



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Normering en toezicht in de opsporing: Een onderzoek naar de normering van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen

Samadi, M.

Citation

Samadi, M. (2020, June 4). *Normering en toezicht in de opsporing: Een onderzoek naar de normering van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen*. Meijers-reeks. Boomjuridisch, Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/138388>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/138388>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/138388> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Samadi, M.

Title: Normering en toezicht in de opsporing: Een onderzoek naar de normering van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen

Issue Date: 2020-06-04

4 | Ontwikkeling van het strafvorderlijk normenkader

4.1 INLEIDING

In de voorgaande hoofdstukken is het normeren als activiteit onder de loep genomen en is gezocht naar de onderliggende redenen voor het in het leven roepen van (strafvorderlijke) rechtsnormen). Om een beeld te krijgen van de (complexiteit van) redenen die ten grondslag liggen aan de normering van het strafproces is het echter van belang om de ontwikkeling van het huidige strafvorderlijk normenstelsel in kaart te brengen. In dit hoofdstuk wordt daarom een nadere blik geworpen op deze strafvorderlijke normen en de wijze waarop het thans bestaande normatief kader tot ontwikkeling is gekomen. Deze regels vormen samen het speelveld van normen waaraan het handelen van opsporingsambtenaren dient te beantwoorden. Naast de meer theoretische onderliggende waarden die deze normen hebben, kunnen er ook – veelal naar aanleiding van maatschappelijke en politieke ontwikkelingen – meer pragmatische en praktische redenen aangewezen worden die ten grondslag hebben gelegen aan de totstandkoming van deze regels. Zoals in het vorige hoofdstuk reeds opgemerkt, staan deze ontwikkelingen niet los van de weging en invulling van de onderliggende waarden van strafvorderlijke normen maar beïnvloeden zij zowel de wijze waarop deze waarden worden ingevuld als het belang dat gehecht kan worden aan deze waarden. In dit hoofdstuk volgt een algemene schets van de ontwikkeling van het strafprocesrecht sinds de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafvordering in 1926. Met de invoering van het huidige Wetboek van Strafvordering werd beoogd een samenhangend, overzichtelijk en toegankelijk stelsel van strafprocessuele normen vast te leggen. Gestreefd werd dan ook om het strafprocesrecht zoveel mogelijk bij de wet te regelen en zo tegemoet te komen aan de verschillende waarden van het strafproces. Ten gevolge van verschillende politieke en juridische ontwikkelingen is dit kader echter steeds nader aangevuld met verschillende soorten normen. De vraag is dan ook hoe dat speelveld van normen er thans uitziet.

Het is vanzelfsprekend een onmogelijke taak om in detail op alle belangrijke ontwikkelingen in te gaan die zich in de afgelopen decennia hebben voorgedaan. Beoogd wordt dan ook niet een volledig beeld te geven van het gehele strafprocesrecht, maar slechts een bespreking op hoofdlijnen van de ontwikkeling van het normatief kader waar het handelen van politie en justitie in het kader van de opsporing aan dient te beantwoorden. De onderstaande beschrijving is grotendeels ingestoken vanuit de historische ontwikkeling van de

normering van het strafproces en de indeling in de verschillende paragrafen correspondeert veelal met bepaalde periodes. Die ontwikkelingen laten zich niet altijd strikt van elkaar onderscheiden, maar vallen samen en zijn soms het gevolg van dezelfde maatschappelijke gebeurtenissen. Om toch tot een gestructureerde bespreking te komen van het verloop van strafvorderlijke regelgeving is het aldus van belang een keuze te maken in de wijze waarop deze ontwikkeling wordt geschetst. In het hiernavolgende is gekozen voor een chronologische bespreking waarbij de invoering van de strafvorderlijke norm het startpunt vormt van de bespreking. Bij de bespreking zal de politieke en maatschappelijke tijdsgeest zoveel mogelijk in relatie worden gebracht met de ontwikkelingen in het strafproces en zal daar waar nodig de samenloop van de verschillende ontwikkelingen worden geduid.

4.2 CODIFICATIE VAN HET STRAFPROCES

Hoewel de eerste Nederlandse Criminele Ordonnantiën al uit de 16^{de} eeuw stammen, en zelfs strafprocessuele regels voor die tijd aanwezig waren, werd pas na de onafhankelijkheid van de Franse bezetter in het begin van de 19^{de} eeuw het eerste Nederlandse Wetboek van Strafvordering ingevoerd.¹ Voor die tijd was er geen sprake van een coherent en uniform strafproces.² De invoering van een strafvorderlijk wetboek waarin het gehele strafproces werd geregeld hing (deels) samen met de behoefte om te komen tot een meer systematische ordening van het strafproces en de erkenning van de rechten van de burger tegenover de staat. Deze ontwikkeling was sterk beïnvloed door de codificatiegedachte die in de 18^{de} eeuw ook in Nederland voet aan de grond kreeg. In de eerste Nederlandse grondwet van 1798 werd immers al een codificatieplicht voor de wetgever in het leven geroepen.³ Hoewel codificatie op verschillende wijze kan worden uitgelegd, verwijst de codificatieplicht voor de wetgever doorgaans naar het op samenhangende en stelselmatig wijze vastleggen van wetten in formele zin en in 'algemene wetboeken' om de rechtseenheid en rechtszekerheid te bevorderen.⁴

Deels hangt de codificatie van het Wetboek van Strafvordering ook samen met de wens om na de onafhankelijkheid van Frankrijk eigen Nederlandse wetgeving te creëren. Het Wetboek van Strafvordering uit 1838 was echter nog steeds grotendeels gebaseerd op het daarvoor geldende Franse Code d'Instructions Criminelles. Velen merkten dan ook op dat dit wetboek niet meer

1 Simons 1925, p. 3-16; Drenth 1939, p. 186-210.

2 Simons 1925, p. 11-12.

3 Art. 28 Burgerlijke en Staatkundige Grondregels van de Staatsregeling van 1798; Het codificatieartikel staat thans in art. 107 Grondwet.

4 *Kamerstukken II*, 1977/78, 15046, 3, p. 4; Zie voor verschillende interpretaties van codificatie Nolte 1948, p. 2-3.

was dan een vertaling van het oude Franse wetboek, bovendien was er behoefte aan een meer doordacht stelsel van strafvordering.⁵ Dit resulteerde uiteindelijk in een gedeeltelijke herziening van het wetboek in 1886.⁶ Het ging hierbij echter om maar een zeer beperkte herziening, en raakte niet aan de beginselen van het strafproces.⁷ Evenals in het oude wetboek, bleef het onderscheid tussen het vooronderzoek, gekenmerkt door een geheim en schriftelijk onderzoek waarin de verdachte (toen nog beklaagde) geen procespartij was, en een openbaar en mondeling eindonderzoek, gehandhaafd.⁸ Aangezien ook dit wetboek niet substantieel was gewijzigd ten opzichte van het vorige wetboek, en daarmee dus nog steeds grotendeels afgeleid was van het Franse strafprocesrecht, bleef de behoefte bestaan om een geheel nieuw en eigen Nederlands wetboek in te voeren.⁹ Bovendien bestond in de politiek steeds meer aandacht voor de positie van de verdachte en zijn rechten.

Aan deze behoefte werd vanaf het begin van de 20^{ste} eeuw gehoor gegeven. De Staatscommissie Ort hield zich vanaf 1910 bezig met de samenstelling van een geheel nieuw Wetboek van Strafvordering. Het ontwerp van dit wetboek werd uiteindelijk in 1920, na een aantal keer te zijn gewijzigd, behandeld in de Tweede Kamer. De behandelingen en openbare zittingen brachten nog een aantal andere wijzigingen met zich waarna het wetboek uiteindelijk in 1926 in werking trad.¹⁰ Dit wetboek bracht een aantal principiële wijzigingen in het strafproces met zich.¹¹ Zo werden voor het eerst expliciet rechten toegekend aan de verdachte in het strafvorderlijke vooronderzoek. Drenth merkt hierover op dat niet langer werd gesproken van de beklaagde maar van de verdachte. Hiermee veranderde ook zijn positie in het vooronderzoek van 'object van onderzoek' tot 'subject van rechten'.¹² Niet alleen de procespositie van de verdachte werd verbeterd, maar ook de bevoegdheden van het OM en andere opsporingsambtenaren werden flink uitgebreid en duidelijk in de wet neergelegd. Over het algemeen ging het hier om bevoegdheden die ook reeds voor de invoering van dit wetboek aangewend werden door opsporingsambtenaren, maar die nu duidelijker en zorgvuldiger omschreven werden in

5 Zie voor de beschrijving van Drenth van de bespreking in de Tweede Kamer naar aanleiding van de herziening van het wetboek van 1838: Drenth 1939, p. 216.

6 Drenth 1939, p. 216-217; Minkenhof/Reijntjes 2006, p. 8-9.

7 Simons 1925, p. 18-19.

8 Simons 1925, p. 16-17.

9 Minkenhof/Reijntjes wijst op het feit dat de wijzigingen eigenlijk enkel zagen op de regeling van het voorarrest en aanpassingen die gepaard gingen met wijzigingen in de Wet RO, Minkenhof/Reijntjes 2006, p. 9.

10 Invoeringswet Strafvordering, Wet van 29 juni 1925, *Stb.* 1925, 308.

11 Zie uitgebreid Lindenberg 2002.

12 Drenth 1939, p. 221.

het wetboek.¹³ Uiteindelijk streefde de wetgever er immers naar om – conform het uitgangspunt van de codificatie – het strafprocesrecht zoveel mogelijk in één systematisch wetboek te regelen en zoveel mogelijk tegemoet te komen aan de gedachte dat de rechten van burgers tegenover de staat erkenning verdienen en inbreuken op dergelijke rechten op de wet gebaseerd moeten zijn:

‘Het Ontwerp breidt de rechten uit van de vervolgende autoriteit en van den verdachte. Bij het eerste is gestreefd naar waarborgen tegen een sterk ingrijpen in individuele rechten waar de noodzakelijkheid dit niet dringend vordert; bij het tweede naar eene zoodanige omschrijving, dat het belang van het onderzoek niet in gevaar kan worden gebracht.’¹⁴

Een streven dat voortvloeit uit de codificatiegedachte en doorklinkt in het eerste artikel van het wetboek. Kortom, dit Wetboek van Strafvordering uit 1926 vormt sinds zijn inwerkingtreding de grondslag van de bevoegdheden van politie en justitie in het kader van de opsporing en vervolging van strafbare feiten.

Ondanks het streven om het strafproces zo volledig mogelijk in het Wetboek van Strafvordering te regelen, waren de bevoegdheden van politie en justitie niet uitputtend in de wet neergelegd. Ten eerste bestond reeds in het wetboek de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur nadere strafvorderlijke regels in te stellen.¹⁵ Ook het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel wordt zo geïnterpreteerd dat het er niet aan in de weg staat dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld omtrent de wijze van uitvoering van strafvorderlijke bevoegdheden.¹⁶ Ten tweede gaf het wetboek enkel de regels aan van het handelen vanaf het moment dat sprake was van verdenking van een strafbaar feit: de fase van opsporing. Dat betekent dat de toezicht- en controlebevoegdheden van de politie daarmee direct al buiten dit wetboek vielen. Bovendien was deze opsporingsfase – en daarmee de verschillende bevoegdheden van opsporingsambtenaren in deze fase – maar zeer summier genormeerd in de wet. Het feit dat het wetboek geen uitgebreide regeling van de opsporing en vervolging bevatte hing groten-deels samen met het dominante kader van het gerechtelijk vooronderzoek. Door de rol die de rechter-commissaris daarbinnen speelde, was er weinig

13 Bijvoorbeeld de bevoegdheid tot inbeslagname, deze was voorheen onvolledig en verspreid over diverse artikelen geregeld maar werd in het wetboek van 1926 samengebracht onder één afdeling. Zie hierover Simons 1925, p. 100; maar ook andere bevoegdheden die daarvoor niet geregeld waren in het wetboek werden nu wel uitdrukkelijk geregeld, zoals het onderzoek aan het lichaam of aan de kleding (art. 56 Sv), zie Simons 1925, p. 95.

14 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3, p. 59.

15 Zie Corstens 1987, p. 99 voor een bespreking van diverse artikelen uit het Wetboek van Strafvordering waar aan de lagere wetgever wordt gedelegeerd.

16 HR 26 februari 1985, *NJ* 1985/595, m.nt. Van Veen.

behoefte aan een gedetailleerde normering van de opsporing. In de memorie van toelichting weegt de wetgever de verschillende mogelijkheden voor de wijze (of mate van detail) waarin strafvorderlijke normen geregeld kunnen worden. De wetgever kan:

‘ofwel aan de vervolgende Overheid hare rechten zoo zuinig mogelijk toe te bedeele, haar niet meer macht toekennen dan streng noodzakelijk, ten einde op die wijze de belangen der individuen zoo min mogelijk te treffen, en dan daartegenover ook de rechten van het individu bij het optreden van die Overheid aan zeer beperkende maatregelen binden, d.w.z. men kan uit wantrouwen tegenover beide partijen, aan beide partijen niet meer bevoegdheden toekennen dan even noodzakelijk is. Of wel (...) Men kan ruime rechten toekennen aan politie en justitie, doch de uitvoering ervan, voorzover dit mogelijk is, stellen onder de controle van den onafhankelijken rechter.’¹⁷

Uiteindelijk koos de wetgever deze tweede optie en werden de strafvorderlijke rechten en bevoegdheden in brede zin opgesteld. Deze keuze heeft grote gevolgen gehad voor de latere ontwikkeling van het strafvorderlijk normatief kader. De ruime bevoegdheidstoedeling bracht immers ook een brede discretionaire ruimte voor opsporingsambtenaren met zich dat later door de rechter – en daarna door het OM – nader moest worden genormeerd.

4.3 OPKOMST VAN BIJZONDER STRAFRECHT

Ondanks de bedoeling van de wetgever om aansluiting te vinden bij de codificatiegedachte en het strafproces – en al in 1886 het strafrecht – zoveel mogelijk in één wetboek te regelen, werd tamelijk snel na de invoering van het Wetboek van Strafvordering ook regelgeving in afzonderlijke bijzondere wetten in het leven geroepen. Al vrij snel na de invoering van het Wetboek van Strafrecht werd in 1890 de Wapenwet ingevoerd.¹⁸ Deze regeling was zeer bescheiden en bevatte slechts zes artikelen, waarvan geen enkel artikel gewijd was aan de opsporing van de strafbaarstellingen. Pas enige tijd na de Tweede Wereldoorlog ontstond de behoefte om repressiever op te treden tegen verboden wapenbezit als gevolg waarvan de – inmiddels in 1919 aangepaste – Vuurwapenwet werd aangevuld met de Wet tot wering van ongewenste handwapenen en later vervangen door de huidige Wet wapens en munitie.¹⁹

¹⁷ *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3, p. 55.

¹⁸ Wet van 9 mei 1890, *Stb.* 1890. 81; Sackers wijst als reden voor de invoering van deze wet na de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht naar de onenigheid in de Kamer over het nut van een dergelijk verbod. De Kamerleden gaven er uiteindelijk de voorkeur aan te werken met een systeem van gekwalificeerde delicten, waarbij op misdrijven gepleegd met een wapen een hogere straf zou staan, Sackers 2012, p. 35.

¹⁹ Zie uitgebreid over de geschiedenis van de wapenwetten, Sackers 2012, p. 33-68.

De bevoegdheden voor de handhaving en opsporing van de WWM werden dan ook pas later afzonderlijk geregeld, eerst in richtlijnen en daarna in de WWM.²⁰

Andere bijzondere wetten volgden al snel na de Wapenwet. In 1928 trad ook de Opiumwet in werking, naar aanleiding van het in 1925 gesloten Internationale Opiumverdrag.²¹ Tot aan de zestiger jaren bestond er weinig strafrechtelijke aandacht voor opiumdelicten en speelden drugs geen groot probleem in de Nederlandse maatschappij. Dit veranderde echter gedurende de jaren 60 en 70 als gevolg van de komst van toenemend drugsgebruik (en nieuwe drugssoorten) en de populariteit van marihuana en hasjiesj.²² Ondanks dat de Opiumwet maar weinig strafvorderlijke bepalingen bevatte – de wetgever had slechts een verruiming van een aantal opsporingsbevoegdheid opgenomen in artikel 10 van die wet²³ –, had de wet vanwege de maatschappelijke veranderingen in de jaren 60 en 70 alsnog een aanzienlijke invloed op het strafprocesrecht. Als gevolg van de toename in drugsdelicten kwamen vanaf de tweede helft van de jaren 70 veel richtlijnen en aanwijzingen van het OM ten aanzien van de opsporing en vervolging van opiumdelicten tot stand.²⁴

In deze periode kwamen ook op andere treinen steeds meer afzonderlijke wetten, zoals de in 1935 ingevoerde Wegenverkeerswet en de Wet economische delicten uit 1951, waarin een aantal ordeningswetten is vastgelegd. Niet veel later werd ook het fiscale strafrecht door middel van een bijzondere wet ingevoerd in de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen.²⁵ Hoewel de opsporing van al deze feiten dikwijls ook onder het Wetboek van Strafvordering kon worden uitgevoerd, bevatten deze wetten (inmiddels) een groot aantal afzonderlijke strafvorderlijke bevoegdheden. De reden van afzonderlijke toekenning van opsporingsbevoegdheden in deze bijzondere wetten is dat deze bevoegdheden doorgaans een ruimer bereik hebben dan de algemene bevoegdheden in het Wetboek van Strafvordering, en daarom eerder kunnen worden toegepast.

Hoewel het uitgangspunt dat het straf- en strafprocesrecht bij voorkeur in algemene wetboeken geregeld dienen te zijn om zo de rechtseenheid en rechtszekerheid te bevorderen, nog steeds bestaat, is er aldus vanaf na de Tweede Wereldoorlog een proliferatie van bijzondere strafwetten waarneembaar. De meeste bijzondere wetten bevatten aanvankelijk weinig strafvorderlijke regelingen, maar inmiddels hebben de bijzondere wetten ook afzonderlijke strafvorderlijke regelingen. Bovendien gaat een aantal van deze wetten gepaard

20 De eerste richtlijnen zijn afkomstig uit het einde van de jaren 70, zie Sackers 2012, p. 264-267.

21 *Stb.* 1928, 356.

22 Zie Blom 2008, p. 1-36.

23 Het huidige art. 9 Opiumwet.

24 Zie verder § 4.6.

25 *Stb.* 1959, 301.

met eigen richtlijnen en aanwijzingen voor de strafvorderlijke overheid waarin eveneens het handelen van politie en justitie nader is genormeerd.²⁶

4.4 MENSENRECHTEN EN HET STRAFPROCES

Het concept mensenrechten en de gedachte dat het individu beschermd dient te worden tegen de staat was aan het begin van de 19^{de} eeuw niet nieuw. De invoering van de Grondwet in 1798, maar ook de discussies in het parlement ten tijde van de invoering van het Wetboek van Strafvordering, maken duidelijk dat dit onderwerp al lang deel uitmaakte van het politieke en juridische debat.²⁷ Reeds in 1926 werden de rechten van (verdachte) burgers expliciet erkend in het Wetboek van Strafvordering en werd er belang gehecht aan de bescherming van de individuele vrijheid van burgers in het kader van het strafproces. Toch duurde het nog tot in de jaren 50 eer daadwerkelijk aandacht ontstond voor deze kwestie. Al snel na de invoering van het Wetboek van Strafvordering werd het 'individualistische' karakter van het wetboek bekritiseerd. Zowel tijdens als na de invoering van het wetboek in 1926 gingen veel stemmen op om de rechten van de verdachte – met name het zwijgrecht en het recht op vrije verkeer met raadsman – in te perken dan wel af te schaffen.²⁸ Het wetboek werd geacht te veel waarde te hechten aan het belang van (de bescherming van) het individu ten opzichte van de staat of de gemeenschap. Drenth brengt deze ontwikkeling in verband met de politieke opvattingen van die tijd: 'Aan deze richting is niet vreemd de Nationaal-socialistische les, die in haar anti-individualistische strekking het recht van de gemeenschap sterk op den voorgrond plaatst.'²⁹

Na de Tweede Wereldoorlog veranderde het politieke en maatschappelijke denken en ontstond veel aandacht voor de bescherming van het individu tegen de staat. In deze 'bevrijdingspolitiek' van vlak na de Tweede Wereldoorlog

26 De meeste bijzondere wetten hebben strafvorderingsrichtlijnen, maar hier zijn veelal slechts richtlijnen in opgenomen ten aanzien van de wijze waarop standaarddelicten worden afgedaan. Daarnaast zijn er ook aanwijzingen voor de opsporing van bepaalde bijzondere delicten, bijvoorbeeld voor economische, milieu- en fraudedelicten; zie Aanwijzing bemonstering en analyse milieudelicten (2009A017); Aanwijzing sociale zekerheidsfraude (2016A001); Aanwijzing handhaving Arbeidsomstandighedenwet en arbeidstijdenwet (2018A006); ook andere bijzondere wetten hebben aanwijzingen voor de opsporing, in het bijzonder de WWV (zie onder andere Aanwijzing feitgecodeerde misdrijven, overtredingen en muldergedragingen (2017A009) en Aanwijzing meting snelheidsoverschrijdingen (2015A005)); de Opiumwet Aanwijzing Opiumwet (2015A003).

27 In het buitenland waren veel mensenrechten zelfs lang daarvoor reeds gecodificeerd, zie bijvoorbeeld de Amerikaanse Onafhankelijkheidsverklaring (1776) en de Franse Verklaring van de Rechten van de Mens en de Burger (1795); zie uitgebreid over de totstandkoming van Europese mensenrechten Duranti 2017; Bates 2010 over de geschiedenis en ontwikkeling van het EVRM.

28 Zie de uitvoerige bespreking in Drenth 1939, p. 224-230.

29 Drenth 1939, p. 230.

lag de nadruk op het herstel van de democratie en de bescherming van vrijheidsrechten en fundamentele rechten van burgers.³⁰ De grootschalige schendingen van mensenrechten tijdens de Tweede Wereldoorlog brachten het politieke besef dat de bescherming van mensenrechten op internationaal niveau gewaarborgd dienen te worden. Het gevolg hiervan was dat in die periode veel internationale (mensenrechtelijke) verdragen werden gesloten.³¹ In 1948 werd door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens ('UVRM') aangenomen. Deze verklaring had een grote politiek-symbolische functie, maar was juridisch niet bindend. Zij onderstreepte echter wel het belang van een internationale standaard voor mensenrechtenbescherming: 'a common standard achievement for all peoples and nations'.³² Onder invloed van deze internationale ontwikkeling werd ook in Europa een mensenrechtelijk verdrag opgesteld. In 1950 werd het door de Raad van Europa opgestelde Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, waarvan de tekst grotendeels gebaseerd is op de UVRM, getekend door twaalf Europese landen.³³ Met de invoering van het EVRM beoogde de Raad van Europa de bescherming van fundamentele en noodzakelijke vrijheden van burgers in een rechtsstaat op Europees niveau te waarborgen. Het verdrag gaat aldus uit van de gedachte dat de bescherming van fundamentele rechten van burgers niet langer een nationale aangelegenheid is.³⁴ Met het oog hierop werd ook een Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het leven geroepen dat als laatste instantie bevoegd was zich uit te laten over schendingen van verdragsrechten.³⁵ In 1966 werd het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) opgesteld, dat in 1979 in werking trad.³⁶ De in het EVRM gewaarborgde rechten werden met de inwerkingtreding van het IVPBR ook op mondiaal niveau in een juridisch bindend instrument vastgelegd. Zowel het IVBPR als het EVRM maken deel uit van het Nederlandse recht, waardoor burgers direct een beroep kunnen doen op deze rechten.³⁷ Daarnaast geldt voor het EVRM dat ook de uitspraken van het EHRM bindend

30 Schuyt 2006, p. 26-28.

31 Naast mensenrechtenverdragen werden in die periode ook de Geneefse Conventies gesloten waarin het internationaal humanitair recht werd vastgelegd, om zo burgers ten tijde van gewapende conflicten zoveel mogelijk te ontzien.

32 Preamble Universele Verklaring van de Rechten van Mens.

33 Verdrag tot bescherming van de Rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, *Trb.* 1951, 154.

34 Zie o.a. Rainey, Wicks & Ovey 2014, p. 3-21 voor een beschrijving van de historische ontwikkeling ten tijde van de ondertekening van het EVRM.

35 Zie uitgebreid over de procedure zoals uiteengezet door de verdragspartijen: Myjer 2002, p. 6-7.

36 Verdrag van 19 december 1966, *Trb.* 1969, 99; ook sociale en economische rechten werden reeds als mensenrechten gekenmerkt maar zijn in het kader van dit onderzoek minder van belang.

37 Art. 93 & 94 Gw.

worden geacht voor de Nederlandse rechtsorde.³⁸ Hoewel beide mensenrechtelijke verdragen direct doorwerken in het Nederlandse recht, is het EVRM van groter belang geweest voor de ontwikkeling van het Nederlandse recht. Dit kan grotendeels worden verklaard door enerzijds het bestaan van het individueel klachtrecht bij het EHRM, en de omvangrijke jurisprudentie van het EHRM die diensgevolg is ontstaan, en anderzijds het feit dat het toezichtsorgaan van het IVBPR (het Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties) geen formeel verbindende uitspraken doet over de toepassing van het Verdrag. In het vervolg zal daarom met name gerefereerd worden aan het EVRM.

Hoewel de invloed van het EVRM op het huidige (strafproces)recht nauwelijks meer weg te denken is, heeft het lang geduurd voordat de Nederlandse strafrechtspleging daadwerkelijk beïnvloed werd door het EVRM.³⁹ Ten tijde van de invoering van het EVRM, en in het bijzonder de onderhandelingen met betrekking tot het instellen van een Europees hof en het daarmee samenhangende individueel klachtrecht, was de Nederlandse regering niet gerust op de eventuele invloed die het EVRM zou hebben op het Nederlandse recht. Vanuit de politiek vreesde men voor de omslachtige procedure bij het EHRM en de hoge kosten die dat met zich zou brengen. Ook juridisch gezien waren er twijfels over het EVRM, met name de rechtstreekse werking van de niet al te duidelijk omschreven bepalingen werd als eventueel problematisch ervaren.⁴⁰ Niettemin ging de Kamer uiteindelijk akkoord met zowel de instelling van het EHRM als het individueel klachtenrecht.⁴¹ Men ging ervan uit dat de Nederlandse wetgeving de toets aan het EVRM ruimschoots zou doorstaan. Dit vertrouwen in het eigen rechtstelsel wordt door Myjer als volgt beschreven: 'In de Kamer was men het erover eens dat het EVRM "een duidelijke uitspraak bevat tegenover de totalitaire landen in Europa, waar van de waarborging van deze rechten en vrijheden helaas geen sprake is". Of anders gezegd: bij ons zat het allemaal wel goed, maar het buitenland zou er wel zijn voordeel mee kunnen doen.'⁴² Ook bestond veel vertrouwen in de eigen strafvorderlijke wetgeving. Met betrekking tot het strafproces, waarvoor het EVRM immers een aantal belangrijke waarborgen voor biedt, werd door de minister van Justitie opgemerkt dat 'het complex regelingen van de Nederlandse wet, zowel van strafrechtelijke als van andere aard, voldoende waarborgen biedt dat deze beginselen in ons land eerbiediging zullen vinden'.⁴³ Kortom, men ging ervan-

38 Art.46 lid 1 EVRM bepaalt dat staten zich dienen te houden aan de einduitspraak van het EHRM indien zij daarbij partij zijn. Zie over de rechtsgevolgen van uitspraken van het EHRM: Vande Lanotte & Haec 2005, p. 695-752.

39 Lawson 2000, p. 11-12.

40 Zie Myjer 2002, p. 8-9.

41 Dit gebeurde echter wel pas in 1960 nadat bleek dat het Straatsburgse beleid ten aanzien van het individueel klachtenrecht nogal terughoudend was.

42 Myjer 2002, p. 8.

43 *Kamerstukken II* 1953/54, 6, p. 3; Myjer 2002, p. 9.

uit dat het bestaande strafvorderlijke stelsel reeds een wettelijk kader bood voor een eerlijke strafprocedure.

Dit vertrouwen in het eigen juridisch strafvorderlijk systeem bleek echter niet geheel terecht te zijn. Aan het einde van de jaren 70 werd de eerste verdragsschending van Nederland door het EHRM vastgesteld,⁴⁴ maar vanaf halverwege de jaren 80 kwam de jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van het straf(proces) echt van de grond.⁴⁵ Een van de eerste – en voor het strafproces meest ingrijpende – arresten die het EHRM wees tegen Nederland betrof de zaak *Kostovski*. In deze zaak oordeelde het Europese Hof dat de Nederlandse praktijk inzake het gebruik van verklaringen van anonieme getuigen in strijd was met het recht op een eerlijk proces.⁴⁶ Een aantal jaren later oordeelde het Hof in *Van Mechelen* opnieuw dat de wijze waarop de anonieme getuigen gehoord waren in de strafzaak tegen de verdachte strijd opleverde met het ondervragingsrecht zoals gewaarborgd in artikel 6 EVRM.⁴⁷ Deze jurisprudentie leidde tot nadere wettelijke waarborgen omtrent het gebruik van anonieme getuigenverklaringen in het strafproces.⁴⁸ In dezelfde periode benadrukte het Hof in een reeks arresten het in artikel 6 gewaarborgde recht op berechting binnen een redelijke termijn.⁴⁹ De eis dat een berechting binnen een redelijke termijn plaatsvindt, legt verplichtingen op de zittingsrechter maar roept daarnaast een zorgplicht in het leven voor de officier van justitie (en de rechter-commissaris). De officier van justitie is immers verantwoordelijk voor het verloop van het voorbereidend onderzoek en dient toe te zien op een voortvarend verloop hiervan.⁵⁰ Inmiddels behoort de redelijke termijn tot de kern van het recht op een eerlijk proces.

De invloed van het Hof is echter niet beperkt tot die zaken waar Nederland direct als partij betrokken is, ook de Straatsburgse jurisprudentie tegen andere landen heeft in grote mate haar uitwerking gehad op het Nederlandse recht.

44 Zie bijv. EHRM 8 juni 1976, 5100/71, (*Engel e.a./Nederland*) waarin het Hof bepaalde dat art. 6 EVRM ook van toepassing is op het militair tuchtrecht.

45 Zie bijv. EHRM 26 maart 1985, 8978/80, (*X en Y/Nederland*).

46 EHRM 20 november 1989, 11454/85, (*Kostovski/Nederland*).

47 EHRM 23 april 1997, 21363/93, (*Van Mechelen/Nederland*); in *Doorson/Nederland* oordeelde het hof opnieuw over deze kwestie maar oordeelde dat hier wel voldoende compensatie was geboden voor de beperkingen op het ondervragingsrecht van de verdediging EHRM 26 maart 1996, 20524/92, (*Doorson/Nederland*).

48 In eerste instantie reageerde de Hoge Raad door de eisen aan het gebruik van anoniem getuigenbewijs te verscherpen: NJ 1990/692, m.nt. Van Veen; In 1994 trad de Wet getuigenbescherming in werking waarmee een nieuwe regeling in het Wetboek van Strafvordering in het leven werd geroepen voor het gebruik van anoniem getuigenbewijs; Nederland is echter ook nadien veroordeeld voor een schending van art. 6 EVRM in verband met deze materie (EHRM 14 februari 2002, 26668/95, (*Visser/Nederland*)).

49 EHRM 25 november 1992, 12728/87 (*Abdoella/Nederland*); EHRM 26 mei 1993, 26/1992/371/445 (*Bunkate/Nederland*) en ten slotte Hoezee waarin het Hof geen schending aannam wegens de complexiteit van de zaak: EHRM 22 mei 1998, 81/1997/865/1076 (*Hoezee/Nederland*);

50 De rechtsgevolgen van de schending van de redelijke termijn zijn uiteengezet in de jurisprudentie van de Hoge Raad en zullen in een ander hoofdstuk besproken worden.

Als gevolg van deze grote hoeveelheid Straatsburgse jurisprudentie heeft het EHRM in de loop der jaren veel belangrijke veranderingen teweeggebracht in de inrichting van het Nederlandse strafproces. In 1988 besliste het Hof in het *Brogan*-arrest tegen het Verenigd Koninkrijk over de betekenis van 'onverwijld' voorgeleiding voor de rechten na een arrestatie in het licht van artikel 5 EVRM.⁵¹ Naar aanleiding van dit arrest werd door het College van Procureurs-Generaal een richtlijn in het leven geroepen voor de inverzekeringstelling waarin onder meer de maximale duur van dit dwangmiddel werd vastgelegd.⁵² Niet veel later volgende een wetswijziging waarin het Wetboek van Strafvordering werd aangepast om tegemoet te komen aan de door het Hof geformuleerde criteria.⁵³

Voor de wetgeving ten aanzien van opsporingsbevoegdheden is tevens de rechtspraak van het Hof inzake artikel 8 EVRM van groot belang geweest. Dit is niet geheel verrassend, gezien de inbreuk die de uitoefening van deze bevoegdheden doorgaans maken op de privacyrechten van burgers. Mede naar aanleiding van de uitspraken van het Hof in *Kruslin* en *Huwig* werden de regelingen inzake het aftappen van telefoongesprekken herzien.⁵⁴ Ook in de latere wetgeving inzake opsporingsbevoegdheden – en met name de bijzondere opsporingsbevoegdheden – zijn de effecten van de rechtspraak van het Hof inzake schendingen van het recht op privacy duidelijk zichtbaar. Een uitvoerige regeling van opsporingsbevoegdheden werd niet alleen noodzakelijk geacht met het oog op het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel, maar ook duidelijk in verband gebracht met door de EVRM vereisten van legaliteit en het bestaan van een controlemechanisme op de rechtmatige uitoefening van die bevoegdheden.⁵⁵ Ook bij de beoordeling van opsporingsmethoden die niet uitdrukkelijk in de wet geregeld zijn, speelt het toetsingskader van artikel 8 EVRM een dominante rol. Te denken valt onder andere aan de rechterlijke toetsing van opsporingsmethoden als de *stealth-sms*,⁵⁶ de *IMSI-catcher*,⁵⁷ het gebruik van het ANPR-systeem in de opsporing,⁵⁸ de GPS-tracker,⁵⁹ en digitale opsporings-

51 EHRM 28 oktober 1988, 11209/84 (*Brogan e.a./Verenigd Koninkrijk*).

52 *Stcr* 1989, 99, p. 19.

53 *Kamerstukken II* 1988/89, 21225, 3, p. 5; Wet van 1 oktober 1994, *Stb.* 1994, 307.

54 *Kamerstukken II* 1992-93, 23251, 3, p. 3-4; EHRM 24 april 1990, A176-A (*Kruslin/Frankrijk*); EHRM 24 april 1990, 11105/84 (*Huwig/Frankrijk*).

55 *Kamerstukken II* 1996-97, 25403, 3, p. 9; WODC 2004, p. 33; zie uitgebreid Ölçer 2006, in het bijzonder p. 255-357.

56 Hof Den Bosch, 20 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2579; Hof Arnhem-Leeuwarden, 7 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5849; HR 1 juli 2014, NJ 2015/115, m.nt. Van Kempen.

57 HR 1 juli 2014, NJ 2015/115, m.nt. Van Kempen.

58 HR 11 november 2014, NJ 2015/296, m.nt. Borgers; *Kamerstukken II* 2012/13, 33542, 3, p. 15-19; CBP Richtsnoeren ANPR, *De toepassing van automatische kentekenherkenning door de politie*, juli 2009.

59 Onder andere in Rb. Midden-Nederland 8 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2106; Hof Arnhem-Leeuwarden 7 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1180.

activiteiten.⁶⁰ Het recht op privacy zoals dat door het EHRM wordt geïnterpreteerd is voortdurend van belang voor de normering van het handelen van opsporingsambtenaren, ofwel omdat de wetgever dit kader expliciet ten grondslag legt aan (de noodzaak van) nieuwe strafvorderlijke wetgeving, ofwel omdat bij gebrek aan een expliciete wettelijke grondslag de rechter de opsporingsactiviteiten veelal aan dit EHRM-kader toetst.

Hoewel een opsporingsambtenaar in zijn praktijk wellicht weinig zal stilstaan bij de vereisten van deze algemene mensenrechtelijke normen, hebben zij toch een duidelijke en onmiskenbare invloed op het strafproces en daarmee op het opsporingsoptreden van de overheid. Het belang van veel van deze mensenrechtelijke normen ligt veelal in de wijze waarop zij de wetgever verplichten waarborgen in het leven te roepen ter bescherming van deze rechten. De opsporing van strafbare feiten gaat immers altijd gepaard met een inbreuk op bijvoorbeeld privacyrechten van burgers. Wil er sprake zijn van gelegitieme inbreuken op rechten, dient de overheid zorg te dragen voor wetgeving die als grondslag voor dergelijk optreden kan dienen. Daarnaast hebben deze mensenrechtelijke normen ook een directe werking op het opsporingsoptreden. Zo zal de officier van justitie in het kader van het bewaken van de rechtmatigheid van het vooronderzoek acht moeten slaan op de vereisten van het recht op een eerlijk proces van de verdachte. Ook met betrekking tot dit recht geldt dat de Straatsburgse jurisprudentie van groot belang is geweest voor het Nederlandse strafprocesrecht. Zo heeft de omvangrijke jurisprudentie van het EHRM inzake artikel 6 EVRM geleid tot een nadere normering van het handelen van opsporingsambtenaren in het vooronderzoek, te denken valt aan de gedetailleerde regels van het Hof aangaande het uitlokverbod⁶¹ en regels aangaande de wijze van verhoor van verdachten (en vooral regels omtrent de reikwijdte van het zwijgrecht).⁶² Daarnaast heeft deze jurisprudentie ook geleid tot de erkenning van een belangrijk aantal deelrechten dat daarvoor niet (of niet expliciet) een rol speelden in het Nederlandse strafprocesrecht. In dit kader moet de invloed van de jurisprudentie van het Hof op de positie van de verdediging in het strafproces worden benoemd,⁶³ waar als meest belangwekkend arrest voor de Nederlandse strafrechtspleging wellicht wel het in 2008 gewezen *Salduz*-arrest te gelden heeft. Met dit arrest erkende het

60 Oerlemans 2017, p. 20-67 voor een bespreking van dergelijke opsporingsactiviteiten en p. 69-83 voor de relevantie van art. 8 EVRM in dit kader.

61 EHRM 9 juni 1998, 25829/94 (*Teixeira de Castro/Portugal*); EHRM 4 november 2010, 18757/06 (*Bannikova/Rusland*).

62 EHRM 25 februari 1993, 10828/84 (*Funke/Frankrijk*); EHRM 8 februari 1996, 18731/91 (*John Murray/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 17 december 1996, 19187/91 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 11 juli 2006, 54810/00 (*Jalloh/Duitsland*); EHRM 29 juni 2007, 5809/02, 25624/02 (*O'Halloran en Francis/Verenigd Koninkrijk*).

63 De jurisprudentie van het Hof is ook van belang geweest voor het onderzoek ter terechtzitting, zie EHRM 26 oktober 1986 (*De Cubber/België*), EHRM 24 mei 1989 (*Hauschildt/Denemarken*); zie uitgebreid Myjer 2000, p. 23 e.v.

Hof het recht van de verdacht op rechtsbijstand tijdens het politieverhoor als onderdeel van het recht op een eerlijk proces.⁶⁴ Aangezien ook onder het Nederlandse strafproces de verdachte bij het politieverhoor geen recht op een raadsman had, is dit arrest voor de Nederlandse strafrechtspraktijk van groot belang. Het heeft geleid tot een aantal aanzienlijke wijziging in de jurisprudentie van de Hoge Raad, de politiepraktijk en in uiteindelijk in de Nederlandse wetgeving.⁶⁵ Het Hof had zich ten aanzien van andere verdedigingsrechten in het vooronderzoek reeds eerder uitvoerig uitgelaten. In 1992 besliste het Hof dat het voor een effectieve verdediging van belang is dat de verdediging geen relevant materiaal wordt ontzegd.⁶⁶ Dit arrest had gevolgen voor de invulling van ‘recht op stukken’ in de jurisprudentie van de Hoge Raad, maar zorgde ook voor een wijziging van de toen geldende Gedragscode waarin tot uitdrukking werd gebracht dat de officier van justitie ontlastend dan wel relevant feitenmateriaal (ongevraagd) aan de verdediging dient over te brengen.⁶⁷ Ook ten aanzien van het recht op een tolk⁶⁸ en het horen van getuigen⁶⁹ heeft het Hof een belangrijke rechtsvormende taak gehad.

De veranderingen die het EHRM teweeg heeft gebracht in het Nederlandse strafproces zijn soms duidelijk aanwijsbaar in wetgeving of jurisprudentie, bijvoorbeeld indien naar aanleiding van één bepaald arrest verandering van het strafprocesrecht noodzakelijk wordt. Zoals wanneer in de memorie van toelichting bij een wet wordt verwezen naar een bepaald arrest van het EHRM dat verandering van wetgeving noodzakelijk heeft gemaakt. Te denken valt ook aan de gevallen waarin de Hoge Raad naar aanleiding van een arrest van het EHRM een andere invulling geeft aan een bepaalde regel. In andere gevallen is de invloed van het EHRM eveneens duidelijk waar te nemen, maar kan deze niet direct herleid worden tot één bepaald arrest. Indien de wetgever bijvoorbeeld bij het in het leven roepen van een nieuwe opsporingsbevoegdheid acht slaat op de verschillende criteria die het EHRM hanteert voor de beoordeling van inbreuken op privacyrechten van burgers. Daarnaast kan het EHRM als een toetssteen worden gebruikt door de rechter wanneer opsporingsambtenaren gebruik hebben gemaakt van opsporingsmethoden die niet in regelgeving zijn vastgelegd. In de Nederlandse strafvordering is aldus op uiteenlopende wijze gehoor gegeven aan de Straatsburgse rechtspraak. Al met al heeft deze juris-

64 In de Nederlandse jurisprudentie is er lange tijd sprake geweest van consultatierecht voorafgaand aan het politieverhoor. Met de implementatie van Richtlijn 2013/48/EU is het recht op rechtsbijstand tijdens het politieverhoor sinds 2017 een feit (*Stb.* 2017, 66).

65 Zie voor een bespreking van de relevantie van algemene mensenrechten (het Amerikaanse *due process*) voor de dagelijkse praktijk van opsporingsambtenaren Miller 2018.

66 EHRM 16 december 1992 (*Edwards/Verenigd Koninkrijk*); zie ook Bauw 1996, p. 135-143.

67 Zie Myjer 2002, p. 24.

68 EHRM 19 december 1989, A168 (*Kamasinski/Oostenrijk*); zie naar aanleiding hiervan ook het rapport van de Commissie Moons 1991 en de brief van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer, *Strafvordering in balans: Kamerstukken II 1993/94*, 23672, 1, p. 13-14.

69 EHRM 24 november 1986, A110, (*Unterpertinger/Oostenrijk*).

prudentie grote gevolgen gehad voor de wijze waarop het Nederlandse strafproces thans is ingericht. Uit deze ontwikkeling blijkt dat het vertrouwen van de wetgever in de eigen wetgeving ten tijde van de inwerkingtreding van het EVRM niet geheel terecht was. Hoewel het EHRM niet leert 'hoe een nationaal stelsel van strafprocesrecht eruit moet zien, maar slechts aan[geeft] waar de grenzen van de in het EVRM neergelegde rechten liggen' – zoals in de jaren 90 door Corstens is verwoord –⁷⁰ blijkt die ondergrens van de verdragsbepalingen wel degelijk in grote mate het nationale stelsel te hebben gewijzigd.

4.5 INVLOED VAN ONGESCHREVEN BEGINSELEN

Hoewel de wetgever bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering gepoogd heeft zo volledig mogelijk de bevoegdheden van opsporingsambtenaren daarin op te nemen, heeft hij tegelijkertijd een bepaalde discretionaire ruimte of een beoordelingsruimte gelaten met betrekking tot de wijze van deze bevoegdheden. Sedert de jaren 70 is in de rechtspraak met behulp van de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde deze beoordelingsvrijheid van opsporingsambtenaren nader genormeerd. Cleiren verbindt de ontwikkeling van deze beginselen in de strafrechtspraak aan soortgelijke ontwikkelingen in andere rechtsstelsels (zoals het Amerikaanse *due process*-model), maar ook in andere rechtsgebieden zoals het bestuursrecht. Als gevolg van deze ontwikkelingen zijn deze algemene ongeschreven beginselen in alle rechtsgebieden van invloed geweest en hebben zij in de rechtspraak gefungeerd als een extra toetssteen – naast de wettelijke normen – waar langs het overheidsoptreden gelegd kon worden.⁷¹

Deze beginselen vertonen grote verwantschap met de beginselen van een behoorlijk bestuur die afkomstig zijn uit het bestuursrecht. De werking ervan in het bestuursrecht wordt toegeschreven aan de terugtred van de wetgever, die resulteerde in de totstandkoming van vage en open normen waardoor meer discretionaire bevoegdheden ontstonden voor bestuursorganen. Gezien de aard en het doel van deze bevoegdheden, het verwezenlijken van de bestaande taak van de overheid en het dienen van het algemeen belang, moet de discretionaire ruimte overeenkomstig met de in de wet tot uitdrukking gebrachte taakvervulling worden gebruikt. De algemene beginselen van een behoorlijk bestuur dienen dan als toetsingsgrond voor de rechter om te oordelen of de invulling van deze discretionaire bevoegdheid voldoet aan datgene wat van een behoorlijk handelend overheidsorgaan wordt verwacht. De overeenkomst tussen de beginselen van een goede procesorde in het strafprocesrecht en beginselen van behoorlijk bestuur ligt in de beschermende werking voor de burger tegen

70 Corstens 1992, p. 210; in diens navolging de Minister van Justitie: *Strafvordering in balans*, p. 14.

71 Cleiren 1989, p. 4-5.

overheidsoptreden die geboden wordt door deze beginselen.⁷² Daarnaast verwijzen beide naar dezelfde criteria en normen; in beide rechtsgebieden wordt met behulp van een aantal overeenkomstige materiële rechtsbeginselen getoetst: het vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van zuiverheid van oogmerk en het beginsel van evenredige belangenafweging (verbod van willekeur).⁷³

De nadere normerende werking van deze beginselen resulteert aldus in een extra waarborg voor de burger tegen het overheidsoptreden. Cleiren typeert de werking van de algemene beginselen als *binnen-wettelijk*, dat wil zeggen dat zij zien op de door de wetgever gegeven keuzeruimte in wettelijke bepalingen.⁷⁴ Een voorbeeld hiervan kan worden gevonden in het Braak bij binnentreden-arrest. De Hoge Raad concludeerde in dit arrest voor het eerst dat de algemene beginselen van een goede procesorde, in dit geval de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, een aanvullende normerende werking hebben voor strafvorderlijk optreden.⁷⁵ In casu werd het door de desbetreffende opsporingsambtenaar opgemaakte proces-verbaal niet als bewijs meegenomen, omdat zijn handeling weliswaar binnen de grenzen van het Wetboek van Strafvordering viel maar toch strijd opleverde met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.

De huidige toepassing van de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde in de jurisprudentie laat echter een enigszins ander beeld zien dan het bekende *Braak bij binnentreden*-arrest. Deels kan dit worden verklaard door het feit dat de proportionaliteit- en subsidiariteitstoets inmiddels in veel wettelijke regelingen is verwerkt. Hierdoor is een nadere toetsing aan deze beginselen dan ook niet altijd meer noodzakelijk.⁷⁶ Daarnaast kan ook de toenemende terughoudendheid in de sanctionering van onrechtmatig handelen in de opsporing door de rechter worden aangewezen als reden voor de gewijzigde betekenis van deze beginselen.⁷⁷ In de literatuur is tevens de zorg geuit dat de Hoge Raad zich niet altijd duidelijk uitlaat over de precieze betekenis van de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde, maar deze beginselen veeleer inzet als algemene toetssteen voor behoorlijk handelen, waardoor

72 Cleiren 1989, p. 36-38.

73 Cleiren 1989, p. 253-254.

74 Cleiren 1989, p. 315-331.

75 HR 12 December 1978, NJ 1979/142.

76 Zie Franken 2009; in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering is de wetgever voornemens om een aantal van deze beginselen in het wetboek te codificeren, in het bijzonder gaat het om de beginselen van proportionaliteits- en subsidiariteitseis, het verbod op détournement de pouvoir en het instigatieverbod. Voor een bespreking van deze plannen, zie Das 2018.

77 Franken 2009, p. 116-117; zie uitgebreid hoofdstuk 6.

de precieze normerende werking van deze beginselen steeds minder zichtbaar wordt.⁷⁸

Naast de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde wordt het handelen van opsporingsambtenaren ook aan andere ongeschreven regels gehouden. Deze ongeschreven regels zijn echter van een andere orde dan de algemene beginselen aangezien hun normerende werking in ieder geval niet bij de rechter kan worden afgedwongen. Te denken valt allereerst aan het behoorlijke vereiste van de Nationale ombudsman waaraan hij het optreden van de overheid (in het bijzonder de politie) kan toetsen. Bij het beoordelen van de behoorlijkheid van het overheidsoptreden beperkt de Nationale ombudsman zich niet tot een toetsing aan het geschreven recht maar mag daarbij rekening houden met ongeschreven beginselen en fatsoensnormen.⁷⁹ Deze toets van de ombudsman overlapt ten dele met de rechtmatigheidstoets van de rechter omdat behoorlijkheid ook deels ziet op naleving van de wet, algemene beginselen en grondrechten van burgers. Maar de behoorlijkheidstoets van de ombudsman heeft een ander karakter dan de rechtmatigheidstoets van de rechter en ondanks de bestaande overlap vallen de rechtmatigheid en behoorlijkheid niet altijd samen.⁸⁰ De ombudsman buigt zich immers niet enkel over het juridische aspect in de verhouding tussen overheid en burger, maar ook over het sociale aspect hiervan.⁸¹ Langbroek en Rijpkema merken hierover op dat rechtsregels vaak een minimumstandaard van behoorlijk overheidsoptreden formuleren, terwijl de toetsing van de ombudsman zich richt op het niveau van de behoorlijkheid die in redelijkheid van de overheid mag worden verwacht.⁸² De behoorlijkheidstoets behelst zodoende aanvullende criteria die van belang zijn voor de relatie tussen de overheid en de burger, daarbij spelen aspecten van procedurele rechtvaardigheid, participatie en een goede communicatie een grote rol.⁸³

Tot slot dient in dit kader ook de notie van magistratelijheid te worden genoemd die het gevolg is van de bijzondere institutionele en constitutionele positie van de officier van justitie in het staatsbestel.⁸⁴ De in de magistratelijheid vervatte kenmerken als objectiviteit, onpartijdigheid en onafhankelijkheid nopen de officier van justitie ertoe acht te slaan op de belangen van de verdachte en zorg te dragen voor een adequaat niveau van rechtsbescherming

78 Crijns 2015, p. 181; een uitzondering hierop is echter de toetsing van de vervolgingsbeslissing aan de algemene beginselen, maar dat valt buiten het bestek van dit onderzoek. Zie Duker 2013.

79 *Kamerstukken II* 1979/80, 14178, 5, p. 19-20.

80 Zie voor voorbeelden van rechtmatig maar onbehoorlijk gedrag, en onrechtmatig maar behoorlijk gedrag, Van der Vlugt 2011, p. 69.

81 *Kamerstukken II* 2004/05, 30052, 1, p. 2.

82 Langbroek & Rijpkema 2004, p. 25; zie ook Langbroek & Rijpkema 2007, p. 275.

83 Van der Vlugt 2011, p. 69; zie p. 63-70 voor verschillende interpretaties van behoorlijkheid door de ambtsdragers.

84 Hier wordt in hoofdstuk 8 nader op ingegaan.

voor de verdachte. Hoewel de notie van magistratelijkheid hiermee in zekere zin een stempel drukt op het handelen van officieren van justitie – en daarmee de opsporing mede normeert – fungeert deze in de rechtspraak niet als toetssteen voor het handelen van de opsporing. Zij verschilt hiermee in karakter van de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde, aangezien het ook hier niet gaat om een norm waaraan de rechter het gedrag van de officier van justitie toetst.⁸⁵ Daarnaast verschilt het ook van het hierboven genoemde behoorlijkevereiste van de Nationale ombudsman, daar zij niet fungeert als een externe toetssteen – in die zin dat zij gezien wordt als een aanvullend normatief kader voor het handelen van het OM – voor het handelen van de officier van justitie. Wel is de notie van magistratelijkheid van belang voor het functioneren van officieren van justitie omdat zij wordt gezien als een interne kwaliteit die officieren van justitie dienen te bezitten in de uitoefening van al hun wettelijke taken. Tegelijkertijd is de invulling van magistratelijkheid niet in steen gebeiteld, waardoor zij onderhevig is aan verschillende interpretaties (afhankelijk van tijd, plaats en persoon).⁸⁶

4.6 ONTWIKKELING VAN HET OM-BELEID

Een ander belangrijk instrument voor de normering van de opsporing en vervolging zijn de beleidsregels van het OM die door het College van procureurs-generaal worden vastgesteld.⁸⁷ Deze beleidsregels vallen uiteen in richtlijnen voor strafvordering, aanwijzingen en instructies. Zoals ook hierboven gezegd, hebben opsporingsambtenaren en de leden van het OM doorgaans een zekere discretionaire ruimte bij het toepassen van hun wettelijke bevoegdheden. Tot op zekere hoogte is deze discretionaire ruimte noodzakelijk omdat de wetgever bij het formuleren van strafvorderlijke regels niet alles kan voorzien. Deze beleidsregels worden dan ook gebruikt om de discretionaire bevoegdheid die aan het OM en opsporingsambtenaren wordt gegeven nader te normeren. Hoewel de opkomst van deze beleidsregels van het OM doorgaans gekoppeld wordt aan de jaren 80, zijn zij een veel ouder verschijnsel. Reeds in de 19^{de} eeuw werden door zowel het Ministerie van Justitie als de Procureur-Generaal bij het Haagse Hoog Gerechtshof (de voorganger van de Hoge Raad) circulaires uitgebracht die gericht waren aan officieren van justitie.⁸⁸ Deze circulaires bevatten veelal aanbevelingen over het al dan niet vervolgen van bepaalde delicten en werden daarom aangemerkt als (ministeriële) vervolgings-

85 Zie bijv. het uitgebreide verweer van de verdediging inzake magistratelijkheid in het passageproces en de wijze waarop het hof hierop reageert: Hof Amsterdam, 29 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2504.

86 Zie uitgebreid Crijns 2010, p. 235 e.v.; Lindeman 2017, p. 248-250; zie verderop in dit onderzoek § 8.2 over de invulling van magistratelijkheid in de praktijk.

87 Art. 130 lid 4 Wet RO.

88 Faber 1992, p. 8-11.

richtlijnen.⁸⁹ De totstandkoming van het strafrechtelijk beleid door het OM zoals we dat thans kennen, en de ontwikkeling ervan (mede versterkt en versnel door de publicatie van deze beleidsregels)⁹⁰ kwam vanaf 1970 echt van de grond.⁹¹

Verschillende maatschappelijk en politieke redenen hebben ten grondslag gelegen aan deze beleidsvoering door het OM. De turbulente jaren 60 en 70 hadden hun weerslag gehad op het strafrecht.⁹² De maatschappelijke opvattingen ten aanzien van controversiële onderwerpen als abortus, het gebruik van (soft) drugs, en de krakersbeweging, en later ook euthanasie, waren gewijzigd waardoor ook de noodzaak was ontstaan om de strafrechtelijke reacties ten aanzien van deze handelingen aan te passen. Hoewel deze handelingen strafbaar waren, werden vraagtekens gesteld bij de strafwaardigheid ervan. Het belang van deze ontwikkeling wordt erkend in het eerste gepubliceerde jaarverslag van de procureurs-generaal in 1972. In dit jaarverslag – dat overigens over het jaar 1970 ging – leggen de procureurs-generaal verantwoording af over het gevoerde OM-beleid. Over het belang van de verantwoording van het gevoerde beleid en het nemen van een stelling door het OM wordt in het jaarverslag gesteld dat ‘nu zoveel waarden, welke in de wetten reeds lang bescherming vonden, de laatste jaren ter discussie zijn gesteld (...) het openbaar ministerie duidelijk (...) zijn standpunt diende te bepalen’.⁹³

Naast deze veranderde houding ten aanzien van het strafrecht – en meer in het algemeen de politieke bewustwording van de burger – was er ook maatschappelijke onvrede ontstaan over de ongelijkheid in de straftoemeting, de wijze waarop officieren van justitie gebruik maakten van hun bevoegdheden, en het vervolgingsbeleid van de diverse parketten van het Openbaar Ministerie.⁹⁴ Zo werd geconstateerd dat de sepotbevoegdheid van officieren van justitie niet op een uniforme wijze werd gebruikt. Ook werden door verschillende officieren van justitie andere transactiebedragen opgelegd ten aanzien van eenzelfde overtreding, en werden verschillen geconstateerd met betrekking tot het vervolgingsbeleid van de verschillende parketten.⁹⁵

Tot slot kan de beleidsvoering door het OM ook ten dele worden toegeschreven aan de overbelasting van de strafrechtelijke keten. Met de komst van de verzorgingsstaat na de Tweede Wereldoorlog vindt een grote toename aan

⁸⁹ Corstens 1992, p. 24.

⁹⁰ Over de ontwikkeling die heeft geleid tot publicatie van deze OM-beleidsregels en het belang ervan zie 't Hart 1983, p. 362 e.v.

⁹¹ Faber 1992, p. 8; Jaarverslag OM 1972.

⁹² Zie voor een uitgebreide bespreking van de verschillende maatschappelijke ontwikkelingen die hebben geleid tot de vorming van dit strafrechtelijke beleid (en meer in het algemeen een andere visie op het gebruik van het strafrecht): 't Hart 1994, p. 17-116.

⁹³ Jaarverslag 1970, p. 8 geciteerd door Van de Bunt 1985, p. 89.

⁹⁴ Gerding 2011, para 2.

⁹⁵ Gerding 2011, para 2.

wetgeving – waaronder ook veel strafrechtelijke wetten – plaats.⁹⁶ Met name vanaf de jaren zeventig vindt een grote toename in ordeningswetgeving plaats: Waar de wetgever zich voor deze tijd doorgaans bezighield met codificatie, het wettelijk vastleggen van normen die reeds gangbaar waren geworden in de maatschappij, is een verschuiving gaande naar modificatie: het beïnvloeden en sturen van de maatschappij door middel van wetgeving.⁹⁷ Door de toename aan nieuwe strafbaarstellingen, bijvoorbeeld op het gebied van economische delicten en verkeersdelicten, wordt steeds vaker een beroep gedaan op de handhaving van deze regels door het OM. De hogere werkdruk die dit met zich bracht, maakte het stellen van prioriteiten noodzakelijk.⁹⁸

Al deze maatschappelijke ontwikkelingen maakten het noodzakelijk dat binnen het OM de noodzaak ontstond om afspraken te maken over de (wijze van) opsporing en vervolging van strafbare feiten en het voeren van een uniform beleid daarbij. Om te waarborgen dat beslissingen op individuele zaken zoveel mogelijk genomen werden op basis van een uniform beleid was het aldus van belang richtlijnen voor de leden van het OM te ontwikkelen. Daarnaast was het belangrijk dat het beleid niet van bovenaf werd opgelegd, maar met inbreng van de officieren van justitie moest worden ontwikkeld.⁹⁹ Gezien de structuur van het OM was het voor zowel de minister van Justitie, als voor de procureurs-generaal mogelijk om richtlijnen voor het functioneren van het OM in het leven te roepen.¹⁰⁰ Vanaf de jaren 80 werden de verschillende nota's en rapporten van zowel het OM, als de minister van Justitie over min of meer dezelfde onderwerpen op gang.¹⁰¹

Ook in het huidige strafprocesrecht kennen we zowel beleidsregels die afkomstig zijn van het Ministerie van Justitie als van het College van procureurs-generaal. Zoals gezegd geldt voor al deze beleidsregels dat zij een nadere normering van de ruime discretionaire bevoegdheid van politie en justitie inhouden. Zij kunnen aldus geen nieuwe bevoegdheden in het leven roepen en kunnen de bevoegdheden die in het formele strafprocesrecht zijn neergelegd niet verruimen.¹⁰² Deze beleidsregels kunnen worden onderscheiden in aanwijzingen, richtlijnen, circulaires en instructies.¹⁰³ Doorgaans worden de richtlijnen en aanwijzingen als de belangrijkste beleidsregels voor het strafprocesrecht gekenmerkt. Zij kunnen betrekking hebben op alle taken van het OM:

96 Van de Bunt 1985, p. 102.

97 Koopmans 1991, p. 152; Veerman relateert deze ontwikkeling meer en stelt dat de ordenende functie van wetgeving er altijd al is geweest, zie Veerman 2012, 28.

98 Van de Bunt 1985, 103-105.

99 Gerding 2011, para 2.

100 Art. 127 en 130 lid 4 Wet RO (art. 5 Wet RO (oud)).

101 Stolwijk 1992, p. 39.

102 Corstens wijst in dit kader op de transactiebevoegdheid ad 74 Sr die in richtlijnen ook aan politieambtenaren werd gedelegeerd in richtlijnen als voorbeeld van een buitenwettelijke toepassing van richtlijn. Corstens 1992, p. 26.

103 Wat betreft instructies kan gedacht worden aan de Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke marechaussee en andere opsporingsambtenaren

de opsporing, vervolging en de executie van straffen. De strafvorderingsrichtlijnen categoriseren de (lichtere) strafbare feiten en schrijven voor welke straffen geëist dienen te worden in de diverse categorieën strafbare feiten.¹⁰⁴ Daarnaast kunnen ook aanwijzingen worden gegeven voor opsporingsambtenaren die onder het gezag van het OM zich bezighouden met de opsporing van strafbare feiten. In het kader van de opsporing zijn er dan ook tal van aanwijzingen. Deels zien deze op de wijze waarop gebruik moet worden gemaakt van de wettelijke bevoegdheden van de opsporingsambtenaren waardoor zij zowel een toelichtend karakter hebben als een normerend karakter, en deels geven zij aan welke strafbare feiten in het bijzonder de aandacht hebben van het OM met het oog op de beperkte capaciteit van het OM. Zo heeft het College van procureurs-generaal aanwijzingen voor opsporingsambtenaren waarin het nadere regels uiteenzet met betrekking tot de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden.¹⁰⁵ Daarnaast is er de meer algemene Aanwijzing voor de opsporing waarin het College aangeeft de opsporing van welke strafbare feiten prioriteit heeft en hierover verantwoording aflegt.¹⁰⁶ Tot slot worden naast de richtlijnen voor de strafvordering en aanwijzingen, ook interne instructies uitgevaardigd door het College van procureurs-generaal.

Hoewel al deze regels intern bindend zijn voor het OM en de overige opsporingsambtenaren – voor zover zij aan hen gericht zijn –, hebben de interne instructies geen externe bindende werking en worden zij doorgaans niet gepubliceerd.¹⁰⁷ De richtlijnen en aanwijzingen worden echter wel gepubliceerd, en kunnen dan ook ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad aangemerkt worden als recht in de zin van artikel 79 RO.¹⁰⁸ De grondslag van de externe werking van deze beleidsregels moet worden gezocht in de beginselen van een behoorlijke procesorde. De gedachte is dat indien het OM beleidsregels formuleert waarin het uiteenzet op welke wijze gebruik wordt gemaakt van zijn bevoegdheden, de burger daar bepaald vertrouwen aan kan ontlelen. Daarnaast moet het gebruik van die bevoegdheid op consistente wijze geschieden. De externe binding aan beleidsregels heeft dan ook als grondslag het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Dat de grondslag voor deze binding gezocht moet worden in de algemene beginselen zal overigens geen verrassing zijn aangezien beide rechtsbronnen uit min of meer dezelfde behoefte zijn ontstaan. De beleidsregels zijn ontwikkeld om de ruime discretionaire bevoegdheid van politie en justitie nader te normeren, en de algemene

104 Zie Aanwijzing kader voor strafvordering en OM-afdoeningen (2015A001).

105 Aanwijzing opsporingsbevoegdheden (2014A009).

106 Aanwijzing voor de opsporing (2013A020).

107 Zie over de interne binding aan de richtlijnen Corstens 1992, p. 25-27.

108 HR 19 juni 1990, NJ 1991/119, m.nt. Scheltema & Van Veen.

beginselen zijn ontstaan uit dezelfde behoefte maar dan vanuit het perspectief van de rechter.

4.7 NADERE NORMERING VAN DE OPSPORING

Ondanks de codificatiegedachte die ten grondslag heeft gelegen aan het Wetboek van Strafvordering en de wens van de wetgever om het strafproces zoveel mogelijk in dat wetboek neer te leggen, bleek de normering van de opsporing niet geheel duidelijk in de wet te zijn bepaald. Dit gegeven werd in de jaren 90 duidelijk naar aanleiding van de grootschalige opsporingsonderzoeken naar de georganiseerde misdaad die bekend is komen te staan als de IRT-affaire.

Al in het midden van de jaren 80 kwalificeerde het Ministerie van Justitie, in het beleidsplan *Samenleving en Criminaliteit*, de georganiseerde misdaad als een groot gevaar voor de samenleving. Het bestrijden van deze vorm van criminaliteit – die zich veelal bezighoudt met illegale drugshandel, wapenhandel en prostitutie – werd in hetzelfde beleidsplan als prioriteit aangemerkt voor politie en het OM.¹⁰⁹ Tevens werd opgemerkt dat de bestrijding van deze vorm van georganiseerde criminaliteit gerealiseerd moet worden door enerzijds een meer intensieve opsporing en anderzijds door het vorderen van hogere straffen voor dit type delicten.¹¹⁰ Met deze hardere aanpak werd een begin gemaakt door de oprichting van een interregionaal rechteerteam voor de provincies Noord-Holland en Utrecht (IRT team).¹¹¹ Dit IRT-team beoogde met een ‘proactieve opsporing’ de georganiseerde criminaliteit en de hoofdrolspelers daarbinnen in kaart te brengen. Dit gebeurde door onder meer het observeren en tappen van de betrokken personen, het gebruik van informanten en door het infiltreren in de organisaties, en het laten doorgroeien van de infiltranten in de organisaties door het hen mogelijk te maken strafbare feiten te begaan.¹¹² Bovendien werd wegens angst voor het lekken van gevoelige informatie de politieoperatie zoveel mogelijk geheimgehouden. Het IRT werd uiteindelijk aan het einde van 1993 opgeheven, waarop de minister van Justitie en Binnenlandse zaken de bijzondere onderzoekscommissie IRT (Commissie-Wierenga) instelden om onderzoek te verrichten naar het functioneren van het IRT en de reden van opheffing van dit team.¹¹³ Hoewel de Commissie-Wierenga tot de conclusie kwam dat de IRT-methode ‘op een weloverwogen en zorgvuldige wijze en niet onrechtmatig is toegepast’, besloot de Tweede Kamer tot het instellen van een Werkgroep vooronderzoek opsporingsmetho-

109 *Kamerstukken II* 1984/85, 18995, 2, p. 46-47.

110 *Kamerstukken II* 1984/85, 18995, 2, p. 48.

111 *Kamerstukken II* 1984/85, 18995, 2, p. 75 e.v.

112 De zogenoemde Deltamethode, zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24072, 10-11, p. 85 e.v.

113 *Kamerstukken II* 1995/96, 24072, 10-11, p. 98.

den.¹¹⁴ Deze werkgroep concludeerde in oktober 1994 dat een parlementair enquête moest worden ingesteld naar de opsporingsmethoden die door politie en justitie werden gebruikt en de wijze waarop deze gecontroleerd werden.¹¹⁵

Deze parlementaire enquêtecommissie, de Commissie-Van Traa, werd in december 1994 ingesteld met het doel om inzicht te krijgen in de opsporingsmethoden die worden gebruikt voor en noodzakelijk zijn ter opsporing van de georganiseerde criminaliteit, en de mate waarop zij wettelijk zijn toegestaan.¹¹⁶ In 1996 concludeerde de Commissie-Van Traa in haar eindrapport, *Inzake opsporing*, dat sprake was van een 'drievoudige crisis' in de opsporing.¹¹⁷ Ten eerste ontbrak het aan een adequate normering van de opsporingsmethoden van politie en justitie, ten tweede was er een gebrek aan een organisatiestructuur waarin duidelijk was wie verantwoordelijk is, en ten derde was er een gezagscrisis bij het OM omdat het onvoldoende effectief en als eenheid zijn gezag over de opsporing kon doen gelden.¹¹⁸ Naar het oordeel van de Commissie was er 'in de eerste plaats door wetgever maar ook door de rechter te veel ruimte gelaten voor politie en justitie. Niemand weet precies waar men aan toe is bij het gebruik van opsporingsmethoden. Dit gebrek aan normstelling heeft ertoe kunnen leiden dat in Nederland op heel verschillende wijzen opsporingsmethoden worden ingezet.'¹¹⁹

Op basis van haar onderzoek kwam de Commissie-Van Traa tot een aantal concrete aanbevelingen. Zij concludeerde dat een uitvoerige wettelijke regeling van de opsporingsmethoden die reeds in de praktijk werden toegepast noodzakelijk was. Het principe dat het handelen van de opsporingsautoriteiten een wettelijke basis behoeft, vloeit voort uit de beginselen van een democratische rechtsstaat. Aan deze gedachte wordt door het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel reeds uiting gegeven. Daartoe noopte niet alleen het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel, maar was bovendien noodzakelijk met het oog op de eisen die het EVRM aan het Nederlandse recht stelt: 'De opsporing en vervolging van ernstige misdrijven en georganiseerde criminaliteit dient met de nodige voortvarendheid te kunnen verlopen, terwijl verdragsrechtelijke verplichtingen te allen tijde dienen te worden nageleefd, in het bijzonder waarborgen van een eerlijk proces en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.'¹²⁰ Opsporingsmethoden waarmee een inbreuk wordt gemaakt op grondrechten van burgers

114 De conclusies van de Commissie-Wierenga werden niet gedeeld door de beide verantwoordelijke ministers, bovendien was een deel van het rapport van de commissie geheimgehouden voor de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 1995/96, 24072, 10-11, p. 97-113.

115 *Kamerstukken II*, 1994/95, 23593, 9.

116 *Kamerstukken II* 1995/96, 24072, 10-11, p. 9.

117 Term ontleend aan de eindevaluatie van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, *Kamerstukken II*, 2004/05, 29940, 1, p. 28.

118 *Kamerstukken II* 1995/96, 24072, 10-11, p. 413-415.

119 *Kamerstukken II* 1995/96, 24072, 10-11, p. 413.

120 De Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden eindevaluatie, *Kamerstukken II*, 2004/05, 29940, 1, p. 2.

dient aldus te berusten op een expliciete wettelijke basis. In haar rapport sluit de Commissie hierbij aan en stelt dat de opsporingsmethoden limitatief en duidelijk in de wet moeten zijn neergelegd. Dit is niet alleen noodzakelijk met het oog op het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel, het is daarnaast essentieel dat opsporingsambtenaren precies weten welke bevoegdheden zijn hebben. Tevens is de wettelijke vastlegging van bevoegdheden ook noodzakelijk om de controleerbaarheid, transparantie en rechtmatigheid van de opsporing mogelijk te maken voor het OM en de rechter.¹²¹

Op basis van de aanbevelingen van de Commissie-Van Traa besloot de wetgever tot een nadere normering van de opsporing in het Wetboek van Strafvordering. Deze nieuwe wettelijke regelingen, de Wet Bijzondere opsporingsbevoegdheden, hield een aanzienlijke uitbreiding in van het Wetboek van Strafvordering. Met de inwerkingtreding van deze nieuwe wet op 1 februari 2000, werd een groot aantal nieuwe opsporingsbevoegdheden in de wet geregeld, zoals de stelselmatige observatie; het opvragen van verkeersgegevens; het opnemen van telecommunicatie (tappen); het opnemen van vertrouwelijke communicatie; het betreden van een besloten plaats; drie 'undercoverbevoegdheden': infiltratie, pseudokoop of pseudo-dienstverlening en het stelselmatig inwinnen van informatie. Daarnaast werd de bijstand aan de opsporing door burgers wettelijk geregeld. Het betreft hier stelselmatige informatie-inwinning door burgers, burgerpseudo-koop of -dienstverlening en infiltratie door burgers.¹²² Een van de belangrijkste doelstellingen van de wetgever was om de bijzondere opsporingsmethoden, voor zover zij de integriteit van de opsporing in gevaar zouden kunnen brengen of inbreuk maken op fundamentele rechten van burgers, te codificeren in het Wetboek van Strafvordering.¹²³

Ondanks deze doelstelling was het echter niet de bedoeling van de wetgever om een limitatieve opsomming te geven van alle opsporingsactiviteiten die politie en justitie in het kader van de opsporing kunnen verrichten. De wetgever overwoog ten aanzien hiervan dat 'de ontwikkelingen in de diverse vormen van criminaliteit, die hun oorsprong overigens mede in allerlei technologische ontwikkelingen hebben, vereisen dat ook de opsporingsmethoden zich voortdurend verder ontwikkelen. Het is onvoorspelbaar welke nieuwe opsporingsmethoden als gevolg daarvan ontwikkeld zullen worden, laat staan dat aangegeven zou kunnen worden in hoeverre deze nieuwe methoden een inbreuk op de privacy kunnen maken.'¹²⁴ De wetgever overwoog dan ook dat het ook in de toekomst kan voorkomen dat opsporingsambtenaren zich van nieuwe methoden bedienen die niet in de wet zijn neergelegd. Het is in die gevallen dan aan de rechter om te beoordelen of en in hoeverre het gebruik

121 *Kamerstukken II* 1995/96, 24072, 10-11, p. 448.

122 Zie Titel IVA van het Wetboek van Strafvordering.

123 De Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden eindevaluatie, *Kamerstukken II*, 2004/05, 29940, 1, p. 29.

124 *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, 3, p. 12-13.

van een dergelijke bevoegdheid inbreuk maakt op de privacy van burgers. Voor zover deze nieuwe methoden een meer dan beperkte inbreuk maken op (privacy)rechten van burgers, zal de wetgever telkens een adequate wettelijke regeling daarvoor in het leven roepen.¹²⁵ Om deze reden achtte de wetgever het niet noodzakelijk om een restartikel in het Wetboek van Strafvordering op te nemen voor opsporingshandelingen die geen (of maar een beperkte) inbreuk opleveren voor grondrechten van burgers.¹²⁶ Dergelijke handelingen kunnen immers berusten op de algemene taakstellende bepaling van artikelen 141, 142 Sv en 3 Politiewet 2012. Dit is ook conform de (reeds daarvoor gewezen) jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin wordt gesteld dat slechts bevoegdheden die een meer dan beperkte inbreuk maken op grondrechten van burgers, dan wel zeer risicovol zijn voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing een uitdrukkelijke wettelijke grondslag nodig hebben.¹²⁷ De toetsing van dit soort opsporingshandelingen moest volgens de minister worden overgelaten aan de rechter:

‘De Registratiekamer acht het daarentegen wel een evenwichtige werkwijze om de toetsing van geringe schendingen van de privacy in concrete situaties te doen plaatsvinden door de rechter aan de hand van de wetsartikelen die aan opsporingsambtenaren taken opdragen en bevoegdheden toekennen. Wel merkt de Registratiekamer ook op dat hierop kritiek mogelijk is vanuit de optiek van het legaliteitsbeginsel en vanuit de eisen die de Europese jurisprudentie stelt. Kan een algemeen taakstellend artikel worden beschouwd als een specifieke grondslag die bovendien nog voorzienbaar en kenbaar is voor de burgers? Deze vraag wordt ook ingegeven door artikel 10 van de Grondwet, dat voor een beperking van het recht op privacy een voldoende specifieke formeelwettelijke grondslag vereist. Uiteindelijk zal dit echter in een concreet geval ter beoordeling van de rechter zijn.’¹²⁸

De huidige jurisprudentie toont aan dat thans een groot aantal ‘nieuwe’ opsporingshandelingen onder deze algemene taakstellende bepaling vallen. Te denken valt aan het gebruik van de stealth-sms, de lokfiets en -auto, en het gebruik van ANPR-gegevens.¹²⁹ Het belang van het EVRM als toetsingskader voor de beoordeling van de rechtmatigheid van dergelijke opsporingshandelingen wordt dan ook steeds groter. Zowel voor de rechter die de rechtmatigheidscontrole over de opsporing uitoefent, als voor de opsporingsambtenaren die zelf dienen te bepalen of en in hoeverre het gebruik van een nieuwe opsporingsmethode een zware inbreuk op grondrechten van burgers oplevert.

125 *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, 3, p. 13.

126 *Kamerstukken II* 1996/97, 24072, 48, Motie Kalsbeek-Jasperse.

127 HR 19 december 1995, *NJ* 1995/249 m.nt. Schalken.

128 *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, 3, p. 13.

129 HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1569; HR 28 oktober 2008, *NJ* 2009/224; HR 6 oktober 2009, *NJ* 2009/503; HR 11 november 2014, *NJ* 2015/296, m.nt. Borgers.

De IRT-affaire in de jaren 90 maakte duidelijk dat het gebrek aan normering in de opsporing voor grote problemen in de praktijk kan zorgen en was daarmee de directe aanleiding van de wetgevingsoperatie die daarop volgde. Ook na de invoering van de Wet Bob is het Wetboek van Strafvordering nader aangevuld met diverse opsporingsbevoegdheden. Zo stelde het Ministerie van Justitie in 2000 de Commissie Strafvorderlijke gegevensvergaring in de informatiemaatschappij (Commissie-Mevis) in om onderzoek te doen naar de vraag of en in hoeverre het Wetboek van Strafvordering, gelet op de ontwikkelingen op het gebied van de informatie- en communicatietechnologie, een toereikend wettelijk kader biedt voor gegevensvergaring en bewerking ten behoeve van de opsporing.¹³⁰ De directe aanleiding voor dit onderzoek en de wetgeving die op advies van deze commissie werd ingevoerd, was de ontwikkeling van de samenleving richting de zogenoemde 'informatiemaatschappij'.¹³¹ In het kader van de opsporing was de politie in toenemende mate afhankelijk van informatie van private partijen (zoals telecom- en internetbedrijven, maar ook beelden van beveiligingscamera's). De bevoegdheden van de opsporingsdiensten om dit soort informatie en gegevens bij niet-overheidsinstanties te vorderen was echter onvoldoende geregeld in de wet. De Commissie-Mevis stelde vast dat dit gebrek aan normering tot een aantal knelpunten in de praktijk leidde. Zo leidde de gefragmenteerde regeling van deze bevoegdheden tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid, zowel bij de met opsporing belaste instanties als bij de derde van wie gegevens worden verkregen. Daarnaast waren de aanwezige bevoegdheden ontoereikend voor die gevallen waarin gegevens noodzakelijk waren voor het opsporingsonderzoek. Hierdoor moest in de praktijk vaak een beroep worden gedaan op de vrijwillige medewerking van de private partij om de gegevens te verstrekken. Deze vrijwillige medewerking voor private partijen was echter nader geregeld in de Wet bescherming persoonsgegevens. Deze wet bepaalde dat een vrijwillige medewerking enkel was toegestaan indien 'er een dwingende en gewichtige reden is die verstrekking van gegevens noodzakelijk maakt'. Aangezien een dergelijke afweging voor private partijen, zonder toegang tot de achtergrond van het opsporingsverzoek, nogal problematisch kon zijn, werd de wetgeving niet adequaat geacht.¹³²

Naar aanleiding van dit onderzoek kwam de commissie met een concept-wetsvoorstel waarin zij aanbevelingen deed ten aanzien van de bevoegdheden die nodig waren in de praktijk en de wijze waarop deze bevoegdheden vorm dienden te krijgen in wetgeving. Op 1 januari 2006 trad deze nieuwe Wet bevoegdheden tot het vorderen van gegevens in werking en werd het Wetboek

130 Rapport Commissie-Mevis 2001, p. 13.

131 Rapport Brandstof voor de opsporing 2011, p. 1-2.

132 Rapport Commissie-Mevis 2001, p. 6-7.

van Strafvordering opnieuw gewijzigd.¹³³ Sinds de inwerkingtreding van deze nieuwe wet is het voor opsporingsambtenaren mogelijk om – mits voldaan aan de wettelijke vereisten – zowel historische als toekomstige gegevens te vorderen, ontsleuteling van versleutelde gegevens te vorderen en doorzoeken te verrichten ter vastlegging van gegevens. Verdere technologische ontwikkelingen, met name op het gebied van internet en daarmee samenhangend de toename van cybercriminaliteit en de mogelijkheden van het verrichten van online-opsporingsonderzoek hebben sinds de invoering van deze wet telkens geleid tot nieuwe aanpassingen van het Wetboek van Strafvordering.¹³⁴

Een laatste ingrijpende verandering in het Wetboek van Strafvordering die in dit kader benoemd moet worden is de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven die in 2007 in werking trad.¹³⁵ Naar aanleiding van de terroristische aanslagen in september 2001 in de Verenigde Staten kwamen er op zowel nationaal als internationaal niveau verschillende strafrechtelijke instrumenten tot stand om de daders van dergelijke aanslagen beter te kunnen vervolgen en deze aanslagen in de toekomst zoveel mogelijk te voorkomen. In Nederland trad in 2004 de Wet terroristische misdrijven in werking waarmee op het gebied van het materiële strafrecht een aantal nieuwe strafbaarstellingen in het leven werden geroepen, zoals het plegen van strafbare misdrijven met een zogenoemd ‘terroristisch oogmerk’, deelneming aan en het leiden van een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van terroristische misdrijven en de uitbreiding van de rechtsmacht ter zake van terroristische misdrijven.¹³⁶ Ter verbetering van de ‘preventieve functie van het strafrecht’ werden daarnaast de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen verruimd, samenspanning tot de ernstigste terroristische misdrijven strafbaar gesteld en het werven voor de gewapende jihad strafbaar gesteld.¹³⁷ De aanpassingen op het terrein van het formele strafrecht lieten langer op zich wachten. Tegen de achtergrond van de dreiging van (internationaal) terrorisme en als directe reactie op de terroristische aanslagen in Madrid en de moord op Theo van Gogh werd in 2007 ook het strafprocesrecht uitgebreid met een groot aantal nieuwe bevoegdheden ter voorkoming en bestrijding van (nieuwe) terroristische aanslagen in Nederland.¹³⁸ Het kabinet beoogde met deze wet ‘te doen wat mogelijk en wenselijk is om het vermogen van overheid en samenleving

133 Het oude art. 125i Sv werd vervangen door een tal van nieuwe bevoegdheden, zie voor een uitvoerige bespreking Stevens, Koops & Wiemans 2004.

134 Zie bijv. Oerlemans 2017b.

135 *Stb.* 2006, 580.

136 *Stb.* 2004, 290; zie de MvT over de redenen voor de totstandkoming deze wet, *Kamerstukken II* 2001/02, 28463, 3.

137 *Kamerstukken II* 2004/05, 30164, 3, p. 6.

138 *Kamerstukken II* 2004/05, 30164, 3, p. 1.

om terroristische aanslagen te voorkomen, te versterken'.¹³⁹ Hiertoe werd de toepassing van een aantal opsporingsbevoegdheden verruimd, zoals

‘de mogelijkheden om in een verkennend onderzoek informatie te verzamelen, (...) personen te fouilleren buiten concrete verdenking van een strafbaar feit, (...) de toepassingsmogelijkheden van bijzondere opsporingsbevoegdheden, zoals stelselmatige observatie en de telefoontap, bewaring bij verdenking van een terroristisch misdrijf, ook buiten het geval van ernstige bezwaren, [en] uitstel van volledige inzage van processtukken.’¹⁴⁰

Met de invoering van deze wet volgde de introductie van een nieuw ‘opsporingsdomein’ in het strafproces. Dit opsporingsdomein voor terroristische misdrijven kenmerkt zich door het feit dat het politie en justitie de bevoegdheid geeft in een zo vroeg mogelijk stadium strafvorderlijk te kunnen optreden. Hoewel ‘proactieve opsporing’ reeds met de invoering van de vroegverdenking in de Wet BOB al een wettelijke basis had gekregen in het Wetboek van Strafvordering, onderscheidt dit zogenoemde derde opsporingsdomein zich in belangrijke mate van de al bestaande criteria voor de toepasbaarheid van strafvorderlijke bevoegdheden.¹⁴¹ Waar doorgaans strafvorderlijke bevoegdheden worden toegepast in verband met de opheldering en berechting van reeds gepleegde strafbare feiten, en daarmee een verdenking van een concreet misdrijf als voorwaarde heeft te gelden voor de toepassing van deze bevoegdheden, is sinds de Wet-Bob de toepassing van een aantal bevoegdheden toegestaan indien er sprake is van een redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband misdrijven worden beraamd.¹⁴² Met het oog op een adequate bestrijding van terroristische misdrijven, besloot de wetgever het toepassingsbereik van bepaalde opsporingsbevoegdheden nader te verruimen naar situaties waarin sprake is van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf.¹⁴³ Dat betekent dat de toepassing van een aantal (bijzondere) opsporingsbevoegdheden mogelijk is jegens personen die (nog) niet als verdachte van een strafbaar feit aangemerkt kunnen worden.¹⁴⁴

Hoewel het hier slechts om een gering aantal bevoegdheden gaat en doorgaans opsporingsonderzoeken aanvangen op basis van het klassieke verden-

139 *Kamerstukken II* 2004/05, 30164, 3, p. 2.

140 *Kamerstukken II* 2004/05, 30164, 3, p. 1.

141 De vroegverdenking is opgenomen in titel V van het Wetboek van Strafvordering.

142 De wet spreekt over een ‘redelijk vermoeden (...) dat in georganiseerd verband misdrijven als omschreven in art. 67, eerste lid, worden beraamd of gepleegd die gezien hun aard of de samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren’, zie de bevoegdheden die zijn opgenomen in titel V van het Wetboek van Strafvordering.

143 *Kamerstukken II* 2004/05, 30164, 3, p. 8; Dit geldt met betrekking tot de bevoegdheden opgenomen in Titel VB van het Wetboek van Strafvordering.

144 *Kamerstukken II* 2004/05, 30164, 3, p. 9.

kingscriterium,¹⁴⁵ is de impact van deze wet op het karakter van het strafproces aanzienlijk te noemen. Hiermee is de preventieve functie van het strafprocesrecht op de voorgrond geplaatst en wordt als belangrijkste doel genoemd voor de inzet van deze bevoegdheden. Hirsch Ballin voegt hieraan toe dat deze zogenoemde anticiperende opsporing een intelligence-led karakter heeft. Dat wil zeggen dat deze preventieve functie van het straf(proces)recht slechts kan worden gerealiseerd door middel van een sterke informatiepositie die in grote mate gefaciliteerd dient te worden door inlichtingen van de AIVD.¹⁴⁶ In de literatuur is er zeer kritisch gereageerd op deze ontwikkeling waarin het klassieke reactieve uitgangspunt van het straf(proces)recht steeds meer is verlaten voor een meer proactief strafvorderlijk optreden van de overheid. Hoewel met name de dreiging van internationaal terrorisme en in mindere mate de strijd tegen georganiseerde criminaliteit hebben bijgedragen aan de behoefte om in een vroeg stadium ingrijpende strafvorderlijke bevoegdheden in te zetten, is de preventieve functie van het straf(proces)recht inmiddels ook op een aantal andere terreinen waar te nemen.¹⁴⁷

4.8 EUROPEANISERING VAN HET STRAFPROCES

Hoewel de invloed van internationale en Europese mensenrechtenverdragen op het strafprocesrecht al sinds de jaren 70 duidelijk te merken is, worden het straf- en strafprocesrecht nog steeds beschouwd als een nationaal product waarin de waarden van de eigen samenleving tot uiting komen. Niettemin is gedurende de laatste jaren binnen de Europese Unie ook op het gebied van de criminaliteitsbestrijding veel samenwerking tot stand gekomen als gevolg waarvan de lidstaten steeds meer Europese regelgeving op het gebied van het straf- en strafprocesrecht hebben gekregen.

Onder de oude pijlenstructuur van de Europese Unie viel de politieke en justitiële samenwerking onder de derde pijler en werd aldus niet gerekend tot het supranationale Gemeenschapsrecht. Lidstaten beoogden op deze wijze hun soevereiniteit over het nationale strafrecht te waarborgen doordat regelgeving onder deze pijler enkel op basis van anonimiteit kon worden aangenomen. Niettemin was het ook onder deze oude structuur mogelijk dat langs de route van de eerste pijler strafrechtelijke regels in het leven werden geroe-

¹⁴⁵ Naar aanleiding van de invoering van de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven is een aantal monitoringsonderzoeken geweest onder leiding van het WODC. In het laatste WODC-onderzoek, Rapport Opsporing van terrorisme in de praktijk 2012, concludeerden de onderzoekers dat er relatief weinig gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheden in deze wet (p. 57-58).

¹⁴⁶ Hirsch Ballin 2012, 662-663.

¹⁴⁷ Zie voor een duiding van deze ontwikkeling waarin de preventieve en controlerende functie van het strafrecht steeds meer op de voorgrond is geraakt, Borgers 2007.

pen.¹⁴⁸ Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon en het einde van de pijlenstructuur is dit onderscheid echter niet langer relevant en heeft de EU op grond van artikel 82 en 83 VWEU de bevoegdheid om ook op het gebied van het strafrecht regelgeving uit te vaardigen. Op het gebied van het materiële strafrecht heeft de Europese Unie reeds voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon gretig gebruik gemaakt van haar bevoegdheid tot het uitvaardigen van kaderbesluiten en richtlijnen, bijvoorbeeld op het gebied van terrorisme,¹⁴⁹ mensenhandel,¹⁵⁰ kinderporno¹⁵¹ en computercriminaliteit.¹⁵²

Maar ook op het terrein van het strafprocesrecht zijn er veel Europese regels. Het beginsel van de wederzijdse erkenning in strafzaken vormt al lange tijd de hoeksteen van de justitiële samenwerking binnen de Europese lidstaten en heeft de basis gelegd voor het Europees aanhoudingsbevel in 2002. Maar met name na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon heeft de Europese Unie een grote hoeveelheid richtlijnen uitgevaardigd die zien op de procedurele bescherming van individuen die betrokken zijn bij het strafproces, met het oog op een standaard niveau van rechtsbescherming in de Europese Unie. Voor de verdachte zijn er inmiddels richtlijnen die betrekking hebben op het recht op vertaling en vertolking, het recht op informatie over beschuldiging en procedurele rechten, en de richtlijn aangaande het recht op toegang tot een advocaat.¹⁵³ Deze laatste richtlijn heeft inmiddels geleid tot (o.a.) de regeling van het recht op bijstand van een raadsman voorafgaand aan en tijdens verhoren van de verdachte in de Nederlandse strafprocedure.¹⁵⁴ Daarnaast heeft de Europese Unie ook veel aandacht voor de positie van het slachtoffer en heeft daarvoor belangrijke minimumnormen in het leven geroepen zoals het recht op informatie en correcte bejegening.¹⁵⁵ Tevens zijn er ook meer recentelijk richtlijnen aangaande rechtsbijstand bij overleveringsdetentie,¹⁵⁶ de richtlijn vermoeden van onschuld en de richtlijn procedurele waarborgen voor kinderen die verdachte zijn in een strafprocedure.¹⁵⁷

Hoewel de Europese Unie aldus een belangrijke bron van regelgeving vormt voor de Nederlandse rechtsorde is het wel de vraag op welke wijze deze Europese regels van invloed zijn op het Nederlandse recht. Wat betreft

148 Zie bijv. Van Sliedregt, Sjöcrona & Orie 2008, p. 97-98.

149 Kaderbesluit van de Raad inzake terrorismebestrijding van, 13 juni 2002, (2002/475/JBZ).

150 Kaderbesluit 2002/629/JBZ vervangen door Richtlijn 2011/36/EU na inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon.

151 Kaderbesluit 2004/68/JHA.

152 Kaderbesluit 2005/222/JHA.

153 Richtlijnen 2010/64/EU; Richtlijn 2012/13/EU; Richtlijn 2013/48/EU.

154 *Stb.* 2017, 66; *Kamerstukken II* 2014/15, 34157, 3; Richtlijn 2013/48/EU.

155 Richtlijn 2012/29/EU. Ook deze richtlijn heeft inmiddels geleid tot een wetsvoorstel *Kamerstukken II* 2014/15, 34236.

156 2013/0409 (COD).

157 2013/0407 (COD), en de richtlijn procedurele waarborgen voor kinderen die verdachte zijn in een strafprocedure, 2013/0408 (COD).

de Europese regels aangaande het materiële strafrecht geldt dat deze regels omgezet dienen te worden naar het nationale recht voordat de staat de burger hierop kan aanspreken en de regel kan toepassen.¹⁵⁸ Ook voor de procedurele rechten die door middel van Europese wetgeving tot stand komen, geldt in beginsel hetzelfde. Een uitzondering kan echter worden gemaakt indien een bepaalde EU-richtlijn niet tijdig of onvoldoende wordt omgezet in het nationale recht. In dit soort gevallen is het vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie dat indien de bepalingen van een richtlijn onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn, de burger hier aanspraak op kan maken jegens de overheid. Kortom, indien Europese wetgevingsinstrumenten correct en tijdig worden geïmplementeerd in het nationale recht worden zij – doorgaans – deel van het Wetboek van Strafvordering en leveren zij als zodanig geen extra rechtsbron op voor de opsporingsambtenaren. Wel bestaat er voor de strafrechter op basis van het beginsel van unietrouw (art. 4 VWEU) de plicht om in dergelijke gevallen de regelgeving conform de Europese regelgeving uit te leggen.

4.9 TECHNISCHE NORMEN

In de afgelopen jaren is ook een grote toename geweest van strafvorderlijke regels die in lagere wetgeving geformuleerd worden. De opkomst van dit type regels is met name te relateren aan de belangrijke en snelle ontwikkelingen van technische en forensische aard, die ook hun weerslag hebben op de wijze waarop het technisch opsporingsonderzoek wordt verricht. Forensisch en technisch onderzoek heeft inmiddels een belangrijke waarde voor de opsporing en levert cruciale bewijsmiddelen op. Op dit gebied zijn er echter veel methoden van onderzoek, waardoor het noodzakelijk is dat de opsporing op dit gebied zoveel mogelijk uniform verloopt. Dit komt niet enkel de betrouwbaarheid van het onderzoek ten goede, maar maakt het bovendien mogelijk om het onderzoek te controleren (bijvoorbeeld in het kader van een contra-onderzoek).

Hoewel forensisch-technisch bewijs, zoals DNA, al sinds de jaren 90 in de opsporing gebruikt wordt, is er met name in het afgelopen decennium veel aandacht geweest voor forensisch-technische normen (of forensische opsporingsnormen). Deels hangt dit samen met de nieuwe technologische ontwikkelingen op dit gebied. Maar deels is deze ontwikkeling ook te wijten aan de nasleep van de Schiedammer parkmoord en de aanbevelingen van de Commissie-Posthumus. Als gevolg van de aanbevelingen van deze commissie werd in 2005 het Programma Versterking Opsporing en Vervolging opgezet, waarin het OM, de politie en het Nederlands Forensisch Instituut een aantal maatregelen zouden nemen om zo het vertrouwen in de opsporing te herstellen; de

158 HvJ, 3 mei 2005, C-387/02, Jur. I-3565.

kwaliteit en de professionaliteit te versterken; en een zichtbaar transparante en integere werkwijze zouden aannemen.¹⁵⁹ In het kader van het waarborgen van de kwaliteit van de forensische opsporing werd besloten dat er behoefte was aan een verbeterde procedure voor het ontwikkelen en valideren van FT-normen. Tevens diende er op bepaalde gebieden waar methoden en procedures niet geformaliseerd waren, nadere normering plaats te vinden, zoals voor de lijkshouw en het vervoeren en bewaren van stoffelijke overschotten.¹⁶⁰

Vanaf 2009 heeft een herziening plaatsgevonden van deze FT-normen naar forensische opsporingsnormen (FO-normen). Deze normen beschrijven 'een standaard werkwijze bij het onderzoeken en veiligstellen van forensische sporen en sporendragers. Deze standaard werkwijze beschrijft handelingen die kritisch zijn voor de integriteit van het spoor en de kwaliteit van het forensisch vervolgonderzoek.'¹⁶¹ Zij stellen aldus algemene eisen aan de wijze van forensische en technische opsporing en beogen de kwaliteit ervan te waarborgen. Deze regels schrijven voor hoe opsporingsambtenaren – inclusief de technische recherche – om moeten gaan met het opsporen, verzamelen en veiligstellen van sporen en sporendragers. Maar beperken zich niet tot opsporingsambtenaren. Ze zijn immers van belang voor alle beroepsgroepen die zijn betrokken bij de technische opsporing, te denken valt bijvoorbeeld aan schouwwartsen.

Naast deze forensische opsporingsnormen zijn er ook andere normen van een technische aard die in lage regelgeving (veelal in AMvB's of ministeriële regelingen) te vinden zijn. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om regelingen die betrekking hebben op de wijze waarop bepaald (strafvorderlijk) onderzoek wordt uitgevoerd. Doorgaans gaat het dan om een nadere invulling van een wettelijke regeling ten behoeve van een uniforme toepassing ervan. Gedacht kan worden aan de Regeling alcohol, drugs en geneesmiddelen in het verkeer, waarin de minister gedetailleerde aanwijzingen geeft voor de toepassing van bepaalde bevoegdheden uit de Wegenverkeerswet of de vele strafvorderlijke AMvB's bijvoorbeeld het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken of het Besluit technische hulpmiddelen strafvordering.¹⁶²

159 Zie Eindrapportage OM-programma Versterking Opsporing en Vervolg 2010.

160 PVOV 2009, p. 11.

161 PVOV 2009, p. 11.

162 Besluit DNA-onderzoek in strafzaken (*Stb.* 2001, 400) en Besluit technische hulpmiddelen strafvordering (*Stb.* 2006, 524); tevens zijn er ook veel AMvB's die niet of in een mindere mate het karakter van technische normen hebben maar wel op een meer gedetailleerd niveau de uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden uiteenzetten, zie bijvoorbeeld Besluit inbeslaggenomen voorwerpen (*Stb.* 1995, 699) en Besluit vorderen gegevens telecomunicatie (*Stb.* 2004, 394).

4.10 MODERNISERING VAN HET WETBOEK VAN STRAFVORDERING

De laatste – en nog lopende – ontwikkeling die in dit kader benoeming verdient, is de wetgevingsoperatie ‘modernisering van het Wetboek van Strafvordering’. Onder deze noemer kondigde toenmalige minister van Veiligheid en Justitie Opstelten in 2014 een grootschalige herziening aan van het Wetboek van Strafvordering waarmee werd beoogd ‘te komen tot een toekomstbestendig, voor professionals en burgers toegankelijk en in de praktijk werkbaar wetboek dat voorziet in een evenwichtig stelsel van rechtswaarborgen’.¹⁶³

Deze wetgevingsoperatie begon als onderdeel van het programma Versterking Prestaties Strafrechtsketen en had ten doel de doorlooptijden in de strafrechtspleging te verkorten en de uitval van strafzaken (bijvoorbeeld door fouten en knelpunten in de ketenprocessen) tot aanvaardbare proporties terug te dringen.¹⁶⁴ De directe aanleiding voor het stellen van deze doelen waren de twee rapporten uit 2012 van de Algemene Rekenkamer (Prestaties in het strafrechtsketen) en het WODC (Doorlooptijden in de strafrechtsketen) waarin grote knelpunten werden geconstateerd in het functioneren van de strafrechtspleging, in het bijzonder ten aanzien van de doorlooptijden van strafzaken, ongewenste uitstroom van zaken en het gebrek aan een adequate capaciteitsbenutting door politie en OM.¹⁶⁵ Om deze problemen het hoofd te bieden kondigde de minister reeds in 2012 een aantal verbetermaatregelen aan, waaronder een drietal wetswijzigingen waarmee beoogd werd een snellere en betere tenuitvoerlegging van de opgelegde straffen mogelijk te maken (Wetsvoorstel herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen), het opsporingswerk te verbeteren (Wetsvoorstel herziening dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden) en tot slot te tegemoet te komen aan de digitalisering van het strafproces (Wetsvoorstel elektronisch strafdossier).¹⁶⁶ Langzaam aan kwam de nadruk van deze verbetermaatregelen steeds meer te liggen op een aanpassing van strafvorderlijke wetgeving en werd een herziening van wetgeving als een van de belangrijkste voorwaardenscheppende maatregelen voor het bereiken van de eerder gestelde beleidsdoelen.¹⁶⁷ Tegen deze achter-

163 *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 1.

164 *Kamerstukken II* 2011/12, 29279, 147, p. 2; zie Cleiren 2015; Crijns 2017, p. 19 die de modernisering tevens koppelen aan het onderzoeksproject Strafvordering 2001.

165 *Kamerstukken II* 2011/12, 29279, 147, p. 1; zie voor het rapport van het WODC *Kamerstukken II* 2011/12, 29279, 133; voor de Algemene Rekenkamer *Kamerstukken II* 2011/12, 33173, 2.

166 Wetsvoorstel herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen en het Wetsvoorstel herziening dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden, *Kamerstukken II* 2011/12, 29279, 147, p. 2, en p. 16-17; met betrekking tot de andere verbetermaatregelen zie de bijlage bij deze kamerbrief (p. 5-17).

167 *Kamerstukken II* 2012/13, 29279, 156, p. 1, de minister benadrukt in deze brief dat aanpassing van wetgeving en digitalisering in de keten als de twee belangrijke voorwaardenscheppende maatregelen gezien moeten worden voor het bereiken van de beleidsdoelen in het kader van het VPS-programma. Zie over de verschuiving in de focus van het VPS-programma Knigge 2017, p. 277.

grond kondigde de minister in 2013 een 'herstructurering van (kern-)onderdelen van het Wetboek van Strafvordering en andere wetgeving' om zo regels en (administratieve) lasten te verminderen, een bijdrage te leveren aan de versnelling van de doorlooptijden, het vereenvoudigen en stroomlijnen van procedures en het digitaliseren van de strafrechtsketen.¹⁶⁸

Deze herstructurering – of modernisering – van het Wetboek van Strafvordering werd door de minister noodzakelijk geacht om recht te kunnen doen aan de verschillende beleidsdoelstellingen die in het kader van het VPS-programma waren gesteld.¹⁶⁹ De minister voerde voorts aan dat modernisering ook om andere redenen nodig lijkt: het huidige Wetboek van Strafvordering is sterk verouderd waardoor het niet altijd meer goed aansluit bij de huidige (gedigitaliseerde) maatschappij, en hoewel het in de afgelopen decennia meermaals is aangepast en aangevuld met nieuwe wettelijke regelingen, gaat het hier telkens om 'incidentele wijzigingen die betrekking hadden op specifieke onderwerpen, hetzij ingegeven door nationale beleidsoverwegingen, hetzij als gevolg van Europese en andere internationale verplichtingen'.¹⁷⁰ Deze vele wijzigingen komen de overzichtelijkheid en toegankelijkheid van het wetboek niet ten goede, wat in het bijzonder duidelijk wordt in de regeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden, aldus de minister. Daarnaast lopen de wet en de rechtspraak inmiddels op belangrijke onderdelen uiteen, aangezien jurisprudentiële ontwikkelingen niet of onvoldoende worden gereflecteerd in het wetboek.¹⁷¹ Om gestalte te geven aan deze aangekondigde herstructurering van het Wetboek van Strafvordering stuurde de minister in 2015 een Contourennota naar de Tweede Kamer waarin de belangrijkste wijzigingen van dit 'gemoderniseerde' wetboek worden toegelicht en de (nieuwe) doelstellingen die hiermee zijn gediend uiteen worden gezet.¹⁷²

Inmiddels zijn de (toekomstige) boeken 7 (herziening regeling internationale samenwerking in strafzaken) en 8 (tenuitvoerlegging) afgerond¹⁷³ en zullen vooruitlopend op de invoering van het nieuwe wetboek binnenkort in werking treden. De overige delen van het nieuwe wetboek (boeken 1-6) zijn inmiddels openbaar maar moeten nog aan de Raad van State worden voorgelegd voor advies.¹⁷⁴ Hoewel deze wetgevingsoperatie niet strekt tot een fundamentele herziening van de (grondslagen van de) strafvordering, maar slechts een stroomlijning en herstructurering ten doel heeft die het wetboek bij de tijd

168 *Kamerstukken II* 2012/13, 29279, 165, p. 8-9.

169 *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 1.

170 *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 2.

171 *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 2.

172 *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278; zie Crijns 2017 voor een bespreking van deze doelstellingen en de belangrijkste wijzigingen in de contourennota.

173 *Stb.* 2017, 246 en *Stb.* 2017, 82; zie ook de Kamerbrief over het vierde voortgangsrapportage modernisering Wetboek van Strafvordering, *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, 459.

174 *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, 501.

brenge¹⁷⁵ brengen de vele wijzigingen wel een aantal belangrijke veranderingen met zich voor het Wetboek van Strafvordering.¹⁷⁶ In het kader van strafvorderlijke normen die het handelen van politie en justitie beheersen kan met name gedacht worden aan de codificatie van een aantal voor de opsporing van belang zijnde rechtsbeginselen,¹⁷⁷ de vereenvoudiging van de verdengkingscriteria,¹⁷⁸ de vereenvoudiging en opschoning van de bijzondere opsporingsbevoegdheden¹⁷⁹ en de toevoeging van een aantal nieuwe heimelijke bevoegdheden (zoals het gebruik van de IMSI-catcher, de stille sms en het verrichten van online-opsporingsonderzoek),¹⁸⁰ een nieuwe regelingen met betrekking tot de inbeslagname van voorwerpen en vastlegging van gegevens (in het bijzonder gaat het hier om inbeslaggenomen elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken),¹⁸¹ een nieuwe regeling omtrent het onderzoek aan en in het lichaam en aan de kleding,¹⁸² en een aantal wijzigingen in de bevoegdheden met betrekking tot vrijheidsbeneming en vrijheidsbeperking.¹⁸³

Met deze wetgevingsoperatie wordt beoogd te komen tot een meer overzichtelijke regeling van het opsporingsonderzoek en de bevoegdheden van opsporingsambtenaren daarin. Deze overzichtelijkheid wordt bereikt deels bereikt door opschoning en vereenvoudiging van bestaande bevoegdheden en deels door het codificeren van bestaande jurisprudentie in de huidige regeling, waardoor het 'vinden van het recht door de wetstoepasser' eenvoudiger dient te worden.¹⁸⁴ In hoeverre deze modernisering de daarmee gestelde doelen zal bereiken, zal zich in de toekomst moeten uitwijzen. Gezien het huidige complexe strafvorderlijke normenstelsel dient deze wetgevingsoperatie in ieder geval te worden toegejuicht.

175 *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 2.

176 Over de diverse wetsvoorstellen is er inmiddels veel gepubliceerd, zie onder andere de themanummers van *Themis* (2017/6 en 2018/5); *Strafblad* (2015/3; 2015/4; 2017/5); de verschillende bijdragen in het Tijdschrift *Modernisering Strafvordering*.

177 Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 2 van het Wetboek van Strafvordering, p. 17-24; zie hierover uitgebreid Das 2018.

178 Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 2 van het Wetboek van Strafvordering, p. 12-17; zie Simmelink 2017, p. 325-328.

179 Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 2 van het Wetboek van Strafvordering, p. 56-62, zie Ölçer 2015.

180 Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 2 van het Wetboek van Strafvordering, p. 58-62.

181 Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 2 van het Wetboek van Strafvordering, p. 43-56; met betrekking tot inbeslagname van voorwerpen zie Vellinga-Schootstra 2017 en Simmelink 2017, p. 329-330.

182 Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 2 van het Wetboek van Strafvordering, p. 37-43.

183 Memorie van Toelichting Vaststellingswet Boek 2 van het Wetboek van Strafvordering, p. 69-72; zie ook Stevens 2017.

184 *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 2.

4.11 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is de ontwikkeling van het huidige strafvorderlijk normatieve kader van opsporingsambtenaren beschreven. Hoewel bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering de wetgever, geïnspireerd door de codificatiegedachte, beoogde om het strafproces zo compleet en overzichtelijk mogelijk in het wetboek neer te leggen, heeft het strafprocesrecht zich in de loop der jaren ook buiten het Wetboek van Strafvordering om ontwikkeld. Sindsdien hebben dan ook veel nieuwe normen hun intrede gedaan in de strafvordering. Sommige van deze normen zijn later vastgelegd in diverse formele wetten, terwijl andere normen terug te vinden zijn in internationale verdragen, lagere nationale wetgeving en zelfs het ongeschreven recht. Dit normatieve kader is steeds complexer en omvangrijker geworden en behelst thans een groot aantal verschillende soorten normen. Deels kan deze ontwikkeling worden toegeschreven aan internationale politieke en juridische invloeden. Mensenrechtelijke verdragen hebben bijvoorbeeld meer aandacht op de bescherming van het individu gevestigd, waardoor de bescherming van andere of nieuwe waarden in het strafproces een rol gingen spelen. Maar ook technologische ontwikkelingen of ontwikkelingen op het gebied van criminaliteit hebben hun uitwerking gehad op de normering van het strafproces. Zo heeft de georganiseerde criminaliteit en de daaropvolgende IRT-affaire een van de grootste wetgevingsoperaties na de codificatie van het wetboek met zich gebracht. Daarnaast wordt ook vanuit het OM steeds vaker gereageerd op maatschappelijke ontwikkelingen (of incidenten) met het in het leven roepen van aanwijzingen en werkprotocollen.

Het huidige stelsel aan strafvorderlijke normen laat aldus een complex beeld zien. De wijze waarop bepaalde normen hun uitwerking hebben op het strafproces is in veel gevallen anders geweest dan door de wetgever voorzien. Zo was de dominante rol die het EVRM thans heeft voor zowel opsporingsambtenaren als voor de rechter ten tijde van de invoering van het verdrag moeilijk voor te stellen. Maar ook de bescheiden normering van de opsporing in het Wetboek van Strafvordering in 1926 heeft gezorgd voor een groot aantal aanvullende normen.

De initiële reden waarom gekozen wordt voor een bepaalde wijze van normering van het strafproces kan aldus afwijken van de wijze waarop een norm later functioneert, maar wordt mede beïnvloed door maatschappelijke en politieke invloeden en gebeurtenissen. Er worden kortom uiteenlopende waarden nagestreefd met de normering van het strafproces. Met het oog op dit complexe normatieve kader is het van belang om te zien op welke wijze thans aan deze waarden wordt tegemoetgekomen.

