



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Is terrorismebestrijding ten koste van de persoonlijke levenssfeer noodzakelijk?

Woude, M.A.H. van der

Citation

Woude, M. A. H. van der. (2009). Is terrorismebestrijding ten koste van de persoonlijke levenssfeer noodzakelijk? *Strafblad*, 7(2), 163-174. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13786>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13786>

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

Aflevering 2
17 april 2009
Jaargang 7

Strafblad

Redactie:

prof. mr. C.P.M. Cleiren
prof. mr. P.M. Frielink
mr. P.W. van der Kruijs
mr. A. de Lange
prof. mr. G.P.M.F. Mols
prof. mr. J.M. Reijntjes
prof. mr. Th.A. de Roos
mr. Tj.E. van der Spoel

Inhoud

Thema Veiligheid en persoonlijke levenssfeer

Redactioneel

Prof. mr. C.P.M. Cleiren

p. 91

In Memoriam Gerard Hamer

Mr. R. Malewicz

p. 94

Regelgeving

De nota Verkenning DNA-onderzoek

Prof. mr. Th.A. de Roos

p. 96

Rechtspraak

S. en Marper v. Verenigd Koninkrijk en de Britse DNA-databank

Mr. F.P. Ölcer

p. 102

Column

Mr. G.J.W. van Oven

p. 110

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

Prof. mr. C.P.M. Cleiren

p. 112

De rol van het strafrecht bij de bescherming van de fundamentele waarden veiligheid en privacy lijkt als gevolg van de vele en snelle veranderingen in onze samenleving te verschuiven. Wat zijn de mogelijke gevolgen van deze ontwikkeling in het licht van de verhouding tussen veiligheid en privacy?

Is terrorismebestrijding ten koste van de persoonlijke levenssfeer noodzakelijk?

Mr. drs. M.A.H. van der Woude*

“(…) het risico en de mogelijke gevolgen van een terrorismeaanslag [zijn MW] zodanig dat men zich niet kan permitteren te wachten totdat ten aanzien van bepaalde personen concrete, harde vermoedens, verdenkingen of bewijzen zijn gerezen. (...) Vandaar dat maatregelen en voorzieningen nodig zijn die de overheid in staat stellen om tijdig te signaleren en indicaties te onderkennen die argwaan rechtvaardigen, alsook om personen tegen wie die argwaan is gerezen te kunnen observeren en volgen teneinde vast te stellen of de argwaan gerechtvaardigd is of niet.”¹

1. Inleiding

“Veiligheid begint bij preventie”² en “Informatie is de grondstof voor terrorismebestrijding”³, aldus respectievelijk Minister-President Balkenende en voormalig Minister van Justitie Donner. Deze twee uitspraken raken de kern van de Nederlandse terrorismebestrijding. Sinds 2001 is er in Nederland onder invloed van gebeurtenissen in binnen- en buitenland een uitgebreid arsenaal aan antiterrorismemaatregelen tot

stand gekomen. Hoewel Nederland vooralsnog niet ten prooi is gevallen aan catastrofale terroristische aanslagen naar het voorbeeld van New York, Londen of Madrid, heeft de overheid zich ter voorkoming van dergelijke aanslagen wel genoodzaakt gezien om maatregelen te treffen. Daar bescherming van de bevolking een vanzelfsprekende overheidstaak is, is het nemen van de antiterrorismemaatregelen op zichzelf niet vreemd. Wat echter een verontrustende ontwikkeling is, welke in belangrijke mate zichtbaar is bij de antiterrorismewetgeving, is dat we in Nederland tegenwoordig wel erg ver gaan in het trachten om ieder mogelijk risico uit te bannen. Deze drang naar risico-uitsluiting heeft met betrekking tot de terrorismebestrijding geleid tot een sterk op preventieve leest geschoeid strafrecht, ook wel ‘voorzorgsstrafrecht’ genoemd.⁴ Het cumulatieve effect van alle terrorismewetgeving maakt het mogelijk om, bij aanwijzingen van terroristische activiteit, ten behoeve van de collectieve veiligheid reeds in een zeer vroeg stadium inbreuken te maken op de persoonlijke levenssfeer van een individu. Veiligheid en het recht op de eerbiediging van

* Mr. drs. M.A.H. van der Woude is werkzaam als PhD-fellow bij het Instituut voor Strafrecht en Criminologie aan de Universiteit Leiden.

1 *Kamerstukken II 2003/04*, 29 754, nr. 1, p. 10.

2 *Coalitieakkoord tussen de Tweede Kamerfracties van CDA, PvdA, ChristenUnie*, 7 februari 2007, p. 33.

3 *Kamerstukken II 2003/04*, 29 754, nr. 1, p. 7.

4 R. Pieterman, *De Voorzorgcultuur: Streven naar veiligheid in een wereld vol risico en onzekerheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008 en de nog te

verschijnen bijdrage M.A.H. van der Woude, “Voorzorgsstrafrecht: zorgen om en vóór inzichtelijke keuzes: Een eerste aanzet tot een ex-post en ex-ante evaluatiemodel voor de wetgever”, te verschijnen in een bundel onder redactie van R. Pieterman en M. Hildebrandt die zal verschijnen in het voorjaar van 2009 naar aanleiding van het congres *Zorgen om de Voorzorgcultuur*, dat op 7 november 2008 heeft plaatsgevonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

de persoonlijke levenssfeer staan, zeker waar het terrorismebestrijding betreft, dan ook dikwijls op gespannen voet met elkaar. Dit terwijl een evenwicht tussen beide waarden juist gewenst is. Niet alleen moet onderkend worden dat terrorisme een uitzonderlijke vorm van onveiligheid is die op zichzelf de meest vergaande maatregelen *kan* rechtvaardigen, tevens dient onderkend te worden dat uitzonderlijke maatregelen uitzonderlijke waarborgen vereisen ter bescherming van fundamentele waarden waar die maatregelen aan raken. Het eerbiedigen van de persoonlijke levenssfeer is een van die fundamentele waarden.

2. De drang naar risico-uitsluiting

Het denken in termen van risico's en in het bijzonder het uitsluiten van potentiële risico's is een kenmerk van de risicosamenleving. In zijn boek *Risk Society* beschrijft Beck de verandering van de verzorgingsstaat naar de risicosamenleving.⁵ Als gevolg van snelle technologische ontwikkelingen kent de samenleving een groter aantal potentiële dreigingen dan voorheen. Niet alleen betreft het vaak onzichtbare en diffuse risico's, tevens zijn de bestaande structuren niet toereikend om deze nieuwe risico's te beheersen. Deze onbeheersbaarheid leidt ertoe dat de roep vanuit de samenleving om beheersing en controle van deze risico's steeds verder aanzwellen.⁶ Als reactie op het afnemen van de

gepercipieerde veiligheid neemt de vraag naar veiligheid in de risicomaatschappij juist sterk toe. Volgens Beck is de risicomaatschappij dan ook een samenleving die geobsedeerd is door het maken van plannen en het ontwikkelen van 'arrangementen' die de burger een gevoel van veiligheid en zekerheid moeten geven.⁷ Deze grotere risicobewustheid heeft, in combinatie met de nieuwe vormen van complexere (grensoverschrijdende) georganiseerde misdaad, stijgende criminaliteitscijfers en uitblijvende resultaten van de hoofdzakelijk op resocialisatie gerichte aanpak geleid tot een andere visie op criminaliteitsbestrijding.⁸ Niet alleen moeten de stijgende criminaliteitscijfers, en daarmee dus het 'risico' en de angst om slachtoffer te worden, worden aangepakt, tevens moet de effectiviteit van de strafrechtelijke sanctie en het strafrechtelijk systeem worden verhoogd. Dit wapenen tegen de mogelijke bedreigingen en risico's binnen de context van criminaliteitsbestrijding wordt ook wel aangeduid als de ontwikkeling van een *actuarial justice*⁹ of *risicojustitie*.¹⁰ Naast een beleidsmatige, instrumentele inzet van het strafrecht als mede het in toenemende mate via bestuursrechtelijke wijze afhandelen van criminaliteit is een belangrijk kenmerk van risicojustitie de nadruk op het vroegtijdig detecteren en onderkennen van risico's. Getracht wordt te komen tot een profilering van personen en situaties die deze risico's met zich brengen. Hierbij wordt gebruikgemaakt

5 U. Beck, *The risk society; towards a new modernity*, London: Sage 1992, p. 11-13, maar in deze context moet ook gewezen worden op het latere werk van Beck, *World Risk Society*, Cambridge: Blackwell Publishers Inc, 2001 (derde druk).

6 D. Roef, "Strafrechtelijke verantwoordelijkheid in de risicomaatschappij", in: P.L. Bal, E. Prakken en G. Smaers (red.), *Veiligheid of vergelding?*, Deventer: Kluwer 2003, p. 55.

7 D. Roef, *a.w.*, p. 55.

8 D. Garland, *The culture of control*, Oxford: Oxford University Press 2001.

9 M. Feeley en J. Simon, "Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law", in: D. Nelken (red.), *The Futures of Criminology*, London: Sage 1994.

10 Zie voor een uitvoerige omschrijving van de term onder meer L.M. Moerings, *Straffen met het oog op veiligheid, een onderneming vol risico's*, inaugurele rede uitgesproken bij aanvaarding van het ambt van hoogleraar penologie aan de Universiteit Leiden 2005.

van nieuwe technieken zoals het identificeren en classificeren van personen op basis van verschillende gradaties van 'gevaarlijkheid'. Het optreden van politie en justitie wordt niet langer geleid door concrete, individualiseerbare verdenkingen van een strafbaar feit maar door op generalisaties, dat wil zeggen op basis van risicoprofielen en risico-inschatting vooraf aangewezen 'potentieel verdachte' groepen en personen.¹¹ Kortom, in de risicosamenleving is de bescherming van de maatschappij niet langer een vooraf vastgesteld strafdoel georiënteerd op de individuele veroordeelde dader, maar eerder een proactieve preventieve strategie ten aanzien van een hele reeks groepen, terwijl er nog geen concrete strafrechtelijke verdenking is. Het is hierbij niet ongebruikelijk dat *legitimitets-* en *noodzakelijkheidsvragen* het moeten afleggen tegen pragmatische bestuurs- en bedrijfskundige overwegingen over risico- en overlastbeperking.¹²

3. Preventieve detectie & de persoonlijke levenssfeer

Zoals uit de in de vorige paragraaf geschetste ontwikkelingen duidelijk wordt, maakt het nemen van preventieve voorzorgsmaatregelen naast repressie een belangrijk onderdeel uit van het hedendaagse socialeveiligheidsbeleid. De vooronderstelling die daar aan ten grondslag ligt is doorgaans dat de bestaande maatregelen onvoldoende zijn om de veiligheid van de burgers te kunnen waarborgen. Deze preventieve en

prospectieve (toekomstgerichte) strategie heeft zowel het materiële als het formele strafrecht beïnvloed, waardoor het strafrecht een belangrijke preventieve detectiefunctie heeft gekregen.¹³ Binnen het materiële strafrecht is onder andere de strafbaarstelling van de strafbare voorbereidingshandeling een belangrijk voorbeeld hiervan. Met het oog op de bestrijding van de georganiseerde, grensoverschrijdende criminaliteit en de gevaarzetting die uitgaat van groepen criminelen die ernstige strafbare feiten plannen, werd het noodzakelijk geacht om de strafrechtelijke aansprakelijkheid te verruimen naar de (vroeg) voorfase van het eigenlijke schadetoebrengende handelen waardoor er in een vroeger stadium door politie en justitie kon worden ingegrepen.¹⁴ Hoewel bij de behandeling van het wetsvoorstel herhaaldelijk werd gewezen op het risico dat bij strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen verdachten bestraft zouden worden puur op basis van hun kwade bedoelingen, nog voordat er feitelijk ook maar iets gevaarlijks of strafrechtelijks relevant was gebeurd is het indertijd omstreden artikel in de loop der jaren nog verder 'verruimd'.¹⁵ Een procesrechtelijk voorbeeld van de preventieve en prospectieve strategie en tevens ingegeven door een meer effectievere bestrijding van de georganiseerde misdaad is de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden.¹⁶ Niet alleen worden er in deze wet opsporingsmethoden geregeld als gevolg waarvan er allerlei gegevens kunnen worden verzameld over een potentieel verdachte burger, tevens is het moment waarop het ver-

11 H. Boutellier, *De veiligheidsutopie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 40; Y. Buruma, "Het schuldig subject", in: M.J. Borgers, I.M. Koopmans en F.G.H. Kristen (red.), *Verwijtbare uitholling van schuld?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 4.

12 R. van Swaeningen, "Justitie als verzekeringsmaatschappij", *Justitiële Verkenningen* 22 (5) 1996, 18, p. 80-97.

13 J. Kohnstamm en N.W. Groenhart, "Terrorismebestrijding en Privacy", in: E.R. Muller, U. Rosenthal en R. de Wijk (red.), *Terrorisme: studies over terrorisme en terrorismebestrijding*, Deventer: Kluwer 2008, p. 367.

14 *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 268, nr. 3.

15 S.L.J. Janssen, "De strafbare intentie is bijna een feit", *NJB* 2006, p. 1005-1006.

16 Wet van 27 mei 1999, *Stb.* 1999, 245.

zamelen van deze gegevens kan worden gestart naar voren gehaald door middel van het in art. 132 a geïntroduceerde ruimere opsporingsbegrip en het in art. 126gg Sv geregelde verkennende onderzoek als gevolg waarvan reeds kon worden begonnen met het verzamelen van (openbare) informatie van personen op basis van *aanwijzingen* dat deze perso(o)n(en) zich bezig houden met het beramen of plegen van misdrijven. Het vereiste van een 'redelijk vermoeden van schuld' wordt met introductie van de aanwijzing als ondergrens voor strafvorderlijk optreden verlaten.¹⁷ In het kader van de groeiende nadruk op de preventieve detectiefunctie wordt in de opsporingsfase tevens in toenemende mate gebruikgemaakt van technologische hulpmiddelen. Technologieën als videocamera's, datamining, radio frequency identification en biometrische identificatie moeten het hoofd bieden aan de nieuwe bedreigingen die inherent zijn aan de risicosamenleving en de veiligheid van onze maatschappij helpen vergroten.¹⁸ Zonder in te willen gaan op de exacte praktische toepassing van deze hulpmiddelen, hebben zij met elkaar gemeen dat ze gebruikt (kunnen) worden om allerhande gegevens te verzamelen

over verdachte en onverdachte personen. Deze informatie kan vervolgens worden gebruikt voor allerhande risico-inschattingen op basis waarvan bijvoorbeeld kan worden overgaan tot arrestatie van een persoon die voldoet aan een 'risicoprofiel'.

Kohnstamm wijst erop dat de groeiende nadruk op de preventieve detectiefunctie van het strafrecht(proces)recht 'problematisch' is vanuit het oogpunt van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.¹⁹ Deze preventieve detectiefunctie, die ingegeven is door de drang naar risico-uitsluiting en het inperken van gevaren, heeft ertoe geleid dat opsporingsbevoegdheden steeds meer tegen anderen dan de verdachte kunnen worden ingezet op momenten dat er nog geen strafbaar feit is gepleegd maar slechts de *toekomstige mogelijkheid* daartoe aanwezig is.²⁰ Een grootschalige verwerking van gegevens van onverdachte burgers wordt op deze manier mogelijk gemaakt.²¹ En, aldus Van den Herik en Schermer, in lijn met de ruimere strafbaarstellingen zorgt de kracht van de nieuwe opsporingstechnieken – zoals het vaak gebruikte elektronische surveillance – ervoor dat het strafrecht steeds verder opschuift van

17 *Kamerstukken II 1996/97*, 24 403, nr. 3, p. 90. Aldus de minister: "Het begrip 'aanwijzingen' is geen nieuw strafvorderlijk begrip. Het wordt ook in andere context wel gebruikt om een ondergrens aan te duiden die strafvorderlijke bemoeienis rechtvaardigt. Een voorbeeld vormen de opsporingsbepalingen in de Wet op de economische delicten (WED). Voor de toepassing van de bepalingen (onder andere de bevoegdheid tot het nemen van monsters) is geen verdenking vereist [...], maar volstaan aanwijzingen dat een strafbaar feit is gepleegd [...]. Een ander voorbeeld is de Wet Wapens en Munitie, waar bijvoorbeeld (art. 51) de bevoegdheid om vervoermiddelen te onderzoeken wordt gekoppeld aan 'aanwijzingen' dat een strafbaar feit zal worden gepleegd waarbij wapens zullen worden gebruikt. Ook in art. 126[gg] wordt het begrip 'aan-

wijzingen' gebruikt als ondergrens voor strafvorderlijke bemoeienis, en niet het redelijk vermoeden van schuld."

18 H.J. van den Herik en B.W. Schermer, "Elektronische surveillance, veiligheid en privacy", in: W. Huisman, L.M. Moerings en G. Suurmond (red.), *Veiligheid en Recht: Nieuwe doelwitten en strategieën*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 215.

19 Kohnstamm en Groenhart, *a.w.*, p. 367 en J. Kohnstamm, "Het spiegelkabinet van de argwaan. Gegevensverwerking van onverdachte burgers ter voorkoming van terroristische misdrijven", in: E. van Dongen e.a. (red.), *Terrorismebestrijding met Mensenrechten*, Leiden: Stichting NJCM Boekerij 42 2005, p. 103-105.

20 Van den Herik en Schermer, *a.w.*, p. 222.

21 Kohnstamm, *a.w.*, p. 104.

een daadstrafrecht naar een intentiestrafrecht waardoor het recht op de persoonlijke levenssfeer stevig onder druk komt te staan. Zo schrijven de auteurs:

“De vermeende intenties tot strafbare gedragingen welke worden afgeleid uit elektronische surveillance zijn reeds voldoende om inbreuken op diverse grondrechten te rechtvaardigen, ongeacht het feit of de geobserveerde zich ook daadwerkelijk schuldig maakt aan het plegen van strafbare feiten.”²²

Ook vanuit de criminologie is een belangrijke kanttekening die geplaatst wordt bij criminaliteitsbestrijding door middel van risicojustitie. Zo wordt herhaaldelijk gewezen op het gevaar van selectiviteit. Immers, burgers – ook onschuldige burgers – die voldoen aan een bepaald risicoprofiel worden onderzocht. Dit kan op zichzelf ook weer een stigmatiserend effect hebben: burgers die voldoen aan een bepaald profiel worden meteen beschouwd als verdacht, los van het feit of zij zich daadwerkelijk schuldig maken aan regelovertreding. Het is een bekend gegeven dat bij de toepassing van sommige van de nieuwe opsporingstechnieken bepaalde groepen (bijvoorbeeld op basis van raciale kenmerken, godsdienst of politieke overtuiging) vaker het doelwit zijn dan anderen.²³ Aldus Van de Bunt:

“Bij risicojustitie wordt het angstgevoel van de burger een kompas waarop het criminaliteitsbe-

leid vaart. Bij het reduceren van angst en risico's wordt de aandacht gericht op personen en gedragingen die heel zichtbaar zijn en daardoor gemakkelijk gepakt kunnen worden.”²⁴

4. Inbreuken op de persoonlijke levenssfeer zijn soms noodzakelijk en mogelijk

Hoewel de voorgaande paragraaf een aantal belangrijke kanttekeningen bij de verschuiving richting een preventief strafrecht en de daarmee gepaard gaande inbreuken op fundamentele rechten en beginselen, moet dit geenszins worden geïnterpreteerd als een betoog tegen veiligheidsmaatregelen. Integendeel, waar gevaren dreigen, waar het leven van mensen in het geding zijn, waar de fundamenten van democratische samenlevingen op het spel staan, kunnen bepaalde rechten en vrijheden worden beknot: zo ook het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Anders dan het publiek debat soms doet vermoeden, zijn veiligheid tegen allerhande risico's en gevaren en de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer geen elkaar uitsluitende grootheden.²⁵ In een democratische rechtsstaat is de veiligheid van de staat, de 'collectieve veiligheid', intrinsiek verbonden met de individuele veiligheid van zijn inwoners, hetgeen inhoudt onschendbaarheid en respect voor hun individuele (grond)rechten en in het bijzonder hun recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.²⁶ Beide kernwaarden bestaan naast elkaar en

22 Van den Herik en Schermer, *a.w.*, p. 227.

23 C. Norris en G. Armstrong, *The Maximum Surveillance Society: the rise of CCTV*, Oxford: Berg 1999, p. 225; W. Kip Viscusi en R.J. Zeckhauser, “Sacrificing civil liberties to reduce Terrorism risks”, *Journal of Risk and Uncertainty*, Vol. 26, 1999, nrs. 2-3, p. 99-120.

24 H.G. van de Bunt, *Op het kompas van het onveiligheidsgevoel*, Diesrede, Amsterdam, Vrije Universiteit 2003,

p. 17; Zie in deze context ook M.A.H. van der Woude, “De Hedendaagse beheersingscultuur als zondeboksaanleving”, *Proces* 4 (2007), p. 159-168.

25 E.R. Muller, H.R.B.M. Kummeling en R.P. Bron, *Veiligheid en Privacy*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 11; “Ga Gerust Mijn Gangen Na”, *NRC Handelsblad* 8 december 2007.

26 Kohnstamm en Groenart, *a.w.*, p. 348-349.

moeten zoveel mogelijk door de overheid beschermd en in balans worden gehouden, maar het zijn zeker geen *absolute* grootheden. Dit betekent dat enerzijds de uitzonderlijke vormen van onveiligheid kunnen nopen tot maatregelen als gevolg waarvan een (tijdelijke) inbreuk(en) op individuele grondrechten gemaakt wordt, maar anderzijds ook dat dergelijk inbreuken uitzonderlijke waarborgen vereisen.

De mogelijkheid om inbreuk te maken op het recht tot eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer vloeit direct voort uit art. 8 lid 2 EVRM. Het verdrag vereist dat inmenging in de persoonlijke levenssfeer een legitiem doel dient en bovendien *noodzakelijk* is. De noodzaak van de te nemen maatregelen die tevens een inbreuk betekenen op de persoonlijke levenssfeer moet worden afgewogen. Voor deze noodzakelijkheidafweging, moet worden getoetst aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit: de gevolgen van de te nemen maatregelen moeten in verhouding staan tot de nadelen ervan en tevens moeten er geen andere, minder nadelige, maatregelen mogelijk. Met andere woorden, vastgesteld moet worden dat de wetgever echt geen andere mogelijkheid open staat dan het formuleren van nieuwe bevoegdheden omdat de reeds bestaande bevoegdheden niet toereikend zijn om het doel, de collectieve veiligheid, voldoende te dienen als gevolg waarvan verdere inbreuken op de persoonlijke levenssfeer op de koop toe genomen moeten worden. De 'bewijslast' voor de noodzakelijkheid ligt aldus bij de wetgever. In zijn boek *The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror* staat filosoof en journalist Ignatieff uitgebreid stil bij het veiligheid vs. rechtendebat en neemt hierin een gematigde positie in. Aldus Ignatieff:

“Een democratische grondwet staat in geval van nood tot op zeker hoogte de opschorting van rechten toe. De rechten hebben dus niet altijd het primaat. Maar de noodzaak heeft dat evenmin. Zelfs in tijden van reëel gevaar moeten politieke autoriteiten bewijzen dat beknotting van rechten gerechtvaardigd is.”²⁷

Omdat deze rechtvaardiging geen *carte blanche* is voor politici zou deze bewijslast zwaarder moeten zijn naar mate de voorgestelde wijzigingen afwijken van systeembepalende kenmerken van het huidige stelsel van strafrecht en strafvoordring en moeten onderbouwende argumenten helder en precies worden geformuleerd.²⁸ Zoals in de volgende paragraaf zal blijken, is met name het *noodzakelijkheidvereiste*, een probleem waar het de wetgeving ter bestrijding van terrorisme betreft.

5. Na 2001: Terrorismewetgeving en de persoonlijke levenssfeer

Terrorismewetgeving is het schoolvoorbeeld van het hiervoor in paragraaf 3 reeds geduide begrip risicojustitie. Immers, op de overheid rust een grote verantwoordelijkheid om de dreiging van terrorisme zo effectief mogelijk te bestrijden, aangezien de boodschap 'we hadden het inderdaad kunnen voorkomen' bij een geslaagde terroristische aanslag onverkoopbaar is aan de burgers. De aanslagen van 11 september 2001 hebben dan ook een katalyserende werking gehad op de al eerder ingezette ontwikkeling van een op preventieve detectie gericht straf(proces) recht. Zoals uit de eerste zin van de inleiding reeds blijkt, worden inlichtingen als een van de belangrijkste methodes en middelen tegen

27 M. Ignatieff, *Het minste Kwaad. Politiek en moraal in het tijdperk van het terrorisme* [uit het Engels vertaald door BOOKMAKERS. Oorspronkelijke titel: the

Lesser Evil. *Political Ethics in an Age of Terror*] Amsterdam: Cossee 2004, p. 16.

28 Kohnstamm, *a.w.*, p. 108-109.

terrorisme genoemd.²⁹ Zowel bij het opsporen, het vervolgen als ter voorkoming van terrorisme is een goede informatiepositie van groot belang.³⁰ Veel van de kabinetsmaatregelen voor terrorismebestrijding zijn er dan ook op gericht om inlichtingendiensten, justitie en politie nog eerder in staat te stellen gegevens te verzamelen over burgers op basis van profielen of onzekere aanwijzingen waaruit zou blijken dat zij wellicht in staat moeten worden geacht om met een terroristisch oogmerk misdrijven te beramen of zelfs uit te voeren.

Hoewel de diverse wijzigingen binnen het straf(proces)recht in de literatuur al uitvoerig zijn besproken is het binnen het kader van dit artikel van belang om aandacht te besteden aan het cumulatieve effect van een aantal belangrijke genomen maatregelen. De bestrijding van terrorisme betekent in Nederland (evenals in andere landen) vooral het voorkomen van terroristische aanslagen. Dat betekent dat men zich in het strafrecht “Maar beperkt een terughoudende houding kan permitteren in de fase van de opsporing”, aldus de Minister van Justitie tijdens de behandeling van de Wet verruiming mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven.³¹ Wanneer alle terrorismewetgeving in samenhang wordt gezien, dus zowel de *materieelrechtelijk* uitbreidingen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid die

hun basis vinden in de nota “Terrorisme en de bescherming van de samenleving”³², als de *processuele* uitbreiding van diverse bevoegdheden ter bevordering van een meer efficiënte bestrijding van terrorisme, dan wordt duidelijk dat er in het kader van de terrorismebestrijding ook daadwerkelijk niet langer kan worden gesproken van een dergelijke ‘terughoudende houding’.³³ Cleiren duidde in deze context al eerder op een zogenaamd ‘multipliereffect’.³⁴ Hiermee wordt bedoeld op de ontwikkeling dat het moment waarop het strafprocesrecht kan worden ingezet door de combinatie van de wijzigingen ‘dubbelop’ naar voren wordt gehaald. Immers, niet alleen wordt het moment van strafvorderlijk optreden naar voren gehaald door de introductie van de ‘aanwijzing’, ook zijn tegelijkertijd diverse delictsomschrijvingen uitgebreid tot situaties die tot voor het moment van de wetswijzigingen wegens onvoldoende ‘voltooidheid’ nog niet onder het strafrecht vielen (vergelijk de uitbreiding van de samenspanning en de strafbare voorbereiding). Dit multipliereffect heeft vergaande gevolgen voor de ‘macht’ van opsporings- en inlichtingendiensten. Bijzondere opsporingsbevoegdheden kunnen worden ingezet zonder dat een redelijk vermoeden van schuld is vereist. Louter een ‘aanwijzing’ gebaseerd op zogenaamde zachte informatie is voldoende om onderwerp van

29 E.R. Muller, “Trends in terrorisme en terrorismebestrijding”, in: E.R. Muller, U. Rosenthal en R. de Wijk (red.), *Terrorisme: studies over terrorisme en terrorismebestrijding*, Deventer: Kluwer 2008, p. 903-917

30 E.R. Muller, “Modern Terrorism en Moderne Terrorismebestrijding”, in: E. van Dongen e.a. (red.), *Terrorismebestrijding met Mensenrechten*, Leiden: Stichting NJCM Boekerij 42 2005, p. 40.

31 *Handelingen II*, 2003/04, nr. 33, p.3338.

32 *Kamerstukken II* 2002/03, 27 925, nr. 94.

33 Voor een uitgebreide beschrijving van de gevolgen van de wijzigingen zie M.A.H. van der Woude, “Veiligheid

ten koste van Waarheid en Waarheidsvinding”, in: J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij en J. ten Voorde (red.), *De Waarde van Waarheid: Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het Strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 335-355.

34 C.P.M. Cleiren, “Aanwijzingen voor de wetgeving bij veiligheidsvraagstukken en terrorismebestrijding. Grenzen aan de dynamische wisselwerking tussen materieel en formeel strafrecht”, in: W. Huisman, L.M. Moerings en G. Suurmond (red.), *Veiligheid en Recht: Nieuwe doelwitten en strategieën*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 183.

vergaand onderzoek te worden.³⁵ De mogelijkheid tot het vorderen van gegevens in het kader van het opsporingsonderzoek was al eerder verruimd met de in 2006 in werking getreden Wet Bevoegdheden Vorderen Gegevens.³⁶ Als gevolg van deze wet beschikken politie en justitie over welhaast onbegrensde bevoegdheden om gegevens te vorderen. Niet alleen zijn de mogelijkheden om in het kader van het hierboven besproken verkennend onderzoek informatie te verzamelen verruimd, tevens gaat het om een verruiming van de mogelijkheden om personen te fouilleren buiten de concrete verdenking van een strafbaar feit, om een verruiming van de toepassingsmogelijkheden van bijzondere opsporingsbevoegdheden zoals stelselmatige observatie en de telefoontap, om het mogelijk maken van bewaring bij verdenking van een terroristisch misdrijf, ook buiten het geval van ernstige bezwaren en om een mogelijkheid tot uitstel van volledige inzage van processtukken.³⁷ Doordat het moment van strafvorderlijk optreden dubbelop naar voren is gehaald, kunnen inlichtingen- en opsporingsdiensten reeds in een zeer vroeg stadium beginnen met verzamelen en verwerken van gegevens van verdachte en onverdachte burgers in de hoop *potentiële* terroristen te identificeren en te traceren. Door de introductie van de ‘aanwijzing’ als moment waarop de bijzondere opsporingsbevoegdheden ingezet mogen worden, is het nu ook mogelijk om de bijzondere opsporingsbevoegdheden te hanteren tijdens het hiervoor besproken verken-

nend onderzoek, iets wat de wetgever toentertijd expliciet heeft willen vermijden:

“Het verkennend onderzoek maakt geen deel uit van het opsporingsonderzoek, zoals dat wordt omschreven in artikel 132a, maar gaat daaraan vooraf. Het is geen opsporing maar valt wel onder strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Er mogen geen opsporingsbevoegdheden worden gebruikt.”³⁸

Waar Brouwer in 2000 reeds opmerkte dat de regeling voor het verkennend onderzoek met het ‘aanwijzingscriterium’ zou kunnen leiden tot wat door hem een ‘nieuwe wetgevingsspiraal’ werd genoemd – het verruimen van bevoegdheden in het Wetboek van Strafvordering als gevolg van het bestaan van ruimere bevoegdheden in bijzondere wetten – is deze wetgevingsspiraal met de nieuwe terrorismewetgeving werkelijkheid geworden.³⁹

Veel van de werkzaamheden van de inlichtingen en opsporingsdiensten zullen in ‘in het belang van het onderzoek’ onopgemerkt en onbekend blijven, vooral voor de persoon die ten onrechte voorwerp van onderzoek is geweest.⁴⁰ Uit de al eerder aangehaalde evaluatie van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden blijkt namelijk dat de notificatieplicht – de plicht om de betrokkene op de hoogte te stellen van het feit dat er tegen hem of haar bijzondere opsporingsbevoegdheden zijn gebruikt – amper wordt nageleefd. Hierdoor wordt het mogelijk om op

35 *Kamerstukken II 2004/05*, 30 164, nr. 3, p. 9-10, *Kamerstukken II 2004/05*, 30 164, nr. 12, p. 3-4.

36 Wet van 16 juli 2005, *Stb.* 2005, 390 en *Stb.* 2005, 609 i.w.tr. 1 januari 2006.

37 Cleiren, *a.w.*, p. 187.

38 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 49.

39 D.V.A. Brouwer, “Het verkennend onderzoek in straf-

zaken en de wetgevingsspiraal”, *NJB* 2000, p. 636-640.

40 Kohnstamm, *a.w.*, p. 104; Y. Buruma, *Privacy en veiligheid: de passie voor de werkelijkheid*, 2008, publicatie verschenen naar aanleiding van het Symposium Veiligheid en Privacy: Zoektocht naar een nieuwe balans op 1 november 2007 georganiseerd door het CBP, online te raadplegen via <http://hdl.handle.net/2066/59420>.

heimelijke wijze allerhande gegevens over burgers te vergaren.⁴¹ Niet alleen het vergaren en het opslaan van allerhande persoonlijke gegevens is problematisch, de volgende stap is immers de vraag ‘Wat te doen met deze informatie?’. Zonder te lichtvaardig te willen spreken over het belang van inlichtingendiensten, een goede informatiepositie is immers onomstreden, is het op deze plek wel van belang om stil te staan bij enkele problemen. Muller wijst op de moeilijkheid om de verzamelde gegevens vervolgens correct te interpreteren en op basis van ‘de brij aan gegevens’ verantwoorde dreigings- en risicoanalyses te maken: Lang niet alle gegevens zullen betrouwbaar zijn en de verbanden die tussen de gegevens gelegd worden, zullen vaak hypothetisch zijn.⁴² Deze moeilijkheden zullen alleen maar toenemen naarmate er meer gegevens verzameld kunnen worden. Ook Buruma wijst op de beperkte betrouwbaarheid van het profileren en ‘het leggen van verbanden en het vinden van toevalligheden in grote bestanden.

“De betrouwbaarheid daarvan – en dus ook de betrouwbaarheid met het oog op het nut voor het optreden met het oog op de veiligheid – is altijd beperkt.”⁴³

De stroom aan terrorismewetgeving die tot stand is gekomen na 2001 heeft duidelijk een grote, negatieve, impact gehad op het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. De vraag die rijst is: is dit alles *noodzakelijk*?

Terug naar het noodzakelijkheidvereiste

Opvallend aan de wetsvoorstellen is dat de *noodzaak* tot het nemen van de wijzigingen, het vereiste dat op basis van art. 8 lid 2 EVRM vervuld moet zijn om een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer te rechtvaardigen, niet of nauwelijks wordt aangetoond. Wanneer men de memories van toelichting van de verschillende wetsvoorstellen ter bestrijding van terrorisme naast elkaar legt, dan valt op dat ter onderbouwing van de noodzakelijkheid van de daarin gepresenteerde maatregelen hoofdzakelijk is gebaseerd op een ‘standaard’ verwijzing naar een algemeen abstract dreigingsbeeld (‘de’ dreiging), in combinatie met een bijna ‘vanzelfsprekende’ aanname van het tekortschieten van het bestaande strafrechtelijk instrumentarium. Op welke punten het huidige stelsel vervolgens exact tekort zou schieten blijft vervolgens onduidelijk. In de memorie van toelichting van de wet verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven wordt gesteld dat een analyse van de bestaande strafvorderlijke bevoegdheden is gemaakt en dat op basis daarvan vastgesteld is dat deze ontoereikend zouden zijn om het terrorisme het hoofd te bieden.⁴⁴ De analyse is echter niet in de memorie opgenomen. Aan het advies van de Raad van State om, omwille van een gedegen onderbouwing van de *noodzaak* van het voorstel dat ingrijpende wijzigingen in het stelsel van strafvordering met zich mee zou brengen, deze analyse openbaar te maken en om die reden in de Memorie op te nemen, werd ook geen gehoor gegeven.⁴⁵ Met het oog op de cumulatieve ef-

41 Buruma, *a.w.*

42 Muller, *a.w.*, p. 40.

43 Buruma, *a.w.*

44 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 3, p. 6-7.

45 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 5, p. 2. Aldus de Raad van State: “Juist bij een wetsvoorstel dat ingrij-

pende wijzigingen van het stelsel van strafvordering voorstelt, is een dergelijke argumentatie echter onontbeerlijk. Daarom adviseert de Raad de genoemde analyse – die kennelijk reeds voorhanden is – in de toelichting op te nemen en aan de hand daarvan de noodzaak van het voorstel gedegen te beargumenteren.”

fecten van de genomen maatregelen evenals met het oog de in 2001 reeds verruimde en positief geëvalueerde opsporingsbevoegdheden in de Wet BOB⁴⁶ en de onbegrensde bevoegdheden die gecreëerd zouden worden met de (toentertijd als wetsvoorstel aanhangig bij de Eerste Kamer) Wet Bevoegdheden Vorderen Gegevens is een dergelijke summier onderbouwing van de wet verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven onbegrijpelijk. Niet alleen is (het gebrek aan) de onderbouwing onbegrijpelijk, met het oog op de bescherming van het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is de onderbouwing ook ontoereikend om een inbreuk hierop te rechtvaardigen. Louter onder verwijzing naar algemene observaties als 'de dreiging' en de 'het tekortschieten van de bestaande maatregelen' waardoor een wetswijziging dus noodzakelijk zou zijn en inbreuken op de persoonlijke levenssfeer gerechtvaardigd, kan een wijziging niet onderbouwd worden. Niet alleen de Raad van State heeft aangedrongen op een meer solide onderbouwing van de noodzaak van de nieuwe bevoegdheden, ook het College Bescherming Persoonsgegevens heeft het kabinet uitdrukkelijk hiertoe opgeroepen door middel van een brief aan de Minister van Justitie⁴⁷. In de brief geeft het CBP niet alleen aan dat de noodzaak van uitbreiding van bevoegdheden tot het verzamelen van informatie niet is aangetoond, tevens waarschuwt ze voor de gevolgen van de vermenging van de taken

van veiligheidsdiensten en politie en ook voor het gebrek aan het ontbreken van een adequate en structurele controle op het proces van het verzamelen en delen van de informatie. In het rapport Data voor Daadkracht waarschuwt de Adviescommissie Informatiestromen Veiligheid ook voor het te lichtvaardig uitbreiden van opsporingsbevoegdheden ten koste van de persoonlijke levenssfeer:

“Bij het zoeken naar gegevens in geautomatiseerde gegevensbestanden kan de privacy van de burgers in het geding raken. Het gevaar is niet denkbeeldig dat de overheid onder verwijzing naar de strijd tegen het terrorisme de bevoegdheden van inlichtingen- en opsporingsdiensten voor het verkrijgen van gegevens uit data bases zodanig uitbreidt dat het evenwicht in de balans tussen privacy en veiligheid verdwijnt. Op die manier kan een onwenselijke tegenstelling tussen privacy en veiligheid ontstaan. Het zijn beide kernwaarden die door de overheid beschermd moeten worden en in balans gehouden.”⁴⁸

Ondanks de summier onderbouwing van het nut en de noodzaak, zelfs na dringende doch niet dwingende adviezen van de Raad van State en het CBP om de noodzaak beter te beargumenteren, zijn veel maatregelen ter bestrijding van terrorisme in werking getreden. De exacte belangenafweging die ten grondslag heeft gelegen aan de wetgeving, en waarom deze bijna als vanzelfsprekend in het voordeel van de

46 In 2004 is de tweede fase van de evaluatie van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden door het WODC afgerond. Uit deze evaluatie kwam onder meer naar voren dat de met opsporing bevoegde instanties prima uit de voeten kunnen met de als gevolg van deze wet verruimde bevoegdheden. A. Beijer e.a., *Evaluatie van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden*, Den Haag: Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatie-

centrum 2004.

47 Brief van het CBP aan de Minister van Justitie, 22 september 2004, kenmerk z2004-1222. Te raadplegen via http://www.cbweb.nl/downloads_overig/br_pb_20040921.pdf.

48 Adviescommissie Informatiestromen Veiligheid, *Data voor Daadkracht, Gegevensbestanden voor veiligheid: observaties en analyses*, Den Haag 2007, p. 10.

veiligheid en in het nadeel van de persoonlijke levenssfeer is uitgevallen, blijft hierdoor echter onduidelijk.

6. **Balanceren op het randje van de afgrond?**

Met de verschuiving van het klassieke strafrecht naar risicostatistiek is het achterliggende mensbeeld veranderd van een in principe verantwoordelijk te houden burger naar een a priori voor onverantwoordelijk gehouden object van controle. Betekent dit dat vergaande inbreuken in de persoonlijke levenssfeer burgers ten behoeve van de 'controle' en het 'beheersen van de risico's' zo maar geaccepteerd moeten worden? Nee, zeker niet. In het precaire proces van 'balancing' tussen het bieden van veiligheid aan de samenleving enerzijds en het eerbiedigen van de persoonlijke levenssfeer van burgers anderzijds is de wetgever, naast de instanties die de wetgeving in de praktijk moeten handhaven, een belangrijke – zo niet de belangrijkste – schakel. Dit betekent dat het tot stand komen van wet- en regelgeving op basis van niet transparante en daardoor niet kenbare belangenafwegingen en principes onwenselijk is en gezien vanuit het oogpunt van legitimiteit van de wetgeving problematisch. Daar zowel veiligheid als het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer gezien vanuit de rechtsstaatgedachte evenveel aandacht verdienen binnen het proces van totstandkoming van wetgeving, moet op een of andere wijze inzichtelijk worden gemaakt dat de wetgeving tot stand is gekomen als gevolg van een eerlijk en zorgvuldig afwegingsproces

waarbij er enerzijds rekening wordt gehouden met de door de wetgeving te beschermen belangen (bijv. veiligheid), maar anderzijds ook met de belangen die geraakt of aangetast kunnen worden door de wetgeving (bijv. fundamentele beginselen, grondrechten en andere vrijheden).⁴⁹

Naast het ontbreken van een transparante belangenafweging blijven ook vragen betreffende de (beoogde) effectiviteit van de maatregelen onbesproken in de kamerstukken. De effectiviteitsvraag verwijst dan naar de mate waarin de beoogde doelstelling van de overheid ook daadwerkelijk gerealiseerd kan worden. Hiermee is de effectiviteitsvraag ook een belangrijk aspect van het antwoord op de vraag of de maatregelen *noodzakelijk* zijn. Door deze vraag niet expliciet (dwingend) te formuleren wordt immers vooraf niet duidelijk op welke wijze de doorgevoerde en voorgestelde wijzigingen zullen moeten gaan bijdragen aan het bestrijden van de terroristische dreiging. Juist door het ontbreken van horizonbepalingen bestaat er voor de overheid ook achteraf geen verplichting om – voor zover mogelijk – de effectiviteit van de wet (swijziging) te meten.⁵⁰

Het lijkt erop dat waar het de bestrijding van (inter)nationaal terrorisme betreft, de balans flink is uitgeslagen richting de kant van 'de veiligheid' ten koste van de persoonlijke levenssfeer, zónder dat de daarvoor benodigde noodzakelijkheid van de maatregelen voldoende is vastgesteld. Omwille van de kwaliteit en de legitimiteit van de wetgeving en de daaruit voortvloeiende inbreuken op grondrechten van burgers is het van belang dat de wetgever

49 W. Voermans, *Het vertrouwen in de wetgever, of de x-factor van de wet*, Rede uitgesproken tijdens de jaarvergadering van de Vereniging voor Wetgeving en wetgevingsbeleid op 26 april 2006 (gepubliceerd samen met de preadviezen in de reeks van de vereniging 2007). In zijn rede maakt Voermans een onderscheid tussen

inhoudelijke legitimiteit en procedurele legitimiteit.

50 V. Bekkers, "Imago en Legitimiteit", in: W. Kickert, L. Cachet, F.B. van der Meer en L. Schaap (red.), *Liefde voor het Openbaar Bestuur en Liefde voor de Bestuurskunde*, Delft: Eburon 2007, p. 38-44.

zich volledig bewust is van zijn hoofdrol in de zoektocht naar de balans tussen beide waarden. Alle zeilen moeten worden bijgezet om te zorgen dat nieuwe terrorismewetgeving is gebaseerd op beslissingen op basis van rationele criteria en toetsingsschema's, en niet op pragmatisme, politieke druk en zelfs door 'paniek'.⁵¹

51 Een eerste aanzet tot een toetsingskader is gegeven in de nog te verschijnen bijdrage van Van der Woude 2009, *a.w.*