclusie vanuit het perspectief van de verdachte, dan impliceert ze dat de rechter niet door art. 1 – en dus niet door de wet – wordt beperkt bij het 'te gelde maken' van een aanspraak van de verdachte op naleving van een gedragsnorm door justitiële organen.<sup>125</sup> Meer concreet brengt dit met zich mee dat art. 1 geen belemmering vormt voor de rechter om bijvoorbeeld een niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie uit te spreken terwijl er geen sprake is van een in de wet genoemd geval van verval of niet-existentie van het vervolgingsrecht. Hierbij kan men denken aan een geval van schending van beginselen van behoorlijke strafrechtspleging (een ongeschreven gedragsnorm) of aan schending van de redelijke termijn (een gedragsnorm uit het EVRM). Evenmin staat het voorschrift in de weg aan de niet in de wet voorziene mogelijkheid van bewijsuitsluiting. In aant. 10 zal de hier aangeduide beperking in het bereik van art. 1 verder worden uitgewerkt.

Het zojuist gestelde sluit aan op de in aant. 6 getrokken conclusie dat het stelsel van strafvordering niet volledig gesloten is. Het stelsel bleek onder andere open in die zin, dat noch de rechtsstaatsgedachte, noch het legaliteitsbeginsel met zich meebrengen dat de rechter is beperkt in het 'creëren' van meer 'rechten' of waarborgen voor de verdachte, noch in het toepassen van niet door de wet voorziene sancties op niet naleving van geschreven of ongeschreven gedragsnormen. Integendeel, op hem rust zelfs de plicht – indien hij dat wenst – de verdachte die bescherming te bieden. De in aant. 6 uitgewerkte functie van art. 1 als sluitingsregel brengt immers met zich mee dat de rechter tot taak heeft de realisering van rechtsstaatsgedachte en het legaliteitsbeginsel te voltooien met behulp van materiële waarborgen.

Het wettelijk stelsel van strafvordering behelst dus het geheel van wettelijke voorschriften en beginselen inzake de uitoefening van bevoegdheden in het kader van bevoegdheden in het kader

---

<sup>122</sup>Zie hierover uitvoeriger noot 2, art. 1, p. 14 en aant. 5 en 6.

<sup>123</sup>In aant. 5 is uitgewerkt dat bepalingen van strafvordering ook kunnen worden beschouwd vanuit het perspectief van de toetsingsnorm voor de rechter. Zij bevatten zoals gezegd ook kenmerken die duiden op het vermogen om juridische effecten in het leven te roepen.

<sup>124</sup>Anders 9e rapport Commissie Moons: Recht in vorm, in: G.J.M. CORSTENS (red.), *Rapporten herijking strafvordering 1993*, Arnhem 1993, p. 23-24.

<sup>125</sup>Het hier gestelde kan wel problemen opleveren bij de toepassing. Het zal namelijk niet bij ieder geval van sanctionering duidelijk of er sprake is van het naleven van een gedragsnorm die is gericht tot de rechter, dan wel of er sprake is van een sanctioneren van een schending van een gedragsnorm. Het vernietigen van het onderzoek in eerste aanleg door een appelrechter levert hiervan een voorbeeld. Zie C.P.M. CLEIREN, *Beginselen van een goede procesorde*, p. 333.

van de opsporing, de vervolging en de tenuitvoerlegging. Daarbij gaat het niet alleen om voorschriften in het wetboek van strafvordering, maar ook om bevoegdheidsverlening in bijzondere wetten.<sup>126</sup> Strafvordering kan in aansluiting op de gegeven overwegingen worden omschreven als bevoegdheidsuitoefening binnen de kaders van die betreffende wettelijke voorschriften en beginselen en wordt derhalve begrensd door de doeleinden van opsporing, vervolging en tenuitvoerlegging.<sup>127</sup>

Het doel van de opsporing, vervolging en tenuitvoerlegging en dus van de strafvordering ligt primair in de handhaving van normen die zijn strafbaar gesteld en van een sanctie voorzien in het materiële strafrecht.<sup>128</sup> De bevoegdheden worden met het oog op dit publieke belang toegekend. Uiteindelijk wordt dit doel verwezenlijkt in de vorm van berechting en bestraffing, dan wel in een andere vorm van strafrechtelijke afdoening.

De uitoefening van bevoegdheden van strafvordering is aan voorwaarden gebonden. Zo komen die bevoegdheden alleen toe aan door de wet (of bij verdrag) concreet aangewezen organen en/of personen. Een tweede belangrijke voorwaarde is dat zij veelal slechts mogen worden uitgeoefend indien er een verdenking bestaat dat de strafwet is overtreden.<sup>129</sup> Deze laatste eis vloeit – zoals betoogd – voort uit de rechtsstaatgedachte.<sup>130</sup> Zij vormt een materiële waarborg ter realisering van de rechtstaatgedachte.

De consequentie van de gegeven interpretatie van het begrip strafvordering en de daarvoor geldende voorwaarden is dat dat begrip in zekere zin vrij formeel wordt geïnterpreteerd.<sup>131</sup> Het begrip lijkt in ieder geval vooralsnog gekoppeld aan een wettelijke bevoegdheidsstoekenning, is gerelateerd aan een bijzonder doel en meestal ook nog gekoppeld aan een zekere mate van verdenking. Bij deze interpretatie zal bijvoorbeeld observeren niet onder strafvordering kunnen worden begrepen. De wet formuleert immers geen bevoegdheid tot observeren, en een dergelijk optreden bovendien veelal plaatsvindt zonder dat er sprake is van verdenking. Er is dan ook aanleiding om te bezien of deze interpretatie correctie behoeft.

Zo rest de vraag of onder strafvordering alleen moet worden begrepen die bevoegdheidsuitoefening die inbreuk maakt op grondrechten of – ruimer – op rechten en

---

<sup>126</sup>Buiten beschouwing blijft hier de kwestie dat bijvoorbeeld de bevoegdheid tot transactie niet in het wetboek van strafvordering, maar in het wetboek van strafrecht is geregeld. Zie hierover J.F. NIJBOER, *De doolhof van de nederlandse strafwetgeving*, Groningen 1987, m.n. par. 4.4.3.2.

<sup>127</sup>Deze doeleinden zijn onder meer in een concrete vorm verwerkt in de in aant. 5 besproken taakstellende normen. Zoals aldaar gezegd vervullen taakstellende en bevoegdheidsverlenende normen ten opzichte van elkaar een onmisbare complementaire rol, die spoort met de onontbeerlijke band tussen strafvorderlijke bevoegdheidsuitoefening en doeleinden van opsporing, vervolging en tenuitvoerlegging. Als uitzondering hierop moet evenwel worden gewezen op Titel VII van Boek IV wetboek van strafvordering: Rechterlijke bevelen tot handhaving van de openbare orde, waarmee door de wetgever, zo blijkt uit de MvT, is beoogd een bevoegdheid te scheppen die niet uitsluitend is gericht op berechting van de verdachte, maar ook op het treffen van maatregelen ter handhaving van de openbare orde. Zie o.m. B.J.M. VAN DER MEULEN, *Ordehandhaving*, Deventer 1993, p. 258.

<sup>128</sup>Deze omschrijving sluit niet uit dat dit ook niet-nationaalrechtelijke bepalingen van materieel strafrecht kan betreffen. Zie in dit verband aant. 11.

<sup>129</sup>*Door de Wet-BOB is deze voorwaarde belangrijk gewijzigd.* Zie de voorafgaande beschouwingen onder J. Als uitzondering kan verder worden gewezen op art. 552, waarin noch een verdenking jegens een bepaald persoon, noch een vermoeden dat een strafbaar feit is begaan wordt vereist.

<sup>130</sup>Zie aant. 2.

<sup>131</sup>BOEK en NIJBOER stellen de vraag of er niet een meer 'materieel' strafvorderingsbegrip bestaat. J.L.M. BOEK, J.F. NIJBOER, *'Vigilant ut requiescant', De politie en de daadwerkelijke handhaving van de (rechts?)orde in strafzaken*, Recht en Kritiek 1987, p. 342-354, m.n. p. 350. KNIGGE spreekt in dit verband over functionele criteria, zoals verwevenheid van de te regelen materie met het strafproces, G. KNIGGE, *Van opsporing en strafvordering*, DD 1990, p. 200. Mijns inziens wordt het beoogde materiële aspect gedekt door de complementariteit van strafvorderlijke bevoegdheden en de opsporingstaak. Zie hiervoor aant. 5 en 10.

vrijheden van de burger, of – nog ruimer – alle bevoegdheidsuitoefening die expliciet in het wetboek van strafvordering of in bijzondere wetten is geregeld, dan wel alle overheidsoptreden dat door daarmee belaste ambtenaren in het kader van het opsporingsonderzoek, de vervolging of de tenuitvoerlegging plaatsvindt. Het belang van deze vraag kan worden geïllustreerd aan de hand van enkele voorbeelden. Gedurende het opsporingsonderzoek worden door opsporingsambtenaren diverse handelingen verricht die niet in het wetboek van strafvordering zijn beschreven. Men kan hierbij denken aan het uittypen van een proces-verbaal, het zoeken en conserveren van vingerafdrukken op voorwerpen die opheldering zouden kunnen verschaffen over daders van een gepleegd strafbaar feit en aan het gebruik van radarapparatuur en speurhonden.

Alvorens aan de beantwoording van de gestelde vraag toe te komen moet expliciet worden gesteld dat zowel de vraag als het antwoord worden beperkt tot gevallen waarin sprake is van een gerezen verdenking van een strafbaar feit. Deze beperking hangt samen met de reeds in aant. 2 genoemde eis van 'verdenking', die in het navolgende nog uitvoeriger zal worden besproken.<sup>132</sup> Het geformuleerde vraagstuk staat bovendien in rechtstreeks verband met het stelsel van strafvordering en de strekking van art. 1 zodat voor de beantwoording kan worden teruggesproken op hetgeen daarover in de voorafgaande aantekeningen is betoogd.

Elk in de vraag bedoeld optreden van personen en/of organen binnen een opsporingsonderzoek, vervolging of tenuitvoerlegging ten behoeve van de strafrechtelijke waarheidsvinding en afdoening ligt naar mijn mening besloten in het begrip strafvordering. Dat wil zeggen dat ook niet wettelijk geregeld optreden, dat plaatsvindt binnen dat kader en met dat doel als strafvordering kan worden gekwalificeerd. Dit vloeit voort uit de

in aant. 6 uitgewerkte gedachte dat het stelsel van strafvorderlijke bepalingen niet is gesloten op primair niveau omdat het leemten bevat en geen negatief rechtsprincipe kent. Dit vergt enige toelichting. Zoals gezegd bevat het stelsel leemten in die zin dat aan de normadressaten van strafvorderlijke bepalingen beslissingsruimte en interpretatiebevoegdheden zijn toegekend of gelaten. Daarnaast heb ik gesteld dat in vele bepalingen niet (steeds) tot in detail is weergegeven welke handelingen zijn toegestaan en onder welke omstandigheden een bevoegdheid mag worden uitgeoefend.<sup>133</sup> Als voorbeeld kan dienen art. 52 waarin een bevoegdheid tot staande houden wordt geformuleerd, terwijl niet duidelijk is aan welke fysieke gedragingen deze bevoegdheid is gebonden. Kan men daaronder ook – hoewel door de wetgever niet bedoeld – het laten stoppen van een auto begrijpen?<sup>134</sup> Nog afgezien van de vraag of de wetgever de bevoegdheden uitputtend heeft willen regelen, acht ik het niet aannemelijk dat de wetgever in staat is of zou zijn om iedere mogelijk te stellen feitelijke handeling in het kader van strafvordering (afdoende) te omschrijven. Het stelsel van strafvordering heb ik daarom op het primaire niveau als een niet (volledig) gesloten stelsel gekwalificeerd. Dit brengt met zich mee dat ook de niet in de wet geregelde handelingen van personen en/of organen die binnen een opsporingsonderzoek, vervolging of tenuitvoerlegging ten behoeve van een strafrechtelijke afdoening worden verricht moeten worden begrepen onder het begrip strafvordering.<sup>135</sup> Zij vinden in dat geval immers plaats binnen datzelfde kader, dienen hetzelfde doel en zijn ook gebonden aan de voorwaarde dat er sprake is van verdenking.

---

<sup>132</sup>Zie aant. 13.

<sup>133</sup>Zie hiervoor ook B.M.J. VAN DER MEULEN, *De normering van het feitelijk handelen der overheid*, NTB, p. 267 e.v., m.n. p. 271.

<sup>134</sup>Zie over deze problematiek F. VELLINGA-SCHOOTSTRA, *Stop!; in naam der wet?* DD 1982, p. 759-767 en de aldaar aangehaalde literatuur.

<sup>135</sup>In deze geest ook DE BOSCH KEMPER I, m.n. p. IX, XIII-XIV.

Het begrip strafvordering behoudt ook na de aangebrachte differentiatie in zekere zin een vrij formele betekenis. Hoewel het begrip duidt op beslissingen, handelingen en optreden blijft het gerelateerd aan een kader van bij wet voorziene bevoegdheden en gebonden aan de voor de uitoefening daarvan geldende voorwaarden.

Nu met de gegeven begripsomschrijving vaststaat dat onder bepaalde voorwaarden ook niet bij wet geregeld optreden als strafvordering kan worden gekwalificeerd rijst de vraag of zulk optreden met het oog op de tekst van art. 1 geoorloofd is. In aant. 9 komt daarom de vraag aan de orde of art. 1 metterdaad eist dat elke daad die volgens de begripsomschrijving als strafvordering kan worden gekwalificeerd moet zijn gebaseerd op een expliciete wettelijke bevoegdheidstoekenning. In de aantt. 10, 11 en 12 wordt vervolgens de verhouding tussen het begrip strafvordering en de begrippen opsporing, vervolging en tenuitvoerlegging nader onderzocht om het bereik van art. 1 nauwkeuriger te bepalen, terwijl in aant. 13 de precieze omvang en betekenis van de genoemde voorwaarde van verdenking nader wordt besproken.

## **9 Het bereik van het begrip strafvordering in relatie tot de strekking van art. 1<sup>136</sup>**

Het begrip strafvordering is in aant. 8 zo ruim geïnterpreteerd, dat daaronder – onder bepaalde voorwaarden – ook worden begrepen handelingen van personen en/of organen die niet in de wet zijn geregeld. Als men deze omschrijving als uitgangspunt neemt, kan men zich met recht afvragen of art. 1 daaraan niet in de weg staat. Dat voorschrift bevat immers de woorden: 'Strafvordering vindt alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien.' Maar ook als men uitgaat van een enge betekenis van het begrip strafvordering levert dat vragen op in verband met de betekenis van art. 1. In dat geval zou art. 1, zo stelt KNIGGE 'niet meer doen dan de grondwettelijke eis van een wet in formele zin bij inbreuken op grondrechten herhalen'.<sup>137</sup>

Op het eerste gezicht zou de gegeven ruime interpretatie van het begrip strafvordering moeten leiden tot de conclusie dat art. 1 in de praktijk voortdurend wordt geschonden. Toch staat dat voorschrift niet aan alle bedoelde – niet bij wet geregelde – handelingen in de weg. Ter ondersteuning van deze stelling moet worden teruggerepen op de strekking van art. 1, die rechtstreeks valt terug te voeren tot de rechtsstaatgedachte en het daaruit voortvloeiende legaliteitsbeginsel.<sup>138</sup> Bezien vanuit die achtergrond beoogt art. 1 de individuele vrijheid van de burger te waarborgen door overheidsbemoeienis met het doen en laten van de burger te beperken en wel (onder andere) door de eis dat overheidsmaatregelen die ingrijpen in rechten en vrijheden van de burger berusten op de wet. Deze zienswijze treft men ook aan in de reeds in aant. 2 geciteerde frase van DE BOSCH KEMPER: 'Eene derde hoofdvereischte der strafvordering vloeit voort uit hare bedoeling, om de persoonlijke vrijheid te beschermen tegen willekeur, overijling en onkunde, welke in het vervolgen der misdrijven zoude kunnen plaats hebben. Zij is naauwgezette nakoming van alles, wat de wetgever ter bescherming der persoonlijke vrijheid heeft vastgesteld . . . De grenzen, binnen welke het regt der persoonlijke vrijheid kan beperkt

---

<sup>136</sup>Zie voor de belangrijke wijzigingen van de hieronder ontwikkelde structuur door de Wet-BOB de voorafgaande beschouwingen onder E en J.

<sup>137</sup>G. KNIGGE, o.c. p. 199.

<sup>138</sup>Zie hierover aant. 2. Voorts DE BOSCH KEMPER I, Inleiding, Eerste hoofdstuk, par. 1 en 2.; J.B.H.M. SIMMELINK, a.w. hoofdstuk 3; J.M. REIJNTJES, a.w. p. 8-9; G. KNIGGE, o.c. p. 199; P.A.M. MEVIS, *BINNEN ZONDER KLOPPEN*, Arnhem 1989, p. 112 e.v.

worden, zijn bij eenen grondwettigen regeringsvorm door de wet bepaald. De persoonlijke vrijheid der burgers is de algemeene regel; de bepalingen der wet zijn slechts uitzonderingen op denzelfven.<sup>139</sup> Er bestaat dus een rechtstreekse relatie tussen art. 1 en rechten en vrijheden van burgers.

Zoals gezegd is het niet eenvoudig een harde grens te trekken in welke gevallen en onder welke omstandigheden sprake is van inbreuken op rechten en vrijheden van de burger, en is het aannemelijk dat daarvan in ieder geval sprake is bij aantasting van in de grondwet gewaarborgde rechten (artt. 10, 11, 12, 13 en 15) en bij schending van rechten en vrijheden die worden gewaarborgd in het IVBPR en het EVRM (art. 8 EVRM en art. 17 IVBPR).<sup>140</sup> Inbreuken van een soortgelijke ingrijpendheid op de fysieke vrijheid en het huisrecht als die, welke zijn geregeld onder titel IV van Boek I, Eenige bijzondere dwangmiddelen in het wetboek van strafvordering, zullen in deze opvatting bij wet moeten worden geregeld. De catalogus aan te waarborgen rechten en vrijheden kan echter niet zonder meer en rechtstreeks worden afgeleid uit de in de grondwet en Verdragen genoemde rechten en vrijheden. Dit is onder andere een gevolg van de onvermijdelijke interpretatieruimte die de omschrijvingen met zich meebrengen. Maar niet alleen daarvan. Zoals in aant. 6 is uitgewerkt brengt de functie van art. 1 ook met zich mee dat de normadressaten van strafvordering verplicht moeten worden geacht de rechtsstaatgedachte en het legaliteitsbeginsel te actualiseren. Dit impliceert dat de definiëring van inbreuken op rechten en vrijheden niet is beperkt tot de letterlijk in grondwet en Verdragen geformuleerde rechten en vrijheden, maar open is en afhankelijk van de waardering in een bepaalde tijd en constellatie kan variëren. Een door de overheid in het kader van de strafrechtspleging voor wenselijk gehouden 'aantastbaarheid' van de burger die (nog) niet of niet expliciet wordt gewaarborgd door grondwet of Verdragen zal, indien zij (bijvoorbeeld in een politiek debat) wordt gedefinieerd als inbreuk op rechten en vrijheden van de burger die in een rechtsstaat moeten worden beschermd, dus eveneens bij wet moeten worden geregeld.<sup>141</sup>

Zo gezien heeft art. 1 een 'beperkte' betekenis. De aard van het optreden is bepalend voor de vraag of volgens dit voorschrift een wettelijke voorziening wordt vereist. Het artikel brengt niet met zich mee dat elk optreden in het kader van strafvordering bij wet moet zijn geregeld. Uit de strekking van het artikel valt namelijk niet af te leiden dat optreden dat geen inbreuk maakt op rechten en vrijheden bij wet moet zijn geregeld. Alleen voor handelingen die wél inbreuk maken op rechten en vrijheden vloeit uit art. 1 de harde eis voort dat ze bij wet moeten zijn geregeld.<sup>142</sup> Op dat punt is immers met de gegeven interpretatie van dat voorschrift geen afbreuk gedaan aan de eis van regeling bij wet.

In het voorgaande (aant. 8) werd allereerst de conclusie getrokken dat bepaalde niet bij wet geregelde handelingen kunnen worden begrepen onder het begrip strafvordering. Art. 1 eist dus naar de letter dat deze handelingen bij wet worden geregeld. Niettemin verzet de strekking van dat voorschrift zich niet tegen het feit dat niet iedere concreet te stellen handeling in de wet is geregeld.<sup>143</sup>

---

<sup>139</sup>DE BOSCH KEMPER, t.a.p. p. VIII-IX.

<sup>140</sup>Zie hiervoor aant. 6, m.n. noot 1, art. 1, p. 56.

<sup>141</sup>Zie ook aant. 6, m.n. noot 2, art. 1, p. 56 en noot 3, art. 1, p. 56.

<sup>142</sup>Zie in dit verband ook aant. 6 op art. 52, die een kritische beschouwing bevat naar aanleiding van een overweging van de hoge raad in het arrest van 11 november 1947, *NJ* 1948, 126.

<sup>143</sup>Een zelfde opvatting over de omvang van 'strafvordering' en het bereik van art. 1 ligt besloten in de redenering van P. MEVIS, *Van opsporing, strafvordering en legaliteit*, DD 1990, p. 940.

Deze slotsom impliceert geenszins dat het niet bij wet geregelde optreden ongenormeerd of ongebonden zou zijn. Integendeel. Aan dergelijk niet bij wet geregeld optreden gaat geen uitdrukkelijke of wettelijke bevoegdheidstoekenning vooraf. Een bevoegdheid daartoe kan daarom slechts worden afgeleid uit de eerder genoemde complementariteit van wettelijke strafvorderlijke bevoegdheidstoedeling en de taak of functie waarmee justitiële organen en/of personen zijn belast.<sup>144</sup> Dat optreden zal daarom in overeenstemming moeten zijn met de strekking van de wèl in de wet omschreven bevoegdheden en – evenals die – moeten voldoen aan eisen die voortvloeien uit beginselen van behoorlijke strafrechtspleging.<sup>145</sup> Beide eisen vloeien rechtstreeks voort uit de in art. 1 besloten opdracht om de intentie van geslotenheid van het strafvorderlijk stelsel te voltooien en de formele `wettigheids'waarborg van art. 1 te omgeven met materiële waarborgen. De inhoud van die eisen wordt voor een belangrijk deel bepaald door het doel waartoe de betreffende justitiële organen en/of personen met hun taak of functie werden belast.<sup>146</sup>

## **10 *Strafvordering in relatie tot opsporing***<sup>147</sup>

Bij de voorafgaande begripsbepaling is al vermeld dat in strafvordering ligt besloten het opsporingsonderzoek, de vervolging en de tenuitvoerlegging. Dit brengt met zich mee dat art. 1 in principe van toepassing moet worden geacht op optreden dat onder die noemers valt te brengen. Een nadere aanduiding van de relatie van het begrip strafvordering tot de begrippen opsporing, vervolging en tenuitvoerlegging is daarom op zijn plaats. In deze aantekening zal de relatie met opsporing aan de orde komen. In de aantekeningen 11 en 12 volgen de vervolging en de tenuitvoerlegging.

De begrippen opsporing en strafvordering worden vaak niet volledig of niet zuiver van elkaar onderscheiden. Dit gegeven valt ten dele te verklaren door bepalingen in en terminologie van het wetboek van strafvordering. De opsporing wordt in dat wetboek gerelateerd aan een bepaalde fase in het optreden van de overheid ter handhaving van de normen van het materiële strafrecht: het opsporingsonderzoek in Titel I. Het opsporingsonderzoek is dat deel van het voorbereidend onderzoek waarmee de de zitting van de strafrechter of een andere strafrechtelijke afdoening wordt voorbereid.<sup>148</sup> Daarnaast worden in de artt. 140, 141, 142 en 148 bepaalde organen en personen belast met de uitvoering van de opsporing, hetgeen ook op

---

<sup>144</sup>Deze bevoegdheid wordt veelal afgeleid uit de `algemene opsporingsbevoegdheid'. Zie bijvoorbeeld J.B.H.M. SIMMELINK, o.c. p. 42, G. KNIGGE, o.c. p. 206, J.M. REIJNTJES, o.c. Zoals in aant. 5 is betoogd kunnen uit een algemene taakstelling mijns inziens niet zonder meer bevoegdheden worden afgeleid.

<sup>145</sup>Zie hierover C.P.M. CLEIREN, *Beginselen van een goede procesorde*, o.c. en voor een bestuursrechtelijke benadering B.M.J. VAN DER MEULEN, *Ordehandhaving*, Deventer 1993, p. 51-52.

<sup>146</sup>Dat doel ligt bijvoorbeeld voor een opsporingsambtenaar met name in de waarheidsvinding die ten dienste staat van het ultieme doel van de strafvordering, namelijk berechting en bestraffing, dan wel een andere vorm van strafrechtelijke afdoening.

<sup>147</sup>*De inhoud van het onderstaande moet worden gerelateerd aan de door de Wet-BOB opgenomen definitie van opsporing in art. 132a Sv (nieuw). Zie de voorafgaande beschouwingen onder I en J.*

<sup>148</sup>Zie voor een overeenkomstige opvatting Y. BURUMA, *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten*, Arnhem/Antwerpen 1993, p. 193. De bij de totstandkoming van het wetboek door de minister gebruikte woorden `Artikel 1 betreft niet alleen de `vervolging", doch ook de `opsporing" . . . en zelfs de executie' laten open of art. 1 de opsporing of het opsporingsonderzoek betreft. Verslag en Antwoord, Vaststelling van een Wetboek van Strafvordering, Handelingen der Staten-Generaal, bijlagen 1917-1918, 77.1, p. 20.

een identiteit tussen strafvordering en opsporing zou kunnen wijzen.<sup>149</sup> Het is bovendien niet onaannemelijk te veronderstellen dat opsporing vaak wordt geïdentificeerd met strafvordering om daarmee voor elke daad van opsporing de verdenking van een strafbaar feit als voorwaarde te kunnen stellen.<sup>150</sup>

Het onderscheiden tussen strafvordering en opsporing is allereerst van belang omdat strafvordering meer omvat dan een bepaalde fase in de strafprocedure (het opsporingsonderzoek).<sup>151</sup> Maar daarnaast is er een veel principiëlere grond die van essentieel belang is voor het bepalen van het bereik van art. 1. Een korte toelichting.

Bij de begripsbepaling van strafvordering in aant. 8 bleek al dat strafvordering het opsporingsonderzoek en dus opsporingshandelingen omvat. Maar, de vraag rijst of ook het omgekeerde geldt, met andere woorden of opsporing altijd als strafvordering kan worden gekwalificeerd.<sup>152</sup> In dat geval valt namelijk elke opsporingshandeling die inbreuk maakt op rechten en/of vrijheden van de burger onder het bereik van art. 1.<sup>153</sup> Deze vraag is niet slechts van theoretisch belang, maar ook van direct belang voor de dagelijkse praktijk van opsporingsambtenaren.<sup>154</sup> Men kan hiervoor denken aan de geoorloofdheid van 'schaduw' terwijl er nog geen verdenking is van een strafbaar feit en de wet dergelijk optreden niet regelt, maar ook aan provocatie en aan justitieel ingrijpen in geval van vermeende voorbereidingshandelingen.<sup>155</sup> De vraag rijst met name omdat (het merendeel van) de ambtenaren die in het wetboek van strafvordering met opsporing worden belast niet slechts beschikken over bevoegdheden in het kader van het wetboek van strafvordering, maar eveneens in het kader van andere wetten ten behoeve van opsporing, controle, preventie en handhaving van de openbare orde (algemene opsporingsambtenaren).<sup>156</sup> De grenzen tussen

---

<sup>149</sup>Een andere oorzaak is wellicht de □ in verhouding met het bestuursrecht □ geringe theoretische benadering van strafvorderlijke bevoegdheden als publieke bevoegdheden met de daaraan verbonden kenmerken en voorwaarden.

<sup>150</sup>Deze wens wordt ingegeven door de begrijpelijke en noodzakelijke wens om ingrijpende opsporingsmethoden aan wettelijke voorwaarden te binden.

<sup>151</sup>Zie voorts aant. 6 op de artt. 139-166, suppl. 9.

<sup>152</sup>Buiten beschouwing kan hier blijven dat het opsporingsonderzoek kan doorlopen als reeds een vervolging is aangevangen. Zie hierover o.a. aant. 3 op art. 149 en de aantt. op art. 177 en voorts m.n. HR 22 november 1983, DD 84.135.

<sup>153</sup>De beperking tot handelingen die inbreuk maken op rechten en/of vrijheden van de burger vloeit rechtstreeks voort uit het betoogde in aant. 9.

<sup>154</sup>Hier moet men ook denken aan CID-mensen, ambtenaren actief in het kader van BFO's etc.

<sup>155</sup>Zie voor de discussies hieromtrent o.a. A.C. 'T HART, *Opsporing en handhaving van de openbare orde*, In *Strafrecht en beleid*, Leuven/Zwolle 1983, p. 156-158; W.L. BORST, *De 'informatieve voorfase': sluiptweg tussen controle en opsporing?* Congresbundel Jonge Balie 1985, p. 81-93; R.C.P. HAENTJES, *De controle op under-cover activiteiten*, DD 1986, p. 6-19; G.P.A. ALER, o.c.; J.M. REIJNTJES, *Boef of Burger*, o.c.; J.H.J.H. SUYVER, *Artikel 28 politiewet en de bevoegdheden van politieambtenaren bij de handhaving van de openbare orde*, NJB 1977, p. 798-801; J.B.H.M. SIMMELINK, *De rechtsstaatgedachte achter art. 1 Sv, Gedachten over de betekenis van art. 1 Sv. voor het handelen van de overheid in de opsporingsfase*, Arnhem 1987; J.L.M. BOEK, J.F. NIJBOER, *Vigilant ut requiescant, De politie en de geheime dadwerkelijke handhaving van de (rechts?)orde in strafzaken*, Recht en Kritiek 1987, p. 342-354; P. MEVIS, *Preventieve observatie geobserveerd*, DD 1988, p. 219-226 en diens reactie op Knigge, alsmede Binnen zonder kloppen, Arnhem 1989, p. 112 e.v.; J.M. REIJNTJES, *Boef of burger, Over de relatie tussen toezicht en opsporing*, Arnhem 1989. In Duitsland bestond □ tot de invoering van het, 'Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität' (OrgKG) van 15 juli 1992, Bundesgesetzblatt 1992, deel 1, p. 1302 e.v. □ een soortgelijke discussie; zie hiervoor onder meer Edda Wesslau, *Vorfelddermittlungen, Probleme der Legalisierung 'vorbeugender Verbrechenbekämpfung' aus strafprozessrechtlicher sicht*, Berlin 1989.

<sup>156</sup>Zie met name G.P.A. ALER, o.c., F.H. VAN DER BURG, *Preventieve justitie en plaatselijke politie*, Arnhem 1961, Y. BURUMA, *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten*, Arnhem/Antwerpen 1993 en A.M. FRANSEN, *Toezicht en opsporing, Het onduidelijke voortraject bij de publieke rechtshandhaving*, DD 1993, p. 99-112.



bevoegdheidsuitoefening met het oog op die diverse taken zijn in de praktijk niet steeds eenvoudig te trekken. Zo geldt bijvoorbeeld voor de controletaken, en ten dele ook voor de beide andere, dat zij – net als opsporing – uiteindelijk zijn gericht op of kunnen resulteren in handhaving van normen strafbaar gesteld en van een sanctie voorzien in het materiële strafrecht.<sup>157</sup> Maar los daarvan lopen zij ook vaak in elkaar over.<sup>158</sup> Het belang van de bedoelde grenzen ligt met name in het gegeven dat bevoegdheidsuitoefening in het kader van strafvordering veelal is gebonden aan een bepaalde mate van verdenking, terwijl deze eis niet geldt voor toepassing van bevoegdheden ten behoeve van controle, preventie en handhaving van de openbare orde.<sup>159</sup>

In het navolgende wordt een onderscheid gemaakt tussen het begrip opsporing en strafvordering en aangegeven in hoeverre dit onderscheid consequenties heeft voor het bereik van art. 1.

Bij het stelsel van strafvordering gaat het – zoals uitgewerkt in aant. 8 – om een geheel van wettelijke voorschriften en beginselen ten dienste van de handhaving van normen van materieel recht. Het begrip strafvordering, dat duidt op beslissingen, handelingen en optreden binnen dat stelsel, heeft daardoor in zekere zin een formele betekenis. Het blijft namelijk gerelateerd aan een kader van bij de wet voorziene bevoegdheden en gebonden aan de voor de uitoefening daarvan geldende voorwaarden.<sup>160</sup> Het begrip opsporing daarentegen duidt niet – zoals strafvordering – op een formeel kader voor bevoegdheidsuitoefening, maar op een taak of functie.<sup>161</sup> In zoverre heeft het opsporingsbegrip een zeker materieel karakter. Ter illustratie van het verschil kan dienen art. 146 waarin de wet spreekt over 'de bevoegdheid van ambtenaren met opsporing belast, . . .' en art. 539a dat de woorden bevat 'de bevoegdheden, bij enige wetsbepaling toegekend in verband met de opsporing . . .'.<sup>162</sup> De hier aan opsporing toegekende betekenis kan onder andere worden afgeleid uit het feit dat de wet in de artt. 140, 141, 142 en 148 justitiële organen en/of personen belast met opsporing, maar nergens een bevoegdheid tot opsporen formuleert. De betreffende artikelen zijn daarom in aant. 5 aangeduid als taakstellende organisatie-normen. Zoals gezegd is de status en functie van taakstellende organisatienormen een andere dan van bevoegdheidsverlenende normen.<sup>163</sup> *Zij verlenen namelijk geen bevoegdheid tot het nemen van beslissingen of het stellen van handelingen waaraan rechtskracht toekomt,*

---

<sup>157</sup>Zie hierover ook G. KNIGGE, o.c. p. 210 en G.P.A. ALER, o.c. par. 2.5.; Y. BURUMA, *Onderzoek in milieuzaken*, in *Zorgen van heden*, M.G. FAURE, J.C. OUDIK en D. SCHAFFMEISTER (red.) Arnhem 1991, p. 305-336 en in *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten*, Arnhem/Antwerpen 1993, p. 197.

<sup>158</sup>Zo stelt MEIJERS in zijn preadvies 'In de handen van de politie-ambtenaren is controle een opsporingsmiddel'. L.C.M. MEIJERS, *Politie, openbaar ministerie en bewijsuitsluiting*, Preadvies Handelingen NJV 1982, p. 68.

<sup>159</sup>Zie G.P.A. ALER, o.c.; F.H. VAN DER BURG, *Preventieve politie en plaatselijke politie, Enige historische en juridische beschouwingen over het begrip politie in het Nederlands recht*, Arnhem 1961; B.J.M. VAN DER MEULEN, *Ordehandhaving, Actoren, instrumenten en waarborgen*, Deventer 1993. Evenwel moet hier worden gewezen op een enkele uitzondering op de voorwaarde van verdenking, zoals art. 552.

<sup>160</sup>Zie hierover uitgebreider aant. 8.

<sup>161</sup>Het in het oog houden van dit onderscheid voorkomt verwarrende bevoegdheidsvragen en grensproblemen zoals opgeworpen door J.M. REIJNTJES in *Boef of burger*, Arnhem 1989. In zijn artikel Rondon DNA. Over opsporing en bewijsvoering, RM Themis 1991, p. 267-284 brengt hij een duidelijk onderscheid aan tussen beide begrippen.

<sup>162</sup>Als andere voorbeelden kunnen dienen de door Aler genoemde voorbeelden art. 36b Auteurswet, art. 74 Jachtwet, art. 6 wet op de Dierenbescherming en art. 60 Woonwagewet. Zie hierover verder G.P.A. ALER, *De politiebevoegdheid bij opsporing en controle*, Zwolle 1982.

<sup>163</sup>*Bij de Wet-BOB is de wetgever er wel van uitgegaan dat taakstellende organisatienormen ook basis kunnen zijn voor een bevoegdheid. Zie de voorafgaande beschouwingen onder C.*

maar bevatten veelal regelingen over inrichtingen van ambten, de personele samenstelling daarvan en soms een specifiek geformuleerde taakstelling of functieomschrijving.

Het legaliteitsbeginsel eist dat inbreuken op rechten en vrijheden van burgers slechts plaatsvinden op basis van een wettelijk genormeerde bevoegdheid die duidelijk moet zijn gedefinieerd en gespecificeerd.<sup>164</sup> De algemene taakstelling 'opsporen' is dus pas zinvol als zij vergezeld gaat van bepalingen die bevoegdheden verlenen. De bepalingen waarin personen en/of organen worden belast met opsporing en de bevoegdheidverlenende bepalingen in het wetboek van strafvordering en bijzondere wetten vervullen in die zin ten opzichte van elkaar een onmisbare complementaire rol.<sup>165</sup> Opsporing beschouwen als een taak die moet worden aangevuld met bevoegdheidverlening spoort met de wijze waarop in de Algemene wet bestuursrecht, Hoofdstuk 5 Handhaving, Afdeling 5.1. toezicht wordt behandeld. Toezicht wordt beschouwd als een taak (art.5.1.2. onder 1) die wordt gecompleteerd met bevoegdheidverlenende normen (artt. 5.1.5. e.v.).

De opsporingstaak is wél nauw verbonden met strafvordering en wel met name door de inhoud van die taak.<sup>166</sup> Deze relatie openbaart zich onder andere in het feit dat de wettelijke bepalingen waarin (justitiële) organen en/of personen worden belast met de opsporing deel uitmaken van het wetboek van strafvordering: de artt. 140, 141, 142 en 148.<sup>167</sup> Opsporing is dientengevolge steeds gericht op het ultieme doel van de strafvordering, namelijk handhaving van normen strafbaar gesteld en van een sanctie voorzien in het materieel recht. Het gaat erom een verdachte te vinden in de zin van art. 27, eerste lid, dan wel aannemelijk te maken, dat geen strafbaar feit is gepleegd. Dit impliceert dat de opsporingstaak, evenals elke strafvorderlijke bevoegdheid uiteindelijk is gericht op het mogelijk maken van berechting en bestraffing, dan wel op een andere vorm van strafrechtelijke afdoening.<sup>168</sup> De waarheidsvinding neemt daarbinnen een belangrijke plaats in. Opsporing en strafvordering dienen dus materieel gezien hetzelfde doel.<sup>169</sup>

Deze materiële overeenkomst tussen opsporing en strafvordering impliceert evenwel niet dat beide ook aan dezelfde formele voorwaarden zijn gebonden. De opsporingstaak is slechts gerelateerd aan de personen en/of organen die door de wet daarmee worden belast.

---

<sup>164</sup>Zie aantt. 2 en 3.

<sup>165</sup>Zie onder meer B.M.J. VAN DER MEULEN, *Ordehandhaving, Actoren, instrumenten en waarborgen*, Deventer 1993, p. 49 e.v. en *De normering van het feitelijk handelen van de overheid*, NTB, 91/9, p. 270 e.v.

<sup>166</sup>Zie o.a. F.H. VAN DER BURG, *Preventieve justitie en plaatselijke politie, Enige historische en juridische beschouwingen over het begrip politie in het Nederlands recht*, Arnhem 1961; G.P.A. ALER, *De politiebevoegdheid bij opsporing en controle*, Zwolle 1982; G. KNIGGE, *Van opsporing en strafvordering*, DD 1990, p. 195-213; Y. BURUMA, *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten*, Arnhem/Antwerpen 1993, m.n. p. 193.

<sup>167</sup>Daarbij verdient opmerking dat de opsporing plaatsvindt onder leiding van de officier van justitie en uiteindelijk onder verantwoordelijkheid van de minister van justitie.

<sup>168</sup>Zie hiervoor ook aant. 6 op de artt. 139-166 en G. KNIGGE, o.c. p. 206. Juist in dit doel van de opsporingstaak ligt het verschil met toezicht/controle taken. Deze moeten worden beschouwd als een bestuurlijke activiteit; zie hierover de MvT bij de eerste tranche van de Algemene Wet Bestuursrecht, TK 1988-1989, 21 221, nr.3, p. 43-44.

<sup>169</sup>Het onderscheidende criterium tussen opsporing en controle of toezicht ligt volgens sommigen precies in dit doel. Het doel van de in bijzondere wetten bedoelde controletaak is in die redenering niet waarheidsvinding ten behoeve van een of andere vorm van strafrechtelijke afdoening, maar waarheidsvinding ten behoeve van het bestuur. Dat de resultaten van controle vaak kunnen en zullen worden gebruikt ten behoeve van het strafproces doet aan dit principiële onderscheid niet af. Zie voor een uitvoerige uitwerking van deze gedachtengang Y. BURUMA, in *Zorgen van Heden*, o.c. p.305-336; in dezelfde lijn J.M. REIJNTJES, *Boef of burger*, o.c., m.n. p. 29. De Algemene Wet Bestuursrecht gaat eveneens uit van deze gedachte; zie daarover de MvT, TK 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 43-44. Anders G.P.A. ALER, o.c., die de verdenking als het onderscheidend criterium tussen opsporing en controle beschouwt.

Strafvordering is gerelateerd aan de in het wetboek van strafvordering en bijzondere wetten omschreven bevoegdheden en aan de daarin verwerkte voorwaarden, waaronder meestal die van een verdenking of een verdachte.<sup>170</sup> De taakstelling zelf is dus niet aan de restrictie van een verdenking of een verdachte onderworpen, de bevoegdheidsuitoefening wél.<sup>171</sup>

Ook historisch gezien is het begrip opsporing niet noodzakelijkerwijs verbonden met de voorwaarde van verdenking. Dit is voornamelijk te verklaren door de onderscheiden taken van de politie en deels doordat opsporing werd gerelateerd aan het type overtreding van de strafwet. De opsporing omvatte daardoor de opsporing 'ex officio', een taak ten behoeve van het voorkomen van misdaden zonder dat er sprake was van een verdenking.<sup>172</sup> Later wordt de opsporing 'ex officio' wel aangeduid als repressief toezicht of controle. Ook in vele bijzondere wetten lijkt het begrip opsporing in deze 'ruime' zin te worden gebezigd. Dit betekent dat onder opsporing in die wetten vaak zowel het repressieve toezicht als de opsporing na gerezen verdenking wordt begrepen.<sup>173</sup>

Zoals gezegd vervullen de bepalingen waarin personen en/of organen worden belast met opsporing en bevoegdheidverlenende bepalingen ten opzichte van elkaar een onmisbare complementaire rol. Het stelsel van strafvordering brengt dan ook met zich mee dat in geval van verdenking van een strafbaar feit de taakstelling van opsporingsambtenaren wordt gecompleteerd met strafvorderlijke bevoegdheden. Opsporing waarbij gebruik wordt gemaakt van bevoegdheden uit het wetboek van strafvordering dient dan ook altijd te voldoen aan de in dat wetboek voor die bevoegdheden gestelde voorwaarden, waaronder veelal de voorwaarde van verdenking, dan wel aan het vermoeden dat een strafbaar feit is begaan.\*\*\*noot4???

In de dagelijkse praktijk van de opsporingsambtenaar zal de opsporing vaak samenvallen met strafvorderlijke bevoegdheden. Maar het is volstrekt niet uitgesloten dat er opsporing plaatsvindt zonder dat er sprake is van strafvordering. Materieel gezien gaat het dan om optreden ter handhaving van normen strafbaar gesteld en van een sanctie voorzien in het materieel strafrecht en dus (mogelijk) in het belang van strafvordering, maar formeel gezien kan het (nog) niet als strafvordering worden gekwalificeerd. Men kan hiervoor denken aan het schaduwen van bij de politie als 'crimineel' bekend staande personen omdat en terwijl zij gezamenlijk een 'uitstapje' maken. Dergelijk optreden kan immers volledig zijn gericht op waarheidsvinding ten behoeve van het handhaven van normen van materieel recht. Maar ook bevoegdheidsuitoefening 'in het belang van de opsporing' zoals bijvoorbeeld in art. 23 WED

---

<sup>170</sup>Artikel 552 eist noch een verdenking in de zin van art. 27, noch een (abstract) vermoeden dat een strafbaar feit is gepleegd. In het wetsvoorstel 23 047 'wijziging van het wetboek van Strafvordering in verband met de regeling van het opnemen van gesprekken met een technisch hulpmiddel' wordt evenwel eveneens een breuk met deze voorwaarde gecreëerd. Zie hierover het laatste deel van deze aantekening.

<sup>171</sup>Ook BURUMA gaat uit van een opsporingsbegrip dat niet zonder meer is verbonden met het vereiste van verdenking. Y. BURUMA, *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten*, Arnhem/Antwerpen, 1993, p. 200 e.v. De toelichting op de Algemene Wet Bestuursrecht suggereert dat de eis van verdenking wel aan het begrip opsporing is gekoppeld, maar de uiteenzetting lijkt voornamelijk te zijn ingegeven door de wens toezicht en opsporing helder van elkaar te onderscheiden. Zie hierover ook Commissie Wetgeving Algemene regels van bestuursrecht (Commissie Scheltema), Voorontwerp algemene wet bestuursrecht derde tranche, Den Haag 1991, p. 133 en S. PRONT-VAN BOMMEL, *Controle op de naleving van administratieve wetgeving*, W. KONIJNENBELT (red.), De derde tranche, Alphen aan den Rijn 1992, p. 117.

<sup>172</sup>Zie hierover DE BOSCH KEMPER I, p. 111-116; L.H.K.C. VAN ASCH VAN WYCK, *Het vraagstuk van de politieorganisatie*, NJB 19 oktober 1946, p. 597-607; F.H. VAN DER BURG, *Preventieve justitie en plaatselijke politie, Enige historische en juridische beschouwingen over het begrip politie in het Nederlands recht*, Arnhem 1961, m.n. p. 90-98; G.P.A. ALER, *De politiebevoegdheid bij opsporing en controle*, Zwolle 1982, m.n. par. 2.2.

<sup>173</sup>Op dit punt toont de geschiedenis echter geen stabiel beeld. Zie hierover uitgebreid G.P.A. ALER, *De politiebevoegdheid bij opsporing en controle*, met name p. 75-91 en Y. BURUMA, *Onderzoek in milieuzaken*, in *Zorgen van heden*, M.G. FAURE, J.C. OUDDIJK en D. SCHAFFMEISTER (red.) Arnhem 1991, p. 305-336. Zo ook Y. BURUMA, o.c. p. 199 e.v.

kan niet zonder meer als strafvordering worden gekwalificeerd omdat er geen verdenkingseis geldt.

De leiding van de opsporing – ook al kan deze niet worden gekwalificeerd als strafvordering – berust steeds bij de OvJ. Deze toedeling van verantwoordelijkheid in art. 148 blijft in de hier geschetste opvatting gerechtvaardigd door het gemeenschappelijk doel van opsporing en strafvordering.<sup>174</sup>

In tegenstelling tot de gegeven interpretatie van het begrip opsporing hanteert de hoge raad volgens enkele commentatoren in zijn jongste rechtspraak (HR 14 oktober 1986, *DD* 87.087, in relatie met HR 14 oktober 1986, *NJ* 1987, 564, *DD* 87.088 welk arrest dezelfde casus betreft) een 'beperkt' opsporingsbegrip, dat wil zeggen gekoppeld aan de verdenkingseis.<sup>175</sup> De casus van de bedoelde arresten handelt om een observatie door opsporingsambtenaren, terwijl er nog geen verdenking bestond van een strafbaar feit. De hoge raad was in de uitspraak die werd gepubliceerd onder *DD* 87.087 van mening dat dit 'schaduw' niet het karakter van opsporing had en derhalve niet kon worden aangemerkt als strafvordering in de zin van art. 1. In de uitspraak gepubliceerd in *NJ* 1987, 564 wordt uitdrukkelijk overwogen dat ten tijde van het 'schaduw' nog geen verdenking in de zin van art. 27 bestond. MEVIS concludeert naar aanleiding van deze uitspraken: 'De conclusie ligt voor de hand dat juist de afwezigheid van die verdenking beslissend is voor het oordeel van de hoge raad dat die observatie niet het karakter heeft van opsporing en daarom niet van strafvordering in de zin van art. 1.' Mijns inziens vormt de verwijzing van de hoge raad naar het karakter van opsporing echter eerder een aanwijzing voor de door mij beoogde materiële interpretatie van het opsporingsbegrip. Nu het 'schaduw' in casu niet (of nog niet) was gericht op waarheidsvinding ten behoeve van handhaving van normen strafbaar gesteld en van een sanctie voorzien in het materiële strafrecht dan is het nog geen opsporing. Het voldoet dan immers (nog) niet aan dat voor opsporing inherente materiële criterium. Daar dit materiële criterium ook een minimumvereiste is om optreden te kwalificeren 'strafvordering', is het door MEVIS veronderstelde vereiste van koppeling van opsporing aan de verdenking niet noodzakelijk. De genoemde uitspraken sluiten een 'ruime' opvatting van opsporing, dat wil zeggen van opsporing zonder verdenking, dus niet uit.<sup>176</sup>

Art. 1 strekt zich niet uit over gevallen van opsporing die niet als strafvordering kunnen worden gekwalificeerd. Dit betekent echter niet dat dergelijk vormen van opsporing niet zijn genormeerd. Integendeel. Ook hier geldt dat een dergelijke taakuitoefening slechts geoorloofd is indien er is voldaan aan de uit de rechtsstaatgedachte voortvloeiende en door de grondwet gewaarborgde eis dat inbreuken op rechten en vrijheden slechts mogen plaatsvinden indien de wet een bevoegdheid daartoe constitueert en limiteert. Voor zover het inbreuken op de privacy betreft dient normering bovendien plaats te vinden op grond van verdragsrechten, waaronder art. 8 EVRM.<sup>177</sup> De opdracht (taak) om op te sporen zal in zo'n geval dus moeten worden

---

<sup>174</sup>Het naar aanleiding van REIJNTJES oratie door A KNIGGE opgeworpen probleem over de verantwoordelijkheid voor de opsporing is met deze materiële opvatting van opsporing niet aanwezig. G. KNIGGE, o.c. p. 203.

<sup>175</sup>P. MEVIS, *Preventieve observatie geobserveerd*, o.c.; J.L.M. BOEK, J.F. NIJBOER, o.c.

<sup>176</sup>Deze door mij verdedigde 'ruime' opvatting van opsporing lijkt ook te worden verdedigd door TH.W. VAN VEEN in zijn bespreking van de uitspraken van de hoge raad van 14 oktober 1986 in *Verdacht, maar nog geen verdachte*, RM Themis, 1987, p. 421-422 en besloten te liggen in *Afluisteren met richtmicrofoons*, Redactionele kanttekeningen, RM Themis 1993, p. 313-315. Zie ook Y. BURUMA, o.c. 1993, p. 200 e.v. Hierbij moet worden aangetekend dat zijn opvatting over art. 28 Politiewet wél afwijkt van het hier betoogde.

<sup>177</sup>Zie hierover uitvoerig C. FIJNAUT, *Het justitiële politieoptreden in het licht van het EVRM*, *DD* 19, 200 jaar Déclaration, juni 1989, p. 524-553.

gecompleteerd door andere dan (de huidige) strafvorderlijke bevoegdheidverlenende bepalingen. Voorbeelden van dergelijke bevoegdheidverlenende bepalingen vindt men in de in de bijzondere wetten gecreëerde controlebevoegdheden. Maar dat er op dit punt van completering door bevoegdheidverlenende bepalingen wel wat schort zal de meeste lezers bekend zijn. Op welke wijze worden opsporingstaken van bijvoorbeeld een CRI, het CID, de BFO's gecompleteerd met bevoegdheidverlenende bepalingen? In veel gevallen wordt teruggesproken op art. 28 van de Politiewet.<sup>178</sup> Deze bepaling biedt echter, hoewel de rechtspraak soms anders doet vermoeden, zeker niet de vereiste wettelijke grondslag.<sup>179</sup> Voor de taakstelling die deze bepaling bevat geldt kort gezegd immers het zelfde als voor andere taakstellende organisatienormen. Zij verleent nog geen bevoegdheid en moet worden gecompleteerd met bevoegdheidverlenende normen.<sup>180</sup>

Bij de gegeven betekenis van het begrip opsporing kan men er dus niet om heen vast te stellen dat voor bepaalde vormen van in de praktijk gehanteerde opsporing de expliciet vereiste completerende wettelijke bevoegdheid ontbreekt. Deze eis betreft in ieder geval die gevallen waarin dat optreden kan worden beschouwd als een inbreuk op rechten en vrijheden van de burger. Zo bespreekt en beoordeelt SIMMELINK de infiltratie, de observatie en de massale opsporingsmethodieken als opsporingsmiddelen die een dergelijke inbreuk maken. Hij pleit op basis van het legaliteitsbeginsel en de betekenis van art. 27 voor een wettelijke regeling van deze opsporingsmethoden.<sup>181</sup> FIJNAUT fundeert de noodzaak van een wettelijke regeling voor observatie en infiltratie daarenboven in het licht van art. 8 EVRM op een recente uitspraak van het ECRM.<sup>182</sup> Dat voor optreden, dat moet worden gekwalificeerd als een inbreuk op rechten en vrijheden het creëren van bevoegdheden bij wet in een rechtsstaat mijns inziens noodzakelijk is vloeit rechtsstreeks uit de aan die rechtsstaat ten grondslag liggende beginselen voort.<sup>183</sup>

Wat betreft de inbedding van een dergelijke wettelijke regeling voor opsporing – niet-zijnde strafvordering – in bestaande wetgeving lopen de meningen enigszins uiteen. REIJNTJES bepleit in dit verband een uitbouw van de politiewet, terwijl KNIGGE in verband met de functionele samenhang de voorkeur geeft aan regeling van repressieve controle in het wetboek van strafvordering.<sup>184</sup> FIJNAUT kiest, mede gebaseerd op discussies in de Duitse

---

<sup>178</sup>Dit artikel uit de inmiddels oude Politiewet is in de nieuwe Politiewet 1994 vervangen door het gelijkkluidende art. 2.

<sup>179</sup>De bezwaren tegen het afleiden van bevoegdheden uit een algemene taakstelling kunnen waar het de politietaken betreft zowel uit de literatuur als uit de jurisprudentie als genoegzaam bekend worden verondersteld. Een kleine greep uit de veelheid aan literatuur op dit punt: J.J.H. SUYVER, *Artikel 28 Politiewet en de bevoegdheden van politieambtenaren bij de handhaving van de openbare orde*, NJB 1977, p. 798-801; Naschrift van W. KONIJNENBELT bij arrest van de hoge raad van 21 januari 1983 (Lucky Luyk), GS no. 6748, p. 440-441; P. MEVIS, *Preventieve observatie geobserveerd*, DD 1988, p. 219-226; E.C.M. VERKLEIJ, *De belofte van artikel 28 Politiewet*, in: *Wat maakt de wet symbolisch*, Zwolle 1991; B.M.J. VAN DER MEULEN, *Ordehandhaving*, Deventer 1993, p. 52-55; A.W.M. VAN DER HEIJDEN (red.), *De rol van de Criminele Inlichtingendiensten bij de aanpak van de georganiseerde criminaliteit*, Den Haag 1993.

<sup>180</sup>Zie aant. 5.

<sup>181</sup>J.B.H.M. SIMMELINK, o.c., met name hoofdstuk 5 en Slot.

<sup>182</sup>Het betreft het rapport van de ECRM in de zaak Patricia Hope Hewitt and Harriet Harman against the United Kingdom, report on the commission adopted on 9 may 1989, ECRM apl.no. 12175/86, die het Europese Hof niet bereikte omdat bij resolutie DH(90)36 van 13 dec 1990 een minnelijke schikking werd bereikt. C. FIJNAUT, *Observatie en infiltratie, Toe aan een wettelijke regeling*, o.c.; Zie bovendien de uitspraken in de zaken Kruslin en Huvig, EH 24 april 1990, Series A vol 176.

<sup>183</sup>Zie hiervoor de aantt. 1 t/m 6. Zie ook E.M.H. HIRSCH BALLIN, *Het grondrecht op vrijheid en de wet*, Alphen aan den Rijn 1989.

<sup>184</sup>J.M. REIJNTJES, *Boef of burger*, o.c.; G. KNIGGE, o.c. p. 212-213.

literatuur, na enkele weloverwogen argumenten voor een regeling in de politiewet.<sup>185</sup> De conceptie van het wetboek van strafvordering zou in gedrang komen door het informatieve vooronderzoek in dit wetboek te regelen. Door dergelijke opsporingsmethoden in het wetboek van strafvordering op te nemen zou immers de betekenis van art. 27 (verder) worden uitgehold. In verband met het in het voorafgaande betoogde over het belang van de verdenking, respectievelijk een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is gepleegd en de noodzakelijke koppeling van optreden in het kader van strafvordering aan deze eis is dit argument ook naar mijn mening van doorslaggevend belang. De in het voorafgaande steeds noodzakelijk geachte band tussen strafvorderlijk optreden en verdenking/redelijk vermoeden van een strafbaar feit zou met een regeling van deze opsporingsmethoden in het wetboek van strafvordering immers voortdurend ter discussie (kunnen) komen te staan.

De onderhavige kwestie wordt uitermate actueel met het wetsvoorstel 23 047 (1992-1993) betreffende 'wijziging van het wetboek van strafvordering in verband met de regeling van het opnemen van gesprekken met een technisch hulpmiddel'.<sup>186</sup> De wetgever stelt daar bevoegdheden tot af luisteren voor, gericht op personen van wie wordt gevreesd dat zij een misdrijf zullen gaan plegen of zullen doen plegen. Naast de vraag of daarbij eigenlijk sprake is van een opsporingstaak, dan wel van een controletaak, rijst de fundamentele vraag naar het doorbreken van principes van het stelsel van strafvordering, nu verdenking noch vermoeden van een strafbaar feit wordt vereist.<sup>187</sup>

Concluderend kan worden gesteld dat het noodzakelijk is voor die niet bij wet geregelde opsporingsmethoden die systematisch worden toegepast of welke toepassing blijkbaar met grote regelmaat is gewenst de opsporingstaak te completeren met de door het legaliteitsbeginsel vereiste wettelijke bevoegdheidstoedeling. Deze eis geldt in ieder geval dat optreden dat kan worden beschouwd als een inbreuk op de rechten en vrijheden van de burger. De vraag in welke wet de betreffende bevoegdheden zouden moeten worden neergelegd verdient een principiële discussie en beter onderbouwde verantwoording dan door de wetgever wordt gevoerd, respectievelijk verwoord in en rondom het genoemde wetsvoorstel 23 047 (Wijziging van het wetboek van strafvordering in verband met de regeling van het opnemen van gesprekken met een technisch hulpmiddel). Een verdere behandeling van deze problematiek valt buiten het bestek van commentaar.

De opsporing wordt naast de vereiste wettelijke normering genormeerd door ongeschreven normen. Deze eis betreft niet alleen het optreden dat inbreuk maakt op rechten en vrijheden van de burger, maar elk optreden door opsporingsambtenaren in het kader van hun taakuitoefening.<sup>188</sup> Zo zal dat optreden moeten voldoen aan eisen die voortvloeien uit

---

<sup>185</sup>C. FIJNAUT, o.c. m.n. par. 3. Zie voor de Duitse discussies o.a. EDDA WESSLAU, *Vorfelddermittlungen, Probleme der Legalisierung 'vorbeugender Verbrechensbekämpfung' aus strafprozessrechtlicher Sicht*, Berlin 1989.

<sup>186</sup>De achterliggende gedachte van het wetsvoorstel is dat de bestrijding van georganiseerde criminaliteit noodzaakt tot het (door middel van de voorgestelde bevoegdheid) in kaart brengen ervan (MvA, TK 1992-1993, 23 047, nr. 6). Een vergelijkbare bevoegdheid tot inzet van technische hulpmiddelen in de Duitse 'Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) van 15 juli 1992, Bundesgesetzblatt 1992, deel I, p. 1302 e.v. wordt in de artt. 100a e.v. Strafprozessordnung wel gekoppeld aan de verdenking dat een van de in art. 100a Strafprozessordnung omschreven strafbare feiten is begaan. Zie o.a. GESINE KRUSE in: Walter Gropp (red.), *Besondere Ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Freiburg im Breisgau 1993, p. 105-209; Dr. HANS HILGER, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1992, p. 457-463 en Dr. RALF KRÜGER, *Die Polizei* 1993, p. 29-36.

<sup>187</sup>Zie over dit wetsontwerp en de daarin besloten fundamentele vragen ook TH.W. VAN VEEN, *Afluisteren met richtmicrofoons*, Redactionele kanttekeningen, RM Themis 1993, p. 313-315.

<sup>188</sup>Ook hier kan de vergelijking met het bestuursrecht verhelderen. Niet alleen bij rechtshandelingen, maar ook bij feitelijke handelingen moeten beginselen van behoorlijk bestuur worden in acht genomen; zie bijvoorbeeld B.J.M. VAN DER MEULEN, *De*

beginselen van behoorlijke strafrechtspleging. De inhoud van die eisen wordt voor een belangrijk deel bepaald door het doel waartoe de betreffende justitiële organen en/of personen met hun taak of functie werden belast.<sup>189</sup> Daarenboven kan de vraag worden opgeworpen of de Algemene wet bestuursrecht geen normering geeft en toetsing mogelijk maakt van de niet onder het bereik van strafvordering vallende opsporingshandelingen.

Het openbaar ministerie en opsporingsambtenaren zijn bestuursorganen in de zin van art. 1:1 Algemene wet bestuursrecht.<sup>190</sup> Deze wet zou dientengevolge zonder meer van toepassing zijn geweest op de bedoelde opsporingshandelingen, ware het niet dat de wetgever in art. 1:6 onder *a* van diezelfde wet de volgende zinsnede heeft opgenomen: 'Deze wet is niet van toepassing op: a. de opsporing en de vervolging van strafbare feiten, alsmede de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen.' Dit artikel ziet niet op het orgaan, maar op de handelingen die het verricht.<sup>191</sup> Op handelingen van het openbaar ministerie of opsporingsambtenaren die niet worden uitgesloten door art. 1:6 AWB is de AWB onverkort van toepassing.

De wetgever benadrukte in de toelichting de eigenstandige positie van het straf(proces)recht en gaf aan dat de regeling van de opsporing binnen strafrecht uitputtend was bedoeld en vermenging van rechtssferen ongewenst zou zijn.<sup>192</sup> Hoewel de tekst van de wet toepasselijkheid van de Algemene wet bestuursrecht op opsporingshandelingen volledig lijkt uit sluiten blijft discussie over deze vraag mogelijk. De wet geeft namelijk geen definitie of omschrijving van het begrip opsporing. De memorie van toelichting zet dit begrip voornamelijk uiteen om het begrip toezicht te verhelderen. In die context lijkt het begrip opsporing te worden gekoppeld aan het vereiste van verdenking. Daarmee vertoont het in die wet gehanteerde opsporingsbegrip een discrepantie met het alhier onderbouwde opsporingsbegrip, als gevolg waarvan (materieel gezien) niet alle opsporingshandelingen in de door ons bedoelde zin onder de werking van art. 1:6 AWB zullen vallen.<sup>193</sup> Over toetsing van opsporingshandelingen zonder dat er sprake is van verdenking is dientengevolge ook met de invoering van art. 6:1 AWB het laatste woord nog niet gezegd.

## **11 *Strafvordering in relatie tot vervolging***

Strafvordering omvat vervolging. In tegenstelling tot de uitvoerige behandeling van het onderscheid tussen opsporing en strafvordering in aant. 10 kan het onderscheid tussen strafvordering en vervolging vrij beknopt worden besproken. Allereerst bestaat er geen discrepantie tussen beide begrippen in die zin, dat vervolging meer of anders zou omvatten dan

---

*normering van het feitelijk handelen der overheid, NTB, 91/9.*

<sup>189</sup>Dat doel ligt bijvoorbeeld voor een opsporingsambtenaar met name in de waarheidsvinding die ten dienste staat van het ultieme doel van de strafvordering, namelijk berechting en bestraffing, dan wel een andere vorm van strafrechtelijke afdoening.

<sup>190</sup>MvT, bijl. hand. II 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 43; MvA, bijl. hand. II 1990-1991, 21 221, nr. 5, p. 50: 'Behalve voor zover het betreft de procureur-generaal bij de hoge raad, zijn de leden van het openbaar ministerie zeker niet uitgezonderd van het in art. 1.1. gedefinieerde begrip bestuursorgaan.'

<sup>191</sup>MvT, bijl. hand. II 1990-1991, 21 221, nr. 5, p. 50.

<sup>192</sup>Zie MvT, bijl. hand. II 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 43-44; E.J. DAALDER, G.R.J. DE GROOT, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene Wet Bestuursrecht*, Eerste tranche, Alphen aan den Rijn 1993, p. 162.

<sup>193</sup>MvT, bijl. hand. II 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 43-44; zie hierover voorts S. PRONT-VAN BOMMEL, *Toezicht in: De derde tranche, Commentaar op het voorontwerp voor de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn 1992, p. 111-123.

strafvordering. Strafvordering duidt, zo stelde de minister, op de gehele procedure in strafzaken en betreft onder andere de vervolging. Vervolging maakt dus deel uit van strafvordering. Ook het bij het begrip opsporing gesignaleerde probleem dat dat begrip slechts duidt op een taak of functie doet zich hierbij niet voor. Het gaat namelijk bij vervolging wél om een bevoegdheid.<sup>194</sup> Een korte toelichting.

Bij de totstandkoming van het wetboek heeft de minister er de voorkeur aan gegeven het aan de rechtspraak en aan de wetenschap over te laten om de betekenis van het begrip vervolging nader te bepalen. In vervolg op de betekenis van dat begrip in het oude wetboek wordt door de meeste schrijvers onder een daad van vervolging verstaan het uitlokken door een vervolgingsambtenaar van een onderzoek of een beslissing van de rechter. Onder vervolging moet in deze opvatting in ieder geval worden begrepen de vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek of strafrechtelijk financieel onderzoek, die tot het geven van een bevel bewaring en het doen uitgaan of afgeven van een dagvaarding of oproeping tot het verschijnen op de terechtzitting.

Het begrip is echter – mede in verband met het begrip vervolging in art. 72 Sr – door de hoge raad en enkele schrijvers ook ruimer opgevat.<sup>195</sup> Het begrip omvat in die interpretatie niet alleen daden van met vervolging belaste ambtenaren, maar bijvoorbeeld ook van de rechter. De beide onderscheiden interpretaties sluiten aan op een anderszins tweeledig gebruik van het begrip. Vervolging duidt op een bepaalde fase in de strafprocedure, maar tevens op bevoegdheden die in het wetboek van strafvordering bij bevoegdheidverlenende bepalingen aan het openbaar ministerie worden toegekend (artt. 167 en 242).<sup>196</sup>

Voor een nadere uitwerking van de betekenis van het begrip vervolging raadplege men de aantekeningen op art. 167.

Het begrip strafvervolging heeft in de huidige rechtspraak daarenboven een nieuwe `lading' gekregen. De hoge raad maakt gebruik van het criterium `strafvervolging in de zin van art. 6 van het EVRM'.<sup>197</sup> Deze kwestie en de gevolgen daarvan voor het bereik van art. 1 komen aan de orde in aant. 14.

Omdat vervolging steeds kan worden begrepen onder strafvordering valt vervolging altijd onder het bereik van art. 1. Als gevolg van het feit dat de vervolgingsbevoegdheid een grote discretionaire bevoegdheid bevat voor het openbaar ministerie, is de rechtsbescherming die uit de letter van dat artikel valt af te leiden echter niet bijzonder groot.<sup>198</sup> Desondanks brengt de strekking van art. 1 wél een grote bescherming van burgers, waaronder met name de verdachte en vervolgte burger, met zich mee. De plicht van justitiële organen en/of personen om de rechtsstaatgedachte en het legaliteitsbeginsel te realiseren verplicht de officier van justitie onder meer de discretionaire bevoegdheid tot vervolgen consistent en niet willekeurig te gebruiken. Hij kan hieraan onder meer voldoen door het ontwikkelen van beleid, waarmee een materiële waarborg wordt gecreëerd voor realisering van die opdracht.

---

<sup>194</sup>De taakstelling ligt besloten in art. 4 RO.

<sup>195</sup>Zie HR 31 oktober 1967, *NJ* 1968, 85, HR 10 mei 1955, *NJ* 1968, 86 en HR 19 november 1991, *NJ* 1992, 265 met de daarbij behorende conclusies en annotaties. Voorts A. BOCKWINKEL in *NJB* 1968, p. 422 e.v. en A.J.A. VAN DORST, *De verjaring van het recht op strafvordering*, Arnhem 1985, p. 206.

<sup>196</sup>Een uitwerking van de idee dat de vervolgingsbevoegdheid bij het wetboek van strafvordering wordt toegekend en als discretionair kan worden aangeduid vindt men in C.P.M. CLEIREN, *Beginselen van een goede procesorde*, o.c. Hoofdstuk III, par. 3.4.1.

<sup>197</sup>De officiële vertaling luidt nu `vervolging'.

<sup>198</sup>Zie hierover uitvoerig C.P.M. CLEIREN, *Beginselen van een goede procesorde*, o.c. Hoofdstuk 3, par. 3.4.



De hier slechts aangestipte implicaties van toepasselijkheid van art. 1 op de vervolging worden nader uitgewerkt in aant. 15.

## **12 Strafvordering in relatie tot tenuitvoerlegging**

Strafvordering omvat zoals gezegd tenuitvoerlegging, maar deze stelling verdient nuancering. In de literatuur komt het voorliggende thema nauwelijks aan de orde, hetgeen onder andere met zich meebrengt dat het begrip tenuitvoerlegging niet expliciet wordt gedefinieerd in relatie tot het begrip 'strafvordering'. Ook de daarmee rechtstreeks samenhangende vraag naar de toepasselijkheid van art. 1 voor de tenuitvoerlegging blijft veelal onbelicht.<sup>199</sup>

In het wetboek van strafvordering is slechts een deel van de regels over de tenuitvoerlegging van beslissingen van de rechter en het openbaar ministerie opgenomen. Het gaat daarbij om Boek V, de artt. 553 e.v. Deze bepalingen strekken ertoe de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen mogelijk te maken.<sup>200</sup> De wijze van tenuitvoerlegging blijft in deze bepalingen buiten beschouwing, zodat het begrip tenuitvoerlegging in Boek V een beperkte betekenis toekomt. Voor een nadere uitwerking van de strekking en betekenis van dit begrip tenuitvoerlegging raadplege men de aantekeningen op art. 553 e.v. Het wetboek bevat voorts nog enkele bepalingen (bijv. artt. 62, derde lid en 76) die wèl de wijze van tenuitvoerlegging betreffen.<sup>201</sup> Deze bepalingen hebben echter geen betrekking op sancties, maar slechts op voorlopige maatregelen. De inhoud, het bereik en de wijze van tenuitvoerlegging komt aan de orde in het wetboek van strafrecht en in de op art. 22 wetboek van strafrecht gebaseerde regelingen (Beginselenwet Gevangeniswezen en Gevangenismaatregel). Deze regelingen hebben een meer administratiefrechtelijk karakter.

Deze opzet van de wettelijke regeling maakt aannemelijk dat aan het begrip tenuitvoerlegging in relatie tot het begrip strafvordering een beperkte betekenis moet worden toegekend. Men zou kunnen stellen dat zolang het doel van strafvorderlijk optreden nog niet (volledig) is afgerond er sprake is van strafvordering. Dit brengt mee dat in het geval nog kan worden gesproken van handhaving van normen van materieel recht er sprake is van strafvordering. Zolang de sanctie of de maatregel niet definitief is vastgesteld, zoals bij voorwaardelijke straffen of het verlengen van TBS, kan in deze interpretatie de tenuitvoerlegging als strafvordering worden aangeduid.

Art. 1 strekt zich als gevolg van het gestelde niet uit tot de wijze van tenuitvoerlegging van sancties. Zo kan worden gewezen op het feit dat de regeling van bijvoorbeeld de voorwaardelijke invrijheidstelling niet is geregeld in het wetboek van strafvordering, maar in het wetboek van strafrecht zodat dit aspect van de tenuitvoerlegging als gevolg van de wettelijke regeling aan de werking van art. 1 is onttrokken.

De beperkte opvatting van art. 1 in verband met de tenuitvoerlegging wordt gesteund door de toedeling van taken en bevoegdheden aan de minister van justitie en de directeur van een penitentiaire inrichting in de Beginselenwet Gevangeniswezen en de Gevangenismaatregel, terwijl aan de centrale wetgever en de rechter geen, aan het openbaar ministerie nauwelijks

---

<sup>199</sup>Het vraagstuk komt wel aan de orde bij P.C. VEGTER, *Vormen van detentie*, Arnhem 1989, p. 142-144 en bij J.F. NIJBOER, *De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving*, Groningen 1987, m.n. par. 9.4.4. Zie voor de betekenis van de rechtsstaatgedachte voor de executie C. KELK, *Beperkte betekenis van grondrechten in de strafexecutie*, DD special: 200 jaar Déclaration, DD juni 1989, p. 573-588.

<sup>200</sup>VAN BEMMELEN, p. 7.

<sup>201</sup>Zie in dit verband HR 28 oktober 1975, NJ 1976, 559.

beslissingsmacht is toebedeeld.<sup>202</sup> Voorzover het OM bij dat aspect van de tenuitvoerlegging is betrokken is het dat bovendien in de zin van 'bestuurder'. Dit bestuurlijke karakter blijkt onder meer uit AMVB's, circulaires, de klachtregeling en de bevoegdheid van de (administratieve) penitentiaire kamer. De wijze van tenuitvoerlegging zou vanuit dit perspectief kunnen worden gekwalificeerd als een vorm van administratief recht, waarvan de normering niet plaatvindt binnen het kader van strafvordering.

De vraag rijst of normering van de wijze van tenuitvoerlegging – naast normering door ongeschreven beginselen – zou kunnen plaats hebben op grond van de Algemene wet bestuursrecht. De betreffende handelende organen zijn zonder twijfel bestuursorganen in de zin van art. 1:1 van de Algemene wet bestuursrecht. Die wet zou dus op de tenuitvoerlegging zonder meer van toepassing zijn, ware het niet dat in art. 1:6 de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen wordt uitgesloten. Hiervoor wordt gebruik gemaakt van de argumentatie dat de eigenstandige positie van het (materiële en formele) strafrecht en het feit dat strafrechtelijke regelgeving uitputtend is bedoeld, zodat toepasselijkheid van de AWB tot een ongewenste vermenging van rechtssferen zou leiden.<sup>203</sup> De MvT geeft geen enkel inzicht in de reikwijdte van de woorden tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen, zodat niet volledig valt uit te sluiten dat de hier bedoelde wijze van tenuitvoerlegging wèl onder de AWB zou kunnen vallen.

### **13 De betekenis van de verdenking voor het bereik van art. 1<sup>204</sup>**

In aant. 2 is al aangegeven dat de rechtsstaatgedachte vergt dat de formele waarborgen die het legaliteitsbeginsel biedt moeten worden gecompleteerd met materiële waarborgen. De institutionele bescherming door een wetgeving en een wetgevingsproces zal onder andere moeten worden gekoppeld aan een andersoortige juridische bescherming. Bij deze bescherming doel ik onder andere op een beperking van overheidsoptreden tot rechtssubjecten om te voorkomen dat wettelijke bevoegdheden onbeperkt en als pure formaliteit ten opzichte van iedere burger kunnen worden uitgeoefend. Binnen het stelsel van strafvordering wordt deze bescherming in belangrijke mate geboden door de uitoefening van bevoegdheden te verbinden aan de voorwaarde dat er sprake is van een verdenking of van een verdachte. SCHALKEN geeft dit principe helder weer met de woorden: 'De sleutel die toegang geeft tot het strafvorderlijk systeem is de bepaling van art. 27, eerste lid.'<sup>205</sup> Art. 27, eerste lid luidt: Als verdachte wordt vóórdat de vervolging is aangevangen, aangemerkt degene te wiens aanzien uit feiten en omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit voortvloeit.

De verdenking van een strafbaar feit als voorwaarde voor optreden in het kader van strafvordering verdient verdieping en nadere concretisering. Immers, de eerste conclusie die hieruit kan worden getrokken, is dat zodra een burger als verdachte wordt aangemerkt hij door de justitiële overheid in diverse rechten en vrijheden kan worden beperkt. Tegelijkertijd kunnen er vanaf dat moment strafvorderlijke bevoegdheden worden aangewend en biedt art. 1 de verdachte de waarborg dat de in de wet aan die bevoegdheidsuitoefening verbonden

---

<sup>202</sup>P.C. VEGTER, o.c. Hoofdstuk 4, par. 4.3.

<sup>203</sup>MvT, *Kamerstukken II 1988/89*, 21 221, nr. 3, p. 43-44; zie hierover voorts S. PRONT-VAN BOMMEL, *Toezicht in: De derde tranche, Commentaar op het voorontwerp voor de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn 1992, p. 111-123.

<sup>204</sup>*Door de Wet-BOB is deze voorwaarde belangrijk gewijzigd. De voorafgaande beschouwingen onder J.*

<sup>205</sup>T.M. SCHALKEN in noot bij *Cautie II* □ arrest, AA 1982, p. 316-320.

voorwaarden ook (moeten) worden nageleefd. In die voorwaarden liggen voor de verdachte rechten besloten, zoals het recht om niet mee te werken aan zijn eigen veroordeling. De aanvang van de verdenking is daarom van essentieel belang voor het bereik van art. 1. Voor een beschouwing over de daarvoor geldende criteria raadplege men de aantekeningen op art. 27.

De voorwaarde van verdenking verdient in verband met art. 1 ook op een ander punt verdieping. De rechtspraak geeft voortdurend aanleiding tot de vraag of er voor optreden in het kader van strafvordering sprake moet zijn van een geconstateerd strafbaar feit, dan wel van een geïndividualiseerde verdachte. Anders gezegd, vergt optreden in het kader van strafvordering een verdenking of een verdachte.

Op deze plaats worden slechts een aantal noodzakelijke onderscheidingen aangebracht.

Het is verhelderend te onderscheiden tussen een op een individueel persoon toegespitste verdenking en een verdenking die berust op (al dan niet minimale) gegevens over een bepaalde abstract aangeduide groep van personen.<sup>206</sup> Daarnaast kan een verdenking abstract zijn in die zin dat men nog in het duister tast welk delict precies is gepleegd.<sup>207</sup> De beide laatste vormen kunnen samenvallen. Men kan denken aan een geval waarin de politie een lijk vindt, waarbij zij vermoedt dat de betrokkene niet op natuurlijke wijze om het leven is gekomen. Om het thema van de verdenking zuiver te beoordelen is het noodzakelijk erop te wijzen dat deze als gevolg van het gemaakte onderscheid tussen strafvordering en opsporing alleen betreft optreden dat kan worden gekwalificeerd als strafvordering. Opsporing in gevallen waarin daarvan nog geen sprake is, is in het verband van deze vraag niet relevant.<sup>208</sup> Hoewel – zoals betoogd – ook voor optreden in die fase voorwaarden bestaan, is de voorwaarde van verdenking gekoppeld aan de uitoefening van bevoegdheden in het kader van strafvordering en niet aan een taak of functie zonder meer.

De vraag naar de vereisten van verdachte of verdenking spitst zich dus toe op optreden in het kader van strafvordering. Daarbij kan worden onderscheiden tussen optreden dat, als gevolg van het feit dat het inbreuken maakt op rechten en vrijheden van de burger, is (of in ieder geval moet zijn) gebaseerd op wettelijke bevoegdheidstoekenning en optreden dat wél als strafvordering kan worden gekwalificeerd, maar niet bij wet is geregeld.<sup>209</sup>

Voor beide gevallen is aannemelijk dat dat optreden toelaatbaar is ten opzichte van een concreet aangeduide verdachte. Voor de beide vormen van 'abstracte' verdenking ligt de kwestie gecompliceerder. Niettemin worden in de praktijk ook in die gevallen wel bevoegdheden uitgeoefend en soms geaccepteerd door de rechtspraak. Daarbij wordt niet geschuwd de criteria voor de kwaliteit van verdachte op te rekken.<sup>210</sup> Voor een nadere omlijning en beoordeling van deze problematiek raadplege men de aantekeningen op art. 27 en de bespreking van de rechtspraak bij de aantekeningen op wetsartikelen waarin bevoegdheden worden toegekend.

## **14 De betekenis van art. 1 voor 'bijzondere' procedures**

In het voorafgaande is verondersteld dat de plaatsing van een wettelijke regeling in het wetboek van strafvordering een aanwijzing geeft dat er sprake is van strafvordering in de zin van art. 1.

---

<sup>206</sup>Het hier bedoelde onderscheid wordt besproken door A.L. MELAI, in *Fouillering en onrechtmatig verkregen bewijs*, in Presidium Libertatis, Arnhem 1975, p. 153-165.

<sup>207</sup>Deze kwestie komt aan de orde bij T.M. SCHALKEN, noot bij het Cautie II-arrest, AA 1982, p. 316-320.

<sup>208</sup>Deze mogelijkheid is gezien het in aant. 10 verdedigde 'ruime' begrip opsporing niet uitgesloten.

<sup>209</sup>Zie voor beide 'vormen' van strafvordering aant. 8.

<sup>210</sup>Zie o.a. het Ruimte-arrest, HR 14 januari 1975, NJ 1975, 201.

Dit uitgangspunt kan echter niet in zijn algemeenheid worden volgehouden. Het begrip strafvordering zal materieel moeten worden ingevuld. Deze noodzaak blijkt reeds uit het bestaan van bijzondere wetten. Het bereik van art. 1 kan diensgevolge veel groter zijn dan op het eerste gezicht wordt vermoed. Aan de andere kant valt niet uit te sluiten dat regelingen die wél deel uitmaken van het wetboek van strafvordering naar hun aard niet als strafvordering kunnen worden aangeduid. Een globale verkenning van enkele 'bijzondere' procedures is daarom in dit verband gewenst. Gekozen is voor procedures van internationale rechtshulp en voor procedures die worden begrepen onder een criminal charge in de zin van art. 6 EVRM. De beoordeling van de vraag of in deze procedures sprake is van strafvordering in de betekenis van art. 1 blijkt dermate complex dat deze keuze in die zin een voor de vraagstelling representatieve is. Onbesproken blijft bijvoorbeeld het jeugdstrafprocesrecht. Voor het rechtskarakter van die procedure raadplege men de aantekeningen op de artt. 486-509.<sup>211</sup> Eveneens wordt buiten beschouwing gelaten het militair strafprocesrecht, waarvoor wordt verwezen naar de daarop toegespitste literatuur en de ter beschikking stelling en andere maatregelen (zie daarvoor de aantekeningen op de artt. 509 e.v.).

#### Procedures van internationale rechtshulp

Na de gegeven afbakening van het begrip strafvordering en de reikwijdte van art. 1 rijst de vraag welke betekenis aan dit voorschrift toekomt voor procedures van internationale rechtshulp. Het gaat hierbij om de uitlevering, de overdracht van strafvervolgung, de overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen en de kleine rechtshulp. De overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen en de uitlevering zijn beide buiten het wetboek van strafvordering geregeld, namelijk in de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen (WOTS) en in de Uitleveringswet.<sup>212</sup> De twee andere vormen van internationale rechtshulp, te weten de kleine rechtshulp en de overdracht van strafvervolgung zijn wel object van regeling in het wetboek van strafvordering (artt. 552h-552q en 552t-552hh).

De artt. 552h-552q hebben betrekking op wat wordt aangeduid als de kleine rechtshulp. Globaal omschreven bevatten zij procedurevoorschriften voor het verlenen van een soort strafprocessuele bijstand door nationale autoriteiten op verzoek van buitenlandse autoriteiten ten behoeve van een in hun staat aanhangige strafzaak. Zo bezien is de kleine rechtshulp dus ingebed in het nationaal procesrecht en zou men zonder meer kunnen verdedigen dat kleine rechtshulp moet worden begrepen onder strafvordering. Daarnaast wordt de kleine rechtshulp zowel materieel als processueel voor een belangrijk deel beheerst door internationale verdragen. Toch zijn er goede gronden om deze rechtshulpprocedure te karakteriseren als een voornamelijk strafvorderlijke. Van bijzonder belang voor deze opvatting is dat de meeste verrichtingen (mede)bepalend zijn voor het vaststellen van de gegrondheid van een vervolging, hetgeen overeenkomt met het karakter van het merendeel van de strafvorderingsbevoegdheden. Voor een uitvoerige beschouwing over het rechtskarakter van de kleine rechtshulpprocedure raadplege men de aant. 5 en 6 op de artt. 552h-552q.<sup>213</sup> Zo bezien kan men de nationaalrechtelijke regels betreffende de kleine rechtshulp karakteriseren als strafvordering en bijgevolg ook art. 1 van toepassing achten op de door die voorschriften beheerste procedures.

---

<sup>211</sup>Deze aantekeningen zijn van de hand van M.J.M. VERPALEN. Voor een uitvoeriger beschouwing over de procedure raadplege men zijn dissertatie M.J.M. VERPALEN, *Het strafprocesrecht voor jeugdigen*, Arnhem 1991.

<sup>212</sup>Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen van 10 september 1986 (*Stb.* 1986, 464), in werking getreden op 1 januari 1988 (*Stb.* 1987, 448) en de Uitleveringswet van 9 maart 1967 (*Stb.* 1967, 139), in werking getreden op 3 april 1967 (*Stb.* 1967, 140).

<sup>213</sup>De aantekeningen op deze artikelen zijn van de hand van J.M. SJÖCRONA. Zie hierover ook A.M.M. ORIE, *De verdachte tussen wal en schip of de systeem-breuk in de kleine rechtshulp*, in: Bij deze stand van zaken, Arnhem 1983, p. 351-361.

De voorrangrol die daarbij – gezien de status van de internationale verdragen ten opzichte van de nationale wet – toekomt aan het verdragsrecht doet geen afbreuk aan de uit dat voorschrift voortvloeiende rechtsbescherming.<sup>214</sup> Het voorafgaande rechtvaardigt de conclusie dat zodra een verdrag ruimte laat voor gelding van nationale regels van strafvordering art. 1 onverkort geldt.

Ook de regeling voor overdracht en overname van strafvervolgning in de artt. 552t-552hh bevat in hoofdzaak voorschriften van procedurele aard, terwijl de procedure eveneens voor een belangrijk deel wordt beheerst door verdragsrecht.<sup>215</sup> Het nationale recht geldt in geval van rechtshulp slechts als het verdragsrecht dat toelaat, zodat het als aanvullend kan worden beschouwd. De algemene strekking van de regeling is volgens de wetshistorie vergelijkbaar met die van de kleine rechtshulp.<sup>216</sup> Daarnaast wordt in de gronden voor overdracht voorondersteld dat er sprake is van een verdachte, een voorwaarde die eveneens geldt voor strafvorderingsbevoegdheden. Het is dan ook aannemelijk art. 1 van toepassing te achten ingeval en voor zover een procedure van overdracht van strafvervolgning wordt beheerst door nationaalrechtelijke regels.

Voor de niet in het wetboek van strafvordering geregelde procedures zou een andere conclusie kunnen worden verdedigd. Art. 2, derde lid GW bepaalt dat uitlevering geschiedt krachtens verdrag en verlangt vervolgens dat verdere voorschriften bij wet worden gegeven (Uitleveringswet). Het uitleveringsrecht bevindt zich op het grensvlak van drie verschillende rechtsgebieden: volkenrecht, staatsrecht en strafrecht. Omdat het gaat om een procedure waarbij de vervolgbaarheid van de opgeëiste persoon niet wordt vastgesteld is het karakter beduidend minder strafvorderlijk dan van de kleine rechtshulp. Voor een uitvoeriger beschouwing over het rechtskarakter van de uitleveringsprocedure raadplege men de daarop toegespitste literatuur.<sup>217</sup> De strekking van de bepalingen, het internationaal-administratiefrechtelijk karakter en de regeling buiten het wetboek van strafvordering maken plausibel in dezen niet te spreken van strafvordering.<sup>218</sup> Ook bij de overdracht tenuitvoerlegging strafvonnisen ligt het niet in de rede te spreken van strafvordering. De daarbij te nemen beslissingen en de te volgen procedures worden namelijk niet alleen bepaald door de Wet Overdracht Tenuitvoerlegging Strafvonnisen (WOTS), maar voor een belangrijk deel door het van toepassing zijnde verdragsrecht. Op dit punt wordt de lezer verder verwezen naar de op deze procedures toegespitste literatuur.<sup>219</sup>

Evenwel zijn ook redenen aan te voeren voor de gedachte dat deze twee procedures zich niet in alle aspecten van de twee wel in het wetboek van strafvordering geregelde zijn te onderscheiden. Zo is de rol van het verdragsrecht in de onderscheiden gebieden niet principieel anders en zou men in het licht van de definiëring van strafvordering (zoals geformuleerd in aant.

---

<sup>214</sup>Zie over de betekenis van het verdragsrecht in relatie tot de betekenis van het begrip wet in art. 1 aant. 19.

<sup>215</sup>De regeling in het wetboek van strafvordering strekt onder meer tot uitvoering van het Europees Verdrag betreffende de overdracht van strafvervolgning.

Zie voor het karakter van de procedure van overdracht van strafvervolgning Y. BAAJENS-VAN GELOVEN, *Overdracht van strafvervolgning*, Nijmegen 1989.

<sup>216</sup>MvT Bijl. Hand. II 1979/1980, 15 972, p. 9 onder 3.

<sup>217</sup>Zie A.H.J. SWART, *Nederlands uitleveringsrecht*, Zwolle 1986, met name hoofdstuk I, par. 1 en 2; J. REMMELINK, in Bijlage Uitlevering bij NOYON-LANGEMEIJER-REMMELINK, Arnhem; G.A.M. STRIJARDS, *Uitlevering*, Zwolle 1988.

<sup>218</sup>Zie de artikelen 552h-552q, aant. 5; J. REMMELINK, in Bijlage uitlevering bij NOYON-LANGEMEIJER-REMMELINK, o.c.

<sup>219</sup>Zie M.J. GRAPPERHAUS, *Een checklist voor de exequaturprocedure*, Trema 1991, nr. 1 p. 12-20, M.H.F.U. KNAAPEN, *Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnisen*, Ars Aequi 1988, p. 100-107, M.M. BROOS, D.J.M.W. PARIDAENS, *Enkele kanttekeningen bij de overname en overdracht van de tenuitvoerlegging van strafvonnisen*, DD 1988, p. 397-406).

8) uitlevering en overdracht tenuitvoerlegging van strafvonnissen begripsmatig ook onder strafvordering kunnen begrijpen. Daarnaast kan men afdingen op het belang van het argument dat de regelingen niet in het wetboek van strafvordering zijn opgenomen. Dat geldt immers voor meer regelingen, die volgens de begripsomschrijving van strafvordering wel als strafvordering kunnen worden gekwalificeerd.

Procedures die (moeten) worden gekarakteriseerd als strafvervolging in de zin van art. 6 EVRM Het beschreven bereik van art. 1 en de betekenis die daarbinnen toekomt aan het begrip strafvordering dwingt tot de vraag of art. 1 van toepassing is op administratieve procedures die volgens de criteria van de rechtspraak van de hoge raad en de Europese instanties als strafvervolging in de zin van art. 6 van het EVRM moeten worden gekarakteriseerd.<sup>220</sup> Hierbij kan men denken aan fiscale en anderszins administratieve afdoening van verkeersovertredingen en aan fiscale verhogingen.<sup>221</sup> Men kan zich met recht afvragen of deze procedures als consequentie daarvan ook moeten worden beschouwd als strafvordering en derhalve moeten worden begrepen onder de werking van art. 1. Zou dit het geval zijn, dan schiet een beleid dat zich met het oog op kostenbesparing en doelmatigheid richt op het verminderen van strafprocedures ten gunste van administratieve procedures, (deels) zijn doel voorbij. De opdracht van art. 1 brengt immers met zich mee dat de publieke organen de waarborgen van het wetboek van strafvordering dan ook in die gevallen zouden moeten realiseren.

In de literatuur worden de consequenties van de betreffende rechtspraak niet geplaatst in de sleutel van het begrip strafvordering of de toepasselijkheid van art. 1. Wel wordt door strafrechtelijk georiënteerde schrijvers veelal betoogd dat elementaire beginselen van het nationale strafprocesrecht op die procedures van toepassing moeten zijn. Dit is evenwel minder vergaand dan art. 1 in al zijn consequenties van toepassing achten. Een aanwijzing dat dergelijke vergaande consequenties niet snel aan de kwalificatie 'strafvervolging in de zin van art. 6 EVRM' zullen worden verbonden vindt men in de rechtspraak inzake de fiscale verhoging. Uit een overweging van de hoge raad in zijn arrest HR 7 september 1988, Fed 1988,715/BNB 1988,298 blijkt dat de toepasselijkheid van art. 6 EVRM nog niet meebrengt dat dan ook het gehele nationale straf- en strafprocesrecht van toepassing is.<sup>222</sup>

Zie voor een nadere uiteenzetting van de betekenis van deze Europese rechtspraak de aantekeningen onder 4 op art. 27.

## ***15 Betekenis van het voorschrift voor het optreden van politie en openbaar ministerie***

In bewerking.

---

<sup>220</sup>Zie hierover HR 19 juni 1985, BNB 1986, 29 m.nt. ALKEMA en de annotaties op dit arrest van C.P.M. CLEIREN en G. OOSTERHOF in NJCM-bulletin 1986, p. 62-73 en P. WATTEL, *Fiscale boete en Artikel 6 ECRM*, in NJCM-bulletin 1986, p. 222-236.

<sup>221</sup>Zie HR 19 juni 1985, BNB 1986,29/NJ 1986, 104 en de overwegingen in de MvT op de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften, wetsontwerp 20 329.

<sup>222</sup>Zie ook HR 31 januari 1990, AB 1990, 252 met een heldere overzichts-annotatie van A.W.M. BIJLOOS.

## ***16 Betekenis van het voorschrift voor het optreden van de feitenrechter***

In bewerking.

## ***17 Betekenis van het voorschrift voor cassatierechtspraak***

In bewerking.

## ***18 Betekenis van het voorschrift voor de wetgever***

In bewerking.

## ***19 De rol van het verdragsrecht naast art. 1***

In bewerking.

## ***20 De rol van het ongeschreven recht naast art. 1***

In bewerking.

## ***21 De rol van beleid en richtlijnen naast art. 1***

In bewerking.

## ***22 Wijziging van wetgeving***

Anders dan art. 1 Sr bevat art. 1 Sv geen algemene regel van overgangsrecht bij verandering van wetgeving op het terrein van de strafvordering.<sup>223</sup> De vraag moet worden opgeworpen of nieuw strafprocesrecht slechts op nieuwe strafzaken van toepassing is, of ook op reeds lopende zaken. Daarna kan in het spoor van art. 1 Sr de vraag rijzen of het relevant is om te bezien of de nieuwe wetgeving 'gunstiger' is voor de verdachte.

Soms stelt de wetgever bij wijzigingen van het strafprocesrecht overgangsbepalingen

---

<sup>223</sup>In aant. 8 is de conclusie getrokken dat het wettelijk stelsel van strafvordering het geheel van wettelijke voorschriften en beginselen inzake de uitoefening van bevoegdheden in het kader van de opsporing, de vervolging en de tenuitvoerlegging behelst. Het gaat daarbij niet alleen om voorschriften in het wetboek van strafvordering, maar ook om bevoegdheidsverlening in bijzondere wetten. Verandering van wetgeving op het terrein van de strafvordering behelst dus niet alleen verandering van het wetboek van strafvordering, maar ook van bijzondere wetten.

vast. STOLWIJK komt evenwel na onderzoek tot de conclusie dat dat meer uitzondering dan regel is.<sup>224</sup> De wel vastgestelde overgangsbepalingen hebben alle dezelfde strekking, namelijk dat strafzaken die vóór het tijdstip van inwerkingtreding van de wet aanhangig waren, onder de oude wetgeving vallen. Deze overgangsbepalingen zien op nieuwe wetgeving die zich moeilijk in lopende strafzaken laat inpassen.

Genoemde moeilijke inpasbaarheid van nieuwe wetgeving vormde een overweging bij de keuze voor het overgangsrecht bij de invoering van het huidige wetboek van strafvordering. Art. 226 Invoeringswet Strafvordering van 29 juni 1925, *Stb.* 308, bepaalt dat de oude wetgeving nog van toepassing is op strafzaken, waar de rechter reeds op één of andere wijze in betrokken is. Uit het feit dat de wettelijke regeling zich beperkt tot deze ene specifieke omstandigheid, kan worden afgeleid dat in beginsel als hoofdregel geldt dat de nieuwe wetgeving toepasselijk is. Indien verandering van wetgeving niet gepaard gaat met overgangsbepalingen, geldt dus de hoofdregel dat de wet die geldt ten tijde van het desbetreffende strafvorderlijke handelen moet worden toegepast.<sup>225</sup> Niet het tijdstip waarop het ten laste gelegde feit is begaan is beslissend voor de toepasselijkheid van het strafprocesrecht, maar het tijdstip waarop de rechter of een ander justitieel orgaan optreedt.

Ingeval de wet wordt gewijzigd na het uitbrengen van de dagvaarding, maar vóór de aanvang van het onderzoek op de terechtzitting, zal de rechter in het algemeen de nieuwe wet moeten toepassen. Deze hoofdregel impliceert dat in alle volgende instanties op het gebied van het strafprocesrecht de nieuwe wet behoort te worden toegepast, dat wil zeggen ongeacht of deze wet pas na de behandeling van de betrokken zaak in de voorafgaande instantie is gewijzigd en ongeacht of in die instantie de oude wet is nageleefd.

Ook in de jurisprudentie wordt uitgegaan van de onmiddellijke toepasselijkheid van nieuw strafprocesrecht. In HR 29 november 1977, *NJ* 1978, 239 overwoog de hoge raad, dat in het algemeen de rechter bij verandering van wettelijke bepalingen betreffende de vormen der rechtspleging 'de wet moet toepassen, gelijk deze geldt ten tijde van zijn handelen'. Deze opvatting heeft de hoge raad bekrachtigd in een beslissing van 2 maart 1982 (DD 82.232) waar hij stelt dat 'de beantwoording van de vraag of bij de dagvaarding de door de wet voorgeschreven vormen zijn inachtgenomen, dient te geschieden aan de hand van de wettelijke regeling welke gold ten tijde van het uitreiken der dagvaarding'.<sup>226</sup>

Bij de hoofdregel van onmiddellijke toepasselijkheid van nieuw strafprocesrecht wordt geen onderscheid gemaakt tussen situaties waarin de nieuwe wetgeving 'gunstiger' dan wel 'ongunstiger' is voor de verdachte. Volgens VAN BEMMELEN wordt de nieuwe wet ook toegepast indien het nieuwe strafproces voor de verdachte ongunstiger is.<sup>227</sup> Er is evenwel aanleiding deze opvatting enigszins kritisch te bekijken. Zoals in het voorafgaande is betoogd, is het legaliteitsbeginsel waarvan art. 1 een neerslag vormt te herleiden tot principes van de rechtsstaat.<sup>228</sup> Naast de formele waarborg die het artikel met zich meebrengt, vraagt het legaliteitsbeginsel om materiële waarborgen om de rechtsstaatsgedachte te kunnen verwezenlijken. Eén van deze materiële waarborgen is de norm dat overheidsoptreden dient

---

<sup>224</sup>S.A.M. STOLWIJK, *Verandering van strafprocesrecht*, in: Bij deze stand van zaken, 1983, p. 503 e.v.

<sup>225</sup>Zie J.M. VAN BEMMELEN, 'Strafvordering', 1957, Den Haag, p. 75; G. KNIGGE, *Verandering van wetgeving*, 1984, Arnhem, p. 232; Ook in het Duitse strafprocesrecht wordt deze regel gevolgd (zie LÖWE-ROSENBERG, 'Die Strafprozessordnung', 1976, Berlijn, aant. 12 inleiding, Hoofdstuk II).

<sup>226</sup>Zie ook: HR 20 april 1890, W 5870; HR 2 april 1906, W 8359; HR 18 april 1944, *NJ* 1944, 492.

<sup>227</sup>J.M. VAN BEMMELEN, o.c. p. 75; KNIGGE deelt deze opvatting, G. KNIGGE, o.c. p. 343.

<sup>228</sup>Zie aant. 2.



plaats te vinden in overeenstemming met algemene beginselen van behoorlijk bestuur en beginselen van behoorlijke strafrechtspleging.<sup>229</sup> Ingeval nieuwe wetgeving zou moeten worden toegepast, die ongunstiger consequenties heeft voor de verdachte dan de oude, is het – afhankelijk van de omstandigheden van de concrete casus – niet ondenkbaar dat bij de verdachte reeds gerechtvaardigde verwachtingen waren gewekt over de toepasselijkheid van de oude – voor hem – gunstiger bepalingen. Een dergelijke gerechtvaardigde verwachting laat zich vooral denken in geval de wetgever niet heeft voorzien in overgangsbepalingen. Toepassing van het nieuwe recht zou dan onder bepaalde omstandigheden schending van het vertrouwensbeginsel met zich kunnen meebrengen.<sup>230</sup> Rechtsstatelijke interpretatie van het legaliteitsbeginsel brengt dus met zich mee dat nieuwe wetgeving niet zonder meer ten nadele van een concrete verdachte mag worden toegepast.<sup>231</sup> De bovengenoemde hoofdregel verdient onder bepaalde omstandigheden nuancering.

Een bijzondere complicatie doet zich voor ingeval de nieuwe wetgeving wordt gekenmerkt door een verstrengeling van materieel recht en procesrecht, zoals het geval is bij de zogenaamde 'Plukze'-wetgeving.<sup>232</sup> In de door het ministerie van justitie uitgegeven Plukze-nieuwsbrief van 7 april 1993 wordt aan de hiervoor beschreven hoofdregel vastgehouden. Hieraan wordt de conclusie verbonden dat de nieuwe strafvorderlijke bepalingen vanaf 1 maart 1993 (datum van invoering) moeten worden toegepast 'ongeacht de stand van zaken waarin de zaak zich bevindt'.<sup>233</sup> In de Plukze-nieuwsbrief van augustus 1993 wordt deze opvatting nader uitgewerkt. Hoger beroep in een strafzaak, die voor 1 maart 1993 aan de rechtbank is voorgelegd, waarin een ontnemingsvordering ex art. 36e Sr oud is ingediend met toepassing van het oude strafprocesrecht, dient volgens de opstellers van de nieuwsbrief te worden gebaseerd op grond van het nieuwe art. 511g. De hoofdzaak wordt echter behandeld volgens het oude art. 36e Sr, omdat dit de meest gunstige bepaling is voor de verdachte. In de nieuwsbrief staat dan het advies om de behandeling van de ontnemingsbeslissing in hoger beroep van de hoofdzaak te splitsen.<sup>234</sup>

VAN DER NEUT en SIMMELINK noemen dit standpunt van het projectbureau 'minder gelukkig'.<sup>235</sup> Zij vinden de 'ongelukkige verstrengeling van formeel en materieel recht een argument voor de stelling, dat op de nieuwe strafvorderlijke voorzieningen niet ongenueanceerd de hoofdregel van strafvorderlijk overgangsrecht kan worden toegepast'.<sup>236</sup> Zij bepleiten het aanwijzen van een processueel moment aan de hand waarvan kan worden bepaald of de

---

<sup>229</sup>Zie o.a. I.C. VAN DER VLIES, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving*, Amsterdam 1984 en E.M.H. HIRSCH BALLIN, *De mens in de sociale rechtsstaat*, in : Overheidsbemoeienis, Deventer 1982; idem, *Rechtsstaat, grondrechten en subsidieverhoudingen*, *Preadvies Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen*, Geschriften van de vereniging voor Administratief recht XCIX, Alphen aan den Rijn 1988; idem, *Vertrouwen op het recht*, oratie, Alphen aan den Rijn 1982; N. VERHEIJ, *Alleen de wet heerst over ons*, Publiek domein 1989, p. 188-197; M. SCHREUDER-VLASBLOM, NTB 1991, p. 133-141.

<sup>230</sup>Zie ook: B.C. DE DIE, *Beginselen van overgangsrecht*, AA 40 (1991) 10, p. 105. DE DIE stelt dat de ethisch niet zo sterke positie van het beginsel van onmiddellijke werking der wet tot gevolg heeft dat het vrij gemakkelijk kan worden verdrongen door de toepassing van andere beginselen, zoals het vertrouwensbeginsel.

<sup>231</sup>Zo ook S.A.M. STOLWIJK, o.c. p. 507; HR 29 oktober 1979, NJ 1980, 93.

<sup>232</sup>Wet van 10 december 1992, *Stb.* 1993, 11, i.w.tr. 1 maart 1993.

<sup>233</sup>Plukze-nieuwsbrief 1, 7 april 1993, uitgave van het Projectbureau Plukze van het ministerie van justitie, p. 7.

<sup>234</sup>Plukze-nieuwsbrief 3, augustus 1993, uitgave van het Projectbureau Plukze van het ministerie van justitie, p. 5.

<sup>235</sup>J.L. VAN DER NEUT en J. SIMMELINK, *Overgangsprikelen rond de 'Plukze'-wetgeving*, in: DD 24, januari 1994, p. 68.

<sup>236</sup>J.L. VAN DER NEUT en J. SIMMELINK, o.c. p. 65.

beslissing inzake de voordeelsontneming is voorbehouden aan de zittingsrechter in de hoofdzaak of dat de nieuwe procedureregels moeten worden gevolgd. Naar hun oordeel moet dit processuele moment worden gevonden in de aanvang van het onderzoek ter terechtzitting in eerste aanleg. Als deze plaatsvindt voor 1 maart 1993 is het oude procesrecht van toepassing; vindt deze plaats na 1 maart 1993, dan bepleiten zij toepassing van het nieuwe procesrecht. Ook in de commentaar op de artt. 126-126f wordt deze opvatting gevolgd, met het argument dat het materiële en formele recht in de Wet van 10 december 1992 zodanig is verweven dat toepassing van het één zonder het ander niet denkbaar is. `Bij deze stand van zaken moet worden aangenomen dat het nieuwe strafprocesrecht rechtens pas kan worden gehanteerd indien het nieuwe art. 36e Sr kan worden toegepast. Dit betekent dat op 1 maart 1993 reeds aanhangige zaken op basis van het oude recht dienen te worden uitgeprocedeerd.<sup>237</sup>

---

<sup>237</sup>Aantekening 11 op de artt. 126-126f.