

# Het vooronderzoek in strafzaken

*Tweede interimrapport onderzoeksproject  
Strafvordering 2001*

M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.)



Gouda Quint  
(S. Gouda Quint - D. Brouwer en Zoon)  
Deventer

2001

Aanbevolen citeerwijze:

M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen: 1999

M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001

Omslagontwerp: Marcel Zinger (Grafisch Centrum Groningen)

ISBN 90-387-0850-5

© 2001, M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.)

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige ander manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

# Inhoudsopgave

|                                                                                                       |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>Algemeen deel</b>                                                                                  | 1  |
| <b>Het vooronderzoek in strafzaken. Algemeen deel</b>                                                 | 3  |
| <i>Prof. mr. M.S. Groenhuijsen</i>                                                                    |    |
| <b>1 Inleiding</b>                                                                                    | 3  |
| 1.1 De opzet van dit rapport                                                                          | 3  |
| 1.2 Samenstelling onderzoeksgroep                                                                     | 10 |
| 1.3 Samenstelling begeleidingscommissie                                                               | 10 |
| <b>2 Het karakter van het onderzoeksproject ‘Strafvordering 2001’. Relatie met bestaande praktijk</b> | 11 |
| 2.1 Aard en betekenis van de systematische uitgangspunten                                             | 11 |
| 2.2 De taak van de wetgever                                                                           | 14 |
| <b>3 Algemene uitgangspunten omtrent de inrichting van het vooronderzoek</b>                          | 18 |
| 3.1 Algemene beschouwing; aansluiting op de voorstellen uit het eerste projectjaar                    | 18 |
| 3.2 De verhouding tussen strafprocesrecht en bestuursrecht                                            | 24 |
| 3.3 Het opsporingsbegrip. Taak, bevoegdheid en normering                                              | 28 |
| 3.4 Een complicatie: opsporing door burgers                                                           | 33 |
| 3.5 Strafvordering en rechtshulp                                                                      | 35 |
| <b>4 Overzicht van de meer onderwerp-specifieke uitgangspunten en concrete voorstellen</b>            | 38 |
| 4.1 Inleiding                                                                                         | 38 |
| 4.2 Vervolging en rechtsbescherming                                                                   | 38 |
| 4.3 De rechterlijke bemoeienis met het voorbereidend onderzoek                                        | 45 |
| 4.4 Voorarrest                                                                                        | 51 |
| 4.5 De raadsman en het politieverhoor                                                                 | 56 |
| <b>5 Implicaties voor het vervolgonderzoek</b>                                                        | 62 |
| <b>6 Reacties op de voorstellen van het eerste projectjaar</b>                                        | 64 |
| 6.1 Inleiding                                                                                         | 64 |
| 6.2 Algemene uitgangspunten                                                                           | 65 |

|     |                                                              |    |
|-----|--------------------------------------------------------------|----|
| 6.3 | De verhouding tussenvooronderzoek en eindonderzoek           | 67 |
| 6.4 | Object en regie van het eindonderzoek                        | 72 |
| 6.5 | Onpartijdigheid en onbevangenheid van de rechter ter zitting | 75 |
| 6.6 | De positie van slachtoffers in het strafproces               | 78 |
| 6.7 | Bewijsrecht                                                  | 86 |

**Bijzonder deel** 91

**1 De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht** 93

*Prof. mr. G. Knigge*

|   |                                                     |     |
|---|-----------------------------------------------------|-----|
| 1 | Inleiding                                           | 93  |
| 2 | Historisch bepaald onderscheid                      | 97  |
| 3 | Consequenties                                       | 100 |
| 4 | Keuze van uitgangspunten                            | 103 |
| 5 | De toepasbaarheid van de Algemene wet bestuursrecht | 105 |
| 6 | De bestuurlijke boete in de vierde tranche          | 114 |
| 7 | De bestuurlijke boete ingebed in het strafrecht     | 119 |
| 8 | Schets van een nieuwe regeling                      | 123 |

**2 Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak** 125

*Prof. mr. G. Knigge & mr. N.J.M. Kwakman*

|        |                                               |     |
|--------|-----------------------------------------------|-----|
| Deel I | Inleiding                                     | 125 |
| 1      | Aanduiding onderwerp                          | 125 |
| 2      | Het geldende recht; kenmerkende voorzieningen | 127 |
| 3      | Waardering van geldend recht                  | 132 |

**Deel II Oriëntatie** 134

|       |                                                                            |     |
|-------|----------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4     | Externe rechtsvergelijking: het opsporingsbegrip in enkele Europese landen | 134 |
| 4.1   | Inleiding                                                                  | 134 |
| 4.2   | Het opsporingsbegrip in enkele Europese landen                             | 134 |
| 4.2.1 | Duitsland                                                                  | 134 |
| 4.2.2 | Engeland                                                                   | 144 |
| 4.2.3 | Frankrijk                                                                  | 149 |
| 4.3   | Overige Europese landen                                                    | 154 |

|         |                                                                                                                                                   |     |
|---------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4.3.1   | Italië                                                                                                                                            | 154 |
| 4.3.2   | Denemarken                                                                                                                                        | 158 |
| 4.3.3   | België                                                                                                                                            | 158 |
| 4.4     | Tenslotte                                                                                                                                         | 162 |
| 5       | Supranationaal: het EVRM                                                                                                                          | 169 |
| 5.1     | Inleiding                                                                                                                                         | 169 |
| 5.2     | De wettelijke grondslag voor strafvorderlijk overheidsoptreden                                                                                    | 170 |
| 5.3     | De betekenis van art. 6 EVRM voor het opsporingsonderzoek                                                                                         | 175 |
| 5.4     | Het nemo tenetur beginsel                                                                                                                         | 177 |
| 5.5     | Resumé                                                                                                                                            | 179 |
| 6.      | Interne rechtsvergelijking (staats- en bestuursrecht)                                                                                             | 181 |
| 6.1     | Opsporing en grondrechten                                                                                                                         | 181 |
| 6.1.1   | Inleiding                                                                                                                                         | 181 |
| 6.1.2   | De reikwijdte van de (nieuwe) klassieke grondrechten                                                                                              | 184 |
| 6.1.2.1 | De grondwetsherziening van 1983                                                                                                                   | 184 |
| 6.1.2.2 | De contouren van het grondrecht 'eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer' (art.10 Gw) in verband met strafvorderlijke opsporingsbevoegdheden | 190 |
| 6.1.2.3 | Resumerend                                                                                                                                        | 199 |
| 6.1.2.3 | Het vereiste van een specifieke wettelijke grondslag voor inbreuken op grondrechten vs. het vereiste van flexibiliteit van opsporingsmethoden     | 199 |
| 6.1.3.1 | Inleiding                                                                                                                                         | 199 |
| 6.1.3.2 | De grondwettelijke beperkingssystematiek                                                                                                          | 200 |
| 6.1.4   | Besluit                                                                                                                                           | 206 |
| 6.2     | Het legaliteitsbeginsel in het bestuursrecht                                                                                                      | 207 |
| 6.2.1   | Inleiding                                                                                                                                         | 207 |
| 6.2.2   | Uitspraken van de rechter en de wetgever omtrent de reikwijdte van het bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel                                    | 215 |
| 6.2.3   | Opvattingen in de literatuur omtrent de reikwijdte van het bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel                                                | 217 |
| 6.2.4   | Besluit                                                                                                                                           | 228 |
| 7       | Het opsporingsbegrip en het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel in Aruba en de Nederlandse Antillen                                              | 230 |
| 7.1     | Inleiding                                                                                                                                         | 230 |
| 7.2     | Het opsporingsbegrip in de Nederlandse Antillen en Aruba                                                                                          | 231 |
| 7.3     | Intermezzo: het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel                                                                                              | 237 |
| 7.4     | Tot slot                                                                                                                                          | 238 |
| 8       | Lessen uit de oriënterende rechtsvergelijking                                                                                                     | 239 |
| 8.1     | De externe rechtsvergelijkende verkenning                                                                                                         | 239 |

|          |                                                |            |
|----------|------------------------------------------------|------------|
| 8.2      | De interne rechtsvergelijkende verkenning      | 239        |
| Deel III | Keuzen en uitgangspunten                       | 243        |
| 9        | Verantwoording van aanpak en terminologie      | 243        |
| 10       | Opsporing als overheidstaak; consequenties     | 251        |
| 10.1     | Inleiding                                      | 251        |
| 10.2     | Exclusieve taaktoedeling                       | 253        |
| 10.3     | Publiekrechtelijke normering                   | 264        |
| 10.4     | Opsporing door burgers                         | 268        |
| 11       | Controle versus opsporing                      | 280        |
| 11.1     | Het probleem                                   | 280        |
| 11.1.1   | Inleiding                                      | 280        |
| 11.1.2   | Een rammelend bouwwerk                         | 285        |
| 11.1.3   | De (dis)functionaliteit van het onderscheid    | 285        |
| 11.1.4   | Precisering van de vraagstelling               | 288        |
| 11.2     | De heersende leer: de argumenten gewogen       | 291        |
| 11.3     | Voorgestelde oplossing                         | 300        |
| 11.3.1   | Het doel als criterium                         | 300        |
| 11.3.2   | Consequenties voor de bestaande wetgeving      | 305        |
| 11.3.3   | Verhouding tot voorgenomen reorganisatie BOD's | 306        |
| 12       | De normering van het opsporingsonderzoek       | 309        |
| 12.1     | Inleiding                                      | 309        |
| 12.2     | Taak en bevoegdheid                            | 310        |
| 12.3     | Criteria voor wettelijke regeling              | 323        |
| 12.4     | Stelsel van geïmpliceerde bevoegdheden         | 328        |
| 13       | Plaats van regeling                            | 334        |
| Deel IV  | Schets van een nieuwe regeling                 | 336        |
| 14       | Schets van een nieuwe regeling                 | 336        |
| 14.1     | Opmerking vooraf                               | 336        |
| 14.2     | De nieuwe regeling op hoofdlijnen              | 337        |
| <b>3</b> | <b>Strafvordering en rechtshulp</b>            | <b>349</b> |
|          | <i>Mr. Y.G.M. Baaijens-van Geloven</i>         |            |
| 1        | Inleiding. Internationale samenwerking         | 349        |
| 2        | Strafvordering                                 | 353        |
| 2.1      | Inhoud                                         | 353        |
| 2.2      | Rechtsmacht                                    | 354        |

|     |                                                                                                |     |
|-----|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.3 | Extraterritoriale strafvordering                                                               | 355 |
| 2.4 | De reikwijdte van bepalingen van strafvordering                                                | 357 |
| 3   | Rechtshulp in strafzaken                                                                       | 359 |
| 4   | Verhouding strafvordering - rechtshulp                                                         | 362 |
| 4.1 | Rechtsmacht                                                                                    | 362 |
| 4.2 | Onderliggende rechtsbetrekking                                                                 | 364 |
| 4.3 | Strafvorderlijk karakter                                                                       | 365 |
| 4.4 | Locus regit actum versus forum regit actum                                                     | 366 |
| 5   | Geldend recht                                                                                  | 370 |
| 5.1 | Rechtsbronnen/wettelijke regeling                                                              | 370 |
| 5.2 | Internationale opsporing                                                                       | 374 |
| 6   | Uitgangspunten                                                                                 | 375 |
| 6.1 | Onderscheid strafvordering - rechtshulp                                                        | 375 |
| 6.2 | Zelfstandige regeling voor rechtshulpverlening                                                 | 378 |
| 6.3 | Inrichting en normering van het vooronderzoek. Reikwijdte van de bepalingen van strafvordering | 380 |
| 6.4 | Harmonisatie?                                                                                  | 383 |

#### **4 Vervolgging en rechtsbescherming** 387

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

|       |                                                      |     |
|-------|------------------------------------------------------|-----|
| 1     | Algemene inleiding                                   | 387 |
| 2     | De positie van het OM in de opsporing                | 392 |
| 2.1   | Inleiding                                            | 392 |
| 2.2   | Organisatorische verbanden                           | 393 |
| 2.2.1 | Inleiding                                            | 393 |
| 2.2.2 | Het OM ter discussie                                 | 394 |
| 2.2.3 | De positionering van het OM binnen de trias politica | 395 |
| 2.2.4 | Reorganisatie van het OM                             | 397 |
| 2.3   | Gezagsverhoudingen                                   | 399 |
| 2.3.1 | Inleiding                                            | 399 |
| 2.3.2 | Gezag                                                | 400 |
| 2.3.3 | Enige relativering                                   | 401 |
| 2.4   | Evaluatie van het geldende recht                     | 403 |
| 2.5   | Enige rechtsvergelijking                             | 404 |
| 2.5.1 | Inleiding                                            | 404 |
| 2.5.2 | Engeland en Wales                                    | 405 |
| 2.5.3 | Duitsland                                            | 407 |
| 2.5.4 | Frankrijk                                            | 410 |

---

|       |                                                                                                                 |     |
|-------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.5.5 | Conclusie                                                                                                       | 415 |
| 2.6   | Uitgangspunten voor een nieuwe regeling                                                                         | 416 |
| 2.6.1 | Inleiding                                                                                                       | 416 |
| 2.6.2 | Centrale positie van het openbaar ministerie in de Nederlandse strafvordering                                   | 417 |
| 2.6.3 | De officier van justitie in het opsporingsonderzoek                                                             | 418 |
| 2.6.4 | Centrale rol bij de vervolging                                                                                  | 421 |
| 2.6.5 | Slotsom: uitvoering uitgangspunten                                                                              | 421 |
| 3     | Rechtsbescherming ingekaderd                                                                                    | 422 |
| 3.1   | Afbakening                                                                                                      | 422 |
| 3.2   | Kenmerken van het geldende recht                                                                                | 426 |
| 3.3   | De betekenis van de art. 5 en 6 EVRM voor het vooronderzoek                                                     | 430 |
| 3.4   | Wat leert vreemd recht?                                                                                         | 433 |
| 3.4.1 | Inleiding                                                                                                       | 433 |
| 3.4.2 | Het wetboek van strafvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba                                             | 434 |
| 3.4.3 | Duitsland                                                                                                       | 438 |
| 3.4.4 | Welke lessen kunnen uit vreemd recht worden geleerd                                                             | 442 |
| 3.5   | Uitgangspunten voor een nieuwe regeling                                                                         | 443 |
| 3.6   | Verantwoording van de voorgestelde regeling tegen de achtergrond van de algemene uitgangspunten van het wetboek | 458 |
| 3.7   | Systematische verbanden met andere onderdelen van de strafvordering                                             | 459 |
| 4     | Interne openbaarheid en samenstelling van de processtukken                                                      | 460 |
| 4.1   | Inleiding                                                                                                       | 460 |
| 4.2   | Kenmerken van het geldende recht                                                                                | 462 |
| 4.3   | Systematische verbanden                                                                                         | 469 |
| 4.4   | EVRM                                                                                                            | 472 |
| 4.5   | Evaluatie van geldend recht                                                                                     | 475 |
| 4.6   | Wat leert vreemd recht?                                                                                         | 477 |
| 4.6.1 | Inleiding                                                                                                       | 477 |
| 4.6.2 | Het wetboek van strafvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba                                             | 477 |
| 4.6.3 | Duitsland                                                                                                       | 479 |
| 4.6.4 | Welke lessen kunnen uit vreemde recht worden geleerd?                                                           | 482 |
| 4.7   | Uitgangspunten voor een nieuwe regeling                                                                         | 483 |
| 4.8   | Verantwoording van de voorgestelde regeling tegen de achtergrond van de algemene uitgangspunten van het wetboek | 494 |
| 4.9   | Systematische samenhang met andere onderdelen van de strafvordering                                             | 495 |

**5 De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek 497***Mr. A.E. Hartevelde & mr. E.F. Stamhuis*

|         |                                                                                    |     |
|---------|------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1       | Inleiding                                                                          | 497 |
| 2       | Het wettelijk stelsel                                                              | 498 |
| 2.1     | Inleiding                                                                          | 498 |
| 2.2     | Ontwikkeling                                                                       | 499 |
| 2.2.1   | De basisstructuur van 1926                                                         | 499 |
| 2.2.2   | Nieuw in het oude gerechtelijk vooronderzoek                                       | 501 |
| 2.2.2.1 | Het beslag op vorderingen                                                          | 501 |
| 2.2.2.2 | De telefoontap c.a.                                                                | 502 |
| 2.2.2.3 | Inzage in computergegevens                                                         | 504 |
| 2.2.2.4 | Het DNA-onderzoek                                                                  | 504 |
| 2.2.2.5 | De getuigenbescherming                                                             | 507 |
| 2.2.2.6 | Tussentijds resultaat                                                              | 509 |
| 2.2.3   | Naast het oude gerechtelijk vooronderzoek geplaatst                                | 509 |
| 2.2.3.1 | De richtmicrofoons                                                                 | 509 |
| 2.2.3.2 | De ontnemingswetgeving                                                             | 511 |
| 2.2.4   | Voorlopig eindpunt                                                                 | 513 |
| 2.3     | De functie van de rechter in het vooronderzoek                                     | 516 |
| 3       | Europese tendensen                                                                 | 517 |
| 3.1     | Enkele lijnen in recente Straatsburgse rechtspraak                                 | 517 |
| 3.2     | De rechter van de vrijheden in het Corpus Juris                                    | 520 |
| 4       | Rechtsvergelijking                                                                 | 523 |
| 4.1     | Inleiding                                                                          | 523 |
| 4.2     | Duitsland                                                                          | 525 |
| 4.2.1   | Inleiding                                                                          | 525 |
| 4.2.2   | Intermezzo: de rechter bij de overgang van het vooronderzoek en eindonderzoek      | 526 |
| 4.2.3   | Rechterlijk toezicht op dwangmiddelen in verband met het strafrechtelijk onderzoek | 527 |
| 4.2.4   | Onderzoekshandelingen door de rechter: § 162 StPO                                  | 532 |
| 4.2.5   | Atypische gevallen                                                                 | 535 |
| 4.2.6   | Synopsis: In der Beschränkung zeigt sich der Richter                               | 536 |
| 4.3     | Frankrijk                                                                          | 538 |
| 4.4     | De betrokkenheid van de Engelse rechter in het vooronderzoek                       | 541 |
| 4.5     | Nederlandse Antillen en Aruba                                                      | 547 |
| 4.5.1   | Inleiding                                                                          | 547 |
| 4.5.2   | Loskoppeling van dwangmiddelen                                                     | 547 |
| 4.5.3   | Toetsingskader voor de rechter-commissaris                                         | 549 |

|        |                                                                         |     |
|--------|-------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4.5.4  | 'Handhaving' van het gerechtelijk vooronderzoek                         | 551 |
| 4.6    | Lessen uit de rechtsvergelijking                                        | 553 |
| 5      | Uitgangspunten voor een toekomstige regeling                            | 554 |
| 5.1    | Inleiding                                                               | 554 |
| 5.2    | De rechterlijke functies                                                | 555 |
| 5.3    | Het stelsel voor de toetsing van dwangmiddelen                          | 560 |
| 5.3.1  | Inleiding                                                               | 560 |
| 5.3.2  | Gevallen                                                                | 561 |
| 5.3.3. | Vormgeving van de rechterlijke toetsing                                 | 562 |
| 5.3.4  | Een algemeen processueel kader                                          | 565 |
| 5.4    | De rechter als onderzoeker                                              | 566 |
| 5.4.1  | Het stelsel voor onderzoekshandelingen                                  | 566 |
| 5.4.2  | Het rechterlijk onderzoek in gevoelige zaken                            | 574 |
| 5.5    | De verhouding tot de zittingsrechter                                    | 577 |
| 5.5.1  | De zittingsrechter oordeelt finaal                                      | 577 |
| 5.5.2  | Inbreuken op de interne openbaarheid onder rechterlijk toezicht         | 579 |
| 5.6    | De verhouding tussen de rechter-commissaris en de officier van justitie | 583 |
| 5.7    | Het verband met de algemene uitgangspunten                              | 586 |

**6 Voorarrest** 589

*Mr. J. uit Beijerse & mr. J.B.H.M. Simmelink*

|       |                                                              |     |
|-------|--------------------------------------------------------------|-----|
| 1     | Aanduiding onderwerp                                         | 589 |
| 2     | Het geldende recht                                           | 590 |
| 2.1   | Schets van de wettelijke regeling: kenmerkende voorzieningen | 590 |
| 2.2   | De wettelijke regeling van de materiële grondslag            | 591 |
| 2.2.1 | Een zekere ernst van het feit                                | 591 |
| 2.2.2 | Een zekere mate van verdenking                               | 592 |
| 2.2.3 | Een bijzondere grond                                         | 593 |
| 2.2.4 | Het anticipatiegebod                                         | 594 |
| 2.3   | De wettelijke regeling van de bevoegdheidstoedeling          | 595 |
| 2.3.1 | Inverzekeringstelling                                        | 596 |
| 2.3.2 | Bewaring                                                     | 598 |
| 2.3.3 | Gevangenhouding/-neming                                      | 598 |
| 2.3.4 | Flexibiliteit in de toepassing                               | 600 |
| 2.4   | De wettelijke regeling van de procedurele waarborgen         | 601 |
| 2.4.1 | Motivering van het bevel                                     | 601 |
| 2.4.2 | Hoorrecht                                                    | 602 |

|       |                                                                                |     |
|-------|--------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.4.3 | Rechtsbijstand                                                                 | 603 |
| 2.4.4 | De schorsing onder voorwaarden en reclasseringsinterventie                     | 605 |
| 3     | De context van de wettelijke regeling                                          | 607 |
| 3.1   | De maatschappelijke en strafrechtspolitieke context van de materiële grondslag | 607 |
| 3.1.1 | 1870: ter verzekering van de straf                                             | 607 |
| 3.1.2 | 1900: aanpak van recidivisten                                                  | 608 |
| 3.1.3 | 1930: indruk op het publiek                                                    | 609 |
| 3.1.4 | 1970: middel tot decriminalisering                                             | 611 |
| 3.1.5 | 1990: middel tot overlastbestrijding                                           | 613 |
| 3.2   | De praktische en organisatorische context van de bevoegdheidstoedeling         | 614 |
| 3.2.1 | De werkelijke termijn van inverzekeringstelling                                | 614 |
| 3.2.2 | De werkelijke termijn van bewaring                                             | 615 |
| 3.2.3 | De organisatie van de raadkamer gevangenhouding                                | 616 |
| 3.2.4 | Doorkruisende bevoegdheden                                                     | 616 |
| 3.2.5 | De 'pro forma'-zitting                                                         | 617 |
| 3.3   | De werking van verschillende procedurele waarborgen in de praktijk             | 619 |
| 3.3.1 | Het gebruik van standaardformuleringen                                         | 620 |
| 3.3.2 | Het gebruik van de schorsing door de rechter-commissaris                       | 621 |
| 3.3.3 | De reclasseringsinterventie in de praktijk                                     | 623 |
| 3.4   | De verhouding tot andere regelingen                                            | 624 |
| 3.4.1 | Het criterium 'feit waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is'                 | 624 |
| 3.4.2 | Vrijheidsbeneming ter ordehandhaving                                           | 625 |
| 4     | Een internationale verkenning                                                  | 625 |
| 4.1   | De verhouding tot het EVRM                                                     | 625 |
| 4.1.1 | Bepalingen betreffende de materiële grondslag                                  | 626 |
| 4.1.2 | Garanties betreffende de bevoegdheidstoedeling                                 | 628 |
| 4.2   | De regeling in de Nederlandse Antillen en Aruba                                | 630 |
| 4.2.1 | Bepalingen betreffende de materiële grondslag                                  | 630 |
| 4.2.2 | Bepalingen betreffende de bevoegdheidstoedeling                                | 631 |
| 4.3   | De regeling in de Bondsrepubliek Duitsland                                     | 634 |
| 4.3.1 | Bepalingen betreffende de materiële grondslag                                  | 634 |
| 4.3.2 | Bepalingen betreffende de bevoegdheidstoedeling                                | 637 |
| 4.3.3 | Procedurele waarborgen                                                         | 641 |
| 4.4   | Afronding                                                                      | 642 |
| 5     | Uitgangspunten voor een nieuwe regeling                                        | 643 |
| 5.1   | Keuze van uitgangspunten: kenmerken van een nieuwe regeling                    | 643 |
| 5.2   | Uitgangspunten voor de materiële grondslag                                     | 644 |

|       |                                                                               |     |
|-------|-------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 5.2.1 | De 'gronden'                                                                  | 644 |
| 5.2.2 | De 'feiten'                                                                   | 646 |
| 5.2.3 | De concrete noodzakelijkheidstoets                                            | 648 |
| 5.3   | Uitgangspunten voor de bevoegdheidstoedeling                                  | 651 |
| 5.3.1 | De inverzekeringstelling                                                      | 651 |
| 5.3.2 | De bewaring                                                                   | 653 |
| 5.3.3 | De gevangenhouding                                                            | 653 |
| 5.3.4 | De actieve rol van de rechter nader belicht                                   | 654 |
| 5.3.5 | De maximale duur tot aan de terechtzitting                                    | 656 |
| 5.3.6 | Uitgangspunten voor de fase van hoger beroep                                  | 659 |
| 5.3.7 | De tenuitvoerlegging van het bevel: bevoegdheid of plicht?                    | 661 |
| 5.4   | Procedurale waarborgen: het voorwaardelijk te verlenen/<br>op te heffen bevel | 664 |
| 5.4.1 | Subsidiariteit bij de toepassing                                              | 664 |
| 5.4.2 | Openheid van de wettelijke regeling                                           | 665 |
| 5.4.3 | Mogelijk te stellen bijzondere voorwaarden                                    | 666 |
| 5.4.4 | Waarborgen voor de naleving van de voorwaarden                                | 667 |
| 5.5   | Verantwoording van de gekozen uitgangspunten                                  | 668 |
| 5.6   | Systematische samenhang met andere delen van de straf-<br>vordering           | 669 |

**7 De toelating van de raadsman tot het politieële verdachtenverhoor.**

**Een status questionis op de drempel van de eenentwintigste eeuw** 671

*Prof. dr. C.J.C.F. Fijnaut*

|       |                                                                                  |     |
|-------|----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1     | Algemene inleiding                                                               | 671 |
| 2     | Het EVRM en de toelating van de raadsman tot het politieële<br>verdachtenverhoor | 674 |
| 2.1   | De jurisprudentie van het EHRM                                                   | 674 |
| 2.1.1 | De zaak- <i>Can</i>                                                              | 675 |
| 2.1.2 | De zaak- <i>S. v. Switzerland</i>                                                | 677 |
| 2.1.3 | De zaak- <i>Imbrioscia v. Switzerland</i>                                        | 678 |
| 2.1.4 | De zaak- <i>John Murray v. United Kingdom</i>                                    | 680 |
| 2.1.5 | De zaak- <i>Selmouni v. France</i>                                               | 682 |
| 2.1.6 | De zaken- <i>Condron, Averill en Magee v. the United Kingdom</i>                 | 684 |
| 2.1.7 | Tot besluit: het standpunt van het EHRM                                          | 687 |
| 2.2   | De rapporten van het CVM                                                         | 688 |
| 2.2.1 | De rapporten over de situatie in Frankrijk                                       | 689 |
| 2.2.2 | De rapporten over de situatie in België                                          | 693 |

---

|       |                                                                                                 |     |
|-------|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.2.3 | De rapporten over de situatie in de Bondsrepubliek Duitsland                                    | 695 |
| 2.2.4 | De rapporten over de situatie in het Verenigd Koninkrijk                                        | 698 |
| 2.2.5 | De rapporten over de situatie in Nederland                                                      | 703 |
| 2.2.6 | Tot besluit: het standpunt van het CVM                                                          | 706 |
| 2.3   | De standpunten van het EHRM en het CVM onderling vergeleken                                     | 709 |
| 3     | Een nadere analyse van de situatie in Nederland en de omringende landen                         | 711 |
| 3.1   | Een nadere analyse van de situatie in Frankrijk                                                 | 711 |
| 3.2   | Een nadere analyse van de situatie in België                                                    | 715 |
| 3.3   | Een nadere analyse van de situatie in de Bondsrepubliek Duitsland                               | 720 |
| 3.4   | Een nadere analyse van de situatie in het Verenigd Koninkrijk                                   | 724 |
| 3.4.1 | De regeling van de rechtsbijstand in de PACE 1984                                               | 724 |
| 3.4.2 | Het eerste onderzoek naar de uitwerking van deze regeling in de praktijk                        | 726 |
| 3.4.3 | De onderzoeken, opvattingen en aanbevelingen van de Runciman-commissie                          | 730 |
| 3.4.4 | De inperking van (de rol van) het zwijgrecht via The Criminal Justice and Public Order Act 1994 | 735 |
| 3.4.5 | De laatste ontwikkelingen in theorie en praktijk                                                | 739 |
| 3.5   | Een nadere analyse van de situatie in Nederland                                                 | 741 |
| 3.6   | De situaties in Nederland en de omringende landen onderling vergeleken                          | 749 |
| 4     | Algemeen besluit                                                                                | 751 |

## Algemeen deel

# Het vooronderzoek in strafzaken. Algemeen deel

*prof. mr. M.S. Groenhuijsen*

## 1 Inleiding

### 1.1 *De opzet van dit rapport*

In dit boek wordt verslag gedaan van de resultaten van het tweede jaar van het onderzoeksproject Strafvordering 2001. In deze periode is studie verricht naar het vooronderzoek in strafzaken. Het voorbereidend onderzoek omvat die fasen van het strafgeding in ruime zin die voorafgaan aan de terechtzitting. In het vigerende wetboek staan daarin het opsporingsonderzoek, de voorlopige hechtenis en het gerechtelijk vooronderzoek centraal.

Het belang van het voorbereidend onderzoek is vanouds vooral gelegen in het verzamelen van informatie omtrent vermoedelijk gepleegde strafbare feiten. Die informatie dient vervolgens een verantwoorde vervolgingsbeslissing mogelijk te maken. En wanneer de zaak door middel van een dagvaarding aanhangig wordt gemaakt ter terechtzitting, vindt het openbare eindonderzoek plaats op basis van het materiaal dat in de voorbereidende fasen aan het licht is gebracht.

Gedurende het voorbereidend onderzoek moet dus informatie worden verzameld op grond waarvan uitsluitel kan worden gegeven omtrent de betrokkenheid van personen bij bepaalde delicten. Wat dat betreft staat het vooronderzoek ten dienste van de waarheidsvinding. Daarbij dient evenwel te worden bedacht dat impressies of persoonlijke overtuigingen omtrent datgene wat zich zou hebben voorgedaan, in deze fase van het geding steeds een voorlopig karakter hebben. De uiteindelijke oordeelsvorming omtrent de materiële waarheid is nadrukkelijk voorbehouden aan de rechter, na een daartoe strekkende openbare terechtzitting. Ook moet worden aangetekend dat het voorbereidend onderzoek de omgeving bij uitstek is waar de traditionele spanning tussen waarheidsvinding enerzijds en bescherming van persoonlijke vrijheidsrechten anderzijds in volle scherpte aan het licht treedt. Het verrichten van onderzoek door politie en justitie autoriteiten gaat veelvuldig gepaard met inbreuken op grondrechten van burgers. Daarom is juist in deze fase van het geding de vraag aan de orde hoe ver de overheid in dit opzicht mag gaan en op welke wijze de grenzen dienen te worden afgebakend en vastgelegd.

Tegen deze achtergrond kan reeds aanstonds worden gewezen op enkele prangende vragen omtrent de systematische grondslag van het voorbereidend

onderzoek in strafzaken. In het eerste interimrapport hebben wij de belangrijkste hiervan al aangestipt.<sup>1</sup> Zo is algemeen erkend dat de betekenis van het voorbereidend onderzoek ingrijpend is beïnvloed door het *de auditu*-arrest uit 1926. Daargelaten de vraag of de ontwerpers van het huidige wetboek zelf ook reeds mogelijkheden zagen voor toelating van 'verklaringen van horen zeggen' als bewijsmiddel<sup>2</sup>, staat toch wel vast dat de praktijk van de omgang met in het vooronderzoek afgelegde getuigenverklaringen sterk afwijkt van het model dat in het wetboek als basispatroon is neergelegd. Dit heeft niet alleen implicaties voor de systematische inrichting van het onderzoek ter terechtzitting, maar evenzeer leidt het tot de noodzaak van een fundamentele reflectie op de vormgeving van rechtsbeschermende elementen gedurende het vooronderzoek.

In gelijke zin hebben wij melding gemaakt van de principiële veranderingen in het object van onderzoek in de voorbereidende fase. Was voorheen de aandacht vooral<sup>3</sup> gericht op situaties waarin één individu werd verdacht van het plegen van één delict, in het laatste kwart van de twintigste eeuw kreeg justitie veelal te maken met aanmerkelijk gecompliceerder vormen van criminaliteit. Daarbij zijn vaak grote reeksen van burgers betrokken - al dan niet in georganiseerd verband - en wordt bovendien de noodzaak gevoeld om niet alleen aandacht te besteden aan reeds gepleegde delicten maar ook aan strafbare feiten die naar alle waarschijnlijkheid in de voorzienbare toekomst zouden plaatshebben.

Het bestaande wetboek biedt evenmin systematische aanknopingspunten voor een antwoord op de vraag naar de verhouding tussen de daarin geregelde opsporingsbevoegdheden enerzijds en de in bijzondere wetten voorkomende controlebevoegdheden anderzijds. Op dit punt werd het beeld nog onoverzichtelijker door de uitbouw van vormen van repressief toezicht in een bestuursrechtelijke omgeving, waarvan de relatie met strafvorderlijk ingrijpen op z'n minst onduidelijk is. Ook de opkomst van nieuwe technische hulpmiddelen - waarvan het DNA-onderzoek en de AIDS-test als voor de hand liggende voorbeelden worden genoemd - noopten tot nieuwe afwegingen van in aanmerking komende belangen, terwijl een structureel kader voor zo'n afweging niet voorhanden is.

Voor de inrichting van het voorbereidend onderzoek is voorts van belang dat de institutionele verhoudingen tussen de betrokken autoriteiten sinds de invoering van het wetboek drastisch zijn veranderd. De politie is, vooral in de afgelopen decennia, in hoog tempo geprofessionaliseerd; er heeft een sterke

1 M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen: 1999, Algemeen Deel, paragraaf 2.

2 Daarover meer in paragraaf 6 van dit Algemeen deel.

3 Situaties als bestreken door art. 140 Sr in zijn oorspronkelijke betekenis - gericht op boevenbendes - behoorden nadrukkelijk tot de uitzonderingen. Vergelijk M.J.H.J. de Vries-Leemans, *Art. 140 Wetboek van Strafrecht. Een onderzoek naar de strafbaarstelling van deelneming aan misdaadorganisaties* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1995.

proliferatie in de kring van buitengewone opsporingsambtenaren plaatsgevonden; de rol van bijzondere opsporingsdiensten (BOD's) is kwalitatief sterk geprononceerd; en het openbaar ministerie is van een primair op strafvervolgning gericht orgaan geëvolueerd tot een instelling met een geheel eigen karakter, die zoveel taken kreeg toebedeeld dat het korthedshalve wel werd aangeduid als de spin in het web van de strafrechtelijke rechtshandhaving.<sup>4</sup> Al deze ontwikkelingen vonden plaats zonder een bijpassende herbezinning op het wettelijk kader zoals dat werd geboden door het vigerende wetboek van strafvordering.<sup>5</sup>

Een soortgelijk tekort deed zich voor in relatie tot het gerechtelijk vooronderzoek. In de structuur van het wetboek van 1926 had het gerechtelijk vooronderzoek een centrale plaats in het voorbereidend onderzoek, met - als vanzelfsprekend gevolg daarvan - een dominante positie voor de rechter-commissaris. De praktijk week gaandeweg steeds verder af van het in het wetboek gefixeerde model. Het opsporingsonderzoek won in de meeste zaken terrein op het GVO, de officier van justitie werd doorgaans belangrijker dan de rechter-commissaris.

Tenslotte zijn nogal wat systematische ankers onder de wettelijke regeling van het vooronderzoek uitgeslagen door de voortschrijdende internationalisering van het strafprocesrecht. We volstaan hier korthedshalve met de vermelding van de sterk geïntensiveerde internationale samenwerking en de invloed van de Straatsburgse rechtspraak op basis van het EVRM.

De gesignaleerde fricties en systematische disharmonieën leidden niet alleen tot theoretische problemen. Ook de rechtspraktijk heeft in toenemende mate te lijden gehad onder het gebrek aan samenhang in de regelgeving van het wetboek. Uiteraard is de meest pijnlijke manifestatie hiervan gelegen in het rapport van de Parlementaire Enquêtecommissie inzake bijzondere opsporingsmethoden.<sup>6</sup> De commissie signaleerde een 'crisis in de opsporing', die uit verschillende dimensies bestond. Voor ons is vooral van belang dat zowel een gezagscrisis werd geconstateerd als een normeringscrisis. De bestaande organisatiestructuur bleek tekort te zijn geschoten om effectief toezicht op het opsporingsapparaat mogelijk te maken. Ook bleken de in het wetboek vastgelegde rechtswaarborgen rond de inzet van opsporingsmethoden naar het oordeel van de commissie ontoereikend om een adequaat niveau van rechtsbescherming te garanderen.

4 Hieromtrent A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint 1994; zie ook het pleidooi van T.M. Schalken voor een terugkeer naar de kerntaken van het OM in: 'Een nieuwe lente voor het OM', *NJB* 1995, p. 16-17; 'Het openbaar ministerie moet niet meer, maar minder gaan sturen' (samen met G.J. Lind), *NJB* 1995, p. 455-456; en 'Het vergeten Openbaar Ministerie', *NJB* 1995, p. 862-863.

5 Daarentegen vond wel een meer gerichte aanpassing plaats van de institutionele c.q. organisatorische wetgeving in de Politiewet en de wet RO.

6 *Inzake opsporing*, Den Haag: SDU uitgevers 1996.

Als reactie op deze bevindingen werd betrekkelijk korte tijd later de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden ingevoerd.<sup>7</sup> Bedoeld als de oplossing voor het door de enquêtecommissie vastgestelde normeringsprobleem - en in menig opzicht als zodanig ook geslaagd te noemen - moet thans worden vastgesteld dat de wet vanuit systematisch oogpunt juist nieuwe complicaties en ongerijmdheden in het leven heeft geroepen. Die nieuwe complicaties moeten in deze studie omtrent het voorbereidend onderzoek onder ogen worden gezien. Hetzelfde geldt voor de recente herziening van het gerechtelijk vooronderzoek.<sup>8</sup> Onvrede met de geldende positionering van de rechter-commissaris en de bestaande koppeling van sommige dwangmiddelen aan het instellen van een GVO leidde tot een aanpassing van de wettelijke bepalingen, maar het resultaat kan allerm minst worden beschouwd als de uitwerking van een heldere visie op de rol van de rechter in het vooronderzoek of op de betekenis van het GVO als zelfstandig juridisch kader waarin opsporingshandelingen en dwangmiddelen een natuurlijke plaats hebben. Ook op dit punt lijkt de systematische basis van het wetboek door de nieuwe wetgeving eerder verstoord dan versterkt.

De voorafgaande opmerkingen omtrent evidente fricties binnen de uitgangspunten van het voorbereidend onderzoek in strafzaken vormen de achtergrond - alsmede de verklaring en de rechtvaardiging - van de opbouw van dit boek. Evenals het eerste interimrapport bestaat het uit twee delen. In het *Bijzonder deel* zijn zeven deelrapporten opgenomen. Achtereenvolgens komen daarin de volgende onderwerpen aan de orde.

Eerst zal worden ingegaan op de verhouding tussen het strafprocesrecht en het bestuursprocesrecht. Door de sterke toename van bestuurlijke handhavingsmechanismen<sup>9</sup> heeft de vraag naar de afbakening van strafvordering en bestuursrecht aan belang gewonnen. De vraag is of er een wezenlijk verschil tussen beide rechtsgebieden bestaat en welke gevolgen het antwoord op die vraag heeft voor de ordening van de stof binnen het wetboek van strafvordering respectievelijk de Algemene wet bestuursrecht. Aan dit onderwerp kan des te minder voorbij worden gegaan in het licht van de verschijning van het voorontwerp vierde tranche van de Awb in 1999, waarin een algemene regeling wordt gegeven voor de oplegging van bestuurlijke boetes.

Het tweede deelrapport sluit hier nauw op aan. Daarin gaat het over het opsporingsbegrip. Wat verstaan we onder 'opsporing'? Welke verhouding is er

7 Wet van 18 mei 1999, *Stb.* 243, inwerking getreden per 1 februari 2000.

8 Wet van 18 mei 1999, *Stb.* 245, eveneens inwerking getreden per 1 februari 2000.

9 Zie o.a. G.J.M. Corstens, *Een stille revolutie in het strafrecht*, afscheidsrede Nijmegen: Gouda Quint 1995; A.R. Hartmann & P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht* (diss.), Rotterdam: Gouda Quint 1998; en het rapport *Handhaven op niveau* van de Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, alle met uitvoerige literatuuropgave.

tussen opsporing als taak en de daarbij passende of daaruit voortvloeiende bevoegdheden? En waar - en hoe - moeten die bevoegdheden worden geregeld, gelet op de samenhang of gelijkenis met toezichthoudende bevoegdheden uit het bestuursrecht?

Het derde deelrapport betreft de internationale ontwikkelingen. De praktijk laat zien dat geografische grenzen steeds minder belangrijk zijn bij het opsporen en vervolgen van strafbare feiten. Er vindt niet alleen intensieve politieë en justitiële samenwerking plaats, maar bovendien is de aard van die samenwerking veranderd. Was het grondpatroon vroeger dat een nationale overheid ten behoeve van een eigen strafzaak soms de hulp inriep van een ander land, thans wordt veelal gezamenlijk onderzoek verricht terwijl in het geheel nog niet vast staat in welke rechtsorde uiteindelijk een vervolging zal plaatshebben. Het bestaande wetboek is systematisch niet berekend op deze stand van zaken. Het onderscheid tussen opsporing en rechtshulp moet worden geproblematiseerd. Is opsporing in beginsel beperkt tot de nationale wetshandhaving of is rechtshulpverlening ook opsporing? Hoe zit het met de normering van rechtshulpverlening? Wat zijn de uitgangspunten wanneer Nederlandse opsporingsambtenaren in het buitenland optreden - en omgekeerd: als buitenlandse autoriteiten in ons land officiële handelingen verrichten - en welk regiem is van toepassing op het gebruik van onderzoeksresultaten die in den vreemde zijn vergaard ten behoeve van een Nederlandse strafzaak?

In het vierde deelrapport worden de complicaties belicht die het gevolg zijn van de omstandigheid dat de onderlinge verhouding tussen de rol van de rechter-commissaris en die van de officier van justitie sinds de introductie van het huidige wetboek ernstig is veranderd. Dit duo opereert thans in een systematisch schemergebied. Van een tandem met nauwkeurig op elkaar afgestemde rollen is al lang geen sprake meer. De negatieve effecten daarvan blijken onder andere in de situatie waarin onderzoeken betrekking hebben op een veelheid van verdachten en/of een ruim aantal verschillende feiten. Hoe valt in dergelijke gevallen een goede rechtsbescherming te waarborgen? Daartoe moet worden nagegaan wat de leidinggevende rol van het OM in de opsporingsfase precies inhoudt. In het verlengde daarvan moet aandacht worden besteed aan de mogelijk nadelige gevolgen van fragmentering van het vooronderzoek. Wie houdt het overzicht over de verschillende activiteiten, vooral wanneer die zich in verschillende arrondissementen afspelen? Hoe kunnen de termijnen worden bewaakt, die mede een vlotte afwikkeling van de zaak in het belang van de verdachte beogen? En hoe moet het recht op inzage in de stukken worden vormgegeven indien er verschillende dossiers zijn in samenhangende strafzaken?

Het vijfde deelrapport gaat over het gerechtelijk vooronderzoek, of nauwkeuriger gezegd: over de rechterlijke bemoeienis met het voorbereidend onderzoek. De vraag die daarin centraal staat, komt voort uit het gegeven dat in

het huidige recht voor de inschakeling van de rechter-commissaris in het vooronderzoek veel vaker een machtigingsprocedure of een mini-instructie (art. 36a Sv e.v.) is voorzien dan een GVO. Bij die stand van zaken is in feite compleet aan het zicht onttrokken wat nu eigenlijk exact wordt beoogd met de inschakeling van een rechter in de voorbereidende fase van het geding. Pas wanneer die doelstelling helder is geformuleerd, kan een systematisch - dus: meer bevredigend - antwoord worden gegeven op de vraag of het wenselijk is het GVO te behouden als een structuur waarbinnen nader omschreven onderzoekshandelingen het beste een plaats kunnen krijgen.

Het dan volgende, zesde, deelrapport heeft betrekking op het voorarrest. Vrijheidsbeneming, niet zelden van langdurige aard, is het meest ingrijpende dwangmiddel dat in het vooronderzoek kan worden toegepast. Het is dan ook niet verwonderlijk dat wettelijke regelingen daaromtrent voortdurend ter discussie staan, regelmatig worden veranderd, met als gevolg dat op een gegeven moment nauwelijks nog dragende grondgedachten achter die onderdelen van het wetboek kunnen worden ontwaard. Het deelrapport beoogt een herkenbare structuur van gevallen en gronden van voorarrest te herstellen, waarbij aansluiting wordt gezocht bij enkele centrale keuzen die in het eerste interimrapport zijn gemaakt.

In het zevende deelrapport gaat het over een andere 'crucial stage' in het voorbereidend onderzoek, te weten het politieverhoor. De belangrijkste vraag die daar wordt onderzocht is of de verdachte in die fase van het geding het recht toekomt om te worden bijgestaan door een raadsman. Op grond van Straatsburgse rechtspraak en ervaringen die elders in Europa met deze kwestie zijn opgedaan, blijkt dat de vraag een genuanceerde benadering vraagt, waarin niet kan worden geabstraheerd van andere wettelijke waarborgen voor een aannemelijk verloop van het politieverhoor.

In het eerste interimrapport zijn de contouren geschetst van een drie sporen-proces. Het zogenoemde derde spoor heeft betrekking op een buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten. In het interimrapport werd aangekondigd dat gedurende het tweede projectjaar precieze invulling zou worden gegeven aan deze procedure. De onderwerpen die daarbij aan de orde moeten komen zijn erg gevarieerd en zonder uitzondering gecompliceerd. Het gaat bijvoorbeeld om een afbakening van de sancties die in dit traject kunnen worden opgelegd en de verhouding tot traditionele afdoeningswijzen als de transactie, het voorwaardelijk sepot en de voeging 'ad informandum'. Een ander wezenlijk probleem waarop we zijn gestuit betreft het vraagstuk van de mogelijkheid van vervangende hechtenis in situaties waarin het Openbaar Ministerie een boete heeft opgelegd. Wij zijn tot de slotsom gekomen dat deze onderwerpen nadere studie behoeven, onder andere vanuit rechtsvergelijkend perspectief. Dit zijn kwesties waarin niet zomaar knopen kunnen worden doorgelicht of waarin rechtspolitieke preferenties eenvoudig de

doorslag mogen geven. Daarom is de uitwerking van de normering van de buitengerechtelijke afdoening doorgeschoven naar het derde projectjaar. In het volgende interimrapport zal daaraan een afzonderlijk deelrapport worden gewijd.

Tot zover de onderwerpen die in de deelrapporten aan de orde komen. Het *Algemeen deel* is als volgt opgebouwd. Na deze inleidende beschouwingen volgt eerst een paragraaf waarin een nadere toelichting wordt gegeven op de doelstellingen van het onderzoeksproject. Gebleken is dat de titel 'Strafvordering 2001' hier en daar tot misverstanden aanleiding heeft gegeven. Dit is een goede gelegenheid om nog eens nauwkeurig aan te geven waar het ons om te doen is. De paragraaf gaat voor een belangrijk deel over 'systematische uitgangspunten'. Daarin wordt niet aangekondigd welke systematische uitgangspunten tot dusverre zijn ontwikkeld, maar gaat het er om uiteen te zetten wat wij nu eigenlijk verstaan onder het concept van systematische uitgangspunten. Deze explicatie zal tevens worden aangegrepen om duidelijk te maken hoe de resultaten van dit onderzoeksproject zich verhouden tot een onderneming van daadwerkelijke hercodificatie van het wetboek van straffordering. In paragraaf 3 worden vervolgens de algemene uitgangspunten vermeld die gedurende het tweede projectjaar zijn ontwikkeld omtrent de inrichting van het voorbereidend onderzoek. Uiteraard zal dit gebeuren in nauwe aansluiting op de knelpunten die zijn blootgelegd in de bestaande regelingen in het wetboek. Bovendien zullen de uitgangspunten in verband worden gebracht met de keuzen die zijn beschreven en verantwoord in het eerste interimrapport. Paragraaf 4 biedt een beschouwing over meer onderwerp-specifieke uitgangspunten met daaraan gekoppeld een integrerend overzicht van de voorstellen die in het *Bijzonder deel* zijn uitgewerkt. Uiteraard wordt daarin de nadruk gelegd op de onderlinge samenhang tussen de verschillende voorstellen. In paragraaf 5 worden dan de consequenties van de tot dusverre bereikte resultaten besproken voor het derde en vierde projectjaar. Paragraaf 6 tenslotte is gewijd aan een 'reply to critics'. Nu één van de doelstellingen van het project Strafvordering 2001 is het bevorderen van het wetenschappelijk debat over basisvragen van strafprocesrecht, vormt het een vanzelfsprekend onderdeel van dit boek om recht te doen aan de reacties die in de rechtsgeleerde literatuur zijn verschenen op het gedachtengoed uit ons eerste interimrapport.

Nog een enkele afrondende opmerking achten wij gepast. In de literatuur wordt - terecht - herhaaldelijk verwezen naar de individuele auteurs van deelrapporten in dit project. Ter voorkoming van misverstand herhalen wij hier evenwel de in het eerste interimrapport opgenomen passage waarin wordt benadrukt dat het rapport in zijn geheel het product is van de gezamenlijke inspanning van de onderzoeksgroep en in zijn totaliteit door de gehele onderzoeksgroep wordt gedragen.

## 1.2 Samenstelling onderzoeksgroep

### Leiding

- prof. mr. G. Knigge, hoogleraar straf- en strafprocesrecht RUG
- prof. mr. M.S. Groenhuijsen, hoogleraar straf- en strafprocesrecht KUB

### Onderzoekers (gerangschikt per instelling)

#### *Vakgroep Strafrecht en Criminologie Rijksuniversiteit Groningen*

- mr. A.E. Harteveld
- mr. N.J.M. Kwakman
- mr. E.F. Stamhuis

#### *Vakgroep strafrechtswetenschappen Katholieke Universiteit Brabant*

- mr. Y.G.M. Baaijens-van Geloven
- prof. dr. C.J.C.F. Fijnaut
- mr. J.B.H.M. Simmelink

#### *Vakgroep strafrechtswetenschappen Erasmusuniversiteit Rotterdam*

- mr. J. uit Beijerse
- mr. A.R. Hartmann

## 1.3 Samenstelling begeleidingscommissie

Door de afdeling Externe Wetenschappelijke Betrekkingen van het WODC is een begeleidingscommissie ingesteld die de volgende samenstelling kent:

- mr. G.J.M. Corstens, raadsheer bij de Hoge Raad der Nederlanden (voorzitter)
- mr. I.M. Abels, Directie Wetgeving, Ministerie van Justitie
- prof. mr. C.P.M. Cleiren, Directeur-Generaal Wetgeving, Rechtshandhaving en Rechtspleging, Ministerie van Justitie; sinds 1 januari 2000 hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden
- prof. mr. J.W. Fokkens, advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden en hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam
- mr. drs. B.F. Keulen, Directie Wetgeving, Ministerie van Justitie
- prof. mr. P.A.M. Mevis, hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Erasmusuniversiteit te Rotterdam
- prof. dr. A. De Nauw, hoogleraar strafrecht aan de Vrije Universiteit te Bussel
- mr. D.J.M.W. Paridaens, Bureau Juridische en Beleidsondersteunende Aangelegenheden, Directoraat-Generaal Rechtshandhaving, Ministerie van Justitie

- prof. mr. Th.A. de Roos, hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit te Leiden
- mr. W.M. de Jongste, WODC, Ministerie van Justitie (secretariaat)

## 2 **Het karakter van het onderzoeksproject ‘Strafvordering 2001’.** **Relatie met bestaande praktijk**

### 2.1 *Aard en betekenis van de systematische uitgangspunten*

Het onderzoeksproject draagt als titel: ‘Strafvordering 2001’. Uit verschillende reacties is gebleken dat deze aanduiding is opgevat als een beoogde einddatum van onze inspanningen. Dat is niet het geval. Het jaartal in het opschrift heeft niets van doen met de kalendrische planning van werkzaamheden<sup>10</sup>, maar vormt een metafoor voor de strekking van het project. Het gaat er om een systeem van strafvordering te ontwerpen dat is berekend op de eisen van de huidige tijd. Aangezien de huidige tijd samenvalt met het begin van een nieuwe eeuw<sup>11</sup>, is gekozen voor de vermelding van het jaartal dat symbool staat voor de niet al te krap bemeten toekomst.

Daarnaast is bij sommigen de indruk ontstaan dat het project is gericht op het ontwerpen van een geheel nieuw wetboek van strafvordering. Wij moeten erkennen zelf soms onbedoeld aan die gedachte te hebben bijgedragen, bijvoorbeeld door in de aankondiging van de eerste twee congressen over de bereikte tussenresultaten als subtitel gewag te maken van de woorden: ‘Naar een nieuw wetboek van strafvordering’. Nu deze passus niet (tenminste) is voorzien van een vraagteken, kan zij gemakkelijk worden misverstaan. Vandaar dat het nuttig is om op deze plaats nauwkeuriger inzicht te bieden in de aard en reikwijdte van de doelstellingen van het onderzoeksproject.

‘Strafvordering 2001’ is niet bedoeld om een nieuw wetboek te ontwerpen. Het beoogt geen complete hercodificatie van het strafprocesrecht in de gangbare zin van het woord.<sup>12</sup> In plaats daarvan is het onderzoek gericht op de vraag of het mogelijk is om een stelsel van systematisch samenhangende uitgangspunten te ontwerpen die ten grondslag zouden kunnen worden gelegd aan een eventueel nieuw tot stand te brengen wetboek. De achtergrond van deze probleemstelling

10 Daarover kan simpel worden vastgesteld dat het onderzoek een totale looptijd heeft van 4 jaar. Het project zal derhalve worden afgerond aan het eind van 2002.

11 Het lijkt in dit verband minder passend om te spreken over het begin van een nieuw millennium.

12 Zie omtrent het begrip codificatie J.F. Nijboer, *De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving. De systematische grondslag van het algemeen deel van het W.v.Sr.*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1987, p. 134 e.v. met nadere bronvermelding.

is gelegen in de gedocumenteerde constatering - die in de literatuur breed wordt onderschreven - dat het *bestaande* wetboek vanuit systematisch oogpunt vele gebreken vertoont en dat de rechtspraktijk slechts in beperkte mate aansluit bij de normering in het wetboek.<sup>13</sup> De vraag naar de wenselijkheid van een nieuw wetboek kan naar ons oordeel niet in een juridisch vacuüm worden beantwoord, maar is mede afhankelijk van de beschikbaarheid van een alternatief. Met andere woorden: als het mogelijk zou blijken te zijn om een samenhangend stelsel van uitgangspunten uit te werken dat een betere basis voor de strafvordering biedt dan het huidige wetboek, is *dat* de belangrijkste reden om vervolgens daadwerkelijk het ontwerp van zo'n nieuw wetboek te beproeven. Vanuit dit gezichtspunt is dus *niet* de kernvraag of een nieuw wetboek van strafvordering 'noodzakelijk' is, waarbij de maatstaf voor beantwoording van die vraag zou worden gezocht in gebleken pertinente behoeften vanuit de rechtspraktijk.<sup>14</sup>

Dit brengt ons tot enkele nadere opmerkingen omtrent de relatie tussen het wetboek en de rechtspraktijk. Naar aanleiding van de presentatie van de resultaten van het eerste jaar van het onderzoeksproject is wel als bezwaar naar voren gebracht dat onze voorstellen op veel punten niet erg ver afwijken van de bestaande praktijk. Als dat zo is, zou wetswijziging - laat staan het denkbeeld van hercodificatie - weinig opportuun zijn. En daarnaast is geopperd dat sommige andere onderdelen van het eerste interimrapport juist in strijd zijn met de huidige manier van procederen in strafzaken, hetgeen evenzeer een contra-indicatie zou zijn voor het overnemen van de desbetreffende voorstellen. Kort samengevat: waar de ideeën stroken met de rechtspraktijk is wetswijziging overbodig, waar ze afwijken van die praktijk is aanpassing van de wet onwenselijk. Wij zien dit anders. Om te beginnen kan de genoemde redenering natuurlijk ook worden omgedraaid. Waar een hecht verankerd systeem van uitgangspunten aansluit bij bestaande praktijk, kan dat een nieuwe - stelselmatige - legitimatie voor die praktijk opleveren. Dat vormt op zichzelf al een argument om het wetboek dan beter te laten aansluiten op de in de rechtspleging gegroeide werkwijzen. En waar een vanuit heldere uitgangspunten beredeneerde aanbeveling wezenlijk anders is dan een gangbare manier van procederen, lijkt er nogal wat te zeggen voor zowel een juridische als een feitelijke bijstelling van die praktijk. Maar er is meer. Los van deze enigszins abstracte en formele repliek op de ingebrachte bezwaren, kan ook meer inhoudelijk worden uitgelegd waarom - en in welke opzichten - onze benadering kan leiden tot een zinvol alternatief stelsel met een duidelijke meerwaarde ten opzichte van het vigerende wetboek resp. de op basis daarvan gegroeide praktijk. Daartoe is

13 Zie paragraaf 2 van het Algemeen Deel van het eerste interimrapport.

14 Vergelijk K. Rozemond, 'Strafvordering 2001: is een nieuw Wetboek van Strafvordering noodzakelijk?', *RM Themis* 2000, p. 212-222.

het nodig iets langer stil te staan bij het concept van systematische uitgangspunten en de relatie daarvan met de taak van de strafwetgever.

Systematische uitgangspunten van strafvordering worden naar ons oordeel beheerst door een afweging van in aanmerking komende belangen. Dat betekent dat zowel voor de strafvordering als geheel en voor de verschillende onderdelen of fasen daarvan doeleinden moeten worden geëxpliciteerd en inzicht moet worden verschaft in de, vaak contrasterende, belangen die aan de realisering daarvan zijn verbonden. Het gaat daarbij niet alleen om het inventariseren van belangen die onderling een zekere spanning vertonen - want dat grenst niet zelden aan het blootleggen van evidenties - maar ook om het beargumenteren van de wijze waarop die belangen dienen te worden afgewogen. Zo komen we in abstractie niet veel verder met de aanbeveling dat het belang van materiële waarheidsvinding moet worden afgewogen tegen de grenzen van de individuele vrijheidssfeer van de burger, op grond waarvan sommige geschikte middelen tot waarheidsvinding op normatieve gronden ontoelaatbaar worden geoordeeld (bijvoorbeeld het verbod op pressie). In het eerste interimrapport is aangegeven hoe we hier een stap verder kunnen komen. Vanuit de centrale doelstelling om in het strafgeding schuldigen te veroordelen en onschuldigen vrijuit te laten gaan - en zelfs zo min mogelijk lastig te vallen - moet worden aangenomen dat er een redelijke verhouding dient te bestaan tussen de zekerheden die het strafproces biedt en de kosten die dat meebrengt.<sup>15</sup> Een deugdelijk genormeerde waarheidsvinding moet bovendien worden afgewogen tegen het belang van derden, bijvoorbeeld tegen de in het EVRM gewaarborgde rechten van getuigen. En het recht op een *fair hearing* moet mede een ijkpunt vinden in het belang van een vlotte afdoening van zaken. Richtsnoeren voor de wijze waarop dergelijke afwegingen moeten plaatshebben zijn onder andere gelegen in de ingrijpendheid van de rechtsgevolgen die in verschillende situaties aan de orde zijn. Vanuit dat *vertrekpunt* kunnen dan systematische uitgangspunten worden ontwikkeld omtrent differentiaties aan de hand van de soort beslissing die aan de orde is, de ernst van de sanctie die een verdachte boven het hoofd hangt, en de proceshouding van de verschillende actoren in het geding. Wij hebben dergelijke uitgangspunten ontwikkeld ten aanzien van de rol van de rechter ter zitting (niet lijdelijk), het optimaliseren van de rechten van de verdediging, een evenwichtige benutting van de zittingscapaciteit, een groter accent op de interactie van procesdeelnemers, de erkenning van een zelfstandige positie van slachtoffers en getuigen, en een differentiatie van procesvormen in drie sporen.<sup>16</sup>

In het onderhavige boek is op dezelfde wijze gewerkt aan centrale richtpunten die het voorbereidend onderzoek beheersen. Het gaat op deze plaats niet om het

15 Zie paragraaf 3.4 van het Algemeen Deel van het eerste interimrapport.

16 Zie paragraaf 4 van het Algemeen Deel van het eerste interimrapport.

inhoudelijk recapitulieren van deze uitgangspunten, maar vooral om het ophelderen van de (wetenschaps-)theoretische status en de betekenis daarvan. De uitgangspunten vormen de gemotiveerde rechtspolitieke of dogmatische keuzen die de verbindende gezichtspunten moeten opleveren tussen de verschillende onderdelen van het wetboek van strafvordering. Die ankerpunten beogen normatieve eenheid tot stand te brengen. Dat is wat wij verstaan onder een systematische ordening van de rechtsstof. Het is van belang hieraan toe te voegen dat de eerste twee interimrapporten duidelijk maken dat de uitgangspunten geen *ad hoc* keuzen bevatten die op grond van een iets andere afweging van belangen (andere prioritering, ander soortelijk gewicht toekennen aan conflicterende belangen) ook precies de andere kant hadden kunnen uitvallen. Er ligt daarentegen aan iedere set van normatieve gezichtspunten onderzoek ten grondslag, en wel binnen een welbepaald referentiekader: het wetboek moet een 'open structuur' krijgen, berekend zijn op Europese rechtsontwikkelingen, ruimte laten voor een actieve inbreng van partijen, etc.

## 2.2 De taak van de wetgever

De uitgangspunten bieden bovendien belangrijke aanknopingspunten voor een beschouwing omtrent de taak van de wetgever. Reeds bij een tamelijk oppervlakkige beschouwing kan worden vastgesteld dat ook vanuit deze invalshoek het huidige wetboek van strafvordering tekort schiet. En wel in twee opzichten. Enerzijds is er teveel en te gedetailleerd geregeld, terwijl andere onderwerpen evident zijn ondergenormeerd. Dat is gemakkelijk gezegd, maar de vraag is dan natuurlijk wel waar de maatstaf voor de juiste balans moet worden gevonden. Wij zijn begonnen vanuit de - nog tamelijk algemene - gedachte dat het wetboek een open en flexibel systeem zou moeten vormen, dat uit z'n aard bestand is tegen nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen of invloeden vanuit de internationale rechtspraktijk (denk aan het EVRM). Gaandeweg is dit denkbeeld geconcretiseerd in het standpunt dat het wetboek geen keurslijf van strakke regels moet bevatten, maar een structuur dient te bieden waarbinnen de actoren zinvol en doelgericht kunnen opereren.<sup>17</sup> De woorden 'zinvol' en 'doelgericht' verwijzen daarbij naar een taakvervulling die zich richt op de in het geding zijnde belangen.<sup>18</sup> En daarmee is de link gelegd tussen de systeembepalende uitgangspunten enerzijds en het programma van wetgevende activiteiten anderzijds. Uit de voorstellen van het eerste projectjaar kan hier bij wijze van illustratie worden gewezen op onze aanbevelingen omtrent de motivering van het strafvonnis. De gedetailleerde voorschriften van het huidige

17 Aldus paragraaf 1.2 en 4.4 van het Algemeen Deel van het eerste interimrapport.

18 Dit kernpunt van het eerste interimrapport is geëxpliciteerd en uitgewerkt in G. Knigge, 'Een wetboek van elastiek', *D&D* 2000, p. 222-232.

art. 359 Sv hebben vooral geleid tot vrij lege standaardoverwegingen waar de betrokkenen niet veel wijzer van worden. Knigge spreekt in dit verband dan ook over 'een beschamend geschuif met de bouwstenen uit het modelvonnis'.<sup>19</sup> In plaats daarvan volgt uit ons systematisch uitgangspunt dat een rechter alleen moet worden verplicht te motiveren als er ook echt iets uit te leggen valt. Overeenkomstig de eisen van een contradictoir proces (een kernelement in onze stelselmatige grondslag) dient een verdachte die expliciet verweer voert (en dus een bepaalde proceshouding kiest, die mede bepalend is voor de agenda van het geding) hetzij gelijk te krijgen, of een antwoord te krijgen waarin hem inhoudelijk wordt uitgelegd waarom de rechter zijn visie niet kan volgen. Die benadering vergt een raambepaling, waarin de materiële grondslag van de motiveringsverplichting in algemene bewoordingen tot uitdrukking wordt gebracht. Zijn de belangen die op het spel staan erg groot, zoals in meervoudige kamerzaken per definitie het geval is, dan dient steeds een afschrift van het met redenen omklede vonnis aan de betrokkenen te worden verstrekt (dus differentiatie al naar gelang de ernst van de beschuldiging, een ander algemeen uitgangspunt). Op deze wijze bepalen de systematische uitgangspunten aan de ene kant de materiële inhoud van procesrechtelijke voorschriften en verschaffen ze aan de andere kant ook indicaties voor het niveau van gedetailleerdheid van die bepalingen.

Deze benadering wordt in het onderhavige interimrapport verder doorgetrokken. In het deelrapport omtrent het opsporingsbegrip wordt eveneens vanuit een principiële conceptuele analyse en daarop gebaseerde systematische uitgangspunten beredeneerd hoe de inhoud en de graad van gedetailleerdheid van wettelijke regelingen omtrent opsporingshandelingen vorm zou moeten krijgen. Anders dan vaak wordt betoogd, zijn wij van oordeel dat de wettelijke regeling van de opsporingstaak méér dient te omvatten dan alleen de toekenning van bevoegdheden om inbreuk te maken op grondrechten van burgers. Er zijn goede redenen die buiten de bescherming van grondrechten zijn gelegen om toch een wettelijke basis voor opsporingshandelingen te eisen, bijvoorbeeld met het oog op de transparantie en de controleerbaarheid van het optreden. Andere argumenten die hiervoor pleiten kunnen onder andere zijn gelegen in de *potentiële* inbreuk op grondrechten, in de betrouwbaarheid van de bewijsgaring, in het afbreukrisico, in de corruptiegevoeligheid van de methode en in het recht van de verdachte op een *fair hearing*. Om slechts een enkel voorbeeld te noemen: het verdient dringend aanbeveling om de 'confrontatie' als opsporingsmiddel inhoudelijk te normeren, niet zozeer vanwege het grondrechtenschendende karakter, maar om de betrouwbaarheid van de daarmee te verkrijgen onderzoeksresultaten te bevorderen.

Méer regelen dan in het huidige wetboek wil evenwel niet zeggen dat aan meer gedetailleerde wetsartikelen moet worden gedacht. Wij geven in belangrijke opzichten de voorkeur aan een tamelijk globale regelgeving. Daaraan liggen twee samenhangende gedachten ten grondslag. Enerzijds de idee dat de betreffende opsporingshandelingen in de jurisprudentie nader moeten worden genormeerd aan de hand van ongeschreven rechtsbeginselen. En anderzijds de notie, waaraan in bestaande literatuur doorgaans weinig aandacht wordt besteed, dat in allerlei bepalingen *steunbevoegdheden* zijn *geïmpliceerd*. Als voorbeelden kan worden gewezen op de voorschriften rond het staande houden en aanhouden van verdachten. In de desbetreffende wetsartikelen wordt impliciet aangenomen dat enig fysiek geweld mag worden gebruikt bij de toepassing van het dwangmiddel. Hoe ver dit mag gaan wordt vooral beheerst door de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Vast staat dat bijvoorbeeld bij de aanhouding soms inbreuk mag worden gemaakt op het grondrecht van fysieke integriteit of op het eigendomsrecht (denk aan het klem rijden van een vluchtauto), hoewel de wet daartoe niet een uitdrukkelijke machtiging inhoudt. In deze benadering wordt de kernvraag dus steeds of een bepaalde opsporingshandeling, die niet met zoveel woorden in het wetboek wordt genoemd, past in het systeem van de wet en besloten ligt in het samenstel van daarin geregelde bevoegdheden. Daarnaast denken wij aan de constructie waarin voorschriften uit het wetboek van strafvordering op ruimere schaal dan thans het geval is worden aangevuld (resp. ingevuld) door bepalingen in een AmvB of in richtlijnen van het College van procureurs-generaal. Voor voorbeelden verwijzen wij naar het deelrapport omtrent het opsporingsbegrip.<sup>20</sup>

Het stelsel dat ons voor ogen staat wordt dus ontwikkeld vanuit samenhangende normatieve uitgangspunten en het kernbegrip van een 'behoorlijke taakvervulling', dat wil zeggen een taakvervulling die is georiënteerd op de in het geding zijnde belangen. Opgemerkt moet worden dat in onze theoretische onderbouwing van concrete voorstellen de zojuist bedoelde uitgangspunten ook afstralen op de in het eerste interimrapport genoemde kernprofielen van de deelnemers aan het geding. Wij hebben die kernprofielen eerder aangeduid als een verschijningsvorm van de systeembepalende gezichtspunten.<sup>21</sup> Nu kan iets preciezer worden aangegeven wat daarmee wordt bedoeld. De kernprofielen bieden vanuit een andere invalshoek dezelfde mogelijkheden als de normatieve uitgangspunten om de ijkpunten te definiëren van een krachtens zijn aard steeds veranderbare positiefrechtelijke regeling. Ook hier gaat het om het stellen van buitengrenzen ('piketpalen') in procesposities die door de wetgever moeten worden gerespecteerd bij het

20 Bovendien vindt een verdere uitwerking van deze gedachte plaats in het derde onderzoeksjaar, waarin het 'systeem van dwangmiddelen' nader vorm wordt gegeven.

21 Eerste interimrapport, p. 32.

inrichten van de strafvordering.<sup>22</sup> Anderzijds - en hier komt het concept van een behoorlijke taakvervulling pregnant terug - bepalen de kernprofielen mede op welke wijze de actoren gebruik kunnen maken van de wettelijk aan hen toegekende bevoegdheden. Om opnieuw met een enkel voorbeeld te volstaan: het is onverenigbaar met de procespositie van het openbaar ministerie als de officier van justitie hoger beroep instelt met het uitsluitende oogmerk om de in het belang van de verdachte geschreven regel van art. 424 lid 2 Sv uit te sluiten.<sup>23</sup>

De voorafgaande beschouwingen beogen duidelijk te maken hoe wij de verhouding zien tussen de bestaande rechtspraktijk en onze uitgangspunten omtrent een systematische (her)inrichting van het wetboek van strafvordering. Het betoog kleurt tevens ons standpunt omtrent de relatie met sociaal-wetenschappelijk onderzoek op dit terrein. Wij menen dat in de aangegeven benadering het verantwoord is om structurele voorstellen te doen zonder dat die een basis vinden in grootschalig empirisch onderzoek. Onze uitgangspunten berusten op een *kwalitatieve* analyse. In het eerste projectjaar is bijvoorbeeld een oplossing voorgesteld van het probleem van de slechte bereikbaarheid van veel verdachten.<sup>24</sup> De normatieve achtergrond van de desbetreffende voorstellen wordt gevormd door de overweging dat alle doeleinden van het strafgeding worden bevorderd door de fysieke aanwezigheid van de verdachte ter terechtzitting.<sup>25</sup> Vandaar het uitgangspunt dat aanwezigheid regel zou moeten zijn, en berechting bij verstek tot uitzonderingsgevallen moet worden beperkt. Daaruit volgde de concrete voorstellen om voorarrest mogelijk te maken teneinde dagvaarding in persoon te bewerkstelligen en om in de betekenisregeling uit te gaan van een gekozen adres in plaats van het GBA-adres. Waar het op deze plaats om gaat is dat die voorstellen naar ons oordeel voldoende zijn beargumenteerd als zij passen in het samenhangende normatieve kader en er bovendien een empirische evidentie is dat de bereikbaarheid in de praktijk regelmatig problemen pleegt op te leveren.

22 Een voorbeeld kan worden ontleend aan de jurisprudentie over de 'veiligheidsfouillering': HR 16 december 1975, *NJ* 1976, 491; en HR 29 november 1983, *NJ* 1984, 458. De daarin omschreven eis dat de toepassing in verhouding tot het beoogde doel redelijk en gematigd dient te zijn, is vervolgens door de wetgever gerespecteerd in het nieuwe art. 8 lid 5 Politiewet 1993.

23 Zie HR 22 juni 1982, *NJ* 1983, 73. Andere voorbeelden zouden gemakkelijk kunnen worden ontleend aan de oude jurisprudentie over de zogenaamde inhaaldagvaarding (zie o.a. HR 15 februari 1949, *NJ* 1949, 305).

24 *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 2, 'Berechting in aanwezigheid en betekening van de dagvaarding' (H.M.E. Laméris-Tebbenhoff Rijnenberg), p. 91 e.v.

25 Dat wordt meer dan aannemelijk gemaakt door M.J.A. Plaisier, *Het verstek in strafzaken*, diss. Tilburg, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Is dat het geval<sup>26</sup>, dan is het niet nodig om vervolgens een precieser getalsmatig inzicht in de omvang van het probleem te verwerven door middel van uitgebreid sociaal-wetenschappelijk onderzoek.

Op deze wijze beogen wij een juridische en maatschappelijke inbedding te bewerkstelligen van het project Strafvordering 2001. Het onderzoek vindt zijn vertrekpunt in de problemen die zich daadwerkelijk manifesteren in de bestaande strafrechtspleging. Wat waardevol is en probleemloos functioneert kan daarbij behouden blijven.<sup>27</sup> De opmerkingen in deze paragraaf bieden een oriëntatie die als toelichting kan fungeren op de karakterisering van het project als een vorm van fundamenteel juridisch onderzoek met een strategisch karakter.

### **3 Algemene uitgangspunten omtrent de inrichting van het vooronderzoek**

#### *3.1 Algemene beschouwing; aansluiting op de voorstellen uit het eerste projectjaar*

De algemene uitgangspunten omtrent de inrichting van het voorbereidend onderzoek worden geformuleerd tegen de achtergrond van de belangen die in deze fase van het strafgeding op het spel staan. Tot die belangen behoren in de eerste plaats de primaire doeleinden van het vooronderzoek, te weten:

- waarheidsvinding ten behoeve van de strafrechtelijke afdoening; en
- verzekeren van de mogelijkheid tot executie van de eventuele sanctie.

Daarnaast zien wij als derde zelfstandig doel van het vooronderzoek het bijdragen aan de realisering van een *fair hearing*. In ons strafprocesrecht is er een nauwe band tussen het voorbereidend onderzoek en het eindonderzoek. De behandeling ter terechtzitting steunt in belangrijke mate op de resultaten die gedurende het vooronderzoek zijn verkregen. Vanuit het gezichtspunt van rechtsbescherming zijn hieraan ingrijpende gevolgen verbonden. Zo blijkt uit de Straatsburgse jurisprudentie dat de uitvoering van het vooronderzoek geen onherstelbare schade mag toebrengen aan het recht op een behoorlijke verdediging. Anderzijds kan de wijze waarop het vooronderzoek is uitgevoerd mogelijke tekortkomingen in het onderzoek ter zitting compenseren. Daarbij kan in het bijzonder worden gedacht aan de mogelijkheden om getuigen te ondervragen.

26 En dat is zo. De problemen als geïnventariseerd door A.J.A. van Dorst, 'Betekenisperielen in strafzaken', *NJB* 1988, p. 1135-1143 zijn na de latere wetwijzigingen slechts gedeeltelijk verdwenen.

27 Eerste interimrapport, p. 1.

Naast deze drie doelstellingen van het vooronderzoek kunnen nog andere belangen worden vermeld waarmee rekening dient te worden gehouden bij het vormgeven van de wettelijke regeling. Ten eerste uiteraard de (grond)rechten en andere rechtmatige belangen van de verdachte en van derden. Hier raken we aan de meest traditionele strafvorderlijke vraag, die tot op heden nog niets aan actualiteit heeft ingeboet: hoe kan het belang van materiële waarheidsvinding worden afgewogen tegen de klassieke vrijheidsrechten zoals die laatstelijk zijn geformuleerd in het eerste hoofdstuk van de Grondwet van 1983? Voorbeeldsgewijs noemen we het recht op vrijheid van meningsuiting (art. 7 GW), het recht op fysieke vrijheid (art. 15 GW), het recht op fysieke integriteit (art. 11 GW), het huisrecht (art. 12 GW), het telefoongeheim (art. 13 GW) en het recht op privacy (art. 10 GW). Op al deze rechten moet gedurende het voorbereidend onderzoek in strafzaken met grote regelmaat inbreuk worden gemaakt.<sup>28</sup> Het wetboek van strafvordering dient dan waarborgen te bieden tegen onnodige of willekeurige machtsuitoefening en zal garanties moeten bieden voor een evenwichtige afweging van belangen.

Een ander belang dat moet worden verdisconteerd is het recht van de verdachte op berechting binnen een redelijke termijn. De vraag is derhalve of en in hoeverre - en: waar - wettelijke voorzieningen moeten worden getroffen om een vlotte afhandeling van het vooronderzoek te verzekeren.

Tenslotte wijzen wij op de legitieme aanspraak van verdachten op rechtszekerheid (*ne bis vexari*). Dit belang leidt tot de vraag tot op welke hoogte de gebondenheid aan (vervolgings)beslissingen in de wet moet worden vastgelegd.

De belangen van de rechtstreeks bij het geding betrokkenen die gedurende het vooronderzoek op het spel staan bepalen in verstrekkende mate de desiderata die de wettelijke regeling moeten beheersen. Maar er zijn nog andere factoren waarmee eveneens rekening moet worden gehouden. Het gaat dan om meer algemene belangen die binnen en door de strafrechtelijke rechtsorde dienen te worden behartigd.

In de eerste plaats is daarbij te denken aan het zelfstandige belang van *transparantie* van het vooronderzoek. De handelingen die door de overheid in het verband van het voorbereidend onderzoek worden verricht moeten (in ieder geval achteraf) inzichtelijk en toetsbaar zijn. Transparantie bevordert de rechtmatigheid van het optreden en vergroot uiteindelijk ook de betrouwbaarheid van de onderzoeksresultaten. Bovendien worden hiermee ook niet strafvorderlijke belangen als integriteitsbewaking gediend. Transparantie in de aangegeven zin

28 Zie J.B.H.M. Simmelink, *De rechtsstaatsgedachte achter art. 1 Sv. Gedachten over de betekenis van art. 1 Sv voor het handelen van de overheid in de opsporingsfase*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 39 e.v., met verwijzing naar J. De Bosch Kemper, *Wetboek van Strafvordering*, deel I, 1838. Zie ook C.P.M. Cleiren in A.L. Melai c.s. (red.), *Het wetboek van strafvordering*, Arnhem: Gouda Quint, z.j., commentaar op art. 1.

stelt eisen aan de verslaglegging van datgene wat gedurende het vooronderzoek aan opsporingshandelingen is verricht (vergelijk het huidige art. 152 Sv). Transparantie is ook één van de kerngedachten achter de eis van inwendige openbaarheid van het geding. Dat wil zeggen: behoudens enkele strikt genormeerde uitzonderingen - die naarmate de procedure vordert steeds verder moeten worden beperkt - heeft de verdediging toegang tot de schriftelijke stukken van het geding. De samenstelling van - en de toegang tot - het dossier wordt daarmee een belangrijk thema in de systematische wettelijke vormgeving van het vooronderzoek.<sup>29</sup>

In het eerste interimrapport is ten aanzien van het onderzoek ter terechtzitting bij de algemene uitgangspunten gewezen op het belang van een evenwichtige benutting van de zittingscapaciteit.<sup>30</sup> Uiteraard moet ook gedurende het vooronderzoek rekening worden gehouden met de eisen van de praktijk en speelt bijgevolg het belang van *efficiency* een rol. De capaciteit van het opsporingsapparaat is per definitie beperkt en daarvan moet dus een optimaal gebruik worden gemaakt. Dat brengt ook eisen met zich mee omtrent de toepasselijke regelgeving. Die moet 'werkbaar' zijn. Concreet betekent dit dat het wetboek geen overmaat aan als bureaucratisch ervaren voorschriften mag bevatten. Zinloze formaliteiten moeten worden vermeden. Hier ligt ook een meer principiële overweging aan ten grondslag. De ervaring leert dat een 'overnormering' van bepaalde activiteiten gemakkelijk een averechts effect kan hebben. Als het opsporingsapparaat niet uit de voeten kan met een te grote regeldichtheid ligt het gevaar op de loer dat er sluiptwegen worden verkend buiten de marges van de voorschriften. Informatie die op die manier in een grijs gebied wordt verzameld, zou dan bij veronderstelde of gebleken bruikbaarheid worden 'witgewassen' in een traject dat alsnog beantwoordt aan de geldende regels. Het is evident dat dergelijke risico's in een systematische opzet van het wetboek van strafvordering zoveel mogelijk dienen te worden beperkt.

Gelet op de onderlinge betrokkenheid van vooronderzoek en eindonderzoek ligt het voor de hand dat bij het ontwerpen van algemene uitgangspunten voor de inrichting van het voorbereidend onderzoek structureel wordt teruggegrepen op de centrale keuzen die in het eerste interimrapport zijn gemaakt en verantwoord. Dat gebeurt in de navolgende onderdelen van het onderhavige boek op twee niveau's. Ten eerste op het niveau van de concrete vormgeving van bepaalde onderwerpen in het voorbereidend onderzoek. Zo hebben wij vorig jaar aangegeven waarom er binnen de strafvordering meer ruimte zou moeten komen voor differentiatie van procesvormen, afhankelijk van de zwaarte van de sanctie die

29 Zie deelrapport 4, 'Vervolgning en rechtsbescherming' (J.B.H.M. Simmelink & Y.G.M. Baaijens-van Geloven).

30 Eerste interimrapport, p. 24-25.

er voor de verdachte - en voor de samenleving als geheel - op het spel staat.<sup>31</sup> De gekozen maatstaf houdt in dat er zoveel mogelijk moet worden gekeken naar de ernst van het delict *in concreto*. Het gaat dus meer om de sanctie die in het individuele geval te verwachten is dan om de abstracte wettelijke strafbedreiging tegen het delict terzake waarvan verdenking bestaat. Die benadering is in het onderhavige rapport consequent doorgetrokken. Dat blijkt onder andere uit de voorstellen omtrent de voorlopige hechtenis, waarin méér dan in de huidige regeling het accent is gelegd op de concrete ernst van het feit en het concrete gevaar dat van de individuele verdachte uitgaat.<sup>32</sup> Andere voorbeelden van onderwerpen waarbij de inhoud van de voorgestelde regeling een rechtstreeks gevolg is van de vorig jaar gemaakte afwegingen hebben onder andere betrekking op het ondervragingsrecht van getuigen<sup>33</sup> en het aanwezigheidsrecht van de verdachte ter zitting.<sup>34</sup>

Maar van meer structurele aard is het tweede niveau waarop de beschouwingen uit het eerste interimrapport doorwerken in onze visie op het voorbereidend onderzoek in strafzaken. Het gaat daarbij om de uitgangspunten omtrent een contradictoire gedingstructuur (als vervanging van het terminologische geklungel met inquisitoire en accusatoire procesvormen), een groter accent op de interactie tussen procesdeelnemers, en het optimaliseren van de rechten van de verdediging. Vanuit deze gezichtspunten schiet de regeling van het vooronderzoek in het huidige wetboek ernstig tekort. De voorstellen in dit boek beogen daarin verandering te brengen. De rode draad die door de verschillende deelrapporten loopt is dat de rechtsbescherming van burgers gedurende het vooronderzoek moet worden versterkt. En wel - overeenkomstig de algemene uitgangspunten - vooral op de punten waarop daadwerkelijk behoefte aan die bescherming bestaat. Rechtsbescherming behoeft dus niet steeds als een automatisme te worden gekoppeld aan bepaalde (al dan niet voorgenomen) verrichtingen, maar kan veelal worden aangeboden resp. worden geactiveerd wanneer de verdediging of een andere betrokkene daar prijs op stelt. Ter illustratie kunnen opnieuw enkele voorbeelden worden genoemd.

Naar geldend recht vindt er iedere dertig dagen een rechterlijke toetsing plaats van het voortduren van de gevangenhouding. Een (in beginsel) meerhoofdig samengestelde raadkamer komt daartoe steeds bijeen, ook in het zeer grote aantal

31 Eerste interimrapport, p. 27-28 en het daarin opgenomen deelrapport 1, 'Buitengerechtelijke afdoening' (A. Hartmann), p. 59-90.

32 Zie deelrapport 6, 'Voorarrest' (J. uit Beijerse & J.B.H.M. Simmelink).

33 Vergelijk deelrapport 7 uit het eerste interimrapport, 'De getuige in het strafprocesrecht; voorstellen voor een nieuwe regeling' (A. den Hartog) met deelrapport 5 uit het onderhavige boek, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek' (A.E. Hartevelt & E.F. Stamhuis).

34 Vergelijk deelrapport 2 uit het eerste interimrapport, 'Berechting in aanwezigheid en betekening van de dagvaarding' (H.M.E. Laméris-Tebbenhoff Rijnenberg) met deelrapport 6 uit het onderhavige boek, 'Voorarrest' (J. uit Beijerse & J.B.H.M. Simmelink).

gevallen dat op voorhand vaststaat dat de voorlopige hechtenis dient te worden voortgezet en ook wanneer de verdachte zelf dit volstrekt vanzelfsprekend vindt en niet eens wenst te worden gehoord.<sup>35</sup> Dit is een zeer inefficiënt gebruik van schaarse middelen en valt niet goed in te bedden in een op systematische keuzen gebaseerde allocatie van rechtsbeschermende elementen. Daarom stellen wij voor om de rechterlijke toetsing van voorarrest meer op maat te doen geschieden. Niet als automatisme - en dus niet als zinloos ritueel - maar steeds wanneer daaraan concrete behoefte bestaat. Dit versterkt (optimaliseert) de positie van de verdediging en het sluit aan bij ons algemene desideratum dat de wettelijke regeling zoveel mogelijk ruimte moet laten voor een zinvolle invulling op basis van de interactie tussen de procesdeelnemers.<sup>36</sup>

Het tweede voorbeeld betreft het notoir moeilijke vraagstuk van de verplichte toelating van een raadsman bij het politieverhoor. Het staat vast dat in het geldende stelsel het politieverhoor één van de 'crucial stages' is binnen de gehele strafrechtelijke procedure. Wat daar gebeurt en wat daar wordt gezegd heeft veelal een blijvende betekenis voor het verdere verloop - en voor de uitkomst - van het totale strafgeding. Vandaar dat het voor de hand ligt om juist in die fase te zoeken naar sterke rechtswaarborgen teneinde een acceptabel verloop van het verhoor te verzekeren. Het aan de verdachte toekennen van een recht om zich aldaar te laten bijstaan door een raadsman lijkt dan op het eerste gezicht opportuun. Maar bij nadere beschouwing - onder andere gebaseerd op rechtsvergelijkende bevindingen - blijkt de kwestie aanmerkelijk gecompliceerder te liggen. Zo noopt een dergelijk recht bijvoorbeeld tot een groot aantal gedetailleerde regels omtrent de randvoorwaarden en de uitoefening daarvan. Daarnaast leidt het tot gecompliceerde aanpassingen van organisatorische omstandigheden. En tenslotte is voorzienbaar dat het recht op rechtsbijstand tijdens een politieverhoor allerlei onbedoelde en ongewenste neveneffecten heeft, waarvan wellicht de belangrijkste is de verplaatsing van het zwaartepunt van het onderzoek naar een eerdere fase, hetgeen de feitelijke betekenis van de rechtswaarborg weer vergaand zou ondermijnen.<sup>37</sup> Daarom past het veel beter bij onze algemene uitgangspunten om in de fase van het politieverhoor de versterking van de rechten van de verdediging niet zozeer te zoeken in een formele maximalisering maar in een materiële optimalisering.

35 Zie M.S. Groenhuijsen, 'De nabije toekomst van de voorlopige hechtenis, in het bijzonder in het licht van de onschuldpraesumptie', in: J. de Hullu & W.E.C.A. Valkenburg (red.), *Door Straatsburg geïnspireerde grondnormen voor het Nederlandse strafproces*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 87 e.v. Nota bene: dit gebeurt zelfs in de fase tussen de eerste aanleg en het hoger beroep in situaties waarin de verdachte al tot langdurige vrijheidsstraf is veroordeeld.

36 Zie deelrapport 6 infra, met nadere argumentatie en bronvermelding.

37 Zie over dit alles uitvoeriger deelrapport 7, 'De toetating van de raadsman tot het politiek verdachtenverhoor' (C.J.C.F. Fijnaut).

Dat kan door iedere verdachte het recht te geven voorafgaand aan het verhoor een raadsman te consulteren en de politie te verplichten om ieder verdachtenverhoor audio-visueel (dus op videoband) te registreren. Ook deze voorstellen sluiten dus aan op de in dit project centraal gestelde gezichtspunten van contradictoire gedingstructuur, ruimte voor interactie tussen procesdeelnemers, en het optimaliseren van de rechten van de verdediging.

Het is van belang de grote lijn van het betoog goed vast te houden. De normatieve - systeembepalende - uitgangspunten omtrent de inrichting van het vooronderzoek zijn uiteraard in de eerste plaats afhankelijk van de doeleinden die in deze fase van het geding worden nagestreefd. Daarom zijn wij deze paragraaf begonnen met het vermelden van die zelfstandige doelen. Uit die doeleinden kunnen (soms tegenstrijdige) belangen worden afgeleid, die op een evenwichtige manier in een wettelijke regeling dienen te worden verdisconteerd. Daarnaast hebben wij meer algemene belangen geïdentificeerd (transparantie, efficiency) die evenzeer herkenbaar ten grondslag moeten liggen aan een goede structuur van het voorbereidend onderzoek. En zojuist is aangegeven langs welke wegen de onderhavige beschouwingen omtrent het vooronderzoek voortbouwen op de centrale uitgangspunten die in het eerste interimrapport zijn verantwoord. De genoemde bouwstenen in onderling verband bezien stellen ons nu in staat om meer in het algemeen onze systeembepalende uitgangspunten voor de inrichting van het voorbereidend onderzoek op te helderen.

Een systematische wettelijke regeling veronderstelt een weloverwogen antwoord op de volgende vragen. Wat willen we precies regelen omtrent het voorbereidend onderzoek? Waar moet de regeling worden ondergebracht? En hoe moeten de desbetreffende voorschriften er in grote lijnen uit zien?

Deze vragen kunnen alleen adequaat worden beantwoord als er een gefundeerd standpunt is ontwikkeld omtrent de verhouding tussen het straf(proces)recht enerzijds en het bestuursrecht anderzijds. Een helder zicht op de betrekkingen tussen overheid en burger in beide rechtsgebieden is immers onontbeerlijk om te weten welke delen van de stof waar geregeld dienen te worden. Hetzelfde geldt voor het strafvorderlijke opsporingsbegrip in relatie tot nauw verwante toezichthoudende bestuurlijke taken. Ook hier is conceptuele precisie een onmisbaar vereiste voor een verantwoorde ordening van de stof. Het vooronderzoek in strafzaken kan alleen wettelijk op een systematische wijze worden genormeerd indien aan de hand van deze kernbegrippen een helder idee bestaat omtrent de inhoud van de te normeren taken en bevoegdheden. Daarmee is tevens aangegeven welke nauwe band er bestaat tussen de inhoud van deelrapport 1 (over de verhouding tussen strafrecht en bestuursrecht) en deelrapport 2 (over het opsporingsbegrip c.a.).

Op gelijke wijze kan worden gemotiveerd waarom beantwoording van de gestelde vragen (wat moet waar worden geregeld en hoe?) een voorbereidende beschouwing vergt omtrent de betekenis van de sterk geïntensiveerde internationale samenwerking. Het probleem is dan of het traditionele onderscheid tussen opsporing en rechtshulp in de huidige omstandigheden nog hout snijdt en welke consequenties daaraan verbonden zijn voor de inhoud en de plaats van wettelijke regelingen van deze materie.<sup>38</sup>

De ontwikkeling van onze algemene uitgangspunten voor een systematische wettelijke regeling van het vooronderzoek vindt daarom plaats aan de hand van de kerngedachten uit de drie eerste deelrapporten. De overige, meer onderwerp-specifieke uitgangspunten, worden belicht in paragraaf 4 van dit algemeen deel.

### 3.2 De verhouding tussen strafprocesrecht en bestuursrecht

Volgens de klassieke indeling in rechtsgebieden vormen het burgerlijk recht, het staats- en bestuursrecht en het straf(proces)recht afzonderlijke domeinen die elk door een geheel eigen discours<sup>39</sup> worden beheerst. Voor ons onderwerp kan de verhouding tussen strafvordering en civiel recht thans in het midden worden gelaten. Het gaat hier vooral om de onderdelen van het *publiekrecht* die vanouds vrij sterk uit elkaar zijn gehaald. Het strakke onderscheid tussen strafrecht en bestuursrecht heeft historisch gezien tamelijk sterke papieren.<sup>40</sup> Vooral drie principiële verschillen springen in het oog. Ten eerste was er een saillant verschil in ontwikkeling. Aangezien straffen werden beschouwd als de meest vergaande aantasting van de rechten en vrijheden van burgers, werd het strafrecht omgeven met rechtswaarborgen die elders onbekend waren. Vooral het legaliteitsbeginsel (*nulla poena ...*) en een stelsel van gedetailleerde wettelijke regels in combinatie met de zogenoemde 'procesverplichting' tekenden dit aparte karakter van strafrechtelijke interventies. Het tweede wezenlijke verschil heeft betrekking op de handelende actoren. Het strafrecht was met name gericht op de rechter, terwijl in het bestuursrecht de administratie werd gezien als de belangrijkste normadressaat. En ten derde was er sprake van een fundamenteel verschil in doel of karakter. Het strafrecht had een punitieve strekking (en was dus per definitie reactief), het bestuursrecht zou vooral preventief van aard zijn, dus vooral sturend en op de toekomst gericht.

In de loop van de tijd zijn deze drie verschillen hetzij verdwenen, hetzij van hun principiële karakter ontdaan. Wat het eerste punt betreft kan worden vastgesteld

38 Zie nader deelrapport 3, 'Strafvordering en rechtshulp' (Y.G.M. Baaijens-van Geloven).

39 Dit woord gebruiken we op deze plaats als verzamelbegrip voor de problemen, concepten en principes die anders moeilijk onder één noemer zijn te brengen.

40 Zie het eerste deelrapport 'De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht' (G. Knigge); deze beschouwing is voornamelijk gebaseerd op G. Knigge, 'De verkalking voorbij. Over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht', *RM Themis* 2000, p. 83-96.

dat het bestuursrecht in de afgelopen decennia een verstrekkende dogmatische ontwikkeling heeft doorgemaakt en juridisch sterk is geëmancipeerd. De toegenomen overheidsbemoeienis leidde ook op dit terrein tot de wens naar intensieve rechtsbescherming. Het gevolg was dat bijvoorbeeld het legaliteitsbeginsel in het bestuursrecht een rol is gaan spelen die niet wezenlijk meer afwijkt van het wetmatigheidsvereiste in het strafrecht.<sup>41</sup> Ook het verschil ten aanzien van de actoren is vervaagd. In het administratieve recht werd steeds meer regelgeving gericht op het handelen van de bestuursrechter<sup>42</sup>. Het strafrecht daarentegen geeft een vrijwel omgekeerd beeld te zien. Daar is steeds meer het accent komen te liggen op de centrale beleidsvoerende rol van het openbaar ministerie, de buitengerechtelijke afdoening en op een grote discretionaire ruimte voor de administratie in het executietraject.<sup>43</sup> En ook het aanvankelijk zo grote verschil in doel is vergaand gerelativeerd. Afgezien van de vrijheidsstraf - die het strafrecht principieel natuurlijk blijvend een aparte dimensie geeft - treffen we in de beide rechtsgebieden inmiddels vele sancties aan die inhoudelijk nauwelijks van elkaar verschillen. Bijkomende straffen als de ontzegging van de rijbevoegdheid of de ontzetting uit het recht om een bepaald beroep uit te oefenen liggen dicht aan tegen de administratieve intrekking van een vergunning. Daar komt nog bij dat het strafrecht als geheel minder eenzijdig reactief is geworden. Vooral in de sector van het orderingsrecht vindt er veel toezicht en controle plaats - waarbij de eis van voorafgaande verdenking geen rol speelt - hetgeen primair een op de toekomst gerichte - preventieve - functie heeft. De convergentie is verder voortgeschreden doordat het bestuursrecht op zijn beurt juist punitiever is geworden. De bestuurlijke boete, in toenemende mate beschikbaar en vaak tot zeer hoge bedragen, is inhoudelijk en naar aard in het geheel niet te onderscheiden van de strafrechtelijke vermogenssancties.<sup>44</sup>

De slotsom moet dan zijn dat het historisch zo duidelijke verschil tussen de beide rechtsgebieden sterk is gereduceerd. Dit leidt tot verschillende nieuwe vragen. Is het strafvorderlijke optreden van het openbaar ministerie, de politie en het gevangeniswezen wellicht in de loop der tijd ondergenormeerd geraakt in vergelijking met het bestuursrecht? En zijn resterende verschillen in rechtsbescher-

41 Uiteraard volstaan we niet met algemene beweringen hieromtrent. Deelrapport 2 (par. 6.2.3) bevat een uitvoerige beschouwing over de plaats van het legaliteitsbeginsel in het moderne bestuursrecht.

42 Zie onder andere W.J.M. Voermans e.a., *Ervaringen met de Awb. Het bestuursprocesrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

43 Zie over dit laatste punt de principiële beschouwing van F.W. Bleichrodt, *Onder voorwaarde. Een onderzoek naar de voorwaardelijke veroordeling en andere voorwaardelijke modaliteiten* (diss. KUN), Deventer: Gouda Quint 1996, met als één van de centrale stellingen dat door modificaties in het executietraject op gezag van de administratie zelfs het verschil tussen vrijheidsbenemende en niet-vrijheidsbenemende sancties is verwaterd.

44 Zie voor nadere bronverwijzingen het eerste deelrapport hieronder.

ming - waarbij het bestuursrecht nog over de hele linie gebruik maakt van een 'piepsysteem' - nog te rechtvaardigen nu het bestuursrechtelijk optreden niet meer generiek kan worden gezien als minder ingrijpend dan strafrechtelijke interventies? Men zegt wel: de vraag stellen is de vraag beantwoorden. Dat is hier tot op zekere hoogte ook het geval. Op grond van de geschetste ontwikkelingen valt klemmend te betogen dat het niet langer productief is om standpunten te motiveren vanuit oude rubriceringen met bijpassende karakteristieken die veel van hun realiteitswaarde hebben verloren. We moeten door de etiketten heen naar de inhoud kijken. Vanuit die benadering ligt het voor de hand om datgene wat gemeenschappelijk is, en dat is nogal wat, ook gemeenschappelijk te regelen. De vraag wanneer algemene regels inhoudelijk bevredigend zijn, kan vervolgens alleen worden beantwoord aan de hand van een *theorie* die de traditionele grenzen tussen strafrecht en bestuursrecht overstijgt. Centrale onderdelen van zo'n theorie gaan bijvoorbeeld over de ingrijpendheid van bepaalde sancties<sup>45</sup> en de daarbij passende vorm van rechtsbescherming.<sup>46</sup>

Bij een gemeenschappelijke regeling ligt het natuurlijk om te beginnen voor de hand om te kijken welke mogelijkheden de Algemene wet bestuursrecht biedt. Daarin komen diverse regelingen voor die zich in principe lijken te lenen voor toepassing op de opsporing en vervolging. Te denken valt aan betrekkelijk oncontroversiële onderwerpen als het verkeer tussen bestuursorganen en burgers en de daarbij te hanteren taal (hoofdstuk 2 Awb). Ook een typisch juridisch leerstuk als dat van delegatie en mandaat zou in aanmerking kunnen komen (titel 10.1 Awb). Meer omstreden is het om ook de bepalingen over de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op het strafrechtelijk domein van toepassing te achten.<sup>47</sup> Wij

45 Zie daaromtrent onder andere A.M. van Kalmthout, 'Metten met gelijke maten; een nieuw perspectief voor de straftoemeting?', in: *Justitiële Verkenningen* 4/00, p. 33-43. Zie ook *Sancties in perspectief*, Beleidsnota inzake de heroriëntatie op de toepassing van vrijheidsstraffen en vrijheidsbeperkende straffen bij volwassenen, Ministerie van Justitie, SDU februari 2000; *Enige gedachten over de vrijheidsstraf*, Den Haag: Centrale Raad voor Strafrechtstoepassing, april 2000; en J.P. Balkema & F.W. Bleichrodt, *Aanzetten tot herijking van het strafrechtelijk sanctiestelsel*, *NJB* 2000, p. 877-883.

46 Wanneer komt de rechter in beeld, wanneer mag de sanctie door een bestuursorgaan worden opgelegd? Als het laatste het geval is, in welke situaties treedt het OM op, wanneer andere organen? Welke maatstaven moeten gelden voor een beroep op de strafrechter of de bestuursrechter? Moeten controle- en opsporingsbevoegdheden verschillen al naar gelang de sanctie wordt opgelegd door een bestuursorgaan of door de rechter? Zie ook P.G. Wiewel, *Rechtsbescherming tegen bestraffing. Een onderzoek naar de rechterlijke toetsingsgronden bij het opleggen van bestuurlijke boeten en de vergelijkbare beslissingen in strafzaken* (diss. Amsterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001.

47 'Tegen' is C.P.M. Cleiren, 'Identiteit van beginselen van behoorlijke strafrechtspleging en beginselen van behoorlijk bestuur', *D&D* 1990, p. 497-514; 'vóór' is O.J.D.M.L. Jansen, *Het handhavingsonderzoek. Behoren het handhavingstoezicht, het boeteonderzoek en de opsporing verschillend te worden genormeerd? Een interne rechtsvergelijking* (diss. Amsterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, m.n. hoofdstuk 8. Zie voorts de literatuuropgave in ons eerste deelrapport.

zien bijvoorbeeld op voorhand geen overwegende bezwaren om in elk geval de afdelingen 3.1, 3.2 en 3.7 van de Awb op het strafrecht van toepassing te doen zijn. Voor een onderwerp als de schadevergoeding na strafvorderlijk optreden kan de regeling van de bestuurscompensatie model staan, zij het dat op sommige punten van de toekomstige voorschriften in de Awb dient te worden afgeweken.<sup>48</sup> Nader onderzoek is nodig omtrent de vraag of het Awb-procesrecht van toepassing zou kunnen zijn op strafvorderlijke beklagprocedures. Anderzijds kan vanuit de eerder vermelde maatstaven vrij snel en vrij dwingend worden aangegeven dat de regeling omtrent 'bezwaar en beroep' *niet* moet worden gevolgd, omdat het bestuursrechtelijke begrippenstelsel rond deze vorm van rechtsbescherming slechts in uitzonderingsgevallen adequaat is in het kader van het opsporingsonderzoek.

Wat gemeenschappelijk is, kan gemeenschappelijk worden geregeld. Dat kan natuurlijk geen eenrichtingverkeer zijn. Een deel van de strafvorderlijke onderwerpen kan onder het regiem van de Awb worden geplaatst, maar omgekeerd zouden bepalingen van materieel en formeel strafrecht heel goed toegepast kunnen worden op bepaalde onderdelen van het bestuursrecht. Naar ons oordeel zou deze benadering bij uitstek vruchtbaar kunnen zijn in relatie tot de bestuurlijke boete. In plaats van het wiel voor de tweede keer uit te vinden in het voorontwerp vierde tranche Awb, zou in beginsel simpel volstaan kunnen worden met het van overeenkomstige toepassing verklaren van het Algemeen Deel van het wetboek van strafrecht.<sup>49</sup> Onderwerpen als strafuitsluitingsgronden, daderschap en deelneming (inclusief het daderschap van de rechtspersoon) zouden in elk geval - anders dan nu wordt voorgenomen - op beide terreinen uniform geregeld dienen te worden. Wij benadrukken dat de strafrechtelijke voorschriften niet intrinsiek *beter* zijn. Moderne inzichten uit het bestuursrecht kunnen heel wel aanleiding zijn om de inhoud van de oude vertrouwde regels bij te stellen. Maar waar het om gaat is dat in beide sectoren in wezen dezelfde materie aan de orde is, zodat - vanuit het perspectief van de eenheid van de rechtsorde - een verschil in materieelrechtelijke optiek niet functioneel is.<sup>50</sup> Gelet op de aard van de bestuurlijke boete, en gezien het feit dat het verschil tussen de handelende autoriteiten niet doorslaggevend kan worden geacht, is het voorts welhaast vanzelfsprekend om ook het toepasselijke procesrecht gemeenschappelijk te regelen, en wel in het wetboek van strafvordering. Het gaat om een wijze van afdoening van wetsovertre-

48 Het gaat hier om het weergeven van een bepaalde gedachtegang. Inhoudelijke beantwoording van sommige van de geopperde vragen vindt ten gronde plaats in latere fasen van het onderzoeksproject. De onderwerpen mandaat en delegatie alsmede de bestuurscompensatie komen bijvoorbeeld in het derde en vierde projectjaar aan de orde.

49 Vergelijk L.J.J. Rogier (red.), *Commentaren op het Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde tranche*, Rotterdam: Gouda Quint 2000.

50 Zie ook G.J.M. Corstens, *Een stille revolutie in het strafrecht*, afscheidsrede KUN, Arnhem: Gouda Quint 1995.

dingen. De kern daarvan is dat een boete - of een andere sanctie van nader te bepalen ingrijpendheid - wordt opgelegd door een bestuursorgaan. In beginsel is deze bevoegdheid primair gereserveerd voor het openbaar ministerie. Maar daarmee is niet uitgesloten dat in het ordeningsrecht de bevoegdheid tot beboeting *alsmede* de bevoegdheid tot het instellen van strafvervolging bij bijzondere wet ook kan worden toegekend aan andere bestuursorganen.<sup>51</sup> Het gaat hier om een gedachte die nog de nodige ruimte voor nadere invulling openlaat, zoals dat naar ons oordeel past in een afbakening van systematische uitgangspunten. Bij een positiefrechtelijke invulling van dergelijke noties kan vervolgens de preciese reikwijdte aan de orde komen. Dan komt bijvoorbeeld de vraag aan de orde of ook sancties als de bestuursdwang en de punitieve intrekking van vergunningen onder het bereik van de gemeenschappelijke regeling zouden moeten vallen.

### 3.3 *Het opsporingsbegrip. Taak, bevoegdheid en normering*

Nogmaals, de kernvraag bij het omlijnen van centrale uitgangspunten omtrent het vooronderzoek luidt: welke materie moet waar worden geregeld en hoe moet de grondstructuur van die regeling er dan uitzien? We hebben gezien dat bij de beantwoording van die vraag slechts in beperkte mate gewicht toekomt aan het even traditionele als abstracte onderscheid tussen strafrecht en bestuursrecht. Vanuit de voorafgaande beschouwing kan het betoog nu verder worden verdiept door een nadere analyse van het opsporingsbegrip. Daarbij worden we opnieuw geconfronteerd met een aantal vragen die enerzijds zorgvuldig moeten worden onderscheiden maar die anderzijds onderling nauw samenhangen. Het gaat vooral om de volgende kwesties. Wat begrijpen we onder de term opsporing? Als we weten wat we onder dit begrip moeten verstaan: wat is geoorloofd, dus wat mag worden gedaan in het kader van de opsporing? En: *wie* mogen opsporen? Pas daarna kan worden toegekomen aan de vraag: *waar* moet de opsporing worden geregeld en *hoe* moet die regeling eruit zien? En tenslotte moeten al deze vragen in verband worden gezien met het begrip 'strafvordering', onder andere gelet op het voorschrift van art. 1 Sv.

Bij een nadere beschouwing van de eerstgenoemde vraag - wat begrijpen we eigenlijk onder opsporing? - kunnen we terugvallen op de gedachtegang omtrent de verhouding tussen strafrecht en bestuursrecht. Het gaat nu evenwel, toegespitst,

51 Vergelijk bijvoorbeeld de thans reeds bestaande constructie van art. 37 WED, op grond waarvan de transactiebevoegdheid kan worden verleend aan 'door Ons bijzonderlijk aangewezen lichamen of personen, met een publieke taak belast, binnen door Ons te stellen grenzen tot wederopzeggens toe ...'. Zie voorts het experiment in milieuzaken (met ingang van 1 november 2000, doorlopend tot 1 mei 2003) waarin een dergelijke transactiebevoegdheid - onder toezicht van het openbaar ministerie - is verleend aan colleges van B&W, het dagelijks bestuur van waterschappen en aan de directeur van de Algemene Inspectiedienst.

om de verhouding tussen de begrippen opsporing, controle en toezicht. Opsporing is naar geldend recht omschreven in art 132a Sv. Het is 'het onderzoek onder leiding van de officier van justitie naar aanleiding van het redelijk vermoeden:

- dat een strafbaar feit is begaan, of
- dat in georganiseerd verband misdrijven worden beraamd of gepleegd, als omschreven in art. 67 eerste lid Sv, die gezien hun aard of samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd een ernstige bedreiging van de rechtsorde opleveren, met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.'

Voorafgaand aan de verdenkingsfase hoeft de politie niet steeds stil te zitten. De zogenoemde 'vroegsporing'<sup>52</sup> kan worden gebaseerd op art. 2 Politiewet. Naast opsporing staat toezicht. Voor het uitoefenen van toezicht wordt geen verdenkings-eis (het redelijk vermoeden dat ...) als bedoeld in art. 132a Sv gesteld. Toezicht omvat volgens de heersende leer zowel de preventieve als de repressieve controle. Opsporing behoeft een formeel-wettelijke basis (art. 141 en 142 Sv) en is doorgaans geregeld in het wetboek van strafvordering<sup>53</sup>; het toezicht, preventieve en repressieve controle daaronderbegrepen, is behoudens uitzonderingen genormeerd in de Awb (afdeling 5.2 & art. 5:14 Awb).

Waar het nu om gaat is dat dit ogenschijnlijk heldere - en historisch verklaarbare<sup>54</sup> - onderscheid tussen opsporing en toezicht in de praktijk minst genomen is vervaagd en in ieder geval reeds naar de maatstaven van het geldende recht disfunctioneel is geworden. Wij vermelden hier de meest in het oog springende van de vele ongerijmdheden en andere fricties die in kaart kunnen worden gebracht. Om te beginnen blijkt het uitoefenen van toezicht niet te stoppen nadat door de toezichthouder een strafbaar feit wordt geconstateerd. De fase van verdenking vormt dus geen natuurlijke grens voor de afbakening van de toezichthoudende taak. Dit blijkt ook uit de omstandigheid dat het boeteonderzoek in het voorontwerp vierde tranche Awb deel uitmaakt van het handhavingsonderzoek. Van een systematisch in de wet doorgevoerd verschil tussen verdenkingsstadium en voorfase is dus ook hier geen sprake, zodat de vraag rijst waarom dat in een strafvorderlijke context noodzakelijk zou zijn. Voorts is een aanwijzing dat opsporing en toezicht niet wezenlijk van elkaar verschillen te ontlenen aan de omstandigheid dat controlebevoegdheden mede mogen worden aangewend ten

52 Term van G.J.M. Corstens, 'Vroegsporing', *D&D* 1995, p. 1-4, alsmede diens *Het Nederlands strafprocesrecht*, 3e druk, passim.

53 Met incidentele verruiming van het opsporingsbegrip in bijzondere wetten als de WED.

54 Het onderscheid hing immers nauw samen met het wezenlijke verschil tussen strafrecht en bestuursrecht, waarvan zojuist is gebleken dat dat in de huidige omstandigheden niet langer een werkbaar aanknopingspunt biedt.

behoefte van de opsporing.<sup>55</sup> Kortom: in de praktijk lopen voorfase en opsporing vloeiend in elkaar over. Dat geldt ook voor de normering daarvan: opsporing en repressieve controle zijn niet wezenlijk anders gereguleerd. Daarom - en dat is een kwestie die de grondstructuur van het wetboek raakt - biedt het oorspronkelijk beperkte opsporingsbegrip<sup>56</sup> ook niet meer de rechtsbeschermende werking die het aanvankelijk had. Er zijn immers allerlei vormen van de burgers belastend optreden mogelijk voordat er een verdenking van welke aard dan ook bestaat.<sup>57</sup>

Dit alles leidt tot de conclusie dat de in het geldende recht gehanteerde afbakening tussen opsporing en toezicht niet kan worden gehandhaafd. Verdenking als kritieke grens, hoe dat begrip ook wordt opgerekt of ingeperkt (art. 27 Sv, art. 132a Sv), leidt altijd tot onoplosbare problemen van conceptuele en praktische aard. Daarvoor kan een nieuw uitgangspunt in de plaats worden gesteld. De vraag naar de essentie van het opsporingsbegrip - dus de vraag: wat is opsporing - blijkt op de aangegeven gronden tamelijk onvruchtbaar te zijn. In plaats van die traditionele ontologische vraagstelling benadrukken wij het belang van een meer functionele benadering. Vanuit die invalshoek kan de opsporing vooral worden geanalyseerd als een taak. En dat opent nieuwe perspectieven op het geheel van vragen waarvoor wij ons gesteld zien. De eerste daarvan heeft dan betrekking op het bijzondere karakter van de opsporing als taak. Aan de hand van welk criterium kunnen de verschillende *taken* (een kernbegrip in onze beschouwingen) die in de strafvordering aan de orde zijn, worden onderscheiden? Die maatstaf is gelegen in het *gezag* dat over de desbetreffende handelingen behoort te worden uitgeoefend. Het normatieve uitgangspunt zou moeten zijn dat opsporing onder leiding staat van de officier van justitie.<sup>58</sup> Vanuit dat uitgangspunt kan vervolgens opnieuw worden onderzocht hoe op een inhoudelijk zinvolle manier onderscheid kan worden gemaakt tussen de opsporingstaak en de controletaak. Dit blijkt mogelijk te zijn door een aanknopingspunt te zoeken in het *doel* van het onderzoek. Opsporing kan dan worden opgevat als ieder van overheidswege uitgevoerd onderzoek dat is gericht op het nemen van strafvorderlijke beslissingen. In deze visie is opsporing dus - in aansluiting op de elementen die in paragraaf 2 van dit algemeen deel zijn uitgewerkt - vooral op te vatten als een *taak*. Die taak houdt in het verrichten van onderzoek gericht op strafrechtelijke sanctionering. En dan vallen allerlei stukjes

55 Vergelijk EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699, m.nt. Kn (Saunders tegen Verenigd Koninkrijk).

56 Te weten het optreden nadat verdenking als bedoeld in art. 27 Sv is ontstaan (dus vóór de uitbreiding in art. 132a Sv per 1 februari 2000).

57 In het voorbijgaan wijzen we nog op de bevoegdheid van art. 552 Sv.

58 Het komt er dus op neer dat wat ons betreft de verwijzing in het eerste zinsdeel van art. 132a Sv naar 'onder leiding van de officier van justitie' belangrijker is dan de referentie naar 'naar aanleiding van een redelijk vermoeden dat ... (etc.)'.

van een voorheen gecompliceerde puzzel opeens logisch op hun plaats. Ogenschijnlijk ver uiteenlopende activiteiten als het verkennend onderzoek (art. 126gg Sv) en het CID-traject zijn onmiskenbaar gericht op strafrechtelijke beslissingen en vallen derhalve onder deze begripsmatige afbakening van het opsporingsonderzoek.

Wanneer langs deze weg zicht is verkregen op de vraag wat opsporing *is* (maar wel in een functionele, niet-ontologische zin), kan vervolgens worden ingegaan op de vraag hoe<sup>59</sup> - en waar - deze taak dient te worden genormeerd. Daarbij kunnen twee uitgangspunten voorop worden gesteld. Ten eerste: dat een ruime omschrijving van de opsporingstaak nog niet impliceert dat er ook ruime bevoegdheden nodig zijn om die taak adequaat te kunnen vervullen. En ten tweede: dat niet op voorhand vaststaat dat alle bevoegdheden in een geschreven wettelijke regeling moeten worden gespecificeerd. Wij moeten derhalve nagaan hoe ver de mogelijkheden van ongeschreven recht in dit verband reiken.

Wanneer is een wettelijke verankering van bevoegdheden onmisbaar? Doorgaans wordt deze vraag beantwoord aan de hand van een grondwettelijk criterium. Als door strafvorderlijk optreden resp. door opsporingshandelingen grondrechten van burgers worden geschonden of aangetast, dan zou een wettelijke basis vereist zijn. En omgekeerd: indien geen inbreuken op grondrechten dreigen, dan is er geen taak voor de (formele) wetgever weggelegd.

Wij zijn van oordeel dat deze benadering tekortschiet.<sup>60</sup> Drie problemen springen in het oog. Ten eerste is gebleken dat de exclusieve aandacht voor grondrechten leidt tot ondernormering van bepaalde delen van de opsporing. Er zijn namelijk ook andere overtuigende redenen dan dreigende inperking van grondrechten om opsporingshandelingen wettelijk te regelen.<sup>61</sup> Soms is dat nodig om de betrouwbaarheid van onderzoeksresultaten te waarborgen - hetgeen met het oog op de bewijsbestemming daarvan een zwaarwegend belang vormt in de opsporingsfase. In andere situaties kan bijvoorbeeld de corruptiegevoeligheid van een gehanteerde methode een zelfstandige - bij de structuur van onze uitgangspunten passende - grond zijn om tot regeling in het wetboek te besluiten. De gangbare benadering leidt niet alleen tot ondernormering, maar ook - het tweede probleem - tot een onduidelijke begrenzing van bevoegdheden. Een voorbeeld hiervan is de observatie. Volgens de wet BOB is het 'stelselmatig volgen' resp. het 'stelselmatig aanwezigheid en gedrag waarnemen' gekoppeld aan de inbreuk op het grondwettelijke recht op privacy. Gelet op de weinig scherpe, en in de tijd ook niet constante,

59 Ter voorkoming van misverstand: de vraag *hoe* de opsporing moet worden geregeld is vooral een vraag naar de vorm, de wijze waarop de normering moet plaatshebben (wettelijk of buitenwettelijk). Het gaat derhalve niet om de concrete inhoud van de desbetreffende voorschriften. De wetstechnische uitwerking of invulling valt buiten het bestek van dit project.

60 Zie de uitvoerige verantwoording van dit standpunt in deelrapport 2, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' (Knigge & Kwakman).

61 Dit is trefwoordsgewijs al aangegeven in paragraaf 2 van dit Algemeen deel.

afbakening van de buitengrenzen van dit grondrecht schiet de regeling in helderheid tekort.

Daar komt bij dat wettelijke regeling ook is geïndiceerd wanneer de opsporingsmethode niet steeds een *actuele* grondrechtsschending oplevert, maar wel intrinsiek een *potentiële* schending inhoudt. Normering in het wetboek is dan aangewezen indien bij toepassing van een bepaalde methode gemakkelijk inbreuk op de privacy kan worden gemaakt.

Het derde desideratum van waaruit de hier bekritiseerde benadering tekort schiet heeft betrekking op de dreigende verstarring als voor iedere inbreuk op grondrechten een expliciete wettelijke machtiging is vereist. Hier kan opnieuw het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer als voorbeeld worden genoemd. De vigerende wettelijke regeling is afgestemd op een bepaalde interpretatie van het bereik van dit grondrecht. Onder andere de zogeheten 'vuilnissnuffel' is buiten de normering in het wetboek gehouden, aangezien de wetgever van oordeel was dat dit opsporingsmiddel niet rechtstreeks inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer. Als nu het Straatsburgse hof bij de uitleg van art. 8 EVRM in bepaalde omstandigheden tot een andere conclusie zou komen op dit punt, zal - op basis van *ad hoc* afwegingen - moeten worden overwogen of de wet dient te worden aangepast. Vanuit deze achtergrond pleiten wij voor een minder starre regeling, die beter berekend is op ontwikkelingen die zich naar hun aard wel maar naar de inhoud niet laten voorspellen.<sup>62</sup>

Deze uitgangspunten leiden tot een structuur van de regeling in het wetboek waarvan de contouren al in paragraaf 2 van dit Algemeen Deel zijn weergegeven. Twee elementen daarvan brengen wij hier opnieuw - maar nu voorzien van nadere invulling en toelichting - onder de aandacht.

Ten eerste de *plaats* waar verschillende onderdelen van de rechtsstof moeten worden geregeld, gelet op de overlap van regelsystemen in de strafvordering en het bestuursrecht. Wij hebben eerder betoogd dat al hetgeen gemeenschappelijk is, ook gemeenschappelijk kan worden geregeld. Wat de plaats van de regeling betreft, volgt uit het voorafgaande dat er veel voor te zeggen is om de opsporing in ruime zin (dus: alle handelingen gericht op het nemen van strafrechtelijke beslissingen) en de vervolging onder te brengen in het wetboek van strafvordering.<sup>63</sup> Dit standpunt is ingebed in een bredere visie op het begrip 'strafvordering' en op

62 Hier wordt dus de lijn doorgetrokken die al in het eerste interimrapport is uitgezet: het wetboek van strafvordering dient geen keurslijf van strakke regels te zijn, maar een structuur te bieden waarbinnen de procesactoren zinvol en doelgericht kunnen opereren; de structuur dient bovendien berekend te zijn op toekomstige (Europese) ontwikkelingen.

63 Met dien verstande dat de kern van de regeling een plaats moet vinden in het wetboek. Bijzondere onderwerpen - als voorbeelden komen hieronder nog aspecten van particuliere opsporing en internationale opsporingsactiviteiten aan de orde - zouden heel goed een plaats kunnen krijgen in bijzondere wetten.

de betekenis van art. 1 Sv. Onder strafvordering verstaan wij namelijk in beginsel al datgene waarop het strafprocesrecht betrekking heeft. Het gaat, ontdaan van alle franje en dus simpel gezegd, om alle fasen van de procedure in strafzaken: van het vroegste begin tot en met de executie van sancties. Er is met andere woorden geen reden om de strafvordering te beperken tot de momenten nadat er een bepaalde verdenking is gerezen. Ten aanzien van art. 1 Sv proberen wij eveneens meer te redeneren vanuit achterliggende beginselen dan vanuit formele afbakeningsprincipes. Wij beschouwen dit kernartikel vooral als een uitdrukking van meerdere, onderling samenhangende rechtsbeginselen. Het is natuurlijk de meest directe uitdrukking van het legaliteitsbeginsel, maar daarnaast vormt het meer in het algemeen een articulatie van de rechtsstaatgedachte (geen willekeurig overheidsoptreden) en belichaamt het de codificatiegedachte en het daardoor gediende beginsel van rechtseenheid. Tenslotte vermelden wij het democratiebeginsel, waarin mede een waarborg is gelegen tegen *onnodige* overheidsbemoedienis. Ons uitgangspunt is derhalve dat art. 1 Sv wordt gedragen door diverse samenhangende rechtsgronden.<sup>64</sup> Een 'hard' criterium voor regeling bij wet - of in het wetboek - levert dat niet op, maar duidelijk is wel dat alle genoemde beginselen in onderling verband een wetgevingsprogramma opleveren dat omvangrijker is dan wanneer alleen zou worden uitgegaan van het legaliteitsbeginsel. Het strafproces in zijn geheel dient in hoofdlijnen in het wetboek te worden geregeld, dus ook die onderdelen en onderwerpen die niet rechtstreeks voor de burger belastende handelingen met zich meebrengen.

Bij de vraag *hoe* die regeling er vervolgens in hoofdlijnen uit zou moeten zien, verwijzen wij terug naar de eerder vermelde opmerkingen omtrent het samenspel tussen (formele en materiële) wetgever en rechter. In deze benadering is vooral ook meer dan thans het geval is ruimte gelaten voor een combinatie van wettelijke en andere vormen van regelgeving.<sup>65</sup> De deelrapporten in het Bijzonder Deel bevatten diverse voorbeelden en uitwerkingen van deze algemene gedachte.

### 3.4 *Een complicatie: opsporing door burgers*

In het pre-Van Traa-tijdperk werd in strafvorderlijk verband nogal eens de vraag opgeworpen of de overheid in het kader van de opsporing alles mag doen wat ook gewone burgers kunnen zonder expliciete wettelijke grondslag. Mogen opsporingsambtenaren al datgene ondernemen wat voor burgers in het onderling verkeer gangbaar, althans niet-onrechtmatig is? Tegenwoordig is die vraag in een ander

64 Zie voor de uitwerking van deze gedachte deelrapport 2, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' (Knigge & Kwakman).

65 Zie paragraaf 2 van dit Algemeen deel, en voor concrete voorbeelden deelrapport 2, *a.w.* (Knigge & Kwakman).

licht komen te staan - want over de normering van het overheidshandelen zijn wat dat betreft duidelijke conclusies bereikt - maar is het omgekeerde juist steeds intrigerender aan het worden: tot welke hoogte en met welke middelen mogen de burgers bijdragen aan de opsporing?

Daarbij wordt vooropgesteld dat een doeltreffende strafrechtspleging voor een deel gewoon afhankelijk is van de medewerking van het publiek. Een zekere medewerking door particulieren (aangifte, informatieverstrekking) is zowel vanzelfsprekend als van vitaal belang voor het functioneren van het systeem.<sup>66</sup> De vraag is dan hoe ver dit kan gaan en welke bemoeienis de overheid mag hebben met het bijspringen door particulieren. In dat verband formuleren wij drie algemene uitgangspunten. Ten eerste: justitie is gerechtigd om gebruik te maken van door burgers verstrekte informatie. Daarbij hoeft de overheid niet ledig af te wachten tot er iets binnen komt, maar mag zij ook mededelingen uitlokken. Wel zijn regels nodig (jurisprudentie en/of wetgeving) die de buitengrenzen normeren. Het tweede uitgangspunt is dat de burger ook gerichte waarnemingen mag doen als het zijn *oogmerk* is om de resultaten daarvan te melden aan justitie. Voor de burger wordt het bereik van zijn mogelijkheden dan beperkt door de gewone regels van burgerlijk recht; voor de bijdrage van de overheid aan dergelijke activiteiten zouden nadere wettelijke regels kunnen worden gesteld.<sup>67</sup> Het derde uitgangspunt sluit ook aan bij het geldende recht: in de wet kunnen burgers bevoegdheden worden toebedeeld ten behoeve van de strafrechtelijke rechtshandhaving.

De vraag is evenwel of die bevoegdheden in het wetboek van strafvordering of - eventueel voor een gedeelte - in een bijzondere wet dienen te worden ondergebracht. Die vraag kan in deze stand van het onderzoeksproject nog niet ten gronde worden beantwoord. Dat is vooral het gevolg van de kwalitatieve veranderingen die in de rechtspraktijk zijn opgetreden door de opkomst, de groei en de professionalisering van de particuliere beveiligingsindustrie. Daarnaast heeft het particuliere speuren een nieuwe dimensie gekregen door het ontstaan van televisieprogramma's die zich indringend en grootschalig bezig houden met het oplossen van strafbare feiten. Deze fenomenen geven een totaal andere draagwijdte aan de vragen die in beginsel steeds al waren verbonden aan de samenwerking tussen justitie en gewone burgers. In dit interimrapport komen wij tot de voorlopige slotsom dat de uitoefening van een typische overheidstaak door particulieren minst

66 Zie de verschillende bijdragen in A.B. Hoogenboom e.a. (red.), *Privatisering van toezicht en opsporing*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2000; en A.B. Hoogenboom, 'Financieel rechneren in het private domein', *D&D* 2000, p. 1012-1037.

67 Wij tekenen hierbij in deelrapport 2 nog aan dat de politieke betrokkenheid bij particuliere opsporing enerzijds en de inschakeling van burgers bij de justitiële opsporing anderzijds weliswaar verschillende rechtsfiguren zijn, maar dat dit een overkoepelende regeling niet in de weg staat aangezien het in beide gevallen gaat om 'het optreden van opsporingsambtenaren'.

genomen problematisch is. In het derde projectjaar zal daarom nader worden ingegaan op de normering van dit type activiteiten in relatie tot de structuur van het wetboek van strafvordering.

### 3.5 *Strafvordering en rechtshulp*

Bij de schets van een samenhangend stelsel van de algemene uitgangspunten omtrent de vormgeving van het vooronderzoek in strafzaken rest nu nog één verschijnsel dat thematische uitwerking behoeft. Het gaat daarbij om de toegenomen internationalisering van de strafrechtspleging. Internationale samenwerking in strafzaken kan niet langer worden beschouwd als een randverschijnsel waarmee alleen specialisten zich bezig houden en dat als een soort restpost kan worden geregeld in de marge van het wetboek. Integendeel: de toegenomen internationale vervlechting raakt inmiddels het hart van de begripsvorming die vooraf gaat aan een adequate regeling van het vooronderzoek in ons nationale wetboek van strafvordering. Zo is inmiddels de vraag onontkoombaar in hoeverre de intensivering van grensoverschrijdende samenwerking moet leiden tot harmonisatie van strafprocessuele bepalingen. Daarnaast worden we geconfronteerd met de vraag of grensoverschrijdende opsporing nog wel adequaat wordt getypeerd met de term rechtshulp. Zijn opsporing en (kleine) rechtshulp überhaupt nog wel scherp te onderscheiden? En: moet de kleine rechtshulp wel of niet in samenhang met de 'gewone' opsporing worden geregeld?<sup>68</sup>

Bij de behandeling van deze onderwerpen sluiten wij uiteraard zoveel mogelijk aan bij de overige algemene gezichtspunten die tot dusverre in het onderzoeksproject zijn ontwikkeld. Zo analyseren wij de internationale dimensie primair vanuit de handelingen die worden verricht en minder vanuit het gezichtspunt van de daarbij betrokken autoriteiten. In deze studie is daarom het verschil tussen politieële en justitieële samenwerking niet van wezenlijke betekenis: het gaat ons veeleer om de aard en het doel van de handelingen die in grensoverschrijdend verband plaatshebben. De moderne interstatelijke samenwerking mist veelal twee kenmerken van traditionele rechtshulp, te weten een uitdrukkelijk *verzoek* van de ene staat aan de andere, en de inkadering in *een bepaalde strafzaak*. In plaats daarvan wordt er tegenwoordig vaak samengewerkt nog voordat er een concrete verdenking bestaat en in omstandigheden waarin nog allerminst zeker is of er een strafzaak komt, en zo ja, waar die dan wordt gevoerd. Deze nieuwe vormen van coöperatie worden wel aangeduid als 'internationale opsporing', een begrip dat de klassieke dichotomie strafvordering-rechtshulp zou overstijgen. Toch is de vraag of het nieuwe verschijnsel het oude begrippenpaar geheel obsoleet maakt. Naar ons oordeel is

68 Zie over deze vragen deelrapport 3, 'Strafvordering en rechtshulp' (Y.G.M. Baaijens-van Geloven).

dit niet het geval. In de kern genomen gaat het om het doel van het optreden. In dat doel moet de legitimatie van het handelen worden gezocht. Is de handeling gericht op de toepassing van Nederlands strafrecht, dan is er in beginsel sprake van strafvordering.<sup>69</sup> Staat vast dat de interventie uitsluitend een bijdrage beoogt te leveren aan een buitenlandse strafzaak, dan is er nog onverminderd reden om te spreken over rechtshulp. Dit onderscheid blijft noodzakelijk zolang er niet één de landsgrenzen overstijgende rechtsruimte bestaat. Binnen de Europese Unie is dat (nog) niet het geval en daarbuiten is daar al helemaal geen sprake van.

De helderheid en consistentie van de wettelijke regeling is er mee gediend als de normering van de opsporingstaak wordt toegesneden op de eigen, nationale wetshandhaving. Opsporing ten behoeve van het buitenland wordt daarbij gezien als een aparte taak die in beginsel afzonderlijk genormeerd wordt. Deze systematische keuze lijkt op gespannen voet te staan met de toenemende internationale politieke en justitiële samenwerking bij de bestrijding van criminaliteit. Bij gezamenlijke onderzoeken is het aanvankelijk - omdat de strafzaak zich nog onvoldoende laat specificeren en de verantwoordelijkheden gezamenlijk worden gedragen - veelal niet duidelijk in welk land de berechting uiteindelijk zal plaatsvinden. Ook hier doet zich derhalve het 'probleem' van de dubbele of alternatieve doelstelling voor.<sup>70</sup> Hierbij kan wel worden aangetekend dat het onderscheid opsporing - rechtshulp niet per definitie uitsluit dat bepalingen die betrekking hebben op het 'nationale' opsporingsonderzoek van overeenkomstige toepassing worden verklaard op de opsporing ten behoeve van het buitenland. Op deze wijze kan, afhankelijk van de stand van de ontwikkelingen van het internationale recht, toch een min of meer uniforme normering bewerkstelligd worden. De vraag of en in hoeverre de opsporing zich mag richten op strafrechtelijke sanctionering in den vreemde en in hoeverre de regels die zijn geschreven voor de nationale opsporing daarbij van toepassing zijn, dient echter haar beantwoording te vinden in het (nationale en internationale) rechtshulprecht.

Het uitgangspunt dat er ook in de toekomst ruimte moet zijn voor een fundamenteel onderscheid tussen strafvordering en rechtshulp heeft verschillende consequenties. Ten eerste betekent het dat de rechtshulpverlening apart moet worden geregeld. Dat kan in een afzonderlijke sectie van het Wetboek van Strafvordering, het kan ook in een aparte rechtshulpwet tezamen met de andere

69 Dit sluit ook aan bij de begripsvorming in paragraaf 3.3 hierboven.

70 Wij hanteren het uitgangspunt dat zolang onhelder is ten behoeve van welke jurisdictie wordt opgetreden omdat de strafzaak zich nog onvoldoende laat specificeren en de verantwoordelijkheden gezamenlijk worden gedragen, iedere autoriteit in beginsel (mede) handelt ten behoeve van de rechtshandhaving in het eigen land. Wanneer gaandeweg het onderzoek duidelijk wordt dat de zaak beter elders kan worden afgedaan, moet het optreden (verder) worden aangemerkt als rechtshulpverlening.

varianten van rechtshulp.<sup>71</sup> Daarnaast, dus ten tweede, moet binnen het Wetboek van Strafvordering een hechtere basis tot stand worden gebracht voor de transnationale verrichtingen die (mede) het oog hebben op Nederlandse strafzaken. Voorbeelden zijn onder andere het grensoverschrijdende optreden eventueel in het kader van gezamenlijke onderzoeksteams en handelingen die ten behoeve van Nederlandse zaken in het buitenland moeten worden verricht. Wij bepleiten in dat verband ook dat serieus onder ogen moet worden gezien of er in de toekomst niet - omgekeerd aan het bepaalde in art. 539a Sv - een meer algemene bepaling in het Wetboek moet worden opgenomen die buitenlandse opsporingsambtenaren machtigt om met inachtneming van de overige regels een bijdrage te leveren aan de Nederlandse rechtshandhaving.

Bij grensoverschrijdend optreden rijst bovendien de vraag welk recht van toepassing is. In het stelsel dat ons voor ogen staat moet ook wat dit betreft verschil worden gemaakt tussen situaties van strafvordering en van rechtshulp. Indien Nederland rechtsmacht heeft en het optreden verband houdt met nationale rechtshandhaving, zijn de bepalingen van het Wetboek van strafvordering in beginsel van toepassing, ongeacht de vraag of dat optreden hier te lande of buitengaats plaatsheeft.<sup>72</sup> Wij willen hiermee geen afbreuk doen aan het traditionele principe dat de regels worden toegepast van het land waar de handelingen worden verricht (*locus regit actum*), doch houden daarmee wel vast aan het uitgangspunt dat de bruikbaarheid van de resultaten van grensoverschrijdend optreden (in beginsel) getoetst moet worden aan het nationale recht. Wanneer er sprake is van rechtshulpverlening is er naar onze mening ruimte om rekening te houden met het recht van het land waar de berechting zal plaatshebben (*forum regit actum*). Tot op heden heeft de Nederlandse wetgever voor dergelijke situaties niet verwezen naar regels van buitenlands procesrecht. In onze gedachtegang zou het passend zijn als dit in de toekomst wel zou gebeuren. Uiteraard met de clausulering dat de toepassing van vreemd recht nooit zo ver mag gaan dat daardoor in strijd wordt gehandeld met nationale fundamentele rechtsbeginselen of met verdragsrechtelijk gewaarborgde mensenrechten.

71 Voor de ene of de andere optie zijn geen dwingende argumenten beschikbaar. Beide opties zijn verdedigbaar, al geven wij de voorkeur aan de laatstgenoemde mogelijkheid.

72 Uiteraard zijn wij ons bewust van de beperkingen van het volkenrecht en het feit dat de buitenlandse opsporingsambtenaren in beginsel niet ondergeschikt zijn aan de regels van onze nationale strafvordering.

## 4 Overzicht van de meer onderwerp-specifieke uitgangspunten en concrete voorstellen

### 4.1 Inleiding

In de voorafgaande paragraaf zijn de algemene uitgangspunten geschetst waarop het vooronderzoek in een modern Wetboek van Strafvordering naar ons oordeel zou moeten berusten. Daarmee is in verrekende mate vooruitgelopen op de inhoud van de deelrapporten in het Bijzonder Deel van dit boek. De beschouwingen omtrent de verhouding tussen strafrecht en bestuursrecht, over het opsporingsbegrip, en de relatie tussen strafvordering en rechtshulp zijn immers al uitgebreid aan de orde geweest. In deze paragraaf zullen we de inhoud van de overige deelrapporten weergeven en in samenhangend perspectief plaatsen. De volgorde van bespreking weerspiegelt een zekere logica. Eén van onze conclusies in paragraaf 3.3 hierboven luidde dat het opsporingsonderzoek onder leiding staat van het openbaar ministerie. Die slotsom vraagt om een nadere plaatsbepaling van het OM ten opzichte van de overige betrokkenen bij de onderhavige fase van het strafgeding. Meer in het bijzonder moet daarbij ook aan de orde komen hoe een voldoende mate van rechtsbescherming kan worden gegarandeerd als compensatie voor een gebleken erosie van de betekenis van het gerechtelijk vooronderzoek. In rechtstreeks verband daarmee komt vervolgens de rol van de rechter in de voorbereidende fase van het geding aan de orde. Officier van justitie en rechter hebben in zekere zin een complementaire rol. Opgehelderd moet worden hoe hun functies zich onderling verhouden en welke consequenties daaraan verbonden zijn voor het processuele kader waarbinnen hun activiteiten behoren te worden ingebed. Pas als omtrent deze beide onderwerpen uitsluitend is geboden, is het zinvol om in te gaan op een tweetal meer specifieke regelingen: respectievelijk die van het voorarrest en die van het politieverhoor, met bijzondere aandacht voor de aanwezigheid van de raadsman daarbij. Tenslotte komen wij terug op een deel van de stof die al in het eerste interimrapport werd bestreken, te weten de afdoening buiten geding. Daarbij zal vooral de verhouding aan de orde komen tussen het zogenoemde 'derde spoor' en de thans bestaande andere modaliteiten om een strafzaak af te wikkelen zonder de verdachte te dagvaarden.

### 4.2 Vervolging en rechtsbescherming

Het hart van de thematiek die hier aan de orde is, ligt in de verhouding tussen de begrippen vervolging en rechtsbescherming. In het Wetboek van Strafvordering van 1838 waren deze termen nauw aan elkaar gekoppeld. De juridisering van de procedure was in feite verbonden aan de vervolgingsfase. Rechtsbescherming in

de opsporingsfase ontbrak vrijwel volledig, maar dit was ook wel te billijken in het licht van de omstandigheid dat in het kader van de opsporing nauwelijks dwangmiddelen tegen een verdachte konden worden aangewend. De verdachte kreeg pas een echte procespositie<sup>73</sup> vanaf het moment dat het er voor hem om ging spannen: de fase van de vervolging - toen de 'geregtelijke instructie' geheten - waarbij de verantwoordelijkheid voor het onderzoek lag bij de rechter, en dus niet (langer) bij de officier van justitie. Het grondpatroon van dit systeem werd overgenomen in het Wetboek van 1926. De versterkingen van de verdedigingspositie van de verdachte die toen werden ingevoerd hadden vrijwel allemaal betrekking op de fase van het GVO. Rechtsbijstand en kennisneming van de processtukken waren daarvoor ook reeds in beperkte mate mogelijk, maar bijvoorbeeld de mogelijkheid om deskundigenonderzoek te beïnvloeden is een bevoegdheid die alleen in de fase van de vervolging werd toegekend. In de opsporingsfase is er voorts geen recht om tot in detail te worden geïnformeerd omtrent de beschuldiging, wordt de verdachte niet als een procespartij in staat gesteld bij de rechter voor zijn belangen op te komen, zijn er geen voorzieningen om een spoedig verloop van het onderzoek te bevorderen, en is er voor de verdachte geen aanspraak om duidelijkheid te verkrijgen omtrent het verdere verloop van het onderzoek. Dit zijn de kenmerkende systematische verschillen tussen de opsporingsfase en de vervolgingsfase in het Wetboek van 1926. Wij stipuleren dat deze verschillen op twee niveau's achterhaald zijn en thans als disfunctioneel moeten worden beschouwd. Ten eerste is het beeld sterk veranderd ten opzichte van het type strafzaak en het soort onderzoek dat de wetgever van 1926 voor ogen stond. Daar komt bij dat - ten tweede - nieuwe vormen van strafvorderlijke interventies zijn ontstaan die problemen oproepen die binnen het systeem van dat Wetboek helemaal niet bevredigend kunnen worden opgelost. Wij lichten dit toe.

De rechterlijke bemoeienis met het vooronderzoek is op onderdelen toegenomen zonder de 'bijbehorende' processuele rechten voor de verdachte.<sup>74</sup> Anderzijds is de rechtsbeschermende functie van het GVO uitgehold, onder andere door de introductie van de telefoontap in 1971. Het verschijnsel van de 'parallele opsporing' deed zijn intrede, zodat verschillende autoriteiten náást elkaar verantwoordelijk werden voor een correcte uitvoering van het voorbereidend onderzoek. Het GVO, dat in de systematiek van de wetgever van 1926 de dragende pijler was van het vooronderzoek<sup>75</sup>, werd een kader dat alleen nog in een klein deel van de strafzaken werd benut. Het is dit kader, vastgekoppeld als het is aan

73 Overigens zonder hem al vanaf dat moment te erkennen als 'procespartij'.

74 Voorbeelden die in deelrapport 4 worden genoemd zijn onder andere de machtiging tot het opnemen van vertrouwelijke communicatie (art. 126l en 126s Sv) en een onderzoek van telecommunicatie (art. 126m en 126t Sv).

75 Zie het nog altijd lezenswaardige boek van Arthur Frid, *Panklaar voor de zitting. De praktijk van het strafproces rondom de rechter-commissaris*, Arnhem: Gouda Quint 1982.

het traditionele vervolgingsbegrip, dat niet langer een deugdelijk aanknopingspunt kan vormen voor een systematische regeling en organisatie van de rechtsbescherming.

Deze diagnose dringt zich nog sterker op wanneer daarbij wordt betrokken dat het criminaliteitsbeeld sterk is veranderd.<sup>76</sup> Ten aanzien van het klassieke beeld van criminaliteit - één delict, één vermoedelijke dader - is het wettelijk systeem ná 1926 ingrijpend gewijzigd. Opsporing heeft tegenwoordig steeds vaker betrekking op ingewikkelde netwerken van personen en organisaties. Deze zijn veelal territoriaal zodanig gespreid dat er meerdere arrondissementen bij betrokken zijn (even daargelaten de eerder besproken grensoverschrijdende complicaties). Bovendien gaat het om een samenstel van feiten, niet zelden een combinatie van delicten die reeds gepleegd zijn en allerlei andere feiten die worden voorgenomen of voorbereid, waarbij het typisch op de *personen* geconcentreerde onderzoek een vooraanstaande plaats inneemt. Dat is onder meer de achtergrond van de nieuwe titel V van het eerste boek in het huidige Wetboek en van het in art. 126gg Sv geregelde 'verkenkend onderzoek'. Ook hieruit blijkt dat de systematische grondslag van het Wetboek van 1926 voor wat betreft de koppeling van 'rechtsbescherming' aan 'vervolging' ieder bestaansrecht heeft verloren.

We moeten derhalve op zoek naar een hechtere systematische grondslag. De ijkpunten daarbij worden gevormd door de volgende desiderata, die voortbouwen op de in de vorige paragraaf ontwikkelde uitgangspunten. Er moeten voldoende waarborgen zijn voor de *rechtmatigheid* van de uitvoering van het vooronderzoek. Dat vereist toereikende regelgeving (zie paragraaf 2 en 3 hierboven), het vergt tevens een adequate toezichtstructuur. De opsporing dient bovendien *transparent* te zijn: alleen een helder, doorzichtig patroon van activiteiten leent zich voor juridische toetsing en controle. In dit licht moet ook de *inwendige openbaarheid* van het voorbereidend onderzoek worden beoordeeld. De contradictoire gedingstructuur die ons voor ogen staat<sup>77</sup> veronderstelt dat de verdediging - behoudens zorgvuldig te omlijnen uitzonderingen - weet wat er tegen de verdachte wordt ondernomen. In een systematisch uitgewerkt idee van rechtsbescherming moet ook de *mogelijkheid van de verdediging* worden betrokken *om invloed uit te oefenen* op de loop van het onderzoek. En tenslotte zijn regels nodig omtrent de *bewaking van de voortgang* van het onderzoek

Tegen deze achtergrond moet allereerst de positie van het openbaar ministerie in het vooronderzoek worden belicht. Uit onze uitgangspunten volgt dat het OM in volle omvang zeggenschap heeft over al datgene wat in het kader van de opsporing wordt verricht (vergelijk de huidige art. 132a en 148 Sv). Anders dan in het systeem van het Wetboek van 1926 zien wij de officier van justitie in beginsel

76 Zie paragraaf 2 van het Algemeen Deel van ons eerste interimrapport.

77 Zie paragrafen 4.4 en 5.2 van het Algemeen Deel in het eerste interimrapport.

als de leidende figuur in het vooronderzoek. Die positie past bij de verantwoordingsstructuur tijdens het onderzoek ter terechtzitting. Tijdens het openbare eindonderzoek kan de vertegenwoordiger van het OM worden aangesproken op de wijze waarop het gezag over de opsporingsambtenaren is uitgeoefend.<sup>78</sup> Zeggenschap en verantwoording worden op deze wijze aan elkaar gekoppeld. Het OM is krachtens zijn magistratelijke positie gehouden er zorg voor te dragen dat het vooronderzoek op een evenwichtige wijze wordt uitgevoerd. Evenwichtig, dat wil zeggen: met een gelijk oog voor belastende gegevens en voor informatie die de verdachte zou kunnen exoneren. Evenwichtigheid omvat ook de juridische controle op de inzet van opsporingsmiddelen, de toetsing aan regels en beginselen van ongeschreven recht daaronder begrepen. Daarbij dient evenwel te worden aangetekend dat de aansturing van het opsporingsapparaat afhankelijk van de omstandigheden van het geval sterk kan wisselen. Voorop staat dat de officier van justitie zich in principe niet mengt in taktisch-operationele vraagstukken. De officier is, zo is wel gezegd, geen 'superspeurmeus'.<sup>79</sup> Zijn gezag zal vaak niet meer dan latent een rol spelen, bijvoorbeeld in de grote groep van zaken waarin de politie tamelijk routinematig te werk gaat. Maar het gezag kan plotseling manifest en specifiek worden, hetzij op initiatief van de officier van justitie, danwel wanneer de opsporingsinstantie zelf behoefte heeft aan raad of sturing. Naarmate het gewicht of de complexiteit van de zaak toeneemt, zal de officier er in de regel nauwer bij betrokken zijn en kan zijn leiding over de opsporing een meer concrete invulling krijgen. 'Gezag' vatten wij in dit verband dus op als een vlottend begrip dat meer of minder kan worden geactiveerd afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Het aanmerken van de officier van justitie als de leidende autoriteit in het vooronderzoek heeft vooral ook voordelen in relatie tot de hierboven genoemde 'moderne' vormen van criminaliteit. Waar meerdere arrondissementen bij een onderzoek zijn betrokken en waar proactief en reactief handelen in elkaar overlopen, is het OM uit zijn aard beter geschikt om afstemming en coördinatie te bewerkstelligen dan het rechter-commissariaat.<sup>80</sup>

Die afstemming staat mede in functie van het waarborgen van rechtsbescherming voor de betrokken justitiabelen. Vanuit dat gezichtspunt komen de overige genoemde onderwerpen in beeld, te weten het bewaken van een vlotte voortgang,

78 Evenals het OM verantwoording moet afleggen over de wijze waarop het het opportuniteitsbeginsel heeft toegepast.

79 Dezelfde uitdrukking wordt met betrekking tot de rechter-commissaris gebruikt door C. Von Meyenfeldt, 'Het gerechtelijk vooronderzoek', *NJB* 1988, p. 1131-1134.

80 In dit verband wijzen we onder andere op het instellen van een 'landelijk parket' binnen het OM. Zie de Wet van 19 april 1999 tot wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie, het Wetboek van Strafvordering, de Politiewet 1993 en andere wetten (reorganisatie openbaar ministerie en instelling landelijk parket), *Stb.* 1999, 194.

het verzekeren van transparantie en het waarborgen van een adequate inwendige openbaarheid van het geding. De eerste vraag die daarbij een systematische beantwoording behoeft is vanaf welk moment een verdachte aanspraak kan maken op een samenhangend pakket van rechtsbeschermende voorzieningen. De vervolgingsbeslissing (vordering GVO), die in de structuur van het huidige Wetboek het belangrijkste scharniermoment vormt, is gelet op onze voorafgaande beschouwingen ontoereikend als startpunt. Ook de zogeheten *criminal charge* als bedoeld in het EVRM achten wij een minder geschikt punt om de waterscheiding aan te brengen.<sup>81</sup> Het lijkt beter om de grens te leggen bij een vast te fixeren proceshandeling. Wij opteren daarbij voor het eerste verhoor in de hoedanigheid van verdachte.<sup>82</sup> Vanaf dat moment zouden de samenhangende beschermende voorschriften gedurende het voorbereidend onderzoek van toepassing moeten zijn. Het betreft dan een aanspraak om door de officier van justitie op de hoogte te worden gehouden omtrent het verdere verloop van de procedure; het recht op inzage in de stukken van het geding; en het recht voor de verdachte om zich tot de rechter-commissaris te wenden met het verzoek om nadere onderzoekshandelingen te verrichten.<sup>83</sup>

Ten aanzien van de transparantie van het opsporingsonderzoek en - daarmee samenhangend - de inwendige openbaarheid van het geding moet dieper worden ingegaan op de inhoud en de betekenis van de stukken van het geding. Transparantie vereist dat op schrift verslag wordt gedaan van de relevante opsporingshandelingen. Het model van de huidige art. 152 en 126aa Sv vormt hierbij een geschikt vertrekpunt. Aantekening verdient dat ook die verrichtingen in een proces-verbaal moeten worden opgenomen die - vanuit het oogpunt van justitie - vruchteloos zijn geweest, dat wil zeggen geen voor de verdachte belastende informatie hebben opgeleverd (bijvoorbeeld een confrontatie waarbij een getuige de verdachte *niet* heeft herkend). De desbetreffende stukken worden in het dossier gevoegd. Op grond van de algemene uitgangspunten die in dit onderzoeksproject zijn ontwikkeld<sup>84</sup> is het evenwel nodig om een uitvoeriger, meer op de inhoud gerichte, wettelijke regeling te ontwerpen dan in het geldende Wetboek is neergelegd. Daarin moeten bijvoorbeeld ook de uitzonderingen op de verbaliseringsplicht worden opgenomen. Voor een deel zijn die thans al in de jurisprudentie aanvaard. De gevallen van

81 De redenen voor dit standpunt worden uiteraard uitgewerkt in deelrapport 4, 'Vervolging en rechtsbescherming' (Simmelink & Baaijens-van Geloven).

82 Natuurlijk zijn met deze aanduiding niet alle complicaties verdwenen. De afbakening van de term 'verdachtenverhoor' komt nader aan de orde in het genoemde deelrapport over vervolging en rechtsbescherming.

83 De huidige 'mini-instructie' van art. 36a Sv e.v. is pas mogelijk vanaf een later stadium in de procedure, namelijk wanneer er sprake is van een *criminal charge* als bedoeld in het EVRM.

84 In het bijzonder de contradictoire gedingstructuur en de nadruk op de proeespositie van de actoren ter bepaling van de agenda van het geding.

politiesepot - waarin op voorhand vaststaat dat het parket geen vervolging zou instellen - vallen hier bijvoorbeeld onder. Maar ook in situaties waarin de te relateren verrichtingen geen enkele relevantie hebben voor het onderzoek en geen enkele invloed kunnen hebben op enige te nemen beslissing, mag een proces-verbaal achterwege blijven. Tenslotte geldt hetzelfde na toepassing van een weinig ingrijpend dwangmiddel als de staande houding, wanneer verder geen enkel gevolg aan de zaak wordt gegeven. Waar het echter in al deze varianten om gaat is dat de verantwoordelijkheid voor het afzien van het opmaken van een proces-verbaal - overeenkomstig onze algemene uitgangspunten omtrent het opsporingsonderzoek - berust bij het openbaar ministerie. Deze verantwoordelijkheid kan, afhankelijk van de omstandigheden, vorm krijgen aan de hand van richtlijnen, aanwijzingen, instructies en het achteraf verlenen van instemming.<sup>85</sup> Het evengemelde uitgangspunt brengt ook met zich mee dat de officier van justitie in het Wetboek expliciet moet worden aangewezen als de autoriteit die verantwoordelijk is voor de samenstelling van het dossier. De wet dient daarnaast het criterium te fixeren voor de selectie van op te nemen stukken. Het gaat daarbij om alle stukken (in de ruime zin van het woord) die *relevant* zijn voor *enige* rechterlijke beslissing in de zaak.<sup>86</sup> Wij stellen twee maatregelen voor die - tegen de achtergrond van onze algemene bespiegelingen over de aard van het voorbereidend onderzoek - meer materiële garanties moeten bieden voor de volledigheid van het dossier. Ten eerste: de verdediging moet bevoegd zijn om zelf stukken te doen toevoegen (zie het huidige art. 126aa lid 5 Sv). En ten tweede: de stukken dienen inzicht te verschaffen in *eventueel parallel lopend onderzoek* dat voor de te nemen rechterlijke beslissing relevant kan zijn. Daarmee wordt de complicatie opgevangen die in moderne, soms nogal vertakte zaken met verschillende betrokkenen een bedreiging vormt voor de overzichtelijkheid.<sup>87</sup>

Is de samenstelling van het dossier bekend, dan volgt de vraag wie op welk moment daarvan kennis mag nemen. Ook in een nieuwe regeling kunnen de huidige art. 30 e.v. Sv het uitgangspunt vormen. De verdediging mag vanaf het eerste

85 Ook hier kan een verband worden gelegd met de algemene uitgangspunten in deze studie. Het ruimere opsporingsbegrip zoals weergegeven in paragraaf 3.3 hierboven, brengt met zich mee dat er ook een grotere variëteit van handelingen onder dat kader te brengen is; dat brengt op zijn beurt met zich mee dat er dan ook meer reden is om uitvoeriger te regelen welke activiteiten er in welke omstandigheden op een bepaalde wijze schriftelijk moeten worden verantwoord.

86 Vergelijk G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999 (derde druk), p. 232-233. Zie HR 7 mei 1996, *NJ* 1996, 687 m.n. Sch.; en HR 4 januari 2000, *NJ* 2000, 537 m.n. Sch.

87 In deze benadering wordt eveneens een dam opgeworpen tegen de toepassing van het huidige art. 187d Sv, waarin soms informatie voor de verdediging wordt afgeschermd door een artificiële splitsing van inhoudelijk samenhangende zaken. Dezelfde grondgedachte ligt ook besloten in HR 2 juni 1987, *NJ* 1988, 180, waarin parallelle opsporing wordt verboden voorzover die is gericht op het onredelijk verkorten van verdedigingsrechten.

verhoor het dossier inzien, behalve wanneer dit strijdt met het belang van het onderzoek. Deze uitzondering valt weg vanaf de vordering tot verlenging van de gevangenhouding bij de raadkamer van de rechtbank. Na dit moment is een beperking van het inzagerecht nog slechts mogelijk in zeer bijzondere omstandigheden en na rechterlijke toetsing.<sup>88</sup> De beperking moet *noodzakelijk* zijn met het oog op limitatief in de wet omschreven belangen (zwaarwegende opsporingsbelangen of voorkoming van ernstige overlast voor een getuige). Dit geldt zowel voor onderzoeksresultaten ten behoeve van het bewijs als voor gegevens die betrekking hebben op de rechtmatigheid van opsporingshandelingen.<sup>89</sup>

In het huidige Wetboek is de vervolgingsbeslissing in relatie tot het GVO ook het scharnierpunt voor een zorgvuldige regeling van de overloop naar opvolgende fasen in het proces. De wet bevat gedetailleerde voorschriften omtrent de sluiting van het GVO en de rechtsgevolgen van een kennisgeving van verdere vervolging. Ook het afzien van verdere vervolging is voor dat geval tamelijk precies geregeld. Daarentegen is in het vigerende stelsel vrijwel niets bepaald omtrent de soortgelijke handelingen na afloop van het opsporingsonderzoek. In de systematische uitgangspunten die wij hiervoor hebben beschreven past het om daar juist wel in te voorzien. Het Wetboek dient derhalve op hoofdlijnen een regeling te bevatten omtrent het instellen, het niet-instellen of het voortzetten<sup>90</sup> van strafvervolging. Ten opzichte van de huidige situatie brengt dit tenminste op de volgende punten vernieuwingen met zich mee. Er moeten termijnen worden gesteld voor de verdere afdoening van zaken waarin voorlopige hechtenis is toegepast. De kennisgeving van verdere vervolging 'nieuwe stijl' dient te worden geregeld (inhoud, verhouding tot de dagvaarding). De rechtsgevolgen van een sepot dienen wettelijk te worden vastgelegd. En tenslotte moet de verdachte een wettelijk recht hebben zich tot de rechter-commissaris te wenden met het oog op de voortgangscontrole in de zaak.

88 De details worden uitgewerkt in paragraaf 5.5.2 van deelrapport 5, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek' (Harteveld & Stamhuis). Zie ook deelrapport 4, 'Vervolging en rechtsbescherming' (Simmelink & Baaijens-van Geloven).

89 Het is tegenwoordig niet ongebruikelijk om - in het voetspoor van de commissie-Kalsbeek - te onderscheiden tussen zogenaamde 'bewijsgetuigen' en 'rechtmatigheidsgetuigen'; zie Y. Buruma, 'De rechtmatigheidsgetuige', *D&D* 2000, p. 859-875.

90 Wij gaan hier conceptueel uit van het traditionele vervolgingsbegrip, waarin 'het betrekken van een rechter bij de zaak' centraal staat. Dan is technisch gezien sprake van 'voortzetting' van de vervolging indien tijdens het opsporingsonderzoek voorlopige hechtenis is toegepast of de rechter anderszins bij het onderzoek is betrokken. Zie omtrent de verschillende ongerijmdheden in het traditionele vervolgingsbegrip naar getdend recht F.G.H. Kristen in A.L. Melai c.s., *Het Wetboek van strafvordering*, Arnhem: Gouda Quint z.j., aant. 5 en 6 op art. 14-20 (suppl. 118).

## 4.3 De rechterlijke bemoeienis met het voorbereidend onderzoek

Zo'n 10 jaar geleden is er intensief debat gevoerd over het zelfstandig bestaansrecht van het gerechtelijk vooronderzoek. In de literatuur werd van diverse zijden betoogd dat het GVO beter kon worden afgeschaft, omdat het zijn oorspronkelijke functies niet (meer) goed zou vervullen.<sup>91</sup> Daartoe werden vooral twee argumenten aangevoerd, die beide teruggaan op de tijd waarin het huidige Wetboek werd geconcipeerd. In de eerste plaats het zogeheten 'rechtspolitieke argument', dat inhoudt dat de rechter-commissaris als onderzoeker van de feiten een grotere waarborg voor onpartijdigheid en objectiviteit biedt dan een officier van justitie. En daarnaast het 'pragmatische argument': het GVO zou een vlotte afwikkeling ten goede komen omdat de R-C toch al moet worden benaderd in verband met het toepassen van een aantal ingrijpende dwangmiddelen. De genoemde auteurs gaven aan dat beide argumenten hun kracht verloren hebben. Door allerlei ontwikkelingen - onder andere in bijzondere strafwetgeving - zou de rechtsbeschermende functie van de RC sterk zijn uitgehold en in elk geval geen principiële betekenis meer hebben; terwijl de praktijk bovendien had uitgewezen dat het raamwerk van het GVO eerder vertragend dan bespoedigend werkt in de strafzaken waarin van deze rechtsfiguur gebruik wordt gemaakt. Vervolgens boog de commissie-Moons zich over deze kwestie. Dit (omvangrijke) gezelschap van gezaghebbende strafrechtsexperts kwam met een zeer uitvoerig rapport waarvan de slotsom luidde dat het GVO dient te worden gehandhaafd.<sup>92</sup> Vanuit fundamenteel wetenschappelijk oogpunt is het meest interessant dat de commissie zich voor dit basisstandpunt vooral<sup>93</sup> beroept op precies dezelfde twee argumenten die de critici naar voren hadden gebracht om voor afschaffing te pleiten. De commissie oordeelde namelijk dat het 'rechtspolitieke' en het 'pragmatische argument' in essentie nog steeds niet aan waarde hebben ingeboet. Bij die stand van zaken was er in feite een soort patstelling ontstaan in de gedachtevorming rond het gerechtelijk vooronderzoek.<sup>94</sup>

91 Zie onder andere A.J.M. Machiels, *Een requiem voor het gerechtelijk vooronderzoek*, oratie Nijmegen, Arnhem: Gouda Quint 1989; en C. Von Meyenfeldt, 'Het gerechtelijk vooronderzoek', *NJB* 1988, p. 1131-1134.

92 Commissie Moons, *Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek. Een rapport van de Commissie herijking Wetboek van Strafvordering*, Arnhem: Gouda Quint 1990. Het rapport bevat voorstellen tot een groot aantal wijzigingen in de bestaande regeling van het GVO, die grotendeels later door de wetgever zijn overgenomen.

93 Naast de hoofdargumenten werden ook bijkomende overwegingen aangevoerd, waaronder de nuttige functie van het GVO in de bijzondere categorie van 'gevoelige strafzaken', waarin bijvoorbeeld functionarissen van de overheid voorwerp van onderzoek zijn.

94 Zie M.S. Groenhuijsen, 'De herziening van het GVO als onderdeel van de taakverdeling tussen politie, justitie en het rechter-commissariaat', in: C. Fijnaut, E. Kolthoff (red.), *Afschaffing of herziening van het gerechtelijk vooronderzoek?*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 23-46;

Gelet op deze recente discussie - met de wet herziening GVO per 1 februari 2000 als voorlopige uitkomst - achten wij het niet zinvol om een nieuwe ronde in het debat vorm te geven aan de hand van dezelfde twee gezichtspunten die 10 jaar geleden de meningen verdeeld hielden. Het zou nauwelijks vruchtbaar zijn om nogmaals het relatieve gewicht te bepalen van de beide argumenten die door iedereen belangrijk worden gevonden maar die kennelijk tot verschillende - zelfs haaks op elkaar staande - uitkomsten kunnen leiden. Daarom hebben wij in dit project omtrent de systematische grondslagen van een eventueel nieuw te ontwerpen Wetboek gezocht naar andere wegen om de oude vraag naar de betekenis van het GVO te benaderen. In het deelrapport omtrent de rechterlijke bemoeienis met het voorbereidend onderzoek worden twee vernieuwende benaderingswijzen uitgewerkt. In de eerste plaats wordt het vertrekpunt in de probleemstelling niet gezocht in de vraag of er iets moet worden afgeschaft. Onze aandacht is er veeleer op gericht om te bezien wat er zou moeten worden opgebouwd. Welke wettelijke ingrepen zijn er nodig om een effectieve toegang van de procesactoren tot de rechter-commissaris mogelijk te maken gedurende het vooronderzoek? En in de tweede plaats - maar natuurlijk in nauwe samenhang daarmee - is een nadere bezinning vereist op de kerntaken van een rechter in het voorbereidende onderzoek. Het is onbetwist dat de rechter op enigerlei wijze belast moet kunnen worden met het uitvoeren van bepaalde onderzoekshandelingen. Het staat evenzeer vast dat de rechter in een aantal situaties zal moeten worden geadieerd om de toepassing van ingrijpende dwangmiddelen te toetsen - en vervolgens de uitoefening daarvan mogelijk te maken. Onze benadering is er nu op gericht om deze twee kerntaken inhoudelijk consistent en systematisch te normeren en in te bedden in de overige uitgangspunten die wij omtrent het vooronderzoek hebben geformuleerd. Pas in de laatste fase, en als afgeleide daarvan, komt dan alsnog de vraag aan de orde of het voor de toekomst wenselijk is om het GVO als zelfstandig juridisch onderzoekskader te behouden.

De paragraaf over 'vervolgning en rechtsbescherming' werd geopend met een korte beschouwing over de gewijzigde verhouding tussen de vervolgingsfase en de opsporingsfase. Aangetoond werd dat het Wetboek van 1926 (in het voetspoor van dat van 1838) in zijn grondstructuur sterk heeft geleund op de vervolgingsfase als het startpunt voor de erkenning van de verdachte als procespartij, met alle bijbehorende bevoegdheden. Wij hebben andere uitgangspunten geformuleerd, die met zich meebrengen dat een eind wordt gemaakt aan de structurele ondernorming van de opsporingsfase.

en dezelfde, 'De hervorming van het GVO in het bredere perspectief van het stelsel van strafvordering', *D&D* 1991, p. 542-564.

Wanneer we nu de positie van de rechter in het vooronderzoek nader belichten, moet de analyse van het historische stelsel - en van de veranderingen die daarin later zijn opgetreden - verder worden verdiept. We kunnen voor dit onderwerp niet volstaan met globale aanduidingen, maar moeten meer in detail ingaan op de vraag wat naar geldend recht - en wat in onze visie voor de toekomst - de functie en de taak is van de rechter in het voorbereidend onderzoek.

Volgens het huidige Wetboek heeft de rechter-commissaris in het verband van het GVO beide genoemde taken: onderzoek naar de feiten en het toetsen van ingrijpende dwangmiddelen. Buiten het kader van het GVO is alleen de laatstgenoemde functie aan de orde. Gedurende de afgelopen decennia is dit beeld nader ingekleurd, en daarbij onmiskenbaar inhoudelijk veranderd, door een aantal ontwikkelingen. Ten eerste zijn er nieuwe voorzieningen getroffen *binnen de omlijning van het oude GVO*. Te noemen zijn het beslag op vorderingen<sup>95</sup>, de invoering van de telefoontap c.a. (1971), de regeling omtrent inzage in computergegevens, het DNA-onderzoek en de regeling omtrent de getuigenbescherming.<sup>96</sup> Als we deze regelingen overzien, valt op dat het karakter van de inzet van de rechter-commissaris verandert. Hoewel zijn inbreng wordt verlangd binnen het kader van het GVO, heeft hij niet langer de rol van spelbepaler. Hij houdt op deze punten de zaak niet compleet bijeen, hij is niet belast met de verantwoordelijkheid voor het gehele onderzoek. De doelstelling van zijn optreden is beperkt en precies afgebakend. Dat is soms verklaarbaar vanwege het *toetsende* karakter van zijn activiteit, maar ook waar hij een bijdrage levert aan het *onderzoek* blijkt de wetgever al lang de gedachte te hebben aanvaard van een GVO met een *beperkte* omvang en doelstelling. Opmerkelijk is voorts dat de leiding van het vooronderzoek in al deze gevallen bij de officier van justitie blijft berusten. De slotsom is dat bij deze 'doel-GVO's' inhoud en vorm niet meer bij elkaar passen en dus systematische fricties opleveren. Deze conclusie wordt nog versterkt als we de ontwikkelingen bezien waarin nieuwe regelingen *naast het oude GVO* zijn geplaatst. Daarbij moet vooral worden gewezen op de wetgeving omtrent de voordeelsontneming, waarin procesrechtelijk de rechter-commissaris erg afhankelijk is geworden van de officier van justitie.<sup>97</sup> Het voorlopig eindpunt van deze rechtsontwikkeling wordt gevormd door de meergenoemde wet BOB en de wet herziening GVO per 1 februari 2000. Ook hierin wordt de rechter-commissaris vooral in uiteenlopende opzichten bij het vooronderzoek betrokken als machtigingsrechter, buiten het geformaliseerde

95 Ingevoerd in 1958, weer afgeschaft in 1993.

96 De drie laatstgemelde wetten dateren alle uit 1993.

97 Genoemd kan ook worden het ontwerp omtrent de zogenoemde 'richtmicrofoons', dat uiteindelijk werd ingetrokken, maar waaruit ook de gedachte bleek van het streven naar een uniforme regeling van opsporingshandelingen voor verschillende fasen van het geding, waarbij de rechter-commissaris meer als toezichthouder dan als leider werd beschouwd (dat werd de officier van justitie).

kader van het gerechtelijk vooronderzoek. Overzien we het wettelijk stelsel zoals dat in de loop der tijd is aangepast, dan staat vast dat er in verstrekkende mate afstand is genomen van de gedachte dat het de primaire functie van een rechter-commissaris is om de zaak in volle omvang 'panklaar' te maken voor de zitting. De rechter wordt nog slechts met nauwkeurig bepaalde doeleinden ingezet tijdens het vooronderzoek; het probleem is dat de basisstructuur van het Wetboek in het geheel niet is aangepast aan deze principiële veranderingen.

Vandaar dat wij een radicaal ander vertrekpunt zoeken voor de inbedding van de rechterlijke bemoeienis met het vooronderzoek. De structuur moet de missie volgen, niet andersom. Wanneer de kerntaken van de rechter voorafgaand aan de openbare terechtzitting zijn gedefinieerd als toetsing van dwangmiddelen ('machtiging') enerzijds en onderzoek op geïsoleerde punten anderzijds, dan dient dit takenpakket de systematische grondslag van het Wetboek te domineren. Daarbij moet eerst nader worden opgehelderd wat precies de betekenis is van deze specifieke interventies. Uitgangspunt is dat de leidinggevende positie van het openbaar ministerie in het vooronderzoek onvermijdelijk met zich meebrengt dat de officier van justitie een zekere verbondenheid met de loop van het onderzoek zal ervaren.<sup>98</sup> Dat brengt als natuurlijk tegenwicht een versterkte behoefte aan rechtsbescherming met zich mee. Die bescherming moet uitgaan van de inschakeling van een onafhankelijke rechter. Vanuit deze invalshoek nemen we de beide taken van de rechter in het vooronderzoek nader onder de loep.<sup>99</sup>

Eerst de toetsende functie. De rechter die hiermee is belast duiden wij aan als 'machtigingsrechter'. Rechterlijke toetsing vormt binnen het stelsel van strafvordering de hoogste graad van juridische expertise en afstandelijkheid in het toezicht op concrete opsporingshandelingen. Het stelsel dat ons daarbij voor ogen staat, moet onder andere antwoord geven op de volgende vragen: In welke situaties is rechterlijke toetsing aangewezen? Aan welke normen wordt getoetst? Op welk moment moet worden getoetst? De *gevallen* kunnen in abstractie worden omlijnd als 'de meest ingrijpende dwang- of opsporingsmiddelen'. Wanneer daar in concreto van moet worden gesproken, is uit de aard der zaak mede afhankelijk van rechtspolitieke waarderings, die op hun beurt naar tijd en omstandigheden kunnen variëren. De vrijheidsbenemende dwangmiddelen vallen hier ontgeenzegge-

98 Dat dit het geval is, is niet goed meer tegen te spreken sedert de verschijning van het boek H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen & W.A. Wagenaar, *Dubieuze zaken. De psychologie van strafrechtelijk bewijs*, Amsterdam: Contact 1994 (2e herziene druk). Zie ook de recente empirische studie van Francis J. Pakes, *Spiders in the Web. Public Prosecutors at work* (diss. Leiden), Leiden 2001.

99 Opgemerkt moet worden dat deze taken niet door dezelfde persoon of functionaris behoeven te worden vervuld. Binnen het kader van het GVO is de rechter-commissaris belast met onderzoek en met toetsing; in ons type regeling kunnen er goede redenen worden aangevoerd om die taken juist niet in één hand te leggen.

lijk onder.<sup>100</sup> Aan de Grondwet vallen voorts sterke aanwijzingen te ontleen om ook inbreuken op het briefgeheim en het telefoon- en telegraafgeheim in aanmerking te nemen. Op grond van art. 8 EVRM geldt hetzelfde voor onderzoek in woningen (het af luisteren van aldaar gevoerde gesprekken daaronder begrepen) en het onderscheppen van gegevensverkeer. De meest ingrijpende inbreuken op het eigendomsrecht zouden het ook niet zonder rechterlijke machtiging kunnen stellen. Idem voor de ernstige schendingen van de lichamelijke integriteit, tegen de achtergrond van art. 11 GW en art. 3 EVRM. Mede gelet op de technische ontwikkelingen, die de bereikbaarheid van de rechter via telecommunicatie en andere vormen van informatietechnologie sterk hebben vergroot, is het naar ons oordeel mogelijk en wenselijk om in vergelijking met het geldende recht vaker de waarborg van voorafgaande rechterlijke toetsing in het Wetboek op te nemen. Dat brengt ons op de *vormgeving* van het rechterlijk fiat. Meestal zal de machtiging moeten worden verkregen voorafgaand aan het uitvoeren van de handeling. Het stelsel voorziet in een *machtiging*, niet in een *bevel* van de rechter.<sup>101</sup> Daardoor wordt de indruk vermeden dat de rechter treedt in een beoordeling van de opportuniteit van de toepassing van het dwangmiddel. Hij toetst uitsluitend de rechtmatigheid van de voorgenomen actie. Dat wil zeggen: de rechter controleert of de wettelijke gevallen en gronden voor de uitoefening van de bevoegdheid bestaan en of de toepassing daarvan in het belang van het onderzoek is (dus in onze terminologie: is gericht op het nemen van strafrechtelijke beslissingen). Daarbij verdient het aanbeveling om de belangrijkste van de thans ongeschreven regels en beginselen waaraan het voornemen moet voldoen, in de wet te verankeren. Tenslotte zijn enkele *algemene bepalingen* nodig die de toetsing regarderend. De machtigingsrechter kan alleen op vordering van de officier van justitie worden ingeschakeld. Op een enkele uitzondering na wordt de verdachte en zijn raadsman gehoord. De beschikking van de rechter is schriftelijk, is met redenen omkleed, en wordt door de officier van justitie bij de processtukken gevoegd.

Er zijn verschillende redenen om de rechter gedurende het vooronderzoek ook te belasten met een *onderzoeksfunctie*. In de eerste plaats kan het zijn dat sommige onderzoeksinspanningen in het voorbereidend onderzoek uit hun aard een vrij definitief karakter hebben, bijvoorbeeld omdat verificatie van het daaruit voortkomende materiaal ter terechtzitting op voorhand vrijwel uitgesloten lijkt. Alsdan moeten de rechtswaarborgen voor de verdediging zoveel mogelijk overeenstemmen met die van de zittingsfase, hetgeen het beste kan worden bereikt door inschakeling van een rechter (die dan de functie heeft van 'voorpostrechter'). Daarnaast - dus in de tweede plaats - moeten in het vooronderzoek sommige

100 Zie de nadere uitwerking van het navolgende in paragraaf 5.3 van deelrapport 5.

101 Met uitzondering van het bevel tot voorlopige hechtenis, om redenen die in paragraaf 5.3.7 van deelrapport 6, 'Voorarrest' (Uit Beijerse & Simmelink) worden opgehelderd.

beslissingen worden genomen omtrent de voortzetting van de zaak die dermate verstrekking zijn dat een evenwichtige feitelijke voorbereiding daarvan eigenlijk alleen gewaarborgd is door de inschakeling van een rechter. Zowel het openbaar ministerie als de verdachte kunnen er behoefte aan hebben met het oog daarop de rechter te adïëren. Het grondpatroon voor de normering in het Wetboek zou er als volgt uit moeten zien. De rechter voert op vordering van het OM bepaalde onderzoekshandelingen uit wanneer op voorhand vaststaat dat zulks niet op de zitting kan gebeuren. Voorbeelden zijn het horen van (bedreigde of zieke) getuigen of het uitlokken van een deskundigenrapport.<sup>102</sup> Een vordering kan alleen worden gedaan op basis van een welomschreven verdenking van een bepaald strafbaar feit; de rechter is krachtens zijn rol niet bevoegd die verdenking aan te vullen of te veranderen. De vordering kan ook betrekking hebben op het verkrijgen van voor de verdachte ontlastend materiaal (horen van een getuige á decharge). Aangezien de opsporingsfase onder leiding staat van de officier van justitie, treedt de rechter niet ten gronde in een beoordeling van de vraag of de onderzoekshandeling werkelijk nodig is in het belang van het onderzoek. Er vindt een meer marginale toets plaats: de vraag is of de handeling in redelijkheid een bijdrage zou kunnen leveren aan het onderzoek. Daarvan is bijvoorbeeld geen sprake indien niet wordt voldaan aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit of als er misbruik van procesrecht wordt gemaakt. De verdediging wordt - indien mogelijk - op de vordering gehoord. Gaat de rechter vervolgens tot onderzoek over, dan wordt het resultaat vastgelegd in een proces-verbaal, dat aan de actoren ter hand wordt gesteld. De officier van justitie - dus niet de onderzoekende rechter - voegt het p-v bij de stukken van het geding.

Als gezegd is ook de *verdachte* bevoegd de rechter op de genoemde wijze te activeren. Wij stellen diverse verbeteringen voor ten opzichte van de huidige 'mini-instructie' ex art. 36a e.v. Sv. De achtergrond hiervan is dat het in het stelsel van strafvordering vanuit het oogpunt van rechtsbescherming niet geheel en al aan de officier van justitie mag worden overgelaten om te zoeken naar de verdachte ontlastende gegevens. De verdediging krijgt daarom de mogelijkheid de rechter te adïëren, vanaf het moment van het eerste verhoor in de hoedanigheid van verdachte<sup>103</sup> - wanneer er dus een duidelijke verdenking jegens hem is uitgesproken, waaraan de gevraagde onderzoekshandeling moet worden gekoppeld - en voorzover hij daarbij een redelijk belang van enig gewicht heeft. Daarmee wordt, anders dan in de huidige wettelijke regeling, de mogelijkheid van notoire 'fishing expeditions' uitgesloten. Er wordt geen inhoudelijke afbakening gegeven van de onderzoekshandelingen waar de verdachte om kan vragen; wel zullen verzoeken worden

102 De wet zou geen limitatieve opsomming van onderzoekshandelingen moeten bevatten, maar wel enige algemene beperkingen moeten aanbrengen. Zie paragraaf 5.4 van deelrapport 5.

103 Zie paragraaf 4.2 hierboven.

afgewezen die betrekking hebben op verrichtingen die naar alle waarschijnlijkheid toch al deel zullen uitmaken van het door politie en justitie geregisseerde opsporingsonderzoek.

Een laatste onderwerp dat bespreking behoeft, betreft het vooronderzoek in de zogenaamd 'gevoelige zaken'. We hebben gezien dat de commissie-Moons aan dit type zaken een (aanvullend) argument ontleende voor de handhaving van het GVO als eigenstandig onderzoekskader. In de door ons geschetste opbouw van het voorbereidend onderzoek moet eveneens rekening worden gehouden met de bijzondere aard van dergelijke precaire strafzaken. Maar het zou onwenselijk zijn om zelfs in die relatief uitzonderlijke gevallen het (voor)onderzoek primair onder de volle verantwoordelijkheid te brengen van een rechter. In plaats daarvan dienen aanvullende waarborgen binnen het openbaar ministerie te worden geschapen die de integriteit en de waarheidsvinding in de opsporing bevorderen.<sup>104</sup> In ieder geval dient een apart besluitvormingstraject te worden voorzien, waarin bijvoorbeeld het College van procureurs-generaal een prominente rol kan spelen. Complementair daaraan kan juist in dit type zaken de rijksrecherche - als afgescheiden eenheid binnen de politie - een belangrijke functie vervullen. Deze oplossing heeft drie voordelen die aansluiten op de systematische grondslag van het Wetboek van strafvordering dat ons voor ogen staat. Wij vatten zeer beknopt samen. Ten eerste: de procesrechtelijke verhouding tussen openbaar ministerie en rechter in het vooronderzoek wordt consequent in acht genomen. Ten tweede: het verband tussen verdenking, onderzoek, en vervolgingsbeslissing blijft intact. En ten derde: in deze oplossing is het gemakkelijker om de ministeriële verantwoordelijkheid voor strafvorderlijke trajecten daadwerkelijk inhoud te geven.<sup>105</sup>

#### 4.4 Voorarrest

Eén van de meest dynamische onderdelen van de strafvordering is de regeling van het voorarrest. Dat is ook niet zo vreemd. Voorarrest kan vrijheidsbeneming van zeer aanmerkelijke duur betekenen zonder dat bij rechterlijk gewijsde is vastgesteld dat iemand inderdaad schuldig is aan het plegen van een delict. Het is het meest ingrijpende dwangmiddel in het Wetboek van strafvordering.<sup>106</sup> Toepassing daarvan kan daarom eigenlijk niet zonder min of meer kwaad geweten geschieden. Al in de vorige eeuw werd zowel door de wetgever als in de literatuur over het voorarrest

104 Deze denkbeelden worden uitgewerkt in paragraaf 5.4.2 van deelrapport 5.

105 Zie ook de regeling van het huidige art. 128 lid 6 RO.

106 J.M. Reijntjes, *Voorarrest*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994; en de uitvoerige losbladige commentaar van J.M. Reijntjes op art. 63-88 in A.L. Melai c.s. (red.), *Het Wetboek van strafvordering*, Arnhem: Gouda Quint z.j. (suppl. 114 en 115).

gesproken als een 'noodzakelijk kwaad'.<sup>107</sup> Een 'kwaad', onder andere vanwege de gespannen verhouding met de *praesumptio innocentiae*.<sup>108</sup> Maar ook 'noodzakelijk', omdat ieder rechtsstelsel wordt geconfronteerd met de onvermijdelijkheid om gedurende het voorbereidend onderzoek bepaalde verdachten fysiek ter beschikking van justitie te houden. Vanuit deze gezichtspunten valt goed te begrijpen dat iedere regeling van het voorarrest eigenlijk op voorhand gedoemd is tot imperfectie. Daarom stelt het handboek van de Verenigde Naties omtrent beginselen die dit dwangmiddel moeten beheersen zonder veel omhaal vast: 'No country can claim a pre-trial detention system that could not be improved'.<sup>109</sup> Deze benadering - of: grondhouding - heeft er zowel historisch alsook in de huidige tijd toe geleid dat de wetgever, in Nederland en elders, voortdurend pogingen heeft ondernomen om de toepassing van preventieve vrijheidsbeneming te beperken. Dat vormt tevens de verklaring van de omstandigheid dat de regeling nogal eens is gewijzigd, overigens zonder dat dit ooit tot volle tevredenheid heeft geleid omtrent het bereikte resultaat.

In het onderzoeksproject 'Strafvordering 2001' staat opnieuw de ambitie centraal om de toepassing van voorarrest tot het onvermijdelijke minimum te beperken. En waar dit dwangmiddel in aanmerking komt, moet het worden beheerst door de algemene uitgangspunten die in de andere onderdelen van het project zijn ontwikkeld. Dat levert hier en daar nieuwe gezichtspunten op. De regeling die in het navolgende wordt toegelicht berust primair op de gedachte dat er een effectiever rechterlijk toezicht nodig is op de toepassing en de duur van vrijheidsbeneming gedurende het vooronderzoek. Tevens wordt gezien langs welke weg de schorsing van voorlopige hechtenis op ruimere schaal kan plaatshebben dan thans het geval is.

De analyse van het geldende recht op dit punt vindt plaats aan de hand van het onderscheid tussen de materiële grondslag (gevallen, verdenkingseis, gronden), de bevoegdheidstoedeling (verschillende fasen van vrijheidsbeneming) en de procedurele waarborgen (hoorrecht, rechtsbijstand etc.).<sup>110</sup> Een element dat aparte vermelding verdient is dat de inverzekeringstelling - onbekend in het Wetboek van 1838, ingevoerd in 1926 - een ander karakter heeft dan de bewaring en

107 Zie deelrapport 6, 'Voorarrest' (Uit Beijerse & Simmelink); en het daaraan op onderdelen ten grondslag liggende boek van Jolande uit Beijerse, *Op verdenking gevangen gezet. Het voorarrest tussen beginselen en praktische behoeften*, diss. Rotterdam, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998.

108 Zie specifiek omtrent dit aspect M.S. Groenhuijsen, 'De nabije toekomst van de voorlopige hechtenis, in het bijzonder in het licht van de onschuldpraesumptie', in: J. De Hullu, W.E.C.A. Valkenburg, *Door Straatsburg geïnspireerde grondnormen voor het Nederlandse strafproces*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 87-103.

109 *Human Rights and Pre-trial Detention. A Handbook of International Standards relating to Pre-trial Detention*, United Nations, New York/Geneva: 1994, p. 4.

110 Deze indeling is ontleend aan Uit Beijerse, *a.w.*, *passim*.

gevangenhouding als vormen van voorlopige hechtenis. De eerstgenoemde modaliteit is volgens de wetgever namelijk niet in de eerste plaats zelfstandig gericht op vrijheidsbeneming, maar houdt een ordemaatregel in die verzekert dat de verdachte gedurende vrij korte tijd beschikbaar blijft voor justitie - uitsluitend - in het belang van het onderzoek. Een andere karakteristiek van de geldende regeling is dat een waarborg voor beperking van de duur van het voorarrest werd gezocht in de 'ontsnappingsmogelijkheden' die de regeling biedt. Zo zijn er voor de aanhouding, de inverzekeringstelling en voor de voorlopige hechtenis bepalingen opgenomen die voorzien in tussentijdse invrijheidstelling ('in elke stand van het geding' of woorden van gelijke strekking). In 1974 kwam daar nog het anticipatiegebod van art. 67a, lid 3, Sv bij: de insluiting mag in ieder geval niet langer duren dan de bij berechting te verwachten straf. Overzien we de rechtsontwikkeling als geheel, dan kunnen twee conclusies worden getrokken.<sup>111</sup> Ten eerste een verschuiving van materiële naar procedurele waarborgen. De inhoudelijke beperkingen door de wettelijke fixering van gevallen en gronden zijn gaandeweg verwaterd, hetgeen tot op zekere hoogte - maar niet volledig - werd gecompenseerd door toevoeging van nieuwe procedurele waarborgen. En ten tweede: in de jaren 90 van de twintigste eeuw zijn zowel de inhoudelijke als de procedurele wettelijke instrumenten tot beperking van voorarrest afgekald. Exemplarisch in dit verband zijn de invoering van de eenmalige bewaringstermijn van 10 dagen (1992), de langere termijn van inverzekeringstelling (1994) en de nieuwe grond voor voorlopige hechtenis bij recidiverende vermogensdelinquenten (1995).

De vraag is nu hoe het systematisch karakter van de regeling omtrent het voorarrest kan worden versterkt. Daartoe grijpen wij terug op de uitgangspunten die eerder in dit project zijn ontwikkeld. Een belangrijk onderdeel daarvan houdt in dat de procesvoering in uiteenlopende opzichten mede dient te worden beheerst door de concrete ernst van het feit terzake waarvan verdenking bestaat.<sup>112</sup> Niet de abstracte zwaarte van het feit zoals die tot uitdrukking komt in het wettelijke strafmaximum vormt de primaire maatstaf, maar de hoogte van de sanctie zoals die in de omstandigheden van het geval te duchten is. Dit brengt met zich mee dat ook voor de afbakening van de *gevallen* die zich lenen voor voorlopige hechtenis in eerste instantie op dit criterium wordt teruggegrepen. Het uitgangspunt van de regeling van art. 67 Sv wordt derhalve verlaten. In plaats van het abstracte 4 jaars-criterium plus opsomming van bijzondere strafbare feiten wordt een inhoudelijke maatstaf voorgesteld die de duur van de te verwachten vrijheidsstraf stipuleert. Als 'veiligheidsklep' kan dan een uitzondering worden toegevoegd die voorlopige hechtenis uitsluit bij misdrijven waartegen geen hogere straf is bedreigd dan bijvoorbeeld één jaar gevangenisstraf. Voor wat betreft de *gronden* van

111 Uit Beijerse, a.w., p. 178 e.v.

112 Dat is onder andere de achtergrond van de differentiatie in het driesporenproces.

voorlopige hechtenis zoeken we ook naar een koppeling aan concrete strafprocessuele doelstellingen. De bestaande gronden van collusiegevaar (waarheidsvinding) en vluchtgevaar (verzekeren van de mogelijkheid tot executie) zijn het minst problematisch en kunnen worden gehandhaafd. Het in art. 67a Sv thans genoemde herhalingsgevaar en de geschokte rechtsorde zijn beide meer omstreden, vooral omdat de toepassing daarvan in de praktijk niet zelden een punitieve gerichtheid lijkt te behelzen.<sup>113</sup> Wij stellen voor om deze gronden te handhaven, maar in de hantering daarvan nauwer aan te sluiten bij het karakter van het voorarrest als middel om een onmiddellijke en aanwijsbare verstoring van de openbare orde af te wenden. Als nieuwe gronden zouden - in overeenstemming met de in het voorafgaande uiteengezette principes - in aanmerking moeten komen: de betekening van de dagvaarding in persoon, het bevorderen van de aanwezigheid van de verdachte ter terechtzitting, en het streven naar een snelle afdoening van het feit op een terechtzitting.<sup>114</sup>

Tot zover de voorstellen omtrent de 'materiële grondslag' van de preventieve vrijheidsbeneming. Voor wat betreft de 'bevoegdheidstoedeling' beogen wij het voorarrest zodanig vorm te geven dat daarvan maximale prikkels uitgaan om het onderzoek voortvarend af te wikkelen. Dat veronderstelt een combinatie van juridische en organisatorische maatregelen.<sup>115</sup> In het algemeen kan daarover worden opgemerkt dat wij van oordeel zijn dat bij iedere beslissing in dit verband moet worden nagegaan of het onderzoek wel voldoende voortgang heeft. Omtrent de eerste fase van vrijheidsbeneming, het ophouden voor verhoor, dient in de wet te worden bepaald dat dit ook kan strekken tot het verrichten van andere onderzoekshandelingen, zoals het afnemen van vingerafdrukken, het confronteren met een getuige, en voor het uitreiken van een dagvaarding. De inverzekeringstelling kan vervolgens in duur worden teruggebracht van drie naar twee dagen. Daarbij kan dan de verplichte inschakeling van de rechter-commissaris ex art. 59a Sv worden vervangen door een rechtmatigheidstoets *op verzoek* van de verdediging. Het onderscheid tussen bewaring en gevangenhouding kan scherper dan in het huidige Wetboek worden geprofileerd. Bewaring moet een reële mogelijkheid openen om het onderzoek af te ronden opdat de langduriger insluiting in de vorm van gevangenhouding achterwege kan blijven. Thans is dit in de praktijk veelal

113 Vergelijk S.A.M. Stolwijk, *Voorarrest. Kanttekeningen bij tien jaar toepassing van voorlopige hechtenis*, oratie UvA Amsterdam, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 8.

114 Onze voorstellen sluiten als geheel genomen goed aan bij de maatstaven die zijn geformuleerd in het eerder genoemde *United Nations Handbook of International Standards relating to Pre-trial Detention*, a.w., p. 8: '... pre-trial detainees may be placed only under such restraints, and under such conditions, as will ensure their appearance at trial, prevent their interference with evidence, and prevent further offences'.

115 Bij de organisatorische context blijkt bijvoorbeeld vooral de sluiting van de rechtbank in het weekend het bestaande wettelijk systeem te doorkruisen; zie paragraaf 3.2 van deelrapport 6 hieronder.

nauwelijks mogelijk.<sup>116</sup> Daarom wordt voorgesteld de bewaringstermijn te verlengen tot twee weken. Opgemerkt moet worden dat deze termijn ook ruimere mogelijkheden biedt om een goed onderbouwd schorsingsverzoek te doen of voor te bereiden. Schorsing is binnen het stelsel dat ons voor ogen staat een belangrijk instrument om de daadwerkelijke toepassing van voorarrest terug te dringen.<sup>117</sup> Teneinde het daadwerkelijke gebruik van dit middel te bevorderen en het zelfstandig belang daarvan te onderstrepen, stellen wij voor de schorsing om te vormen tot een *voorwaardelijke oplegging* resp. een *voorwaardelijke opheffing* van de voorlopige hechtenis. De mogelijkheden daartoe zouden dan ook systematisch aan de orde moeten worden gesteld in de raadkamer waarin voor de eerste maal over de gevangenhouding wordt beslist. De raadkamer dient bijgevolg meer tijd in te ruimen voor deze cruciale beslissing; de oordelende rechters moeten zich intensiever en actiever met de noodzaak tot voortgezette vrijheidsbeneming bezig houden dan thans het geval pleegt te zijn. Anderzijds kan de raadkamer - het is in het voorafgaande reeds gemeld<sup>118</sup> - de gevangenhouding gelasten voor een periode van maximaal 90 dagen. De verdachte heeft de mogelijkheid om tussentijds steeds opheffing, al dan niet onder het stellen van voorwaarden, te verzoeken en moet in dat verband in beginsel steeds worden gehoord.<sup>119</sup>

Zowel de huidige regeling als het stelsel dat wij daarvoor in de plaats zouden willen stellen berust op de gedachte om het voorarrest zoveel mogelijk te beperken. Naar geldend recht is daartoe een gefixeerd maximum van 90 dagen gevangenhouding gekozen, waarna de zaak in ieder geval ter zitting behandeld moet worden. In de praktijk is het vooronderzoek dan niet zelden nog niet afgerond - om voor de hand liggende redenen, zoals: het onderzoek naar de feiten is niet voltooid of de rapportage van het Pieter Baan Centrum is nog niet klaar. De zogenaamde 'pro forma-zitting' die dan in de praktijk pleegt te worden gehouden biedt naar ons oordeel in dergelijke situaties geen optimale structuur om de voorlopige hechtenis tot een onvermijdelijk minimum te beperken. Het probleem is dat de rechters in die gevallen weten dat er geen inhoudelijke behandeling zal plaatshebben en op

116 In het deelrapport wordt aangetoond dat van de wettelijke termijn van 10 dagen er als gevolg van ingesloten werkwijzen vaak slechts 4 echte onderzoeksdagen beschikbaar zijn voordat een nieuw rechterlijk oordeel wordt gegeven over verlenging van het voorarrest.

117 F.W. Bleichrodt, *Onder voorwaarde. Een onderzoek naar de voorwaardelijke veroordeling en andere voorwaardelijke modaliteiten*, diss. Nijmegen, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 204 meldt dat zowel van de schorsing voor bepaalde tijd als die voor onbepaalde tijd 'veelvuldig gebruik' wordt gemaakt. De door ons vergaarde gegevens bevestigen deze constatering niet; onze voorstellen beogen dan ook de bestaande praktijk op dit punt te verbeteren; zie Jolande uit Beijerse & Daphne Kunst, 'Het huis van bewaring voorbij. De schorsing van de voorlopige hechtenis onder bijzondere voorwaarden in de praktijk', *Trema* 2000, p. 417-422.

118 Zie paragraaf 3.1 hierboven.

119 Met als vanzelfsprekende uitzondering dat het verzoek onmiddellijk wordt ingewilligd of kennelijk ongegrond is omdat het een herhaling vormt van een kort daarvoor gedaan verzoek.

grond van die wetenschap nogal oppervlakkig studie maken van de stukken van het geding. Daar komt nog bij dat de dagvaarding in dat stadium een zodanig karakter heeft (korte omschrijving van het feit, ontleend aan de vordering tot bewaring) dat inhoudelijke beoordeling ook nauwelijks mogelijk is. Daarom is het systematisch meer verantwoord om in plaats van zo'n pro forma-zitting, in de uitzonderlijke gevallen waarin de zaak na de maximale gevangenhouding nog niet aan berechting toe is, een meervoudige raadkamerprocedure te regelen waarin de voortzetting van het voorarrest intensiever kan worden getoetst. De raadkamer moet dan specifiek controleren of het onderzoek met voldoende voortvarendheid is en wordt uitgevoerd en of er - gelet op de Straatsburgse jurisprudentie - een noodzaak bestaat om de preventieve detentie te continueren. De officier van justitie kan bij die gelegenheid verlenging voor maximaal drie maanden vorderen, de raadkamer kan dat in een gemotiveerde beschikking alleen toestaan als daarvoor klemmende redenen kunnen worden genoemd. De procedure wordt voorzien van twee bijzondere waarborgen. Ten eerste krijgt de verdachte definitief uitsluitsel over de feiten waarvoor hij na de verlenging van het voorarrest zal worden vervolgd. Sepot is niet meer mogelijk voor de feiten waarvoor de officier van justitie bij die gelegenheid heeft aangekondigd te zullen dagvaarden. Ten tweede vormt de bedoelde verlengingsvordering het uiterste moment waarop het recht van de verdediging om de stukken van het geding in te zien niet langer aan beperkingen mag worden onderworpen.<sup>120/121</sup>

Voor de fase van het hoger beroep ligt een belangrijke vereenvoudiging in de rede. Overeenkomstig de rechtspraak over art. 5 EVRM mag onder 'lawful detention' worden begrepen de insluiting op basis van een rechterlijk oordeel dat aan een hogere rechter is voorgelegd en derhalve nog niet onherroepelijk is. Zolang de voorlopige hechtenis niet langer duurt dan de vrijheidsstraf die door de eerste rechter is opgelegd, kan - ook hier in overeenstemming met onze algemene uitgangspunten - *automatische* periodieke toetsing achterwege blijven. De verdachte behoudt het recht om steeds om opheffing of schorsing te vragen.<sup>122</sup>

#### 4.5 De raadsman en het politieverhoor

Hiervóór stuiten we bij de vraag naar een optimale inrichting van het voorbereidend onderzoek in relatie tot het zelfstandig bestaansrecht van het GVO op een patstelling in de literatuur. Ten aanzien van sommige andere pertinente vragen rond deze fase

120 Behoudens de zeer uitzonderlijke - wettelijk geregelde - gevallen waarin dit gebeurt op last van de rechter-commissaris.

121 De vraag of de onderhavige raadkamerprocedure *in het openbaar* moet plaatsvinden - waarvoor *prima facie* veel te zeggen lijkt - wordt ten gronde behandeld in het vierde projectjaar.

122 In paragraaf 5.3.6 van deelrapport 6 wordt nog een uitzondering besproken voor gevallen waarin de eerste rechter een beslissing heeft gegeven als bedoeld in art. 349 Sv.

van het geding kunnen soortgelijke verschijnselen worden waargenomen. Eén daarvan betreft de al langer slepende vraag naar de wenselijkheid om een raadsman toe te laten bij het politieke verdachtenverhoor.

Het is voor iedereen duidelijk dat juist deze verhoorsituatie van het grootste belang is voor de opvolgende fasen van het strafgeding. Wat hier wordt gezegd, bepaalt niet zelden de uitkomst van de zaak. Het proces-verbaal van het politieverhoor is dan ook een van de centrale stukken in het dossier. Bij deze stand van zaken is evenzeer onbetwist dat dit verhoor correct dient te verlopen. De basisnorm in dit verband is neergelegd in art. 29 lid 1 Sv: de verhorende ambtenaar onthoudt zich van alles wat de strekking heeft een verklaring te verkrijgen, waarvan niet gezegd kan worden dat zij in vrijheid is afgelegd. Dat is één kant van de medaille. De andere kant is dat het politieke verdachtenverhoor een belangrijke bron van informatie is. Het verhoor draagt in aanzienlijke mate bij aan de waarheidsvinding, en dat is een functie die past bij de algemene uitgangspunten die in dit onderzoeksproject zijn ontwikkeld.

De vraag is nu hoe deze belangen op de meest evenwichtige wijze kunnen worden gediend. Welke waarborgen zijn nodig om een behoorlijk verloop van het verhoor te garanderen, met behoud van de op waarheidsvinding gerichte functie daarvan? Deze vraag is in het verleden nogal eens toegespitst op de aanwezigheid van de raadsman van de verdachte. In Nederland heeft Fijnaut in 1987 in een omvangrijke studie geconcludeerd dat de toelating van de raadsman een passende voorziening is om een aannemelijk verloop van het verhoor te bevorderen.<sup>123</sup> De minister van justitie gaf na het verschijnen van deze studie te kennen dat hij dit voorstel niet wilde overnemen. Enerzijds leek daarbij het kostenaspect een rol te spelen, anderzijds gaf de minister te kennen dat de juridische argumenten die aan buitenlandse stelsels konden worden ontleend niet overtuigend waren om tot een zo ingrijpende wetswijziging over te gaan. Het parlement bleek deze zienswijze te delen. Vanaf dat moment is het debat over deze vitale kwestie zo ongeveer doodgeslagen. Degenen die de rechtspositie van de verdachte tijdens het politieverhoor wilden versterken bleven zich routinematig beroepen op het door Fijnaut in 1987 verzamelde materiaal, terwijl de opposanten van zo'n hervorming net zo voorspelbaar bleven volhouden dat dit materiaal onvoldoende klemmende redenen aanreikt om de raadsman structureel toegang te verlenen tot het politieverhoor.

Deze impasse kan alleen worden doorbroken door middel van onbevangen nieuw onderzoek van rechtsvergelijkende en verdragsrechtelijke aard, dat

123 Cyrille Fijnaut, *De toelating van raadslieden tot het politieke verdachtenverhoor*, Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen, Arnhem: Gouda Quint 1987. Zie ook de kort daarop verschenen rechtsvergelijkende studie van J.A.W. Lensing, *Het verhoor van de verdachte in strafzaken*, diss. KUN, Arnhem: Gouda Quint 1988.

structureel is geënt op de uitgangspunten die in het project 'Strafvordering 2001' centraal staan. Van dat onderzoek wordt verslag gedaan in het zevende deelrapport.<sup>124</sup>

Op supranationaal niveau biedt de Straatsburgse jurisprudentie een ambivalent beeld. Het EHRM benadrukt enerzijds het belang van (het onderhavige deel van) het politieonderzoek in relatie tot de eis van een *fair trial*. Daaruit vloeit voort dat vaststaat dat een aangehouden verdachte in een vroeg stadium vrijelijk moet kunnen overleggen met zijn raadsman. Maar anderzijds heeft het hof nooit expliciet beslist dat het recht op rechtsbijstand in art. 6(3)(c) EVRM ook het recht op bijstand gedurende het politieverhoor omvat. In enkele beslissingen is wel die indruk gewekt<sup>125</sup>, in andere zaken is duidelijk gemaakt dat zodanige bijstand een belangrijke waarborg vormt tegen inbreuken op het zwijgrecht van de verdachte<sup>126</sup>, maar van een principieel bevestigende uitspraak op dit punt is nadrukkelijk afgezien, hetgeen des te opmerkelijker is omdat zulks in een aantal gevallen voor de hand had gelegen.<sup>127</sup> Het beeld dat uit deze jurisprudentie naar voren komt wordt verder vertroebeld door het weinig scherpe taalgebruik van het Europese hof. De termen 'detention' en 'interrogation' worden niet systematisch uit elkaar gehouden, waardoor het des te moeilijker is om dwingende conclusies te trekken omtrent de vraag die ons hier bezig houdt.

Een geheel ander beeld komt naar voren uit de oordelen van het Europees Comité ter Voorkoming van Marteling en Onmenselijke of Vernederende Behandeling of Bestrafing (CVM).<sup>128</sup> Het comité produceert rapporten met aanbevelingen omtrent de verbetering van de bescherming van personen die van hun vrijheid zijn beroofd tegen marteling of onmenselijke dan wel vernederende behandeling. Ter voorbereiding van die rapporten worden regelmatig werkbezoeken afgelegd aan de betrokken landen. Uit de rapporten blijkt dat het comité van oordeel is dat uit art. 3 EVRM een recht op rechtsbijstand voortvloeit vanaf de aanvang van de vrijheidsbeneming door de politie. Dit recht omvat volgens het comité zowel de mogelijkheid van vrij verkeer met een raadsman alsook een aanspraak voor de verdachte dat zijn raadsman de politieverhoren mag bijwonen. De achtergrond van deze visie is dat alleen op deze wijze een fundamentele garantie kan worden

124 *De toelating van de raadsman tot het politieke verdachtenverhoor. Een status questionis op de drempel van de eenentwintigste eeuw* (C.J.C.F. Fijnaut).

125 EHRM 24 november 1993, *Publ. ECHR, Series A* Vol. 275 (*Imbrioscia v. Switserland*).

126 EHRM 2 mei 2000, nr. 35718/97 (*Condron v. United Kingdom*).

127 EHRM 8 februari 1996, *NJ* 1996, 725 m.n. Kn (*John Murray v. United Kingdom*); EHRM 28 juli 1999, nr. 25803/94 (*Selmouni v. France*).

128 Dit comité berust op het *Europees Verdrag ter Voorkoming van Marteling en Onmenselijke of Vernederende Behandeling of Bestrafing* uit 1987, als uitvloeisel van art. 3 EVRM.

geboden tegen marteling en andere vormen van mishandeling tijdens het verhoor.<sup>129</sup> De raadsman wordt in deze benadering dus primair gezien als een bescherming tegen extreme fysieke intimidatie van de verdachte. Dan ligt het ook voor de hand om slechts enkele uitzonderingen op het aanwezigheidsrecht te erkennen. Volgens het comité is dat alleen gerechtvaardigd als spoedheidshalve alvast wordt begonnen met het verhoor voordat de raadsman is gearriveerd en als de toegang tot een bepaalde advocaat wordt uitgesteld uit vrees voor misbruik van het aanwezigheidsrecht. Daarnaast wordt toelaatbaar geacht om een raadsman te verwijderen die het verhoor onoirbaar frustreert. In beide laatstgenoemde gevallen moet zo snel mogelijk naar een vervanger worden omgezien. Uit de rapporten blijkt voorts dat het comité ook pleit voor flankerende maatregelen als de audiovisuele registratie van verhoren en het implementeren van gedragscodes voor verhoorsituaties, maar dergelijke complementaire voorzieningen kunnen nooit in de plaats komen van het recht van de verdediging om de verhoren te laten bijwonen door de raadsman.

Het standpunt van het comité is niet onweersproken gebleven. Diverse staten die onder de door het comité gestelde norm blijven, hebben gemotiveerd aangegeven waarom zij menen dat in de rapporten een verkeerde maatstaf wordt aangelegd. Daarbij zijn onder andere argumenten ingebracht die wijzen op organisatorische problemen ten aanzien van een ongeclausuleerd aanwezigheidsrecht, het risico dat de waarheidsvinding in het gedrang komt, het gevaar van misbruik, en de mogelijkheid van onnodige vertraging van het politieonderzoek. Opmerkelijk is dat deze bezwaren door het comité nooit inhoudelijk zijn besproken, laat staan weerlegd. Mede als gevolg hiervan hebben de rapporten van het CVM wel geleid tot een inventarisatie van relevante gezichtspunten, maar niet tot een vruchtbaar debat omtrent de relatieve bijdrage van verschillende in aanmerking komende mogelijkheden om het gebruik van geweld in verhoorsituaties uit te sluiten.

Wanneer de blik wordt gericht op de ons omringende landen, valt op dat alleen in Engeland en Wales het onderhavige aanwezigheidsrecht bestaat. En ook alleen in deze rechtsorde wordt het politionele verdachtenverhoor elektronisch (dat wil zeggen: audiovisueel) geregistreerd. Wat betreft het - minder verstrekkende - recht op vrij verkeer tussen verdachte en raadsman lopen de voorschriften in de verschillende landen ver uiteen. In België en Frankrijk verloopt het meeste tijd tussen aanhouding en het eerste contact met de raadsman: bijna een etmaal. Nederland volgt naar geldend recht met 6 resp. 15 uur. In Duitsland heeft de verdachte in beginsel direct aanspraak op contact met zijn raadsman. Dit kan er onder omstandigheden toe leiden dat het politieverhoor wordt opgeschort of

129 De benadering van het comité valt goed te begrijpen indien men in de rapporten leest welke excessieve vormen van geweld tijdens verhoren plegen te worden aangewend in sommige verdragsstaten, ook in landen waarvan men dat op het eerste gezicht niet zou verwachten.

onderbroken. In het Verenigd Koninkrijk bestaat er in principe steeds direct recht op vrij verkeer met de raadsman. Opgemerkt moet worden dat de desbetreffende voorschriften deel uitmaken van een zeer uitvoerige regeling omtrent het politieverhoor.

Vanuit deze basisgegevens komen wij tot de volgende afweging voor de Nederlandse situatie. Naar ons oordeel moet worden onderscheiden tussen het vrij verkeer tussen verdachte en raadsman enerzijds en het recht om de raadsman het politionele verdachtenverhoor te laten bijwonen anderzijds. Het recht op vrij verkeer strekt er toe de verdachte informatie te verschaffen omtrent zijn (rechts-)positie en hem bijstand te verlenen. Die informatie kan de verdachte nodig hebben om weloverwogen een proceshouding te kiezen in de eerste - maar vaak doorslaggevende - fase van het geding. Het past in onze uitgangspunten omtrent de positie van de verdachte en zijn verdediging<sup>130</sup> om een consultatiemogelijkheid te openen voorafgaand aan het politieverhoor. Anderzijds volgt uit de eerdergenoemde uitgangspunten dat de op waarheidsvinding gerichte functie van het verhoor moet worden behouden. Daarmee zou nog wel verenigbaar zijn de passieve aanwezigheid van een raadsman die zich tot luisteren beperkt, maar niet een raadsman in de rol van medespeler in de verhoorsituatie. De conclusie is dan dat aan zo'n passieve tegenwoordigheid van de raadsman geen inhoudelijke meerwaarde toekomt boven andere vormen van controle op een correct verloop van het verhoor.

Het CVM heeft zijn rapporten vooral opgesteld vanuit het oogmerk om marteling en andere vormen van fysieke mishandeling uit te sluiten, hetgeen ook past bij de achtergrond van art. 3 EVRM. Als het gaat om de normering van de Nederlandse rechtspraktijk, moet evenwel worden vastgesteld dat het uitsluiten van *psychologische pressie* een meer acute zorg oplevert dan het tegengaan van grof fysiek geweld.<sup>131</sup> Het zijn in onze rechtscultuur bij uitstek de meer of minder subtiele vormen van psychologische manipulatie of intimidatie die de verklaaringsvrijheid van de verdachte materieel onder druk kunnen zetten. Daarom is het van zo groot belang dat de hoge raad de zogenoemde 'Zaanse verhoormethode' van de hand heeft gewezen.<sup>132</sup> Het opvoeren van de druk op de verdachte door zeer langdurige ondervraging, gekoppeld aan middelen als het voorhouden van een papier met de namen van de kinderen van de verdachte, het voortdurend confronteren met foto's van het overleden slachtoffer, laat staan het liegen en dreigen door politiemensen omtrent niet-bestaande verdenkingen of het tegen elkaar

130 Zie de kernprofielen van de verdachte en de raadsman in het eerste interimrapport, p. 33 e.v.

131 In het zevende deelrapport (paragraaf 3.6) wordt dan ook niet zonder reden bevestigd dat in de onderscheiden landen de kwestie van de toelating van de raadsliden tot het politieel verdachtenverhoor een heel verschillende politieke lading heeft.

132 HR 13 mei 1997, NJ 1998, 152 m.n. Sch.

uitspelen van verdachte en zijn raadsman, is absoluut onverenigbaar met de grondbeginselen van onze strafvordering.<sup>133</sup> Het zijn vooral deze en dergelijke vormen van ondermijning van de verklaringsvrijheid van de verdachte die moeten worden uitgesloten door een deugdelijke normering van de verhoorsituatie. Enige drang is inherent aan de ondervraging, maar dwang moet worden uitgesloten. Het is de verantwoordelijkheid van de wetgever om te voorkomen dat de morele identiteit van de verhorende ambtenaar in Nederland kan eroderen met een beroep op het belang van de oplossing van vaak ernstige delicten.<sup>134</sup>

Tegen deze achtergrond kan worden vastgesteld dat de audiovisuele registratie van politieverhoren een *beter* instrument is voor de controle op de rechtmatigheid van de ondervraging dan de aanwezigheid van de raadsman. Het elektronisch vastleggen<sup>135</sup> biedt bijvoorbeeld ook derden (de officier van justitie, de rechter) de mogelijkheid een oordeel te vellen omtrent de gebezigde verhoormethoden. In combinatie met het hiervoor reeds genoemde consultatierecht voorafgaand aan het verhoor zien wij hierin een hechte kern van de normering van het politieel verdachtenverhoor in een eventueel nieuw Wetboek van strafvordering.<sup>136</sup> Die kern kan wat ons betreft nog worden aangevuld met een buiten het Wetboek van strafvordering omschreven gedragscode, een constructie waarmee ook in het buitenland goede ervaringen zijn opgedaan. Deze oplossing sluit ook aan bij de in het eerste interimrapport ontwikkelde inzichten omtrent het onderzoek ter terechtzitting. De beschikbaarheid van videobeelden van het politieverhoor kan een eind maken aan de thans veelvuldig voorkomende onbevredigende situatie die ontstaat wanneer de verdediging stelt dat de verdachte bij de ondervraging onredelijk onder druk is gezet. Ten eerste leidt zo'n verweer niet zelden tot schorsingen teneinde de verbaliserende ambtenaar als getuige op te roepen, hetgeen aanmerkelijke vertragingen tot gevolg heeft. Maar vervolgens blijft vaak ook na het horen van die getuige een onduidelijk beeld van de situatie bestaan als gevolg van een verschil in perceptie van het voorgevallene door de verschillende betrokkenen. De Engelse ervaring leert dat elektronische registratie in dit opzicht grote procesrechtelijke voordelen biedt. De politie zal zich bij de bejegening van de verdachte bewust zijn van de meelopende camera - hetgeen normconform gedrag

133 HR 22 september 1998, *NJ* 1999, 104 m.n. JdH. Zie ook T.M. Schalken & K. Rozemond, 'Nieuwe opsporingsmethoden: dient elke onrechtmatigheid te worden gesanctioneerd?', *NJB* 1997, p. 1365-1371.

134 Zie de noot van Buruma onder HR 9 mei 2000, *NJ* 2000, 521.

135 Uiteraard op een wijze die volledig inzicht biedt in het verloop van zaken: dus onder andere met een meelopende tijdaanduiding in beeld om onzichtbare hiaten te voorkomen.

136 In paragraaf 3.1 hierboven zijn de voornaamste argumenten tegen het verdergaande middel van de verplichte bijwoning van het verhoor door de raadsman al geresumeerd. Voor de uitwerking zie het meergenoemde deelrapport 7 van Fijnaut.

in de hand werkt - en bij latere bezwaren van de verdediging heeft de rechter een objectief aanknopingspunt voor een eigen beoordeling van de situatie.

## 5 Implicaties voor het vervolgonderzoek

De uitgangspunten die gedurende de eerste twee onderzoeksjaren zijn ontwikkeld en de concrete voorstellen die daaraan zijn verbonden hebben uiteraard consequenties voor de invulling van het restant van het project. Ten aanzien van de eerstvolgende fase van het onderzoek kunnen twee hoofdgroepen worden onderscheiden.<sup>137</sup> Ten eerste de verdere uitwerking van de basisideeën omtrent de inrichting van het vooronderzoek. En daarnaast het systematisch doordenken van de implicaties van de achtergrond en de vormgeving van het onderzoek ter terechtzitting in eerste aanleg voor de meest wenselijke regeling van de rechtsmiddelen.

Voorzover het gaat om een nadere beschouwing omtrent bijzondere onderwerpen binnen het voorbereidend onderzoek, komen de volgende thema's aan de orde:

- a. Het systeem van dwangmiddelen. In de onderhavige studie zijn algemene gezichtspunten ontworpen omtrent de aard en de intensiteit van het wetgevende programma. Die inzichten moeten in het derde projectjaar worden vertaald naar een concrete structuur van een nieuwe regeling van de dwangmiddelen. Een onderdeel daarvan waar apart de aandacht op moet worden gevestigd is de zogenaamde bestuurlijke ophouding. Deze vorm van vrijheidsbeneming (zie thans de art. 154a en 176a Gemeentewet) moet op een evenwichtige manier in verband worden gebracht met de hoofdlijnen van onze beschouwingen omtrent het strafvorderlijke voorarrest, tegen de achtergrond van de in deze studie ontwikkelde zienswijze op de verhouding tussen strafrecht en bestuursrecht.<sup>138</sup> Een ander thema dat in het verlengde van de dwangmiddelen moet worden belicht betreft de schadecompensatie.<sup>139</sup> Op welke wijze moet worden omgesprongen met schade die de verdachte of derden lijden als gevolg van het rechtmatig of onrechtmatig toepassen van dwangmiddelen en andere opsporingshandelingen? Uiteraard moet daarbij vooral de bruikbaarheid van het model van de bestuurscompensatie in de Awb worden onderzocht.

137 Met dien verstande dat in het derde onderzoeksjaar tevens een verdere uitwerking zal plaatshebben van de afdoening buiten geding (soort feiten, op te leggen sancties, relatie met andere afdoeningsmodaliteiten, vervangende hechtenis, etc.). Zie paragraaf 1.1 hierboven.

138 Zie hieromtrent het recente proefschrift van M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging. Openbare orde handhaving en de persoonlijke vrijheid* (diss.), Utrecht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

139 Dit onderwerp zal in het vierde projectjaar ten gronde worden bestudeerd.

- b. De positie van getuigen en van slachtoffers. In het eerste interimrapport is aangegeven dat zowel slachtoffers als andere getuigen een eigen procespositie in het Wetboek van strafvordering moeten krijgen. Voor een belangrijk deel moet dit algemene uitgangspunt nog worden ingevuld. Ten aanzien van de *getuige* moet bijvoorbeeld antwoord worden gevonden op de vraag hoe diens verhoor gedurende het vooronderzoek dient te worden geregeld. Wanneer is een rol voor de rechter-commissaris aangewezen? In welke omstandigheden geldt een spreekplicht en is beëdiging geïndiceerd? Wat is de rol van de verdediging bij het getuigenverhoor in het vooronderzoek? En: in welke gevallen dient het verhoor van getuigen op video te worden opgenomen? De positie van het *slachtoffer* gedurende het vooronderzoek wordt op dit moment grotendeels geregeld in richtlijnen. De vraag is of de desbetreffende voorschriften inhoudelijk aanpassing behoeven en of ze een plaats zouden moeten krijgen in het Wetboek. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat het slachtoffer in onze uitgangspunten een betekenis voor de strafvordering heeft die uitstijgt boven de gereduceerde hoedanigheid van benadeelde partij.
- c. Attributie en mandaat alsmede de rol van particuliere opsporingsdiensten. In de onderhavige studie is de onderlinge verhouding opgehelderd tussen opsporingsambtenaren, de officier van justitie en de rechter gedurende het vooronderzoek. De vraag resteert evenwel in welke situaties bevoegdheden van - vooral - vertegenwoordigers van het openbaar ministerie kunnen worden verschoven naar andere ambtenaren die op het parket werken of naar politiefunctionarissen resp. andere opsporingsdiensten. Dit probleem noopt tot een principiële benadering van de verhouding tussen bevoegdheid en het ambt waaraan die bevoegdheid is verbonden. Een ander resterend punt is de positie van particuliere opsporingsdiensten. Hierboven is kort ingegaan op het verschijnsel van de particuliere opsporing, waaruit duidelijk naar voren is gekomen dat de proliferatie van commerciële activiteiten op dit terrein vraagt om een intensiever beschouwing van de juridische haken en ogen die daaraan zijn verbonden.

De tweede categorie onderwerpen ten aanzien waarvan de consequenties van eerder ingenomen standpunten moeten worden bepaald wordt gevormd door de gewone rechtsmiddelen. Het voert te ver om hier een overzicht te bieden van alle - of zelfs maar de meest in het oog springende - vragen die zich op dit omvangrijke gebied aandienen. We volstaan met één voorbeeld, waarin tot uitdrukking kan worden gebracht dat het in menig opzicht echt gaat om *implicaties* van in de eerste twee projectjaren ontwikkelde ideeën. In het gedifferentieerde drie-sporen-procesrecht wordt met name het eerste spoor, voor de ernstigste strafzaken, in vergelijking met het geldende recht zwaar aangezet. Dat komt onder andere tot uitdrukking

in verschillende nieuwe rechtswaarborgen voor de verdediging, die een optimaal - contradictoir - verloop van het geding bevorderen. Van de verdediging mag dan in beginsel worden verwacht, in het kader van een juiste rolvulling, dat de geboden mogelijkheden daadwerkelijk worden benut. Vanuit dit vertrekpunt zal in het derde projectjaar moeten worden nagegaan in hoeverre het hoger beroep in alle omstandigheden ruimte moet bieden voor een compleet nieuwe en integrale behandeling van de zaak. Het zijn dit type grondslagvragen die in het volgende interimrapport uitvoerig aan de orde moeten komen.

## 6 Reacties op de voorstellen van het eerste projectjaar

### 6.1 Inleiding

Het onderzoeksproject *Strafvordering 2001* is mede bedoeld om het wetenschappelijk debat omtrent de grondslagen van het strafprocesrecht te bevorderen. Een hechte systematische basis voor een eventueel nieuw Wetboek kan moeilijk tot stand worden gebracht zonder intensieve communicatie met schrijvers in de rechtsgeleerde literatuur. In de voorafgaande paragrafen van dit algemeen deel is reeds herhaaldelijk ingegaan op kanttekeningen die door anderen zijn geplaatst bij de eerste resultaten van onze onderzoeksgroep. Wij hebben aandacht besteed aan de rol van empirisch veldonderzoek (in paragraaf 2.2) en aan de relatie tussen onze voorstellen enerzijds en de vigerende rechtspraktijk anderzijds (in paragraaf 2.1). In dat verband zijn we meer in het bijzonder ingegaan op twee kernpunten van kritiek die door Rozemond naar voren zijn gebracht.<sup>140</sup> In de eerste plaats hebben wij geantwoord op diens mening dat onvoldoende aannemelijk zou zijn gemaakt dat een nieuw Wetboek 'noodzakelijk' is (zie paragraaf 2.1). Vervolgens hebben wij uitvoerig stilgestaan bij de opvatting van deze auteur dat het Wetboek van 1926 op essentiële punten breekt met de grondstructuur van het Wetboek van 1838. In de paragrafen 4.2 en 4.3 is toegelicht waarom naar ons oordeel weliswaar over belangrijke verschillen tussen beide wetboeken mag worden gesproken, maar dat er vanuit systematisch oogpunt wel degelijk moet worden geconcludeerd dat de basisbeginselen van het huidige Wetboek onverkort hun oorsprong vinden in de eerste helft van de negentiende eeuw.<sup>141</sup>

140 K. Rozemond, 'Strafvordering 2001: is een nieuw Wetboek van Strafvordering noodzakelijk?', *RM Themis* 2000, p. 212-222.

141 Dit wordt inhoudelijk uitgewerkt in deelrapport 4, 'Vervolgning en rechtsbescherming' (Simmelink & Baaijens-van Geloven) en deelrapport 5, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek' (Harteveld & Stamhuis).

In deze paragraaf bespreken wij de andere reacties op de voorstellen die we in het eerste projectjaar hebben gedaan. Aan de orde komen vooral de reeds genoemde beschouwing van Rozemond alsmede de referaten van Van Dorst, Schalken en Verstraeten tijdens het eerste congres in het kader van het onderhavige onderzoeksproject.<sup>142</sup> Wij houden in de bespreking in principe de volgorde aan van de deelrapporten in het eerste interim-rapport.

Eind 2000 verscheen voorts nog een bundel met interessante publicaties omtrent het legaliteitsbeginsel in strafzaken, waarin ook aanmerkingen zijn gemaakt op de wijze waarop wij de taak van de strafvorderlijke wetgever onder ogen hebben gezien.<sup>143</sup> Het lijkt ons niet opportuun om deze kwestie thans ten gronde te bespreken. In paragraaf 2.2 hebben wij reeds enkele actuele opmerkingen gemaakt omtrent dit thema. Wij stellen ons voor aan het eind van het project - dus in het vierde jaar van het onderzoek - uitvoeriger terug te komen op de betekenis van het legaliteitsbeginsel voor de inrichting van een Wetboek van strafvordering.

## 6.2 Algemene uitgangspunten

Ten aanzien van de algemene uitgangspunten in het project staan wij eerst opnieuw stil bij de maatstaf die moet worden gehanteerd om te bepalen of het wenselijk is systematische grondslagen voor een eventueel nieuw Wetboek van strafvordering te ontwerpen. In paragraaf 2.1 is reeds betoogd dat de kernvraag in dat verband *niet* kan zijn of een nieuw Wetboek 'noodzakelijk' is, waarbij vooral gevaren zou moeten worden op het kompas van de gebleken wensen vanuit de praktijk, de strafrechtadvocatuur, de wetenschap of de politiek.<sup>144</sup> Het gaat ons daarentegen om een set van uitgangspunten die in vergelijking met het geldende recht een hechter systematisch fundament voor een Wetboek kunnen vormen. Dit comparatieve element is belangrijk.<sup>145</sup> Rozemond meldt (p. 215) dat wij niet aannemelijk hebben gemaakt dat de uitgangspunten van 1926 achterhaald zijn. En wij zouden niet wezenlijk afwijken van de uitgangspunten en beginselen van 1914/1926 (p.

142 K. Rozemond, *a.w.*; A.J.A. van Dorst, 'Strafvordering 2001', *D&D* 2000, p. 233-246; T.M. Schalken, 'Naar een open systeem van strafvordering', *D&D* 2000, p. 247-253; en R. Verstraeten, 'Enkele bedenkingen van een buitenstaander bij het eerste interim-rapport "Naar een nieuw Wetboek van Strafvordering"', *D&D* 2000, p. 254-261.

143 P.C. Bogert & T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Rotterdam: Sanders Instituut/Gouda Quint 2000; en in het bijzonder daarin: P.A.M. Mevis, *Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht*, p. 1-35.

144 Zoals gesuggereerd door Rozemond, *a.w.* p. 214-215.

145 Daarom is het ook zinloos om (zoals Rozemond aanbeveelt, p. 214) in een soort luchtledige de vraag op te werpen hoe het draagvlak voor een integrale herziening van strafvordering ligt binnen het departement van justitie. Zo'n draagvlak moet vooral vorm krijgen doordat de resultaten van ons project een aantrekkelijk alternatief blijken te vormen ten opzichte van het bestaande Wetboek.

215, 217). Voor een deel is dit inderdaad het geval. Wij hebben steeds beargumenteerd dat het vigerende Wetboek veel goeds bevat, dat kan worden behouden. Het probleem is evenwel tweërlei. Enerzijds zijn *niet alle* van de door ons uitgewerkte uitgangspunten ook ten grondslag gelegd aan het bestaande stelsel van strafvordering. En voorzover de basiskeuzen wel overeenstemmen, moet anderzijds worden vastgesteld dat die kenmerken - die systeembepalend zouden moeten zijn - in hun positiefrechtelijke uitwerking gaandeweg sterk verwaterd zijn en niet meer als zodanig herkenbaar zijn. Deze twee gegevens vormen in combinatie een toereikende legitimatie om te werken aan een nieuwe, hechte systematische grondslag voor een wettelijke regeling.

Ter illustratie noemen we het voorbeeld van massaal voorkomende delicten. Wij hebben dat verschijnsel aangemerkt als een fenomeen waar de toenmalige wetgever niet op heeft gerekend en waar het Wetboek dus ook niet systematisch op is ingericht. Voor ons is dat één van de belangrijke argumenten om tot aanpassing van de systematische grondslagen over te gaan. Van Dorst (p. 236-237) relativeert deze overweging. Massale criminaliteit bijvoorbeeld zou niet zo nieuw zijn, gelet op de 100.000 'foute' burgers die na de oorlog moesten worden berecht. Ook de voorzieningen in de WED, die voor een deel zijn overgenomen in het commune straf(proces)recht, zouden reeds zijn toegesneden op de snelle en effectieve afdoening van veel voorkomende criminaliteit. Wij stellen daar tegenover dat de uitgangspunten *van het Wetboek* allerminst rekening houden met de gesignaleerde verschijnselen - in 1926 niet en nu nog steeds niet. Het Wetboek kent geen voorzieningen om adequaat te reageren op een verdachte die een grote reeks delicten heeft gepleegd. De transactie is niet in het Wetboek geregeld, het voorwaardelijk sepot is in het geheel niet inhoudelijk genormeerd, en de voor de praktijk zo belangrijke voeging *ad informandum* is een buitenwettelijke rechtsfiguur. Niet zonder reden heeft Franken geconcludeerd dat de benadering van personen die met grote regelmaat strafbare feiten plegen, één van de moeilijkste problemen van het strafrecht vormt.<sup>146</sup> Zo'n probleem dient naar ons oordeel te worden verdisconteerd in de structuur van het Wetboek van Strafvordering. Vandaar het door ons voorgestelde drie sporen-model, met een aparte afdoeningsmodaliteit voor lichtere delicten, die moet uitmonden in een nauwkeurige plaatsbepaling ten opzichte van de huidige transactie, het voorwaardelijk sepot en de voeging *ad informandum*.<sup>147</sup>

146 A.A. Franken, *Voeging ad informandum in strafzaken* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 233.

147 Van Dorst (p. 237) veronderstelt terecht dat zijn pleidooi voor een sterke uitbreiding van de buitengerechtelijke afdoening van strafzaken (A.J.A. van Dorst, 'Een mogelijk recept tegen de kwaal der trage strafrechtspleging', in: J. De Hullu & W.E.C.A. Valkenburg (red.), *Door Straatsburg geïnspireerde grondbnormen voor het Nederlandse strafproces*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, m.n. p. 42-45) in onze onderzoeksgroep niet onopgemerkt is

### 6.3 De verhouding tussen vooronderzoek en eindonderzoek

Een ander kernpunt in de beschouwingen betreft de verhouding tussen het voorbereidend onderzoek en het openbare eindonderzoek in strafzaken. Vooropgesteld kan worden dat alle schrijvers het er over eens zijn dat beide fasen van het strafgeding zorgvuldig op elkaar afgestemd dienen te zijn (zo ook Verstraeten p. 256). De vraag blijft evenwel in welke volgorde de normering het beste aan de orde kan worden gesteld. Wij hebben gekozen voor het onderzoek ter terechtzitting als vertrekpunt. De uitgangspunten en beginselen die in die fase gelden, hebben vervolgens consequenties voor de inrichting van het voorbereidend onderzoek. Schalken (p. 249-251) betwijfelt de juistheid van deze aanpak. Hij suggereert meer aan te sluiten bij de chronologie van het strafproces: eerst de opsporingsfase regelen, dan de fase van de vervolging en pas daarna de eigenlijke berechting. De voordelen van die werkwijze blijven een beetje in het midden. Wel wijst hij op twee concrete tekortkomingen in de door ons gekozen benadering: een fundamenteel standpunt omtrent de toelaatbaarheid van onderhandelingen in het strafrecht ontbreekt, en wij gaan er ten onrechte van uit dat het een voorrecht voor de verdachte is als zijn zaak in het openbaar ten overstaan van een rechter wordt behandeld.

Bij wijze van vooropmerking kan om te beginnen worden vastgesteld dat wij in het vierde en laatste projectjaar nog in extenso terug komen op de onderlinge samenhang tussen de diverse behandelde onderwerpen. De verhouding tussen vooronderzoek en eindonderzoek komt daarbij vanzelfsprekend nogmaals aan bod. Maar belangrijker is dat nu reeds kan worden vastgesteld dat het vooronderzoek - de benaming zegt het al - ergens op voorbereidt: dan moet je in onze visie natuurlijk wel weten *wat* je gedurende die fase aan het voorbereiden bent. Tegen die achtergrond zien wij twee principiële argumenten om de normering van het onderzoek ter zitting als eerste uit te werken. Het eerste betreft de omgang met de zogenoemd *de auditu*-verklaringen<sup>148</sup>; het tweede is gelegen in de verantwoordingsstructuur binnen het strafgeding. Natuurlijk: het vooronderzoek dient op een adequate wijze de rechtspositie van alle betrokkenen af te bakenen. Maar aan deze eis wordt alleen voldaan - zie paragraaf 4.2 hierboven en deelrapport 4 hieronder - indien er sprake is van een toereikende regelgeving *en* een goede toezichtstructuur (met flankerende eisen als transparantie en inwendige openbaarheid). Rechtmatigheid en legitimiteit van overheidsoptreden in de voorbereidende fasen van het geding moeten kunnen worden getoetst, en wat dat betreft zal de rechter ter zitting in het door ons gekozen stelsel uiteindelijk per definitie het laatste woord moeten

gebleven. In het nog komende deelrapport omtrent de verdere uitwerking van het 'derde spoor' zal daarop nader worden ingegaan.

148 Daarover aanstonds meer in de hoofdttekst.

hebben. Wij sluiten aan bij de reductie van de betekenis van het voorschrift van art. 256 Sv en bij de moderne benadering van onregelmatigheden in het vooronderzoek waarvan het grondpatroon is neergelegd in art. 359a Sv. In feite ligt het doorslaggevende argument voor de door ons geprefereerde volgorde besloten in een van de slotopmerkingen van Schalken zelf (p. 253): 'Het hele strafproces is een geritualiseerde dialoog over de eerlijkheid van de procesvoering in nauwe relatie tot de controle op de betrouwbaarheid van het bewijs'. Die dialoog omvat het verloop van de aan de zitting voorafgaande stadia van het geding. Aldus beschouwd vormt het tableau van de in art. 359a Sv weergegeven sancties op onregelmatigheden het processuele kader waarin gestalte wordt gegeven aan de verplichting van de overheid om rekenschap af te leggen over de wijze waarop de autoriteiten gedurende het vooronderzoek zijn opgetreden.

Hadden wij méér moeten zeggen over de mogelijkheid van onderhandelingen tussen verdediging en politie en justitie? Misschien wel. Inderdaad ontbreekt een abstracte beschouwing omtrent de principiële grenzen die op dat punt moeten worden gesteld. Anderzijds kan deze kwestie vruchtbaar aan de orde worden gesteld in de door ons gekozen volgorde van onderwerpen. Voorzover onderhandelingen plaatshebben in de zware strafzaken, bieden onze uiteenzettingen omtrent het dialoogkarakter van het geding en de nadruk op de processuele strategie van de procesdeelnemers aanknopingspunten om al dan niet geslaagde onderhandelingen aan het oordeel van de rechter te onderwerpen. Daarbij zijn al enkele duidelijke grenzen gesteld. Enerzijds vloeit uit onze doelomschrijving van het strafproces in termen van materiële waarheidsvinding reeds een belangrijke beperking van de onderhandelingsruimte voort. Anderzijds is dit ook het geval op grond van de in het eerste interimrapport ontwikkelde *kernprofielen* van de deelnemers aan het geding.<sup>149</sup> En waar het 'derde spoor' in beeld komt, zal bij de uitwerking van de desbetreffende procedures nog ruim aandacht worden besteed aan de grenzen van de zogeheten consensuele afdoening.

Ten aanzien van het andere punt van kritiek moet worden toegegeven dat ons rapport inderdaad de indruk wekt dat het onverkort gunstig voor een verdachte is om bij een rechter terecht te staan. Schalken wijst terecht op de nadelen die in het mediatijdperk voor een verdachte verbonden kunnen zijn aan een openbare behandeling van de zaak.<sup>150</sup> Dit neemt niet weg dat uit een oogpunt van kwaliteit van de procedure - de rechtsbescherming voor het individu daar nadrukkelijk onder begrepen - de contradictoire behandeling ten overstaan van een rechter onmiskenbaar superieur is aan andere afdoeningsmodaliteiten. De ongewenste neveneffecten

149 Zie ook paragraaf 6.4 hieronder.

150 Waar wij dit facet onderbelicht hebben gelaten, wordt het wellicht overbelicht - of sterk uitvergroot - in de benadering van P.J. Baauw, *Eerlijke berechting en bijzonder straf(proces)-recht*, (oratie Utrecht) Deventer: Gouda Quint 1999.

van intensieve media-aandacht mogen niet worden genegeerd<sup>151</sup>, maar kunnen daaraan vanuit een principieel juridisch oogpunt geen afbreuk doen.

Wat ons betreft de belangrijkste kwestie in verband met de relatie tussen het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting is gelegen in de waardering van de *de auditu*-jurisprudentie. In ons eerste interimrapport hebben we geschreven dat de structuur van de wettelijke regeling van 1926 in feite sterk was geënt op het Wetboek van 1838, dat op zijn beurt in velerlei opzichten een getrouwe kopie was van de daarvoor geldende Code d'Instruction Criminelle met het daarvan deel uitmakende jury-proces. Dit is vooral ook zichtbaar in de regelingen omtrent het onmiddellijkheidsbeginsel. Wij stellen vast dat het *de auditu*-arrest vooral vanuit het gezichtspunt van dit beginsel verstrekkende systematische gevolgen voor de strafvordering heeft gehad. In praktisch opzicht, zo noteerden wij vorig jaar, verschoof het zwaartepunt van de strafrechtelijke procedure hierdoor naar het vooronderzoek.

Deze visie is weinig verrassend en sluit aan bij de heersende leer. Niettemin meent Rozemond dat onze beschouwing op dit punt tekort schiet. Hij zet zwaar aan: 'De projectleiders van Strafvordering 2001 gaan voorbij aan de wetshistorische, grammaticale en systematische argumenten voor een wettelijke basis van schriftelijk vastgelegde getuigenverklaringen uit het vooronderzoek als bewijsmiddel.'<sup>152</sup> De beschouwing van Rozemond ter staving van dit oordeel is uitvoerig. In de kern genomen is zijn stelling dat het *de auditu*-arrest helemaal geen fundamentele systeembreuk heeft opgeleverd en dus niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor de daarna gevolgde stijl van procederen. Het arrest is volgens deze auteur niet meer dan de toepassing van het beginsel van materiële waarheidsvinding en de vrije bewijsleer zoals die reeds besloten lagen in de memorie van toelichting van 1914 (p. 217). Zowel de tekst als het systeem van art. 344 Sv bevatten aanknopingspunten voor de toelating van schriftelijk vastgelegde verklaringen uit het vooronderzoek als bewijsmiddel (ibidem).<sup>153</sup>

De literatuur omtrent het *de auditu*-arrest is overvloedig en vrij goed bekend. Het heeft daarom geen zin hier een algemeen overzicht te presenteren van de diverse standpunten die hieromtrent zijn ingenomen. Wij concentreren ons op enkele hoofdlijnen. Daartoe laten wij eerst Pompe aan het woord: 'Het arrest is in zoverre naar de geest van ons strafrecht en strafprocesrecht, als hierbij de vrijheid van de strafrechter in hoge mate is verruimd. De vrijheid voor de rechter lijkt mij

151 Zie A. Ellian & I.M. Koopmans (red.), *Media en strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001.

152 A.w., p. 219. Zie ook Klaas Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Gouda Quint 1998, m.n. p. 111-126; en Klaas Rozemond, 'De mythe van het de auditu-bewijs', *Ars Aequi* 1999, p. 144-150.

153 Zie ook p. 218: 'Uit de bewijsrechtelijke bepalingen van het Wetboek van Strafvordering kan echter niet worden afgeleid dat processen-verbaal van getuigenverhoren uit het vooronderzoek als bewijsmiddelen zijn uitgesloten.'

principiële van waarde en praktisch onvermijdelijk. Het is de rechter die uiteindelijk bepaalt wat de betekenis van de wet is die hij moet toepassen. Wel blijft het een vraag of de rechter tegen de duidelijke tekst en onmiskenbare bedoeling van de wet mag ingaan. In het kader van het onderwerp dat ik thans behandel lijkt er mij een ernstig gevaar aanwezig dat langs de weg van het voorafgaande bestuderen der stukken de door de wet gestelde en bedoelde beslissende betekenis van het onderzoek ter terechtzitting verloren gaat ten bate van het voorbereidend onderzoek'.<sup>154</sup> Het is van belang dat ook in dit citaat vooropgesteld wordt dat het arrest niet in alle opzichten afwijkt van tekst en systeem van het Wetboek. Het sluit, zoals Pompe terecht signaleert, onder andere aan op de ruime mate van rechterlijke vrijheid die in het Wetboek besloten ligt in relatie tot de bewijsbeslissing. Dit spoort ook goed met de constatering van Rozemond dat schriftelijk vastgelegde verklaringen uit het vooronderzoek niet categorisch door de wetgever van de hand zijn geweest als kenbron met bewijsbestemming. Art. 344 lid 1 Sv laat daartoe ruimte - daar kan geen misverstand over bestaan. Maar daarmee is allerminst gezegd dat het toelaten van verklaringen van horen zeggen op de wijze die in de *de auditu*-jurisprudentie is gebillijkt ook strookt met het stelsel van strafvordering dat de wetgever voor ogen stond. Pompe meent van niet, en hij legt uit waarom. In modernere studies omtrent het onmiddellijkheidsbeginsel is deze zienswijze - in het licht van de ervaringen die in de afgelopen driekwart eeuw zijn opgedaan - herhaaldelijk bevestigd. Garé concludeert bijvoorbeeld: 'Geheel in strijd met de bedoeling van de wetgever heeft het 'De auditu arrest' de deur open gezet voor een strafproces dat (...) in vergaande mate wordt gekarakteriseerd door zijn schriftelijk karakter.'<sup>155</sup> Voor de wetgever van 1926 waren de schriftelijke stukken als bedoeld in art. 344 lid 1 sub 5 Sv hooguit een *aanvullende* bron van informatie; door de onderhavige jurisprudentie is het in de doorsnee strafzaak veeleer een *primaire* kenbron geworden, die alleen in bijzondere gevallen nog aanleiding geeft tot het mondeling horen van getuigen en deskundigen ter zitting. Als de kwestie vanuit die optiek nader wordt beschouwd, blijkt dat tegenover de door Rozemond geponeerde exegese van art. 344 lid 1 sub 5 Sv een veel groter aantal systeembepalende vindplaatsen kan worden vermeld die aanzienlijk moeilijker verenigbaar zijn met de stijl van procederen die onder invloed van het *de auditu*-arrest gangbaar is geworden. De inventarisatie die Nijboer in 1982 maakte is op onderdelen weliswaar gedateerd, maar biedt in essentie nog steeds een goed

154 W.P.J. Pompe, 'Vooronderzoek of eindonderzoek beslissend?', in: *Vijf opstellen van Willem Pompe*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, z.j., p. 61.

155 Dorotheé Garé, *Het onmiddellijkheidsbeginsel in het Nederlandse strafproces* (diss. Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 102.

beeld van waar het om gaat.<sup>156</sup> Het verschil dat naar geldend recht nog steeds bestaat tussen de eisen die aan een 'overbrengende verklaring' worden gesteld in vergelijking met de 'overgebrachte verklaring' heeft geleid tot een uitholling van allerlei waarborgen omtrent de controleerbaarheid en de herkomst van bepaalde gegevens. Ten eerste kan worden gewezen - wij noemen slechts enkele voorbeelden - op het vereiste van de beëdiging van informanten die ter zitting worden gehoord. Daarnaast kan de verklaring van iemand die een beroep zou kunnen doen op een verschoningsrecht, *de auditu* een geldige kenbron voor de rechter zijn. Verklaringen van getuigen kunnen voorts langs schriftelijke weg worden ingebracht in de eindfase van het geding, ook als ze later door de betrokkene zijn ingetrokken. Via een derde kunnen bovendien verklaringen worden ingebracht van een getuige ex art. 216 lid 2 Sv, zonder dat acht wordt geslagen op de beschermende voorziening van art. 360 lid 1 Sv. Deze situaties maken duidelijk dat het fenomeen van de 'verklaring van horen zeggen' allerlei kwaliteitsbepalende voorzieningen in het Wetboek doorkruist. De omstandigheid dat de hoge raad in latere jaren wel degelijk ook eisen is gaan stellen aan de 'overgebrachte verklaring'<sup>157</sup> doet daaraan slechts zeer ten dele af. Tegen deze achtergrond komen wij tot een tweeledige slotsom naar aanleiding van de kritiek van Rozemond. Ten eerste menen wij dat Rozemond de *de auditu*-rechtspraak te zeer exclusief beschouwt als een vraagstuk van bewijsrecht. Zijn opmerkingen naar aanleiding van de memorie van toelichting van 1914 - en met name ook zijn 'vondst' dat de wetgever ook op schrift gestelde getuigenverklaringen uit het vooronderzoek als bewijsmiddel accepteert - gaat langs datgene heen wat voor ons de kern van de zaak is. Wij hebben willen benadrukken dat *de auditu*-verklaringen vooral van belang zijn gebleken in de *combinatie* van bewijsrecht enerzijds en de inrichting van zittingsvoorschriften en de normering van het vooronderzoek anderzijds. Vanuit *dit* perspectief is de omgang met 'verklaringen van horen zeggen' zoals die in de rechtspraak gangbaar is geworden wel degelijk een werkwijze die het door de wetgever beoogde systeem grondig heeft verstoord. Men hoeft het Wetboek van 1926 maar gewoon letterlijk te lezen, en dan doemt een beeld van de procesvoering op dat radicaal afwijkt van de stijl van procederen die in de praktijk van de afgelopen driekwart eeuw is gegroeid. Daarmee is overigens niet gezegd - en nu komen we aan onze tweede slotsom op dit punt - dat wij de *de auditu*-jurisprudentie inhoudelijk over de hele linie van de hand wijzen. Integendeel. In bepaalde zaken, denk aan situaties waarin

156 J.F. Nijboer, *Algemene grondslagen van de bewijsbeslissing in het Nederlandse strafprocesrecht* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1982, aant 18 op art. 338. Zie ook J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, 2e druk Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995, m.n. p. 105 e.v.

157 Zie J.F. Nijboer, 'Een nieuwe restrictie op het gebruik van het testimonium de auditu in strafzaken', *NJB* 1985, p. 631-633; en G.J.M. Corstens, 'Van Cri de justice naar anonieme getuigenverklaring: 75 jaar de-auditu-jurisprudentie', in: *NJ 1913-1988. Annotatoren kijken terug*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 34-44.

de bewijsbaarheid van het ten laste gelegde feit tamelijk onproblematisch is, bijvoorbeeld omdat de verdachte het gemaakte verwijt erkent, zien ook wij belangrijke voordelen in de gegroeide werkwijze. Maar waar wij aandacht voor hebben gevraagd, is dat de systematische grondslagen van het Wetboek voor die situaties integraal dienen te worden aangepast aan een algemeen als adequaat ervaren praktijk. Concreet betekent dit dat de bewijsrechtelijke voorschriften omtrent toelaatbare kenbronnen niet los mogen worden gezien van de normering van het (voorbereidend) onderzoek waarin die informatie wordt achterhaald. Dat is de achtergrond van ons standpunt dat de *de auditu*-jurisprudentie de systematische grondslag van het bestaande stelsel heeft ontwricht. En dat vormt tevens de basis van onze uitgangspunten en voorstellen omtrent het onderzoek ter terechtzitting - in het onderhavige rapport aangevuld met daaraan aangepaste voorzieningen in het voorbereidend onderzoek - die een heldere systematiek, met ruimte voor differentiaties afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, moeten herstellen.

#### 6.4 Object en regie van het eindonderzoek

In de commentaren op het eerste interim-rapport heeft niemand betwist dat het in een strafzaak moet gaan om het achterhalen van de materiële waarheid. Een veroordeling is uiteraard alleen mogelijk indien met een toereikende mate van zekerheid kan worden vastgesteld dat de verdachte daadwerkelijk de strafwet heeft overtreden. Dat ligt voor de hand. Van Dorst signaleert evenwel dat in veel strafzaken het zwaartepunt niet zozeer gelegen is in een beoordeling van het gedrag van de verdachte, maar dat de behandeling vooral gaat over de vraag naar de rechtmatigheid van het optreden van politie en justitie (p. 249). Hij verbindt daaraan de suggestie om nog eens na te denken over de mogelijkheid om de behandeling van dergelijke verweren los te koppelen van de eigenlijke berechting.

Ook wij zijn van oordeel dat de openbare terechtzitting primair in het teken behoort te staan van een beoordeling van het gedrag van de verdachte en niet het beeld zou moeten wekken van een proces tegen de overheid. Dit uitgangspunt kan vervolgens met zich meebrengen dat er ten aanzien van 'rechtmatigheidsgetuigen' - in de praktijk, maar niet in het wettelijk systeem - een iets ander regiem wordt gehanteerd dan bij 'bewijsgetuigen'.<sup>158</sup> Zij zouden bijvoorbeeld in beginsel vaker kunnen worden gehoord door een rechter-commissaris. Vervolgens zou in een regie-zitting vooral voor deze getuigen overleg kunnen worden gevoerd omtrent de reële meerwaarde die nog kan worden geboekt door hen opnieuw ter zitting aan de tand te voelen. Maar verder zouden wij niet willen gaan. Vanuit de gedachte

158 In die zin ook Y. Buruma, 'De rechtmatigheidsgetuige', *D&D* 2000, p. 859-874.

dat de agenda van het geding in verstrekkende mate dient te worden bepaald door datgene wat partijen in concreto verdeeld houdt, moet het mogelijk zijn de rechtsstrijd ook in de beslissende fase te concentreren op vermeende onregelmatigheden in opsporing en vervolging. Nu het in een strafproces niet alleen gaat om de vraag of een verdachte 'het' gedaan heeft, maar wel degelijk ook om de vraag of met juridisch betamelijke middelen kan worden vastgesteld of zulks het geval is, kan het laatstbedoelde type vragen niet categorisch aan het *objectum litis* worden onttrokken. De finale beslissing omtrent dit thema kan - mede in het licht van art. 359a Sv - niet volledig worden losgeweekt van een zorgvuldige besluitvorming omtrent de vragen van art. 348 en 350 Sv. Ook hier behoudt de zittingsrechter een eindverantwoordelijkheid in de sleutel van een eerlijke procesvoering, zij het dat die verantwoordelijkheid ten aanzien van de organisatie van de toetsing nader kan worden ingevuld in nauw overleg met de verdediging en de vervolgende instantie.

De regiezitting in strafzaken - waar overigens in de tijd rond het verschijnen van het eerste interim-rapport in de praktijk reeds belangrijke vorderingen mee worden gemaakt op een informele basis - is nauw verbonden met het dialoogkarakter van het strafproces en, in het verlengde daarvan, met het idee dat de inzet van het geding vooral moet worden bepaald door de punten waarop de betrokkenen van mening verschillen. Meer in het algemeen zou in het stelsel dat ons voor ogen staat sterker dan voorheen belang moeten worden toegekend aan de proceshouding die de verdachte aanneemt.<sup>159</sup> De vraag is natuurlijk waar dan de grenzen liggen. Van Dorst (p. 242) werpt in dit verband twee kwesties op, waarover in het interimrapport niet expliciet standpunt wordt ingenomen: 'Wat moet de rechter doen

- a. als partijen geen beroep hebben gedaan op of, wat ik wel eens heb meegemaakt, zelfs uitdrukkelijk afstand hebben gedaan van een rechtsregel die van openbare orde is en dus ambtshalve moet worden toegepast (bijvoorbeeld de soms vereiste klacht, de voorgeschreven termijnen, de verjaring of de evidente onrechtmatigheid van de bewijsgaring), en
- b. wanneer de verdachte verstek laat gaan? Mag in dit laatste geval, aangenomen dat aan alle eisen voor veroordeling is voldaan, de civielrechtelijke verstekformule worden gebruikt dat de vordering niet onrechtmatig noch ongegrond voorkomt?'

De vruchtbaarheid van onze algemene uitgangspunten moet vooral ook blijken in de confrontatie met vragen die in ons rapport niet expliciet aan de orde zijn

159 Wij stellen vast dat de gedachte van een regiezitting en het principe dat veel belang moet worden gehecht aan de opstelling van de partijen in het proces, instemming vinden vanuit de Belgische ervaringen; zie Verstraeten p. 255 en 257.

gekomen. De door Van Dorst opgeworpen kwesties bieden wat dat betreft een mooie toetssteen. Wij denken dat de genoemde vragen inderdaad gemotiveerd kunnen worden beantwoord vanuit de algemene systeembepalende keuzen die in dit onderzoeksproject centraal zijn gesteld. Het uitgangspunt van een groter accent op de interactie tussen de procesdeelnemers en de nadruk op het contradictoire karakter van het geding is in het eerste interimrapport uitgewerkt in zogenoemde kernprofielen. Die hebben onder andere de functie om de handelingsruimte van de verschillende actoren nader te omlijnen - en de grenzen daarvan aan te geven. Uit het kernprofiel van de rechter ter terechtzitting vloeit het antwoord voort op de omgang met rechtsregels die - in de termen van Van Dorst - van openbare orde zijn. De rechter is en blijft verantwoordelijk voor een compleet en zorgvuldig onderzoek ter terechtzitting. Dit onderzoek heeft betrekking op alle voorwaarden die moeten worden vervuld om tot strafbaarheid van de verdachte te kunnen besluiten. Voorschriften omtrent verjaring en klachten, die het vervolgingsrecht van het openbaar ministerie rechtstreeks raken, vallen daar onmiskenbaar onder. Hetzelfde geldt voor de bedoelde evidente onrechtmatigheden in de bewijsgaring, die in ons stelsel tot gevolg hebben dat de daarmee verkregen onderzoeksresultaten van een bewijsbestemming moeten worden uitgesloten. In al deze gevallen zal de rechter eigener beweging met dergelijke impedimenten rekening moeten houden. Omstandigheden die naar objectief geldend recht een obstakel vormen voor een veroordeling, kunnen door betrokkenen niet aan de agenda van het strafgeding worden onttrokken. De processuele opstelling van de betrokkenen heeft - zelfs in relatie tot objectieve voorwaarden voor veroordeling - wél implicaties voor de wijze waarop de rechter zijn vonnis moet inrichten. Verweer schept in beginsel een plicht tot antwoord. Dat vloeit voort uit het dialoogkarakter van het geding. Wordt in het geheel geen verweer gevoerd, dan doet dit geen afbreuk aan de onderzoeksplicht van de rechter (zoals zojuist is uiteengezet) maar kan de verantwoording van de wijze waarop dit onderzoek heeft plaatsgehad en van de resultaten waartoe dit heeft geleid, beperkter zijn. Verstek laten gaan is een processuele strategie die inhoudt dat de verdachte afziet van het voeren van verweer.<sup>160</sup> Het vonnis behoeft dan in beginsel geen aparte uitleg te geven van de overwegingen van de rechter op de voorvragen van art. 348 Sv of omtrent de tweede en de derde vraag van art. 350 Sv. Ten aanzien van de bewijsvraag volstaat een korte aanduiding van de wettige bewijsmiddelen die de rechter tot de overtuiging hebben gebracht dat het telastegelegde feit daadwerkelijk is begaan. De opgelegde sanctie wordt bondig gemotiveerd. Dat is van belang in het verkeer

160 Wij zien hier even af van complicaties als de afwezigheid van de verdachte berust op overmacht. Overigens wijzen we er op dat in het door ons uitgewerkte eerste spoor - de afdoening van de ernstigste feiten - berechting bij verstek ten opzichte van de huidige praktijk sterk zou moeten worden teruggedrongen.

met de veroordeelde; het heeft ook een functie in de communicatie met de rechtsgemeenschap. Het vonnis houdt dus méér in dan de lege civielrechtelijke formule dat de vordering niet onrechtmatig is noch ongegrond voorkomt (met name de strafoplegging is strikt genomen niet een beslissing op een vordering die in rechte als petitum geldt), maar anderzijds kan de aankleding op vrijwel alle punten tamelijk beperkt blijven.

### 6.5 Onpartijdigheid en onbevangenheid van de rechter ter zitting

Onpartijdige rechtspraak is een vanzelfsprekende basisvoorwaarde bij de inrichting van het strafproces. De Straatsburgse jurisprudentie heeft evenwel in de afgelopen decennia aangetoond dat er ook op dit vitale onderdeel redenen zijn om het geldende Nederlandse strafprocesrecht te problematiseren.<sup>161</sup> Op grond van de beslissing in de Hauschildt-case<sup>162</sup> en daarop volgende uitspraken moeten we voortaan niet alleen letten op feitelijke vooringenomenheid van oordelende rechters, maar ook op de *schijn* van ontoereikende distantie. De vraag is hoe deze nieuwe benadering dient te worden uitgewerkt in ons nationale Wetboek van strafvordering. In het eerste interimrapport hebben wij geconstateerd dat de Hoge Raad een tamelijk beperkte invulling geeft aan het Straatsburgse gedachtegoed, door sterk de nadruk te leggen op de zogenoemde 'objectieve test' waarin het vertrekpunt wordt gevormd door de aanname dat de rechter krachtens zijn benoeming geacht kan worden voldoende onpartijdig en onbevangen te zijn. Naar ons oordeel zijn er dwingende redenen om de kwestie in te bedden in een strakker regiem. Bijgevolg hebben wij een lijst van *absolute uitsluitingsregels*<sup>163</sup> geformuleerd, aangevuld met een -enuntiatieve - opsomming van *relatieve uitsluitingsregels*.<sup>164</sup> Als algemene wrakingsgrond zou bovendien moeten gelden het bestaan van feiten of omstandigheden waardoor bij de verdachte redelijkerwijze de vrees kan ontstaan dat de rechter jegens hem niet onpartijdig of onbevangen zal optreden.

161 Zie vooral M.I. Veldt, *Het EVRM en de onpartijdige strafrechter* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1997.

162 EHRM 24 mei 1989, NJ 1990, 627 m.nt. PvD.

163 Hieronder vallen vier categorieën: a. gevallen van familiebetrekkingen of vriendschappelijke relaties tussen de rechter en een betrokkene bij het proces; b. gevallen waarin de rechter enig belang heeft bij de uitkomst van de zaak; c. gevallen waarin de rechter in een andere hoedanigheid - bijvoorbeeld die van officier van justitie of advocaat - bij de zaak betrokken is geweest; en d. enkele nader omlinjnde gevallen van *iudex in sua causa*.

164 Dit betreft situaties waarin de rechter niet automatisch gediskwalificeerd is om aan de berechting deel te nemen, maar waarin hij van deze taak wordt ontheven wanneer de verdediging het beletsel inroept. Het gaat hierbij vooral om situaties waarin de rechter voorafgaand aan het eindonderzoek een beslissing heeft genomen waarvan de inhoud of het gevolg betrokken is in het eindonderzoek. Ten aanzien van de berechting van mededaders wordt hier uitdrukkelijk beoogd een strengere maatstaf aan te leggen dan nu volgens de rechtspraak van de Hoge Raad het geval is.

Zowel Schalken (p. 249) als Van Dorst (p. 238) zet vraagtekens bij de gekozen aanpak. Een lijst van criteria zou per definitie incompleet zijn en onnodig verstarrend werken. Schalken: 'Ik zou juist menen dat er in het geheel geen criteria moeten worden opgenomen. Onpartijdigheid is een typisch begrip waarover in de vaderlandse en Straatsburgse jurisprudentie regelmatig uitspraken worden gedaan.' Wij zijn nog niet overtuigd door deze tegenwerpingen. Inderdaad worden met enige regelmaat - op nationaal en verdragsrechtelijk niveau - uitspraken gedaan over dit onderwerp. Maar deze rechterlijke beslissingen berusten op een perspectief dat voor de toekomst niet erg aanspreekt en worden voorts gevoed door een casuïstisch aanbod dat onvoldoende mogelijkheden schept voor een coherente rechtsontwikkeling. Wat het perspectief betreft past het bij de in ons interimrapport ontwikkelde uitgangspunten - en de aannemelijkheid daarvan is noch door Schalken, noch door Van Dorst aangevochten - om het vertrekpunt niet te zoeken in de veronderstelde onpartijdigheid van de rechter, die uit zijn benoeming zou voortvloeien behoudens dwingende aanwijzingen voor het tegendeel. In plaats daarvan moet de centrale maatstaf zijn of er redenen zijn die maken dat de verdachte, of objectieve omstanders, *in redelijkheid* vrees of twijfel kan hebben of de rechter voldoende onpartijdig en onbevangen zal optreden. De vereiste redelijkheid van de twijfel leent zich gedeeltelijk voor objectivering. Er zijn allerlei omstandigheden af te bakenen waarin die twijfel per definitie aanwezig is en niet door andere factoren kan worden gecompenseerd. Voorzover over die maatstaven consensus bestaat - en de rechtsvergelijking leert dat zulks voor een aantal categorieën het geval is - bevordert het de rechtszekerheid om die in de wet op te sommen (zie onze absolute uitsluitingsregels). Voorzover de omstandigheden verschillend gewogen kunnen worden door de deelnemers aan het proces, meer in het bijzonder door de verdediging, ligt het voor de hand om de betekenis van het beletsel mede te laten bepalen door de perceptie van de betrokkenen. Dat is uitgewerkt in de relatieve uitsluitingsregels, hetgeen aansluit bij het algemene desideratum om het procesverloop, voorzover de openbare orde niet in het geding is, mede te laten bepalen door de opstelling van partijen.<sup>165</sup> De casuïstiek blijft in deze benadering een aanvullende rol spelen. Voor onvoorziene gevallen is een ruimte gereserveerd in de algemene wrakingsgrond. Wij zien zo'n open restcategorie - met Schalken en Van Dorst - als een onmisbare voorziening ten behoeve van de rechtsontwikkeling.

Van Dorst (p. 238) signaleert nog een ander bezwaar: 'Het voorstel (...) om - ongevraagd - vóór de zitting de namen van de rechters bekend te maken, geeft

165 Voor de hier verdedigde visie op de betekenis van relatieve uitsluitingsregels kan voorts nog een wetsystematisch argument worden aangevoerd: het voorstel strookt met het standpunt van de regering in de Nota naar aanleiding van het verslag inzake de 'Wet toezeggingen aan getuigen in strafzaken', *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 294, nr. 6, p. 40-41.

blijk van een groot optimisme in de goedheid van de mens. Of het verstandig is, is iets anders. Het gevolg is immers dat rechters tussendoor niet meer ziek mogen worden, maar ook dat zij of hun dierbaren voorwerp kunnen worden van ongezonde belangstelling van de zijde van verdachten of hun kompanen, een verschijnsel dat zich thans ook al wel voordoet en in hoge mate als bedreigend wordt ervaren.’ Eerst iets over de bijzaken. Over zieke rechters gaat het natuurlijk niet. Ziekte leidt, afhankelijk van de stand van het geding, tot uitstel (schorsing) of vervanging. Daar zijn altijd aparte bepalingen voor nodig. Moet de informatie omtrent de persoon van de rechter automatisch worden gegeven of alleen op verzoek? De bedoeling is dat iedere rechtsgenoot die terecht staat effectief in de gelegenheid wordt gesteld om na te gaan of er aanwijzingen zijn die afbreuk kunnen doen aan de vereiste onpartijdigheid en onbevangenheid van de rechter. Wetstechnisch zou dit best kunnen worden uitgewerkt door de onderhavige informatie alleen beschikbaar te stellen na een daartoe strekkend verzoek van de zijde van de verdediging.

Maar nu het kernpunt. Van Dorst suggereert dat wij hier een tamelijk naïef voorstel doen, dat de persoonlijke veiligheid van magistraten in gevaar zou kunnen brengen. Dat is een ernstige bedenking, die ons aanleiding heeft gegeven tot een herbezinning op het ingenomen standpunt. De navolgende argumenten en overwegingen moeten naar ons oordeel de doorslag geven. In de eerste plaats is het in de huidige praktijk (dat is wat anders dan: naar geldend recht) niet zo dat de samenstelling van de rechtbank systematisch als een vertrouwelijk gegeven wordt beschouwd, dat tot aan het begin van de zitting voortdurend wordt afgeschermd voor de verdediging. In plaats daarvan is het doorgaans van toevalligheden afhankelijk of de raadsman hier al dan niet kennis van krijgt. Vooral wanneer het gaat om raadslieden die regelmatig voor een college optreden, wordt informeel nogal eens meegewerkt aan het verschaffen van dit soort informatie, waarvan het belang voor alle betrokkenen buiten kijf staat.<sup>166</sup> Van misbruik van dergelijke inlichtingen is ons, anders wellicht dan Van Dorst, niet of niet noemenswaard gebleken. Daar komt bij dat in de grotere strafzaken - waar partijdigheid en wraking relatief vaker in beeld kunnen komen - vanaf de aanvang van de zitting de samenstelling van het oordelende college uiteraard wel bekend is. Wordt vervolgens de zaak om wat voor reden dan ook aangehouden, dan zou er volgens de bedenking van Van Dorst in de periode tot de hervatting eveneens een risico moeten bestaan van bedreiging of intimidatie. Ook hiervan is ons bij navraag niets gebleken wat op een structureel probleem zou kunnen wijzen. Wij noteren een derde overweging. Binnen de rechterlijke macht wordt een register bijgehouden van nevenfuncties van rechters. Het register is openbaar. Dit algemeen

166 In dit verband merken wij nog op dat de samenstelling van het college is vermeld op de zittingsrol. Bovendien is algemeen bekend dat vele rechterlijke instanties werken met vaste kamers op vaste zittingsdagen.

toegankelijke document beoogt de rechtzoekenden in de gelegenheid te stellen zelf na te gaan of de oordelende magistraat wellicht op de een of andere wijze een bepaald belang zou kunnen hebben bij de uitkomst van de zaak. Dit zou de rechter diskwalificeren om aan de behandeling deel te nemen. De ratio van deze registratieplicht annex het openbare karakter van het register sluit moeilijk aan op een praktijk waarin de justitiabele pas bij het betreden van de zittingszaal bemerkt met welke rechter hij van doen krijgt. Dan is het immers te laat om inzicht te krijgen in diens nevenfuncties; dus kan moeilijk worden vastgesteld of daarin een reden gelegen is om aan de vereiste onbevangenheid te twijfelen. De enige 'oplossing' lijkt dan te zijn dat iedere raadsman na het uitroepen van de zaak de gelegenheid neemt om schorsing te vragen teneinde op dit punt naspeuringen te doen. Dat is een omslachtige en weinig verkieslijke werkwijze. Op dezelfde wijze bezien wij de indicatoren die zijn opgenomen in de absolute en de relatieve uitsluitingsregels. Daarin gaat het om omstandigheden die een basisvoorwaarde voor publieke rechtspraak kunnen aantasten. Voor een belangrijk deel staat daarbij voorts centraal dat uitgesloten moet worden dat *bij de verdachte* het redelijke vermoeden kan postvatten dat de rechter niet onpartijdig of niet onbevangen is. Dan is het toch passend om de verdediging een reële mogelijkheid te bieden om te verifiëren of aan die maatstaf wordt voldaan. Naar ons oordeel kan hier alleen anders over worden gedacht indien er klemmende - en op het concrete geval toegesneden - redenen bestaan om te vermoeden dat er op een onoirbare wijze zou worden omgesprongen met de onderhavige inlichtingen. Tegen deze achtergrond handhaven wij voorshands ons standpunt dat in beginsel desgevraagd aan de verdediging moet worden opgegeven welke rechters over de zaak zullen oordelen. Over eventuele uitzonderingen op dit uitgangspunt kan uiteraard nader worden nagedacht, waarbij praktijkervaringen een vanzelfsprekend gewicht in de schaal leggen.<sup>167</sup>

## 6.6 *De positie van slachtoffers in het strafproces*

In een hedendaagse beschouwing over de systematische grondslagen van het Wetboek van strafvordering mag de rol van het slachtoffer niet ontbreken. Juist op dit terrein is in de afgelopen decennia zoveel in beweging gebracht, dat het

167 Van Dorst (p. 238) heeft voorts bezwaar tegen ons voorstel om berechting met schending van de onderhavige uitsluitingsregels nietig te achten, terwijl uitgerekend het Europese Hof in Straatsburg het mogelijk acht dat inbreuk op dit verdragsrecht in hoger beroep wordt gerepareerd ('Moeten we op dit punt werkelijk veeleisender willen zijn dan het EVRM en EHRM ...?') Wij zullen deze kwestie in het derde onderzoeksjaar opnieuw aan de orde stellen, omdat de sterkste oplossing nog beter kan worden gemotiveerd vanuit een principiële visie omtrent het karakter van het hoger beroep (hetzij een voortzetting van de behandeling in eerste aanleg, danwel een geheel nieuwe behandeling, of een combinatie van beide).

noodzakelijk is de traditionele dogmatische inzichten te spiegelen aan nieuwe procesrechtelijke verhoudingen. In het eerste interimrapport hebben wij aangegeven waarom het wenselijk is het slachtoffer in strafvorderlijk verband verder te emanciperen. Het slachtoffer zou een eigen procespositie moeten krijgen, die gedeeltelijk wordt ontkoppeld van de hoedanigheid van schadelijgende partij. Dit zou onder andere tot uitdrukking komen in informatierechten, de aanspraak op rechtsbijstand en de bevoegdheid om ter terechtzitting het woord te voeren omtrent de gevolgen die het delict teweeg heeft gebracht. Anderzijds zou het slachtoffer niet de status van een echte 'partij' moeten krijgen en in ieder geval niet in de positie van opponent van de verdachte moeten worden gebracht.

Deze ideeën hebben aanleiding gegeven tot kritische kanttekeningen. De meest fundamentele tegenwerping is gemaakt door Van Dorst (p. 240-241), die zich afvraagt waarom de onderzoeksgroep niet een voorziening heeft bepleit in de trant van de Duitse Privat- of Nebenklage of van de Frans/Belgische citation directe. Zo'n aanbeveling zou in zijn ogen het enig logische uitvloeisel zijn van de algemene gedachten die in het interimrapport zijn ontvouwd omtrent de positie van het slachtoffer. Het standpunt dat het slachtoffer juist niet in de rol mag worden geplaatst van een partij die het tegen de verdachte opneemt berust daarentegen volgens Van Dorst op een 'niet opgehelderd a priori'. De gemaakte keuze is wellicht niet onjuist, maar de motivering daarvan laat naar zijn smaak te wensen over.

Deze kritiek is begrijpelijk. Waarschijnlijk hebben wij te snel gedacht in dezelfde lijn als Verstraeten (p. 258), waar deze auteur opmerkt: 'De discussie omtrent het toekennen van een direct actierecht om de strafvordering in werking te stellen (...) is 200 jaar oud: ik ga ze niet opnieuw voeren.'<sup>168</sup> In een verantwoording van de systematische uitgangspunten van een modern stelsel van strafvordering is het niettemin passend om aan dat punt afzonderlijk aandacht te besteden. Er moet overigens een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen de rechtsfiguur van de Privatklage (of citation directe) enerzijds en de Nebenklage anderzijds. Over beide onderwerpen maken we enkele opmerkingen.

Waarom zijn wij geen voorstander van invoering van een rechtstreeks vervolgingsrecht voor slachtoffers van misdrijven? Daarvoor hebben wij - tot de essentie teruggebracht - twee onderling nauw samenhangende argumenten: het zou niet goed zijn voor het slachtoffer en het is niet goed in te passen in het systeem van strafvordering. In het eerste interimrapport is een vertrekpunt voor onze

168 De laatste keer dat er een toegespitste discussie over dit onderwerp in Nederland is gevoerd was naar aanleiding van een voorstel van de *Benelux-studiecommissie inzake een verdrag betreffende de positie van het slachtoffer in het strafproces* om de dagvaarding door het slachtoffer ook bij ons in te voeren. Zie N.J. Polak, 'De "beledigde partij" in ere hersteld', *NJB* 1980, p. 21-29; en T.M. Schalken, 'De rechtspositie van de benadeelde partij in het systeem van de Nederlandse strafvordering', *D&D* 1980, p. 266-278. Van het voorstel is nadien nooit meer vernomen.

beschouwingen gezocht in het doel van het strafgeding. In de desbetreffende passages komt het slachtoffer slechts terloops ter sprake.<sup>169</sup> Wij meldden slechts dat een goed ingericht strafproces ook de belangen van het slachtoffer dient te verdisconteren (p. 16). En: 'Doel van het strafprocesrecht is te bevorderen dat de reactie op een vermoedelijk gepleegd strafbaar feit in alle opzichten adequaat is' (ibidem). Vooral deze laatste passage laat teveel impliciet. Er ligt een nogal veel omvattende gedachtewereld aan ten grondslag. De vraag namelijk naar een adequate reactie op een strafbaar feit kan niet los worden gezien van een achterliggende visie op de aard van een delict. En vooral in dat opzicht is er een ontwikkeling waar te nemen in de dogmatiek van materieel en formeel strafrecht. Werd het delict lange tijd exclusief gezien als een schending van de publieke rechtsorde, later is steeds meer het besef doorgedrongen dat de criminele handeling daarnaast toch ook primair een schending inhoudt van de subjectieve rechten van de benadeelde.<sup>170</sup> En dit inzicht heeft verstrekkende gevolgen. Volgens de traditionele conceptie van een strafbaar feit (een aantasting van het gezag van de overheid) zou het strafproces *dus* ook vrijwel geheel in het teken staan van het herstel van de deuk in de rechtsorde; waar het criminele onrecht werd gezien als een aantasting van het algemeen belang, zou het strafgeding moeten onderstrepen dat de samenleving - de gemeenschap - de delinquent ter verantwoording roept. In de modernere begripsmatige visie op een delict verdwijnt deze notie niet, maar wordt zij aangevuld met een andere component.<sup>171</sup> Indien het misdrijf primair ook een inbreuk vormt op de individuele rechten van de gedupeerde, ligt het voor de hand om in de nasleep van dat feit ook expliciet aandacht te besteden aan die gevolgen. Van daaruit kan - of beter gezegd: moet - een rijkere invulling worden gegeven aan het doel van het strafproces dat werd omlijnd als het bieden van een adequate reactie op vermoedelijk gepleegd crimineel onrecht. Een reactie kan immers alleen als adequaat worden getypeerd als daarin een evenwichtig antwoord wordt geboden aan de verstoring van de *status quo ante*. Langs deze weg kan procestheoretisch worden beredeneerd dat het tot de hoofddoelstellingen van het strafgeding behoort om daarin mede aandacht te besteden aan de belangen van degene die door het delict is getroffen.

169 Verstraeten (p. 258) noemt het opvallend dat het slachtoffer niet wordt vernoemd bij de formulering van de doelstellingen van het strafproces.

170 Zie ook o.a. H Zehr, *Changing Lenses: A New Focus for Criminal Justice*, Scottsdale: Herald Press 1990.

171 Zie uitvoeriger over dit onderwerp Marc Groenhuijsen, 'The Development of Victimology and its Impact on Criminal Justice Policy in The Netherlands', in: Ezzat Fattah & Tony Peters (eds.), *Support for Crime Victims in a Comparative Perspective. A Collection of Essays Dedicated to the Memory of prof. Frederic McClintock*, Leuven: University Press 1998, p. 37-54.

De volgende vraag is dan uiteraard welke belangen van het slachtoffer in het strafproces bescherming verdienen. Omschreven op het abstracte niveau van de doelstellingen van het strafgeding, gaat het vooral om twee typen belangen. Ten eerste dient de procedure zodanig te worden ingericht dat daaruit zo min mogelijk nieuw leed voortvloeit voor slachtoffers van de delicten die daarin aan de orde zijn. Het nadeel door het misdrijf dient niet te worden verhevigd door bepaalde kenmerken van de publieke reactie op dat feit. In het daarvoor ontwikkelde jargon: secundaire victimisatie dient zoveel mogelijk te worden vermeden of beperkt. Dat is een vanzelfsprekende opgave van het Wetboek van strafvordering en de connexe regelgeving. En ten tweede zou het strafgeding ruimte moeten bieden om tot herstel te komen van de nadelen die zijn ontstaan door de schending van de individuele rechten van de gelaedeerde. Een 'adequate' reactie op het delict brengt met zich mee dat bezien wordt of er ruimte is voor rechtsherstel jegens de benadeelde, voorzover dat niet in strijd komt met andere doelstellingen van het strafproces, zoals het vereiste van een eerlijke en zorgvuldige bejegening van de verdachte.<sup>172</sup>

Voor de duidelijkheid recapituleren we het voorgaande in een korte tussenbalans. De aannemelijkheid van een particulier vervolgingsrecht is afhankelijk van de principiële achtergrond van de procespositie van het slachtoffer. Die positie moet worden ontleend aan - of herleid tot - de doelstellingen van het strafgeding. Van daaruit is aangegeven dat een adequate respons op waarschijnlijk gepleegde delicten in elk geval vereist dat aan het slachtoffer gedurende de procedure zo min mogelijk nieuw leed wordt toegevoegd en dat waar mogelijk een bijdrage wordt geleverd aan concreet rechtsherstel. Het is van belang om te benadrukken dat deze redenering geheel is opgezet vanuit de doeleinden die in een strafrechtelijke procedure centraal moeten staan. Daaruit blijkt namelijk dat het behartigen van de hier omliggende belangen van het slachtoffer een *publieke taak* betreft. Voorkomen van secundaire victimisatie en bevorderen van rechtsherstel jegens de benadeelde raakt een *algemeen belang* dat in de loop van het geding moet worden gerespecteerd. Daarmee wordt ook op procesrechtelijk niveau afgerekend met de verouderde notie dat bijvoorbeeld schadeherstel een individueel en particulier belang zou zijn waaraan slechts incidenteel aandacht zou kunnen worden besteed in de op het algemeen belang georiënteerde omgeving van het strafproces.<sup>173</sup>

172 Zie hieromtrent ook de beschouwing van N. Kwakman, 'De mateloosheid van de solidariteit: het onvermijdelijke gevolg van een slachtoffergericht strafproces? Een onderzoek naar de verenigbaarheid van een slachtoffergericht strafproces met het vanouds dadergerichte strafrecht', *RM Themis* 1999, p. 183-193.

173 Het project *Strafvordering 2001* is er mede op gericht om ingesleten valse tegenstellingen bloot te leggen en op te heffen. Zo werd vroeger ook wel gedacht dat in de strafrechtelijke context instrumentaliteit een algemeen belang zou zijn, terwijl rechtsbescherming meer het privé-belang van verdachten zou regarderen. Sinds het verschijnen van R. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint/Kluwer Rechtswetenschappen 1990,

Vanuit deze uitgangspunten kan de vraag worden besproken naar de verantwoordelijkheid voor het nemen van kernbeslissingen in het strafgeding, zoals de beslissing om tot strafvervolgning over te gaan. Van Dorst stelt dat het recht om zelf een vervolging te kunnen entameren pas een echte erkenning zou betekenen van de eigen procespositie van het slachtoffer en een afdoende rem vormt op willekeurig niet-vervolgen door het openbaar ministerie. Wij zien dit anders. Erkenning van legitieme belangen van slachtoffers betekent niet dat de beslissingsmacht aan hen moet worden overgedragen. Dat zou een te oppervlakkige benadering van het belang van het slachtoffer inhouden, en het zou onvoldoende rekening houden met de publiekrechtelijke context van het strafgeding. Wij werken beide overwegingen kort uit.

In een document van het European Forum for Victim Services is het volgende beginsel neergelegd: 'Throughout Europe, the State has assumed responsibility for prosecuting offenders and has removed from the victim the burden of responsibility for determining any action to be taken in respect of the offender. The acceptance of responsibility by the State should be recognised as a fundamental right of victims of crime, and no attempts should be made to erode this by returning the responsibility for decision making to victims.'<sup>174</sup> Hier wordt niet zonder reden gesproken over de 'burden of responsibility'. Deze verantwoordelijkheid drukt zwaar en mag niet op de schouders van het slachtoffer worden gelegd. De ervaringen die in andere rechtsstelsels zijn opgedaan met de 'citation directe' bevestigen dit principe. De figuur van de rechtstreekse dagvaarding door het slachtoffer bestaat in diverse jurisdicties maar werkt nergens bevredigend.<sup>175</sup> Van de voorziening wordt slechts weinig gebruik gemaakt, en als dat wel gebeurt is het resultaat onveranderlijk teleurstellend voor de betrokken slachtoffers. De risico's blijken vooral te zijn gelegen in druk of intimidatie door daders, in de kans op een kostenveroordeling en in negatieve rechtsmaatregelen indien de vervolging niet op een veroordeling uitloopt. In al deze opzichten is de 'action indirecte' zoals wij die kennen in de art. 12-procedure superieur aan het ogenschijnlijk zo slachtoffervriendelijke instrument van de rechtstreekse dagvaarding.

treft men die gedachte nauwelijks meer aan. Zie voor een publiekrechtelijke - op het algemeen belang georiënteerde - fundering van de positie van het slachtoffer in het strafproces ook A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 280-285 (vgl. ook p. 209-265); en A.C. 't Hart, *De Meerwaarde van het Strafrecht*, Den Haag: SDU 1997, p. 116 e.v.

- 174 European Forum for Victim Services, *Statement of Victims' Rights in the Process of Criminal Justice*, z.p. 1996, p. 5.
- 175 Zie M.E.I. Brienen & E.H. Hoegen, *Victims of Crime in 22 European Criminal Justice Systems. The Implementation of Recommendation (85) 11 of the Council of Europe on the Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Procedure* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Productions 2000.

En ook vanuit andere in aanmerking te nemen aspecten van de publiekrechtelijke inbedding pleit er veel tegen de Privatklage.<sup>176</sup> Het hoofdbezwaar is dat de uitoefening van een particulier initiatief tot strafvervolging niet met voldoende waarborgen voor de verdachte kan worden omgeven. Strafvervolging is dermate ingrijpend dat iemand alleen mag worden gedagvaard indien er een geobjectiveerde mate van verdenking bestaat. En daar komt bij dat vervolging niet willekeurig mag plaatshebben. Het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie - dat een volgens vaste criteria beheerste en gecontroleerde praktijk met zich meebrengt - mag niet zomaar worden doorkruist door gesties van individuen die zich, begrijpelijkerwijze, vooral laten leiden door het niet altijd welbegrepen eigenbelang. Dit leidt er toe dat een particulier vervolgingsrecht alleen zou kunnen worden overwogen indien daaraan een intensief rechterlijk toezicht op de uitoefening daarvan wordt gekoppeld. Maar een dergelijk toezicht zou enerzijds de essentie van de bevoegdheid weer ondermijnen: de benadeelde zal de beoordeling door de rechter zien als een premature inmenging die afbreuk doet aan zijn autonomie om een strafproces op gang te kunnen brengen. Anderzijds is het in strijd met de systematische uitgangspunten van onze strafvordering om de selectie van zaken die aan de beslissing van de strafkamer worden onderworpen langs de aangegeven weg sterker dan thans te onderwerpen aan de zeggenschap van de rechter. Kortom: zowel vanuit de subjectieve belangen van het slachtoffer als vanuit de meer systematische gezichtspunten zijn overwegende bezwaren verbonden aan het idee van een 'citation directe' in strafzaken.

Het theoretisch raamwerk dat hiervoor kort is geschetst, geeft aanleiding om de beschouwing op één punt te extrapoleren buiten het domein van het vervolgingsrecht. Op de aangegeven gronden is het meer in het algemeen onwenselijk om het slachtoffer absolute veto-rechten toe te kennen in het strafgeding.<sup>177</sup> Anders dan in buitenlandse rechtsstelsels wel gangbaar is of wordt bepleit, verdient het geen aanbeveling om het slachtoffer een *doorslaggevende* inbreng te geven bij beslissingen omtrent voorlopige hechtenis, omtrent de inhoud van het requisitoir door de officier van justitie (de strafeis), of in het verband van de vervroegde of voorwaardelijke invrijheidstelling.<sup>178</sup>

176 Dit onderdeel van de argumentatie staat nog centraal bij M.S. Groenhuijsen, *Schadevergoeding voor slachtoffers van delicten in het strafgeding* (diss. Leiden), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985, p. 289-291.

177 Dit laat onverlet de bestaande mogelijkheid van klachtdelicten, waarmee de benadeelde een negatieve uitkomst van de vervolgingsbeslissing in de hand heeft.

178 Zie Marc Groenhuijsen, 'Victims' Rights in the Criminal Justice System: A Call for More Comprehensive Implementation Theory', in: Jan van Dijk et al (eds.), *Caring for Crime Victims. Selected Proceedings of the 9<sup>th</sup> International Symposium on Victimology*, Monsey, New York: Criminal Justice Press 1999, p. 85-114.

De Nebenklage is een andere rechtsfiguur dan de Privatklage. Twee kenmerken springen in het oog. Anders dan bij de Privatklage gaat het hier om situaties waarin het openbaar ministerie een strafvervolgning heeft ingesteld of heeft overgenomen. De Nebenkläger heeft in die procedure de rol van een soort tweede aanklager. Hij staat naast de officier van justitie en heeft soortgelijke bevoegdheden: hij mag getuigen en deskundigen dagvaarden en hen ter zitting vragen stellen en hij kan vorderingen resp. verzoeken doen die doorgaans alleen aan het openbaar ministerie toekomen. Hij mag aan het eind van de zitting over alle aspecten van de strafzaak het woord voeren; en hij heeft de mogelijkheid om rechtsmiddelen aan te wenden tegen het vonnis. Het doel van deze positie als 'schaduw-aanklager' is tweërlei. Enerzijds verschafft het de gelegenheid om de officier van justitie te controleren. De Nebenkläger kan door zijn interventies waarborgen dat de staat met voldoende alertheid de vervolging ter hand neemt. Als de officier bepaalde stukjes bewijs onderbelicht laat, kan het slachtoffer<sup>179</sup> dat onder de aandacht van de rechter brengen. Anderzijds is deze rechtsfiguur in het leven geroepen om tegemoet te komen aan het zogenoemde 'Genugtuungsverlangen des Verletzten'. De bedoeling is om ideële voldoening, emotionele satisfactie aan het slachtoffer te bieden.

De Nebenklage wordt in het Duitse recht tamelijk veelvuldig gebruikt.<sup>180</sup> Dat betekent overigens allerminst dat de ervaringen met dit instituut onverdeeld gunstig zijn. Zo blijkt dat de inbreng van de Nebenkläger stevast tot - veelal aanzienlijke - vertraging in de procedure leidt. Daarnaast blijkt (dreiging met) deze procesrechtelijke status vaak te worden misbruikt om een voor het slachtoffer gunstige schaderegeling af te dwingen.<sup>181</sup> Er is zelfs herhaaldelijk betoogd dat de bepalingen omtrent de Nebenklage in strijd zouden zijn met de Duitse grondwet, omdat ze afbreuk zouden doen aan een behoorlijke verdediging voor de verdachte<sup>182</sup>; een opvatting die niet is verdwenen nadat deze klacht in de jurisprudentie van de hand is gewezen.<sup>183</sup> Recent onderzoek heeft geen nieuw licht op de toepassingspraktijk van de Nebenklage geworpen.<sup>184</sup>

Het is interessant dat Verstraeten (p. 259) ook 'huivert voor het (...) systeem waar de burgerlijke partijstelling kan worden losgekoppeld van een schadevergoe-

179 Ook nabestaanden van hen die als gevolg van wederrechtelijke handelingen om het leven zijn gekomen kunnen de hoedanigheid van Nebenkläger verwerven.

180 Ursula Hoelzel, *Das Institut der Nebenklage. Einer Betrachtung unter rechtshistorischen, rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Gesichtspunkten* (diss.), Erlangen-Nürnberg, 1980, m.n. p. 75-76.

181 J.J. Prinz, 'Die Nebenklage - ein überholtes Rechtsinstitut', *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1971, p. 129; K.P. Freundorfer, 'Nebenklagekosten und zivilrechtlicher Schadensersatz', *Neue Juristische Wochenschrift* 1977, p. 2254.

182 Vooral H. Sauer, 'Zur Verfassungsmässigkeit der Nebenklagebestimmungen', *Deutsche Richterzeitung*, 1970, p. 349-351.

183 Bundesverfassungsgericht 3 juni 1969, *JZ* 1969, 509 en *NJW* 1969, 1423.

184 M.E.I. Brienen, E.H. Hoegen, *a.w.* p. 353-388.

dingsclaim en de wil tot het leveren van een bijdrage tot de bestraffing voldoende is om alle rechten te kunnen uitoefenen.' Deze auteur ziet wel ruimte voor het slachtoffer om in het geding een bijdrage te leveren aan de bewijsvoering van het delict, maar dan 'steeds in functie van de burgerlijke vordering, en waarbij de rechter erop toeziet dat de benadeelde zich niet bezondigt aan een pleidooi over de straftoemeting' (ibidem). Onze onderzoeksgroep neemt in zekere zin een tussenpositie in. Wij gaan niet zo ver als het Duitse recht, waarin het slachtoffer publiekrechtelijke bevoegdheden krijgt om het strafgeding tot een goed einde te brengen. En wij zijn van oordeel, net als Verstraeten, dat het slachtoffer niet de ruimte moet krijgen om ter zitting standpunten in te nemen omtrent de door de rechter op te leggen straf. Voor een deel zijn de belangrijkste argumenten voor dit standpunt gelegen in de nadelen die verbonden blijken te zijn aan de Duitse figuur van de Nebenklage. Twee principiële overwegingen kunnen evenwel worden toegevoegd. De eerste is dat slachtofferemancipatie nooit ten koste mag gaan van een eerlijke berechting van verdachten.<sup>185</sup> Aandacht voor de noden van benadeelden mag niet ten koste gaan van een zorgvuldige en evenwichtige inrichting van de procedure, uitmondend in een correcte beoordeling van de strafzaak. De tweede overweging is spiegelbeeldig van aard. Wij wijzen publiekrechtelijke bevoegdheden voor het slachtoffer van de hand, evenals veto-rechten en uitlatingen omtrent een gewenste strafmaat, omdat dergelijke voorzieningen tot een ongewenste vorm van polarisatie leiden. Dat is wat in het eerste interimrapport is bedoeld met de waarschuwing dat het slachtoffer niet in de positie mag worden gebracht van een 'partij' die het tegen de verdachte opneemt. Zou het slachtoffer dit type verstrekkende bevoegdheden krijgen, dan vereist de notie van een eerlijk proces dat de verdediging de gelegenheid krijgt om zich daartegen tweemaal te stellen. De daaruit voortvloeiende confrontatie zal veelal hard, onaangenaam en pijnlijk zijn. Waar het om gaat is dat het slachtoffer in dergelijke omstandigheden doorgaans de meest kwetsbare persoon blijkt te zijn. En dan blijkt opnieuw dat maatregelen die worden bedacht met het oog op het welzijn van benadeelden, in hun toepassing het omgekeerde effect hebben van wat ermee wordt nagestreefd. Daarom zijn onze voorstellen op essentiële punten terughoudender dan de inhoud van het Duitse recht.

Maar in een ander opzicht gaan wij verder dan door Verstraeten wordt aanbevolen. Wij zien wel degelijk ruimte voor processuele aanspraken los van

185 Uitvoerder hieromtrent: Marc Groenhuijsen, 'Conflicts of Victims' Interests and Offenders Rights in the Criminal Justice System: A European Perspective', in: Chris Sumner et al (eds.), *International Victimology: Selected Papers from the 8<sup>th</sup> International Symposium*, Canberra 1996, p. 163-176; en dezelfde, 'Mensenrechten van slachtoffers van delicten en verdachten in het strafproces', in: C.H. Brants, C. Kelk & M. Meetings (red.), *Er is meer. Opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 169-179.

een vordering tot schadevergoeding. Uit de hiervoor gegeven uiteenzetting omtrent het doel van het strafgeding blijkt dat er ook los van het financiële schadeherstel principiële redenen zijn om in de overheidsreactie op strafbare feiten rekening te houden met de belevingswereld van de slachtoffers. Slachtoffers hebben een legitieme aanspraak op erkenning. De autoriteiten in het strafgeding moeten met hun belangen rekening houden, zonder dat die belangen de te nemen beslissingen kunnen dicteren. Dat is de achtergrond van het recht op informatie, een recht op rechtsbijstand, en uiteindelijk ook van het spreekrecht ter terechtzitting. Het spreekrecht heeft in dit verband een dubbelfunctie. Enerzijds staat het in het teken van voorlichting van de rechtbank, anderzijds beoogt het als participatiemogelijkheid een bijdrage te leveren aan de procedurele rechtvaardigheid. Door een zorgvuldige afbakening van gevallen waarin deze bevoegdheid wordt verleend en van de thema's waarover de verklaring zich mag uitstrekken, kan in verschillende opzichten worden bewerkstelligd dat het strafgeding aan kwaliteit wint.<sup>186</sup>

### 6.7 . . . Bewijsrecht

Over het bewijsrecht is hierboven al heel wat gezegd in verbinding met de *de auditu*-jurisprudentie. Daar ging het vooral om de gevolgen van bewijsrechtelijke basisnormen voor de stijl van procederen in strafzaken. Thans moet nog aandacht worden besteed aan enkele onderwerpen die de inrichting van het bewijsrecht in engere zin betreffen.

Van Dorst (p. 242-244) heeft drie punten van kritiek. Ten eerste zou het eerste interimrapport geen duidelijke definitie bevatten van de 'rechterlijke bewijsbeslissing'. Ten tweede heeft hij moeite met de voorgestelde responsieplicht met betrekking tot de selectie en waardering van de beschikbare bewijsmiddelen. En ten derde spreekt hem de codificatie van de restrictieve rechtspraak inzake de huidige bewijsminima niet aan, een kwestie die ook naar voren is gebracht door Rozemond (p. 219). Wij bespreken deze onderwerpen in de aangegeven volgorde.

Op welke feitelijke vaststellingen zou het bewijsrecht van toepassing moeten zijn? In de inleiding van het desbetreffende deelrapport is aangegeven dat een van de deelvragen waarop het onderzoek een antwoord moet geven betrekking heeft op het bewijsthema, dus op de vraag of het bewijsrecht beperkt moet zijn tot enkel

186 De commentaren op onze voorstellen bevatten geen uitvoerige kanttekeningen omtrent de inrichting van de voegingsprocedure of het voorbereiden van een mogelijke oplegging van de schadevergoedingsmaatregel. Dat is ook begrijpelijk, aangezien deze kwesties in het eerste interimrapport een ondergeschikte rol spelen. Wel melden wij nog dat Verstraeten (p. 260) opnieuw aandacht vraagt voor de mogelijkheid van een soort 'schadestaatprocedure' in geval van iets ingewikkelder vorderingen door benadeelden. Voor de argumenten tegen zo'n oplossing verwijzen wij naar M.S. Groenhuijsen, J.M. van Dijk, 'Schadevergoedingsmaatregel en voeging: de civielrechtelijke invalshoek', *NJB* 1993, p. 163-167.

de vaststelling van het ten laste gelegde feit. In de verantwoording van de keuze van uitgangspunten volgt dan een antwoord op deze vraag. Het bewijsrecht is enkel van toepassing op de eerste vraag van art. 350 Sv. Feitenvaststellingen ten behoeve van andere deelbeslissingen in het vonnis van de strafrechter worden uitdrukkelijk uitgesloten van het bewijsthema. Voor de toekomst wordt in het interimrapport nog een uitzondering geopperd ten aanzien van feitelijke gegevens die ten grondslag worden gelegd aan de beslissing omtrent de op te leggen straf of maatregel. Tot zover sluit onze uiteenzetting aan bij het geldende recht en lijkt er weinig reden om van onduidelijkheid te spreken. Niettemin heeft Van Dorst gelijk dat wij niet apart en expliciet zijn ingegaan op de vraag of ook het oordeel omtrent de rechtmatigheid van de bewijsgaring onder het regime van het bewijsrecht valt. Met deze auteur menen wij dat zulks niet het geval is. Concreet betekent dit dat net als voorheen uiteenzettingen van de officier van justitie en van de raadsman voor de rechter een doorslaggevende kenbron kunnen zijn om tot een beslissing hieromtrent te komen. Een voor de hand liggend voorbeeld betreft het niet zelden gevoerde verweer dat er in het vooronderzoek onvoldoende verdenking bestond om tot het toepassen van bepaalde dwangmiddelen over te gaan. Over zo'n kwestie kan uitsluitel worden verkregen door het debat tussen de raadsman en de vertegenwoordiger van het openbaar ministerie ter terechtzitting.

Gecomplieerder ligt het vraagstuk van de verantwoording van de door de rechter gebruikte bewijsmiddelen. Van Dorst merkt terecht op dat ons voorstel op dit punt een radicale breuk betekent met de heersende leer. Hij is overigens niet enthousiast over deze wending. Het zou niet gemakkelijk zijn om in een vonnis op te schrijven waarom de ene getuige geloofwaardiger is dan een andere. En het valt niet mee om uit te leggen waarom een verklaring uit het vooronderzoek meer waarde heeft dan de daarvan afwijkende verklaring ter zitting door dezelfde persoon. Met Fokkens is Van Dorst van mening dat de nadere motivering van de selectie van het bewijsmateriaal weinig zal bijdragen aan de kwaliteit van de bewijsvoering. Wij kijken hier toch net iets anders tegenaan. Het verschil is vooral gelegen in het perspectief van waaruit de bewijsmotivering wordt benaderd. Van Dorst beziet het vraagstuk vooral vanuit het blikveld van de rechter. De rechter is gewend te opereren aan de hand van de bekende formule uit de vaste cassatierechtspraak, volgens welke de selectie en de waardering van de bewijsmiddelen is overgelaten aan de feitenrechter. Dat betekent dat de rechter in feitelijke aanleg een vrijwel onbegrensde discretionaire ruimte heeft om een keuze te doen uit de beschikbare onderzoeksresultaten. Van alle afgelegde verklaringen mag hij kiezen welke hij in de bewijsconstructie opneemt, zonder dat die keuze enige verantwoording behoeft.<sup>187</sup> Vanuit het gezichtspunt van de rechter is dit ook begrijpelijk: er

187 Mits hij de uitzonderingen respecteert die zijn opgesomd in de noot van 't Hart onder HR 30 maart 1999, *NJ* 1999, 451.

is altijd - althans veelvuldig - veel belastend materiaal en daarnaast zijn er gegevens die, indien juist bevonden, tot vrijspraak zouden moeten leiden. Vanuit de rechter bezien is het dan logisch dat de doorslag wordt gegeven door de vanzelfsprekende maatstaf van de geloofwaardigheid. De rechter gebruikt de bron die hij betrouwbaar acht en laat de overige onderzoeksresultaten - die daarmee onverenigbaar zijn - terzijde, zonder daar een woord aan vuil te maken. Maar vanuit het perspectief van de verdediging is deze gangbare werkwijze allerminst vanzelfsprekend. We hebben het hier niet over gevallen waarin de verdachte het ten laste gelegde erkent. Dan is ook in onze visie de rechter snel klaar met de bewijsmotivering. Het gaat om situaties waarin de verdediging met redenen omkleed betwist het verweten feit te hebben begaan. Voor de verdachte is dan in eerste instantie de bewijsvraag de primaire inzet van het geding. De agenda van de zitting is daarop geconcentreerd. Naar onze overtuiging brengt het dialoogkarakter van het geding dan noodzakelijkerwijs met zich mee dat een verdachte die ongelijk krijgt, ook ten aanzien van de cruciale bewijsbeslissing krijgt uitgelegd *waarom* de rechter zijn visie niet kan delen.<sup>188</sup> Natuurlijk zal die uitleg niet zelden - of zelfs: vaak - een tamelijk apodictisch karakter hebben. Uiteraard zal de rechter in veel gevallen niet veel méér kunnen melden dan dat de getuigen á charge geloofwaardiger zijn dan de ontkenkende verklaring van de verdachte. Maar dat is toch tenminste een begin van uitleg. Dat is een schamel minimum aan communicatie dat onder het regime van de thans heersende jurisprudentie totaal achterwege mag worden gelaten. Voor *juristen* (en meer in het bijzonder voor hen die de zaak vanuit een cassatieperspectief bezien, hetgeen ook het blikveld van Van Dorst en Fokkens tekent) is zo'n verwijzing naar verschillende graden van geloofwaardigheid wellicht een zinloos ritueel dat weinig toegevoegde waarde heeft. Wij menen evenwel dat een op de selectie en waardering gerichte motiveringsplicht voor de *verdachte* wel degelijk een begin van inzicht kan bieden in de afweging die aan het rechterlijk oordeel ten grondslag ligt. Daar komt bij dat de rechter die voor de taak staat dit begin van uitleg te verschaffen, in nogal wat situaties wel degelijk ook factoren kan bedenken (en in zijn vonnis kan opsommen) *waarom* hij de ene verklaring betrouwbaarder vindt dan alternatieve voorstellingen van zaken.<sup>189</sup> Uiteindelijk gaat het om de bereidheid om enige vorm van dialoog aan te gaan. Natuurlijk kan die bereidheid maar in beperkte mate worden bevorderd door wettelijke motiveringsplichten. Maar het past bij een consequente uitwerking van het dialoogkarakter van het geding om de rechter zonder voorbehoud het principe in te scherpen dat

188 Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat de aandachtspunten die voor de motivering van belang zijn dus vooral worden aangedragen in een desbetreffend verweer door de verdachte.

189 Daarbij maakt het nogal verschil welk type argument door de verdediging naar voren wordt gebracht. De stelling dat een getuige *liegt* vraagt bijvoorbeeld om een anderssoortig antwoord dan het verweer dat een getuige een bepaald feit zintuiglijk niet kán hebben waargenomen.

hij ook op dit vitale onderdeel behoort te responderen op gemotiveerde standpunten van de zijde van de verdediging.

Tenslotte de kwestie van de bewijsminima. Het bewijs dat de verdachte het telastegelegde feit heeft begaan, kan door de rechter niet worden aangenomen enkel op de verklaring van één getuige of van de verdachte zelf (art. 341 lid 4 resp. 342 lid 3 Sv). En de 'overige geschriften' van art. 344 lid 1 sub 5 Sv kunnen - in de woorden van de wet - alleen gelden in verband met de inhoud van overige bewijsmiddelen. Het is algemeen bekend dat deze voorschriften in de rechtspraak bepaald restrictief zijn uitgelegd. Volgens vaste jurisprudentie is één verklaring of document voldoende wettig bewijs, mits op enig punt van de ten laste legging ondersteund door een daarvan onafhankelijk ander bewijsmiddel. Ons voorstel om die rechtspraak te codificeren wordt van de hand gewezen door Van Dorst (p. 244) en door Rozemond (p. 219). Als wij het goed zien, is geen van de schrijvers van mening dat *de inhoud* van de desbetreffende vaste jurisprudentie moet worden gecorrigeerd. En ook onze onderzoeksgroep vindt dat het Nederlandse systeem op dit punt in moeilijke situaties - denk aan zedendelicten en andere gevallen van één-op-één confrontaties zonder andere getuigen - , mits prudent gehanteerd, een nuttige functie kan hebben. De kernvraag is dan vooral of het wenselijk is om de toepasselijke (uitgeklede) norm in het Wetboek vast te leggen. Binnen de door ons ontwikkelde systematische uitgangspunten is dat het geval. Doorslaggevend is dat wij een verdere liberalisering van het bewijsrecht bepleiten door af te stappen van de limitatieve opsomming van toegelaten bewijsmiddelen. Voortaan zou de rechter iedere kenbron moeten kunnen benutten waaraan betrouwbare informatie valt te ontlenen omtrent de toedracht van het telastegelegde feit. Daarbij past een voorschrift waarin als uitgangspunt wordt neergelegd dat een veroordeling altijd moet berusten op tenminste twee onderling onafhankelijke bronnen waarop de rechterlijke overtuiging omtrent de schuld van de verdachte berust. De eis van dubbele bevestiging - ook al wordt die niet afzonderlijk gesteld voor ieder onderdeel van de telastelegging - blijft in die visie een grondnorm die de rechter tot grote alertheid moet prikkelen in alle gevallen waarin de voor de verdachte belastende informatie vooral is gelegen in één verklaring of in een enkel document.

## Bijzonder deel

# 1 De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht<sup>1</sup>

*prof. mr. G. Knigge*

## 1 Inleiding

In een onderzoek dat zich richt op de grondslagen van een nieuw te ontwerpen Wetboek van Strafvordering kan een bezinning op de verhouding van het strafrecht (in ruime zin, dus met inbegrip van het strafprocesrecht) tot het bestuursrecht niet worden gemist. De vraag is immers wat in dat wetboek moet worden geregeld. Is de 'strafvordering' als onderwerp van regeling op bevredigende wijze af te grenzen van het bestuursrecht?

Die vraag is bepaald niet alleen van theoretisch belang. Op tenminste twee punten doen zich lastige afbakeningsproblemen voor, of misschien beter gezegd, leidt de traditionele afbakening tussen straf- en bestuursrecht tot weinig bevredigende oplossingen. Het eerste probleemveld dat hier genoemd kan worden, is dat van de controle en opsporing. Naar geldend recht begint de opsporing - en daarmee de strafvordering - eerst als er sprake is van de verdenking dat een strafbaar feit is begaan. Wat aan die verdenking vooraf gaat, valt onder het bestuursrecht. Feit is echter dat sinds de inwerkingtreding van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden op 1 februari 2000 de zogenaamde 'proactieve' opsporing en zelfs het 'verkennend onderzoek' regeling hebben gevonden in het Wetboek van Strafvordering. Dat plaatst de vraag naar de verhouding van de strafvordering tot het bestuursrecht hoog op de onderzoeksagenda. Is hier sprake van een misser van de wetgever die in een nieuw wetboek dient te worden gecorrigeerd, of duidt de keuze van de wetgever erop dat de traditionele indeling van de rechtsstof niet meer van deze tijd is?

Het tweede probleemveld wordt gevormd door de buitengerechtelijke sanctionering van wetsovertredingen. Op het terrein van het bestuursrecht is zoals bekend de figuur van de bestuurlijke boete tot ontwikkeling gekomen. Het gaat hier om een vorm van punitieve sanctionering die als 'criminal charge' onder het bereik van (de leden 2 en 3 van) art. 6 EVRM valt. De vraag is of er een wezenlijk verschil is met strafrechtelijke vormen van beboeting. Waarin onderscheiden het

<sup>1</sup> Dit deelrapport is een bewerking van een eerder gepubliceerd opstel (G. Knigge, 'De verkalking voorbij; over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht', *RM Themis* 2000, p. 83 e.v.). Dat opstel was op zijn beurt een bewerking van een voordracht gehouden op het Derde symposium Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie, d.d. 2 december 1999.

strafrecht en het bestuursrecht zich hier van elkaar? Het gewicht van die vraag wordt onderstreept door de verschijning van het voorontwerp vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht.<sup>2</sup> In deze vierde tranche wordt een algemene regeling gegeven voor de oplegging van bestuurlijke boetes. In feite wordt een soort schaduwstrafrecht geschapen dat naast opvallende overeenkomsten, ook opmerkelijke verschillen vertoont met het 'echte' strafrecht. De vraag is of het naast elkaar bestaan van twee punitiefrechtelijke sanctiesystemen een gelukkige zaak is. Die vraag wordt des te klemmender in het licht van de voorstellen die eerder in dit onderzoeksproject zijn gedaan. In het Eerste interimrapport is voorgesteld om ook op het terrein van het strafrecht de mogelijkheid van buitengerechtelijke beboeting te introduceren.<sup>3</sup> Volgens de voorstellen krijgt het OM in het 'derde spoor' de bevoegdheid om een boete op te leggen, waartegen de verdachte desgewenst in beroep kan gaan bij de rechter. Wordt hier andere waar verkocht, of verschilt alleen het etiket?

De hier geschetste afbakeningsproblemen roepen niet alleen de vraag op of de bestaande grenslijnen nog wel deugen, maar ook of het eigenlijk wel *mogelijk* is het strafrecht van het bestuursrecht af te grenzen. Misschien is iedere poging tot afbakening wel op voorhand tot mislukken gedoemd. Is er wel verschil tussen het strafrecht en het bestuursrecht, of is het strafrecht eenvoudig een bijzondere vorm van bestuursrecht?

Over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht is al veel gezegd en geschreven. Er laten zich ruwweg twee kampen onderscheiden. De aanhangers van het 'autonome' standpunt leggen grote nadruk op het eigen karakter van het strafrecht, en neigen er daarom toe regels en beginselen van bestuursrecht van het terrein van het strafrecht te weren. De vertegenwoordigers van de 'heteronome' zienswijze daarentegen stellen dat het strafrecht een bijzondere vorm van bestuursrecht is.<sup>4/5</sup> Men zou kunnen zeggen dat de Algemene wet bestuursrecht

2 *Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht, vierde tranche*, een rapport van de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht, Den Haag: Sdu uitgevers 1999.

3 *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 1, 'Buitengerechtelijke afdoening' (A.R. Hartmann), p. 59 e.v.

4 Zie voor een beschrijving van deze stromingen en voor een uitgebreid literatuuroverzicht o.m. L.J.J. Rogier & A.R. Hartmann, 'Verschillen en overeenkomsten tussen strafrecht en bestuursrecht', *D&D* 1993, p. 1042 e.v. en O.J.D.M.L. Jansen, 'Bestuursrecht en strafprocesrecht: doorwerken of afgrenzen?' in: T. Hoogenboom & L.J.A. Damen (red), *In de sfeer van administratief recht* (Konijnenbelt-bundel), Utrecht: Lemma 1994, in het bijzonder p. 260 e.v.

5 Een uitgesproken aanhanger van de autonome denkrichting is A.C. 't Hart, 'De macht van het Openbaar Ministerie en de grenzen van het bestuursrecht', *Recht en Kritiek* 1984, p. 221. Als vertegenwoordiger van de heteronome visie kan worden genoemd G.J.M. Corstens, 'Interne en externe convergentie van het strafprocesrecht', in: D.R. Doorenbos & R.J. Verheij (red),

vanuit heteronoom gezichtspunt is geredigeerd. Art. 1:6 Awb sluit de toepassing van de wet uit op 'de opsporing en vervolging van strafbare feiten, alsmede de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen'.<sup>6</sup> Het uitgangspunt lijkt te zijn dat de Algemene wet bestuursrecht *zonder* deze kennelijk niet vanzelfsprekende inperking wél van toepassing zou zijn geweest. Praktisch gesproken echter bewerkstelligt art. 1:6 Awb een 'volmaakte' scheiding van het strafrechtelijk en het bestuursrechtelijk terrein. Regels van bestuursrecht gelden niet op strafrechtelijk terrein. Omgekeerd geldt dat regels van strafrecht van het bestuursrechtelijk terrein worden geweerd. Exemplarisch is art. 2 lid 1 van de Wet administratieve handhaving verkeersvoorschriften (de wet Mulder), dat 'voorzieningen van strafrechtelijke of strafvorderlijke aard' uitsluit.

Het is opmerkelijk dat de behoefte om het strafrechtelijk terrein af te bakenen zich alleen ten opzichte van het bestuursrecht voordoet.<sup>7</sup> Van de grens met het staatsrecht bijvoorbeeld ligt niemand wakker. Sterker nog, iedere poging om een grens te trekken tussen strafrecht en staatsrecht zal als onzinnig worden ervaren. Met de gedachte dat het strafrecht een constitutionele dimensie heeft, dat het strafrecht in dit opzicht een geïntegreerd onderdeel vormt van de Nederlandse rechtsorde, kan een ieder leven.<sup>8</sup>

De grens met het privaatrecht wordt evenmin als problematisch ervaren. Bepalingen van burgerlijk procesrecht worden, als dat handig toeschijnt, rustig van overeenkomstige toepassing verklaard op het strafproces. Men zie bijvoorbeeld art. 94c Sv, dat de vierde Titel van het Derde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van overeenkomstige toepassing verklaart op strafvorderlijk conservatoir beslag.<sup>9</sup> De strafrechter die over de vordering van de benadeelde partij

*Hercoördinatie Wetboek van Strafvordering: tijd voor een integrale herziening?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1991, p. 13.

- 6 Deze uitsluiting geldt overigens sinds de inwerkingtreding van de wet van 12 mei 1999, *Stb.* 1999, 214 niet meer over de gehele linie. Zie daarover aanstonds, paragraaf 5.
- 7 Het bestuursrecht kent ook grensproblemen met het privaatrecht, in het bijzonder als het gaat om de vergoeding van schade veroorzaakt door rechtmatig of onrechtmatig overheidsoptreden. Zie daarover o.m. P.J.J. van Buuren, 'Grenscorrectie tussen bestuursrecht en privaatrecht via het zelfstandig schadebesluit', *NJB* 1997, p. 759 e.v.; B. Schueler, *Schadevergoeding onder de Algemene wet bestuursrecht*, Monografieën Algemene wet bestuursrecht B7, Deventer: Kluwer 1997, p. 19 e.v. en H.E. Bröring in: D. Allewijn e.a. (red.), *Bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1999, Deel B1, hoofdstuk 2.6, p. 307 e.v.
- 8 Zie over de constitutionele dimensie van het strafrecht de oratie van P.A.M. Mevis, *Constitutioneel strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1998. Voor de betekenis van het staatsrecht voor het bestuursrecht (en omgekeerd) kan gewezen worden op de verschillende bijdragen in: D.J. Elzinga & H.M. de Jong (red.), *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht*, Publikaties van de Staatsrechtkring no. 3, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
- 9 Zie ook art. 94b Sv. Of deze van toepassingverklaring helemaal goed is doordacht, is een andere vraag. Zie daarover o.m. J.L. van der Neut & J. Simmelink, 'Van overeenkomstige toepassing', *D&D* 1996, p. 851 e.v. en B.F. Keulen, *Crimineel vermogen en strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999, m.n. p. 162 e.v.

oordeelt, past voorts regels van materieel burgerlijk recht toe. Niemand die zegt dat dat niet kan. Alles echter lijkt anders te worden als het om het bestuursrecht gaat. Dan ineens wordt de behoefte gevoeld om een streep te trekken, die in de wet moet worden vastgelegd (art. 1:6 Awb). Toepassing van regels van bestuursrecht op strafrechtelijk terrein blijkt ineens wél op principiële bezwaren te stuiten. Het omgekeerde lijkt, zo zagen wij, ook te gelden. Als een bestuursorgaan een boete oplegt schijnt het materiële strafrecht niet van toepassing te kunnen zijn.

De verklaring voor die krampachtigheid zou, paradoxaal genoeg, wel eens gelegen kunnen zijn in de grote mate van verwantschap die tussen de beide rechtsgebieden bestaat. Met het privaatrecht is vreedzame coëxistentie mogelijk juist omdat de regels van koop en verkoop, of van huur en verhuur, niets met het strafrecht van doen hebben. De vraag naar het bereik van de Algemene wet bestuursrecht zou geen probleem hebben opgeleverd als die wet zich had beperkt tot wat thans, onder het kopje *Subsidies*, in Titel 4.2 is te vinden. In het strafrecht worden immers geen subsidies verstrekt. Het probleem ontstaat doordat de Algemene wet bestuursrecht ook andere regels bevat, regels die gelet op hun inhoud, op de materie die zij regelen, heel wel van toepassing zouden kunnen zijn op de opsporing en vervolging van strafbare feiten. Zou het kunnen zijn dat zoveel energie wordt gestoken in het trekken van een streep omdat een natuurlijke, vanzelfsprekende grens ontbreekt?

Die vraag staat in dit deelrapport centraal. Betoogd zal worden dat het bestaande onderscheid tussen de beide rechtsgebieden berust op een historisch bepaald, maar inmiddels achterhaald gedachtegoed. De conclusie is derhalve dat dit onderscheid niet ten grondslag dient te worden gelegd aan de wetgeving op dit terrein. De vraag is vervolgens welke consequenties die conclusie heeft voor de inrichting van een nieuw Wetboek van Strafvordering en voor de juridische inbedding van de 'bestuurlijke' boete.

In dit deelrapport zal nog geen antwoord worden gegeven op de vraag hoe opsporing en controle zich tot elkaar dienen te verhouden. Bij het zoeken naar een antwoord op die vraag raakt men gemakkelijk verstrikt in een kluwen aan problemen. Om die kluwen te ontwarren is nodig dat eerst helderheid wordt geschapen over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht in het algemeen. Die algemene 'voorvraag' is in dit rapport aan de orde. Vervolgens zal, op basis van de bevindingen van dit rapport, de problematiek van de opsporing en controle te lijf worden gegaan. Zie daarvoor deelrapport 2, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' (Knigge & Kwakman).

## 2 Historisch bepaald onderscheid

Het onderscheid tussen het strafrecht en het bestuursrecht is historisch bepaald. Om dat aannemelijk te maken kan met een sterk geschematiseerde weergave van de historische werkelijkheid worden volstaan. Hier wordt daarom voorbijgegaan aan alle nuances die bij een nadere beschouwing het beeld blijken te compliceren. Misschien is het hier zelfs in het geheel niet om accurate geschiedschrijving te doen. Het uiteindelijke doel is in elk geval om aan te tonen dat het bestaande onderscheid tussen de beide rechtsgebieden achterhaald is. Daarvoor is nodig dat dat onderscheid aan het verleden wordt toegeschreven.

De navolgende schematische weergave van de historische werkelijkheid bestaat uit drie punten. Het eerste punt knoopt aan bij het feit dat de uitoefening van het *ius puniendi* door de overheid in het verleden de meest ingrijpende vorm van overheidsbemoeienis was. Niet alleen de straffen waarmee de burgers werden geconfronteerd, waren ingrijpend (men denke aan het vierendelen en het geselen; aan de eerloosverklaring en de verbanning), ook het daarvoor benodigde onderzoek was dat. Zonodig werd de verdachte op de pijnbank gelegd. Het is geen wonder dat de behoefte aan rechtsbescherming tegen willekeurig overheidsoptreden zich op het terrein van het strafrecht het eerst en het scherpst deed gevoelen. Dat leidde tot de formulering van een (tot het strafrecht beperkt) legaliteitsbeginsel en tot gedetailleerde wetgeving. Het strafrecht laat kortom een *voorsprong in ontwikkeling* zien.

Dit beeld krijgt nog wat extra reliëf als bedacht wordt dat de overheidsbemoeienis op andere terreinen beperkt was. Er was sprake van een 'nachtwakerstaat'. Wat er op die andere terreinen aan regelgeving was vormde bovendien een sterk verbrokkeld geheel. Het bestuursrecht was zogezien een verwaarloosd eendje in de juridische bijt.

Het tweede punt sluit bij het eerste aan. De ingrijpendheid van het strafrecht vroeg om wezenlijke waarborgen. Dat leidde tot wat tegenwoordig wel de *procesverplichting* wordt genoemd.<sup>10</sup> De bestraffing werd in handen gelegd van de onafhankelijke rechter, hetgeen betekende dat het houden van een strafproces een noodzakelijke voorwaarde voor bestraffing werd. Zonder strafproces geen straf. Iets vergelijkbaars gold voor het voorbereidende onderzoek. Ook hier was, als garantie tegen willekeur, een centrale rol weggelegd voor de rechter. Het vooronderzoek was welhaast per definitie een *gerechtelijk* vooronderzoek; dat wil zeggen een door de *rechter(-commissaris)* uitgevoerd onderzoek. Het opsporingsonderzoek stelde destijds nog weinig voor. De politie diende zich te beperken tot het opnemen en doorsluizen van aangiften en tot het optreden in geval

10 Zie J.F. Nijboer, 'De meerwaarde van de procesverplichting', in: A.M. Hol & C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 91.

van ontdekking op heterdaad. Dat laatste echter alleen indien en voorzover het optreden van de rechter-commissaris niet kon worden afgewacht.<sup>11</sup>

Het strafrecht regelde derhalve het doen en laten van de (straf)rechter. Het bestuursrecht daarentegen regelde het optreden van de administratie, van het bestuur. Er was derhalve sprake van een *verschil in actoren*. Dat verschil leidde tot een simpel orderingsprincipe: strafrecht is wat de strafrechter doet, bestuursrecht is wat de administratie doet.<sup>12</sup> Daarbij dient bedacht te worden dat het OM niet tot de administratie werd gerekend, maar tot de rechterlijke macht. Het OM dankte die 'magistratelijke' positie, waarop het zich tot op de dag van vandaag laat voorstaan, ironisch genoeg vooral aan zijn weinig zelfstandige plaats in de rechterlijke organisatie. De officier van justitie was aanvankelijk niet veel meer dan de loopjongen van de rechter: hij bracht de dagvaardingen uit en legde de genomen beslissingen ten uitvoer.<sup>13</sup>

Het derde punt ten slotte heeft te maken met het verschil in karakter. Het strafrecht was uitsluitend punitief. Het doel was vergelding. Daar kwam bij dat het accent lag op het commune strafrecht, dat een sterke 'horizontale' component had. De overheid trok de strafmacht aan zich om eigenrichting tussen burgers onderling te voorkomen. Dat maakte het strafrecht *reactief*. Er werd gereageerd op aangiften van burgers; de strafrechtelijke bemoeienis beperkte zich tot optreden ná gerezen verdenking. Die grens had een principiële lading: de burger diende van justitieel optreden gevrijwaard te blijven als geen sprake was van een vermoedelijk gepleegd strafbaar feit.

Het bestuursrecht was allesbehalve punitief. Voorzover sprake was van optreden tegen wetsovertredingen had dat optreden een reparatoir karakter. Het was gericht op het herstel van de rechtmatige toestand. Aanvankelijk was er dus een groot *verschil in doel* tussen het strafrecht en het bestuursrecht. Het strafrecht was punitief en op het verleden gericht, het bestuursrecht was sturend en toekomstgericht.

Bij wijze van korte samenvatting het volgende. Onze excursie naar het verleden laat drie verschilpunten zien tussen het bestuursrecht en het strafrecht. Er was sprake van (1) een verschil in ontwikkeling, (2) een verschil in actoren en (3) een verschil in doel. De blik wordt nu op het heden gericht. Aannemelijk zal worden gemaakt dat zich op al deze drie punten grote veranderingen hebben voltrokken.

11 Vergelijk G. Knigge, *De strafvordering in het geding*, preadvies NJV 1994, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 68 e.v.

12 Zie voor dit 'ezelsbruggetje' A.M. Donner, 'De handhaving van het bestuursrecht', in: R. Kranenburg e.a., *Nederlands bestuursrecht*, Algemeen Deel, Alphen aan den Rijn: Samson N.V. 1953, p. 66.

13 Vergelijk P. Mostert, *Vereisen de functies van het Openbaar Ministerie nieuwe wettelijke voorzieningen?*, prae-advies NJV 1968, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1968, p. 267 e.v.

(1) *Vershil in ontwikkeling.* Het bestuursrecht is in de loop der tijd geëmancipeerd. De overheidsbemoeyenis is sterk toegenomen. De nachtwakerstaat maakte plaats voor de sociale verzorgingsstaat. Met de toename aan overheidsbemoeyenis nam ook de behoefte aan rechtsbescherming op niet-strafrechtelijk terrein toe. Dat heeft geleid tot een inhaalslag. Zo geldt het legaliteitsbeginsel thans ook op het terrein van het bestuursrecht, en het heeft daar geen wezenlijk andere betekenis dan op het terrein van het strafrecht.<sup>14</sup> Verder heeft de verbrokkelde regelgeving plaats gemaakt voor een vorm van codificatie: de Algemene wet bestuursrecht. De gepretendeerde 'algemeenheid' van de in die wet vervatte regels roept als vanzelf afgrenzingsvragen op.

(2) *Vershil in actoren.* In het bestuursrecht is, als logisch bijproduct van de gerealiseerde rechtsbescherming, uitgebreid procesrecht tot stand gebracht. Het bestuursrecht regelt dus niet meer uitsluitend het handelen van de administratie, maar ook dat van de bestuursrechter. Het strafrecht laat een spiegelbeeldige ontwikkeling zien. Het OM verzelfstandigde, waarbij de officier van justitie uitgroeide tot *dominus litis*. Die ontwikkeling ging hand in hand met een toename van discretionaire bevoegdheden. Het 'legaliteitsbeginsel'<sup>15</sup> maakte plaats voor het opportunitiebeginsel; de buitengerechtelijke afdoening (transactie, voorwaardelijk sepot) nam een hoge vlucht. Daar kwam nog bij dat het opsporingsonderzoek het gerechtelijk vooronderzoek verdrong, waardoor de rol van zowel de officier van justitie als de politie in het vooronderzoek in gewicht en omvang toenam. Op het terrein van de executie namen voorts de discretionaire bevoegdheden van de met de executie belaste autoriteiten toe. Niet langer kan daarom worden gezegd dat het in het strafrecht alleen of hoofdzakelijk gaat om het handelen van de rechter. Andere actoren - de politie, het OM, het gevangeniswezen - zijn minstens even prominent in beeld.

Het goede duidelijk zijn dat het oude ordeningscriterium door deze twee spiegelbeeldige ontwikkelingen onder druk is komen te staan. Het strafrecht is niet langer alléén wat de strafrechter doet, het bestuursrecht is méér dan wat de administratie doet.

(3) *Vershil in doel.* Met de opkomst, aan het einde van de negentiende eeuw, van de zogenaamde Nieuwe Richting werden nieuwe doelen aan het strafrecht

- 14 Zie voor de onderbouwing van deze stelling deelrapport 2, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' (Knigge & Kwakman), m.n. paragraaf 6.2. Vergelijk de recente beschouwingen over het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel in P.C. Bogert & T. Koopmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Rotterdam-Deventer: Gouda Quint 2000. Opvallend is dat het legaliteitsbeginsel binnen geen van beide rechtsgebieden een rustig bezit genoemd kan worden. Ook in het strafrecht staat de invulling en uitwerking van het legaliteitsbeginsel ter discussie, waarbij teruggegrepen wordt op dezelfde centrale waarden als in het bestuursrecht, namelijk rechtszekerheid en voorkoming van willekeur.
- 15 Niet te verwarren met het legaliteitsbeginsel van art. 1 Sr. De term staat hier voor de plicht van de met de vervolging belaste instantie om in beginsel alle strafbare feiten te vervolgen.

toegevoegd: generale en speciale preventie; maatschappijbeveiliging. Naast de straffen, die vergelding beoogden, kwamen de op de toekomst gerichte maatregelen. Het onderscheid was (en is) daarbij onscherp. Bekende voorbeelden zijn hier de ontzetting uit het recht om een bepaald beroep uit te oefenen, en de ontzegging van de rijbevoegdheid. Het gaat hier telkens om bijkomende straffen, maar zij hebben onmiskenbaar ook een preventief, maatschappijbeveiligend karakter. Het verschil met de intrekking van een vergunning na geconstateerde wetsovertreding is dus maar klein.

Bij deze ontwikkeling voegde zich de enorme groei van het orderingsstrafrecht, ook wel en niet voor niets 'bestuurlijk' strafrecht genoemd. Dat strafrecht had een sterke 'verticale' component: niet de voorkoming van eigenrichting stond voorop, maar het 'eigen' belang van de overheid bij de naleving van de regels. Niet de vergelding was het doel, maar de generale preventie. Het 'eigen' belang van de overheid bij de naleving van de regels maakte voorts dat niet met reactief optreden kon worden volstaan: de handhaving van de wet vroeg om controle en toezicht met de daarbij horende verstrekkende bevoegdheden. Dat betekende dat de principiële grens van de verdenking van een strafbaar feit werd losgelaten. De handhavingsactiviteiten van de overheid begonnen zich meer en meer uit te strekken tot de 'voorfase'. Dat het speuren naar mogelijk gepleegde wetsovertredingen tegenwoordig geen 'opsporing' meer mag heten<sup>16</sup>, lijkt daarbij niet veel meer dan een poging het loslaten van het principe betreffende de verdenking te verdoezelen. Wat eens een principiële beperking van het overheidsoptreden was, is verworden tot een kunstmatige scheiding van handhavingsactiviteiten.

De conclusie mag zijn dat het strafrecht, en in het bijzonder het orderingsstrafrecht, meer preventief is geworden. Het bestuursrecht daarentegen is, door de opmars van de bestuurlijke boete, punitiever geworden. Het resultaat is dat het verschil in doel is vervaagd. De ene handhavingsmodaliteit lijkt dan ook probleemloos door de andere te kunnen worden vervangen.

### 3 Consequenties

Het voorafgaande kan als volgt worden samengevat. (1) Het strafrecht heeft zijn voorsprong in ontwikkeling verloren; (2) op beide rechtsgebieden treden dezelfde actoren op, namelijk zowel bestuursorganen als rechters; (3) de doeleinden zijn

16 Aanvankelijk werd in de bijzondere wetten een ruim opsporingsbegrip gehanteerd, dat ook de repressieve controle omvatte. Na 1969 echter is de wetgever gaan onderscheiden tussen controletaken en opsporingstaken. Dat neemt overigens niet weg dat in de Wet Economische Delicten nog steeds een betrekkelijk ruim opsporingsbegrip wordt gehanteerd. Zie daarover o.m. B.F. Keulen, *Economisch strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 265 e.v.

met elkaar verstrengeld geraakt. Het kan moeilijk anders of deze ontwikkelingen ondergraven het historisch gegroeide onderscheid tussen beide rechtsgebieden. Wat vanzelfsprekend leek wordt daardoor kwestieus. In het navolgende zal getracht worden dit te verduidelijken. De werkwijze is daarbij weer puntsgewijs.

(1) *Voorsprong in ontwikkeling.* Het strafrecht had, zo werd betoogd, aanvankelijk een voorsprong in ontwikkeling. Daarbij moet echter wel worden bedacht dat dat strafrecht zich van oudsher concentreerde op het werk van de rechter. Het optreden van bestuursorganen - het OM, de politie, het gevangeniswezen - bleef onderbelicht. De vraag is daarom of het strafrecht geen last heeft gekregen van de wet van de remmende voorsprong. Wellicht is het doen en laten van de bestuursorganen op het terrein van de strafrechtspleging in vergelijking met het bestuursrecht ondergenormeerd geraakt. De vraag die daarbij onmiddellijk rijst is of de Algemene wet bestuursrecht niet in het gebrek in normering zou kunnen voorzien. Het oude antwoord was dat zulks is uitgesloten omdat strafrecht nu eenmaal geen bestuursrecht is. Dat antwoord bevredigt niet meer. De vraag is immers wat nog strafrecht mag heten, en wat bestuursrecht.

(2) *Verskil in actoren.* Met het oorspronkelijke verschil in actoren hangt een nog steeds bestaand verschil in rechtsbescherming samen. Op het terrein van het strafrecht geldt, zo zagen wij, de procesverplichting. De beslissing is voorbehouden aan de rechter. Op het terrein van het bestuursrecht daarentegen ligt de beslissing bij het bestuursorgaan. De rechtsbescherming neemt hier de vorm aan van een 'piepsysteem', van een stelsel van bezwaar en beroep.

De vraag is of voor dat verschil in rechtsbescherming thans nog een goede grond bestaat. De ingrijpendheid van het overheidsoptreden lijkt daarvoor in elk geval niet langer een afdoende verklaring te bieden. Mede doordat het strafrecht in vergelijking met tweehonderd jaar geleden milder is geworden, kan niet meer gezegd worden dat bestuursrechtelijk optreden per definitie minder bezwarend voor de burger is dan strafrechtelijk optreden. Men vergelijk de vreemdelingenbewaring met de straf van onbetaalde arbeid, de intrekking van een vergunning met de geldboete. Wel is het zo dat de meest ingrijpende *sancties* nog steeds voor het strafrecht zijn gereserveerd (men denke aan de gevangenisstraf), maar de verschillen die zich op dit punt *binnen* het strafrecht voordoen zijn niet groter dan die tussen het strafrecht en het bestuursrecht. Een gevangenisstraf is doorgaans ingrijpender dan een geldboete, maar die geldboete is niet ingrijpender dan een even hoge bestuurlijke boete. Waarom voor de ene boete een procesverplichting geldt en voor de andere niet, is niet langer inzichtelijk.

Aandacht verdient dat op het terrein van het strafrecht allerhande beklagprocedures tot ontwikkeling zijn gekomen. Deze hebben betrekking op andere beslissingen dan de beslissing tot sanctieoplegging. Een duidelijk voorbeeld is het beklag ex art. 12 Sv over het niet of het niet verder vervolgen van strafbare

feiten. Andere voorbeelden zijn het beklag over inbeslagneming (art. 552a Sv), het bezwaarschrift tegen de onthouding van processtukken (art. 32 Sv) en natuurlijk de beklagmogelijkheden met betrekking tot de executie van de vrijheidsstraf (art. 13 lid 4 Sr; art. 60 e.v. Penitentiaire beginselenwet). De rechtsbescherming neemt op strafrechtelijk terrein dus soms de vorm aan van een piepsysteem. Opmerkelijk genoeg heeft zich op het terrein van het bestuursrecht geen spiegelbeeldige ontwikkeling voorgedaan. De rechtsbescherming lijkt daar nooit de vorm van een procesverplichting aan te nemen. Er lijkt zelfs sprake van een dogmatische blokkade op dit punt.

Illustratief is de vreemdelingenbewaring (art. 26 Vreemdelingenwet), een administratiefrechtelijke maatregel die qua ingrijpendheid kan wedijveren met de gevangenisstraf. De beslissing is in handen gelegd van de vreemdelingenpolitie (art. 82 Vreemdelingenbesluit); de vreemdeling kan beroep instellen bij de rechtbank.<sup>17</sup> Deze constructie brengt mee dat rechterlijke toetsing achterwege blijft als de betrokkene niet 'piept'. Omdat dat kennelijk niet acceptabel werd geacht, is voorgeschreven dat, indien de vreemdeling niet binnen vier weken beroep heeft ingesteld, de minister aan de rechtbank kennis geeft van de voortzetting van de vrijheidsbeneming. Die kennisgeving wordt dan 'gelijkgesteld' met een beroep door de vreemdeling bij de rechtbank.<sup>18</sup> In feite wordt hier een procesverplichting gecreëerd door middel van een fictie: de betrokkene wordt geacht in beroep te zijn gegaan. Het gebruik van de fictie lijkt te bevestigen dat een procesverplichting op het terrein van het bestuursrecht als een dogmatische onmogelijkheid wordt gezien.<sup>19</sup>

(3) *Verstrengeling van doelen.* De verstrengeling van doeleinden die is opgetreden, gaat op het terrein van het ordeningsrecht het meest ver. De verschillende handhavingsmodaliteiten zijn hier min of meer inwisselbaar geworden. De geschiedenis van de Wet Economische Delicten illustreert dat. De bedoeling was aanvankelijk om de gehele handhaving van het economisch strafrecht te concentreren bij de (economische) strafrechter. Uitgangspunt was, zo blijkt uit art. 5 WED, dat geen andere voorzieningen met de strekking van straf of tuchtmaatregel konden worden getroffen dan die in de Wet Economische Delicten waren te vinden. De punitieve intrekking van vergunningen door bestuursorganen werd

17 Art. 34a Vreemdelingenwet jo. art 8:1 Awb. Bezwaar en administratief beroep zijn uitgesloten op grond van art. 29 sub c Vreemdelingenwet.

18 Zie art. 86 Vreemdelingenbesluit jo. art. 18b, leden 3 en 4 Vreemdelingenwet.

19 Gewezen kan ook worden op de Wet bijzondere opnemingen psychiatrische ziekenhuizen. De burgemeester kan op grond van art. 20 de inbewaringstelling gelasten. Voor de voortzetting van deze vrijheidsbeneming is een procesverplichting gecreëerd: de officier van justitie (dus niet de burgemeester) dient machtiging te vragen bij de burgerlijke rechter (art. 27). Wordt hier uitgeweken naar de burgerlijke rechter en het civiele procesrecht omdat binnen het bestuursrecht geen plaats is voor een procesverplichting?

met de geest van dat artikel in strijd geacht.<sup>20</sup> Het was de *rechter* die een uitgebreid, 'bestuurlijk' sanctiepakket kreeg, dat ook voorzag in de intrekking van vergunningen (zie art. 7 sub f WED). Opmerkelijk is daarbij dat de rechter de veroordeelde wel tot herstel kan verplichten (art. 8 sub c WED), maar niet de toepassing van bestuursdwang kan bevelen.<sup>21</sup> De vraag die zich opdringt, is: waarom eigenlijk niet?

De concentratie van de handhaving bij de economische rechter is niet door iedereen als een doorslaand succes ervaren. Thans is het streven om die handhaving te concentreren bij het bestuursorgaan dat met de uitvoering van, en het toezicht op de naleving van die wet is belast. De invoering van de bestuurlijke boete is daarvan het resultaat. Aandacht verdient dat het bestuursorgaan nog niet de beschikking heeft gekregen over de andere sancties die aan de (economische straf)rechter waren voorbehouden, zoals de stillegging van de onderneming, de verbeurdverklaring en de ondertoezichtstelling. En de vraag is weer: waarom eigenlijk niet?

#### 4 Keuze van uitgangspunten

De 'historische' verschillen tussen het strafrecht en het bestuursrecht zijn, zo bleek uit het voorgaande, goeddeels verdwenen. Daardoor bevredigen de oude afbakeningscriteria niet meer. De vraag is of er andere, betere criteria zijn. Eigenlijk is de vraag *waarom* gezocht zou moeten worden naar een grens tussen beide rechtsgebieden. Kunnen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke normering niet hand in hand gaan?

Het bezwaar van alle pogingen om een grens te trekken tussen het strafrecht en het bestuursrecht, is dat daardoor de verschillen worden verabsoluteerd. Dat ontnemt het zicht op de overeenkomsten, die er óók zijn. Het bestuursrecht en het strafrecht zijn beide onderdelen van het publieke recht, en hebben als zodanig het nodige gemeen. In beide rechtsgebieden is sprake van het optreden van bestuursorganen ten opzichte van burgers en van de inschakeling van de rechter als waarborg tegen willekeur. De vraag naar het eigen karakter van het strafrecht is zogezien betrekkelijk irrelevant. De mogelijke verschillen behoeven namelijk geen beletsel te vormen om hetgeen de beide rechtsterreinen gemeen hebben, gemeenschappelijk te regelen. Een eenvoudig voorbeeld kan dit verduidelijken. Niemand verdedigt dat op het terrein van het strafrecht andere grondrechten hebben

20 De regering achtte een dergelijke intrekking 'princiepelijk zeer bedenkelijk (...). Aldus immers vindt in wezen bestraffing plaats met weglating van al de waarborgen, welke bij strafoplegging nodig zijn geacht'. Zie B.F. Keulen, *Economisch strafrecht, a.w.*, p. 219.

21 Zie nader B.F. Keulen, *Economisch strafrecht, a.w.*, p. 208 e.v.

te gelden dan op het terrein van het bestuursrecht. Het veronderstelde eigen, unieke karakter van een rechtsgebied sluit de gelding van gemeenschappelijke regels dus niet uit.

Het eerste uitgangspunt is derhalve dat er in elk geval geen principieel bezwaar is om dat wat gemeenschappelijk is, ook gemeenschappelijk te regelen. Daarmee is niet gezegd dat algemene regeling *moet*. Ook *binnen* het bestuursrecht doet zich de spanning tussen algemeen en bijzonder gevoelen.<sup>22</sup> Aan aanvullende en afwijkende regelgeving valt ook daar niet te ontkomen. Daarbij zij echter wel opgemerkt dat algemene regels een zelfstandig belang vertegenwoordigen, namelijk het belang van de kenbaarheid en de inzichtelijkheid van het recht. De wenselijkheid van uitzonderingen moet tegen dat belang worden afgewogen. Daartegenover staat dat, als zeer veel uitzonderingen noodzakelijk zijn, het juist uit een oogpunt van inzichtelijke regelgeving gewenst kan zijn om een 'eigenstandige' regeling te treffen. Die eigen regeling is dan echter niet het noodzakelijk gevolg van een *vooropgezet* onderscheid tussen twee rechtsgebieden, maar het resultaat van een debat over de helderheid en de duidelijkheid van de wetgeving. De uiteindelijke 'ordeningscriteria' zijn derhalve vervat in de volgende twee vragen. (1) Levert toepassing van een algemene regel een inhoudelijk bevredigend, aanvaardbaar resultaat op? (2) Wat levert de meest inzichtelijke regelgeving op, algemene regels met uitzonderingen en aanvullingen, of een aparte regeling?

Het tweede uitgangspunt sluit daarbij aan. Om uit te kunnen maken of de toepassing van algemene regels een inhoudelijk bevredigend resultaat oplevert, is een algemene - het strafrecht en het bestuursrecht overkoepelende - theorie nodig. Die theorie zou bijvoorbeeld antwoord moeten kunnen geven op de vraag welke vorm van rechtsbescherming (een piepsysteem of een procesverplichting) in een bepaald geval het meest aangewezen is. Een belangrijk criterium lijkt de ingrijpendheid van het overheidsoptreden te zijn. Zo geldt ingeval van vrijheidsontneming van meer dan korte duur meestal een procesverplichting. Ik noem de voorlopige hechtenis, de vrijheidsstraffen en de gedwongen plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis. Bij de vreemdelingenbewaring echter geldt het bestuursrechtelijke model van beslissing door de administratie met de mogelijkheid van beroep op de rechter.<sup>23</sup> De vraag is of er een goede reden is voor dat verschil.

Een algemene theorie is vooral van belang op het terrein waarop het strafrecht en het bestuursrecht elkaar het meest raken, namelijk op dat van de wetshandhaving. Welke sancties dienen door de rechter te worden opgelegd, en welke kunnen aan een bestuursorgaan worden toevertrouwd? Als sanctionering door een bestuursor-

22 Zie F.M. Noordam, 'We gaan iets nieuws doen', in: M. Herweijer, K.F. Schuiling & H.B. Winter (red.), *In wederkerigheid* (Scheltema-bundel), Deventer: Kluwer 1997, p. 47 e.v.

23 Met dien verstande dat, gelijk wij zagen, voorzien is in inschakeling van de rechter na vier weken.

gaan is aangewezen, welk bestuursorgaan zou dat moeten zijn, het OM of een andere instantie? Bij welke rechter zou beroep moeten worden ingesteld, de bestuursrechter of de strafrechter? Dient er een verschil in waarborgen te zijn tussen punitieve en niet-punitieve sanctionering? Dienen controle- en opsporingsbevoegdheden te verschillen al naar gelang de sanctie door een bestuursorgaan of door de rechter wordt opgelegd? Enzovoort.

In het navolgende zullen de beide uitgangspunten worden uitgewerkt en geconcretiseerd. Het accent zal daarbij liggen op het eerste uitgangspunt. De vraag naar de juridische ordening staat in dit deelrapport voorop. In hoeverre kan de Algemene wet bestuursrecht van toepassing worden verklaard op het terrein van de strafvordering? Als bestraffing door bestuursorganen acceptabel is, waar moet die bestraffing dan geregeld worden, in de Algemene wet bestuursrecht of in het Wetboek van Strafvordering?

## 5 De toepasbaarheid van de Algemene wet bestuursrecht

Ook op het terrein van het strafrecht treden, zo zagen wij, bestuursorganen op. Dat optreden kan diep ingrijpen in het leven van burgers. Daarbij komt dat het strafprocesrecht beklagprocedures kent die een sterk bestuursrechtelijke inslag hebben. Dat roept de vraag op of en in hoeverre de regels uit de Algemene wet bestuursrecht hier van toepassing kunnen worden verklaard. Is er een goede reden om van die regels af te wijken?

Om te beginnen kan erop worden gewezen dat gemeenschappelijke regelgeving op het terrein van het strafrecht en het bestuursrecht op zich niets nieuws is. Men denke aan de Wet RO, de Wet op de rechtsbijstand, de Algemene wet op het binnentreden en de Wet openbaarheid van bestuur. Sinds de inwerking-treding van de wet van 12 mei 1999, *Stb.* 1999, 214 dient aan dat rijtje hoofdstuk 9 van de Algemene wet bestuursrecht te worden toegevoegd. De daarin neergelegde klachtregeling is ook van toepassing op het strafrecht. Dat is gerealiseerd door wijziging van art. 1:6 Awb. Dit artikel sluit niet langer de *hele* wet van toepassing uit op het strafrecht, maar 'alleen' de hoofdstukken 2 tot en met 8 en hoofdstuk 10 van de wet. Er blijkt dus al één schaap over de dam te zijn.<sup>24</sup> De vraag is zogezien welke andere schapen zouden kunnen volgen. Voor een uitputtende

24 In het Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht, vierde tranche wordt de Wet openbaarheid van bestuur ondergebracht in hoofdstuk 2 (afdeling 2.3) van de Algemene wet bestuursrecht. Art. 1:6 Awb wordt daarbij gewijzigd (zie artikel I sub B van het voorontwerp), zodat ook dit onderdeel van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing zal zijn op strafrechtelijk terrein.

bespreking van die vraag is in het kader van dit betoog geen plaats. Volstaan moet worden met een eerste terreinverkenning. De blik is daarbij gericht op de mogelijke totstandkoming van een nieuw Wetboek van Strafvordering. Het betoog zal zich om die reden concentreren op de toepassing van de Algemene wet bestuursrecht op de opsporing en vervolging van strafbare feiten. Het penitentiaire recht (dat slechts zeer ten dele in het Wetboek van Strafvordering is te vinden) blijft daarom buiten beschouwing. Opgemerkt zij slechts dat hier de minste reden lijkt te zijn om van de Algemene wet bestuursrecht af te wijken.<sup>25</sup>

Voor alle duidelijkheid zij opgemerkt dat het bij de mogelijke toepassing van de Algemene wet bestuursrecht op de opsporing en vervolging van strafbare feiten niet gaat om de vraag of de officier van justitie een bestuursorgaan is in de zin van die wet. Dat dat het geval is volgt uit de definitie gegeven in hoofdstuk 1, een hoofdstuk dat door art. 1:6 niet van toepassing wordt uitgesloten. De Algemene wet bestuursrecht is dan ook van toepassing op de niet-strafvorderlijke taken van het OM. Te denken valt bijvoorbeeld aan de bevoegdheden die het OM heeft in het kader van de Wet bijzondere opnemingen psychiatrische ziekenhuizen en, niet onbelangrijk, aan de oplegging van bestuurlijke boetes op grond van de Wet Mulder. Het etiket als zodanig (bestuursorgaan) zegt voorts niets over de 'magistratelijkheid' van de functie-uitoefening. Die magistratelijkheid zou, voorzover daaronder moet worden verstaan dat de officier van justitie niet eenzijdig het vervolgingsbelang dient te behartigen, door de toepasselijkheid van de Algemene wet bestuursrecht zelfs een wettelijke onderstreping krijgen. Art. 2:4 lid 1 Awb bepaalt immers dat het bestuursorgaan zijn taak zonder vooringenomenheid moet vervullen, terwijl art. 3:4 lid 1 Awb vergt dat het bestuur (alle) rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen afweegt, dus in voorkomende gevallen ook de belangen van de verdachte. Voorzover met die magistratelijkheid op een zekere onafhankelijkheid wordt gedoeld ten aanzien van (partij)politieke invloeden, vindt zij een waarborg in de regeling zoals die thans in de art. 127 e.v. RO is neergelegd. De eventuele toepassing van de Algemene wet bestuursrecht op het handelen van de officier van justitie brengt daarin geen verandering.

### *Mandaat en delegatie*

Bij een aantal onderdelen van de Algemene wet bestuursrecht lijkt toepassing op de opsporing en vervolging weinig problematisch. Ik noem Hoofdstuk 2, waarin regels worden gegeven met betrekking tot het verkeer tussen burgers en bestuursorganen en de daarbij te gebruiken taal. Gedacht kan ook worden aan de regeling van mandaat en delegatie, zoals die is neergelegd in Titel 10.1 van de wet. Daarbij is van belang dat de Algemene wet bestuursrecht, zoals zojuist werd opgemerkt,

25 Zie daarover O.J.D.M.L. Jansen, 'De koude uitsluiting van het penitentiair bestuursrecht', *NJB* 1995, p. 1107 e.v.

wél van toepassing is op de uitoefening van de niet-strafrechtelijke taken van de politie en het OM. Een uniforme regeling lijkt hier alleen maar winst op te leveren. Thans is in het nieuwe art. 126 RO een regeling getroffen volgens welke 'de uitoefening' van bevoegdheden van de officier van justitie en de advocaat-generaal 'kan worden opgedragen' aan een andere bij het parket werkzame ambtenaar.<sup>26</sup> Van mandaat wordt niet, althans niet met zoveel woorden, gesproken.<sup>27</sup> De regeling maakt geen onderscheid tussen bevoegdheden op het terrein van de opsporing en vervolging en andere bevoegdheden. Zij is in vergelijking met de uitvoerige Awb-regeling betrekkelijk summier. Daar staat tegenover dat de hoofdregel uit art. 10:3, eerste lid Awb (geen mandaat als de wet of de aard van de bevoegdheid zich daartegen verzet) nader wordt geconcretiseerd. Er worden een aantal bevoegdheden opgesomd die *niet* voor mandatering in aanmerking komen.<sup>28</sup>

De schoonheidsprijs verdient een en ander niet. Het bezwaar is uiteraard niet dat de Awb-regeling wordt geconcretiseerd. Dat van de toepassing van een algemene regeling wordt uitgegaan, wil zeker niet zeggen dat met die regeling kan worden volstaan. Het bezwaar is wel dat Titel 10.1 Awb en art. 126 RO met elkaar concurreren als het om de niet-strafvorderlijke bevoegdheden gaat. Waarom voor de strafvorderlijke bevoegdheden met een summier regeling kan worden volstaan, is voorts niet duidelijk. Daar komt bij dat art. 126 RO alleen betrekking heeft op mandatering aan bij het parket werkzame ambtenaren. De Hoge Raad heeft daaruit inmiddels een argument geput voor de stelling dat mandatering van OM-bevoegdheden aan de politie niet mogelijk is.<sup>29</sup> Punt blijft dan wel dat met betrekking tot de mandatering van aan de politie toegekende opsporingsbevoegdheden niets is geregeld.

In het vierde onderzoeksjaar zal de mandatering van bevoegdheden op strafvorderlijk terrein opnieuw op de agenda staan. Het zal daarbij vooral gaan

26 Deze redactie is ontleend aan art. 168 Gemeentewet. Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 392, nr. 3, p. 40. Uit het feit dat niet de redactie van de Awb-bepalingen tot uitgangspunt is genomen, mag niet worden afgeleid dat de wetgever ervan uit is gegaan dat die bepalingen niet van toepassing zijn op de mandatering van de *niet-strafrechtelijke* bevoegdheden van het OM.

27 Het tweede lid bepaalt dat de opgedragen bevoegdheid 'in naam en onder verantwoordelijkheid' van de officier van justitie, resp. de A-G, wordt uitgeoefend. De terminologie wijkt af van die van art. 10:1 Awb, dat 'mandaat' definieert als 'de bevoegdheid om in naam van een bestuursorgaan besluiten te nemen'. De beperking tot het nemen van *besluiten* wordt ongedaan gemaakt door art. 10:12 Awb, dat de regeling van overeenkomstige toepassing verklaart op onder meer het 'verlenen van machtiging tot het verrichten van (feitelijke) handelingen'.

28 Zie art. 126 lid 3, tweede volzin, alsmede het vierde lid jo. art. 2 Besluit reorganisatie OM en instelling landelijk parket, *Stb.* 1999, 197. Ook niet-strafvorderlijke bevoegdheden worden genoemd, zoals het doen van vorderingen op grond van de Wet bijzondere opnemingen psychiatrische ziekenhuizen.

29 HR 14 maart 2000, *NJ* 2000, 423 m.nt. 'tH.

om de inhoudelijke kant van de zaak. In welke gevallen is mandatering aanvaardbaar? Hoe past die mandatering in het systeem van bevoegdheidstoedelingen in het Wetboek van Strafvordering? In dit deelrapport staat als gezegd de juridische ordening centraal. De voorlopige conclusie kan zijn dat het uit een oogpunt van eenvoud en inzichtelijkheid van regelgeving aanbeveling verdient om de regeling van de 'strafvorderlijke' mandatering te enten op de algemene bepalingen neergelegd in Titel 10.1 Awb. Dat betekent dat de toepasselijkheid van die algemene bepalingen op de strafvordering het uitgangspunt van regeling moet zijn.

### *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*

De toepasselijkheid van de (overigens slechts ten dele in de Algemene wet bestuursrecht gecodificeerde) beginselen van behoorlijk bestuur is omstreden. In de strafrechtelijke literatuur en jurisprudentie pleegt te worden gesproken van de algemene beginselen van een goede procesorde. Aanhangers van de autonome visie menen dat dit verschil in terminologie een verschil in inhoud weerspiegelt. Zij keren zich daarom tegen onverkorte toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op de opsporing en vervolging van strafbare feiten. Opgemerkt kan worden dat dit autonome standpunt in elk geval de schijn tegen heeft. De toepasselijkheid van de genoemde beginselen op de bestuursrechtelijke wetshandhaving (zoals de Wet Mulder) lijkt immers geen probleem op te leveren. Waarom het bij strafrechtelijke handhaving anders zou moeten zijn, valt dan niet direct in te zien.<sup>30</sup>

Niet ontkend kan worden dat er feitelijke verschillen zijn in de wijze waarop in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel uitwerking heeft gevonden in het strafrecht en in (delen van) het bestuursrecht. Maar de vraag is of die verschillen parallel lopen met het onderscheid tussen straf- en bestuursrecht, dan wel hun verklaring vinden in inhoudelijke verschillen tussen wetshandhaving en andere vormen van overheidsoptreden. Ten principale is de vraag of de gevonden feitelijke verschillen te rechtvaardigen zijn. Die vraag kan eigenlijk alleen gesteld en beantwoord worden als ervan uitgegaan wordt dat het in het strafrecht en het bestuursrecht gaat 'om in beginsel gelijke noties van vertrouwen, consistentie en gelijkheid'.<sup>31</sup> Dat gemeenschappelijke uitgangspunt sluit een verschil in uitwerking bepaald niet uit. De reikwijdte van een beginsel is immers geen absoluut gegeven, maar is afhankelijk van een afweging van het beginsel tegen andere conflicterende belangen en beginselen. Het ligt zogezien in de rede dat bij de concrete uitwerking van het

30 Aan dit onderwerp zijn recent uitvoerige beschouwingen gewijd. Zie O.J.D.M.L. Jansen, *Het handhavingsonderzoek* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, in het bijzonder hoofdstuk 8 en P.G. Wiewel, *Rechtsbescherming tegen bestraffing*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001, hoofdstukken 4 t/m 7. Beide auteurs stellen zich op het standpunt dat de strafvorderlijke en de bestuursrechtelijke beginselen niet principieel van elkaar verschillen.

31 Zie P.G. Wiewel, *a.w.*, p. 176.

beginsel verschillen optreden tussen de uitvoering van de wet (als 'zuiver' bestuurlijke taak) en de handhaving daarvan, en dat bij die handhaving weer verschillen optreden tussen punitieve en niet-punitieve sanctionering, en tussen optreden tegen 'slachtofferloze' delicten enerzijds en anderzijds de opsporing en vervolging van ernstige misdrijven waarvan wel burgers het aanwijsbare slachtoffer zijn geworden. Niet onaannemelijk is - anders gezegd - dat het belang van een effectieve wetshandhaving en het recht dat (potentiële) slachtoffers van delicten hebben op een adequate strafrechtelijke bescherming, een eigen gewicht in de schaal leggen. De burger heeft ook in dit opzicht recht op een 'presterende' overheid, een recht dat 'meegenomen' mag worden in de noodzakelijke afweging. Zo kan wellicht niet alleen begrepen, maar ook gerechtvaardigd worden dat de Hoge Raad op strafrechtelijk terrein geen 'nivellering naar beneden' wenst.

Wat er echter ook van dit laatste moge zijn, hier wil vooral benadrukt zijn dat gemeenschappelijke beginselen niet behoeven te leiden tot een algehele gelijkschakeling. Wel maakt het gemeenschappelijk uitgangspunt een debat mogelijk, een debat dat kan leiden tot opheldering en onderbouwing van bestaande verschillen. Gemeenschappelijke beginselen staan aan het bestaan van aanvullende, specifiek strafrechtelijke beginselen voorts niet in de weg. Een reden om de desbetreffende Awb-bepalingen van toepassing uit te sluiten, kan daarin dan ook niet gevonden worden. Een uitputtende codificatie van het ongeschreven recht is met die bepalingen immers niet beoogd. De conclusie kan dan ook zijn, dat er geen overwegende bezwaren zijn om in elk geval de afdelingen 3.1, 3.2 en 3.7 van de Algemene wet bestuursrecht op het strafrecht van toepassing te doen zijn.<sup>32/33</sup>

### *Bestuurscompensatie*

Op het punt van de schadevergoeding wegens (aanvankelijk) rechtmatig overheidsoptreden is het strafrecht in vergelijking met het bestuursrecht ondergenormeerd geraakt. De wet geeft slechts in incidentele gevallen een voorziening. Bekend is art. 89 Sv, dat voorziet in een tegemoetkoming ingeval van 'ten onrechte' ondergane voorlopige hechtenis. Gewezen kan ook worden op art 33c Sr, dat de rechter de mogelijkheid geeft om ingeval van verbeurdverklaring een vergoeding of een tegemoetkoming toe te kennen indien de rechthebbende daardoor

- 32 De afdelingen 3.3, 3.4 en 3.5 lijken in het strafrecht praktische toepassing te missen. Een twijfelgeval vormt afdeling 3.6, onder meer vanwege de daarin gemaakte koppeling tussen bekendmaking en inwerkingtreding. Een eigen, op de strafvorderlijke context afgestemde regeling is hier wellicht te verkiezen.
- 33 De genoemde afdelingen maken deel uit van hoofdstuk 3, dat - zoals het opschrift aangeeft (Algemene bepalingen over besluiten) - primair is geschreven voor besluiten. Op grond van art. 3:1, tweede lid echter zijn de bepalingen van het hoofdstuk van overeenkomstige toepassing op feitelijke handelingen, voor zover althans de aard van de handeling zich daartegen niet verzet. Dat geldt weer niet voor de afdelingen 3.6 en 3.7. Zie nader O.J.D.M.L. Jansen (diss.), a.w., p. 158 e.v.

onevenredig zou worden getroffen. Art. 592 Sv biedt de mogelijkheid om de kosten van uitlevering van voorwerpen vergoed te krijgen. In andere gevallen, bijvoorbeeld ingeval van schade veroorzaakt door de doorzoeking van een woning, zwijgt de wet. De Hoge Raad heeft daar een mouw aangepast voor gevallen waarin het dwangmiddel zich richtte tegen een verdachte die achteraf onschuldig blijkt te zijn: door het wegvallen van de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond verandert dan het overheidsoptreden in een onrechtmatige daad.<sup>34</sup> Op die constructie is flinke kritiek geleverd.<sup>35</sup> Als de Algemene wet bestuursrecht van toepassing zou zijn, zou de 'bestuurscompensatie' een basis vinden in art. 3:4, tweede lid, waarin het beginsel 'égalité devant les charges publiques' geacht wordt besloten te liggen.<sup>36</sup> De bedoeling is dat de bestuurscompensatie nog nader in de Algemene wet bestuursrecht zal worden geregeld.<sup>37</sup> Of die bedoeling binnen afzienbare tijd zal worden gerealiseerd, is overigens de vraag.

In het vierde jaar van dit onderzoeksproject zal de 'bestuurscompensatie' op de agenda staan. Onderzocht zal worden of voor het bestuurs- en het strafrecht gemeenschappelijke uitgangspunten kunnen worden geformuleerd, die eventueel ten grondslag zouden kunnen worden gelegd aan een gemeenschappelijke, in de Algemene wet bestuursrecht op te nemen (basis)regeling. Daarbij zal moeten worden bezien of de voordelen van een dergelijke algemene regeling opwegen tegen de nadelen. Er tekenen zich op het punt van de schadevergoeding namelijk niet onbelangrijke verschillen af tussen het strafrecht en het bestuursrecht. Die verschillen nopen wellicht tot zulke forse afwijkingen van de algemene regeling, dat een 'eigenstandige' regeling te prefereren is.<sup>38</sup>

- 34 HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 794 m.nt. CHJB en HR 23 november 1990, *NJ* 1991, 92. Deze arresten lijken geen soelaas te bieden in gevallen waarin het dwangmiddel zich richt tegen anderen dan de verdachte. Zo is het heel wel mogelijk dat de bewoner van de woning die moet worden doorzocht, niet zelf de verdachte is. Het is weinig bevreemdend als de vergoeding van de schade in dit soort gevallen afhankelijk zou zijn van de vraag of de verdachte kan worden veroordeeld. Wat heeft de van meet af aan onschuldige bewoner daarmee te maken?
- 35 Zie P.J.H.M. Brouns, 'Dwangmiddelen en schadevergoeding', *NJB* 1991, p. 1372 e.v.; D.R. Doorenbos, 'Schadevergoeding na strafvorderlijk overheidsoptreden; de eigen richting van de civiele rechter', *D&D* 1991, p. 453 e.v. Positiever tonen zich H.A. van den Berg & K. Rozemond, 'Civilisering van strafrecht: schadevergoeding wegens toepassing van dwangmiddelen', *RM Themis* 1992, p. 51 e.v.
- 36 Vergelijk O.J.D.M.L. Jansen (Konijnenbelt-bundel), *a.w.*, p. 263 e.v.
- 37 Deze regeling werd door de regering aangekondigd voor de vierde tranche (zie *Kamerstukken II* 1994/95, 23700, nr. 5, p. 66-67), maar is daarin niet opgenomen. In 1993 lanceerde Van Buuren al een voorstel voor een regeling: P.J.J. van Buuren, 'Nadeelcompensatie in de Algemene wet bestuursrecht', in: J.L. Boxum e.a. (red.), *Aantrekkelijke gedachten*, Deventer: Kluwer 1993, p. 91 e.v.
- 38 Zo is in het strafrecht tot nu toe de primaire beslissing over de toe te kennen vergoeding in handen gelegd van de rechter. Zie in het bijzonder art. 89 Sv. Daarbij speelt mogelijk een rol dat het niet zelden ook de rechter is aan wie de schade kan worden toegeschreven (voorlopige hechtenis wordt door de rechter bevolen; de R.C. doorzoekt woningen). Een ander mogelijk verschilpunt wordt gevormd door de typisch strafrechtelijke vraag of

*Procesrecht*

Onderzocht zou moeten worden of het procesrecht van de Algemene wet bestuursrecht geheel of gedeeltelijk van toepassing kan worden verklaard op de beklagprocedures die het Wetboek van Strafvordering kent. Een vraag daarbij is of de regel moet worden overgenomen dat aan het beroep op de rechter een bezwaarprocedure vooraf moet gaan (art. 7:1 Awb). Nu is het bijvoorbeeld zo dat het klaagschrift over de inbeslagneming 'rauwelijks' bij de griffie van de rechtbank kan worden ingediend (art. 552a lid 2 Sv). Een andere vraag is of het betalen van griffierecht (art. 8:41 Awb) in het strafprocesrecht moet worden geïntroduceerd. Zijn er goede redenen om op deze (en andere) punten verschil te maken?

*Bezwaar en beroep*

In de Algemene wet bestuursrecht is de mogelijkheid van bezwaar en beroep gekoppeld aan de aanwezigheid van een besluit of beschikking. Op dit punt lijkt de directe toepassing van de Algemene wet bestuursrecht op de strafvordering het meest problematisch. Een eerste, wellicht overkomelijk probleem is van terminologische aard. De term 'beschikking' heeft in het strafprocesrecht een eigen, afwijkende betekenis. Uit art. 138 Sv blijkt dat het gaat om een beslissing van de *rechter*.<sup>39</sup> De term 'bezwaarschrift' is voorts, anders dan in het bestuursrecht (art. 1:5, eerste lid jo. art. 6:4, eerste lid Awb), niet gereserveerd voor het maken van bezwaar bij een *bestuursorgaan*. Zo moet het bezwaarschrift tegen de dagvaarding (art. 262 Sv) ingediend worden bij de rechtbank. Een tweede, meer reëel probleem is dat niet duidelijk is of de vele, soms zeer ingrijpende beslissingen die in het kader van de opsporing en de vervolging door opsporingsambtenaren en officieren van justitie worden genomen, besluiten zijn in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Eveneens onduidelijk is of de genoemde beslissingen aangemerkt

onderscheid moet worden gemaakt al naar gelang de getroffene verdachte is of niet. Hoe moet het thans gemaakte onderscheid tussen vrijgesproken en veroordeelde verdachten in de algemene regeling worden ingepast? Een derde verschilpunt wordt gevormd door de regeling van de rechterlijke competentie. Op dit moment kan tegen een zelfstandig schadebesluit bij de bestuursrechter worden opgekomen als dat besluit samenhangt met een appellabel schadeveroorzakend besluit. Voor schade veroorzaakt door een feitelijke handeling kan de burger alleen bij de civiele rechter terecht (zie de in noot 7 vermelde literatuur). Voor het strafrecht is een dergelijk onderscheid weinig aantrekkelijk. Wellicht moet daar de bevoegdheid steeds bij de *strafrechter* worden gelegd.

39 O.J.D.M.L. Jansen (diss.), *a.w.*, p. 3, lijkt dit over het hoofd te zien als hij de 'gebrekkige aanvaarding' in de strafrechtelijke literatuur van het bestuursrechtelijke karakter van de opsporing denkt te illustreren met het feit dat in het strafprocesrecht meestal van de 'vervolgingsbeslissing' wordt gesproken: 'Deze beslissing van de officier van justitie is echter een besluit, preciezer: een beschikking (artikel 1:3, tweede lid, Awb)'. Dat de vervolgingsbeslissing een beschikking is *in de zin van de Awb*, wil nog niet zeggen dat die beslissing ook een beschikking is *in de zin van het Wetboek van Strafvordering*. Dat wetboek spreekt van 'beslissingen omtrent (verdere) vervolging'. Zie Boek II, Titel I, vijfde afdeling (opschrift) alsmede Titel IV (opschrift).

moeten worden als een voorbereidende beslissing waartegen bezwaar en beroep is uitgesloten 'tenzij deze beslissing de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treft' (art. 6:3 Awb). De effecten van de toepasselijkheid van de Algemene wet bestuursrecht zijn dus moeilijk te overzien.

Daarbij komt, en dat is het meest wezenlijke probleem, dat de gehanteerde onderscheidingen en criteria in het kader van de strafvordering slechts in beperkte mate relevant lijken te zijn. De toepassing van het bestuursrechtelijke begrippenapparaat op de opsporing en de vervolging krijgt daardoor al gauw iets onwezenlijks. Bij wijze van voorbeeld het volgende. Van de beslissing tot verdere vervolging en de daarop volgende beslissing tot dagvaarding kan gezegd worden dat zij genomen worden in het kader van een voorbereidingsprocedure. Het gaat echter niet om de voorbereiding van een *besluit*, maar om het verkrijgen van een *uitspraak* van de rechter. Brengt dat mee dat wél beroep open staat, zij het misschien alleen tegen de beslissing tot dagvaarding, omdat dat het 'definitieve' besluit is dat door de beslissing tot verdere vervolging wordt voorbereid? Of moet juist gezegd worden dat de eerste beslissing het echte besluit is, waarvan het uitbrengen van de dagvaarding alleen maar de logische uitvoering is? Als aangenomen zou worden dat de genoemde beslissingen wél een voorbereidend karakter hebben, levert dan het belang van de verdachte om niet in het openbaar terecht te staan, een belang op waarin de verdachte los van de uiteindelijk uitspraak rechtstreeks wordt getroffen? Het Wetboek van Strafvordering erkent hier een zelfstandig belang van de verdachte, maar beperkt tegelijk de mogelijkheden om bezwaar te maken. Zo staat de wet een bezwaarschrift tegen de dagvaarding niet toe wanneer een kennisgeving van verdere vervolging is voorafgegaan (art. 262 lid 1 Sv). Dat komt omdat het belang van de verdachte moet worden afgewogen tegen andere belangen, belangen die in de bestuursrechtelijke criteria niet of nauwelijks zijn verdisconteerd. In casu gaat het vooral om het belang van een voortvarende afhandeling van strafzaken. Cruciaal is dat die noodzakelijke belangenafweging tot verschillende uitkomsten kan leiden. Zo is door verschillende schrijvers gepleit voor de algehele afschaffing van het bezwaarschrift tegen de dagvaarding.<sup>40</sup> Dat is een uitkomst die zich moeilijk in het bestuursrechtelijke begrippenkader laat inpassen.

Een voorbeeld van andere orde betreft de stelselmatige observatie van personen. Sinds de inwerkingtreding van de Wet bijzondere opsporingsmethoden is daarvoor een apart bevel van de officier van justitie vereist (art. 126g en 126o Sv). Dat bevel moet wellicht aangemerkt worden als een beschikking, maar het zou absurd zijn de betrokkene de mogelijkheid van bezwaar en beroep te gunnen.

40 Zie J.L. van der Neut & J.B.H.M. Simmelink, 'Requiem voor het bezwaarschrift tegen de dagvaarding?!' in: *Strafrecht in balans* (Geurts-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 135 e.v. en W.E.C.A. Valkenburg, *Het bezwaarschrift tegen de dagvaarding*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 237 e.v.

De geobserveerde dient immers juist van het bevel onkundig te blijven. Juist omdat de rechtsbescherming in dit soort gevallen niet in de vorm van bezwaar en beroep kan worden gegoten, is gezocht naar andere waarborgen tegen willekeur. Het vereiste van een schriftelijk en gemotiveerd bevel van de officier van justitie is zo'n waarborg. Aandacht verdient dat vóór de inwerkingtreding van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden een dergelijk bevel niet was vereist. Observatie door opsporingsambtenaren leverde toen vermoedelijk 'slechts' een feitelijke handeling op, waartegen bezwaar en beroep alleen is toegelaten als de wet daarin voorziet (art. 6:1 Awb). Het ontbreken van wettelijke waarborgen zou er dus destijds toe hebben geleid, dat óók de waarborg van bezwaar en beroep ontbrak. Die laatste vorm van rechtsbescherming zou door de Algemene wet bestuursrecht daarentegen wel geboden worden als de wetgever in andere waarborgen heeft voorzien. Dat is op z'n zachtst gezegd wonderlijk.

Opgemerkt zij dat het begrippenapparaat van de Algemene wet bestuursrecht ook niet direct op de *bestuursrechtelijke* wetshandhaving lijkt te zijn toegesneden. De beslissingen die in het kader van het toezicht- en boeteonderzoek worden genomen (bijvoorbeeld de beslissing een toezichthoudende bevoegdheid uit te oefenen) moeten waarschijnlijk aangemerkt worden als feitelijke handelingen, zodat daartegen in beginsel geen beroep openstaat. Als evenwel een vordering tot het verstrekken van inlichtingen (art. 5:16 Awb) *schriftelijk* wordt gedaan, zou er sprake zijn van een beschikking.<sup>41</sup> Betekent dit dat de weg van bezwaar en beroep openstaat? Zo ja, waarom is die weg afgesneden als de toezichthoudende ambtenaar de vordering 'toevallig' mondeling doet? Een vergelijkbaar probleem doet zich voor bij het betreden van een bepaalde plaats (art. 5:15 Awb). Ik neem aan dat dit weer een feitelijke handeling is. Hoe echter moet worden geoordeeld als een woning tegen de wil van de bewoner wordt betreden? Levert dan de machtiging die de burgemeester op grond van de Algemene wet op het binnentreden moet verlenen, een appellabele beschikking op?

De kortsluiting die ontstaat, lijkt het gevolg te zijn van het feit dat het bestuursrechtelijke begrippenapparaat geheel is toegesneden op een vorm van rechtsbescherming (bezwaar en beroep) die in het kader van het opsporingsonderzoek (of het handhavingstoezicht) slechts in uitzonderingsgevallen adequaat is. In de strafvorderlijke dogmatiek staat de inbreuk die door de opsporing wordt gemaakt op de rechten van burgers centraal. Hoe groter die inbreuk is, des te meer waarborgen zijn vereist. Het is daarom dat soms een afzonderlijk besluit door een 'hogere' autoriteit is voorgeschreven, het is daarom dat soms schriftelijke vastlegging is vereist, het is daarom dat soms een voorafgaande machtiging noodzakelijk is geacht. Deze waarborgen zijn dus een afgeleide van de noodzakelij-

41 O.J.D.M.L. Jansen (diss.), *a.w.*, p. 158. Vgl. de MvT (derde tranche), *Kamerstukken II*, 1993/94, 23 700 nr. 3, p. 142.

ke rechtsbescherming. De wereld wordt op zijn kop gezet als de rechtsbescherming afhankelijk wordt gemaakt van de aanwezige waarborgen.

De conclusie kan zijn dat er zoveel haken en ogen zitten aan het op de strafvordering van toepassing verklaren van de Awb-regeling inzake bezwaar en beroep, dat daarvan althans voorlopig dient te worden afgezien. Een 'eigen' rechtsmiddelenregeling, die is ingepast in het specifiek strafvorderlijke, op de opsporing en vervolging van strafbare feiten toegesneden stelsel van waarborgen, verdient de voorkeur.

## 6 De bestuurlijke boete in de vierde tranche

De toepassing van regels van bestuursrecht op de opsporing en vervolging van strafbare feiten vindt haar spiegelbeeld in de toepassing van strafrechtelijke bepalingen op het terrein van het bestuursrecht. Een zeldzaam voorbeeld vindt men in de art. 30 en 35 lid 1 Vreemdelingenwet, waarin art. 451a Sv van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.<sup>42</sup> Het is jammer dat deze figuur zo'n grote zeldzaamheid is gebleven. Deze constructie had met name voor de hand gelegen bij de juridische inbedding van de bestuurlijke boete. Waarom wordt, zo kan men zich afvragen, het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht in het voorontwerp vierde tranche Algemene wet bestuursrecht niet simpel van overeenkomstige toepassing verklaard? Nu is veel energie gestoken in het ontwerpen van 'schaduwstrafrecht', dat frappante overeenkomsten met het Wetboek van Strafrecht laat zien, maar daarvan ook weer op tal van punten afwijkt. Enkele voorbeelden om dit te verduidelijken.

### *Het materiële recht*

In het voorgestelde art. 5.0.4 wordt voor de oplegging van bestuurlijke sancties een (blijkens de toelichting door art. 1 lid 1 Sr geïnspireerde) nulla poena-regel geformuleerd.<sup>43</sup> Het eerste lid bepaalt dat de bevoegdheid tot sanctieoplegging op de wet dient te berusten, het tweede lid schrijft voor dat een sanctie alleen wordt opgelegd 'wegens een gedraging die in strijd is met hetgeen voorafgaand aan de gedraging bij of krachtens enig wettelijk voorschrift is bepaald'. Het tweede lid eist dus een voorafgaande wettelijke *verbodsbepaling*. Art. 1 lid 1 Sr echter vraagt

42 Zie ook art. 34i Vreemdelingenwet, dat de art. 585-590 Sv van overeenkomstige toepassing verklaart.

43 In het voorontwerp is 'bestuurlijke sanctie' een overkoepelend begrip, waaronder zowel de herstelsanctie als de bestuurlijke boete valt (art. 5.0.2). Art. 5.4.1.1 definieert de bestuurlijke boete als 'de bestuurlijke sanctie, inhoudende een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom, die is gericht op bestraffing van de dader'. De geformuleerde nulla poena-regel beperkt zich dus niet tot deze punitieve sanctie.

een voorafgaande *straf*bepaling, hetgeen betekent dat óók de sanctie tevoren bij de wet moet zijn bepaald. Het voorgestelde artikel lijkt zich er niet tegen te verzetten dat een bestuursorgaan met terugwerkende kracht de bevoegdheid wordt verleend om door de wet verboden gedragingen bestuurlijk te beboeten. Of dat inderdaad de bedoeling is, maakt de toelichting niet duidelijk.<sup>44</sup>

Het voorgestelde art. 5.0.5 bepaalt dat het bestuursorgaan geen bestuurlijke sanctie oplegt 'voorzover voor de overtreding een rechtvaardigingsgrond bestond'.<sup>45</sup> In art. 5.4.1.2 wordt vervolgens het schuldbeginsel geformuleerd: 'Het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op voorzover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten'.<sup>46</sup> De laatste bepaling heeft, zoals uit de tekst en de plaatsing volgt, uitsluitend betrekking op de bestuurlijke beboeting. Art. 5.0.5 daarentegen geldt voor alle bestuurlijke sancties, dus ook voor de niet-punitieve 'herstelsanctie'.<sup>47</sup> Als winst ten opzichte van het strafrecht kan worden beschouwd dat het schuldbeginsel met zoveel woorden in de wet is neergelegd. De strafuitsluitingsgrond 'avas' leidt immers nog steeds een ongeschreven bestaan. Het is weinig fraai dat een zo fundamenteel beginsel geen uitdrukking heeft gevonden in het Wetboek van Strafrecht. In de memorie van toelichting op het voorontwerp vierde tranche wordt het bestaan van ongeschreven strafuitsluitingsgronden opgevoerd als één van de redenen om er van af te zien de strafuitsluitingsgronden uit het Wetboek van Strafrecht in de Algemene wet bestuursrecht te reproduceren: de opsomming zou toch niet compleet zijn.<sup>48</sup> Een andere reden, die opmerkelijk genoeg niet wordt genoemd, zou geweest kunnen zijn dat de catalogus van strafuitsluitingsgronden in het Wetboek van Strafrecht *niet* op de tweedeling in rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden is gebaseerd. Het gaat hier om een dogmatisch

44 Zie voor de toelichting p. 111 van het voorontwerp. Misschien is gedacht aan de situatie waarin de verbodsbepaling tevoren strafrechtelijk was gesanctioneerd (en de invoering van de bestuurlijke boete gezien kan worden als een voor de verdachte gunstige verandering van wetgeving in de zin van art. 1 lid 2 Sr). Het resultaat is echter dat ook terugwerkende kracht *ten nadele van de wetsovertreder* niet is uitgesloten. Natuurlijk kan dit euvel met een beroep op art. 7 EVRM worden verholpen, maar dat neemt niet weg dat de in het voorontwerp neergelegde nulla poena-regel afwijkt van die in het Wetboek van Strafrecht. Die discrepantie kan een bron van verwarring vormen. Bovendien kan men zich afvragen of, als toch op art. 7 EVRM moet worden teruggevallen, de bepaling niet kan worden gemist.

45 Het woord 'voorzover' suggereert dat de sanctieoplegging afhankelijk is van de *mate* waarin de overtreding is gerechtvaardigd en dus dat een overtreding meer of minder wederrechtelijk kan zijn. Het woord 'indien' ware beter geweest.

46 Ook hier suggereert het woord 'voorzover' dat de opgelegde boete in overeenstemming moet zijn met de mate van schuld. Art. 5.4.1.7, tweede lid (het bestuursorgaan stemt de boete af 'op de ernst van het feit en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten') wijst in dezelfde richting. In het strafrecht is wel bepleit dat de straf niet zwaarder mag zijn dan de schuld, maar geldend recht is dat niet. Het schuldbeginsel houdt daar slechts in dat bestraffing is uitgesloten als alle schuld ontbreekt. Zie o.m. HR 12 november 1985, *NJ* 1986, 327 m.nt. ThWvV.

47 Vergelijk hiervoor, noot 43.

48 Voorontwerp, p. 112.

onderscheid dat lang na de totstandkoming van het wetboek in de wetenschap is ontwikkeld.<sup>49</sup> Overmacht (art. 40 Sr) bijvoorbeeld kan zowel rechtvaardigend als schulduitsluitend werken. In de praktijk valt niet altijd uit te maken welke vorm zich voordoet. Dat is in de strafrechtelijke literatuur aanleiding geweest om het dogmatische onderscheid weer te relativieren.<sup>50</sup> De verabsolutering van dat onderscheid door de Awb-wetgever staat daar haaks op. Waar de ontwerp-wetgever voor zal zijn teruggeschrokken wordt nu de moeizame taak van de bestuursrechter: van geval tot geval moet worden uitgemaakt of sprake is van een rechtvaardigings- of een schulduitsluitingsgrond.

In het voorgestelde art. 5.0.1 wordt het daderschap en de deelneming geregeld. Volgens het tweede lid wordt onder 'overtreder' verstaan: 'degene die de overtreding pleegt of medepleegt'. Vergelijkt men dit met art. 47 Sr, dan valt op dat het doen plegen en de uitlokking ontbreken. Volgens de toelichting is daaraan geen behoefte.<sup>51</sup> Daarbij wordt opgemerkt dat men zich althans in een aantal gevallen zal kunnen redden met de figuur van het functioneel daderschap. Inderdaad heeft die figuur in het strafrecht de deelnemingsfiguren voor een deel 'opgeslokt'. Die ontwikkeling zou zich in het bestuursrecht wel eens versterkt kunnen doorzetten. Omdat de uitlokker - de man achter de schermen - niet direct aansprakelijk is, zal de druk om het (mede)plegen functioneel (dat wil zeggen: ruim) uit te leggen, toenemen.<sup>52</sup> Interessant is ook het derde lid van art. 5.0.1, dat bepaalt dat indien de overtreding door een rechtspersoon is begaan, onder 'overtreder' mede wordt verstaan 'degene die tot de overtreding opdracht heeft gegeven of daaraan feitelijk leiding heeft gegeven'. Deze constructie vormt dogmatisch gezien een enorme breuk met art. 51 Sr, dat gebaseerd is op een onderscheid tussen het *daderschap* van de rechtspersoon en de *aansprakelijkheid* daarvoor van de opdrachtgever of de feitelijk leidinggever: tegen de laatsten kunnen, als het feit 'begaan' is door de rechtspersoon, 'de straffen worden uitgesproken'. Het voorontwerp introduceert nu het daderschap van de feitelijk leidinggever. Misschien moet dat dogmatisch worden gezien als een stap

49 De wetgever van 1881 onderscheidde in inwendige en uitwendige oorzaken van ontoerekenbaarheid. Zie Van Bemmelen-Van Veen, *Het materiële strafrecht*, bewerkt door D.H. de Jong & G. Knigge, 13e druk, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 121.

50 Zie Th.W. van Veen, 'Het stelsel der excepties', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 349 e.v.; Van Bemmelen-Van Veen, *a.w.*, p. 156 e.v.

51 Voorontwerp, p. 106 e.v. Ook de medeplichtigheid ontbreekt in art. 5.0.1. De reden is hier dat medeplichtigheid in het strafrecht alleen ingeval van misdrijf strafbaar is (art. 48 Sr). Nu zal het niet zelden zo zijn dat de verbodsbepaling in kwestie opzettelijk wordt overtreden. Dat betekent strafrechtelijk gesproken dat in de regel sprake zal zijn van een misdrijf, zodat ook de medeplichtige strafbaar is. Die aansprakelijkheid valt in de Algemene wet bestuursrecht weg.

52 Evenzo werkt het ontbreken van de medeplichtigheid (zie vorige noot) een druk om het medeplegen ruim uit te leggen in de hand.

voorwaarts.<sup>53</sup> De vraag echter die zich opdringt is, of het verschil in juridische constructie een verschil in aansprakelijkheid met zich mee zal brengen.

Deze voorbeelden laten zich zonder veel moeite vermenigvuldigen. De strekking van het betoog is daarbij niet, dat alles in het strafrecht beter is. In het strafrecht moet men zich redden met een betrekkelijk oud wetboek, dat zeker op onderdelen aan vernieuwing toe is. Waar het om gaat dat er twee sanctiestelsels dreigen te ontstaan die verschillen vertonen die door de aard van de materie niet worden gerechtvaardigd. Op de keper beschouwd gaat het bij de bestuurlijke boete alleen om een andere wijze van afdoening van wetsovertredingen. De boete wordt niet door de rechter, maar door een bestuursorgaan opgelegd. Een verschil in materieel-rechtelijke beoordeling kan daarmee niet worden gemotiveerd. Aandacht verdient in dit verband dat het voorontwerp niet kiest tussen 'model A' (de overtreding wordt geheel uit het strafrecht gehaald) en 'model B' (de overtreding kan zowel strafrechtelijk als bestuurlijk worden gesanctioneerd). Voor beide modellen laat het voorontwerp ruimte.<sup>54</sup> Welnu, duidelijk moge zijn dat het verschil in materieel recht extra storend is in model B. Het zou toch voor de beoordeling van de aansprakelijkheid geen verschil mogen maken of de overtreding door de strafrechter of door een bestuursorgaan wordt afgedaan.

### *Het procesrecht*

Een soortgelijk betoog kan worden gehouden met betrekking tot het formele recht. Als voorbeeld kan art. 5.0.11 dienen, waarin de bestuurlijke variant van art. 29 Sv is te vinden. Volgens het eerste lid van het ontworpen artikel is 'degene die aan een handeling van het bestuursorgaan redelijkerwijs de gevolgtrekking kan verbinden dat aan hem een bestuurlijke sanctie, niet zijnde een herstelsanctie, zal worden opgelegd' niet langer verplicht 'ten behoeve van deze oplegging' inlichtingen te verstrekken. Het tweede lid bepaalt vervolgens dat 'de overtreder' daarop van te voren wordt gewezen. De redactie van het artikel is om een aantal redenen minder gelukkig. Zo wordt van 'overtreder' gesproken terwijl iets als 'vermoedelijke overtreder' zal zijn bedoeld. De onschuldpresumptie vraagt ook van de wetgever zorgvuldigheid.<sup>55</sup> Wonderlijk is ook dat het zwijgrecht gekoppeld wordt aan het bestaan van een inlichtingenplicht. Een dergelijke plicht bestaat volgens de wet alleen ten opzichte van een toezichthouder (art. 5:16 en 5:20 Awb).

53 Vergelijk G. Knigge, 'Doen en laten; enkele opmerkingen over daderschap', *D&D* 1992, p. 154.

54 Voorontwerp (memorie van toelichting), p. 96 e.v. De keuze van het model wordt overgelaten aan de bijzondere wetgever.

55 Art. 5.0.1 lid 2 definieert zoals wij reeds zagen de overtreder als degene die de overtreding pleegt of medepleegt. In het strafrecht pleegt onderscheid gemaakt te worden tussen dader (pleger) enerzijds, en verdachte anderzijds.

Strikt genomen behoeft de cautie dus niet gegeven te worden als de 'overtreder' door een niet-toezichthouder wordt ondervraagd.<sup>56</sup> Bovendien kan meer informatie worden gevraagd dan waartoe de inlichtingenplicht strekt. Het meest bedenkelijk is echter dat het zwijgrecht eerst wordt erkend vanaf het moment waarop sprake is van een *criminal charge*. Dat wijkt af van art. 29 Sv, dat het zwijgrecht aan elke verdachte toekent. Volgens het ontwerp is een 'overtreder' die niet in de gaten heeft dat hij 'ten behoeve van de oplegging (van een punitieve sanctie)' om inlichtingen wordt gevraagd, nog steeds verplicht tot antwoorden. De cautie behoeft hem pas gegeven te worden als hij in alle redelijkheid tot de conclusie kan komen dat hem een boete zal worden opgelegd.

Niet duidelijk is of in dit laatste geval slechts sprake is van een ongelukkige redactie, danwel van misplaatste boerenslimigheid. Het heeft er de schijn van dat welbewust is gepoogd de inlichtingenplicht zo lang mogelijk overeind te houden. In de toelichting wordt in elk geval, overigens zonder dat op het verschil met art. 29 Sv wordt gewezen, nogal wat aandacht besteed aan de mogelijke strijd van het artikel met art. 6 EVRM. De ontwerp-wetgever toont zich daarbij optimistisch. Daarvoor lijkt echter weinig reden.<sup>57</sup> Maar wat daarvan zij, hier gaat het er vooral om dat verschillen ontstaan tussen de strafvorderlijke en de bestuursrechtelijke regeling die weer niet door de aard van de materie worden gerechtvaardigd. Dat de boete uiteindelijk niet door de rechter wordt opgelegd, vraagt immers niet om een afwijkende regeling van het aan de boete-oplegging voorafgaande onderzoek. Ook hier geldt dat de verschillen het meest storend zijn in model B. Daarbij dient bedacht te worden dat op het moment waarop het vooronderzoek aanvangt nog niet altijd duidelijk zal zijn welke wijze van afdoening (de strafrechtelijke of de bestuursrechtelijke) dient te worden gekozen. Dat betekent dat eerst achteraf blijkt of het voorbereidende onderzoek als een opsporingsonderzoek danwel als een bestuursrechtelijk boeteonderzoek heeft te gelden. Zou niet vooraf moeten vaststaan op welk moment de cautie dient te worden gegeven?

56 In de toelichting (voorontwerp, p. 119) wordt 'ter vermijding van misverstand' opgemerkt dat het zwijgrecht niet alleen ten aanzien van toezichthouders geldt. Beter is natuurlijk dat de wettekst geen aanleiding geeft tot misverstand.

57 Uit het arrest-Saunders (EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699 m.nt. Kn.) kan worden afgeleid dat de informatie die de (nog niet verdachte) burger verplicht moest verstrekken, als regel niet tegen hem mag worden gebruikt in een later strafproces. Hoever de hier wellicht wat ongenueanceerd weergegeven regel precies strekt, moet worden afgewacht. Voor de beoordeling van de in het voorontwerp gekozen constructie is dat echter van weinig belang. Aandacht verdient, dat het Europese Hof in de zaak Saunders eerst onderzocht of, toen Saunders werd verplicht om inlichtingen te verstrekken, niet in feite sprake was van een verkapt strafrechtelijk onderzoek. Hoewel daarvan niet bleek, achtte het Hof het gebruik van het verkregen bewijs toch ontoelaatbaar. Dat wijst erop dat het Hof het bewijs zeker 'besmet' zal oordelen als wél blijkt van misbruik van administratieve onderzoeksbevoegdheden ten behoeve van punitieve sanctionering. De gekozen constructie riekt daarnaar.

## 7 De bestuurlijke boete ingebed in het strafrecht

De vraag die in de vorige paragraaf werd gesteld, was waarom het strafrecht niet simpel van overeenkomstige toepassing is verklaard op de oplegging van bestuurlijke boetes. Eigenlijk zou die vraag nog iets moeten worden aangescherpt. De *overeenkomstige* toepassing van een bepaling impliceert, dat die bepaling eigenlijk niet van toepassing is. De vraag is echter of dat wel zo is. Waarom wordt krampachtig volgehouden dat de oplegging van een bestuurlijke boete geen strafrecht is? Kennelijk is de gedachte dat wat een bestuursorgaan doet buiten het strafrecht valt, omdat strafrecht is wat de strafrechter doet. Dat echter is, naar werd betoogd, een achterhaald gedachtegoed. Het verschil in actoren vormt geen basis meer voor een bevredigend onderscheid tussen strafrecht en bestuursrecht. De straf wordt er niet anders van als zij niet door de rechter wordt opgelegd. Een bestuursorgaan kan daarom bij de oplegging van een boete 'gewoon' de regels van het strafrecht toepassen, net zoals de strafrechter gewoon regels van civiel recht toepast als hij moet oordelen over de vordering van de benadeelde partij.

De in het voorontwerp vierde tranche ingeslagen weg is te meer ongelukkig, nu het strafrecht de verkalking voorbij lijkt te zijn. Lange tijd is de procesverplichting gekoesterd als een onvervreembare karaktereigenschap van het strafrecht. Dat lijkt te veranderen. Erkend moet worden dat de bestuurlijke boete hierbij een belangrijke breekijzerfunctie heeft vervuld. De opmars van deze vorm van beboeting in het bestuursrecht opende de strafrechtjurist de ogen. De conclusie moest wel zijn dat de procesverplichting bij de oplegging van vermogenssancties niet als een onmisbare, wezenlijke waarborg kan worden beschouwd. Een goede reden om in het strafrecht aan die verplichting vast te houden bleek dus niet te bestaan. En daardoor verviel de noodzaak om de bestuurlijke boete *buiten* het strafrecht te situeren.

In het eerste interimrapport dat in het kader van dit onderzoeksproject is uitgebracht, wordt voorgesteld de transactie te vervangen door een door het OM (of een ander bestuursorgaan) op te leggen boete, waartegen de verdachte in beroep kan gaan bij de rechtbank. Die wijze van afdoening vormt het 'derde spoor' in het voorgestelde drie sporen-model.<sup>58</sup> Het resultaat zou dus wel eens kunnen zijn dat strafoplegging door bestuursorganen straks twee keer is geregeld, één keer in het bestuursrecht, en ook nog een keer in het strafrecht. Dat is één keer te veel. Als ergens een gemeenschappelijke regeling voor de hand ligt, is het wel op dit punt. Verschillende varianten zijn daarbij denkbaar.<sup>59</sup> In deze paragraaf wordt alleen

58 Zie het *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 1, 'Buitengerechtelijke afdoening' (A.R. Hartmann), m.n. p. 69 e.v.

59 Vergelijk G. Knigge, 'De bestuurlijke boete als teken aan de wand', *Men R* 1998, m.n. p. 67 e.v.

de meest radicale variant behandeld, die tegelijk de meest eenvoudige en inzichtelijke is. Of die radicale variant op korte termijn realiseerbaar is - of met andere woorden de Awb-wetgever nog kan worden teruggedroefd - is een vraag die hier kan blijven rusten. De bedoeling is vooral om de in paragraaf 4 gekozen uitgangspunten te demonstreren aan de hand van de bestuurlijke boete, en om duidelijk te maken waartoe het loslaten van het oude, verkalkte gedachtegoed kan leiden.

De meest aangewezen plaats om de procedure te regelen die bij de oplegging van geldboetes moet worden gevolgd, is het Wetboek van Strafvordering. Dat wordt niet anders als de boete door een bestuursorgaan wordt opgelegd, of door een ander bestuursorgaan dan het OM. Een onderscheid naar *actoren* levert immers, zo werd betoogd, geen bevredigende indeling van de rechtsstof op. Aan de oplegging van boetes door rechters, officieren van justitie en andere bestuursorganen is gemeenschappelijk, dat het om een vorm van punitieve sanctionering gaat. Dat gemeenschappelijke kenmerk dient bepalend te zijn voor de juridische ordening. Zo kan worden bereikt dat alle vormen van bestraffing in één samenhangende regeling worden ondergebracht. Het voordeel daarvan is dat de wettelijke regeling zich kan beperken tot de punten waarop het 'derde spoor' afwijkt van het thans nog normale strafvorderlijke patroon. Alleen voor de eigenlijke afdoening (de boeteoplegging door het bestuursorgaan en de beroepsprocedure bij de rechter) behoeft een voorziening te worden getroffen. Voor het opsporingsonderzoek en het materiële recht blijven de gewone regels van strafrecht en strafvordering gelden.

Bij de keuze van het Wetboek van Strafvordering als centrale plaats van regeling zij overigens aangetekend, dat de oplegging van een boete door een bestuursorgaan een type beschikking oplevert, waarop de regels van de Algemene wet bestuursrecht zonder veel bezwaar van toepassing kunnen worden verklaard. Ook wat het beroep op de rechter betreft zou aangesloten kunnen worden bij de regeling in de Algemene wet bestuursrecht. Uiteraard zal moeten worden bezien in hoeverre afwijkingen van, en aanvullingen op die algemene regeling wenselijk zijn.<sup>60</sup>

Het gaat bij de introductie van een 'derde spoor' in het strafprocesrecht *niet* om het uit het strafrecht halen van een bepaalde categorie wetsovertredingen. Die overtredingen blijven gewoon strafbare feiten. Dat betekent dat de bevoegdheid van het bestuursorgaan om een boete op te leggen, niet gekoppeld behoeft te worden aan de aard of de ernst van het feit in abstracto. Dat opent de mogelijkheid om, zoals inderdaad in het Eerste interimrapport is voorgesteld, ook *commune delicten* (zoals diefstal, vernieling en mishandeling) via het 'derde spoor' af te doen. De

60 Daarbij kan onder meer gedacht worden aan het bewijsrecht, aan de bezwaarfase, aan de competentie (welke rechter is bevoegd?), aan de al dan niet schorsende werking en aan de rechtsmiddelen tegen de uitspraak van de rechter.

bevoegdheid daartoe dient volgens het voorstel primair af te hangen van de hoogte van de op te leggen boete, dus indirect van de ernst van het feit in concreto. In zekere zin is dat een keuze voor model B. Als de officier van justitie meent dat de (winkel)diefstal met een betrekkelijk lage geldboete kan worden afgedaan, is hij bevoegd die boete bij beschikking op te leggen. Meent hij daarentegen dat een gevangenisstraf is aangewezen, dan zal hij de zaak bij de rechter moeten aanbrenge.

In de gekozen benadering is de bevoegdheid van de officier van justitie om zelf een boete op te leggen, nauw verbonden met de instelling van een strafvervolgging. De officier van justitie oefent in beide gevallen de rechtshandhavende taak uit waarmee art. 124 R.O. het openbaar ministerie belast. Gelet op die nauwe samenhang ligt het in de rede de gemeenschappelijke, in het Wetboek van Strafvordering op te nemen regeling van de buitengerechtelijke boete op het lijf van de officier van justitie te schrijven. Wetstechnisch gezien levert dat waarschijnlijk de minste complicaties op.

Dat betekent niet dat andere bestuursorganen buiten spel zijn gezet. Integendeel, de gekozen benadering maakt het juist heel eenvoudig om 'bestuurlijke' beboeting te realiseren. Van de gemeenschappelijke regeling in het Wetboek van Strafvordering kan namelijk in bijzondere strafwetten worden afgeweken. Die regeling kan ook worden aangevuld. Het lichtend voorbeeld is hier art. 37 WED, op grond waarvan de (huidige) bevoegdheid van de officier van justitie tot transigeren aan andere bestuursorganen kan worden toegekend. Die constructie kan ook worden toegepast met betrekking tot de bevoegdheid van de officier van justitie om een boete op te leggen. Volgens art. 37 WED kan de bevoegdheid tot transigeren bij Koninklijk Besluit worden verleend, en wel 'binnen door Ons te stellen grenzen'. Het OM houdt een vinger in de pap. Art. 37 lid 2 bepaalt dat het bestuursorgaan de transactiebevoegdheid dient te gebruiken 'onder toezicht van en volgens richtlijnen, te geven door het openbaar ministerie'. Voor de aldus vorm gegeven eindverantwoordelijkheid van het OM zijn goede argumenten voorhanden, die ook gelden als het niet om transigeren, maar om beboeten gaat. Dat neemt niet weg dat voor bepaalde, gespecialiseerde beleidsterreinen een sterke bemoeienis van het OM met de 'bestuurlijke' beboeting niet altijd nodig of gewenst is. In dat geval zal gekozen moeten worden voor een constructie waarbij het OM (meer) op afstand wordt gehouden. Het ligt voor de hand dat de bevoegdheid tot boeteoplegging door de wet dan direct aan het desbetreffende bestuursorgaan wordt toegekend, zodat van een afgeleide van de OM-bevoegdheid geen sprake is. De aanwijzing van een andere met boeteoplegging belaste instantie levert dan, wetstechnisch gesproken, een afwijking op van het bepaalde in de modelregeling in het Wetboek van Strafvordering, die overigens gewoon van toepassing is. Bij die afwijking kunnen zich andere voegen, bijvoorbeeld een

afwijkende voorziening met betrekking tot de rechterlijke competentie ingeval van beroep.

Slaat men deze weg in, dan openen zich verrassende perspectieven. Denkbaar is namelijk dat aan bestuursorganen met behulp van soortgelijke constructies de bevoegdheid wordt verleend een strafvervolgning in te stellen. Helemaal nieuw zou dat niet zijn, want in het verleden was de vervolging in fiscale zaken (mede) opgedragen aan het 'bestuur der belastingen'.<sup>61</sup> Of een dergelijke doorbreking van het vervolgingsmonopolie wenselijk is, is een vraag die hier kan blijven rusten. De bedoeling is als gezegd vooral te laten zien welke mogelijkheden zich aandienen als afstand wordt genomen van het oude gedachtegoed. Volstaan wordt daarom met de opmerking dat zij niet ten koste hoeft te gaan van de macht van het OM. Thans is de situatie zo dat een bestuursorgaan, bijvoorbeeld de Mededingingsautoriteit, extreem hoge boetes kan opleggen zonder dat daar een rechter aan te pas komt. De vraag is gewettigd of een 'piepsysteem' bij een dergelijk zware sanctie aanvaardbaar is. Aan dat bezwaar kan worden tegemoet gekomen door de introductie van een procesverplichting. De Mededingingsautoriteit zou verplicht kunnen worden een strafvervolgning in te stellen als zij een boete in gedachte heeft die een bepaald plafond te boven gaat. De keuze om de handhaving van de wet te concentreren bij een specifiek bestuursorgaan - en dus om het OM uit te schakelen - kan zo verwezenlijkt worden met behoud van een behoorlijk niveau van rechtsbescherming.

Door de oplegging van boetes door bestuursorganen centraal te regelen in het Wetboek van Strafvordering wordt bereikt dat de oplegging van punitieve sancties in één regelsysteem is ondergebracht. Die ordening ligt, ook gezien de ruime inhoud die is gegeven aan het begrip 'criminal charge' in art. 6 EVRM, voor de hand. Misschien echter moet nog een stapje verder worden gegaan; en moet op het terrein van het ordeningsrecht een regeling worden geschapen die zich uitstrekt tot *alle* sancties die in het kader van de wetshandhaving kunnen worden

61 Zie A.J. Blok & L.Ch. Besier, *Het Nederlandsche strafproces*, Deel III, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1926, p. 126 e.v. In Titel VI van Boek IV van het Wetboek van Strafvordering waren afwijkende voorzieningen getroffen voor de 'strafvordering in rijksbelastingzaken' (art. 528-539 Sv-oud). Met de vervolging waren 'Rijksadvocaten' belast, ambtenaren die ressorteerden onder het ministerie van financiën. Aandacht verdient dat het OM niet geheel buiten spel werd gezet. De hoofdregel was dat het OM ook zelf een vervolging diende in te stellen (dit met het oog op de mogelijke oplegging van vrijheidsstraffen). Er was dus sprake van een 'dubbele actie'. Alleen bij bepaalde (lichte) overtredingen was het vervolgingsrecht van het OM uitgesloten. Ook in dat geval echter diende de officier van justitie zich ter zitting in een 'conclusie' over de vordering van de Rijksadvocaat uit te laten (art. 531 Sv-oud). Aan de vervolgingsbevoegdheid van het bestuur der belastingen kwam in de jaren zestig een eind. Zie A. Minkenhof, *De Nederlandse strafvordering*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink en Zoon N.V. 1967, p. 284 e.v.

opgelegd. Die integrale regeling zou dus de bestuursdwang en wellicht ook de punitieve intrekking van vergunningen moeten omvatten. Het voordeel daarvan is dat een kader wordt geschapen dat mogelijk maakt dat de economische strafrechter bestuursdwang kan bevelen en dat bestuursorganen beschikken over sancties als de stillegging van de onderneming.

Of van die mogelijkheden ook daadwerkelijk gebruik moet worden gemaakt, is een andere, inhoudelijke vraag, die hier om eerder genoemde redenen buiten bespreking blijft. Betoogd wil slechts zijn dat het loslaten van een vooropgezet, dogmatisch onderscheid tussen bestuursrecht en strafrecht het aantal *mogelijke* oplossingen vergroot en dat daardoor de kans op *aanvaardbare* oplossingen toeneemt.

## 8 Schets van een nieuwe regeling

In dit deelrapport is getracht de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht opnieuw te bepalen. Regels van bestuursrecht kunnen, zo is betoogd, toepassing vinden op strafrechtelijk terrein. Omgekeerd geldt dat regels van strafrecht kunnen worden toegepast bij de oplegging van bestuurlijke boetes. Een en ander leidt tot een zekere integratie van bestuursrecht en strafrecht. Het betekent dat het strafrecht en het bestuursrecht niet meer kunnen worden beschouwd als gescheiden werelden. De opsporing en vervolging van strafbare feiten is bestuursrecht *voorzover* het daarin gaat om het handelen van bestuursorganen. Omgekeerd is de oplegging van boetes door bestuursorganen strafrecht *voorzover* het daarbij om bestraffing gaat. De beide werelden vallen dus voor een deel samen. Anders gezegd: er is sprake van over elkaar heen schuivende regelsystemen die beide tegelijk van toepassing zijn.

Voorgesteld wordt deze benadering ten grondslag te leggen aan een nieuw Wetboek van Strafvordering. Dat betekent in de eerste plaats dat de restrictie die in art. 1:6 sub a Awb is gemaakt op het toepassingsbereik van de Algemene wet bestuursrecht, dient te vervallen. Bij het ontwerpen van het nieuwe wetboek dient het uitgangspunt te zijn dat de Awb-regeling ook van toepassing is op strafvorderlijk terrein. Uiteraard kan *in het Wetboek van Strafvordering* van dat uitgangspunt worden afgeweken. Dat zal op een aantal punten ook zeker nodig zijn. De toepassing van de bestuursrechtelijke regeling leidt immers, naar in paragraaf 5 bleek, niet altijd tot een bevredigend resultaat. Dat neemt niet weg dat er een verschil in systematiek optreedt. Het is niet langer de Algemene wet bestuursrecht die bepaalt in hoeverre regels van bestuursrecht hebben te gelden voor de strafvordering, maar het is het wetboek dat aangeeft in welke gevallen die regels bij het opsporen en vervolgen van strafbare feiten toepassing missen. Op die wijze

kan maatwerk worden geleverd. In het Wetboek van Strafvordering kan nauwkeurig worden aangegeven op welke *onderdelen* van de strafvordering *bepaalde* Awb-regels niet van toepassing zijn. Een uitsluitingsregel in de Algemene wet bestuursrecht zal noodzakelijkerwijs een veel globaler karakter hebben. Het praktische voordeel is ook, dat de strafwetgever het toepassingsbereik van de Algemene wet bestuursrecht 'in eigen hand' houdt. De makers van het Wetboek van Strafvordering zullen vaak beter dan de Awb-wetgever (lees: de daarbij betrokken wetgevingsjuristen) kunnen overzien wat de consequenties zijn van het al dan niet toepassen van bestuursrechtelijke regels op het 'eigen' terrein.

De voorgestelde benadering brengt in de tweede plaats mee, dat de buitengerechtelijke beboeting van strafbare feiten regeling moet vinden in het nieuwe Wetboek van Strafvordering. De in de vorige paragraaf geschetste 'radicale variant' zal wellicht niet op korte termijn zijn te realiseren. Vermoedelijk heeft hier vooralsnog te gelden dat het betere de vijand is van het goede.

De in de vierde tranche voorgestelde uniforme regeling van de bestuurlijke boete kan ten opzichte van de bestaande situatie winst genoemd worden. Het is niet te verwachten dat de wetgever van die binnen handbereik liggende winst afstand zal willen doen. De harmonisering van de bestuursrechtelijke boeteregelingen kan daarbij beschouwd worden als een noodzakelijke eerste stap naar een gezamenlijke regeling voor zowel het bestuursrecht als het strafprocesrecht.

Het is derhalve realistisch te veronderstellen dat de regeling van de buitengerechtelijke beboeting in het Wetboek van Strafvordering voorlopig zal staan naast de regeling van de bestuurlijke boete in de Algemene wet bestuursrecht. Dat raakt echter vooral het toepassingsbereik van de strafvorderlijke (model)regeling. Voor de *inhoud* van de regeling maakt dat beperkte bereik weinig verschil. In het derde onderzoeksjaar, waarin de nadere vormgeving van het 'derde spoor' op de agenda staat, zal dan ook de in de vorige paragraaf uitgezette lijn worden aangehouden. Daarbij zal, met het oog op eventuele toekomstige harmonisering, rekening worden gehouden met de thans voorgestelde Awb-regeling. Van die regeling dient niet zonder reden te worden afgeweken.

## 2 Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak

*prof. mr. G. Knigge en mr. N.J.M. Kwakman<sup>1</sup>*

### DEEL I INLEIDING

#### 1 Aanduiding onderwerp

Naar geldend recht begint de in het Wetboek van Strafvordering geregelde opsporing nadat het vermoeden is gerezen dat een strafbaar feit is begaan. Die invulling van het opsporingsbegrip past bij de hoofdzakelijk repressieve, vergeldende functie die het strafrecht aanvankelijk werd toegedacht. De voorwaarde van een vermoedelijk gepleegd strafbaar feit vormde in die benadering een garantie voor de vrijheid van de burgers. Zij dienden van belastend onderzoek verschoond te blijven zolang er geen vermoeden bestond dat de strafwet was overtreden.

Deze invulling van het opsporingsbegrip is onder invloed van de groei van het ordeningsrecht en de veranderingen in de criminaliteit minder vanzelfsprekend geworden. Het ordeningsrecht vroeg om een actief toezicht, dus om de 'opsporing' van nog niet bekende, *mogelijk* gepleegde strafbare feiten. In het bijzonder de opkomst van de georganiseerde criminaliteit vroeg om 'proactieve' opsporing, waarbij het onderzoek zich niet alleen, en misschien zelfs niet primair, richt op de opheldering van reeds gepleegde feiten, maar de kunst mede is om de leden van de bende te 'pakken' op toekomstige, nog te plegen feiten. De grens tussen voorfase en opsporing is daardoor schimmig geworden.

Daarbij komt dat de veranderingen in het criminaliteitspatroon de behoefte aan ingrijpende opsporingsmethoden hebben doen toenemen en dat de moderne technologie de mogelijkheden daartoe sterk heeft vergroot. De vraag naar de toelaatbaarheid van de gehanteerde methoden is daardoor steeds klemmender geworden, zeker gezien in het licht van de toegenomen aandacht voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Mijlpalen in die laatste ontwikkeling zijn de totstandkoming van art. 8 EVRM (1950) en van art. 10 Grondwet in 1983, bepalingen waarmee de wetgever van 1926 uiteraard geen rekening heeft kunnen houden. Een en ander leidde tot een discrepantie tussen de opsporingspraktijk en de wettelijke regeling.

<sup>1</sup> De paragrafen 1 t/m 3 en 9 t/m 14 zijn geschreven door Knigge, de paragrafen 4 t/m 8 door Kwakman. Beide auteurs zijn verantwoordelijk voor het geheel.

In 1996 constateerde de commissie-Van Traa een 'crisis in de opsporing'.<sup>2</sup> Eén van de elementen van die crisis werd gevormd door 'ontbrekende normen'. De aanbevelingen van de commissie hebben geleid tot de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden (de Wet BOB), die op 1 februari 2000 in werking is getreden. Het normeringstekort is daardoor weliswaar aanzienlijk teruggebracht, maar tegelijkertijd is de vraag of de partiële wijziging van het wetboek de oorspronkelijke systematiek ervan niet verder onder druk heeft gezet.

Een complicerende factor bij dit alles is, dat van een communis opinio geen sprake is. De meningen in de literatuur lopen sterk uiteen, niet alleen met betrekking tot de waardering van het geldende recht, maar ook ten aanzien van de beschrijving daarvan. Van een eenduidige terminologie is daarbij geen sprake.

Zo is niet altijd duidelijk wat bedoeld wordt als gesteld wordt dat voor opsporing een verdenking is vereist. Wordt bedoeld dat onderzoek naar strafbare feiten zonder dat sprake is van een verdenking geen opsporing is, en 'dus' een activiteit is die, als niet behorende tot de strafvordering, buiten het wetboek regeling dient te vinden? Of wordt bedoeld dat een verdenking een voorwaarde is voor opsporing, zodat opsporing zonder verdenking onrechtmatig is?

Bij de discussie over de invulling van het opsporingsbegrip en de normering van de opsporing speelt een aantal vragen een rol, die niet altijd goed van elkaar gescheiden lijken te kunnen worden. De belangrijkste van die vragen zijn:

1. Wie mogen opsporen? Zijn alleen de personen die door de wet met de opsporing zijn belast, 'bevoegd' om strafbare feiten op te sporen of geldt dat iedere burger mag opsporen, zodat voor opsporing geen wettelijke bevoegdheid is vereist?
2. Mag een opsporingsambtenaar 'alles' wat een gewone burger mag of is hij bij de uitoefening van zijn opsporingstaak gebonden aan regels en beginselen die niet gelden voor de 'opsporing' door particulieren?
3. Hoe verhouden algemene, taakstellende bepalingen (die bepaalde personen met de opsporing 'belasten') zich tot de bijzondere bevoegdheden (dwangmiddelen) die de wet aan opsporingsambtenaren toekent? Dient iedere ter opsporing verrichte onderzoekshandeling te berusten op een specifieke wettelijke grondslag of is een dergelijke wettelijke basis alleen vereist als inbreuk wordt gemaakt op (grond)rechten van burgers? Kunnen opsporingsbevoegdheden worden afgeleid uit taakstellende bepalingen?
4. Aan welke voorwaarden moet de toepassing van opsporingsbevoegdheden worden gebonden? Is steeds een verdenkingsvoorwaarde vereist?
5. Hoe verhoudt de opsporingstaak zich tot de controletaak? Dient een ruim opsporingsbegrip te worden gehanteerd (zodat ook de repressieve controle als

2 Parlementaire enquêtecommissie opsporingsmethoden, *Inzake opsporing*, Eindrapport, p. 413.

opsporing moet worden aangemerkt) of dient te worden vastgehouden aan een beperkt opsporingsbegrip, zodat voor opsporing het redelijk vermoeden is vereist dat een strafbaar feit is begaan?

6. Hoe verhoudt het strafprocesrecht zich tot het bestuursrecht? Kan van 'strafvordering' worden gesproken als nog geen sprake is van een redelijke verdenking? Vereist het in art. 1 Sv neergelegde legaliteitsbeginsel dat hier een scherpe grens wordt getrokken?
7. Dient de opsporing geregeld te worden in het Wetboek van Strafvordering of in een bijzondere wet, bij voorkeur tezamen met de controle en het toezicht?

In dit deelrapport zal gepoogd worden een antwoord te vinden op dit conglomeraat van vragen. Het gaat daarbij om de keuze van de uitgangspunten en om de verwerking van die uitgangspunten in een heldere wettelijke systematiek. Het accent ligt derhalve niet op een zo nauwgezet mogelijke beschrijving van het - op tal van punten onduidelijke - geldende recht, maar op de ontwikkeling van een begrippenapparaat dat kan dienen als basis voor toekomstige wetgeving. De vraag is welke systematiek de meest inzichtelijke regelgeving oplevert en het meeste recht doet aan de in het geding zijnde belangen.

## 2 Het geldende recht; kenmerkende voorzieningen

Naar geldend recht begint de in het Wetboek van Strafvordering geregelde opsporing als regel (sinds de inwerkingtreding van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden is enige nuancering geboden) op het moment dat het redelijk vermoeden ontstaat dat een strafbaar feit is begaan.<sup>3</sup> Dat moment kan samenvallen met het moment waarop de redelijke verdenking van art. 27 Sv rijst, maar noodzakelijk is dat niet. In veel gevallen is er wel een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is begaan (er is bijvoorbeeld ergens ingebroken), maar ontbreekt van de dader ieder spoor. Er is dan dus nog geen verdachte. Het omgekeerde is niet denkbaar: een verdenking in de zin van art. 27 Sv impliceert het redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is begaan.

3 Zie o.m. G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999 (3e druk), p. 241. Een enigszins andere benadering vindt men bij C.P.M. Cleiren in: Melai, *Wetboek van Strafvordering*, aant. 10 op art. 1 (suppl. 89/115). Zij maakt onderscheid tussen de opsporing en het opsporingsonderzoek. 'Opsporing' is volgens haar een ruim begrip, dat geen verdenking veronderstelt. Bij het opsporingsonderzoek daarentegen gaat het om de fase in de opsporing die als 'strafvordering' kan worden aangemerkt, en daarom aan een verdenkingsvoorwaarde is gebonden.

In de art. 141 en 142 Sv worden de personen opgesomd die met opsporing zijn 'belast'.<sup>4</sup> De opsporingstaak van de in art. 142 bedoelde personen (de buitengewoon opsporingsambtenaren) is daarbij als regel beperkt tot bepaalde categorieën strafbare feiten. De uitoefening van de opsporingstaak wordt genormeerd door het Wetboek van Strafvordering. Dat brengt mee dat opsporingsambtenaren proces-verbaal moeten opmaken van 'hetgeen door hen tot opsporing is verricht of bevonden' (art. 152 Sv). De officier van justitie heeft de leiding over het opsporingsonderzoek. Dat blijkt uit art. 148 lid 2 Sv en sinds kort ook uit art. 132a Sv (zie aanstonds).

In het Wetboek van Strafvordering zijn aan opsporingsambtenaren ten behoeve van de opsporing diverse specifieke opsporingsbevoegdheden toegekend. Sinds de inwerkingtreding van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden wordt daarbij onderscheiden in 'dwangmiddelen' en 'bijzondere opsporingsbevoegdheden'.<sup>5</sup> De uitoefening van deze bevoegdheden is aan bepaalde, beperkende (verdenkings-)voorwaarden gebonden. Voorts voorziet de wet in waarborgen tegen willekeur. Daarbij dient onder meer gedacht te worden aan voorafgaande rechterlijke toetsing. De uitoefening van de bevoegdheid is tenslotte gebonden aan ongeschreven behoorlijkheidsbeginselen.

In bijzondere wetten is dikwijls voorzien in aanvullende opsporingsbevoegdheden. Deze bevoegdheden, die verder gaan dan die in het Wetboek van Strafvordering zijn opgenomen, kunnen alleen gebruikt worden voor de opsporing van de in de desbetreffende bijzondere wet strafbaar gestelde feiten.

Er zijn tal van onderzoekshandelingen ('opsporingsmethoden') die niet zijn gebaseerd op een specifieke, bevoegdheidsverlenende wettelijk bepaling. Dergelijke 'buitenwettelijke' opsporingsactiviteiten kunnen volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad worden gebaseerd op de algemene taakstelling neergelegd in de art. 141 en 142 Sv.<sup>6</sup> De Hoge Raad toetst de rechtmatigheid van de methode daarbij aan de hand van ongeschreven beginselen, waaronder die van proportionaliteit en subsidiariteit. Voor opsporingsmethoden die inbreuk maken op (grond)rechten van burgers bieden de art. 141 en 142 Sv in het algemeen onvoldoende grondslag. Daarvoor is als regel een aparte, specifieke wettelijke bevoegdheid vereist. Als regel: de Hoge Raad heeft zich op het standpunt gesteld dat beperkte inbreuken op de privacy gebaseerd kunnen worden op de algemene opsporingsbevoegdheid.

4 In de literatuur wordt verschillend gedacht over de vraag of deze opsomming limitatief is. Zie over dit punt hierna, onder 10.1 en 10.2.

5 Dit onderscheid lijkt weinig principiële betekenis te hebben, maar zijn oorzaak te vinden in een terminologisch probleem. Zie daarover hierna, onder 14.2 (punt 7).

6 Deze jurisprudentie is bepaald niet onomstreden. Verschillende schrijvers hebben betoogd dat aan een algemene taakstelling geen bevoegdheden kunnen worden ontleend. De conclusie is daarbij echter doorgaans niet dat 'buitenwettelijke' opsporingsmethoden onrechtmatig zijn. De redenering is dat voor onderzoekshandelingen die geen inbreuk maken op de rechten en vrijheden van burgers, geen bevoegdheid nodig is. Zie daarover uitvoerig hierna, onder 6.2.1 en 12.2.

Of die jurisprudentie na de inwerkingtreding van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden zal worden bestendigd is overigens de vraag.

Het onderzoek dat de politie verricht in de voorfase, dus voordat sprake is van een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is begaan, kan volgens de jurisprudentie in beginsel gebaseerd worden op art. 2 Politiewet 1993. De beperking van de opsporingstaak tot optreden na verdenking heeft dus niet tot gevolg dat 'vroegsporing'<sup>7</sup> is uitgesloten. De consequentie lijkt wel te zijn dat die vroegsporing niet strafvorderlijk is genormeerd. Zo geldt de verbaliseringsplicht van art. 152 Sv formeel niet voor de voorfase.<sup>8</sup> Wel berust de leiding op grond van art. 13 Politiewet 1993 bij de officier van justitie.<sup>9</sup> Onder de 'strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde' is namelijk ook de repressieve controle begrepen. Hetzelfde geldt voor andere vormen van op strafrechtelijke handhaving gericht onderzoek. Naast verschillen zijn er ook overeenkomsten tussen de op de art. 141 en 142 Sv gebaseerde opsporing en het op art. 2 Politiewet 1993 gebaseerde onderzoek in de voorfase. De politie is bij de uitoefening van haar taak in de voorfase gebonden aan beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. En ook hier geldt dat beperkte inbreuken op de privacy op de algemene taakstelling kunnen worden gebaseerd.

Als regel kan de politie in de voorfase niet beschikken over bijzondere onderzoeksbevoegdheden. In bijzondere wetten kan van die regel worden afgeweken. Daarbij kunnen in het bijzonder aan de volgende twee constructies worden gedacht.

1. In de bijzondere wet wordt een 'ruim' opsporingsbegrip gehanteerd, dat afwijkt van het opsporingsbegrip in het Wetboek van Strafvordering. Deze constructie treft men aan in de Wet Economische Delicten. Volgens de Hoge Raad is sprake van opsporing in de zin van deze wet als er 'aanwijzingen' zijn dat een economisch voorschrift niet is nageleefd.<sup>10</sup> De consequentie is dat de opsporingsbevoegdheden uit de WED ook kunnen worden aangewend als er nog geen sprake is van een concrete verdenking dat een strafbaar feit is begaan.
2. Politieambtenaren worden belast met het toezicht op de naleving van bepaalde bijzondere wetten. Het gevolg is dat zij kunnen beschikken over de bevoegdheden die in de Algemene wet bestuursrecht aan toezichthoudende ambtenaren zijn toegekend. Zie daarover aanstonds. Overigens lijkt een dergelijke samenvatting

7 De term is ontleend aan G.J.M. Corstens, 'Vroegsporing', *D&D* 1995, p. 1 e.v.

8 Zie echter, in chronologische volgorde, HR 5 december 1995, *NJ* 1996, 422 m.nt. Kn. en HR 19 december 1995, *NJ* 1996, 249 m.nt. Sch.

9 Volgens Cleiren (*a.w.*, aant. 10 op art. 1), die een ruim opsporingsbegrip hanteert, berust de leiding van de officier van justitie over het onderzoek in de voorfase (ook) op art. 148 Sv. Dit is van belang voor de buitengewoon opsporingsambtenaren, voor wie de Politiewet niet geldt.

10 HR 9 maart 1993, *NJ* 1993, 633.

van opsporingstaken en toezichhoudende taken eerder uitzondering dan regel als het om de algemeen opsporingsambtenaren van art. 141 Sv gaat.<sup>11</sup> Bij de buitengewoon opsporingsambtenaren van art. 142 Sv doet de combinatie zich geregeld voor.

Naast het voorfase-onderzoek ex art. 2 Politiewet 1993 staat het in de Algemene wet bestuursrecht geregelde toezicht op de naleving van (bepaalde) wettelijke voorschriften. Onder dit toezicht valt volgens de heersende leer zowel de preventieve als de repressieve controle. Een persoon die met het houden van toezicht is belast, kan beschikken over de in afdeling 5.2 van de Awb opgenomen bevoegdheden, tenzij in de bijzondere regeling of bij het aanwijzingsbesluit anders is bepaald (art. 5:14 Awb). Het gaat daarbij onder meer om het betreden van plaatsen, het vorderen van inlichtingen, inzage in bescheiden, monsterneming en onderzoek van vervoermiddelen. Vereist is dat de toezichhoudende taak berust op een 'wettelijk voorschrift' (art. 5:11 Awb). Anders dan de opsporingstaak (art. 141 en 142 Sv) behoeft het toezicht niet op een wet in formele zin te berusten.<sup>12</sup>

Aan toezichhoudende ambtenaren is dikwijls een (buitengewone) opsporingsbevoegdheid toegekend. Op basis van deze combinatie van taken zijn tal van bijzondere opsporingsdiensten (BOD's) ontstaan, zoals de FIOD, de ECD, de AID en het MBT. De toezichhoudende bevoegdheden die een 'BOD-er' aan de Algemene wet bestuursrecht kan ontleen, mogen mede (maar niet 'uitsluitend') aangewend worden ten behoeve van de opsporing.

Op 1 februari 2000 is de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden (wet van 27 mei 1999, *Stb.* 245) inwerking getreden. Deze wet bracht een wettelijke definitie van 'het opsporingsonderzoek'. Art. 132a Sv luidt:

'Onder het opsporingsonderzoek wordt verstaan het onderzoek onder leiding van de officier van justitie naar aanleiding van een redelijk vermoeden

- dat een strafbaar feit is begaan of
- dat in georganiseerd verband misdrijven worden beraamd of gepleegd, als omschreven in artikel 67, eerste lid, die gezien hun aard of samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd

11 Een voorbeeld levert art. 158 WVV 1994. Zie ook art. 45 WVM. Eenduidig is het beeld dat de wetgeving laat zien overigens niet. Zo wordt in de Opiumwet onderscheid gemaakt tussen toezicht en opsporing (zie de art. 7a en 8), zodat lijkt te mogen worden aangenomen dat sprake is van een beperkt opsporingsbegrip. Toch wordt in art. 9 lid 1 sub a aan opsporingsambtenaren een controlebevoegdheid toegekend zonder dat zij met 'toezicht' zijn belast.

12 Op grond van art. 142 lid 1 sub c Sv hebben personen die 'bij verordening' met toezicht zijn belast een buitengewone opsporingsbevoegdheid. Indirect kan de lagere wetgever dus wel opsporingsbevoegdheid scheppen.

een ernstige bedreiging van de rechtsorde opleveren, met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.’

Wat in het oog springt, is dat dit nieuwe artikel aan de klassieke voorwaarde van het redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is begaan, een tweede, alternatieve verdenkingsvoorwaarde toevoegt. De bedoeling van de wetgever was om tot uitdrukking te brengen dat ‘proactief onderzoek’ naar - kort gezegd - georganiseerde criminaliteit onder opsporing valt. Met het oog daarop werd de grens ingeval van onderzoek naar georganiseerde criminaliteit ‘naar voren’ geschoven, in die zin dat de opsporing kan aanvangen voordat sprake is van een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is begaan.<sup>13</sup>

Van belang is voorts dat art. 132a Sv de opsporing aan een doel bindt. Het onderzoek moet steeds (dus ook ingeval van de gewone, klassieke opsporing) gericht zijn op ‘het nemen van strafvorderlijke beslissingen’. Niet voorgeschreven is dat die beslissingen betrekking moeten hebben op het strafbare feit dat de *aanleiding* vormde voor het opsporingsonderzoek. Het onderzoek lijkt zich derhalve niet te behoeven beperken tot de opheldering van het vermoedelijk *in het verleden* begane feit, maar kan zich wellicht mede uitstrekken tot verwante, mogelijk nog te plegen *toekomstige* strafbare feiten.

Het nieuwe art. 126gg introduceert het ‘verkennd onderzoek’ in het Wetboek van Strafvordering. Het gaat hier om voorfase-onderzoek dat gericht is op de ‘voorbereiding van opsporing’. Dit onderzoek dient door ‘opsporingsambtenaren’ te worden verricht op bevel van de officier van justitie. Bijzondere bevoegdheden kent de wet daarbij niet toe. Wellicht geldt ook hier dat de opsporingsambtenaar gemachtigd is tot die onderzoekshandelingen die redelijkerwijs noodzakelijk zijn, mits maar geen (meer dan beperkte?) inbreuk wordt gemaakt op grondrechten.

De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden heeft voorts een aantal tot dan toe ‘ongeregelde’ opsporingsmethoden wettelijk geregeld. De noodzaak om beperkte inbreuken op de privacy te baseren op de art. 141 en 142 Sv (en art. 2 Politiewet 1993) is daardoor sterk verminderd. De vraag is zelfs of thans, onder

13 Of de nieuwe definitie inderdaad tot gevolg heeft dat een deel van de controlefase in de opsporing is getrokken, kan men zich overigens afvragen. Van het vermoeden dat misdrijven ‘worden gepleegd’ (niet: zullen worden gepleegd) kan moeilijk sprake zijn als niet tenminste het vermoeden bestaat dat met die misdrijven al een aanvang (in de vorm van strafbare poging of voorbereiding) is genomen. Het is voorts nauwelijks denkbaar dat het vermoeden bestaat dat in georganiseerd verband misdrijven ‘worden beraamd’, zonder dat tevens sprake is van het vermoeden dat (door mogelijk nog onbekende personen) wordt deelgenomen aan een criminele organisatie of van het vermoeden van strafbare voorbereiding.

de gewijzigde wettelijke regeling, niet heeft te gelden dat *elke* inbreuk op de privacy dient te berusten op een specifieke bevoegdheid.<sup>14</sup>

### **3 Waardering van geldend recht**

Het grootste bezwaar dat tegen het geldende recht kan worden ingebracht, is de onduidelijkheid in begrippen en terminologie. De literatuur laat een groot scala aan uiteenlopende opvattingen zien. De verschillen hebben daarbij niet alleen betrekking op de waardering van het geldende recht, maar ook op de beschrijving daarvan. Juist doordat geen overeenstemming bestaat over de betekenis van de gebezigde termen, dreigt voortdurend spraakverwarring. De verwarring zet zich voort in de wetgeving. Hoewel daaraan een sterke beweging ten grondslag ligt om controle en opsporing van elkaar te scheiden, is van een consequent volgehouden systematiek geen sprake. Op tal van plaatsen doen zich ongerijmdheden en inconsistenties voor. Dat roept de vraag op of het theoretische onderscheid wel deugt. Is dat onderscheid voldoende toegesneden op de weerbarstige praktijk en doet het recht aan de belangen die op het spel staan?

Een bedenkelijk gevolg van het gebrek aan helderheid is, dat onderzoeksactiviteiten 'in de voorfase' in een juridisch vacuüm terecht dreigen te komen. Daardoor ontstaat licht een tekort aan rechtswaarborgen. Zo geldt, naar wij zagen, de verbaliseringsplicht strikt genomen niet in de voorfase. Het gezag dat de officier van justitie over de opsporing uitoefent, strekt zich voorts 'per definitie' niet uit tot de wetshandhavende activiteiten die aan de verdenking voorafgaan. Wat de reguliere politie betreft, is sinds 1988 in die leemte voorzien door art. 36 Politiewet (thans art. 13 Politiewet 1993). De 'vroegsporing' door buitengewoon opsporingsambtenaren, hoezeer ook gericht op strafrechtelijke repressie, valt evenwel niet onder het gezag van de officier van justitie.

Van eenstemmigheid in de literatuur is evenmin sprake als het gaat om de wettelijke normering van de opsporing. De gangbare opvatting is dat opsporingsmethoden aparte wettelijke regeling behoeven als daardoor inbreuk wordt gemaakt op grondrechten, en dat specifieke wettelijke regeling niet nodig is als van een dergelijke inbreuk geen sprake is. De vraag is of het geldende recht met deze benadering overeenstemt, dan wel een genuanceerder beeld te zien geeft. Een bezwaar van het geldende recht is in elk geval het gebrek aan consensus over het theoretisch kader. Over de vraag hoe taken zich verhouden tot bevoegdheden worden uiteenlopende opvattingen verdedigd. Het debat lijkt zich daarbij soms

14 Zo stelt A-G Machielse in zijn conclusie bij HR 21 maart 2000, rolnr. 112.845: 'De wetsgeschiedenis van de nieuwe wet leert dat de genoemde bepalingen geen grondslag meer bieden voor inbreuken op de privacy, hoe licht ook.'

meer te richten op de vraag hoe het geldende recht moet worden begrepen, dan hoe het moet worden gewaardeerd.

Een ander bezwaar is dat de gangbare opvatting gemakkelijk kan leiden tot ondernormering van de opsporing. Er zijn ook *andere* redenen - dan de inbreuk op grondrechten - denkbaar om bepaalde opsporingshandelingen wettelijk te regelen. Te denken valt aan de betrouwbaarheid van de bewijsgaring en aan de corruptiegevoeligheid van de gehanteerde methode. Als *enig* criterium schiet het grondrechtenperspectief dus tekort.

In het verlengde van dit bezwaar ligt dat het inbreuk-criterium kan leiden tot een onduidelijke begrenzing van bevoegdheden. Zo is thans alleen de 'stelselmatige' observatie wettelijk geregeld, waarbij voor de rijkelijk vage term 'stelselmatig' is gekozen om te bereiken dat alle vormen van 'ingrijpende' observatie onder het wettelijk regime vallen.<sup>15</sup> Door de vlottende inhoud van het begrip privacy zal voortdurend onzekerheid bestaan welke observatie zo indringend is dat zij 'stelselmatig' moet worden genoemd.

Een vierde bezwaar vormt het gevaar voor verstarring als voor iedere inbreuk op de privacy (of op een ander grondrecht) een uitdrukkelijke voorziening wordt verlangd. Dat klemmt te meer als bij de uitleg van het nationale grondwettelijke recht op privacy een directe koppeling wordt gelegd met de Straatsburgse uitleg van art. 8 EVRM. Als voorbeeld kan hier de zogenaamde vuilnissnuffel dienen. De wetgever heeft het niet nodig geoordeeld om voor deze opsporingsmethode een specifieke wettelijke regeling te treffen. Hij kon zich daarbij beroepen op de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin is geoordeeld dat de methode geen inbreuk maakt op de privacy.<sup>16</sup> Stel nu dat het Straatsburgse Hof dat laatste in een incidenteel geval anders ziet, maar in het kader van de toetsing aan art. 8 lid 2 oordeelt dat het op art. 141 Sv gebaseerde jurisprudentierecht als 'law' door de beugel kan. Moet dat dan een reden zijn om de wetgeving aan te passen?

15 Zie de MvT op het wetsontwerp bijzondere opsporingsbevoegdheden (*Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3), p. 26 e.v.

16 HR 19 december 1995, *NJ* 1996, 249 m.nt. Sch. (Zwolsman-arrest).

## DEEL II ORIENTATIE

**4 Externe rechtsvergelijking: het opsporingsbegrip in enkele Europese landen***4.1 Inleiding*

Voor de beantwoording van de vraag welke uitgangspunten, overwegingen en afwegingen ten grondslag (behoren te) liggen aan de normering van het strafvorderlijke opsporingsonderzoek en in het verlengde daarvan de vraag waarin strafvorderlijk opsporingsonderzoek zich wat dat betreft onderscheidt van andere vormen van onderzoek, lijkt het raadzaam eens na te gaan of zich in Europa op dat terrein tendensen aftekenen die in dit verband wellicht richtinggevend kunnen zijn. Hieronder zal dan ook met het oog op deze vraagstelling het 'opsporingsbegrip' in enkele Europese landen worden verkend. Ter afsluiting van deze globale verkenning zal worden nagegaan of er inderdaad sprake is van een 'Europese lijn' en of daarbij kan of moet worden aangehaakt in een poging eigentijdse uitgangspunten en beginselen te ontdekken die van betekenis kunnen zijn voor de afbakening en normering van het strafvorderlijke opsporingsonderzoek.

*4.2 Het opsporingsbegrip in enkele Europese landen**4.2.1 Duitsland*

De 'onderzoekstaken' van de Duitse politie staan zowel in het teken van het voorkomen van strafbare feiten als in het teken van strafvordering of bestuurlijke afdoening.<sup>17</sup>

Voor wat betreft de niet-justitiële politietaken zijn de daaruit voortvloeiende (onderzoeks)bevoegdheden genormeerd in de politiewetten van de verschillende

17 Het Duitse politie-apparaat is onderverdeeld in zestien min of meer zelfstandige deelstaatpolitieën, die op hun beurt zijn opgedeeld in vier diensten: de Schutzpolizei (de 'reguliere' politie, met taken op het gebied van toezicht en preventie, de openbare orde en de opsporing van minder ernstige delicten), de Kriminalpolizei (de rechedienst met een aantal gespecialiseerde eenheden), de Bereitschaftspolizei (de 'mobiele eenheid') en de Wasserschutzpolizei. Daarnaast is er nog sprake van enkele federale politiediensten zoals het Bundeskriminalamt (het BKA is belast met de opsporing van deelstaatoverschrijdende georganiseerde en ernstige criminaliteit en het verzamelen en registreren van informatie in dat verband; vgl. de CRI. Voorts verleent het BKA bijstand aan de Landeskriminalämter. Dat zijn speciale rechediensten van de deelstaatpolitieën, die tot taak hebben de onderlinge samenwerking tussen de deelstaten te bevorderen op het gebied van misdaadbestrijding, de ontwikkeling van proactieve strategieën etc.), de Bundesgesetzschutz en de Bundesverfassungsschutz. Zie voor de organisatie van de politie verder o.a. *Kamerstukken II 1995/96*, 24 072 nr. 14, *Inzake opsporing; enquetecommissie opsporingsmethoden*, Bijlage V, p. 473 e.v.

deelstaten en in enkele speciale federale regelingen op deelterreinen, zoals het luchtverkeer, de grenspolitie, internationale criminaliteitsbestrijding, samenwerking op gebied van recherche en daarnaast in het Ordnungswidrigkeitengesetz en bijzondere wetgeving op dat terrein.<sup>18</sup> Voor zover deze (onderzoeks)bevoegdheden inbreuken op grondrechten kunnen opleveren, is in de politiewetten voorzien in een aantal waarborgen en gelden speciale regels (bereichsspezifische Regelungen, zie onder).<sup>19</sup> Het gezag over de politie berust - wat betreft deze algemene, niet-justitiële politietaken - bij het landsbestuur.<sup>20</sup> Echter, zodra de onderzoekshandelingen resulteren in een verdenking van een concreet strafbaar feit (een 'Anfangsverdacht'<sup>21</sup>), zijn daarnaast ook de regels en waarborgen van het Wetboek van Strafvordering van toepassing en moet het strafrechtelijke traject worden gevolgd en is er dus sprake van een strafvorderlijk opsporingsonderzoek in de meer traditionele betekenis van het woord. Vanaf dat moment heeft het OM de leiding over het onderzoek.<sup>22</sup> Het onderzoek dat voorafgaat aan dit strafvorderlijk opsporingsonderzoek in 'enge' zin, wordt over het algemeen als 'Vorfeldermittlungen' omschreven. Deze 'Vorfeldermittlungen' hebben in zoverre aan betekenis verloren dat, als gevolg van het 'oprekken' van het verdengkingscriterium (in de praktijk of als gevolg van regelgeving; vgl. het strafbaar stellen van voorbereidings-

18 Zie o.a. P.J.P. Tak, in: P.J.P. Tak e.a., *De normering van bijzondere opsporingsmethoden in buitenlandse rechtsstelsels*, (min. van Justitie, dir. Beleid, sector onderzoek en analyse), Den Haag: 1996, p. 110 e.v. en p. 135 e.v.

19 Zie als voorbeeld van een dergelijke landelijke politiewet het 'Saarländische Polizeigesetz (in der Fassung des Gesetzes Nr. 1364 zur Änderung des Saarländischen Polizeigesetzes vom 14 februari 1996). Meestal wordt overigens geciteerd uit het NWPolG, de politiewet van Nordrhein Westfalen, omdat die ten tijde van de concipiëring van de nieuwe Polizeigesetze een voorbeeldfunctie vervulde. Zie bijvoorbeeld P.J.P. Tak e.a., *a.w.*, p. 111 e.v. en m.n. p. 113-114.

20 Zie W. Gropp, *Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Freiburg im Breisgau 1993, p. 126, noot 57: 'Die Polizei nimmt daher gleichzeitig Verwaltungsaufgaben und Aufgaben der Strafverfolgung wahr. Im Bereich der Gefahrenabwehr übt die Innenverwaltung die Fachaufsicht aus, während die Polizei bei der Strafverfolgung der Fachaufsicht der Staatsanwaltschaft untersteht.'

21 Zie W. Gropp, *a.w.*, p. 130 en Kleinknecht & Meyer-Gößner, *Strafprozeßordnung*, Verlag C.H. Beck, 44<sup>e</sup> editie, München: 1999, p. 569: 'Der Anfangsverdacht muß schon in konkreten Tatsachen bestehen ... Bloße Vermutungen rechtfertigen es nicht jemandem eine Tat zur Last zu legen'.

22 Vgl. de § 152-2, 160-1, 163 StPO. (152-2: 'Sie (die Staatsanwaltschaft (NK)) ist ... verpflichtet wegen alle verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen'; 160-1: 'Sobald die Staatsanwaltschaft...von dem Verdacht einer strafat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschließung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen'; 163-1: 'Die Behörden und Beamten des Polizeibeamtes haben Straftaten zu erforschen und alle keine Aufschub gestattenden Anordnungen zu treffen um die Verdunkelung der Sache zu verhüten'; 163-2: 'Die Behörden und beamten des Polizeidienstes übersenden ihre Verhandlungen ohne Versuchs der Staatsanwaltschaft ...').

handelingen<sup>23</sup>), reeds de kleinstmogelijke verdenking voor het OM aanleiding kan zijn kan zijn om een opsporingsonderzoek of een daaraan voorafgaand 'vooronderzoek' te starten.<sup>24</sup> Bepaalde aanwijzingen of geruchten die normaal gesproken slechts zouden leiden tot Vorfeldermittlungen (proactief onderzoek), kunnen daarvoor al voldoende zijn. In dat geval is dus het doel van het onderzoek de strafrechtelijke afdoening en is het Wetboek van Strafvordering van toepassing.

Als er echter nog geen sprake is van een minimale mate van verdenking, moeten onderzoekshandelingen worden beschouwd als een 'Vorfeld-onderzoek' dat niet noodzakelijkerwijs hoeft uit te monden in een strafvorderlijk opsporingsonderzoek. Het onderzoek kan ook primair zijn gericht op het voorkómen van strafbare feiten (vgl. het in kaart brengen en oprollen van criminele organisaties) of meer in het algemeen op strategische informatievergaring. Als daarentegen wel wordt beoogd - tevens - een strafrechtelijk traject voor te bereiden (en dat is vaak het geval), is het verstandig al in een vroeg stadium rekening te houden met de regels en de waarborgen waarin het Wetboek van Strafvordering voorziet, en zo mogelijk alvast het OM in te schakelen om daar op toe te zien, teneinde te voorkomen dat het vergaarde bewijsmateriaal door de rechter als onbetrouwbaar of onrechtmatig terzijde wordt gelegd.<sup>25</sup> Dat alles heeft tot gevolg dat er vaak geen scherpe grens meer is te trekken tussen het 'Vorfeldonderzoek' en het strafvorderlijke opsporingsonderzoek in 'enge' zin. Dit spanningsveld tussen het Vorfeldonderzoek en het strafvorderlijke opsporingsonderzoek heeft geleid tot enkele kritische beschouwingen in de literatuur, waarin globaal gesproken wordt gewezen op het risico dat de functie van het verdenkingscriterium, als drempel voor de toepassing van bepaalde strafvorderlijke dwangmiddelen en opsporingsmethoden, aan betekenis begint te verliezen. De politie beschikt namelijk in het kader van de preventieve misdaadbestrijding of het Vorfeldonderzoek, over min of meer vergelijkbare, in de landelijke politiewetten geregelde bevoegdheden, zonder zich daarbij te behoeven te bekommeren om strafprocessuele voorschriften en waarborgen of om sturing en toezicht door het OM, terwijl er in sommige gevallen in feite sprake is van verkapte vormen van strafvorderlijk opsporingsonderzoek: '... anderzijds dreigt de duidelijke scheiding tussen preventie en strafvordering te verdwijnen. Het algemene politierecht staat politieel handelen toe ter voorkoming van toekomstige strafbare feiten. Het begrip vorbeugende Verbrechenbekämpfung (preventieve criminaliteitsbestrijding) versluiert de aanwijzing van een bepaalde persoon als verdachte. Het begrip heeft ingang gevonden in de politiewetten van

23 Zie art. 30-2 StGB: 'Ebenso wird bestraft wer sich bereit erklärt, wer das Erbieten eines anderen annimmt, oder wer mit einem anderen verabredet, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften.'

24 Zie o.a. W. Gropp, *a.w.*, p. 131 laatste volzin e.v. (en noot 88).

25 Vgl. P.J.P. Tak, *a.w.*, p. 130.

de deelstaten, soms onder de noemer van Gefahrenabwehr. (...) De bevoegdheid van het OM om opdrachten te geven aan de politie is beperkt tot de strafprocessuele politietaak. Deze strekt zich niet uit over preventie en openbare orde. Aangezien de proactieve opsporing veelal gerangschikt wordt onder de preventieve politietaak, heeft het OM daar weinig zicht op. Bovendien is de politie primair geïnteresseerd in strategische informatievergaring, terwijl het OM gericht is op bewijsvoering.<sup>26</sup> En: 'Aus Ermittlungen im Vorfeld von Straftaten erwachsen zwei Problemen: Zum einen könnte sowohl der Begriff der konkreten Gefahr und des Störers als auch der das Anfangsverdachts an Kontur verlieren. Diese Gefahr sehen auch die Verfechter des OrgKG (wet ter bestrijding van de georganiseerde criminaliteit (NK)) bzw. der neuen Polizeigesetze. Kritiker befürchten eine erhebliche Herabsetzung der Schwelle des Anfangsverdachts (drempelverlagend effect voor het verdenkingscriterium (NK)), indem die Bekämpfung Organisierter Kriminalität auf die Früherkennung möglicher Gefahrenquellen gerichtet sei. Zum anderen wird ein mit der Doppelfunktion der Polizei einhergehendes Problem deutlich: *Die klare Trennung zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung droht zu verwischen* (curs. NK) War es bisher Aufgabe der Strafverfolgung, repressiv bereits begangene Straftaten aufgrund eines Anfangsverdachts zu ermitteln, bedeutete Gefahrenabwehr, präventiv einen mit Wahrscheinlichkeit drohenden, konkreten Schaden abzuwenden. (...) Diese Verlagerung von Strafverfolgung in die Gefahrenabwehr kann weitreichende Folgen haben, indem die Executiv-Polizei wiederum eine gesetzlich nicht vorsehene Funktion übernimmt und die Staatsanwaltschaft in ihre Leitungsfunktion und Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt wird.'<sup>27</sup>

Historische ontwikkelingen in de staatsrechtelijke sfeer, die hebben geleid tot een wettelijke scheiding tussen justitiële en niet-justitiële politietaken, dreigen met andere woorden te botsen met eigentijdse beginselen en uitgangspunten in de rechtsstatelijke sfeer. Aan de andere kant wordt wel betoogd dat de Polizeigesetze de vrijheidsrechten van burgers op vergelijkbare wijze beschermen als het Wetboek van Strafvordering, behoudens het ontbreken van toezicht door het OM.

#### *Korte schets van het karakter van de Polizeigesetze en de Strafprozeßordnung*

De 'Vorfeldermitteilungen' als zodanig, dat wil zeggen de onderzoekshandelingen in de preventieve en proactieve sfeer, worden in Duitsland dus niet genormeerd door de regels van het Wetboek van Strafvordering (zoals dat, in ieder geval wat betreft het proactieve opsporingsonderzoek, wel het geval is in de meeste andere

26 Zie *Kamerstukken II 1995/96*, 24 072 nr. 14, *Inzake opsporing; enquetecommissie opsporingsmethoden*, Bijlage V, p. 474 en p. 477 (onder verwijzing naar E. Wesslau, *Vorfeldermitteilungen. Probleme der Legalisierung 'vorbeugender Verbrechungskämpfung' aus strafprozessrechtlicher Sicht*, Berlin: 1989, p. 42 e.v., 67, 151, 157.

27 W. Grop, a.w., p. 132 e.v. (onder verwijzing naar Wolter, GA 1988, 55).

Europese landen, mede vanwege de samenhang met het strafvorderlijk opsporingsonderzoek en het hoge rechtsstatelijke gehalte van het Wetboek van Strafvordering), maar door de politiewetten van de aangesloten staten.<sup>28</sup> Deze politiewetten voorzien evenals de StPO in een aantal regels met een waarborgkarakter. Deze regels hebben onder andere betrekking op de beperking van de duur van de Ermittlungshandlungen<sup>29</sup>, het toestemmingsvereiste (voor sommige onderzoekshandelingen is toestemming vereist van de korpschef, het OM of de rechter)<sup>30</sup>, het vernietigen van de verzamelde informatie na de tijd<sup>31</sup>, het achteraf inlichten van de betrokkene over de onderzoekshandelingen<sup>32</sup>, de rechterlijke toetsing, de doeldienstigheid en het proportionaliteitsvereiste.<sup>33</sup> Tevens kan de grondwettelijkheid van de onderzoekshandelingen ter toetsing worden voorgelegd aan het Bundesverfassungsgericht.

Daarnaast worden in de politiewetten de gevallen en gronden genoemd waarin, respectievelijk op grond waarvan, bepaalde bijzondere onderzoeksmethoden mogen worden toegepast, rekening houdend met de ingrijpendheid van de methode afgewogen tegen het belang dat wordt gehecht aan het grondrecht dat ermee wordt geschonden. Bepaalde ingrijpende bijzondere 'opsporingsbevoegdheden' zijn bijvoorbeeld alleen toegestaan ter bestrijding van ernstige misdrijven (waarop

- 28 Zie P.J.P. Take, a., a. w., p. 111, (onder verwijzing naar K. Royall, *Moderne Fahndungsmethoden im Lichte gewandelten Grundrechtsverständnisses unter Berücksichtigung des Tätigkeit des Verfassungsschutzes*, Goldammer's Archiv für Strafrecht 1985, p. 1-27): 'Het StPO behoort tot de zgn. konkurrierende Gesetzgebung (72 GG): deelstaten hebben wetgevende bevoegdheid voor zover de Bond geen gebruik heeft gemaakt van zijn wetgevende bevoegdheid. Algemeen wordt aangenomen dat de deelstaten op het gebied van repressieve strafvordering geen zelfstandige bevoegdheid meer kunnen uitoefenen. Anders ligt dat voor de proactieve opsporing.'
- 29 Vgl. bijvoorbeeld § 16 SPolG: '... eine Freiheitsentziehung zum Zwecke der Feststellung der Identität darf die Dauer von insgesamt 12 Stunden nicht überschreiten' en meer in het algemeen § 2-3 SPolG: 'Eine Maßnahme ist nur solange zulässig bis ihr Zweck erreicht ist, oder sich zeigt dass er nicht erreicht werden kann'.
- 30 Vgl. § 28-3 SPolG: 'Der Einsatz eines Verdeckten Ermittlers darf nur durch den Richter angeordnet werden. Bei Gefahr im Verzuge kann die Anordnung auch vom Behördenleiter getroffen werden. (...)'
- 31 Vgl. § 38-2 SPolG: 'In Dateien gespeicherte personenbezogene Informationen sind zu löschen und die dazugehörigen Unterlagen sind zu vernichten wenn (1) ihre Speicherung unzulässig war, (2) bei der nach bestimmten Fristen vorzunehmenden Überprüfung oder aus Anlaß einer Einzelfallbearbeitung festgestellt wird, das ihre Kenntnis für die speichernde Stelle zur Erfüllung der in ihrer Zuständigkeit liegenden Aufgaben nicht mehr erforderlich ist'.
- 32 Vgl. § 20-5 SPolG: 'Ist die Anfertigung der Niederschrift oder die Aushändigung einer Abschrift nach den besonderen Umständen des Falles nicht möglich oder würde sie den Zweck der Durchsuchung gefährden, so sind dem Betroffenen lediglich die Durchsuchung unter Angabe der verantwortlichen Dienststelle sowie Zeit und Ort der Durchsuchung schriftlich zu bestätigen'.
- 33 Vgl. § 2 SPolG: '(1) Von mehreren möglichen und geeigneten Massnahmen hat die Polizei diejenige zu treffen, die den Betroffenen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt. (3) Eine Maßnahme ist nur solange zulässig, bis ihr Zweck erreicht ist, oder sich zeigt, daß er nicht erreicht werden kann'.

minimaal een jaar gevangenisstraf is gesteld) en/of voor het afwenden van gevaar voor het leven, de lichamelijke integriteit of de vrijheid van personen. In dat verband kan worden gewezen op de observatie gedurende langere tijd, het afluisteren van gesprekken door middel van technische hulpmiddelen, het in het geheim maken van beeldopnamen (het in het geheim maken van beeldopnamen en het afluisteren door middel van technische middelen in de woning van de betrokkene en het verrichten van inblikoperaties zijn alleen toegestaan ter bestrijding van onmiddellijk gevaar voor leven, vrijheid en lichamelijke integriteit - vgl. een gijzeling - en dan nog slechts met toestemming van de rechter), het inzetten van infiltranten (waarvoor eveneens toestemming van de rechter nodig is), pseudo-koop onder controle van het OM en het systematisch vastleggen van gegevens over bepaalde personen.<sup>34</sup> Andere methoden zijn alleen geoorloofd als er een concreet gevaar dreigt voor het leven, de vrijheid of lichamelijke integriteit van derden of voor de Bondsrepubliek of één van haar deelstaten. Onderzoek naar een persoon door middel van koppeling van computerbestanden bijvoorbeeld ('Rasterfahndung') is alleen toegestaan op die gronden.<sup>35</sup> Weer andere onderzoeksmethoden zijn in het geheel niet toegestaan in de Vorfeldfase, zoals de telefoontap

34 Vgl. § 28 SPolG:

(Abs. 1) Die Vollzugspolizei kann personenbezogenen Informationen über die in § 26 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 genannten Personen mit Mitteln nach Absatz 2 nur erheben, soweit das zur vorbeugenden Bekämpfung

(1) von Verbrechen (:strafbaar feit waarop meer dan 1 jaar gevangenisstraf is gesteld; zie art. 12 StGB (NK)), wenn aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, daß eine solche Straftat begangen werden soll,

(2) anderer Straftaten, wenn aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, daß die Straftat gewerbmäßig, gewohnheitsmäßig, von Banden oder von Organisationen begangen werden soll, erforderlich ist.

Die erforschung des Sachverhaltes muss ohne Gefährdung der Aufgabenerfüllung auf andere Weise aussichtslos sein; die Maßnahme darf nicht außer Verhältnis zur Bedeutung des aufzuklärender Sachverhaltes stehen. Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis bleiben unberührt.

(Abs. 2) Mittel des Absatzes 1 sind (1) die Observation, (2) der verdeckte Einsatz technischer Mittel, insbesondere zur Anfertigung von Bildaufnahmen oder -aufzeichnungen sowie zum Abhören oder Aufzeichnen des gesprochenen Wortes auf Tonträger, (3) der Einsatz von Vertrauenspersonen und Informanten, (4) der Einsatz von Polizeivollzugsbeamtinnen und Polizeivollzugsbeamten unter einer Legende (Verdeckte Ermittler).

(Abs. 3) ...

(Abs. 4) In oder aus Wohnungen (§ 19 Abs. 1 Satz 2) kann die Vollzugspolizei personenbezogene Informationen mit den in Absatz 2 genannten Mitteln nur erheben, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben einer Person unerlässlich ist. (...) Informationserhebungen mit Mitteln nach Absatz 2 Nr. 2 dürfen in oder aus Wohnungen außer bei Gefahr im Verzug nur durch den Richter angeordnet werden (...).

35 Vgl. § 37-1 SPolG: 'Die Vollzugspolizei kann von öffentlichen oder nichtöffentlichen Stellen zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person die Übermittlung von personenbezogenen Informationen bestimmter Personengruppen aus Dateien zum Zweck des Abgleichs mit anderen Informationsbeständen verlangen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, daß das zur Abwehr der Gefahr erforderlich ist. (...)'

en de postvang: in de politiewetgeving zijn het post- en briefgeheim niet opgenomen in de opsomming van grondrechten waarop inbreuken door de politie mogelijk zijn in de Vorfelfase. Aangezien art. 19 van de Grundwet voorschrijft dat alleen inbreuken op grondrechten zijn toegestaan voor zover dat in een wet is geregeld onder verwijzing naar het betreffende grondwetsartikel (Zitiergebot), moeten deze grondrechten als 'Polizeifest' worden beschouwd.<sup>36</sup>

Zodra er op grond van de Vorfeldermittlungen een verdenking rijst van een concreet strafbaar feit, dat wil zeggen als er sprake is van een 'Anfangsverdacht', dus de reeds vermelde minimaal vereiste mate van verdenking, zijn politie en het OM, dat - in theorie althans - vanaf dat moment de leiding over het onderzoek heeft<sup>37</sup>, verplicht een strafvorderlijk onderzoek in te stellen. Vanaf dat moment dient dus te worden overgestapt op het 'reactieve' traject en worden de opsporingshandelingen, zoals gezegd, genormeerd door de strafprocessuele regels en gelden de strafprocessuele waarborgen. Gezien de enigszins andere belangenafweging dan in de Vorfelfase, tussen enerzijds het belang om burgers zo min mogelijk te belasten met eventueel verstrekkende gevolgen van het strafvorderlijke opsporingsonderzoek (:vervolgning, mogelijke bestraffing) en anderzijds het belang van het opsporingsonderzoek (:de waarheidsvinding), zijn de bijzondere opsporingsbevoegdheden in het kader van het strafvorderlijk opsporingsonderzoek ook enigszins anders genormeerd en gelden andere toepassingsvoorwaarden dan in het kader van het Vorfeldonderzoek. Maar er zijn ook overeenkomsten: wat betreft het strafvorderlijk opsporingsonderzoek geldt eveneens dat bepaalde opsporingsbevoegdheden automatisch voortvloeien uit de algemene, wettelijk omschreven opsporingstaken van het OM en de politie<sup>38</sup> en dat bevoegdheden alleen

36 Zie § 19 GG jo § 7 SPolG (§ 19 GG: (1) Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen. (...). § 7 SPolG: Durch dieses Gesetz werden die Grundrechte auf körperliche Unversehrtheit (§ 2 Abs. 2, Satz 1 GG), Freiheit der Person (§ 2 Abs. 2, Satz 2 GG), Freizügigkeit (§ 11 GG) und auf Unverletzlichkeit der Wohnung (§ 13 GG) eingeschränkt). Zie ook o.a. § 28-1 SPolG laatste volzin: Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis bleiben unberührt. Zie voorts P.J.P. Tak, *a.w.*, p. 149 en 180.

37 Zie noot 4. Zie voorts J. Hatchard, B. Huber. & R. Vogler (ed.), *Comparative Criminal Procedure*, London: 1996, p. 116, derde alinea en P.J.P. Tak, *a.w.*, p. 119: '(...) De werkelijkheid is veelal anders. In het merendeel van de gevallen wikkelt de politie het opsporingsonderzoek zover af dat het OM op basis van het procesverbaal - dat overigens geen op ambtseed opgemaakt procesverbaal is - een beslissing over de vervolging kan nemen. In de praktijk van alledag heeft de politie dus een verregaande feitelijke verantwoordelijkheid voor de opsporing, zeker als het gaat om routinegevallen'.

38 Zie o.a. de § 161 en 163 StPO (§ 161: Zu dem im vorstehenden Paragraphen bezeichneten Zweck kann die Staatsanwaltschaft von allen öffentlichen Behörden Auskunft verlangen und Ermittlungen jeder Art entweder selbst vornehmen oder durch die Behörden und Beamtinnen des Polizeidienstes vornehmen lassen. Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes sind verpflichtet, dem Ersuchen oder Auftrag der Staatsanwaltschaft zu genügen; § 163: Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes haben Straftaten zu erforschen und alle keinen

een speciale wettelijke grondslag behoeven voor zover ze een inbreuk op grondwettelijk beschermde grondrechten opleveren.<sup>39</sup> Daarnaast geldt voor een aantal bijzondere bevoegdheden, evenals dat geldt voor sommige Vorfelddbevoegdheden, dat ze slechts mogen worden toegepast met het oog op ernstige misdrijven.<sup>40</sup> Voorts geldt voor de strafvorderlijke opsporingsbevoegdheden een aantal beginselen die ook gelden voor de Vorfelddfase, zoals het proportionaliteits/subsidiariteitsvereiste en het doelgebondenheidsvereiste. Als uitwerking daarvan gelden echter in de reactieve fase enigszins andere toepassingsvoorwaarden dan in de proactieve sfeer. Zo zijn bijvoorbeeld politietoezicht of het koppelen van computerbestanden in het kader van het strafvorderlijk opsporingsonderzoek alleen (onder bepaalde voorwaarden) toegestaan om informatie in te winnen over het gepleegde delict en/of de (verblijfplaats van de) verdachte, mits van andere opsporingsmethoden onvoldoende resultaat is te verwachten<sup>41</sup>, terwijl wat betreft deze onderzoeksvarianten in de Vorfelddfase vrijwel onbeperkt informatie kan worden ingewonnen over een bepaalde persoon en al zijn betrekkingen, teneinde inzicht te krijgen in diens handel en wandel.<sup>42</sup> Daarnaast gelden voor het maken van beeldopnames en het

Aufschub gestattenden Anordnungen zu treffen, um die Verdunkelung der Sache zu verhüten. (...).

- 39 Vgl. § 8 SPolG: (1) Die Polizei kann die notwendigen Maßnahmen treffen um eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit (Gefahr) abzuwehren, soweit nicht die § 9 bis 40 die Befugnisse der Polizei besonders regeln. (2) Zur Erfüllung der Aufgaben, die der Polizei durch andere Rechtsvorschriften zugewissen sind (bijvoorbeeld door het StPO (NK)) hat sie die dort vorgesehenen Befugnisse. Soweit solche Rechtsvorschriften Befugnisse der Polizei nicht regeln, hat sie die Befugnisse die ihr nach diesem Gesetz zustehen.
- 40 Zie bijvoorbeeld de § 163 e en 98 a-c StPO waarnaar hieronder wordt verwezen: de bevoegdheden op grond van deze artikelen mogen alleen worden toegepast in verband met 'eine Straftat erheblicher Bedeutung'.
- 41 Zie § 163 e StPO en § 98 a-c StPO en Kleinknecht & Meyer, *a.w.*, p. 660 e.v resp. p. 309 e.v. (§ 163 e StPO: Die Ausschreibung zur Beobachtung anlässlich von polizeilichen Kontrollen, die die Feststellung der Personalien zulassen, kan angeordnet werden, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß eine Straftat erheblicher Bedeutung begangen wurde. Die Anordnung darf sich nur gegen den Beschuldigten richten und nur dann getroffen werden, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise erheblich weniger erfolgspredend oder wesentlich erschwert wäre (...); § 98 a: Liegen zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vor, daß eine Straftat von erheblicher Bedeutung auf dem Gebiet des (... hier volgt een aantal 'Katalogtaten' (NK)) begangen worden ist, so dürfen ... personenbezogene Daten von Personen ... mit anderen Daten maschinell abgeglichen werden ... Die Maßnahme darf nur angeordnet werden, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise erheblich weniger erfolgsverpredend oder wesentlich erschwert wäre (...); § 98 b: Der Abgleich und die Übermittlung der Daten dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft angeordnet werden (...); § 98 c: (...) Entgegenstehende besondere bundesgesetzliche oder entsprechende landesgesetzliche Verwendungsregelungen bleiben unberührt; zie ook W. Gropp, *a.w.*, p. 148 e.v. en p. 175 e.v.
- 42 Vgl. § 37 SPolG (zie noot 16).

afluisteren in het kader van het strafvorderlijk opsporingsonderzoek andere regels en beperkingen dan voor het maken van beeldopnames en het afluisteren in de Vorfeldfase.<sup>43</sup> Overigens is het sinds kort ook mogelijk in het kader van het opsporingsonderzoek beeldopnames te maken of af te luisteren in de woning van de verdachte. Voorheen was dat alleen mogelijk in de Vorfeldfase ter afwending van gevaar voor leven, de lichamelijke integriteit en de vrijheid van derden. Zie boven. Ook voor het inzetten van infiltranten in het kader van het strafvorderlijke opsporingsonderzoek gelden enigszins 'strengere' en meer gedetailleerde voorwaarden (gevallen, gronden, toezicht en toestemming).<sup>44</sup>

Anderzijds zijn sommige onderzoekshandelingen die in het kader van het Vorfeldonderzoek niet zijn toegestaan, onder bepaalde voorwaarden wel toegestaan in het kader van het strafvorderlijke opsporingsonderzoek. Dat geldt bijvoorbeeld voor de telefoontap en het onderscheppen van andere vormen van telecommunicatie<sup>45</sup> en voorts voor de postvang<sup>46</sup>, zij het alleen ter zake van bepaalde met name genoemde delicten, de 'Katalogtaten'. Ten slotte is er nog sprake van opsporingsmethoden die in de praktijk alleen voor het strafvorderlijk opsporingsonderzoek relevant zijn, zoals de pseudo-koop, gecontroleerde aflevering en frontstore-operaties.

De conclusie kan zijn dat Duitsland, in tegenstelling tot een aantal andere landen waar het proactieve onderzoek (inmiddels) tot de justitiële politietaken wordt gerekend, nog steeds een vrij strikte wettelijke scheiding kent tussen de justitiële en de niet-justitiële proactieve politietaken, en dat het strafvorderlijke opsporingsonderzoek in 'enge' zin enerzijds en het proactieve onderzoek anderzijds, dan ook door verschillende wetten worden genormeerd: het Wetboek van Strafvordering respectievelijk de 'Landespolizeigesetze'.<sup>47</sup> Voorts is voor deze onderscheiden typen politietaken de gezagsverhouding verschillend geregeld: in de Vorfeldfase staat de politie onder het gezag van het bestuur, in de strafvorderlijke opsporingsfase berust het gezag bij het OM. Zoals bleek leidt deze wettelijke scheiding tussen justitiële en niet-justitiële politietaken, tot afbakeningsproblemen: van een duidelijke grens tussen onderzoek in de preventieve of Vorfeldsfeer en opsporingsonderzoek in de strafvorderlijke sfeer is geen sprake (meer). Dat heeft tot gevolg dat het

43 Vgl. de omvangrijke § 100c-100d StPO (Kleinknecht & Meyer, *a.w.*, p. 328 e.v.) met de betrekkelijk sobere regeling van § 28 SPoLG (zie noot 15). De regeling van 100c-100d StPO lijkt enigszins 'strenger' en gedetailleerder.

44 Vgl. ook hier weer de relatief gedetailleerde regeling van de § 110a-110e StPO (Kleinknecht & Meyer *a.w.*, p. 354 e.v.) met de meer algemene regeling van § 28 SPoLG (zie noot 15).

45 Zie § 100a, 100b StPO. Zie voorts noot 17.

46 Zie § 99-100 StPO. Zie voorts noot 17.

47 Vgl. ook Kleinknecht & Meyer, *a.w.*, p. 285 onderaan: '... Auch insoweit enthalten die Vorschriften der StPO (...) nur Regelungen für Zwecke der Straferfolgung. Durchsuchungen zu anderen Zwecken gestatten ... die Polizei- und Ordnungsgesetze der Länder'.

opsporingsapparaat zich in de voorfase van het opsporingsonderzoek, of in het kader van de strategische informatievergaring, naar believen kan onttrekken aan het beleid, de leiding en het toezicht van het OM of aan de strafprocessuele regels en waarborgen, door 'opsporingsactiviteiten' op te vatten als 'Vorfeldonderzoek'. Daar doet niet aan af dat - om de zaak veilig te stellen - vaak al in een vroeg stadium van het (Vorfeld)onderzoek rekening wordt gehouden met een strafvordelijk vervolgtraject en het OM in dat geval zo nodig tijdig bij het proactieve onderzoek wordt betrokken. Aan de andere kant wordt het verdenkingscriterium in de praktijk en op grond van wetgeving zodanig opgerekt dat er al snel sprake is van een (minimale graad van) verdenking en dus van een strafvorderlijk opsporingonderzoek in 'enge' zin. Het 'enge' opsporingsbegrip is daarmee enigszins verruimd.

Anderzijds kan men ook stellen dat het strafvorderlijke opsporingsbegrip in de loop van de tijd juist is 'verengd' als gevolg van het decriminaliseren van een groot aantal bagatel-delicten: deze zogeheten 'Ordnungswidrigkeiten' worden niet langer strafrechtelijk maar bestuursrechtelijk afgedaan.<sup>48</sup> Hoewel controle en toezicht wat betreft deze Ordnungswidrigkeiten in feite zijn te beschouwen als 'opsporing' van overtredingen die voor een punitieve sanctie in aanmerking komen (anders gezegd: als opsporing die tot een 'criminal charge' kan leiden), is er dus geen sprake meer van strafvorderlijke opsporing in de strikte zin van het woord of van 'opsporing in enge zin'. De boven beschreven verruiming van het opsporingsbegrip heeft dus alleen betrekking op het *strafvorderlijke* opsporingsonderzoek. Als men echter uitgaat van een ruimere definitie van het begrip opsporing - en daaronder bijvoorbeeld ook verstaat opsporing van verboden handelingen of criminaliteit teneinde deze niet primair strafrechtelijk maar bestuursrechtelijk of anderszins te bestrijden - dan duidt de bovenbeschreven 'verruiming' respectievelijk

48 Dat houdt onder andere in dat het OM normaal gesproken op generlei wijze is betrokken bij de 'opsporing' van Ordnungswidrigkeiten. Dat is alleen anders als de Ordnungswidrigkeit tevens een strafbaar feit oplevert. Zie de § 35, 40-43, 53 Ordnungswidrigkeitengesetz. (§ 35: Für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten ist die Verwaltungsbehörde (bestuur (NK)) zuständig, soweit nicht hierzu nach diesem Gesetz die Staatsanwaltschaft oder an ihrer Stelle für einzelne Vervolgungshandlungen der Richter berufen ist. § 40: Im Strafverfahren ist die Staatsanwaltschaft für die Verfolgung der Tat auch unter dem Rechtlichen Gesichtspunkt einer Ordnungswidrigkeit zuständig, soweit ein Gesetz nichts anderes bestimmt. § 41: Die Verwaltungsbehörde gibt die Sache an die Staatsanwaltschaft ab, wenn Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß die Tat eine Straftat ist (...). § 42: Die Staatsanwaltschaft kann ... die Verfolgung der Ordnungswidrigkeit übernehmen, wenn sie eine Straftat verfolgt, die mit der Ordnungswidrigkeit zusammenhängt. (...). § 43: (...). § 53: Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes haben nach pflichtgemäßem Ermessen Ordnungswidrigkeiten zu erforschen und dabei alle unaufschiebbaren Anordnungen zu treffen, um die Verdunkelung der Sache zu verhüten. Sie haben bei der Erforschung von Ordnungswidrigkeiten, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, dieselben Rechte und Pflichten wie bei der Verfolgung von Straftaten. Ihre Akten übersenden sie unverzüglich der Verwaltungsbehörde, in den Fällen des Zusammenhangs (§ 42) der Staatsanwaltschaft. (...).

'verenging' van het opsporingsbegrip niet zozeer op een verruiming of verenging als zodanig, maar slechts op een verschuiving van accenten wat betreft de te hanteren handhavingsinstrumenten en de daarbij horende taken, procedures, bevoegdheden, controle en waarborgen. Met andere woorden: er is in die visie niet zozeer sprake van een verruiming of verenging van het opsporingsbegrip maar van het verwisselen van 'etiketten'.

Samenvattend: 'opsporing' - in de ruimste zin van het woord - kan enerzijds primair betrekking hebben op bestuurlijke handhaving en meer in het algemeen op het voorkomen van misdrijven en het handhaven van de openbare orde en veiligheid en anderzijds op strafrechtelijke afdoening (het doelcriterium). In het eerste geval staat het politieapparaat onder gezag van het bestuur en zijn de bevoegdheden geregeld in de Landespolizeigesetze alswel in enkele federale, bijzondere wetten en de Ordnungswidrigkeitenwetgeving; in het laatste geval is er een gezagsverhouding met het OM en zijn de bevoegdheden geregeld in het Wetboek van Strafvordering, mits er sprake is van tenminste een minimale verdenking van een concreet strafbaar feit (het verdenkingscriterium). Als dat nog niet het geval is geldt het onderzoek als een proactief onderzoek. Dit Vorfeldonderzoek wordt eveneens genormeerd door de Landespolizeigesetze. Formeel gesproken staat het opsporingsapparaat in die fase nog onder het gezag van het bestuur - het doelcriterium en het verdenkingscriterium botsen hier als het ware: het strafvorderlijke doel is er vaak al wel, maar de vereiste verdenking nog niet en is het opsporingsapparaat nog niet gebonden aan de strafprocessuele regelgeving en gezagsverhoudingen, zij het dat in de praktijk het OM veelal al in een vroeg stadium bij het onderzoek wordt betrokken voor zover dat raadzaam lijkt met het oog op een strafvorderlijk vervolgtraject.

#### 4.2.2 Engeland

De opsporing van strafbare feiten is in Engeland altijd bij uitstek een politietaak geweest, zonder dat de opsporingsambtenaren daarbij in enige gezagsrelatie staan tot justitie.<sup>49</sup> De politietaken zijn weliswaar (aanvankelijk) niet wettelijk omschreven, maar algemeen is altijd aangenomen dat het de taak van de politie is zorg te dragen voor de handhaving van het recht, de openbare orde en de veiligheid. In dat verband is het onder meer haar taak strafbare feiten op te sporen om ze te voorkomen, dan wel de daders ervan te doen vervolgen.<sup>50</sup>

49 Ch. Van den Wyngaert e.a., *Criminal procedure systems in the European Community*, London, Brussels, Dublin, Edinburgh: 1993, p. 75.

50 W. Gropp, *Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Freiburg im Breisgau: 1993, p. 230 e.v. en p. 236 e.v.

Het politie-apparaat, dat onder de verantwoordelijkheid van de minister van Binnenlandse Zaken valt, bestaat uit 43 autonome regionale politiekorpsen, elk onder leiding van een 'Chief Constable'. (daarnaast zijn er nog enkele speciale opsporingsdiensten, zoals de 'Serious Fraude Office', de 'Inland Revenu' (belastingfraude) en de 'Customs an Excise.')

Deze politiekorpsen zijn, zoals gezegd, onder andere belast met de opsporing van strafbare feiten zonder dat justitie daarmee ook maar enige bemoeienis heeft. Zelfs de beslissing om na het vooronderzoek al dan niet tot vervolging over te gaan, lag tot 1985 geheel in handen van de politie zelf.<sup>52</sup> In 1985 trad de Prosecution of Offences Act in werking en werd er een Crown Prosecution Service in het leven geroepen, die sindsdien verantwoordelijk is voor de (verdere) vervolging van delinquenten. De CPS is enigszins vergelijkbaar met het Nederlandse OM, zij het dat ze meer fungeert als een soort 'gate watcher' dan als dominus litis van het strafproces. Dat wil zeggen dat het CPS op grond van een aantal criteria van de Code for Crown Prosecutors (CCP) een afweging maakt of de (door de politie) in beschuldiging gestelde verdachte al dan niet dient te worden vervolgd. Daarbij speelt onder andere een rol de vraag of het verzamelde bewijsmateriaal reëel uitzicht biedt op een veroordeling en voorts of vervolging het algemeen belang dient (opportunitiebeginsel). De criteria van het CCP zijn bij de politie bekend, zodat de politie in het algemeen slechts verdachten in staat van beschuldiging stelt voor zover aan deze criteria wordt voldaan, teneinde ervan verzekerd te zijn dat de verdachten ook daadwerkelijk worden vervolgd.<sup>53</sup> In die zin heeft het CPS dus wel enige invloed op het opsporingsonderzoek, maar voor het overige opereren politie en de CPS geheel onafhankelijk van elkaar. Bijzondere opsporingsdiensten kennen overigens geen strikte scheiding tussen het vooronderzoek en de vervolging. Vgl. het SFO, Her Majesty's Customs and Excise, de Inland Revenu en het lokale gezag ter zake van plaatselijke verordeningen.<sup>54</sup> Dergelijke bijzondere opsporingsdiensten zijn zowel belast met de opsporing van (bepaalde) strafbare feiten als met de vervolging daarvan.

De politie start een opsporingsonderzoek zodra ze daartoe aanleiding ziet. Een bepaalde mate van verdenking is daarvoor niet noodzakelijk.<sup>55</sup> Er is dan ook geen sprake van een scherpe cesuur tussen proactieve opsporing en reactieve opsporing. Ook overigens is de politie in beginsel vrij om te beslissen of ze al dan niet zal overgaan tot de opsporing van bepaalde delicten. De Chief Constable beschikt over een ruime mate van beleidsvrijheid wat betreft de inzet van middelen

51 J. Hatchard, B. Huber, R. Vogler, *Comparitive criminal procedure*, London: 1996, p. 205.

52 Zie Ch. Van Den Wyngaert, *a.w.*, p. 76.

53 Zie J. Hatchard e.a., *a.w.*, p. 198, par. 5.2.1.

54 Zie J. Hatchard e.a., *a.w.*, p. 207.

55 Zie W. Gropp, *a.w.*, p. 232.

en mankracht en de (opsporings)methoden die hij wil hanteren, zij het dat hij daarbij wel gebonden is aan de richtlijnen van het ministerie van Binnenlandse Zaken. Voorts zijn er ten behoeve van de bestrijding van de georganiseerde misdaad samenwerkingsverbanden in het leven geroepen (o.a. op het gebied van informatieverzameling en het uitwisselen van gegevens; vgl. de National Criminal Intelligence Unit en het Police National Network) die een zekere centralisatie van de politieorganisatie met zich hebben meegebracht.<sup>56</sup> Ook anderszins is gepoogd de grote onafhankelijkheid van de politiekorpsen in te perken. Mede omwille van het streven naar enige harmonisatie en uniformiteit is in de loop van de tijd regelgeving ontwikkeld ter zake van politieoptreden - aanvankelijk in de vorm van rechterlijke uitspraken - hetgeen in 1985 heeft geleid tot de PACE-act (de Police and Criminal Evidence Act. Zie onder).<sup>57</sup>

Hoewel er geen scherp onderscheid bestaat tussen preventieve-, proactieve- en reactieve (opsporings)activiteiten, kent de politieorganisatie in de praktijk diensten die speciaal zijn belast met preventieve respectievelijk strafvorderlijke opsporingstaken. Zo is de geüniformeerde politie belast met de bescherming van de burgers en de handhaving van de openbare orde en veiligheid, en houdt de niet-geüniformeerde recherche zich speciaal bezig met strafvorderlijk opsporingsonderzoek.<sup>58</sup>

Opsporingsambtenaren beschikken over tal van bevoegdheden, zowel in de proactieve als in de reactieve sfeer, die niet berusten op een specifieke wettelijke grondslag maar die voortvloeien uit hun algemene politietaak,<sup>59</sup> zij het dat sommige opsporingsmethoden onderwerp kunnen zijn van ministeriële richtlijnen die zijn opgesteld in overleg met de Central Conference of Chief Constables of Police (zoals visuele observatie, het afluisteren met verborgen microfoons, het gebruik van informanten en infiltranten, dataverzameling en -verwerking). Echter, voor zover opsporingsambtenaren daarnaast gebruik (willen) maken van dwangmiddelen zonder toestemming van de betrokkenen, zijn ze onderworpen aan de regelgeving van de PACE-act en enkele bijzondere wetten. De PACE-act voorziet in criteria op grond waarvan de toepassing van bepaalde dwangmiddelen wordt toegestaan of beperkt. Zo is, naar gelang de toepassing van dwangmiddelen een grotere inbreuk op vrijheidsrechten oplevert, een bepaalde graad van verdenking vereist en kunnen sommige dwangmiddelen slechts worden toegepast als er sprake is van delicten van een bepaalde categorie. Daarnaast wordt de toepassing van dwangmiddelen omgeven met extra waarborgen naarmate ze meer ingrijpen in de persoonlijke levenssfeer. Zo kunnen bepaalde dwangmiddelen slechts worden toegepast door

56 Zie o.a. W. Gropp, *a.w.*, p. 219 en 248 e.v.

57 Vgl. J. Hatchard e.a., *a.w.*, p. 191 en Ch. Van den Wyngaert e.a., *a.w.*, p. 76.

58 Vgl. W. Gropp, *a.w.*, p. 231.

59 Zie W. Gropp, *a.w.*, p. 236 en p. 273-274.

functionarissen met een bepaalde rang, terwijl voor de toepassing van andere dwangmiddelen, zoals de 'warrant', de toestemming van een hogere functionaris of de rechter nodig is. Voorts wordt vaak nauwkeurig omschreven aan welke vormvereisten moet worden voldaan en op welke gronden het dwangmiddel in kwestie mag worden toegepast.<sup>60</sup> De gronden hoeven overigens niet altijd betrekking te hebben op strafvorderlijke doelen. Zo somt art. 25 PACE-act een aantal 'general arrest conditions' op, op grond waarvan een politiefunctaris onder andere personen kan oppakken die een gevaar opleveren voor zichzelf of hun omgeving; een soort bestuurlijke ophouding dus. Daarnaast zijn er nog andere voorbeelden waaruit blijkt dat de PACE-act niet alleen betrekking heeft op de normering van strafvorderlijke opsporingsactiviteiten in enge zin, maar soms ook op handelingen die meer in de proactieve of in de preventieve sfeer liggen. Zo kan op grond van de PACE-act, Code of Practice A, sectie 1.8 en 1.8a een politiefunctaris met een bepaalde rang toestemming verlenen voor een preventief onderzoek aan personen en voertuigen (op een bepaalde plek, gedurende een bepaalde periode van maximaal 24 uur) als er aanwijzingen zijn dat er gewelddadigheden of terroristische acties zijn te verwachten.<sup>61</sup> Eenieder kan dan aan een dergelijk onderzoek worden onderworpen zonder dat er sprake hoeft te zijn van een concrete verdenking. Een ander voorbeeld betreft de 'roadchecks' van artikel 4 PACE-act: de politie kan (gedurende een week, met mogelijke verlenging) roadchecks houden om vast te stellen of zich in de voertuigen verdachten of getuigen van 'serious arrestable offences' bevinden. De politie kan dergelijke roadchecks ook houden met het oog op toekomstige strafbare feiten waarvan ze lucht heeft gekregen; de roadchecks kunnen dus een uitgesproken preventief karakter hebben. (de roadchecks in het kader van de verkeerswetgeving zijn overigens geregeld in de Road Traffic Act).

Met andere woorden: ook de PACE-act lijkt niet principieel uit te gaan van een scherpe grens tussen enerzijds preventief en proactief politieoptreden en anderzijds opsporingshandelingen in de meer 'enge' betekenis van het woord, in die zin dat niet zozeer de doelgebondenheid van het politieoptreden het criterium lijkt te zijn voor de vraag of de PACE-act al dan niet van toepassing is, maar de mate waarin het politieoptreden, en met name het gebruik van dwangmiddelen, een inbreuk op vrijheidsrechten oplevert.

Daar komt nog bij dat bepaalde voorbereidingshandelingen, zoals 'conspiracy', het bezit van wapens en inbrekersgereedschap, etc., strafbaar zijn gesteld, zodat - voor zover voor de toepassing van bepaalde dwangmiddelen een verdenking van een strafbaar feit is vereist - het verdenkingvereiste in die zin is opgerekt dat de politie al in een vroeg stadium van het preventieve of proactieve onderzoek

60 Zie W. Gropp, *a.w.*, p. 232 e.v. en p. 237 e.v.

61 Zie J. Hatchard e.a., *a.w.*, p. 196.

dwangmiddelen kan toepassen die normaal gesproken pas toelaatbaar zouden zijn als het strafbare feit waarop de voorbereidingshandelingen betrekking hadden, reeds is gepleegd.

Behoudens deze in de PACE-act opgenomen regeling ter zake van enkele dwangmiddelen in de preventieve en proactieve sfeer en behoudens de boven al even genoemde ministeriële richtlijnen, is het proactieve politieonderzoek nauwelijks wettelijk genormeerd of anderszins aan voorwaarden of een bepaalde mate van verdenking gebonden.<sup>62</sup> Dat wil niet zeggen dat de opsporingsambtenaren in de proactieve fase ongelimiteerd hun gang kunnen gaan. Voor zover er geen bijzondere regels gelden, zijn ze - evenals elke burger - onderworpen aan de reguliere wetgeving. Zo wijst S.38 van de Data Protection Act 1984 er nog eens expliciet op dat deze wet ook geldt voor de verzameling en verwerking van computerdata voor opsporingsdoeleinden. Overtreding van de wet - of de voor het opsporingsapparaat geldende stafprocessuele beginselen en fatsoensregels - kan worden gesanctioneerd door middel van tuchtrechtelijke, strafrechtelijke of civielrechtelijk acties.<sup>63</sup>

Resumerend kan worden gesteld dat het Engelse rechtssysteem een 'ruim' opsporingsbegrip kent - waarin geen scherpe grens is te trekken tussen preventief, proactief en reactief opsporingsonderzoek - en dat het verdenkingscriterium slechts betekenis heeft voor de vraag welke dwangmiddelen onder welke voorwaarden kunnen worden toegepast. Voorts speelt het verdenkingscriterium nog een rol in verband met de 'inbeschuldigingstelling' en de verdere vervolging van de verdachte: zodra voldoende bewijs is verzameld om de verdachte met succes te kunnen vervolgen, dient de opsporingsambtenaar de verdachte daarvan op de hoogte te stellen, hem te wijzen op zijn zwijgrecht en hem vervolgens zo spoedig mogelijk voor te geleiden voor de 'custody officer'.<sup>64</sup> Die gaat na of de verdachte in staat van beschuldiging kan worden gesteld, en of er redenen zijn voor inverzekeringstelling of dat er 'bail' kan worden verleend. Voorts overhandigt hij de verdachte een schriftelijke cautie en wijst hij hem op zijn rechten, zoals het recht om een advocaat te raadplegen, het recht op gratis juridische bijstand, enzovoort.<sup>65</sup> Deze 'charge' (inbeschuldigingstelling) markeert een zeker omslagpunt in het strafproces. Vanaf dat moment krijgt het strafproces een sterk 'accusatoir' karakter (in tegenstelling tot andere landen waar het accent in de 'pre-trial' fase op de materiële waarheidsvinding ligt; vgl. het verschijnsel 'instructierechter') en wordt de verdachte in het algemeen niet meer verhoord.<sup>66</sup> Dit omslagpunt in het opsporingsonderzoek betekent

62 Zie W. Gropp, *a.w.*, p. 233.

63 Zie W. Gropp, *a.w.*, p. 242 e.v.

64 Zie J. Hatchard, *a.w.*, p. 193 en 195.

65 PACE-act, Code of Practice C:16

66 PACE-act, Code of Practice C:16-5

dus niet dat er slechts wordt overgestapt op een ander wettelijk kader of op een andere fase van het vooronderzoek waarin ingrijpendere dwangmiddelen mogelijk zijn (vgl. hieronder Frankrijk: de inschakeling van een instructierechter), maar ook en vooral dat de verdachte met het oog op zijn berechting vanaf dat moment een beroep kan doen op bepaalde rechten en waarborgen die gepaard gaan met het sterk accusatoire karakter van het strafproces.

#### 4.2.3 Frankrijk

Het Franse recht kent een wettelijk onderscheid tussen de justitiële politie en de administratieve politie.<sup>67</sup> De justitiële politie is belast met de opsporing van strafbare feiten en staat onder justitieel gezag; de administratieve politie heeft een aantal taken in de preventieve sfeer, zoals het voorkomen van strafbare feiten, het uitoefenen van controle en toezicht en het verrichten van onderzoek in het kader van bestuursrechtelijke handhaving, en staat onder bestuurlijk gezag. In de praktijk blijkt er echter geen sprake te zijn van een scherp onderscheid aangezien beide taken veelal worden uitgeoefend door dezelfde functionarissen en de preventieve en repressieve politietaken in de visie van de Franse wetgever sterk in elkaars verlengde liggen.<sup>68</sup> Het onderscheid heeft dan ook nauwelijks praktische betekenis: van doelgebondenheid van bepaalde (opsporings)handelingen is pas sprake als daadwerkelijk een bepaald traject wordt gevolgd, bijvoorbeeld het strafrechtelijke traject, en pas dan gaan - afhankelijk van de fase van het traject, zie onder - de speciaal daarvoor geldende regels en waarborgen gelden.<sup>69</sup>

Naast dit formele onderscheid tussen de justitiële en administratieve politie is er - wat betreft de justitiële politie - ook nog sprake van een organisatorisch onderscheid tussen twee politiediensten: de Gendarmerie en de Police Nationale (en nog enkele bijzondere opsporingsdiensten zoals de fiscale recherche, de douane en de veiligheidsdiensten). De Police Nationale is op haar beurt weer onderverdeeld in centrale diensten en een aantal onderafdelingen en centrale bureaus, elk belast met de bestrijding van een bepaald type criminaliteit. De Gendarmerie, enigszins te vergelijken met de marechaussee, is vooral werkzaam op het platteland. Het

67 Zie G. Stefani e.a., *Procédure pénale*, 16<sup>e</sup> dr., Parijs: 1996, p. 286 e.v. (m.n. p. 288) en J. Hatchard e.a., *a.w.*, p. 60 e.v.

68 Zie G. Stefani e.a., *a.w.*, p. 306 e.v.

69 Zie G.A. van Eikema Hommes in: P.J.P. Tak e.a., *De normering van bijzondere opsporingsmethoden in buitenlandse rechtsstelsels*, (min. van Justitie, dir. Beleid, sector onderzoek en analyse), Den Haag: 1996, p. 275.

betreft in feite een militaire organisatie met een aantal politietaken. Ook de Gendarmerie kent een aantal onderafdelingen met specifieke taken.<sup>70</sup>

Gezien de versnippering van het politieapparaat enerzijds (met als gevolg: allerlei competentieperikelen en onderlinge rivaliteit) en de toename van de georganiseerde criminaliteit anderzijds, wordt getracht de doelmatigheid van politie en justitie te vergroten door middel van reorganisatie, specialisatie, harmonisatie en gestructureerde samenwerking en voorts door een meer centrale regie, coördinatie en beleidsontwikkeling ter bestrijding van de georganiseerde criminaliteit (o.a. door departementale ondersteuning, toetsing en richtlijnen). Daarnaast is en wordt er gewerkt aan de verbetering van de relatie tussen de politie en het OM. Deze is inmiddels sterk verbeterd: het OM heeft in veel gevallen weer daadwerkelijk de leiding over het strafvorderlijke opsporingsonderzoek, waardoor de politiefunctionarissen zich weer door het OM gestuurd en 'gedekt' weten bij het hanteren van bepaalde bijzondere opsporingsmethoden.<sup>71</sup>

De politie is te allen tijde bevoegd een opsporingsonderzoek te starten, eventueel op verzoek van het OM, ongeacht of er sprake is van een concrete verdenking of niet.<sup>72</sup> Er bestaat geen duidelijke cesuur tussen proactief en reactief onderzoek of tussen preventief toezicht en strafvorderlijk opsporingsonderzoek, mede omdat het (opsporings)onderzoek tegelijkertijd verschillende doelen kan dienen in de preventieve sfeer en/of reactieve sfeer.<sup>73</sup> Dat betekent dat in de praktijk

70 Zie voor nadere informatie over de organisatie van de politie in Frankrijk: G. Stefani e.a., *a.w.*, p. 292 e.v.; J. Hatchard e.a., *a.w.*, p. 58 e.v.; H. Bevers, en C. Joubert, *Politie samenwerking in Europa. Politiestudies no. 13*, Arnhem: 1994, p. 67 e.v.

71 Op dit moment vindt in dit kader overigens een herziening van het strafprocesrecht plaats (die is voorbereid door de zgn. Commission de reflexion sur la Justice). De herziening beoogt o.a. de sturing en controle van de politie door het OM te verbeteren en haar onpartijdigheid en onafhankelijkheid t.o.v. het departement te versterken. Voorts heeft deze 'Reforme de la Justice' betrekking op een aantal andere aanpassingen zoals met betrekking tot de rechten van de verdachte en het slachtoffer (o.a. de aanpassing van de regeling voorlopige hechtenis), de toegankelijkheid van justitie en de effectiviteit van de strafrechtspleging (o.a. de herziening van het opsporingsonderzoek en de buitengerechte afdoening). Zie verder P.A.M. Verrest, *De sturing en controle van de politie in het Franse en Nederlandse vooronderzoek in strafzaken*, WODC onderzoeksnotities 2000/3, p. 34-35.

72 Art. 75 CPP.

73 Dat geldt vooral voor de identiteitscontroles. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 1995/96*, 24 072 nr. 14, *Inzake opsporing; enquete-commissie opsporingsmethoden*, Bijlage V, p. 275 onder verwijzing naar R. Merle & A. Vitu, *Traité de droit criminel*, 4<sup>e</sup> edition, 1989, nrs. 244 en 245 en Rapport M. Bonnet, Doc. Sénat, 1993, 381, p. 3 bij het wetsontwerp ter zake van identiteitscontroles: 'Blijkt het bij welke politieactiviteit dan ook, al moeilijk genoeg om vast te stellen of het doel al dan niet repressief of preventief is, bij identiteitscontroles is dit onmogelijk, omdat beide doelstellingen onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Juist bij de identiteitscontroles wordt het wankel evenwicht zichtbaar tussen de overheidstaak om strafbare feiten en hun daders op te sporen, de openbare orde en de veiligheid van burgers te handhaven en de grondrechten te eerbiedigen. Het onderwerp, dat in de publieke opinie uitermate gevoelig ligt, heeft in Frankrijk al vaak tot gespannen verhoudingen geleid tussen

niet altijd precies is vast te stellen onder wiens gezag de politie staat, afgezien van de interne gezagsverhoudingen binnen het politie-apparaat zelf.

De mate van verdenking is op zichzelf - zoals gezegd - niet doorslaggevend voor de vraag welke bevoegdheden en dwangmiddelen kunnen worden toegepast en welke waarborgen in dat geval gelden. Pas als de rechter van instructie op vordering van het OM oordeelt dat er voldoende redenen zijn om tot een gerechtelijk (voor)onderzoek naar de feiten over te gaan en de verdachte officieel in staat van beschuldiging stelt, kan de verdachte bepaalde rechten ontlenen aan de wettelijke regeling die deze fase van het vooronderzoek normeert, zoals het recht op de aanwezigheid van een advocaat bij de verhoren. Daarvóór gelden deze waarborgen nog niet, ongeacht of de betrokkene al dan niet wordt beschouwd als verdachte.<sup>74</sup> Voorzover in die voorfase een strafvorderlijk opsporingsonderzoek wordt verricht, is het overigens, voor de vraag welke dwangmiddelen kunnen worden toegepast, wel van belang of er sprake is van een 'heterdaad-opsporingsonderzoek' of een 'niet-heterdaad voorbereidend onderzoek'.<sup>75</sup> In het eerste geval kan de politie een groot aantal wettelijk geregelde dwangmiddelen toepassen,<sup>76</sup> terwijl in het laatste geval dwangmiddelen in het algemeen niet zijn toegestaan, met als belangrijkste uitzondering de 'garde à vue': een soort inverzekeringstelling zonder dat er sprake hoeft te zijn van een concrete verdenking. Een garde à vue is reeds mogelijk als er aanwijzingen zijn dat iemand een strafbaar feit heeft gepleegd of zal plegen. Ook zijdelings betrokkenen - zoals getuigen - kunnen worden onderworpen aan een garde à vue. Het betreft dus een vrij ingrijpend dwangmiddel.<sup>77</sup>

Is er nog geen sprake van een instructieonderzoek door de rechter of van een heterdaadsituatie, dan is de mate van verdenking of het onderscheid proactieve fase versus reactieve fase nauwelijks relevant: het is de taak van de politie om, ter bescherming van de samenleving tegen criminaliteit, vast te stellen of er strafbare feiten zijn of zullen worden gepleegd, om deze zo mogelijk adequaat te bestrijden, dan wel om onder leiding van het OM een eventuele strafrechtelijke afdoening voor te bereiden. Elke aanwijzing en elk vermoeden dat er een strafbaar feit is gepleegd of zal worden gepleegd kan al voldoende reden zijn om een onderzoek te starten.<sup>78</sup> Als dat het geval is kan de politie degenen ten aanzien van wie dergelijke aanwijzingen bestaan, onderwerpen aan een identiteitscontrole.<sup>79</sup>

de ministeries van Binnenlandse Zaken en van Justitie en waaraan met enkele uitspraken de Cour de Cassation ook het nodige heeft bijgedragen'.

74 Zie G.A. van Eikema Hommes, *a.w.*, p. 229.

75 Vgl. art. 53 e.v. CPP.

76 Vgl. art. 54, 56, 61, 62, 70, 73 CPP.

77 Zie art. 63 e.v. en 77 e.v. CPP.

78 Zie G.A. van Eikema Hommes, *a.w.*, p. 219, 231, en 275 e.v.

79 Zie hfdst. III van titel II, boek I CPP.

Eenieder die zich op Frans grondgebied bevindt, dient zich - onder bepaalde voorwaarden - daaraan in voorkomende gevallen te onderwerpen. Daarnaast mag de politie echter geen andere (bijzondere) dwangmiddelen toepassen, behoudens met uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene.

Deze algemene onderzoeksbevoegdheden berusten op de taakomschrijving van de Police Judiciaire in art. 14 CPP e.v.: naast de uitvoerende taken in het kader van een instructieonderzoek, bestaat de taak van de justitiële politie uit het - onder leiding van het OM - vaststellen van strafbare feiten (volgens de literatuur valt daar ook de proactieve fase onder<sup>80</sup>), het verzamelen van bewijs en het opsporen van de daders,<sup>81</sup> zolang er nog geen instructieonderzoek is geopend.

Slechts in bepaalde uitzonderingsgevallen is in deze fase van het vooronderzoek (mits met machtiging van de president van de rechtsbank, dat laatste op vordering van het OM) huiszoeking zonder toestemming van de betrokkenen of een inijkoperatie mogelijk: bij verdenking van terroristische acties of van handel in verdovende middelen.<sup>82</sup> Andere (bijzondere) onderzoeksmethoden zijn slechts toegestaan voor zover de opsporingsambtenaren zich daarmee niet schuldig maken aan een strafbaar feit en een aantal strafprocessuele beginselen in acht neemt,<sup>83</sup> een en ander op straffe van eventuele nietigheid van het vergaarde bewijsmateriaal of, als het 'slachtoffer' daar om verzoekt, disciplinaire of strafrechtelijke maatregelen jegens de betreffende opsporingsfunctionaris.<sup>84/85</sup> Dat uitgangspunt geldt voor alle bijzondere opsporingsmethoden zoals observatie, het maken van foto- of video-opnames, het onderscheppen van poststukken, het runnen van informanten, het inzetten van infiltranten, etc. Zo is observatie normaal gesproken wel geoorloofd, mits dat gebeurt op een voor ieder toegankelijke plaats, maar is het onderscheppen en afluisteren van telecommunicatie (een strafbaar feit) in het voorbereidend onderzoek in principe niet toegestaan. Pas in het kader van een gerechtelijk vooronderzoek kan de instructierechter daarvoor toestemming verlenen, zij het alleen in verband met vergrijpen waarvoor voorlopige hechtenis is toegestaan (in geval van een niet-heterdaadvervolgning) en met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel.

80 Zie G.A. van Eikema Hommes, *a.w.*, p. 233 e.v.

81 Op grond van art. 75 CPP.

82 Art. 706-16 e.v. resp. 706-26 e.v. CPP.

83 Zie H. Bevers en C. Joubert, *a.w.*, p. 139. Het betreft de beginselen van 'non-coercition' (geen dwang), 'loyaliteit' (fair play), dignité de police (waardigheid), en 'secret' (geheim opsporingsonderzoek). Voorts speelt ook het subsidiariteitsbeginsel een rol.

84 Zie art. 13 jo 224 e.v. CPP.

85 De 'strafbaarheid' wordt in sommige gevallen echter opgeheven als aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan. Zo is pseudo-koop of gecontroleerde aflevering niet strafbaar mits er geen sprake is van uitlokking en mits de rechter of (naar gelang de omstandigheden) het OM er zijn goedkeuring voor heeft verleend. Vgl. art. 706-32-1, 2 CPP.

Daarnaast is het de verschillende ministeries toegestaan een jaarlijks vooraf vastgesteld aantal administratieve 'veiligheidstaps' te verrichten in de preventieve sfeer (of af te luisteren door middel van peilapparatuur), mits met toestemming van de premier en onder toezicht van de 'Commission National de controle des Interceptions de Sécurité'. Deze veiligheidstaps mogen niet worden gebruikt ten behoeve van een strafvorderlijke opsporing.<sup>86</sup>

Ten slotte kan in dit verband nog worden gemeld dat de registratie van - eventueel door middel van informanten verzamelde - gegevens (vgl. de CID) valt onder het regime van de 'Loi relative à l'informatique aux fichiers et aux libertés 1978'. Daarin wordt bepaald dat voor elk geautomatiseerd overheidsbestand een wettelijke grondslag nodig is.<sup>87</sup>

Resumerend kan worden gesteld dat van een duidelijke cesuur tussen enerzijds de preventieve en proactieve fase en anderzijds de strafvorderlijke opsporingsfase in 'enge' zin, geen sprake is. Voorts is voor de vraag welke opsporingsbevoegdheden mogen worden toegepast niet zozeer de mate van verdenking of de doelgebondenheid het doorslaggevend criterium, als wel de omstandigheid dat er al dan niet sprake is van een heterdaadsituatie of dat er al dan niet een gerechtelijk vooronderzoek is geopend (in dat verband speelt de mate van verdenking natuurlijk wel een rol).<sup>88</sup> Als er sprake is van een heterdaad-onderzoek beschikken het OM en de politie zelfstandig over een groot aantal bijzondere opsporingsbevoegdheden en als er sprake is van een GVO kan de instructierechter, die in dat geval de leiding heeft over het opsporingsonderzoek, de bijzondere bevoegdheden waarover hij in dit verband beschikt, delegeren aan de politie in het kader van een 'commission rogatoire', een onderzoeksopdracht.<sup>89</sup> In geval van een niet-heterdaad vooronderzoek, zonder dat er een gerechtelijk vooronderzoek is geopend, beschikt het opsporingsapparaat over veel minder, zij het soms niet minder ingrijpende, bevoegdheden. Vgl. de garde à vue. Juist in deze fase van het onderzoek is de grens tussen preventief of proactief onderzoek en strafvorderlijk opsporingsonderzoek moeilijk te trekken, temeer daar de in deze fase beschikbare dwangmiddelen tegelijkertijd zowel preventieve als strafvorderlijke doelen kunnen dienen en ook anderszins de preventieve en strafvorderlijke taken van de politie in de visie van de Franse wetgever nauw met elkaar samenhangen en in elkaars verlengde liggen. Dat blijkt onder andere uit de algemene taakomschrijving van en de toekenning van bevoegdheden aan de politie in de CPP (zie boven).<sup>90</sup>

86 Zie G.A. van Eikema Hommes, *a.w.*, p. 246 e.v.

87 Art. 31 van de 'Loi relative à l'informatique aux fichiers et aux libertés 1978'.

88 Zie W. Gropp, *a.w.*, p. 318.

89 Zie Ch. Van den Wyngaert, *a.w.*, p. 110 en H. Bevers en C. Joubert, *a.w.*, p. 78.

90 Zie met name G.A. van Eikema Hommes, *a.w.*, p. 275 onderaan.

### 4.3 Overige Europese landen

#### 4.3.1 Italië

Van de overige Europese landen is, voor een verkenning van het opsporingsbegrip in andere rechtsstelsels, vooral Italië nog interessant omdat de afweging van belangen, dat wil zeggen enerzijds het belang van een effectieve criminaliteitsbestrijding en rechtshandhaving en anderzijds het belang van de bescherming van grondwettelijk gewaarborgde grondrechten, in Italië tot enigszins andere uitkomsten heeft geleid dan in de meeste andere Europese landen. Als gevolg van de gevoelde noodzaak om de georganiseerde criminaliteit (de maffia) - die als een steeds ernstigere bedreiging van de democratische rechtsorde wordt ervaren - doelmatig te bestrijden, bekommert men zich met name de laatste decennia meer om de effectiviteit van de daartoe aan te wenden opsporingsmethoden dan om de vraag of deze methoden rechtsstatelijk gezien nog wel door de beugel kunnen.

Ook het Italiaanse recht kent een onderscheid naar taken tussen de 'administratieve politie' en de 'gerechtelijke politie' (welke functies overigens in eenzelfde persoon verenigd kunnen zijn). Beide verrichten speurwerk, maar onderzoek van de administratieve politie is primair gericht op het voorkomen van criminaliteit, terwijl het de taak van de gerechtelijke politie is om onder leiding van het OM opsporingsonderzoek te verrichten teneinde de strafbare feiten waarvan men lucht heeft gekregen op te helderen met het oog op de vervolging en berechting daarvan.<sup>91</sup>

De administratieve en gerechtelijke politie werken vaak nauw met elkaar samen in speciale diensten (onder regie van justitie) ter bestrijding van de georganiseerde misdaad<sup>92</sup>, maar ook anderszins is er in Italië sprake van een zekere 'vervlechting' van administratieve, preventieve politietaken en strafrechtelijke, repressieve politietaken in de proactieve fase.<sup>93</sup> Daarnaast kent ook Italië speciale 'politieorganen' met speciale bevoegdheden, zoals de douane en de binnenlandse veiligheidsdienst, en is ook het leger ad hoc belast met bepaalde politietaken. Italië kent voorts het onderscheid tussen de proactieve opsporingsfase en de strafvorderlijke opsporingsfase in 'enge' zin: zodra, al dan niet tijdens een administratief of proactief onderzoek, het vermoeden rijst dat er een strafbaar feit is gepleegd, treedt de strafvorderlijke opsporingsfase in. De politie dient dan binnen 48 uur het OM in te schakelen, dat vanaf dat moment verantwoordelijk is voor

91 Vgl. E.M. Manunza in: P.J.P. Tak e.a., *De normering van bijzondere opsporingsmethoden in buitenlandse rechtsstelsels*, (min. van Justitie, dir. Beleid, sector onderzoek en analyse), Den Haag: 1996, p. 297.

92 Vgl. W. Gropp, a.w., p. 418.

93 Zie bijvoorbeeld W. Gropp, a.w., p. 421-422.

en de leiding heeft over het opsporingsonderzoek. Het opsporingsonderzoek moet binnen een bepaalde termijn - in principe 6 maanden - zijn afgerond, waarna het OM dient te beslissen of het al dan niet zal vervolgen.<sup>94</sup> De eventueel daaraan voorafgaande proactieve fase wordt niet genormeerd door strafvorderlijke regelgeving maar door andere, veelal ad hoc wetgeving, zoals de uit inmiddels zo'n vijftigtal wetten en besluiten bestaande anti-maffia regelgeving. Op grond van deze wetgeving kunnen tal van onderzoeksvarianten worden toegepast ter voorbereiding van een eventueel strafvorderlijk vervolgtraject, dan wel met het oog op preventiedoeleinden, maar soms ook in het kader van een 'preventieve bijzondere procedure'.<sup>95</sup> Deze 'preventieve procedure', die vooral wordt gebruikt ter bestrijding van de georganiseerde misdaad, maakt het mogelijk bepaalde personen aan een financieel onderzoek te onderwerpen en - los van, of eventueel in combinatie met een strafvorderlijk onderzoek - preventieve en conservatoire maatregelen te nemen, zoals het leggen van beslag op het vermogen van de 'verdachte', totdat een strafvorderlijk traject is doorlopen. De 'preventieve procedure' wordt vooral toegepast ten aanzien van personen die ervan worden 'verdacht' (op grond van bepaalde feiten, hun levensstijl of andere indicaties) strafbare feiten te plegen die een bedreiging vormen voor de openbare orde, de veiligheid en de goede zeden, dan wel lid te zijn van een criminele organisatie. Aan de verdenking worden in dat verband geen zware eisen gesteld.

Zowel in de preventieve en proactieve fase als tijdens het strafvorderlijke opsporingsonderzoek in 'enge' zin, staan de politie, zoals gezegd, op grond van tal van bijzondere (anti-maffia)wetten respectievelijk op grond van het Wetboek van Strafvordering, allerlei bijzondere opsporingsmethoden ter beschikking<sup>96</sup> zoals:

- Het volgen en observeren van personen, waarbij men gebruik kan maken van technische hulpmiddelen; systematische observatie wordt in Italië - in tegenstelling tot andere Europese landen - als een algemene bevoegdheid van de politie beschouwd die volstrekt toelaatbaar wordt geacht en dus geen speciale wettelijke grondslag behoeft, mits het maar niet geschiedt in een woning en ook anderszins geen inbreuk oplevert op fundamentele vrijheidsrechten. In dat laatste geval is er toestemming van justitie - en dus niet van een rechter - vereist.
- Het maken van foto- en video-opnamen; ook in woningen, zij het in dat geval met toestemming van justitie. Extra waarborgen zoals toestemming van of toezicht door een rechter zijn dus ook hierbij niet vereist.
- Het onderscheppen of afluisteren van telecommunicatie, mits wordt voldaan aan bepaalde toepassingsvereisten; in de strafvorderlijke fase wordt het onderscheppen van telecommunicatie als een bevoegdheid van het OM

94 Zie W. Gropp, *a.w.*, p. 413 e.v.

95 Zie E.M. Manunza, *a.w.*, p. 283 e.v., 295 e.v. en 359 en W. Gropp, *a.w.*, p. 443 e.v.

96 Zie E.M. Manunza, *a.w.*, p. 299 e.v.

beschouwd, dat echter de uitvoering daarvan delegeert aan opsporingsambtenaren. In de preventieve en proactieve sfeer is de minister van Binnenlandse Zaken bevoegd communicatie te onderscheppen in het kader van de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit (deze bevoegdheid wordt eveneens gedelegeerd aan andere organen) en is daarnaast het OM bevoegd om in het kader van de 'preventieve procedure' toestemming te verlenen voor het onderscheppen van communicatie. De aldus vergaarde informatie heeft echter op zichzelf geen bewijskracht in een eventueel strafproces.

- Het (eventueel preventief) doorzoeken van plaatsen en lokalen of onderzoek aan kleding of lichaam met het oog op de openbare veiligheid of voor zover het georganiseerde misdad betreft, op grond van tal van bijzondere wetten.
- Postvang, alleen in het kader van een strafvorderlijk opsporingsonderzoek en onder supervisie van het OM.
- Politie-infiltratie, geen burgerinfiltratie. De strafbaarheid van de delicten die door de politie worden gepleegd in het kader van gecontroleerde aflevering, undercoveroperaties, frontstore-organisaties, etc. wordt opgeheven door de rechtvaardigingsgrond dat het de wettelijke plicht van de politie is om - in structureel verband en onder toezicht van justitie - bewijs te verzamelen ter zake van strafbare feiten en daders.
- Het runnen van criminele informanten. Voorts: het anderszins gebruik maken van criminele informanten en spijtoptanten: het betalen van tipgeld, etc. Overigens wordt in dit verband zeer veel gebruik gemaakt van spijtoptanten, die veelal als kroongetuigen worden ingezet. De wetgeving daaromtrent heeft voornamelijk betrekking op de beloning en bescherming van kroongetuigen en in mindere mate op de grenzen van de toelaatbaarheid van toezeggingen en andere beperkingen.
- De koppeling en uitwisseling van databestanden; vgl. het Duitse Rasterfahndung. Deze opsporingsmethode wordt veelvuldig toegepast. De ter zake summier wettelijke regulering biedt veel speelruimte: slechts het verzamelen en verwerken van gegevens over godsdienst, politieke gezindheid, lidmaatschappen van verenigingen, seksuele geaardheid en ras is niet toegestaan. Voor het overige gelden geen beperkingen. Het CED (vergelijkbaar met het CID/CRI) fungeert als coördinatiepunt.
- Ten slotte de 'gebruikelijke' dwangmiddelen die in het kader van het strafvorderlijk onderzoek kunnen worden toegepast, begrensd en met waarborgen omkleed naarmate de inbreuk groter is. Vgl. huiszoeking, beslaglegging, voorarrest, maatregelen ter identificatie, (veiligheids)fouillering, uitlevering en onderzoek van administratie, etc.

Een verkenning van het Italiaanse opsporingsbegrip toont nog eens aan dat in een poging om het begrip opsporing te 'ontleden' of te duiden, dan wel (aan de hand van bepaalde criteria) af te bakenen ten opzichte van andere vormen van onderzoek, informatievergaring en speurwerk, zich al snel afbakeningsproblemen aandienen. Aannemende dat het 'opsporingsbegrip' over het algemeen wordt gedefinieerd aan de hand van een combinatie van voorwaarden en uitgangspunten (zoals de doelgebondenheid van het strafvorderlijke opsporingsonderzoek en het bestaan van speciale waarborgen ten opzichte van de bestraffende overheid, zoals onder andere het verdenkingscriterium), dan duiden dergelijke factoren weliswaar op een kenmerkend onderscheid tussen strafvorderlijk opsporingsonderzoek en andere vormen van (opsporings)onderzoek, maar moet tegelijkertijd worden geconstateerd dat de grenzen (in Italië in ieder geval) steeds vloeiender worden. Het onderscheid doet hier en daar zelfs enigszins geforceerd aan. In de eerste plaats omdat (opsporings)onderzoek in veel gevallen meerdere doelen tegelijk dient: zowel het voorkomen van misdrijven ter bescherming van de samenleving tegen - georganiseerde - misdaad, als het zo nodig strafrechtelijk vergelden van reeds gepleegde misdrijven; in die zin liggen preventief, proactief en reactief opsporingsonderzoek sterk in elkaars verlengde. Voorts omdat de mate van verdenking niet (meer) alleen doorslaggevend is voor de toelaatbaarheid van bepaalde dwangmiddelen en andere inbreuken op vrijheidsrechten. De bescherming van de samenleving speelt in dat verband een steeds grotere rol; ter voorkoming van strafbare feiten worden soms zeer ingrijpende onderzoeksbevoegdheden toelaatbaar geacht, die betrekkelijk spaarzaam met waarborgen worden omkleed, zonder dat er sprake is van een concrete verdenking. Tegelijkertijd zijn er soms maatregelen mogelijk in de bestuurlijke sfeer die ontegenzeggelijk een sterk sanctiekarakter hebben of in ieder geval daarmee vergelijkbare verstrekkende gevolgen kunnen hebben voor de betrokkene. Onderzoek met het oog daarop verschilt in de praktijk niet zoveel met 'echt' strafvorderlijk opsporingsonderzoek.

Resumerend kan worden gesteld dat in Italië het begrip 'opsporing' bepaald niet alleen betrekking heeft op opsporing in strafvorderlijke zin. En dat voor de toelaatbaarheid van bepaalde dwangmiddelen of andere inbreuken op vrijheidsrechten weliswaar ook, maar niet alleen, factoren zoals de mate van verdenking, de strafrechtelijke vervolging als opsporingsdoel en andere voorwaarden en uitgangspunten die gelden voor opsporing in enge zin, van doorslaggevende betekenis zijn. Andere belangen lijken in toenemende mate een rol te spelen bij de normering van het (opsporings)onderzoek, de toekenning van (opsporings)bevoegdheden en de mate waarin de rechten van de betrokkenen in dat verband worden beschermd.

Ook in andere Europese landen is het traditionele 'enge' opsporingsbegrip in de loop van de tijd als het ware 'verruimd' en beginnen de contouren van het opsporingsbegrip aan scherpte te verliezen, zij het langs verschillende wegen. Ter illustratie daarvan nog een enkel woord over het opsporingsbegrip in Denemarken en België, aangezien in deze twee landen de 'verruiming' van het opsporingsbegrip op geheel verschillende wijzen haar beslag heeft gekregen.

#### 4.3.2 Denemarken

In Denemarken is het verdenkingscriterium tamelijk ver opgerekt als gevolg van een nogal subjectieve pogingsleer en een ruime deelnemingsregeling, waardoor proactief opsporingsonderzoek voor een deel is 'opgegaan' in reactief opsporingsonderzoek. Er kan al vrij snel sprake zijn van een verdenking van een (poging tot) strafbare deelneming: bepaalde indicaties dat er strafbare feiten zijn of zullen worden gepleegd, die in andere landen aanleiding kunnen zijn voor een proactief onderzoek, leveren in Denemarken al snel een verdenking op van (een poging tot) deelneming aan een strafbaar feit, zodat de politie een strafvorderlijk opsporingsonderzoek kan starten.<sup>97</sup> In Denemarken is het opsporingsbegrip dus verruimd als gevolg van het oprekken van het verdenkingscriterium.

#### 4.3.3 België

In België daarentegen bepaalt de wet - sinds kort - uitdrukkelijk dat proactief opsporingsonderzoek (door de proactieve recherche, met toestemming van en onder toezicht van het OM) als zodanig tot het strafrechtelijke opsporingbegrip moet worden gerekend,<sup>98</sup> waarbij nog wordt gemeld dat proactief opsporingsonderzoek ook betrekking kan hebben op toekomstig te plegen misdrijven van een bepaalde soort. Het traditionele verdenkingscriterium is daarmee dus - wat betreft bepaalde vormen van georganiseerde misdaad - losgelaten, waardoor voor deze gevallen de 'informatieve voorfase' tot de eigenlijke strafvorderlijke opsporing is gaan behoren. Het simpele vermoeden dat er bepaalde typen nog niet opgehelderde strafbare feiten zijn gepleegd, dan wel dat er bepaalde typen strafbare feiten zullen worden gepleegd, is al voldoende om een strafvorderlijk opsporingsonderzoek te starten, zij het dat het doelcriterium nog wel geldt: het onderzoek moet zijn gericht op de vervolging van de daders van de betreffende (gepleegde of nog te plegen) misdrijven.

97 Zie C.F. Mulder in P.J.P. Tak e.a., *De normering van bijzondere opsporingsmethoden in buitenlandse rechtsstelsels (min. van Justitie, dir. Beleid, sector onderzoek en analyse)*, Den Haag: 1996, p. 43.

98 Wetboek van Strafvordering, afd. 1 bis, hfdst. IV, art. 28bis, lid 2.

Voor het overige vertoont de Belgische regeling van het opsporingsonderzoek grote gelijkenis met het Franse stelsel. Ook België kent formeel het onderscheid tussen de administratieve politie en de gerechtelijke politie, terwijl ook in België de administratieve politietaken en de strafvorderlijke taken veelal worden uitgeoefend door dezelfde functionarissen.<sup>99</sup>

België kent (kende) drie algemene politiediensten: de gemeentepolitie, de Rijkswacht (enigszins te vergelijken met de Gendarmerie) en de gerechtelijke politie. Aan de gemeentepolitie en de Rijkswacht zijn (waren) administratieve taken, zoals controle en toezicht, alswel strafvorderlijke opsporingstaken toebedeeld, terwijl de gerechtelijke politie slechts bevoegd is tot het verrichten van strafvorderlijke opsporingstaken. Daarnaast kent België nog enkele bijzondere opsporingsdiensten met beperkte bevoegdheden. Wat betreft de administratieve taken staat de politie onder gezag van het openbaar bestuur, wat betreft de strafvorderlijke taken onder gezag van de procureur des Konings (OM). De opsporingstaken worden verricht door of onder leiding van een 'officier van gerechtelijke politie' of een 'hulpofficier van de procureur des Konings'.

De algemene taken en bevoegdheden van de politie, alsook de gezagsverhouding en de competentieafbakening, zijn geregeld in de Wet op het Politieambt. Dat geldt zowel voor de administratieve als de strafvorderlijke taken. De administratieve identiteitscontrole en de strafvorderlijke identiteitscontrole worden bijvoorbeeld geregeld in één artikel: art. 34 WPA.

Evenals in Frankrijk heeft de versnippering van de politieorganisatie geleid tot competentieperikelen en onderlinge rivaliteit. De WPA beoogde daar verbetering in aan te brengen. Voorts heeft de minister van BiZa een 'omzendbrief, houdende de algemene richtlijnen betreffende de coördinatie van het optreden van de gemeentepolitie en de Rijkswacht in het kader van de bestuurlijke politie' doen uitgaan, om de onderlinge taakverdeling van deze twee politiediensten beter af te bakenen. Ten slotte kan nog worden gemeld dat zich op dit moment een radicale reorganisatie van het politieapparaat voltrekt, op grond van de 'Wet van 7 december 1998 tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst op twee niveaus' (als uitvloeisel van het zgn. 'Octopusakkoord').<sup>100</sup> De politiedienst wordt in dat verband gereorganiseerd op twee niveaus: het federale niveau en het lokale niveau. Uitgangspunt bij dat alles is dat de gemeentepolitie de lokale ordehandhaving en de bestrijding van de kleinere criminaliteit en verkeerscriminaliteit voor haar

99 Zie R. Verstraeten, *Handboek strafvordering*, Antwerpen-Apeldoorn: 1999, p. 173. Zie voor de organisatie van de politie o.a. H. Bevers en C. Joubert, *Politie samenwerking in Europa. Politiestudies no. 13*, Arnhem: 1994, p. 47 e.v. en Ch. Van den Wyngaert e.a., *a.w.*, p. 5.

100 Dat zal er onder meer toe leiden dat de Rijkswacht vanaf 1 januari 2001 als zodanig niet meer zal bestaan en zal opgaan in een nieuw nationaal politiekorps, waarvan ook de gerechtelijke politie en de plaatselijke eenheden van de gemeentepolitie deel zullen gaan uitmaken. Vgl. ook het ANP d.d. 2 januari 2001.

rekening neemt, terwijl de Rijkswacht zich beperkt tot de bestrijding van de zware criminaliteit en ordehandhaving bij bijzondere gelegenheden en daarnaast enkele ondersteunende taken verricht.<sup>101</sup> Door deze en tal van andere maatregelen wordt getracht een doelmatige samenwerking te bevorderen.<sup>102</sup>

Wat betreft het strafvorderlijke opsporingsonderzoek is het - evenals in Frankrijk - voor de vraag over welke bevoegdheden of dwangmiddelen het opsporingsapparaat kan beschikken, niet primair van belang of er sprake is van een bepaalde mate van verdenking (al dan niet 'ernstige bezwaren') of van een bepaald type delict, maar of er al dan niet sprake is van een heterdaadsituatie, dan wel of er al dan niet een gerechtelijk vooronderzoek of een mini-instructie is geopend.<sup>103</sup> Aan de ontdekking op heterdaad - van 'misdaden en wanbedrijven' - zijn tal van wettelijk geregelde opsporingsbevoegdheden verbonden, terwijl het opsporingsonderzoek buiten ontdekking op heterdaad nauwelijks wettelijk is genormeerd.<sup>104</sup> In dat geval geldt, evenals in Frankrijk, het uitgangspunt dat alle opsporingsmethoden in beginsel zijn toegestaan mits de opsporingsambtenaren zich daarmee niet schuldig maken aan een strafbaar feit en daarbij tevens de algemeen geldende strafprocessuele beginselen in acht nemen, zoals het proportionaliteitsbeginsel, het beginsel van het inquisitoir en geheim vooronderzoek en het opportunitetsbeginsel. Alleen voorzover opsporingsbevoegdheden een inbreuk op grondrechten opleveren, is er een wettelijke basis nodig - en die is er in het algemeen alleen voor heterdaadsituaties - of zal er toestemming moeten worden verleend door de onderzoeksrechter. Als het OM dus buiten een heterdaadsituatie bepaalde bijzondere dwangmiddelen wil toepassen, dient het een GVO (of een mini-instructie) te vorderen teneinde daartoe een machtiging van de instructierechter te verkrijgen.

De uitgebreide wettelijke regeling van het GVO duidt er op dat de wetgever er aanvankelijk van uitging dat strafvorderlijk opsporingsonderzoek bij uitstek een taak van de instructierechter was en dat het OM en de politie slechts in heterdaadsituaties zelfstandig over bijzondere opsporingsbevoegdheden konden beschikken, onder andere om de verdachte het vluchten te beletten of bewijsmateriaal veilig te stellen voor het strafvorderlijke vervolgtraject. Tegenwoordig wordt echter nog maar in een zeer beperkt aantal gevallen een instructierechter ingeschakeld. Het accent is verlegd naar het opsporingsonderzoek door het OM en de politie. Dat heeft ten opzichte van het GVO flink aan betekenis gewonnen, maar de wettelijke regeling lijkt daar bij achter te lopen. In het kader van de recente herwaardering van de rol van de instructierechter en de daaruit voortvloeiende

101 Zie R. Verstraeten, *a.w.*, p. 171 e.v. en 187 e.v.

102 Zie H. Bevers en C. Joubert, *a.w.*, p. 55 e.v.

103 Vgl. R. Verstraeten, *a.w.*, p. 269.

104 Zie W. Gropp, *a.w.*, p. 23; H. Bevers en C. Joubert, *a.w.*, p. 122; R. Verstraeten, *a.w.*, p. 221.

hervorming van het strafvorderlijke vooronderzoek, is weliswaar de mogelijkheid geopend een mini-instructie te vorderen ter zake van bepaalde dwangmiddelen waarvoor voorheen een omslachtige GVO-procedure nodig was, maar heeft de wetgever de GVO-regeling voor het overige nagenoeg ongemoeid gelaten (vgl. de wet Franchimont). Terwijl het Wetboek van Strafvordering het verloop van het GVO dus nog steeds nauwkeurig beschrijft, wordt het opsporingsonderzoek door het OM en de politie - behoudens de heterdaadsituatie - nauwelijks geregeld.<sup>105</sup> Wel is in 1993 de Wet op het Politieambt in werking getreden, dat - naast de Grondwet, het EVRM en enkele wetten, zoals de huiszoekingswet en de voorlopige hechteniswet - een centrale plaats inneemt wat betreft de normering van de algemene politietaken en -bevoegdheden (zie boven). Ten slotte zijn voor bepaalde bijzondere opsporingsbevoegdheden in de proactieve sfeer, bij gebrek aan een wettelijke regeling, nog de richtlijnen van het ministerie van Justitie en enkele algemene beginselen van belang.<sup>106</sup>

Resumerend kan worden gesteld dat in België het opsporingsbegrip is verruimd: het proactieve opsporingsonderzoek wordt sinds kort uitdrukkelijk tot het strafvorderlijke opsporingsonderzoek gerekend. Daarmee is echter nog niet gezegd dat de bevoegdheden en opsporingsmethoden in het kader van het proactieve onderzoek ook wettelijk zijn genormeerd; immers voorzover er geen sprake is van een heterdaadsituatie of voor zover de opsporingsbevoegdheden niet behoren tot de categorie dwangmiddelen waarvoor een GVO dan wel mini-instructie moet worden gevorderd (hetgeen, naar mag worden aangenomen, niet aan de orde is, aangezien ten zeerste mag worden betwijfeld of de instructierechter in het proactieve onderzoek een rol is toebedacht<sup>107</sup>) is het opsporingsonderzoek slechts zeer summier geregeld en geldt de 'permissieve regel': alles wat niet verboden is, is toegestaan (zie boven).<sup>108</sup> Wel is nadrukkelijk bepaald dat, ook wat betreft het proactieve opsporingsonderzoek, de leiding, het gezag en de verantwoordelijkheid bij het OM berusten.<sup>109</sup> Voorts gelden, zoals gezegd, voor enkele bijzondere opsporingsmethoden in de proactieve sfeer de daarop betrekking hebbende ministeriële richtlijnen en circulaires.

Ook in het kader van hun administratieve politietaken hebben politiefunctionarissen bepaalde onderzoeksbevoegdheden. Zie bijvoorbeeld art. 29 e.v. WPA op grond waarvan de politie 'opsporingshandelingen' in de preventieve sfeer kan

105 Vgl. H. Bevers en C. Joubert, *a.w.*, p. 116 e.v.; R. Verstraeten, *a.w.*, p. 225.

106 Zie W. Gropp, *a.w.*, p. 34 e.v.; R. Verstraeten, *a.w.*, p. 225.

107 Zie R. Verstraeten, *a.w.*, p. 270 no. 602.

108 Zie H. Bevers en C. Joubert, *a.w.*, p. 112.

109 Vgl. Wetboek van Strafvordering art. 28bis, afd. I bis, hfdst. IV.

verrichten.<sup>110</sup> Onder meer uit dit artikelen blijkt dat strafvorderlijke en administratieve (opsporings)bevoegdheden gemakkelijk kunnen samenvallen. Zie ook art. 32 WPA waarin de samenloop tussen bestuurlijke ophouding en strafvorderlijke aanhouding is geregeld. Dat wijst er op dat de cesuur tussen administratieve en strafvorderlijke bevoegdheden soms moeilijk is te bepalen en dat preventief en strafvorderlijk optreden veelal in elkaars verlengde liggen, temeer daar deze verschillende bevoegdheden vaak door dezelfde functionarissen worden uitgeoefend en tevens omdat deze bevoegdheden - voorzover ze al zijn geregeld - als een samenhangend geheel in één en dezelfde wet worden toegekend. Dat werkt gemakkelijk in de hand dat de grenzen vervagen en dat administratief onderzoek al snel - mede - als een voortraject voor een strafrechtelijk vervolgetraject wordt beschouwd en ook kan worden beschouwd. Immers, als er in het kader van een administratief onderzoek een verdenking van een concreet strafbaar feit rijst, kan naadloos worden overgestapt op het strafvorderlijke traject. Ook hier geldt weliswaar dat het criterium voor het onderscheid tussen strafvorderlijk opsporingsonderzoek en overige vormen van politieonderzoek moet worden gezocht in het doel van het onderzoek (: zodra met het onderzoek wordt beoogd een strafvordering voor te bereiden moet de procureur worden ingeschakeld en is er sprake van een 'echt' strafvorderlijk opsporingsonderzoek), maar dat in de praktijk van alledag de grenzen allerminst scherp zijn.

#### 4.4 Ten slotte

Uit deze verkenning van het opsporingsbegrip in een aantal Europese landen blijkt dat in sommige landen, in verhouding tot landen met een uitgesproken 'eng' opsporingsbegrip, al van oudsher een tamelijk ruim opsporingsbegrip geldt, of in ieder geval dat in die landen de contouren van het opsporingsbegrip niet erg scherp zijn (met name Engeland/Wales en tot op zekere hoogte ook Frankrijk<sup>111</sup>). Voorzover er sprake was van een 'eng' opsporingsbegrip (:van strafvorderlijke opsporing is pas sprake als op grond van een verdenking van een concreet strafbaar feit onderzoek wordt verricht met als doel de zaak op te helderen ter voorbereiding van een strafvorderlijke vervolging en berechting en ter verwezenlijking van het materiële strafrecht), is dit enge opsporingsbegrip in een aantal opzichten en langs

110 Op grond van dit artikel kan de politie roadchecks houden als ze o.g.v. gedragingen van de bestuurder of de passagiers, of o.g.v. van materiële aanwijzingen of van omstandigheden van tijd of plaats redelijke gronden heeft om te denken dat het vervoermiddel werd gebruikt, wordt gebruikt of zou kunnen worden gebruikt om een misdrijf te plegen, om opgespoorde personen die aan een identiteitscontrole willen ontsnappen een schuilplaats te geven of te vervoeren, of om een voor de openbare orde gevaarlijk voorwerp, overtuigingsstukken of bewijsmateriaal i.v.m. een misdrijf op te slaan of te vervoeren.

111 Zie voor wat betreft Frankrijk bijvoorbeeld Van Eikema Hommes, a.w., p. 234 bovenaan.

verschillende wegen enigszins verruimd. Enerzijds door het verdenkingscriterium 'op te rekken', zodat al in een vroeg stadium van het onderzoek de strafprocessuele regels van toepassing zijn wat betreft de gezagsverhouding met het OM, de bruikbaarheid van de verzamelde inlichtingen, de speciale strafvorderlijke bevoegdheden en dwangmiddelen en de in dat verband geldende waarborgen. Anderzijds door het proactieve opsporingsonderzoek tot de strafvorderlijke opsporing te rekenen en niet langer tot de 'informatieve voorfase', casu quo de algemene toezichttaken van de politie. In Duitsland wordt echter nog wel vastgehouden aan het onderscheid tussen de 'Vorfeldermittlungen' en de strafvorderlijke opsporing in 'enge' zin, zij het dat soms al in een vroeg stadium van het proactieve onderzoek rekening wordt gehouden met een strafvorderlijk vervolgtraject en daarom de toepassing van dwangmiddelen daarop wordt afgestemd en voorts dat het OM in dat geval tijdig wordt ingeschakeld.

Daarnaast is gebleken dat 'opsporing' ook primair of mede kan zijn gericht op het voorkomen van strafbare feiten ter bescherming van de samenleving tegen -georganiseerde - misdaad (vgl. met name Italië), of op administratieve handhaving en sanctionering.

Ten slotte kan nog worden gewezen op het 'repressieve toezicht' (roadchecks, identiteitscontroles, etc.). Dit toezicht kan eveneens worden beschouwd als een vorm van opsporing in de zin van speuren naar en het boven tafel krijgen van strafbare feiten en niet zozeer in de zin van het ophelderen van feiten waarvan de politie reeds lucht heeft gekregen. Dus zonder dat er sprake hoeft te zijn van een verdenking van een concreet strafbaar feit.

Een rechtsvergelijkende verkenning toont dus nog eens aan dat het opsporingsbegrip niet eenduidig kan worden gedefinieerd: opsporing doet zich in allerlei varianten voor. En, wat belangrijker is, dat het onderscheid tussen een 'eng' opsporingsbegrip en een 'ruim' opsporingsbegrip enigszins gekunsteld en geforceerd aandoet. Het betreft meer een terminologische kwestie, dan dat het iets toevoegt aan de begripsvorming ter zake. Interessanter is de vraag op welke wijze de opsporing (in al zijn gedaanten) in verschillende landen wordt genormeerd en waarom. Dan blijkt dat in de meeste landen, wat betreft de afweging van belangen die een rol spelen bij de normering van het opsporingsonderzoek en het veilig stellen van waarborgen in dat verband, de bescherming van de samenleving tegen onder andere de georganiseerde misdaad, veelvuldig voorkomende bagatel delicten, etc., een steeds zwaarder accent krijgt. Voor een deel wordt daarbij aangehaakt bij het Wetboek van Strafvordering, vanwege de samenhang en het veelal grote rechtsstatelijke gehalte van de wetboeken van strafvordering (vgl. Frankrijk), voor een deel krijgt dat zijn beslag in bestuursrechtelijke wetgeving (vgl. de Polizeigesetze in Duitsland en de verkeerswetgeving in verschillende landen) en soms in bijzondere of ad hoc wetgeving (vgl. de Italiaanse anti-

maffiwetgeving, economische en andere ordeningswetten). Dat levert een lappendeken van bijzondere, doelgebonden (opsporings)bevoegdheden op, die grotendeels verschillend zijn genormeerd; soms op grond van een doordachte belangenafweging (vgl. de IRT-enquête in Nederland) maar soms ook naar aanleiding van concrete gebeurtenissen die om directe actie van de wetgever vroegen (vgl. de maffia-aanslagen in Italië, die noopten tot daadkrachtig optreden) of op meer pragmatische gronden (vgl. het Ordnungswidrigkeitengesetz in Duitsland).

Uit de verkenning van het opsporingsbegrip in enkele Europese landen kan dan ook worden afgeleid dat de meeste landen weliswaar gebruik maken van min of meer vergelijkbare opsporingsmethoden en dwangmiddelen, maar dat er wat betreft de wettelijke normering van deze methoden, op historische gronden of vanwege actuele omstandigheden, bepaald nog geen sprake is van een duidelijke 'Europese lijn' (een en ander behoudens de implementatie van de EVRM regelgeving en de rechtspraak van het EHRM, onder andere wat betreft het begrip 'criminal charge' en de rechten die de verdachte daaraan kan ontnemen, het recht op privacy o.g.v. art. 8 EVRM, het zwijgrecht van de verdachte en in dat verband de toelaatbaarheid voor het bewijs van gegevens die de verdachte verplicht was te verstrekken). Ook kan in dit verband nog worden gewezen op een ontwikkeling die zich in de meeste van de behandelde landen - zoals Frankrijk, Duitsland en België - heeft voltrokken en die van invloed is geweest op het in die landen geldende opsporingsbegrip. Uit de wetsgeschiedenis en het systeem van de wet is af te leiden dat het strafvorderlijke opsporingsonderzoek in deze landen aanvankelijk primair als een taak van een onafhankelijke onderzoeksrechter werd beschouwd. In de visie van de wetgevers had deze 'instructierechter' de leiding in het vooronderzoek en verrichtte hij in veel gevallen ook zelf opsporingshandelingen. Het OM en de politie vervulden aanvankelijk slechts een ondergeschikte rol en beschikten alleen in bijzondere gevallen - met name in heterdaadsituaties - zelfstandig over bijzondere bevoegdheden, onder andere om de verdachte het vluchten te beletten of bewijsmateriaal veilig te stellen voor het strafvorderlijke vervolgetraject. Daarnaast was het de taak van de politie om het OM op de hoogte te brengen van delicten waarvan ze in de uitoefening van haar ambt kennis kreeg, zodat het OM tot vervolging kon overgaan<sup>112</sup> (hier tekenen zich al enigszins de verschillende betekenissen van het begrip 'opsporing' af: enerzijds het speuren naar strafbare feiten teneinde deze te ontdekken en aan justitie te melden ter strafrechtelijke afdoening, anderzijds het ophelderen van de reeds ontdekte en aan het OM gemelde feiten in het kader van het strafproces zelf. Als wordt gesteld dat Frankrijk al vanouds een 'ruim opsporingsbegrip' kent - zie boven - dan wordt

112 Vergelijk bijvoorbeeld art. 29 afd. II, hoofdstuk IV Wetboek van Strafvordering België.

daarbij vooral bedoeld op de eerste betekenis. Dat wil zeggen dat de politie zich daarbij niet passief opstelt en slechts melding maakt van strafbare feiten voor zover ze daarvan in de uitoefening van haar overige taken 'bij toeval' lucht krijgt, maar dat ze min of meer actief speurt naar strafbare feiten met het oog op een strafrechtelijk vervolgtraject).

In de loop van de tijd is echter het accent verschoven. Het opsporingsonderzoek door de politie en het OM won aan betekenis vanwege een gestage 'aangroei' van bevoegdheden; voor de instructierechter restte nog slechts een marginale rol. Deze ontwikkeling ging gepaard met, en was deels het gevolg van een wijziging in de gezagsverhoudingen en de organisatie van het opsporingsapparaat en van veranderende taakopvattingen. Deze combinatie van onderling samenhangende factoren (gezag, organisatie en taken), die sterk bepalend is voor de bevoegdheden waarover justitie en politie kunnen beschikken, heeft zich - vanuit een historische invalshoek gezien - in de verschillende landen in verschillende richtingen ontwikkeld. Zo is in Duitsland het gerechtelijk vooronderzoek afgeschaft en vond er een 'boedelscheiding' plaats, waarbij de bevoegdheden die tot dan toe toekwamen aan de rechter-commissaris, werden verdeeld over de politie, het OM en een 'Ermittlungsrichter'.<sup>113</sup> Daarbij werd rekening gehouden met de mate waarin deze bevoegdheden een inbreuk op grondrechten opleverden: hoe ingrijpender de bevoegdheden, des te meer waarborgen en onafhankelijkheidsgaranties er werden ingebouwd. Voorts is er wat betreft de gezagsverhouding sprake van een scherp onderscheid tussen justitiële politietaken en niet-justitiële politietaken, die zover gaat dat het OM geen bemoeienis heeft met de 'opsporing' van Ordnungswidrigkeiten en formeel gesproken ook niet met de bovenbeschreven 'Vorfeldermittlungen'. In België daarentegen wordt - ook na de recente hervormingen van het strafprocesrecht o.g.v. de wet Franchimont - nog steeds geopteerd voor het klassieke instituut 'instructierechter' (zoals gezegd heeft de wet Franchimont overigens wel geleid tot een zekere herwaardering van de rol van de onderzoeksrechter in het vooronderzoek, hetgeen onder andere heeft geresulteerd in de mogelijkheid een 'mini-instructie' te vorderen ter zake van bepaalde onderzoekshandelingen waarvoor voorheen een relatief zware GVO-procedure nodig was). Wat betreft de proactieve fase ligt, in tegenstelling tot Duitsland, het gezag juist wel bij het OM, zonder dat daar - naar mag worden aangenomen<sup>114</sup> - een rechter aan te pas komt. Voorts zijn de opsporingsbevoegdheden in de proactieve fase niet wettelijk genormeerd (zoals dat in Duitsland het geval is; vgl. de Polizeigesetze), maar zijn ze onderwerp van ministeriële richtlijnen.

Ook de andere behandelde landen geven verschillende varianten van de combinatie 'gezag, taken en organisatie' te zien, waaruit mag worden afgeleid

113 Zie P.J.P. Tak, *a.w.*, p. 115.

114 Vgl. R. Verstraeten, *a.w.*, p. 270 nr. 602.

dat er - wat betreft het 'opsporingsbegrip' en in de dat verband afgebakende en genormeerde opsporingsbevoegdheden - ook in die zin, mede vanuit historisch perspectief bezien, geen sprake is van een duidelijke 'Europese lijn'.

Wel kan met enige voorzichtigheid in zijn algemeenheid worden geconcludeerd dat niet zozeer (meer alleen) het verdenkingscriterium, maar tevens een aantal andere factoren in onderlinge samenhang van belang is voor de vraag of er al dan niet sprake is van *strafvorderlijke* opsporing in enge of ruimere zin:

1. Het organisatorische of wettelijke kader
2. Het doelcriterium
3. De gezagskwestie

Ad 1: In de praktijk blijkt het organisatorische/wettelijke kader waarin het 'opsporings' onderzoek is ondergebracht, een belangrijk onderscheidend criterium te zijn voor de vraag of er al dan niet sprake is van een strafvorderlijk opsporingsonderzoek. Zodra het bestrijden of bestraffen van bepaalde strafbare feiten uit de strafrechtelijke sfeer wordt gehaald, valt 'opsporing' van dergelijke 'strafbare feiten' niet langer onder het strafvorderlijke opsporingsbegrip, ook al leidt deze opsporing tot een 'criminal charge' en ook al beoogt deze opsporing een punitieve sanctie mogelijk te maken. (Vgl. het Ordnungswidrigkeitengesetz, de Wet Mulder, bestuurlijke boetes.)

Anderzijds kan worden besloten bepaalde bevoegdheden die van oudsher voortvloeien uit de algemene 'toezichttaak' van de politie tot opsporingsonderzoek te rekenen en te normeren in het Wetboek van Strafvordering of in bijzondere strafwetten. (Vgl. België en Nederland waar bepaalde proactieve bevoegdheden in het Wetboek van Strafvordering zijn geregeld en als zodanig als strafvorderlijke opsporingsbevoegdheden worden beschouwd en Duitsland waar dat niet het geval is.)

Overigens blijkt het organisatorische/wettelijke kader niet als enig of doorslaggevend criterium te gelden: in bijzondere (straf)wetten worden vaak zowel strafvorderlijke opsporingsbevoegdheden als vormen van bestuurlijke controle en toezicht geregeld, terwijl deze verschillende bevoegdheden tevens vaak worden toegekend aan dezelfde functionarissen. Voorts kent bijvoorbeeld het Nederlandse Wetboek van Strafvordering sinds kort het 'verkenkend onderzoek', dat niet als opsporingsonderzoek wordt beschouwd.

Ad 2: Ook het doelcriterium kan als onderscheidend criterium worden beschouwd. Het doelcriterium ziet op het doel van het (opsporings)onderzoek, in die zin dat er kan worden onderscheiden tussen onderzoek dat primair is gericht op rechtshandhaving in de preventieve sfeer (het voorkomen van strafbare feiten) of op bestuursrechtelijke afdoening en onderzoek dat - mede - is gericht op

rechtshandhaving in de repressieve sfeer (strafrechtelijke vergelding). Voorzover het opsporingsonderzoek mede is gericht op strafrechtelijke afdoening van strafbare feiten is er sprake van strafrechtelijke opsporing. Vgl. het Ordnungswidrigkeitengesetz: als de Ordnungswidrigkeit tevens een strafbaar feit oplevert, wordt de overtreding niet bestuursrechtelijk afgedaan maar moet het strafrechtelijke traject worden gevolgd en kan het vooronderzoek als strafrechtelijk opsporingsonderzoek worden beschouwd, met alle consequenties van dien (inschakeling van het OM, etc.).

In deze context kan ook de 'repressieve controle', dat wil zeggen het speuren naar strafbare feiten teneinde deze strafrechtelijk af te doen - vgl. de alcoholcontrole in het verkeer - als strafvorderlijke opsporing worden geassocieerd, mits het organisatorische/wettelijke kader waarin deze vorm van opsporing is ondergebracht, daaraan niet in de weg staat. Zie onder ad 1.

Ook hierbij zij opgemerkt dat het doelcriterium niet altijd het enige en/of het doorslaggevende criterium blijkt te zijn. Vgl. het boven al even genoemde 'verkennd onderzoek'.

Ad 3: Ten slotte de gezagskwestie: in de landen waar het 'vorderen van straf' al van oudsher een taak van het OM is, heeft het OM altijd een belangrijke leidinggevende rol in het strafvorderlijke opsporingsonderzoek vervuld. Nog steeds blijken deze landen - formeel gesproken althans - grote waarde te hechten aan deze toezichthoudende en leidinggevende functie van het OM. De gezagsverhouding tussen politie en het OM kan in die landen als een belangrijk kenmerk van het strafvorderlijke opsporingsonderzoek worden beschouwd in die zin dat als er naar het oordeel van de wetgever sprake is van een strafvorderlijk opsporingsonderzoek, daarbij het OM ingeschakeld dient te worden (vgl. het verschil tussen Duitsland en België wat betreft het gezag in de proactieve fase en met name de discussie die in Duitsland wordt gevoerd ten aanzien van de grensafbakening tussen de Vorfeldfase en het 'echte' strafvorderlijke opsporingsonderzoek<sup>115</sup>).

Andersom hoeft overigens niet elk onderzoek dat onder leiding van het OM wordt verricht als een strafvorderlijk opsporingsonderzoek te gelden. Vergelijk de Wet Mulder met het Ordnungswidrigkeitengesetz: het wettelijke kader is in dit geval doorslaggevend voor de vraag of er al dan niet sprake is van een strafvorderlijk opsporingsonderzoek. Het feit dat in Nederland het OM een rol

115 Vergelijk de discussie in Duitsland omtrent het grensgebied tussen de 'Anfangsverdacht', (die het omslagpunt tussen de proactieve en repressieve fase markeert) en de 'vorbeugende Verbrechensbekämpfung'. Zie noot 9, W. Gropp, *a.w.*, p. 133: 'Diese Verlagerung von Strafverfolgung in die Gefahrenabwehr kann weitreichende Folgen haben, indem die Exekutiv-Polizei wiederum eine gesetzlich nicht vorsehene Funktion übernimmt und die Staatsanwaltschaft in ihre Leitungsfunktion und Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt wird' (onder verwijzing naar Wolter, GA 1988, 55).

vervult bij de 'opsporing' van Mulder-feiten en in Duitsland het OM normaal gesproken geen bemoeienis heeft met de opsporing van Ordnungswidrigkeiten, doet daar niets aan af. In die zin kan de gezagsverhouding tussen de politie en het OM dus niet in alle opzichten als een onderscheidend kenmerk worden beschouwd (tenzij men de Wet Mulder als een strafwet wil zien die ten prooi is gevallen aan een etikettenwissel).

Samenvattend kan worden geconcludeerd dat het vooral externe factoren zijn, zoals historische en staatsrechtelijke ontwikkelingen, actuele gebeurtenissen en dergelijke, die van doorslaggevende betekenis zijn geweest voor het opsporingsbegrip in de onderzochte landen. Dat wil zeggen dat het opsporingsbegrip een contextgebonden begrip lijkt te zijn. Daarnaast kan nog worden geconstateerd dat het begrip 'strafvorderlijke opsporing' uiteindelijk slechts is te definiëren aan de hand van een combinatie van 'uiterlijke' kenmerken, die overigens geen van allen doorslaggevend zijn, zoals het verdenkingscriterium, het wettelijke of organisatorische kader, het doelcriterium, de taakomschrijving en de gezagsverhouding. Het begrip 'opsporing' is met andere woorden niet eenduidig te definiëren aan de hand van bepaalde bevoegdheden, taken, voorwaarden, waarborgen en gezagsverhoudingen die daar als het ware 'van nature' uit zouden voortvloeien. Een zoektocht naar 'wezenlijke' afbakeningscriteria heeft tot nu toe in de literatuur niet geresulteerd in sluitende en bevredigende theorieën en leidt al snel tot cirkelredeneringen. Het is in laatste instantie de wetgever zelf die de doorslag geeft. Anders gezegd: strafvorderlijk opsporingsonderzoek is onderzoek dat de wetgever op basis van een complex van uitgangspunten, beginselen en contextgebonden factoren, als strafvorderlijk opsporingsonderzoek heeft betiteld, teneinde dit te onderwerpen aan een speciaal daarop afgestemd (contextgebonden en niet vanzelfsprekend) stelsel van regels en waarborgen. Dat laat overigens onverlet dat dit tot afbakeningsproblemen kan leiden (vgl. de discussie in Duitsland betreffende het grensgebied tussen het Vorfeldonderzoek en het 'echte' strafvorderlijke opsporingsonderzoek) of dat, wat betreft de normering van het opsporingsonderzoek, uit oogpunt van functionaliteit, eenheid van recht en consistentie wordt gestreefd naar een onderlinge afstemming van strafvorderlijke en andere, bijvoorbeeld bestuursrechtelijke trajecten (vgl. het Ordnungswidrigkeitengesetz), maar dat is een andere kwestie. Dat kan wellicht een rol spelen voor de vraag of bepaalde onderzoeksactiviteiten terecht al dan niet tot de strafvorderlijke opsporing worden gerekend, respectievelijk voor de vraag hoe het opsporingsonderzoek en/of andere vormen van onderzoek behoren te worden genormeerd, maar dat heeft op zichzelf nog geen (doorslaggevende) betekenis voor de definitie van het opsporingsbegrip als zodanig, zij het dat dergelijke afbakenings- en afstemmingsproblemen een aanleiding kunnen vormen voor de wetgever om het opsporingsbegrip aan te

scherpen of te herdefiniëren. In dat geval zal deze afbakeningsproblematiek deel gaan uitmaken van het complex van factoren en keuzes die ten grondslag liggen aan het opsporingsbegrip, hetgeen de contextgebondenheid en het dynamische karakter van het opsporingsbegrip nog eens onderstreept. Vgl. in dit verband ook - de voorgeschiedenis van - het nieuwe opsporingsbegrip in de wet BOB. Met name deze tijd- en plaatsgebondenheid van het opsporingsbegrip (en het feit dat het opsporingsbegrip niet is te definiëren aan de hand van universele, 'wezenlijke' kenmerken, die er als het ware 'van nature' uit voortvloeien) heeft er toe geleid dat er ter zake van het opsporingsbegrip vooralsnog geen sprake lijkt te zijn van een 'Europese lijn'. Ook wat dat betreft is een eventuele onderlinge afstemming - bijvoorbeeld in het kader van internationale samenwerking - dus een kwestie van keuzes maken zonder dat daarbij op voorhand een beroep kan worden gedaan op universele of 'wezenlijke' criteria. Hoewel er in dat verband ongetwijfeld naar wordt (en zal worden) gestreefd overeenstemming te bereiken over bepaalde uitgangspunten, zullen organisatorische aspecten, doelmatigheidsoverwegingen en andere contextgebonden factoren daarbij zeker een rol van betekenis spelen, evenals dat het geval is geweest voor wat betreft de evolutie van het opsporingsbegrip in de afzonderlijke landen.

## **5 Het EVRM**

### *5.1 Inleiding*

In paragraaf 6 zullen de resultaten worden besproken van een intern rechtsvergelijkende verkenning van het bestuursrechtelijke en grondwettelijke legaliteitsbeginsel. Daarbij ligt het accent op de vraag welke eisen het legaliteitsbeginsel stelt aan de wettelijke grondslag voor overheidsbevoegdheden, in het bijzonder als daarmee wordt ingegrepen in grondwettelijk beschermde grondrechten, zoals bij strafvorderlijk overheidsoptreden vaak het geval is. Daaraan voorafgaand zullen hieronder de in dit verband meest relevante uitspraken van het EHRM de revue passeren, die onder meer betrekking hebben op de supranationale pendant van het legaliteitsbeginsel: de 'rule of law'. Aan de hand van deze EHRM-uitspraken zal worden nagegaan, welke kwaliteitseisen het EHRM stelt aan de wettelijke regelingen die (strafvorderlijke) overheidsbevoegdheden toekennen en normeren en die als wettelijke grondslag dienen voor inbreuken op de - met name in art. 8 EVRM beschermde - grondrechten. Tevens zal in het kort aandacht worden besteed aan de vraag welke normatieve betekenis art. 6 EVRM heeft voor overheidsoptreden in het kader van het opsporingsonderzoek.

Ten slotte zal aan de hand van een summier behandeling van het supranationale recht met betrekking tot het nemo tenetur-beginsel worden nagegaan wat de consequenties zijn van dit beginsel voor het onderscheid tussen opsporing en andere vormen van handhavingsonderzoek.

## 5.2 *De wettelijke grondslag voor strafvorderlijk overheidsoptreden*

De vraag, aan welke kwaliteitseisen een wettelijke grondslag voor strafvorderlijk overheidsoptreden moet voldoen (in het bijzonder als daarmee wordt ingegrepen in vrijheidsrechten van burgers) zal in het navolgende worden besproken aan de hand van enkele EHRM-uitspraken met betrekking tot art. 8 EVRM. Daarmee is niet gezegd dat art. 8 de enige EVRM-bepaling zou zijn die relevant is voor de normering van het strafrechtelijke opsporingsonderzoek (vgl. bijvoorbeeld art. 3, 5, 6, 13 EVRM). Echter, het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer is in praktisch elk opsporingsonderzoek in het geding. Inbreuken op dit recht komen in dat verband in allerlei varianten en gradaties voor; daarbij staat het - gezien de vaagheid van het begrip privacy - vaak op voorhand niet precies vast in welke gevallen het recht op privacy in concreto al dan niet wordt geschonden. Dat maakt het interessant om juist art. 8 EVRM als invalshoek te kiezen, bij wijze van illustratie van de manier waarop de contouren en de reikwijdte van een 'groeirecht' als het recht op privacy zich in de praktijk aftekenen. Voorts sluit deze invalshoek goed aan bij de intern rechtsvergelijkende verkenning van het grondwettelijke en bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel in paragraaf 6.

Artikel 8 EVRM beoogt de burger te beschermen tegen willekeurige inmenging van overheidswege in zijn privé-leven. Daartoe is in lid 1 het recht op privacy als zodanig geformuleerd en is in lid 2 een limitatieve opsomming gegeven van de voorwaarden waaronder een inbreuk op dat recht - uitzonderingsgewijs - is toegestaan. Op grond van lid 2 is een inbreuk op het recht op privacy slechts toelaatbaar voor zover dat 'in accordance with the law' is en 'necessary in a democratic society' met het oog op een 'legitimate aim' (d.w.z. in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid en economisch welzijn, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid en de goede zeden en de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen).

Aan de vraag of een bepaalde inmenging in het privé-leven van burgers toelaatbaar is conform de voorwaarden van art. 8, lid 2, EVRM, gaat de vraag vooraf of en in hoeverre een bepaalde inmenging in het privé-leven van burgers in concreto daadwerkelijk een inbreuk op het - in lid 1 beschermde - recht op privacy oplevert. Of daarvan sprake is hangt op zijn beurt onder meer af van de

vraag hoe men het begrip 'privacy' als zodanig definieert (zie ook par. 6.1 hierna). In art. 8 EVRM zijn echter geen aanwijzingen te vinden waaruit een definitie van het begrip 'private life' zou zijn af te leiden. Het recht op privacy is in lid 1 zeer algemeen omschreven, zodat het EHRM zich, naar aanleiding van een aantal aan hem voorgelegde zaken, genoodzaakt zag zelf de criteria aan te leggen voor de vraag of er in concreto al dan niet sprake was van een schending van art. 8, lid 1, EVRM, overigens zonder zich te wagen aan een algemene definitie van het begrip 'private life'.

Zo oordeelde het EHRM bijvoorbeeld in het Chappell-arrest (30 maart 1989, *NJ* 1991, 522) en het Niemietz-arrest (16 december 1992, *NJ* 1993, 400) dat het recht op bescherming van de privacy zich ook kan uitstrekken tot de zakelijke sfeer.

In het arrest *Botta vs. Italië* (24 februari 1998, *NJ* 1999, 691) oordeelde het Hof dat art. 8 EVRM weliswaar beoogt het individu te beschermen tegen willekeurig overheidshandelen, maar dat deze bepaling zeker ook positieve verplichtingen voor de overheid met zich mee kan brengen, waarbij evenwel rekening moet worden gehouden met een juist evenwicht tussen het algemeen belang en individuele belangen.

Uit het Lüdi-arrest (15 juni 1992, *NJ* 1993, 711) is af te leiden dat ook een 'reasonable expectation of privacy' deel uitmaakt van de omvang van het recht op privacy. Wil men een beroep kunnen doen op het recht op privacy, dan moet men onder de omstandigheden van het geval redelijkerwijs mogen verwachten dat zijn persoonlijke levenssfeer wordt geëerbiedigd.<sup>116</sup> Deze 'redelijke verwachting' speelt bijvoorbeeld een rol bij de vraag of een vuilnissnuffel een schending van de privacy oplevert (vgl. het Zwolsman-arrest, HR 8 november 1994, *NJ* 1995, 15) of het afluisteren van een mobiele telefoon, terwijl algemeen bekend is dat de ether vrij toegankelijk is, zowel juridisch als technisch gesproken (vgl. HR 19 december 1995, *NJ* 1996, 249).

Dat het zonder toestemming afluisteren of registreren van - ook zakelijke - telefoongesprekken normaal gesproken een schending van het recht op privacy oplevert, valt af te leiden uit o.a. de arresten *Klass* (6 september 1978, *AA* 1979 p. 327-334; Publ. ECHR series A vol. 28), *Kruslin en Huvig* (24 april 1990, *NJ* 1991, 523), *Halford* (25 juni 1997, *NJ* 1998, 506).

Ook de lichamelijke en psychische integriteit maakt deel uit van het begrip 'privacy'. Vgl. de arresten *X en Y tegen Nederland* (26 maart 1985, *NJ* 1985, 525) en *Raninen* (16 december 1997, ECHR rep. 1997-VIII, fasc. 60) en voorts *Costello-Roberts* (25 maart 1993, Publ. ECHR series A vol. 247-C) waaruit kan worden afgeleid dat niet iedere 'schending' van iemands lichamelijke integriteit een inbreuk op zijn recht op privacy oplevert. Een opvoedende tik levert volgens het Hof niet altijd een zodanige aantasting van de lichamelijke integriteit op dat daarmee het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is geschonden.

116 I.c. oordeelde het Hof dat er geen sprake kan zijn van een dergelijke 'redelijke verwachting' als iemand bewust criminele contacten aangaat met anderen, terwijl achteraf blijkt dat degene met wie hij contacten aanging, een politieman was. Iemand die drugs verkoopt kan verwachten dat hij op een zeker moment een infiltrant of een pseudo-koper tegen het lijf loopt.

In o.a. het arrest Leander (26 maart 1987, Publ. ECHR series A vol. 116) sprak het EHRM zich uit over het 'informatieele' aspect van het recht op privacy: het opslaan van privégegevens in geheime politieregisters (en het vrijgeven daarvan) kan onder omstandigheden in strijd zijn met het recht op privacy.

Aan de hand van deze en andere uitspraken kunnen tot op zekere hoogte de contouren van het begrip privacy worden geschetst, maar kan tevens worden vastgesteld dat er - naast gevallen waarin overduidelijk sprake is van een schending van de privacy - ook sprake kan zijn van grensgevallen. Zo blijkt uit het bovenstaande dat bijvoorbeeld het schenden van iemands lichamelijke integriteit niet altijd een inbreuk op de privacy hoeft op te leveren.

Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt voorts dat de mate waarin het recht op privacy wordt geschonden ook consequenties heeft voor de vraag aan welke eisen de in art. 8, lid 2, EVRM voorgeschreven wettelijke grondslag voor een 'interference by a public authority'<sup>117</sup> moet voldoen.

Vooropgesteld moet worden dat het EHRM in beginsel niet treedt in de vraag of een inbreuk in concreto wordt 'gedekt' door het nationale recht, dat wil zeggen 'in accordance with the law' is. Of een inbreuk op de privacy in concreto in overeenstemming is met het nationale recht, wordt ter beoordeling aan de nationale rechter overgelaten. Daarbij moet het begrip 'law' niet al te eng worden uitgelegd. Het ziet niet alleen op de wet in formele zin maar (tevens) op elke wet in materiële zin, dat wil zeggen op al het geschreven en zelfs ongeschreven recht (vgl. Kruslin EHRM 24 april 1990, *NJ* 1991, 523 en Chappell, EHRM 30 maart 1989, *NJ* 1991, 522).

Het EHRM heeft echter wel enkele kwaliteitseisen gesteld aan deze materieelwettelijke grondslag voor inbreuken op de privacy. Die vloeien volgens het EHRM voort uit de 'rule of law, which is expressly mentioned in the preamble to the Convention' (Malone, EHRM 2 augustus 1984, *NJ* 1988, 534). Op grond van de 'rule of law' (waaraan de rechtsstaatidee ten grondslag ligt en waarmee dus wordt beoogd de burger te beschermen tegen willekeurig overheidsoptreden) behoort de materieelwettelijke grondslag voor inbreuken op de privacy 'accessible' en 'foreseeable' te zijn. Dat houdt in dat burgers zonder al te veel moeite kennis moeten kunnen nemen van de van toepassing zijnde wettelijke regeling respectievelijk het van toepassing zijnde ongeschreven recht, en voorts dat daaruit met voldoende precisie is af te leiden onder welke voorwaarden de betreffende inbreuken zijn toegestaan en wat de aard is van de inbreuken, teneinde de betrokkene in staat te stellen daarmee rekening te houden bij het bepalen van zijn

117 Van een 'interference' kan overigens ook sprake zijn als het nationale recht inmenging in de persoonlijke levenssfeer van burgers toestaat.

gedrag. Wat betreft het toegankelijkheidsvereiste houdt dat in dat het van toepassing zijnde recht in ieder geval gepubliceerd moet zijn (Chappell, EHRM 30 maart 1989, *NJ* 1991, 522). Wat betreft het voorzienbaarheidsvereiste liggen de zaken iets gecompliceerder:

In de eerste plaats heeft het EHRM laten doorschemeren dat het vereiste van precisie niet noodzakelijkerwijs hoeft te leiden tot rigide en tot in detail uitgewerkte regelgeving. Tot op zekere hoogte algemeen geformuleerde en flexibele regelgeving kan soms nodig zijn om te kunnen inspelen op voortdurend veranderende omstandigheden (McLeod, EHRM 23 september 1998, Rep. 1998-VII, Appl. 00024755/94).<sup>118/119</sup>

In de tweede plaats lijkt het EHRM ook om andere redenen te differentiëren wat betreft het precisie-vereiste. Afhankelijk van de aard van de inbreuk op de privacy (de ernst van de inbreuk, de gevolgen van de inbreuk e.d.) stelt het EHRM zware of minder zware eisen aan de materiële precisie van de vereiste wettelijke grondslag (vgl. Malone, EHRM 2 augustus 1984, *NJ* 1988, 534).

Zo stelde het EHRM hoge eisen aan de regelgeving betreffende het zonder toestemming afluisteren van telefoongesprekken, een categorie overheidshandelingen die normaal gesproken een evidente inbreuk op het recht op privacy opleveren.

Vgl. de zaken *Kruslin en Huvig*, EHRM 24 april 1990, *NJ* 1991, 523. In die gevallen betrof het geheime telefoontaps, die in het concrete geval niet voorzienbaar waren, zodat de betrokkenen daar hun handelen niet op konden afstemmen. Geheime telefoontaps zijn volgens het Hof op zichzelf wel toelaatbaar met het oog op het opsporingsbelang, maar moeten dan wel met de nodige waarborgen zijn omkleed teneinde voldoende tegenwicht te bieden tegen dergelijke, in beginsel ontoelaatbare inbreuken op het privacyrecht. Om wat dat betreft de balans weer in evenwicht te brengen (mede vanwege het feit dat het Franse recht geheime telefoontaps ook toestond voor geringe strafbare feiten) stelde het EHRM hoge eisen aan de regels omtrent de omstandigheden en de voorwaarden waaronder mocht worden getapt. Voorts eiste het Hof dat er zou zijn voorzien in toereikende processuele waarborgen teneinde de betrokkenen de mogelijkheid te verschaffen de rechtmatigheid van de telefoontap zo nodig achteraf te laten toetsen. Het EHRM oordeelde i.c. dat onvoldoende was geregeld welke personen mochten worden afgeluisterd, ter zake van welke

118 Het Hof stelde: 'However: those consequences need not be foreseeable with absolute certainty, since such certainty might give rise to excessive rigidity, and the law must be able to keep pace with changing circumstances'.

119 Zie voor de uitleg van de (o.g.v. art. 7 EVRM) vereiste 'foreseeability' van de 'law' die i.c. tot een strafrechtelijke veroordeling van een verkrachting binnen het huwelijk leidde: EHRM 22 november 1995, *NJ* 1997, 1. Het Hof stelde daarin: 'There will always be a need for elucidation of doubtful points and for the adaptation to changing circumstances. Indeed, (...) the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well entrenched and necessary part of legal tradition. Art. 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen.'

delicten mocht worden afgeluisterd, gedurende welke maximale termijn mocht worden afgeluisterd, aan welke eisen het proces verbaal van de tap moest voldoen, onder welke voorwaarden de resultaten van de tap ter beschikking mochten worden gesteld aan de rechter of de verdediging en welk materiaal binnen welke termijn vernietigd moest worden.<sup>120</sup>

In het Murray-arrest (28 oktober 1994, *NJ* 1995, 509) lijkt het Hof minder strenge eisen te stellen aan de 'law' die als grondslag diende voor de in dat geval toegepaste dwangmiddelen. De betrekkelijk geringe inbreuken op de privacy (in verband met een onderzoek naar aanleiding van een verdenking van betrokkenheid bij wapenhandel) waren niet van zodanig ingrijpende aard - mede gezien de belangen die op het spel stonden - dat het Hof daarin aanleiding zag om nadere eisen te stellen aan de precisie van het van toepassing zijnde recht. In tegenstelling tot *Kruslin* en *Huvig* achtte het Hof in dit geval het nationale jurisprudentierecht, waaruit kon worden afgeleid dat een arrestatiebevoegdheid tevens de bevoegdheid tot het nemen van de daaruit voortvloeiende ordemaatregelen impliceerde, voldoende als rechtsgrond voor deze (beperkte) inbreuken op het privacy-recht. Het Hof vond het in dit geval kennelijk niet nodig dat dergelijke inbreuken (conform *Kruslin* en *Huvig*) uit het oogpunt van voorzienbaarheid preciezer werden geregeld in een specifieke wettelijke regeling.

Uit deze uitspraken kan worden afgeleid dat, naarmate de 'interference with private life' ernstiger is, het Hof een nauwkeuriger en meer gedetailleerde, specifieke regeling in de wet nodig acht. Als de inbreuk minder ernstig van aard is, kan worden volstaan met een meer globale, eventueel nader door de jurisprudentie ingevulde regeling als wettelijke grondslag, dan wel: kan de desbetreffende inmenging in het privé-leven worden gebaseerd op connexe of annexe steunbevoegdheden die als het ware inherent zijn aan bepaalde overheidsbevoegdheden die wel een specifieke wettelijke grondslag hebben. Maar ook hiervoor geldt dat de bijzondere omstandigheden van het geval in laatste instantie doorslaggevend zijn (vgl. bijvoorbeeld overweging 88 in het Murray-arrest).

Ten slotte toetst het Hof nog of er sprake is van een 'legitimate aim' en of de inbreuk met het oog daarop 'necessary is in a democratic society', d.w.z. of het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel in acht zijn genomen. In dat verband toetst het Hof gewoonlijk (eveneens) in concreto of er een juiste afweging is gemaakt tussen enerzijds de maatschappelijke noodzaak voor de inbreuk en anderzijds de wijze waarop er inbreuk is gemaakt op het recht op privacy, zij het dat het Hof marginaal toetst. De overheid wordt een zekere beoordelingsruimte gelaten. Ook wat dat betreft bemoeit het Hof zich dus niet onnodig met het nationale recht.<sup>121</sup> Daarbij past volgens het Hof echter wel dat een eventueel gedupeerde tenminste achteraf de nationale rechter moet kunnen inschakelen om te toetsen

120 De rechterlijke controle en toezicht was i.c. volgens het Hof overigens wel voldoende geregeld.

121 Maar er zijn grenzen, vgl. het Silver-arrest, EHRM 25 maart 1983, *publ. ECHR series A*, nr. 61.

of inderdaad is voldaan aan het proportionaliteitsvereiste. De 'necessity'-eis brengt volgens het Hof dan ook mee dat er in een dergelijke procedurele waarborg moet zijn voorzien. Vgl. voor deze materie o.a. de arresten Murray (zie boven), Handyside (EHRM 7 december 1976, *NJ* 1978, 236), Silver (EHRM 25 maart 1983, *publ. ECHR series A*, nr. 61), Klass (EHRM 6 september 1978, *publ. ECHR series A*, nr. 28).

Het zal overigens uit het bovenstaande duidelijk zijn geworden dat er wat betreft de vereiste 'accordance with the law' en de vereiste 'necessity' sprake kan zijn van een zekere kruisbestuiving. De vraag of een bepaald type maatregelen in zijn algemeenheid of in concreto werkelijk noodzakelijk is in een democratische samenleving kan tevens van belang zijn voor de vereiste mate van precisie van de daaraan ten grondslag liggende wettelijke regeling (vgl. de boven behandelde arresten Kruslin en Huvig).

### 5.3 De betekenis van art. 6 EVRM voor het opsporingsonderzoek

Een ieder die wordt vervolgd wegens een strafbaar feit, heeft volgens art. 6 EVRM recht op een eerlijke, openbare berechting. Dit recht op een 'fair trial' heeft ook voor het opsporingsonderzoek een aantal consequenties:<sup>122</sup>

1. Reeds uit de in art. 6 EVRM (niet limitatief) opgesomde 'minimum rights', die verband houden met het recht op een 'fair trial', blijkt dat dit recht zich mede uitstrekt tot de voorfase van de berechting. Zo mag het vooronderzoek niet onredelijk lang duren (lid 1), moet de verdachte voor onschuldig worden gehouden tot zijn schuld vaststaat (lid 2), dient de verdachte zo snel mogelijk te worden geïnformeerd over de aard en de reden van de beschuldiging en moet hij kunnen beschikken over voldoende tijd en faciliteiten ter voorbereiding van zijn verdediging (lid 3).

2. Uit verschillende EHRM-uitspraken is eveneens af te leiden dat de in art. 6 EVRM geformuleerde of in te lezen 'minimum rights' relevant zijn voor het vooronderzoek, omdat hetgeen in het vooronderzoek is gedaan of nagelaten, afbreuk kan doen aan de 'fairness of the trial'. In dat verband kan worden gewezen op het recht op bijstand van een raadsman (vgl. Imbrioscia, EHRM 24 november 1993 *NJ* 1994, 459) en op het recht van de verdachte om te kunnen beschikken over voldoende tijd en faciliteiten om zijn verdediging voor te bereiden. Vgl. Campbell and Fell, EHRM 28 juni 1980, *publ. ECHR series A*, vol. 80 (omtrent het tijdsaspect) en Kremzon, EHRM 21 september 1993 *NJ* 1994, 359 en Edwards,

122 Dat wordt ook wel de 'reflexwerking' van art. 6 EVRM genoemd.

EHRM 16 december 1992, *NJCM* bull. 1993, p. 449-453 (omtrent het recht om de processtukken in te zien, respectievelijk het recht om op de hoogte te worden gebracht van andere - voor de verdediging - relevante informatie).

3. Evenals het 'recht op privacy' (art. 8 EVRM) zijn ook het recht op een eerlijk proces en de daaruit voortvloeiende verdedigingsrechten niet te beschouwen als absolute rechten. Uit de bovengenoemde (en ook andere) EHRM-uitspraken is af te leiden dat aan de hand van de omstandigheden van het geval in concreto moet worden beoordeeld of verdedigingsrechten al dan niet zijn geschonden. Uitgangspunt daarbij is dat het strafproces 'as a whole', dus inclusief het vooronderzoek, fair dient te zijn. Ook wat betreft art. 6 EVRM kan dus worden vastgesteld dat het EHRM weliswaar enkele maatstaven aanlegt, aan de hand waarvan kan worden getoetst of en in hoeverre het recht op een 'fair trial as a whole' in concreto is geschonden, maar dat daarnaast de omstandigheden van het geval van betekenis zijn voor de uitkomst daarvan. Deze toetsing in concreto vereist - zoals gezegd - dat er rekening wordt gehouden met alle betrokken belangen, zoals bijvoorbeeld het recht op privacy dat getuigen of slachtoffers kunnen ontlenen art. 8 EVRM. Uit het Doorson-arrest (EHRM 26 maart 1996, *NJ* 1996, 741) blijkt zelfs dat een dergelijke belangenafweging in het recht op een fair trial ligt opgesloten.<sup>123</sup> Het recht op privacy van een getuige of een slachtoffer kan er dus aan in de weg staan dat de verdediging de getuige of het slachtoffer rechtstreeks ondervraagt of kennisneemt van voor de verdachte relevante gegevens. Hoewel de verdedigingsrechten in dergelijke gevallen kunnen worden beperkt, hoeft dat nog niet te betekenen dat het strafproces als geheel als 'unfair' moet worden beschouwd, vooral niet als daar voldoende compensatie tegenover staat.

De EHRM-rechtspraak betreffende art. 6 EVRM heeft dus consequenties voor de (normering van) het opsporingsonderzoek. Normering van het opsporingsonderzoek blijkt niet alleen van belang te zijn om redenen van bescherming tegen inbreuken op grondrechten (zoals verwoord in o.a. art. 8 EVRM), maar ook uit oogpunt van het recht op een fair trial en de daaruit voortvloeiende beginselen van een 'adversarial trial' en de 'equality of arms'. Vooral gezien de toenemende

123 Het Hof stelde in dat arrest: 'It is true that art. 6 does not explicitly require the interests of witnesses in general, and those of victims called upon to testify in particular to be taken into consideration. However, their life, liberty and security of person may be at stake, as may interests coming generally within the ambit of art. 8 of the Convention. Such interests of witnesses and victims are in principle protected by other, substantive provisions of the Convention, which imply that Contracting States should organise their criminal proceedings in such a way that those interests are not unjustifiably imperilled. Against this background, principles of fair trial also require that in appropriate cases the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify'.

betekenis van het opsporingsonderzoek voor het strafproces als geheel, is er alle reden om de normering van het opsporingsonderzoek (mede) af te stemmen op het recht op een 'fair trial as a whole'. Dat wil overigens niet zeggen dat art. 6 EVRM en de EHRM-rechtspraak daaromtrent een 'dichtgetimmerde' regelgeving voorschrijven. Regelgeving dient enerzijds voldoende rechtszekerheid te bieden, vooral wat betreft het waarborgen van 'minimum rights' die tot de essentie van het recht op een fair trial kunnen worden gerekend, maar anderzijds ruimte te laten voor differentiatie en een weging van de omstandigheden van het geval.

#### 5.4 *Het nemo tenetur-beginsel*

Tot slot zal hieronder nog kort worden stilgestaan bij één van de 'minimum rights' die het EHRM leest in art. 6 EVRM lid 1 en 2, te weten het nemo tenetur-beginsel. In het bijzonder zal worden nagegaan in hoeverre dat beginsel een rol speelt voor de verhouding tussen het strafrecht en het bestuursrecht en de normering van het opsporingsonderzoek.

Het is opnieuw het EHRM geweest dat de essentie van het nemo tenetur-beginsel heeft vertaald in enkele maatstaven aan de hand waarvan kan worden beoordeeld in hoeverre dat beginsel in concreto is geschonden.

Uit met name het Saunders-arrest (EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699) kan worden afgeleid dat het nemo tenetur-beginsel (the right not to incriminate oneself) zich niet uitstrekt tot materiaal dat weliswaar onder dwang is verkregen van de verdachte, maar dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat, zoals lichaamsmateriaal, geschriften en dergelijke. De verdachte kan met andere woorden worden gedwongen materiaal af te staan of anderszins mee te werken aan een onderzoek dat kan leiden tot zijn veroordeling, zonder dat dat volgens het EHRM in strijd is met het nemo tenetur-beginsel.<sup>124</sup> Het nemo tenetur-beginsel heeft volgens het EHRM in ieder geval wel betrekking op het respecteren van de wil van de verdachte om te zwijgen. Dat leidde in casu tot de slotsom dat verklaringen die op grond van een medewerkingsplicht waren afgelegd, niet konden worden gebruikt voor het bewijs in de strafzaak tegen de verdachte. Waarom het

124 Dat daar ook anders over gedacht kan worden, blijkt wel uit het Funke-arrest, EHRM 25 februari 1992, *NJ* 1993, 485. Waarom het EHRM in het Saunders-arrest ter zake anders oordeelde dan in het Funke-arrest, is niet geheel duidelijk. Een mogelijke verklaring is, dat het EHRM is teruggekomen op zijn eerdere opvattingen met betrekking tot deze materie en in deze aansluiting heeft gezocht bij de communis opinio hieromtrent in de rechtsstelsels van de bij het EVRM aangesloten partijen. Zie bijvoorbeeld O.J.D.M.L. Jansen, *Het handhavingsonderzoek: behoren het handhavingsonderzoek, het boeteonderzoek en de opsporing verschillend te worden genormeerd?: een interne rechtsvergelijking* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: 1999, p. 142-143 (met name noot 21). Een andere mogelijke verklaring zou kunnen zijn dat het Funke-arrest wellicht verkeerd is begrepen (vgl. Knigge in zijn noot bij Saunders).

EHRM in dit arrest een dergelijk scherp onderscheid lijkt te maken tussen deze vormen van (gedwongen) selfincrimination en zo verschillend oordeelt over de toelaatbaarheid daarvan, is niet geheel duidelijk.<sup>125</sup> Voorts is het nog maar de vraag of aan dit arrest - gezien de bijzondere omstandigheden van het geval - algemene aanwijzingen kunnen worden ontleend wat betreft de precieze reikwijdte en de grenzen van het zwijgrecht van de verdachte.<sup>126</sup> Het zwijgrecht impliceert in ieder geval niet dat uit het zwijgen van de verdachte gedurende het strafproces in het geheel geen conclusies mogen worden getrokken. Voorts mag de verdachte er op worden gewezen dat zijn zwijgen consequenties kan hebben voor het verloop van het strafproces, mits dat er maar niet toe leidt dat daarmee een te grote druk op de verdachte wordt gelegd. Pressiemethoden zijn dus in het licht van de onschuldpresumptie uit den boze (vgl. het hierboven behandelde Murray-arrest).

Dit recht 'not to incriminate oneself' en in dat verband in het bijzonder het zwijgrecht, staat in een zekere spanningsverhouding tot de spreekplicht die in het kader van de bestuursrechtelijke handhaving op burgers kan rusten. Uit het Saunders-arrest kan worden afgeleid dat het zwijgrecht op zichzelf niet in de weg staat aan een mogelijke spreekplicht in het kader van de bestuursrechtelijke handhaving, zij het dat het nemo tenetur-beginsel er aan in de weg staat (of kan staan<sup>127</sup>) dat deze gedwongen verklaringen worden gebruikt voor het bewijs in een eventuele latere of gelijk oplopende strafzaak tegen dezelfde persoon. Wat betreft de verhouding tussen het strafrechtelijke en het bestuursrechtelijke handhavingstraject is het dus van belang dat, zodra er in het kader van een bestuurlijk onderzoek een verdenking rijst van een strafbaar feit en er aanleiding bestaat om over te stappen op het strafrechtelijke traject, de spreekplicht wordt

- 125 Daarover lopen de meningen uiteen. Mogelijke verklaringen zijn: gedwongen verklaringen zijn onvoldoende betrouwbaar en doen afbreuk aan de materiële waarheidsvinding; gedwongen verklaringen roepen associaties op met inquisitoire methoden (zoals martelpraktijken) die niet meer passen bij het huidige contradictoire karakter van het strafproces; gedwongen verklaringen doen afbreuk aan de verdedigingsrechten (en daarmee samenhangende beginselen als 'equality of arms' en een 'adversarial trial') die uit het recht op een fair trial voortvloeien; het zwijgrecht benadrukt de partij-autonomie van de verdachte, die samenhangt met het beginsel van een adversarial trial. Het voert in dit bestek echter te ver hier nader op in te gaan.
- 126 Zo is het bijvoorbeeld nog maar de vraag of onder het zwijgrecht moet worden begrepen het recht om geen schriftelijke verklaringen te hoeven verstrekken. Zie hierover o.a. A.B. Blomberg, *Integrale handhaving van milieurecht* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: 2000, p. 195.
- 127 Vgl. Jansen, a.w., p. 143: volgens Jansen is niet in zijn algemeenheid uit Saunders af te leiden dat gedwongen verklaringen nooit kunnen dienen voor het bewijs in een latere strafzaak tegen degene die de verklaringen heeft afgelegd. Het hangt naar zijn mening af van de omstandigheden van het geval of gedwongen verklaringen in een latere strafzaak tegen de verdachte al dan niet voor het bewijs kunnen dienen. Zie ook de opmerkingen hierboven: de omstandigheden van het geval zijn vaak doorslaggevend voor de vraag of art. 8 resp. art. 6 EVRM in concreto is geschonden.

opgeheven door middel van een cautie. Daar kan overigens meteen bij worden aangetekend dat er - zoals bekend - ook in het kader van de bestuursrechtelijke handhaving punitieve sancties kunnen worden opgelegd en er sprake kan zijn van een 'criminal charge' (zie het bekende Öztürk-arrest, EHRM 21 februari 1984, *NJ* 1988, 937. Zie voorts de arresten Engel e.a., EHRM 23 juni 1976, *NJ* 1978, 224; Campbell and Fell, EHRM 28 juni 1984, publ. ECHR series A, vol. 80; Lutz, EHRM 25 augustus 1987, *NJ* 1988, 938; Ravensborg, EHRM 23 maart 1994, publ. ECHR series A, vol. 283.) De spanningsverhouding tussen het zwijgrecht en een mogelijke spreekplicht doet zich dus ook voor op het snijvlak van de bestuursrechtelijke handhaving in de preventieve sfeer en de bestuursrechtelijke handhaving in de repressieve, punitieve sfeer.

Afgezien daarvan blijkt uit het Saunders-arrest dat het zwijgrecht de kern vormt van het nemo tenetur-beginsel en dat de kwestie van de spanningsverhouding tussen het zwijgrecht en een eventuele spreekplicht belangrijk genoeg is om er - wat betreft de normering van het opsporingsonderzoek - rekening mee te houden.

## 5.5 *Resumé*

De conclusies uit de bovenstaande paragrafen kunnen als volgt worden samengevat.

1. Uit de EHRM-rechtspraak omtrent art. 8 EVRM kan worden afgeleid dat het Hof differentieert wat betreft de eisen die worden gesteld aan wettelijke regelingen die bevoegdheden scheppen voor inbreuken op de privacy van overheidswege. Naarmate een (categorie) inbreuk(en) ingrijpender is, worden er hogere materiële en procedurele eisen gesteld aan de wettelijke grondslag daarvoor. Deze eisen vloeien voort uit de rechtsstaatgedachte, op grond waarvan de burger dient te worden beschermd tegen willekeurig overheidsoptreden. Zo worden er hogere eisen gesteld aan de 'foreseeability' en de 'accessibility' en de daarmee samenhangende precisie van de wettelijke grondslag, naarmate de 'interference by a public authority' ingrijpender van aard is.

De wettelijke maatstaven en waarborgen zullen in die gevallen de betreffende overheidsorganen minder ruimte laten voor beoordelingsvrijheid, maar desondanks zal ook in die gevallen een (eventueel achteraf door de rechter te toetsen) concrete afweging van belangen aan de hand van de geldende maatstaven en waarborgen, soms doorslaggevend zijn. Zo is het denkbaar dat een telefoontap op grond van de wettelijke regeling toelaatbaar lijkt te zijn, maar in concreto een ongerechtvaardigde inbreuk op de privacy oplevert. Vooral het 'necessity-vereiste' en het vereiste van een 'legitimate aim' duiden op het belang van een afweging in concreto (ongeacht het feit dat aan de inbreuk een gedetailleerde wettelijke regeling ten grondslag ligt).

Afgezien daarvan kan - zoals gezegd - worden vastgesteld dat er hogere of minder hoge eisen worden gesteld aan de precisie van de vereiste wettelijk grondslag voor inbreuken op (i.c.) het recht op privacy naarmate de inbreuken meer of minder ingrijpend zijn. Zo bezien is er reden voor differentiatie: de regelgeving kan een meer algemeen, flexibel karakter hebben voor zover het geringe inbreuken betreft en dient gedetailleerder van aard te zijn als ze betrekking heeft op ingrijpende inbreuken op (i.c.) het recht op privacy.

2. Uit de EHRM-rechtspraak omtrent art. 6 EVRM kan worden afgeleid dat het recht op een 'fair trial' impliceert dat het strafproces 'as a whole' fair dient te zijn. Dat heeft consequenties voor de (normering van de) voorfase van de terechtzitting en dus ook voor het opsporingsonderzoek. Tevens kan uit de EHRM-rechtspraak worden afgeleid dat voor de vraag of er in concreto sprake is (geweest) van een fair trial as a whole, rekening moet worden gehouden met de betrokken belangen en de omstandigheden van het geval. Uit de jurisprudentie van het Hof blijkt zelfs dat het vereiste van een belangenafweging ligt opgesloten in het recht op een fair trial. Dat vereist - zo kan uit de EHRM-rechtspraak worden afgeleid - regelgeving die voldoende rechtszekerheid biedt, in het bijzonder wat betreft de waarborgen die tot de kern van het recht op een fair trial kunnen worden gerekend, maar die tevens ruimte laat voor flexibiliteit en differentiatie, teneinde in concreto te kunnen beoordelen of er daadwerkelijk sprake is geweest van een 'fair trial as a whole'.

3. Uit de EHRM-rechtspraak is af te leiden dat het EHRM het zwijgrecht van de verdachte als de kern van het nemo tenetur-beginsel beschouwt. Voor de verhouding tussen het bestuursrecht en het strafprocesrecht heeft dat als consequentie dat het nemo tenetur-beginsel er mogelijk aan in de weg staat dat verklaringen die in de bestuurlijke toezichtfase zijn afgelegd op grond van een spreekplicht, niet voor het bewijs in een strafzaak tegen dezelfde persoon kunnen worden gebruikt. Het is dan ook van belang om, zodra er een verdenking van een strafbaar feit rijst en er wordt overgestapt op het strafrechtelijke traject, de eventuele spreekplicht op te heffen door middel van een cautie, om te voorkomen dat de verklaringen die vanaf dat moment door de verdachte worden afgelegd niet voor het bewijs kunnen dienen. Daarnaast is er, gezien het grote belang dat het Hof hecht aan het zwijgrecht van de verdachte, alle reden om in de regeling van het opsporingsonderzoek waarborgen op te nemen teneinde te verzekeren dat het zwijgrecht niet alleen formeel maar ook materieel daadwerkelijk in acht wordt genomen. Daarbij zal onder meer rekening moeten worden gehouden met de vaak vloeiende overgang tussen de bestuurlijke toezichtfase (en eventuele andere voorfasen van een 'criminal charge', waarin het zwijgrecht nog niet geldt) en het eventueel gelijk oplopende of daaropvolgende opsporingsonderzoek.

## 6 Interne rechtsvergelijking (staats- en bestuursrecht)

### 6.1 Opsporing en grondrechten

#### 6.1.1 Inleiding

‘Zooals reeds uit het opgemerkte voortvloeit, zal die herziening allereerst ten doel moeten hebben eene zodaanige wijziging van het vooronderzoek, dat ook in dat gedeelte van het strafproces met de zelfstandige rechten van den verdachte wordt rekening gehouden, en die rechten in zoodanigen omvang worden erkend en gewaarborgd als met het doel van het strafproces, de verzekering van toepassing van de strafwet op den schuldige, in overeenstemming kan worden geacht. (...) De met opsporing en vervolging belaste autoriteiten moeten snel en krachtig kunnen optreden, kunnen doen wat de omstandigheden vereischen, niet belemmerd worden door enge, te zeer verbindende voorschriften. Aan hun oordeel en inzicht moet veel worden overgelaten. Worden de regelen van het strafproces aldus gesteld, dan kan inderdaad eene krachtige repressie verkregen worden doch dan kunnen tevens de rechten en vrijheden van het individu (...) zeer in het gedrang komen en meer dan noodig worden prijsgegeven (...). Bij elke regeling van het strafproces vertoont zich een zoodanig conflict en moet dus naar eene verzoening tusschen tegenstrijdige belangen worden gestreefd.’

Deze citaten uit de MvT, O. Sc.Ort 1912-1913<sup>128</sup> verwoorden de paradoxale situatie dat het in een ‘rechtsstaat nu eenmaal onvermijdelijk is om grondrechten te beperken ten behoeve van de bescherming van rechten en vrijheden van anderen (Schutz durch Eingriff)’.<sup>129</sup> Dat impliceert dat grondrechten niet gelijk kunnen worden gesteld met absolute vrijheden. Onder omstandigheden zullen inbreuken op grondrechten moeten worden geduld ter bescherming van zwaarderwegende rechten van anderen, of anders gezegd: ‘the freedom to move your hands is limited by the distance of your neighbours nose’.<sup>130</sup> Het zoeken naar een juiste balans of -zoals de MvT dat verwoordt - het streven naar een ‘verzoening van tegenstrijdige belangen’, wordt uit de aard der zaak beïnvloed door politieke, economische en culturele factoren<sup>131</sup> en moet dus worden beschouwd als een dynamisch proces dat nooit ‘af’ is. Dat wil overigens niet zeggen dat het per definitie onmogelijk zou zijn een aantal basisbeginselen te aanvaarden die als het ware inherent zijn

128 O.Sc.Ort, p. 3 en 16.

129 Zie J. Naeyé, *Preadvies NJV* (125<sup>e</sup> jaargang/ 1995-I), p. 225 e.v.: ‘De reikwijdte van fundamentele rechten in strafzaken; enkele thema’s’, Zwolle: 1995, p. 231.

130 T. Koopmans, *Compendium van het staatsrecht*, 4<sup>e</sup> dr. (licentie-uitgave), Deventer/Heerlen: 1984, p. 46.

131 Zie Naeyé, *a.w.*, p. 232.

aan de rechtsstaatidee en die dus steeds in acht moeten worden genomen bij het streven naar een aanvaardbaar evenwicht wat betreft het beschermen en beperken van vrijheidsrechten. Eén van die beginselen, het legaliteitsbeginsel, beoogt de overheid in haar optreden te binden aan democratisch vastgestelde regels en de burgers te beschermen tegen willekeurige inbreuken op vrijheidsrechten. Strafprocesrechtelijk heeft dat beginsel onder meer zijn beslag gekregen in art. 1 Sv. De wetgever beschouwde het complex van vrijheidsbeperkende overheidshandelingen in het kader van het strafproces als dermate ingrijpend dat daarvoor een wettelijke grondslag nodig werd geacht die enerzijds een zo groot mogelijke rechtseenheid en rechtszekerheid moest garanderen (bescherming tegen willekeur) en anderzijds een brug zou vormen tussen de klassieke grondrechten en de strafvorderlijke dwangmiddelen (een opdracht aan de wetgever om de in het geding zijnde belangen onderling af te wegen en te verdisconteren in de strafprocesrechtelijke regelgeving).<sup>132</sup>

Echter afgezien van deze min of meer onveranderlijke rechtsstatelijke basisbeginselen, heeft de tijd sinds de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafvordering in een aantal opzichten niet stilgestaan. In de eerste plaats is er sindsdien een zekere verschuiving opgetreden in het gewicht dat wordt toegekend aan de belangen die zijn verdisconteerd in de strafprocessuele regelgeving (vgl. enerzijds het grotere gewicht dat wordt toegekend aan het recht op privacy - zie de 'nieuwe' klassieke grondrechten van art. 10, 11 Gw en 8 EVRM - en anderzijds de roep om een daadkrachtiger criminaliteitsbeleid) en voorts spelen tegenwoordig ook andere belangen een rol naast de 'traditionele' belangen die betrokken waren bij de belangenafweging die aan de strafprocessuele regelgeving ten grondslag lag (vgl. de belangen van het slachtoffer en de belangen van de getuigen, naast het traditionele belang van de waarheidsvinding en de rechtsbescherming van de verdachte).

In de tweede plaats heeft het strafvorderlijke opsporingsonderzoek door de politie sinds de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafvordering aanmerkelijk aan betekenis gewonnen en speelt de rechter-commissaris, die oorspronkelijk als leider van het opsporingsonderzoek werd beschouwd, nog slechts een marginale rol. Echter, het wetboek lijkt daar bij achter te lopen: terwijl het GVO uitputtend is geregeld, geldt dat - tot voor kort in ieder geval - bepaald niet voor het opsporingsonderzoek door de politie. De 'crisis in de opsporing', die de aanloop vormde tot de wet BOB, heeft inmiddels genoegzaam aangetoond tot welke excessen het ontbreken van een wettelijke normering van het opsporingsonderzoek heeft kunnen leiden.

132 Zie *D&D* 1997, p. 851-983, p. 852.

In de derde plaats heeft de samenleving sinds de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafvordering een sterk dynamisch karakter gekregen. Dat heeft aan het uitgangspunt van de wetgever van 1926, dat de met opsporing en vervolging belaste autoriteiten niet moeten worden belemmerd door enge, te zeer verbindende voorschriften (zie boven), een extra lading gegeven. Kon de wetgever in een betrekkelijk 'statische' samenleving nog volstaan met regelgeving die was geënt op een min of meer 'tijdloze' belangenafweging, het huidige dynamische karakter van de samenleving vereist dat strafvorderlijke bevoegdheden en opsporingsmethoden voortdurend worden afgestemd op maatschappelijke en technische ontwikkelingen, teneinde eigentijdse vormen van criminaliteit doelmatig te kunnen opsporen en te bestraffen of te bestrijden. Een 'dichtgetimmerde' regeling van opsporingsbevoegdheden zal dan ook al snel als te beknellend worden ervaren (of loopt achter de feiten aan) dan wel: nodigt uit tot ontduiking.

De veranderende omstandigheden vereisen dus niet alleen een eigentijdse belangenafweging of een eigentijdse 'verzoening van tegenstrijdige belangen' (die de wetgever aan regelgeving ten grondslag zal moeten leggen) maar ook een ander type, flexibele regelgeving die is toegesneden op het dynamische karakter van de samenleving.

De vraag is alleen hoe zich dat verhoudt tot de beperkingsclausules bij de in de Grondwet opgenomen grondrechten en de daarbij aansluitende opvatting van de wetgever dat 'opsporingshandelingen die inbreuken op grondrechten opleveren, een voldoende specifieke wettelijke basis in het Wetboek van Strafvordering behoeven'.<sup>133</sup> Is het met andere woorden mogelijk te voldoen aan deze grondwettelijke opdracht zonder dat het opsporingsonderzoek zodanig normatief wordt gefixeerd dat het onmogelijk wordt 'mee te bewegen in de stroom van maatschappelijke factoren, zoals wisselende politieke wensen, aard van de criminaliteit, het veranderende gewicht van belangen en nieuwe technische faciliteiten'?<sup>134</sup>

Alvorens dat vanuit een staatsrechtelijke invalshoek te onderzoeken, in het bijzonder met betrekking tot de 'nieuwe' klassieke grondrechten van art. 10 en 11 Gw (bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de onaantastbaarheid van het lichaam), zal eerst een globale schets worden gegeven van de evolutie van deze grondrechten gedurende de laatste decennia. Deze schets kan wellicht enig licht werpen op de vraag of elke overheidsbemoediging met het privé-leven van burgers wel een schending van een grondrecht (i.c. een schending van de privacy) oplevert, zodat daarvoor een specifieke wettelijke grondslag nodig is. Voorzover een dergelijke inmenging niet onder de reikwijdte van de betreffende grondrechten

133 Zie MvT *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3 (bij de wet BOB) p. 3: Uitgangspunten van het wetsvoorstel.

134 Zie L.C.M. Meijers, 'Normering van opsporingsmethoden' *RM Themis* 1996/6, p. 216.

valt, is immers een specifieke wettelijke grondslag niet voorgeschreven. De bovenomschreven probleemstelling wordt dus vanuit twee invalshoeken benaderd:

- a. Wat is de reikwijdte van de (nieuwe) grondrechten en welke consequenties heeft dat voor het vereiste van een specifieke wettelijke grondslag?
- b. Hoe kan (grondwettelijk gezien) worden voldaan aan het vereiste van een specifieke wettelijke grondslag, zonder dat opsporingsonderzoek - voor zover dat een inbreuk op grondrechten oplevert - zodanig normatief wordt gefixeerd dat het onmogelijk wordt effectief in te spelen op maatschappelijke en technische ontwikkelingen?

### 6.1.2 De reikwijdte van de (nieuwe) klassieke grondrechten

#### 6.1.2.1 De grondwetsherziening van 1983

De grondwetgever van 1983 heeft uitdrukkelijk gekozen voor een uitputtend stelsel van bijzondere beperkingsbevoegdheden. Dat wil zeggen dat een inbreuk op een in de Grondwet opgenomen grondrecht slechts toelaatbaar wordt geacht voor zover die herleidbaar is tot een grondwettelijke beperkingsclausule die voorziet in een bijzondere bevoegdheidsgrondslag voor inbreuken op het betreffende grondrecht.<sup>135</sup> Daarmee week de grondwetgever af van de voorstellen van de opstellers van de 'Proeve van een nieuwe Grondwet'<sup>136</sup> en daarbij aansluitend de commissie-Cals-Donner<sup>137</sup>, die - in navolging van de commissie-Van Schaik - ook 'algemene beperkingen' op grondrechten aanvaardbaar achtten.<sup>138</sup> Dat wil zeggen beperkingen die niet met het oog op een bepaald grondrecht waren vastgesteld, maar voortvloei-

135 Zie *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, o.a. p. 11, 12, 21.

136 Zie P.W.C. Akkermans, C.J. Bax & L.F.M. Verhey, *Grondrechten; Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, 2<sup>e</sup> dr., bewerkt door C.J. Bax, Groningen/Heerlen: 1993, p. 146; *Proeve van een nieuwe Grondwet*, Den Haag: 1966, p. 53-54.

137 Zie J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg*, (Burkensbundel) Zwolle: 1995, p. 1.

138 In de Proeve werd onderscheid gemaakt tussen 'bijzondere beperkingen' en 'algemene beperkingen'. Onder 'bijzondere beperkingen' werd verstaan: beperkingen die voortvloeien uit rechtsregels die naar hun aard of strekking in het bijzonder betrekking hebben op de uitoefening van een bepaald grondrecht. Onder 'algemene beperkingen' werd verstaan: beperkingen die voortvloeien uit rechtsregels die zich niet speciaal richten op de uitoefening van een grondrecht, maar door hun algemene werking ook de uitoefening van een grondrecht kunnen beïnvloeden. Deze algemene beperkingen werden ook zonder grondslag in een beperkingsclausule geoorloofd geacht, terwijl voor de 'bijzondere beperkingen' altijd sprake moest zijn van een bevoegdheidsgrondslag in de Grondwet. De staatscommissie-Cals/Donner (staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet) sloot zich daarbij aan in haar 2<sup>e</sup> rapport 1969. Ook de regering aanvaardde aanvankelijk deze opvatting. Mede op grond van het proefschrift van Burkens is de regering van gedachten veranderd: algemene beperkingen die niet gebaseerd zijn op een grondwettelijke beperkingsclausule dienen niet aanvaard te worden. Zie verder Ten Berge e.a., a.w., p. 1 e.v.

den uit rechtsregels die door hun algemene werking tevens een beperking van grondrechten konden inhouden. Volgens de commissie-Cals-Donner kon door de aanvaarding van 'algemene beperkingen' worden voorkomen dat bij de grondrechten een lange lijst met beleidsdoeleinden (doelcriteria) zou moeten worden opgenomen met het oog waarop zou mogen worden beperkt, dan wel dat de beperkingsclausules zeer ruim zouden moeten worden geformuleerd, aangezien niet altijd kon worden voorzien aan welke beperkingsbevoegdheden in de toekomst behoefte zou bestaan.<sup>139</sup> Het belangrijkste bezwaar tegen de opvattingen van de staatscommissie betrof volgens de regering niet zozeer de aanvaarding van beperkingen met een algemeen karakter, maar het feit dat de 'leer van de algemene beperkingen' tevens een (ongeschreven) algemene bevoegdheid tot het vaststellen van beperkingen, dat wil zeggen buiten de Grondwet om, zou betekenen.<sup>140</sup> Uitgangspunt is, volgens de regering, dat in de Grondwetsartikelen de weg wordt gewezen waarlangs het beperken van grondrechten dient te verlopen<sup>141</sup> en dat (als keerzijde daarvan) beperkingen van grondrechten 'herleidbaar' moeten zijn tot de beperkingsclausules in de betreffende grondwetsartikelen.<sup>142</sup> De keuze voor een stelsel van bijzondere beperkingen hield verband met het opvatting van de regering dat de wetgever in formele zin op enigerlei wijze betrokken behoort te zijn bij het beperken van grondrechten. Dat uitgangspunt is ook af te leiden uit de grondwettelijke beperkingssystematiek (zie par. 6.1.3.2): de belangrijkste beperkingsmethode bestaat uit de - in de beperkingsclausules opgenomen -

139 Zie T. Koopmans, *Compendium van het staatsrecht*, 4<sup>e</sup> dr. (licentie-uitgave) Deventer/Heerlen: 1984, p. 48.

140 Zie MvT *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr.3, p. 20: 'De staatscommissie is er in haar tweede rapport (blz. 45-46) van uitgegaan, dat de uitoefening van grondrechten binnen de grenzen dient te blijven welke door de algemeen in de samenleving geldende rechtsregels zijn getrokken en dat daaruit beperkingen voortvloeien ook in die gevallen, waarin die beperkingen niet tot een beperkingsclausule in het betreffende grondwetsartikel kunnen worden herleid. Een ongeschreven beperkingsbevoegdheid derhalve, ten aanzien waarvan de staatscommissie overigens niet heeft aangegeven naar welke maatstaven deze beperkingen mogen worden opgelegd en welke instanties daartoe bevoegd zijn. (...) De bezwaren van de leer van de algemene beperkingen zijn evenwel niet gering. De (geschreven) Grondwet biedt geen grondslag voor het bestaan van algemene beperkingen noch voor de vraag wat er onder moet worden verstaan; de leer van de algemene beperkingen is een theorie die door ieder kan worden gevuld met wat hem redelijk voorkomt. De grens tussen algemene en bijzondere beperkingen is dikwijls nogal arbitrair. De bevoegdheid om algemene beperkingen in te voeren is niet beperkt tot de formele wetgever, zodat alle hogere en lagere regelgevende, besturende, rechtsprekende, in beroep oordelende organen, die toevallig met de materie in aanraking komen, door middel van algemene beperkingen op een grondrecht inbreuk mogen maken' (overigens bestreed de RvS dat uit de stukken van de staatscommissie en uit de Proeve zou zijn op te maken, dat ook buiten de Grondwet om een bevoegdheid tot het vaststellen van algemene beperkingen moet worden aangenomen. Zie *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 4, p. 58).

141 Zie *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 11.

142 Zie *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 12.

competentieregelingen, waarin is geregeld dat de bevoegdheid om het betreffende grondrecht te beperken is voorbehouden aan de wetgever in formele zin. Het aanvaarden van een 'algemene beperkingsbevoegdheid' kon - naar de mening van de regering - tot het ongewenste gevolg leiden, dat de rol die aan de wetgever is voorbehouden, zou worden omzeild. De regering stond dan ook op het standpunt 'dat weliswaar de uitoefening van grondrechten aan beperkingen kan worden onderworpen (...), doch dat deze beperkingen zoveel mogelijk hun grondslag in formele wetgeving moeten vinden. Dit standpunt berust enerzijds op de beperkingsclausules in de verschillende grondwetsartikelen, welke het vaststellen van beperkingen, hetzij aan de formele wetgever voorbehouden, hetzij binden aan delegatie die op een specifiek formeel-wettelijke bepaling berust. Het standpunt is anderzijds de uitdrukking van het beleidsinzicht, dat het in verband met de toenemende betekenis welke aan de grondrechten wordt toegekend, niet wenselijk is dat elk overheidsorgaan de uitoefening van grondrechten aan banden mag leggen doch dat de formele wetgever daar op de een of andere wijze aan te pas moet komen'.<sup>143</sup>

Dat uitgangspunt moge dan - mede - ten grondslag liggen aan het uitputtende stelsel van bijzondere beperkingsbevoegheden waarvoor de grondwetgever heeft gekozen, onduidelijk blijft echter wat dit 'op de één of andere wijze aan te pas komen' (van de formele wetgever) inhoudt. Daarover geven de overwegingen van de grondwetgever geen uitsluitsel.

Zo is het niet helemaal duidelijk of de grondwetgever 'algemene beperkingen' in de zin van beperkingen met een algemeen karakter, dus bijvoorbeeld betrekking hebbend op meerdere grondrechten, wel toelaatbaar achtte. Voorts kan men zich afvragen of, wat betreft het vereiste dat een beperking herleidbaar moet zijn tot een grondwettelijke beperkingsclausule, het begrip 'herleiden' een bewuste beperking van het betreffende grondrecht veronderstelt, of dat een achteraf 'hineininterpretieren' onder omstandigheden ook voldoende kan zijn. Uit de overwegingen van de regering in verband met de delegatieproblematiek zou kunnen worden afgeleid dat een bewuste beperking vooraf nodig is: 'Wanneer de wetgever in enig geval beperkingsbevoegdheid aan een ander orgaan wil overdragen, dient dit bewust en na afweging van belangen te geschieden en moet de wet daarvan blijk geven. Welke wet dat is doet niet ter zake. Delegatiebepalingen kunnen in beginsel in elke wet voorkomen, mits uit de wet met voldoende duidelijkheid kan worden afgeleid dat de wet bewust een beperkingsbevoegdheid heeft willen

143 Zie *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 4, bijlage II, nader rapport, p. 75-76 (in een reactie op de RvS, die adviseerde om niet alle beperkingen op grondrechten uitdrukkelijk en tot in detail neer te leggen in een formele wet, omdat dat in de weg zou staan aan de - ook door de regering aanvaarde - noodzaak om de toepassing van de grondrechtbepalingen uit te leggen overeenkomstig algemeen aanvaarde interpretatiemethoden. Zie Advies Raad van State, *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 4, p. 59).

toekennen en ten aanzien van welk grondrecht hij dat heeft gewild. Deze eis hebben wij met de woorden 'specifieke wetsbepaling' aangeduid. Het moge duidelijk zijn dat art. 168 Gemeentewet en andere wetsbepalingen, waarin algemene taken of bevoegdheden zijn geformuleerd, hieraan niet voldoen.<sup>144</sup> Alhoewel het vereiste van een belangenafweging en een 'bewuste keuze vooraf' in dit citaat (naar de letter genomen) betrekking heeft op het delegeren van beperkingsbevoegdheden, is niet onaannemelijk dat deze eis ook geldt voor het beperken van grondrechten door de wetgever zelf, maar helemaal zeker is dat niet. Mogelijk moet het begrip 'herleidbaar tot een beperkingsclausule' begrepen worden in de ruimere context van de (mee-evoluerende) beperkingssystematiek<sup>145</sup> en duidt het wellicht op het vereiste dat een belangenafweging *geacht* kan worden plaats te hebben gevonden (vgl. de laatste noot van par. 6.1.2.2). Ten aanzien van de vraag aan welke eisen een beperking van grondrechten door de wetgever feitelijk moet voldoen, en wat het vereiste van een bijzondere of 'specifieke' wettelijke grondslag precies inhoudt, resteren dus nog de nodige vragen en onduidelijkheden.

Ondanks dat de grondwetgever dus (in de lijn van Burkens) de leer van de algemene - met name de ongeschreven<sup>146</sup> - beperkingen had afgewezen uit vrees voor uitholling van de in de Grondwet opgenomen grondrechten, sloot de regering niet helemaal uit dat onder omstandigheden uitzonderingsgewijs toch zou kunnen worden afgeweken van het vereiste dat een beperking van een grondrecht in alle gevallen gebaseerd moet zijn op het betreffende grondwetsartikel. De regering wees daarbij op een drietal typen omstandigheden of redenen die een dergelijke uitzondering konden rechtvaardigen:<sup>147</sup>

1. Heersende rechtsovertuigingen kunnen zodanig evolueren dat bepaalde belemmeringen in de uitoefening van een grondrecht, zonder tot een beperkingsclausule herleidbaar te zijn, algemeen aanvaard worden.

144 Zie *Kamerstukken II 1976/77*, 13 872, nr. 7, p. 14.

145 Zie par. 6.1.2.2.

146 Zie voor de betekenis van het begrip 'algemene beperkingen' o.a. P.W.C. Akkermans (red.), *De Grondwet; een artikelsgewijs commentaar*, Zwolle: 1987, p. 35 en C.J.A.M. Kortmann, 'Algemene en bijzondere beperkingen van grondrechten', *NJB* 1987, p. 921 e.v. Volgens Kortmann had de regering vooral het oog op ongeschreven algemene beperkingen. Voorzover het onderscheid 'algemene beperking' vs. 'bijzondere beperking' betrekking had op de vraag of een beperking al dan niet gericht was op een specifiek grondrecht, leek het onderscheid van minder belang. Belangrijkste voorwaarde was volgens de regering dat een beperking kon worden herleid tot een grondwettelijke bepaling, of het nu een 'algemene' beperking betrof (d.w.z. betrekking kon hebben op meerdere grondrechten) of een 'bijzondere' beperking (d.w.z. slechts gericht op één bepaald grondrecht).

147 Overigens kunnen volgens de regering (niet geheel consequent) ook gedetineerden in de uitoefening van hun grondrechten worden beperkt, zonder dat daarvoor een wettelijke grondslag is vereist, indien hun vrijheidsbeneming dat met zich meebrengt (zo kan de directeur van de P.I. opdracht geven hen te laten fotograferen of vingerafdrukken te laten afnemen) Zie *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 50 en Akkermans, *a.w.*, p. 229.

2. In de praktijk kunnen rechtsinstellingen, strijdig met de letter van het grondrecht, tot ontwikkeling komen en op een zeker moment een gevestigde en algemeen aanvaarde plaats in het rechtsbestel innemen. Het beëindigen kan onder omstandigheden zo ontwrichtend werken en zulke nadelige gevolgen hebben, dat de conclusie van ongrondwettigheid niet meer op zijn plaats is.
3. Niet alleen moet een grondrechtartikel op een redelijke wijze worden uitgelegd, maar tevens kunnen aan de redelijkheid grenzen worden ontleend waarbuiten een grondrecht geen toepassing meer behoort te vinden: wanneer een overheidsregel een grondrecht naar de letter genomen beperkt, doch de intrekking of vernietiging van die maatregel in flagrante strijd zou zijn met wat algemeen als redelijk wordt aangemerkt, dan zal zo'n maatregel niet licht ongrondwettig mogen worden geacht. Daarbij zouden de eis van proportionaliteit en de eis van het rekening houden met maatschappelijke en persoonlijke belangen een rol kunnen spelen. Zo kan onder omstandigheden het belang van een bepaalde grondrechtbeperkende maatregel zo zwaar wegen en de inbreuk op een grondrecht zo gering zijn, dat een ongrondwettigverklaring buiten de grenzen van de redelijkheid zou liggen.<sup>148</sup>

Van verschillende zijden is felle kritiek geuit op deze stellingname van de regering, die enerzijds een te starre afwijzing van algemene beperkingen zou inhouden (nog afgezien van het feit dat de regering de gebezigde begrippen 'algemene beperking' en 'bijzondere beperking' niet helder zou hebben gedefinieerd of omschreven), terwijl de regering anderzijds de leer van de algemene beperkingen weer via de achterdeur zou hebben binnengeloodst door de boven omschreven uitzonderingen te aanvaarden.<sup>149</sup> Immers de leer van de 'redelijke uitleg van grondrechtbepalingen' zou tot dezelfde resultaten leiden als de leer van de 'algemene beperkingen', zij het via een andere weg: aan de hand van 'de leer van de redelijke uitleg' zal het grondrecht zelf in voorkomende gevallen restrictief kunnen worden uitgelegd. Bijvoorbeeld als de rechter een maatschappelijk gezien aanvaardbare regeling - die een grondrecht beperkt, maar niet herleidbaar is tot een beperkingsclausule - in stand wil houden. Dat zou tot dezelfde beperking van de reikwijdte van het grondrecht leiden als via de weg van de algemene beperkingen.<sup>150</sup>

148 Zie *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 21-22. Zie ook Ten Berge, *a.w.*, p. 6; Akkermans, Bax en Verhey, *a.w.*, p. 147; Akkermans, *a.w.*, p. 34 e.v.

149 Zie voor een overzicht van de kritiek op het regeringsstandpunt: C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, bewerkt door A.M. Donner, 11<sup>e</sup> dr., Zwolle: 1983, p. 222; Akkermans, *a.w.*, p. 26; Akkermans, Bax & Verhey, *a.w.*, p. 148. Zie voor kritiek van de kant van de fracties in de Tweede Kamer en Eerste Kamer o.a. *Handelingen II 1976/77*, p. 1988; *Handelingen I 1978/79*, p. 1104-1105. Zie voor kritiek van de kant van de Raad van State: *Handelingen II 1975/76*, 13 872, nr. 4, p. 58 e.v., en nr. 6, p. 17 e.v.

150 Vgl. Ten Berge, *a.w.*, p. 9 en Akkermans, Bax & Verhey, *a.w.*, p. 148.

Toch lijkt die kritiek niet helemaal terecht. Immers klassieke grondrechten zijn, volgens de regering, noodzakelijkerwijs abstract geformuleerd. Ze zullen - aldus de regering - dan ook in wetgeving en rechtspraak nadere omlijning moeten vinden.<sup>151</sup> Dat geldt in het bijzonder voor het in art. 10 Gw rijkelijk vaag geformuleerde begrip 'persoonlijke levenssfeer'.<sup>152</sup>

Dat de leer van de 'redelijke uitleg' en de leer van de 'algemene beperkingen' tot dezelfde resultaten zouden leiden, betekent tegen deze achtergrond dan ook niet dat het verschil in benadering zonder betekenis zou zijn. Immers de leer van de 'redelijke uitleg' gaat (meer dan de leer van de algemene beperkingen) uit van de veronderstelling dat de reikwijdte van de abstract omschreven grondrechten in de praktijk nog nader zal moeten worden omlijnd en impliceert een aanvullende (zwarte<sup>153</sup>) taak voor de wetgever en de rechter. Het recht op bijvoorbeeld bescherming van de persoonlijke levenssfeer behoudt op die wijze een enigszins open karakter, zodat de aard en de omvang van dit recht kunnen worden aangepast aan de veranderende maatschappelijke omstandigheden en met name de snel voortschrijdende technologische ontwikkelingen.<sup>154</sup> Daarin moet de ratio van de keuze voor de leer van de 'redelijke uitleg' worden gezocht: de werkingsfeer van de abstract omschreven grondrechten zal in de context van de maatschappelijke ontwikkelingen nader moeten worden afgebakend, waarbij de grenzen van de reikwijdte van de betreffende grondrechten 'aan de redelijkheid kunnen worden ontleend'.<sup>155</sup>

Een redelijke uitleg van de grondrechten kan dan ook met zich meebrengen dat overheidsbemoediging, of bepaalde maatregelen en voorschriften, de uitoefening van een grondrecht weliswaar 'raken', maar dat er desondanks geen sprake is van

151 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 1976/77*, 13 872, nr. 7, p. 12: 'Dit neemt niet weg, dat ook bij de toepassing van grondrechtsartikelen in concrete gevallen een belangrijk stuk rechtsvinding en rechtsvorming zal plaatsvinden en dat daarbij het interpreteren van het grondrechtsartikel en van andere voorschriften een factor van betekenis kan zijn om aan het grondrecht gestalte te geven. Daarbij kunnen overwegingen van redelijkheid een rol spelen.'

152 Zie Akkermans, *a.w.*, p. 230 en Ten Berge, *a.w.*, p. 10. Zie voorts *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 41 en *Handelingen II 1976/77*, p. 2116.

153 Zie *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 4 (advies Raad van State), p. 60.

154 Zie Akkermans, *a.w.*, p. 231, onder verwijzing naar Overkleef-Verburg in Koekkoek e.a. (red.), *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk I van de herziene grondwet (Jeukensbundel)*, Nijmegen: 1982.

155 Overigens munt de toelichting van de regering betreffende de 'leer van de redelijke uitleg' niet uit in helderheid: de zinsneden 'belemmeringen in de uitoefening van een grondrecht', 'rechtsinstellingen strijdig met de letter van een grondrecht', 'overheidsmaatregelen die een grondrecht naar de letter genomen beperken' en 'aan de redelijkheid kunnen grenzen worden ontleend waarbuiten een grondrecht geen toepassing meer behoort te vinden' (zie boven) lijken te wijzen op 'algemene beperkingen van grondrechten' en niet zozeer te duiden op een noodzakelijkerwijs nadere afbakening van de reikwijdte van het grondrecht zelf. Echter uit latere toelichtingen blijkt dat is bedoeld dat bepaalde belemmeringen het grondrecht weliswaar wel *raken*, maar desalniettemin buiten de werkingsfeer ervan blijven liggen, zodat van *beperking* geen sprake is. Vgl. Ten Berge e.a., *a.w.*, p. 6-7.

een beperking van het grondrecht als zodanig, simpelweg omdat de werkingssfeer van het betreffende grondrecht niet zo absoluut is dat daaronder in beginsel ook het verbod op deze maatregelen en voorschriften moet worden begrepen.<sup>156</sup>

Terugkerend naar het strafvorderlijke opsporingsonderzoek mag worden aangenomen dat ook wat betreft de toelaatbaarheid van opsporingshandelingen het uitgangspunt geldt dat de reikwijdte van de abstract geformuleerde grondrechten in concreto door de wetgever en de rechter dient te worden afgebakend, aan de hand van de redelijkheid en met oog voor de maatschappelijke context waarin het grondrecht zijn reële betekenis dient te krijgen. Dat kan betekenen dat overheidsbemoeienis of een bepaalde maatregel of voorschrift van overheidswege in het kader van het opsporingsonderzoek op het eerste gezicht (en in abstracto) lijkt te worden bestreken door een bepaald grondrecht, maar dat bij nadere beschouwing moet worden vastgesteld dat deze bemoeienis buiten de werkingssfeer van het betreffende grondrecht valt.<sup>157</sup> In die gevallen is het dus niet noodzakelijk dat de betreffende opsporingshandeling herleidbaar is tot een grondwettelijke beperkingsclausule. Hieronder zal ter illustratie in het kort enige aandacht worden besteed aan de afbakening van de werkingssfeer van (met name) het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 10 Gw) door de rechter en de wetgever.

#### 6.1.2.2 De contouren van het grondrecht 'eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer' (art. 10 Gw) in verband met strafvorderlijke opsporingsbevoegdheden

Zijn klassieke grondrechten in het algemeen al tamelijk abstract geformuleerd, dan geldt dat in het bijzonder voor het grondrecht 'eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer'. De betekenis daarvan is niet geheel duidelijk. Volgens de grondwetgever kan dit grondrecht betrekking hebben op tal van terreinen die zeer uiteenlopend van aard en problematiek zijn en waarvan sommige volop in ontwikkeling zijn. Ten aanzien van al die terreinen uitmaken wat wel of niet moet worden geëerbiedigd, als behorend tot de persoonlijke levenssfeer, zou in een aantal gevallen voorbarig zijn. Wel heeft de regering een opsomming gegeven van een aantal

156 Vgl. het vereiste van een hinderwetvergunning voor een drukkerij. Strikt genomen is dat vereiste te beschouwen als een door art. 7, lid 1, Gw verboden 'voorafgaand verlof'. Maar het zou volgens de regering niet aangaan deze gevestigde en algemeen aanvaarde regeling ongrondwettig te achten (zie de door de regering aanvaarde ontsnappingsmogelijkheden: *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 21-22, zie ook p. 32 e.v.). Dit vereiste moet worden geacht niet in strijd te zijn met de vrijheid van drukpers als zodanig, omdat die vrijheid op zichzelf niet wordt beperkt. Anders gezegd: de vrijheid om een drukkerij in werking te hebben zonder hinderwetvergunning valt buiten de reikwijdte van het betreffende grondrecht, dus van een 'beperking' van het grondrecht is dan ook geen sprake. Zie voor andere voorbeelden Ten Berge e.a., *a.w.*, p. 10-11.

157 Vgl. de politieursurveillance.

aspecten die in ieder geval tot de persoonlijke levenssfeer moeten worden gerekend.<sup>158</sup> Enkele van die aspecten worden nader uitwerkt in de art. 11, 12, 13 Gw. Deze artikelen kunnen dan ook worden beschouwd als een 'specialis' van de 'generalis' van art. 10 Gw. Dat wil zeggen dat ook de nadere afbakening van art. 10 Gw ten opzichte van deze (en andere) grondrechten in de praktijk gestalte zal moeten krijgen.

In het algemeen kan het grondrecht 'eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer' volgens de regering worden omschreven als 'het recht om zijn eigen leven te leiden met zo min mogelijk inmenging van buitenaf' en moet onder 'persoonlijke levenssfeer' worden verstaan: 'de reeks van situaties waarin een mens onbevangen zichzelf wil zijn'. Voor het overige zal het grondrecht in de wetgeving en rechtspraak zijn nadere omlijning moeten vinden<sup>159</sup>.

Wat betreft art. 10 Gw kan voorts nog worden onderscheiden tussen het 'informatie aspect' (: het verzamelen en registreren van persoonsgegevens) en het 'relationele aspect' (: fysieke vormen van 'interference'). Ervan uitgaande dat het verzamelen en registreren van persoonsgegevens in ieder geval een inbreuk op de privacy oplevert, heeft de grondwetgever de wetgever in lid 2 en 3 instructies gegeven om regels op te stellen omtrent het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens.<sup>160</sup> Daar is inmiddels, mede in Europese context, gevolg aan gegeven in de vorm van een groot aantal wettelijke regelingen.<sup>161</sup> Wat betreft het 'relationele aspect' bleek het vooralsnog slechts mogelijk enkele globale thema's aan te geven, die door de rechtspraak en de wetgever nader dienden te worden ingevuld. Weliswaar werd principieel erkend dat het recht op privacy van karakter was veranderd (de reikwijdte werd in ieder geval niet langer ruimtelijk beperkt tot bijvoorbeeld de eigen woning), maar pogingen om met het oog op dat

158 Tot de persoonlijke levenssfeer rekende de regering in ieder geval: de woning, bepaalde vormen van communicatie (briefwisseling, telefoongesprekken), de buiten de woning gevoerde vertrouwelijke gesprekken, sommige gewoonten, gedragingen, contacten, abonnementen, lidmaatschappen e.d., bepaalde aspecten van het gezinsleven, de fysieke integriteit, de geestelijke integriteit, de registratie van persoonsgegevens. Zie Akkermans, Bax & Verhey, *a.w.*, p. 102 en *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 40.

159 Vgl. *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 41; Zie meer in het algemeen p. 21: 'De in de Grondwet geformuleerde grondrechten (...) zijn wat hun inhoud betreft onderworpen aan het proces van interpretatie, rechtsvinding en rechtsvorming, dat voor alle geschreven recht geldt. In dat proces is er een voortdurende wisselwerking tussen de behoeften van de samenleving en de inhoud van de grondwettelijke norm. Elke beslissing komt tot stand binnen een kader waarin factoren als tekst, wordingsgeschiedenis, rechtspraak, doctrine, rechtsovertuiging, maatschappelijke en andere behoefte of de functie van het grondrecht een rol spelen. Dit is in het algemeen het procédé van rechtsvinding en er is geen reden om aan te nemen, dat dit bij grondrechten anders zou liggen'.

160 Zie *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 41-42.

161 Vgl. de Wet persoonsregistraties, de Wet politieregisters, de Wet gemeentelijke basisadministratie, de Wet geneeskundige behandelingsovereenkomsten. Zie Ten Berge e.a., *a.w.*, p. 154.

veranderde karakter het begrip 'persoonlijke levenssfeer' nader te concretiseren resulteerden slechts in enkele vage aanknopingspunten voor de wetgever en de rechter. Zo zou er voor de vraag of er sprake kan zijn van een schending van de privacy gewicht moeten worden toegekend aan de aard en de mate van intimiteit van hetgeen omtrent een ander wordt waargenomen of gepubliceerd.<sup>162</sup>

Mede aan de hand van deze aanwijzingen is in de rechtspraak de werkingssfeer van het (qua karakter veranderde) recht op privacy nader afgebakend. Zo stelde de HR in de Edamse bijstandszaak, dat het recht op privacy zich niet ruimtelijk laat begrenzen tot de eigen woning en dat een inbreuk op dit recht door het vastleggen en doorgeven van gegevens, verkregen door gewone zintuiglijk waarnemingen, niet is uitgesloten,<sup>163</sup> terwijl in het tweede schaduwarrrest de HR nog een beroep op het recht op privacy had afgewezen omdat het schaduwarrrest door de politie zich had beperkt tot 'waarneming van hetgeen in het openbaar geschiedde'.<sup>164</sup> Voor het overige lijkt zich echter nog geen duidelijke lijn af te tekenen in de jurisprudentie van de HR. Afhankelijk van de concrete omstandigheden en afgewogen tegen andere belangen, wordt per geval beoordeeld of de aard en mate van intimiteit van hetgeen wordt waargenomen, een inbreuk op het recht op privacy oplevert.<sup>165</sup> Overigens is inmiddels wel duidelijk geworden dat naast de 'aard van de waargenomen gedragingen' ook de 'wijze van het verzamelen van de gegevens' een rol speelt voor de vraag of er sprake is van een inbreuk op de privacy. Zo kan stelselmatig of langdurig observeren op zichzelf al een schending van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer opleveren, mede gezien de 'toenemende technische verfijning en intensivering van onderzoeksmethoden en -technieken'.<sup>166</sup>

Het voert in dit bestek te ver om uitputtend in te gaan op de rechtspraak in dit verband en de rol die art. 8 EVRM en het EHRM daarbij hebben gespeeld.<sup>167</sup>

162 Zie *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 41.

163 HR 9 januari 1987, *NJ 1987*, 928; vgl. Y. Buruma & P.C. Vegter, *Buitengewone opsporingsmethoden*, Deventer: 1998, p. 35.

164 HR 11 oktober 1986, *NJ 1988*, 511.

165 Zie voor een overzicht van jurisprudentie in dit verband Ten Berge e.a., *a.w.*, p. 148-149 en Buruma & Vegter, *a.w.*, p. 34 e.v.

166 Zie Zwolsman-arrest en *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 110. Zie ook K. Rozemond, 'Stelselmatige observatie ook zonder wettelijke grondslag' *NJB 1999*, p. 671 e.v.

167 Vgl. bijvoorbeeld het Lüdi-arrest, EHRM 15 juni 1992, *NJ 1993*, 711: er is geen sprake van een schending van de privacy als iemand bewust criminele contacten aangaat met anderen, ook al blijkt degene met wie de contacten zijn aangegaan, achteraf een politiemann te zijn. In dergelijke gevallen is er geen 'reasonable expectation of privacy'. Deze 'redelijke verwachting' (er is dus sprake van een zekere objectivering wat betreft de verwachting dat de persoonlijke levenssfeer zal worden geëerbiedigd) maakt met andere woorden deel uit van de omvang van het recht op privacy. Zie ook het Zwolsman-arrest, waarin de HR t.a.v. aan de weg geplaatste vuilniszakken een vergelijkbare overweging wijdde. Vgl. ook Buruma & Vegter, *a.w.*, p. 36. Zie overigens de kritiek van Corstens op de Lüdi-uitspraak in *D&D 1995*, p. 523-694 (opsporingsmethoden), p. 547-548.

De boven aangehaalde voorbeelden beogen slechts te illustreren dat de reikwijdte van het 'groeirecht'<sup>168</sup> van art. 10 (en 11) Gw nog steeds niet precies is uitgekristalliseerd. Dat is van belang voor de vraag of voor een bepaalde overheidsbemoeyenis een specifieke wettelijke grondslag nodig is. Voor een aantal vormen van opsporingsonderzoek (vgl. systematische observatie) heeft de wetgever inmiddels aangenomen dat ze een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer opleveren en dat ze dus een - grondwettelijke voorgeschreven - specifieke wettelijke grondslag behoeven (vgl. de wet BOB). Dat geldt ook voor de 'bemoeyenis' met het menselijk lichaam, die een inbreuk op het grondrecht 'onaantastbaarheid van het menselijk lichaam' kan opleveren. Vgl. bloedafname, DNA-onderzoek, onderzoek aan en in het lichaam.

Voorzover echter bepaalde vormen van 'bemoeyenis' weliswaar 'raken' aan een in de Grondwet en EVRM in abstracto omschreven grondrecht, maar door de wetgever of in de rechtspraak in concreto (nog) niet als een inbreuk worden beschouwd (anders gezegd: niet onder de werkingssfeer van het grondrecht vallen), is een wettelijke grondslag niet nodig.<sup>169</sup> Vanuit de optiek van de grondrechtenbescherming hoeft de grondslag voor een dergelijke overheidsbemoeyenis in de strafvorderlijke sfeer ook niet te worden gezocht in art. 141 Sv of art. 2 Politiewet, zij het dat art. 1 Sv een dergelijke grondslag wel vereist, maar dan om andere redenen (bijvoorbeeld: rechtsgelijkheid, rechtseenheid).

Het is dus als het ware van tweeën één: óf er is sprake van een inbreuk op een in de Grondwet opgenomen grondrecht. In dat geval vereist de Grondwet een specifieke wettelijke grondslag. Óf de overheidsbemoeyenis valt (nog) niet onder de werkingssfeer van het grondrecht, zodat een specifieke (formeel-)wettelijke grondslag (nog) niet geboden is.

Echter de HR lijkt nog een tussenweg te hebben ontwikkeld. Beperkte (of niet op voorhand vaststaande) inbreuken op vrijheidsrechten kunnen, aldus de HR, hun grondslag vinden in de algemene taakstellende art. 141 Sv en art. 2 Politiewet.<sup>170</sup> Op deze constructie is van verschillende zijden kritiek geuit: de art. 141-142 Sv en art. 2 Politiewet zouden niet voldoen aan het vereiste van een 'specifieke wettelijke grondslag' en de door het EHRM<sup>171</sup> geformuleerde vereisten

168 Zie *D&D* 1997, p. 851-983, p. 860-871.

169 Zie ook MvT *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 10.

170 Zie het Zwolsman-arrest HR 8 november 1994, *NJ* 1995, 15; HR 11 november 1994 *NJ* 1995, 400; HR 13 juni 1995, *NJ* 1995, 684. Vgl. Buruma & Vegter, *a.w.*, p. 39.

171 Vgl. EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146 (*Sunday Times*); EHRM 2 augustus 1984, *NJ* 1988, 534 (Malone); EHRM 24 maart 1988 *NJCM-Bulletin* 1988, p. 362-377 (Olsson). Zie: F. Vlemmincx, *Een nieuw profiel van de grondrechten; een analyse van de prestatieplichten ingevolge klassieke en sociale grondrechten* (Schoordijk Instituut; centrum voor wetgevingsvraagstukken) Deventer: 1998, p. 88-89.

van accessibility en foreseeability (kenbaarheid en voorzienbaarheid)<sup>172</sup>, alhoewel ook het EHRM in zijn uitspraak van 28 oktober 1994 *NJ* 1995, 509 (Murray) een minder concrete wettelijke grondslag toelaatbaar heeft geacht in geval van minder ingrijpende inbreuken.

De HR lijkt met deze 'tussenweg' te hebben willen benadrukken dat er geen sprake is van een dichotomie (wel of geen sprake van een inbreuk op een grondrecht) maar van een glijdende schaal in meerdere opzichten<sup>173</sup>. De cesuur tussen wel of geen inbreuk op een grondrecht is immers in veel gevallen niet scherp te trekken: onder omstandigheden valt een overheidsbemoeienis soms 'net wel' onder de reikwijdte van een grondrecht, terwijl dat onder andere omstandigheden 'net niet' het geval is. Hoe zou een specifieke wettelijke regeling voor deze grensgevallen er dan uit moeten zien? In het kader van de voorbereiding van de wet BOB is, als reactie op de door de HR gekozen constructie, nog overwogen een restartikel op te nemen als grondslag voor opsporingshandelingen die in de toekomst wellicht een geringe inbreuk op de privacy zouden kunnen opleveren. Echter gezien de nadelen die aan een dergelijk vangnet-artikel zouden kleven heeft de regering ervan afgezien het op te nemen in de wet BOB.<sup>174</sup> Met name de Registratiekamer had in haar advies aan de regering grote bezwaren ingebracht tegen een dergelijk restartikel en bestempelde het daarnaast als overbodig. De Registratiekamer kon zich echter wél vinden in de door de HR ontwikkelde 'tussenweg': de toetsing van geringe schendingen van de privacy door de rechter, aan de hand van de taakstellende artikelen 141-142 Sv en 2 Politiewet. Nadat de regering zich rekenschap had gegeven van de vraag of een algemeen taakstellend artikel wel kan worden beschouwd als een (door de Grondwet vereiste) voldoende

172 Vgl. Buruma & Vegler, *a.w.*, p. 39 en 41 en voorts *D&D* 1995, p. 523-694, m.n. p. 551-552, waarin Corstens de opvatting (van o.a. Knigge) bekritiseert dat het taakstellende art. 141 Sv zou legitimeren tot bepaalde inbreuken die a.h.w. zitten ingebakken in de opsporingsbevoegdheden o.g.v. art. 141 Sv.

173 Die 'glijdende schaal' is ook te herkennen in de sancties die de HR wil verbinden aan het schenden van een grondrecht. In lang niet alle gevallen acht de HR het opportuun om, indien in het opsporingsonderzoek een grondrecht is geschonden, daaraan sancties te verbinden, zoals een niet-ontvankelijkheidsverklaring van het OM. De mate waarin een grondrecht is geschonden speelt daarbij een belangrijke rol. Vgl. het Zwolsman-arrest, overweging 9.9.

174 Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 13. Als nadelen werden genoemd: het artikel zou strijdig zijn met 8 EVRM en met de eis van voorzienbaarheid die in de jurisprudentie is ontwikkeld. Voorts werd een averechts effect verwacht: opsporingsambtenaren zouden wellicht een te ruim gebruik van dit artikel maken. Daarnaast werd het artikel overbodig geacht, nu de rechter geringe schendingen van de privacy in concrete situaties ook kon toetsen aan de wetsartikelen die aan opsporingsambtenaren taken opdragen en bevoegdheden toekennen. Wel werd daarbij nog aangetekend dat het nog maar de vraag is of een algemeen taakstellend artikel wel kan worden beschouwd als een specifieke grondslag die bovendien nog voorzienbaar en kenbaar is voor de burgers. De wetgever voelde zich niet geroepen daarover een uitspraak te doen en schoof het probleem op het bordje van de rechter: uiteindelijk zal dit echter in een concreet geval ter beoordeling van de rechter zijn.

specifieke formeel-wettelijke grondslag voor beperkingen van het recht op privacy, overwoog de regering ten slotte dat dit in een concreet geval aan het oordeel van de rechter zal moeten worden overgelaten. Overigens is niet geheel duidelijk wat nu precies ter beoordeling aan de rechter wordt overgelaten. Betreft het de vraag of de taakstellende artikelen in concrete gevallen als voldoende specifiek mogen worden beschouwd, zodat ze als grondslag kunnen fungeren voor beperkte inbreuken op vrijheidsrechten? Of betreft het de daaraan voorafgaande vraag of er al dan niet sprake is van een inbreuk op een grondrecht (dus de vraag naar de reikwijdte van het betreffende grondrecht) teneinde te kunnen vaststellen of een specifieke wettelijke grondslag noodzakelijk is of dat de taakstellende artikelen 141-142 Sv en 2 Politiewet als grondslag kunnen volstaan? Gezien de redactie van de tekst lijkt de eerste uitleg voor de hand te liggen.<sup>175</sup> In ieder geval wordt de vraag of een algemeen taakstellend artikel kan worden beschouwd als een specifieke grondslag voor een 'geringe' inbreuk op een grondrecht, niet zonder meer ontkennend beantwoord. Dat lijkt - mede gezien de nog resterende vragen en onduidelijkheden wat betreft het begrip 'specifieke wettelijke bepaling', zie boven - ruimte te bieden voor de 'glijdende schaal'-gedachte en voor een 'eigentijdse' interpretatie van de bedoeling van de grondwetgever, waarmee de grondwettelijke beperkingssystematiek in evenwicht kan worden gebracht met de behoefte aan flexibiliteit in de rechtspraktijk. Niet alleen wat betreft het trekken van grenzen tussen wat net wel en wat nog net niet als een schending van een grondrecht moet worden beschouwd (de werkingssfeer van het grondrecht), maar ook wat betreft de vraag of in geval van een (niet op voorhand vaststaande of geringe) schending al dan niet een specifieke wettelijke grondslag is geboden, respectievelijk de vraag hoe 'specifiek' een dergelijke grondslag behoort te zijn. Dat de HR de ruimte vond (om niet alleen de contouren van een grondrecht in concreto nader te bepalen, maar tevens om te beoordelen of een - niet op voorhand vaststaande, lichte - schending van een grondrecht een specifieke wettelijke grondslag behoeft, dan wel kan worden gebaseerd op art. 141 Sv of art. 2 Politiewet) lijkt, gezien de invalshoek van de 'glijdende schaal', niet onbegrijpelijk. Echter volgens critici (zie boven) zou het grondwettelijke beperkingssysteem dat niet toe laten. Weliswaar lijkt deze 'tussenweg' naar de letter genomen, overeen te komen met de 'ontsnappingsmogelijkheden' die de grondwetgever heeft geboden, maar het is de vraag of deze werkwijze spoort met de ratio die daaraan ten grondslag ligt (zie boven). Aan de andere kant moet worden vastgesteld dat, als

175 Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3: 'Kan een algemeen taakstellend artikel worden beschouwd als een specifieke grondslag, die bovendien nog voorzienbaar en kenbaar is voor burgers? Deze vraag wordt ook ingegeven door artikel 10 van de Grondwet, dat voor een beperking van het recht op privacy een voldoende specifieke formeel-wettelijke grondslag vereist. Uiteindelijk zal dit echter in een concreet geval ter beoordeling van de rechter zijn'.

gevolg van de vele nog resterende vragen en onduidelijkheden met betrekking tot het door de regering beoogde uitputtende stelsel van bijzondere beperkingen van grondrechten (zie par. 6.1.2.1), in combinatie met de door de regering aanvaarde ontsnappingsmogelijkheden, de grondwettelijke beperkingssystematiek een dermate 'open einde' karakter heeft, dat de door de HR geconstrueerde tussenweg niet zonder meer als in strijd met de bedoeling van de grondwetgever mag worden afgewezen. Temeer niet, daar de regering duidelijk heeft laten doorschemeren, dat haar standpunt enigszins flexibel moet worden toegepast, opdat in voldoende mate aan de eisen van de praktijk tegemoet kan worden gekomen.<sup>176</sup> Dat lijkt ruimte te bieden voor een teleologische interpretatie van de bedoeling van de grondwetgever, in die zin dat ook de bedoeling van de grondwetgever tot op zekere hoogte mee-evolveert met de maatschappelijke ontwikkelingen. Daarvan uitgaande dient - als wordt verwezen naar de bedoeling van de grondwetgever - het begrip 'grondwetgever' niet al te 'eng' te worden uitgelegd als zijnde de overheidsorganen die de Grondwet hebben ontworpen en vastgesteld op basis van voor ééns en voor altijd vaststaande en voor slechts één uitleg vatbare uitgangspunten. Daar kan tegenin worden gebracht dat, als de maatschappelijke ontwikkelingen daar om vragen, geen ander dan de (grond)wetgever zelf die uitgangspunten behoort bij te stellen, maar dat laat onverlet dat het recht in de tussentijd wel in beweging is<sup>177</sup> (de grondwetgever heeft daar zelfs op geanticipeerd door te aanvaarden dat met name het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in de wetgeving en de rechtspraktijk zijn nadere omlijning moet vinden; zie boven<sup>178</sup>). Dat alles kan onder omstandigheden betekenen dat ook de wetgever er niet aan ontkomt de bedoeling van de (grond)wetgever 'context-conform' uit te leggen en daarmee de gegroeide rechtspraktijk als het ware met terugwerkende kracht te legitimeren, tenzij daar evident geen ruimte voor is. Ter illustratie zij gewezen op de overwegingen op grond waarvan de regering het hierboven gememoreerde voorstel om een vangnet-bepaling in de wet op te nemen, afwees. Deze interpretatieproble-

176 Zie Akkermans, a.w., p. 38.

177 Vgl. de MvT bij de wet BOB, *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3 p. 12: 'Wat naar huidig inzicht geen privacy-inbreuk is, is dat over enige tijd wellicht wel. Het zal om deze redenen ook in de toekomst kunnen voorkomen dat de rechter als eerste wordt geroepen om te beoordelen of een bepaalde opsporingsactiviteit een inbreuk op de privacy maakt. Zodra als gevolg daarvan in voldoende mate is komen vast te staan dat een opsporingsmethode een inbreuk op de privacy inhoudt, zal de wetgever uiteraard zijn verantwoordelijkheid moeten nemen en een regeling van die methode moeten geven'.

178 Zie ook *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872 (nader rapport), p. 78: 'Immers ook een grondwetsartikel behoeft voor de toepassing uitleg. Bij deze uitleg, die in beginsel volgens de gebruikelijke interpretatiemethoden kan verlopen, kan in de overwegingen worden betrokken welke gevolgen de ene of de andere uitleg heeft, welke legislatieve en bestuurlijke behoeften er bestaan, welke de heersende overtuigingen zijn. De praktijk der rechtsvinding heeft geleerd, dat langs deze weg de toepassing van wetbepalingen in goede banen kan worden geleid'.

matiek doet zich overigens niet alleen voor met betrekking tot de vraag in hoeverre de algemene taakstellende artikelen als grondslag voor bepaalde bevoegdheden c.q. inbreuken op vrijheidsrechten voldoen. Ook over de reikwijdte van andere - combinaties van - artikelen ('reikwijdte' i.c. opgevat als de mate waarin deze artikelen kunnen dienen als grondslag voor bepaalde inbreuken op vrijheidsrechten, zoals art. 10 Gw) kan verschil van inzicht bestaan. Als voorbeeld van een in de rechtspraak ontwikkelde interpretatie die achteraf niet door de wetgever werd 'bekrachtigd', kan worden gewezen op het bekende 'cocaine in keukenkastje-arrest' (HR 28 mei 1985, *NJ* 1985, 822).<sup>179</sup> Op grond van de gecombineerde betredings- en beslagbevoegdheid van art. 9, lid 1 onder b, en art. 9, lid 3, Opiumwet, had de HR de bevoegdheid tot 'beperkt onderzoek' aangenomen, hetgeen verder gaat dat 'zoekend rondkijken', waarop de genoemde artikelen het oog lijken te hebben. In *Kamerstukken II* 1992/93, 23 251, nr. 3, p. 17 (onder meer handelend over het voorgestelde art. 96 Sv, dat betrekking heeft op een algemene beslag- en betredingsbevoegdheid) wees de wetgever deze opvatting - impliciet - van de hand, door te benadrukken dat opsporingsambtenaren in het kader van een gecombineerde beslag- en betredingsbevoegdheid slechts zoekend mogen rondkijken en voor de hand liggende voorwerpen in beslag mogen nemen. Kasten mogen dus niet worden geopend. Daarmee werd de interpretatie van de HR niet gelegitimeerd maar gecorrigeerd, door de bedoeling van de opiumwetgever restrictiever uit te leggen dan de HR dat had gedaan (zie over de wenselijkheid om de *bedoeling* van de wetgever restrictief uit te leggen verder par. 6.1.3.2 en 6.1.4.)

Uit dit voorbeeld mag overigens niet worden afgeleid dat de HR in het algemeen geneigd zou zijn de bedoeling van de wetgever 'ruim' uit te leggen. Tal van voorbeelden op het terrein van het straf(proces)recht wijzen juist in de tegenovergestelde richting. Vgl. onder andere de Bloedproefarresten of het Wangslijmarrest (HR 2 juli 1990, *NJ* 1990, 751).<sup>180</sup>

Dat deze interpretatieproblematiek, betreffende de reikwijdte van - in wettelijke bepalingen toegekende - bevoegdheden, niet alleen van deze tijd is, kan worden geïllustreerd met een aardig voorbeeld uit het begin van de vorige eeuw. In HR 16 december 1907, W. 8633 stelde de HR (i.v.m. art. 184 Sr) dat een opsporingsambtenaar tot het doen van een bevel of vordering niet 'uitdrukkelijk' bevoegd hoeft te zijn verklaard, maar dat voldoende is dat de vordering of het bevel is gedaan 'krachtens' wettelijk voorschrift. (De Drankwet *Stb.* 1931, nr. 476, art. 64 verleende de ambtenaar de bevoegdheid om openbaar toegankelijke lokalen binnen te treden om de naleving van de Drankwet te controleren, maar sprak niet van het recht om toegang te vorderen. Volgens de HR zou echter uit het 'recht

179 Zie J.P. Balkema e.a. (red.), *Dynamisch strafrecht* (Opstellen t.g.v. het afscheid van G.J.M. Corstens van de KUN), Arnhem: 1995, p. 349 e.v.

180 Zie verder *D&D* 1995, p. 552.

op binnentreden' stilzwijgend voortvloeiend, dat de opsporingsambtenaar daarmee tevens het recht had om toegang te vorderen. Het daaraan niet voldoen zou vervolgens een strafbaar feit in de zin van art. 184 Sr opleveren.) In latere uitspraken, met name HR 22 juni 1931, W. 12357, corrigeerde de HR zichzelf door afstand te nemen van deze 'ruime' uitleg. Uit het, met art. 64 Drankwet 1931 vergelijkbare, artikel 19 Warenwet 1919 leidde de HR af dat opsporingsambtenaren daaraan wel de bevoegdheid mochten ontleenen om - desnoods tegen de wil van de bewoner/gebruiker - het pand te betreden, maar dat dit artikel geen enkele verplichting oplegde om politieambtenaren medewerking te verlenen tot binnentreden. Verzet tegen het binnentreden was dus wel strafbaar o.g.v. art. 180 Sr, maar het bevel om de deur te openen leverde geen strafbaar feit op in de zin van art. 184 Sr.<sup>181</sup>

Uit deze voorbeelden moge blijken dat de bedoeling van de (grond)wetgever niet eenduidig uit bevoegdheidtoekennende of taakstellende bepalingen is af te leiden maar dat deze bedoeling tot op zekere hoogte mee-evolueert met maatschappelijke ontwikkelingen. Dat geldt ook voor art. 141 Sv en art. 2 Politiewet.<sup>182</sup> Vanuit deze invalshoek bezien (: het 'open einde'-karakter van de grondwettelijke grondrechtenbescherming resp. het grondwettelijke beperkingsregime, met name

181 Zie J.W. Haarman, *Politiebevoegdheid*, 4<sup>e</sup> dr., Purmerend: 1936, p. 17, 33, 49.

182 Dat alles nog afgezien van de vraag of de strafprocesrechtelijke bepalingen die beogen beperkingen van grondrechten te regelen, wel in alle gevallen kunnen worden beschouwd als (grondwettelijk vereiste) 'specifieke wettelijke grondslagen'. Vgl. art. 56 Sv: het onderzoek aan lichaam of kleding. Het is immers ondenkbaar dat de wetgever van 1926 daarmee het oog heeft gehad op het beperken van de (nieuwe) grondrechten 'onaantastbaarheid van het menselijke lichaam' en 'bescherming van de persoonlijke levenssfeer' in de zin zoals dit grondrecht tegenwoordig wordt uitgelegd. Dat dergelijke van oudsher geldende strafprocesrechtelijke bepalingen tegenwoordig probleemloos kunnen worden beschouwd als een 'specifieke grondslag' voor beperkingen van deze (nieuwe) grondrechten kan niet anders worden verklaard dan door aan te nemen dat de 'bedoeling van de wetgever' is meegeëvolueerd met de ontwikkeling van het recht. Andersom mag worden aangenomen dat - naar de bedoeling van de wetgever - vormen van overheidsbemoeienis die t.t.v. de concipiëring van het wetboek lang niet zo beschermenswaardig werden geacht als tegenwoordig c.q. aanvankelijk niet als een inbreuk op grondrechten werden beschouwd, destijds werden 'gedekt' door algemene taakstellende artikelen als 141 Sv. Vgl. de (stelselmatige) observatie in het openbaar. Ook wat dat betreft is de 'bedoeling' van de wetgever van 1926 meegeëvolueerd met de rechtsontwikkeling in die zin, dat art. 141 Sv weliswaar nog steeds kan gelden als grondslag voor overheidsingrijpen dat geen inbreuk op grondrechten oplevert, maar dat tegelijkertijd bepaalde vormen van overheidsingrijpen waarop de wetgever destijds het oog heeft gehad, daar niet meer toe gerekend kunnen worden. Niemand zal nog durven beweren dat art. 141 Sv voldoet als specifieke wettelijke grondslag voor bijvoorbeeld 'systematische observatie in het openbaar' op grond van het feit dat de wetgever van 1926 art. 141 Sv destijds als toereikende grondslag voor deze 'inbreuk op de privacy' zou hebben beschouwd. Dat een geringe inbreuk op de privacy volgens de HR onder omstandigheden nog wel kan worden gedekt door art. 141 Sv is dan ook niet zozeer verklaarbaar aan de hand een 'restrictieve' uitleg van de bedoeling van de wetgever van 1926, maar aan de hand van de bedoeling van de wetgever zoals die is meegeëvolueerd met de rechtsontwikkeling.

wat betreft art. 10 Gw en aanverwante grondrechten; de 'teleologische' interpretatie van de bedoeling van de (grond)wetgever; het begrip 'grondwetgever' opgevat in een meer dynamische dan statische zin; de 'glijdende schaal'-gedachte) is het nog maar de vraag of de tussenweg van de HR moet worden beschouwd als in strijd met de bedoeling van de (grond)wetgever, temeer daar de wetgever deze tussenweg lijkt te hebben gelegitimeerd.

### 6.1.2.3 Resumerend

Hierboven is het spanningsveld tussen het waarborgkarakter van de grondrechten en de behoefte aan flexibele regelgeving in een dynamische samenleving besproken tegen de achtergrond van de problematiek van de nadere afbakening van de reikwijdte van de (in de Grondwet in abstracto omschreven) grondrechten door de wetgever en de rechter. Daarbij werd gesignaleerd dat er, wat betreft de werkingssfeer van de grondrechten, niet zozeer sprake is van een scherpe scheiding tussen vormen van overheidsbemoeienis die net wel of nog net niet onder de reikwijdte van een grondrecht vallen. Dat heeft onder meer te maken met het groeirecht-karakter van (o.a.) het recht op privacy. Er blijkt eerder sprake te zijn van een glijdende schaal in verschillende opzichten, in het kader waarvan ook art. 141-142 Sv en art. 2 Politiewet - naar mag worden aangenomen - een rol kunnen vervullen. Dat werd geïllustreerd aan de hand van de 'interpretatieproblematiek' in verband met enerzijds het vaststellen van de reikwijdte van de in abstracto omschreven grondrechten en anderzijds de reikwijdte van de wettelijke bepalingen waarin bevoegdheden worden toegekend.

Hieronder zal, hierbij aansluitend, dit spanningsveld opnieuw worden behandeld, maar dan met name in het licht van de vereiste specifieke wettelijke grondslag voor evidente beperkingen van grondrechten: kan in dat geval aan de behoefte aan flexibele regelgeving worden voldaan zonder in strijd te komen met het vereiste van een specifieke wettelijke regeling? De volgende paragraaf handelt dus over de tweede in de inleiding geschetste invalshoek.

### 6.1.3 Het vereiste van een specifieke wettelijke grondslag voor inbreuken op grondrechten vs. het vereiste van flexibiliteit van opsporingsmethoden

#### 6.1.3.1 Inleiding

Zoals boven bleek, resulteert lang niet elke 'inmenging' van de overheid in de rechtsvrije sfeer van burgers in een inbreuk op een grondrecht (meer specifiek: een vrijheidsrecht). Dat zal sterk afhankelijk zijn van de omstandigheden van het

geval en van de verwachtingen die de betrokkene heeft of mocht hebben.<sup>183</sup> Voor zover er - alle omstandigheden in aanmerking genomen - wel sprake is van een evidente schending van een grondrecht, moet de overheidsinmenging in ieder geval zijn gebaseerd op een (specifieke) wettelijke regeling. In dat geval behoort het primaat bij de wetgever te liggen: 'Binnen een rechtsstatelijk bestel is het aan de gekozen volksvertegenwoordiging om zeggenschap te houden over het evenwicht in de mate waarin burgers worden beschermd tegen de beperking van hun grondrechten door de uitvoerende macht'.<sup>184</sup> De vraag is alleen of aan dat vereiste kan worden voldaan zonder dat (i.c.) het opsporingsonderzoek tot in detail dient te worden geregeld (ook al levert het slechts een geringe inbreuk op een grondrecht op) of zodanig normatief wordt gefixeerd dat het onmogelijk wordt effectief in te spelen op toekomstige maatschappelijke en technische ontwikkelingen. Deze vraag zal hieronder benaderd worden tegen de achtergrond van de grondwettelijke beperkingssystematiek. Onderzocht zal worden of de grondwettelijke beperkingsclausules voldoende ruimte bieden voor flexibele regelgeving, evenwel zonder dat daarmee de grondrechten - zoals dat in Duitsland wordt genoemd - 'leerlaufen' (leeglopen).<sup>185</sup>

### 6.1.3.2 De grondwettelijke beperkingssystematiek<sup>186</sup>

De Grondwet kent, afgezien van de door de wetgever geboden ontsnappingsmogelijkheden, die door sommigen als 'algemene beperkingen' worden beschouwd, enkele (bijzondere) beperkingsmethoden:

1. De competentieregelingen. Daarin wordt geregeld aan welk overheidsorgaan de bevoegdheid om een grondrecht te beperken is voorbehouden.
2. De doelcriteria. Deze hebben betrekking op de beleidsdoelen en de belangen met het oog waarop het betreffende grondrecht mag worden beperkt.
3. De procedureregels. Indien opgenomen, is het betreffende overheidsorgaan daaraan gebonden bij het beperken van het betreffende grondrecht.

183 Vgl. MvT *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 10.

184 Zie Naeyé, *a.w.*, p. 242.

185 Zie H.R.B.M. Kummeling, *Bescherming en beperking van grondrechten vergeleken*, AA 43 (1994), p. 363.

186 Zie *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 16 e.v.

De 'kernrechtgedachte'<sup>187</sup> is door de regering niet aanvaard als 'zelfstandige beperkingsgrond'<sup>188</sup> en evenmin wordt in de Grondwet gebruik gemaakt van beperkingsmethoden die bestaan uit gedragscodes (zoals bijvoorbeeld de opdracht om af te wegen in hoeverre een beperking noodzakelijk is).

Tijdens de voorbereiding van de grondwetswijziging van 1983 heeft de regering uitgebreid aandacht besteed aan de competentievoorschriften (de overige beperkingsmethoden werden slechts nuttig en acceptabel geacht in combinatie met de competentievoorschriften).<sup>189</sup>

In grote lijnen houden de competentievoorschriften in dat de bevoegdheid tot het beperken van (veruit de meeste in de Grondwet opgenomen) grondrechten aan de wetgever - in formele zin - wordt toegekend. In een aantal gevallen is delegatie toegestaan. Daarvan is sprake als in de beperkingsclausule gebruik wordt gemaakt van:

- elke werkwoordsvorm van het werkwoord 'regelen' (bijvoorbeeld: de wet regelt...);
- het zelfstandig naamwoord 'regel(s)' of 'regelen';
- de uitdrukking 'bij of krachtens de wet'.

Deze delegatieterminologie duidt op de mogelijkheid om de beperkingsbevoegdheid te delegeren maar zegt niets over de mate waarin van die bevoegdheid gebruik kan worden gemaakt. Dat wordt aan de wetgever zelf overgelaten. Voorwaarde

187 De 'kernrechtgedachte' ziet op het onderscheid tussen de 'kern' van het grondrecht en de periferie van het grondrecht. Vanuit de 'formele' benadering bezien staan dan tegenover elkaar: het recht zoals omschreven in de Gw of een verdrag en de daarmee in verband staande connexe rechten die daaraan zijn toegevoegd in de jurisprudentie. Vanuit de 'materiële' invalshoek bezien staan dan tegenover elkaar: het 'wezen' van het grondrecht en de minder wezenlijke elementen. De gedachte is dat beperkingen in de perifere sfeer op minder bezwaren stuiten dan beperkingen t.a.v. de kern van het grondrecht. Vgl. art. 7, lid 1, Gw. Het daarin verwoorde kernrecht, het verbod op censuur, wordt geacht strikt te worden nageleefd. Echter het connexe recht om de producten van de drukpers vervolgens te verspreiden, kan onder omstandigheden worden beperkt of aan regels gebonden.

De regering wees de kernrechtgedachte als zelfstandige beperkingsgrond af, omdat ze het afbakenen van de kern van het grondrecht t.o.v. de periferie als een arbitraire aangelegenheid beschouwde, terwijl bovendien niet vaststond welke instantie tot beperken bevoegd zou zijn. Desondanks merkte de regering op dat de kernrechtgedachte in bepaalde opzichten wellicht een rol zou kunnen spelen. Aangenomen wordt dat de regering daarmee doelde op het hierboven al even genoemde art. 7, lid 1, Gw dat ongewijzigd is gebleven, waarschijnlijk met het oog op het in de jurisprudentie ontwikkelde beperkingsregime t.a.v. het verspreidingsrecht, dat volgens de regering een grotere waarborg zou inhouden dan een regeling van het verspreidingsrecht door de wetgever. (Volgens Kortmann is de grondwetgever hier geweken voor de wijsheid van de bestaande jurisprudentie. Waarom zou dat ook niet moeten gelden voor de andere grondrechten, vraagt hij zich af. Zie Kortmann, *a.w.*, p. 924.) Zie verder Akkermans, *a.w.*, p. 33-34; Akkermans, Bax & Verhey, *a.w.*, p. 156 e.v.; *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 33.

188 Zie *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 19 onderaan.

189 Zie Akkermans, *a.w.*, p. 31.

is wel dat de delegatiebevoegdheid berust op een specifieke wetsbepaling. Dat wil zeggen: 'een bepaling waaruit met voldoende duidelijkheid kan worden afgeleid dat de wetgever bewust een beperkingsbevoegdheid heeft willen toekennen ten aanzien van een bepaald grondrecht'.<sup>190</sup>

Voorzover de Grondwet delegatie van een beperkingsbevoegdheid niet toestaat, mag alleen de wetgever (in formele zin) beperkingen stellen. De wetgever is in dat geval ook niet bevoegd door het gebruik van vage formuleringen de betrokken taak of bevoegdheid in feite over te laten aan een lager orgaan. Voorts is in geval van een delegatieverbod slechts een vergunningenstelsel toegestaan voor zover de wetgever zelf nauwkeurig aangeeft in welke gevallen de vergunning moet worden verleend of geweigerd.<sup>191</sup>

Uit de beperkingssystematiek (waarvoor de grondwetgever van 1983 heeft gekozen, dus het stelsel van bijzondere beperkingsbevoegdheden en het vereiste van een 'specifieke wetsbepaling' in geval er een bevoegdheid tot delegatie is toegekend) mag worden afgeleid dat de grondwetgever beperkingen slechts toelaatbaar acht voorzover de wetgever bewust, alle belangen afwegende, heeft besloten een bepaald grondrecht te beperken (of de bevoegdheid daartoe te delegeren). Meer houdt de beperkingssystematiek in feite niet in; afhankelijk van eventuele andere in de beperkingsclausule opgenomen beperkingsvoorwaarden staat het de wetgever dan ook vrij om te bepalen in welke gevallen en met het oog op welke belangen het betreffende grondrecht mag worden beperkt, hoe gedetailleerd de regeling er uit moet zien, wat ter nadere regeling wordt overgelaten aan een ander orgaan (indien delegatie is toegestaan), enzovoort. Vooral een vaag en in abstracto omschreven grondrecht als de 'bescherming van de persoonlijke levenssfeer' (art. 10 Gw) kan volgens de grondwetgever van 1983 op zo uiteenlopende gebieden aan de orde komen, dat vooraf niet is te voorzien welke regelingen en beperkingen noodzakelijk zijn, zodat een ruime beperkingsmogelijkheid noodzakelijk werd geacht.<sup>192</sup>

Tegen deze blanco beperkingclausule, waarin geen doelcriteria of procedure-eisen zijn opgenomen, is wel als bezwaar ingebracht dat daardoor nauwelijks concrete rechtsbescherming kan worden ontleend aan het betreffende grondrecht. De wetgever kan immers naar believen het grondrecht beperken. Uitgaande van het uitgangspunt dat grondrechten moeten worden beschouwd als gepositieerde rechten van de burgers die de handelingsvrijheid van de overheid begrenzen en een dam opwerpen tegen al te ijverig, instrumenteel overheidsbeleid, zouden de

190 Vgl. *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 22 e.v. en *Kamerstukken II 1976/77*, 13 872, nr. 7, p. 14-15. Zie ook Akkermans, Bax & Verhey, *a.w.*, p. 152 en Akkermans, *a.w.*, p. 33.

191 Zie *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 23-24.

192 Zie *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 41.

blanco beperkingsclausules geen sluitende beveiliging bieden.<sup>193</sup> Wat daar ook van zij, deze 'strakke formalistische benadering'<sup>194</sup> van de Nederlandse grondwetgever is in zekere zin (en in verschillende opzichten) gecomplementeerd met enkele materiële afwegingscriteria. Zo gelden op grond van het EVRM (zie art. 8 EVRM en de daarop gebaseerde jurisprudentie van het EHRM) een aantal vereisten waaraan beperkingen van (met name) het recht op privacy en daarmee verwante grondrechten moeten voldoen: de beperking moet 'in accordance with the law' zijn, een 'legitimate aim' dienen en voorts 'necessary in a democratic society' zijn in het belang van o.a. de nationale veiligheid, de openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten en de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Voorts moet de wettelijke bepaling die de beperking regelt 'accessible' en 'foreseeable' zijn.<sup>195</sup> Het moeten dus kenbare beperkingen zijn waaruit tevens is af te leiden wat die beperking inhouden.<sup>196</sup> In het bijzonder het doelcriterium 'noodzakelijk in een democratische samenleving' vereist een materiële afweging van belangen.

Daarnaast heeft de grondwetgever aanvaard dat het (met name wat betreft het recht op privacy, zie boven) in feite onmogelijk is nieuwe ontwikkelingen steeds tijdig te voorzien en daarop een adequaat beperkingsregime af te stemmen. Dat geldt voor de grondwetgever, vandaar de behoefte aan een ruime beperkingsclausule, maar dat geldt ook - zij het in mindere mate - voor de wetgever. Dat betekent dat het, ongeacht het door de grondwetgever benadrukte primaat van de wetgever, vrijwel onontkoombaar is dat de rechter in dit verband een belangrijke rol vervult. Niet alleen wat betreft het in concreto 'nader omlijnen van de werkingssfeer' van (i.c.) het recht op privacy, maar ook wat betreft de daarbij behorende beperkingssystematiek. Immers ook het (ontwikkelen van) een beperkingsregime kan niet los worden gezien van de juridische en maatschappelijke context.<sup>197</sup> Dat impliceert dat de rechter in de gevallen waarin het - gezien de omstandigheden - nog niet

193 Vgl. Naeyé, *a.w.*, p. 238.

194 Zie Kummeling, *a.w.*, p. 365.

195 Vgl. EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146 (Sunday Times); EHRM 2 augustus 1984, *NJ* 1988, 534 (Malone); EHRM 24 april 1990, *NJ* 1991, 523 (Kruslin en Huvig).

196 Volgens de regering houdt dat vereiste in dat de wettelijke regeling de burger een betrouwbare indicatie moet geven t.a.v. de omstandigheden waarin en de voorwaarden waaronder overheidsorganen bevoegd zijn inbreuken te maken op het recht op eerbiediging van de privacy. Dat de wet een discretionaire bevoegdheid bevat en het feit dat de toepassing van de bevoegdheid in een concreet geval geheim kan worden gehouden in het belang van het onderzoek, is op zichzelf nog niet onverenigbaar met de eis van voorzienbaarheid, mits de omvang en de wijze van hanteren van die bevoegdheid met voldoende duidelijkheid zijn omschreven, teneinde de burger adequate bescherming te bieden tegen willekeurige inmenging. De reikwijdte van de bevoegdheden moet redelijk en aanvaardbaar zijn. De procedures en voorwaarden die moeten worden nageleefd, behoeven echter niet noodzakelijkerwijs in detail te worden neergelegd in 'law' (zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 10-11).

197 Zie Kummeling, *a.w.*, p. 365.

onomstotelijk vaststaat of er al dan niet een grondrecht in het geding is, en of daarop al dan niet een inbreuk toelaatbaar is, wordt gedwongen daarover zelf een uitspraak te doen. Bij gebrek aan aanwijzingen van de grondwetgever (i.g.v. blanco beperkingsclausules) en soms ook vanwege het toetsingsverbod van art. 120 Gw, zal de rechter in die gevallen al snel zijn toevlucht (moeten) nemen tot de afwegingscriteria die zijn ontwikkeld in het kader van het EVRM of tot andere materiële afwegingscriteria. Zo zal de rechter in voorkomende gevallen aan de hand van bijvoorbeeld het proportionaliteitsbeginsel of de 'kernrechtgedachte'<sup>198</sup> proberen vast te stellen of er in concreto sprake is van een inbreuk op een grondrecht en zo ja, of de inbreuk toelaatbaar is. Daarbij is het in veel gevallen niet precies duidelijk of er sprake is van het 'nader omlijnen van de werkingssfeer van het grondrecht' dan wel van het 'vaststellen of de beperking van het betreffende grondrecht geoorloofd moet worden geacht'. Ook in die zin is er sprake van een 'glijdende schaal'.

Anderzijds wordt wel benadrukt dat het bepaald onwenselijk is dat de rechter, buiten de democratisch gelegitimeerde inbreuken op grondrechten, noodgedwongen een eigen beperkingsstelsel creëert. In die visie behoort elke overheidsbemoeyenis die een inbreuk op grondrechten oplevert, in de wet te worden opgenomen en zo nodig te worden genormeerd en van waarborgen te worden voorzien en behoort deze wettelijke bepaling vervolgens door de rechter restrictief te worden uitgelegd.<sup>199</sup> Die opvatting zal over het algemeen niet ter discussie staan. Het probleem is alleen - zoals bleek - dat het recht in beweging is. De vraag is dus, wanneer er precies sprake is van een inbreuk op een grondrecht en/of van een beperking van een grondrecht. De vraag kan ook anders worden gesteld: is de opdracht aan de rechter om de werkingssfeer van de grondrechten c.q. de criteria voor de beperking van grondrechten in de praktijk nader te omlijnen, te verenigen met de opdracht aan de wetgever om inbreuken op grondrechten democratisch te legitimeren? Is er een wettelijke regeling mogelijk die niet alleen als een momentopname moet worden beschouwd, dus als het ware 'achter de feiten

198 Vgl. de 'verspreidingsjurisprudentie'. Het verspreidingsrecht wordt als een connex recht beschouwd bij het kernrecht 'openbaringsrecht'. Dat wil zeggen 'onmisbaar voor het met het openbaringsrecht beoogde doel, maar daaraan ondergeschikt' (HR 18 november 1950, *NJ* 1951, 137; zie o.a. Akkermans, Bax & Verhey, *a.w.*, p. 157). T.a.v. het perifere gedeelte van het grondrecht zouden meer beperkingen aanvaardbaar zijn dan t.a.v. de kern van het grondrecht; overigens moet er wel 'enig gebruik van betekenis' overblijven (HR 17 maart 1053, *NJ* 1953, 389): het Nuth-criterium. Zie ook Kummeling, *a.w.*, p. 365. De regering heeft overigens de 'kernrechtgedachte' als zelfstandige beperkingsgrond afgewezen, hoewel ze opmerkte dat de kernrechtopvatting in bepaalde opzichten wellicht een rol zou kunnen spelen. Aangenomen wordt dat de regering daarbij het oog heeft gehad op de verspreidingsjurisprudentie. In verband met deze jurisprudentie heeft de grondwetgever art. 7, lid 1, Gw ongewijzigd gelaten, hoewel de keuze voor een uitputtend stelsel van bijzondere beperkingsbevoegdheden anders zou doen verwachten.

199 Vgl. *D&D* 1995, p. 552 en Naeyé, *a.w.*, p. 242-243.

aanloopt' (zijnde het resultaat van in de rechtspraak ontwikkelde criteria), maar daarentegen juist voldoende richtinggevende ruimte biedt aan de rechtspraak om adequaat en flexibel in te spelen op bijvoorbeeld maatschappelijke en technische ontwikkelingen, rekening houdend met de bedoeling van de wetgever? Vanuit de grondwettelijke beperkingssystematiek lijkt niets daaraan in de weg te staan, met name niet als er sprake is van een blanco beperkingsclausule en als de beperkingsclausule voorziet in een delegatiebevoegdheid. Het vereiste van een specifieke wettelijke regeling ziet immers niet op de inhoud van de wettelijke bepaling, maar beoogt de wetgever de opdracht te geven een bewuste keuze te maken wat betreft het al dan niet beperken van een bepaald grondrecht.

Hoe een regeling die flexibel is en tegelijkertijd niet leidt tot het 'leeglopen' van grondrechten er in de praktijk uit zou moeten zien (en hoe kan worden voorkomen dat de in paragraaf 6.1.2 behandelde 'glijdende schaal' ontaardt in 'afglijden'), is een andere vraag. Zo is er wel gepleit voor het opnemen van (onvermijdelijk) onscherp geformuleerde beperkingsgronden die de ruimte bieden voor rechterlijke concretisering, bijvoorbeeld met het oog op zorgvuldig maar tegelijkertijd wendbaar en vindingrijk politieoptreden.<sup>200</sup> In het algemeen zou dan kunnen worden volstaan met beperkingsvoorwaarden die het karakter hebben van algemene voorwaarden, wat betreft het uitoefenen van toezichthoudende of opsporingsbevoegdheden (vgl. het proportionaliteitsbeginsel), en daarnaast zouden, afhankelijk van de mate van ingrijpendheid van bijzondere opsporingsmethoden, aanvullende voorwaarden kunnen worden opgenomen in de wet zelf, dan wel via delegatie ter nadere regeling kunnen worden overgelaten aan lagere organen die dicht bij het vuur zitten.<sup>201</sup> Anderzijds is wel voorgesteld (naar analogie van de Duitse Polizeigesetze) alle toegelaten onderzoeksmethoden in de wet zelf op te nemen teneinde de politie duidelijkheid te verschaffen omtrent wat wel en niet mag en de burger de rechtszekerheid te bieden waarop hij grondwettelijk gezien aanspraak heeft. De gewenste flexibiliteit wordt dan bereikt door de onderzoeksmiddelen als zodanig niet tot in detail te beschrijven of te specificeren, maar gebruik te maken van neutrale begrippen, zoals het begrip 'technische middelen' (vgl. ook de wet BOB). Indien zich als gevolg van technische ontwikkelingen eventueel nieuwe onderzoeksmiddelen aandienen, hoeft de wet in dat geval niet gewijzigd te worden en wordt tevens voorkomen dat de wet achter de feiten aan loopt<sup>202</sup> (nog afgezien van de vraag of alle opsporingsmethoden wel uitputtend in de wet kunnen worden geregeld).

200 Zie Meijers, *a.w.*, p. 219 -220.

201 Zie vorige noot. De wetgever zou zich in die visie in het bijzonder moeten richten op de gevallen waarin de gronden waarop bepaalde bijzondere opsporingsmethoden kunnen worden toegepast (en door wie) en voorts op het toezicht (toestemming en het bewaken van de uitoefening van de opsporingsbevoegdheden).

202 Zie *D&D* 1995, p. 604.

Wat er ook zij van deze en vergelijkbare methoden, de invalshoek die er aan ten grondslag ligt lijkt een aantrekkelijke: de in de Grondwet voorgeschreven belangenafweging door de gekozen volksvertegenwoordiging hoeft niet per definitie te resulteren in rigide, dichtgetimmerde en als knellend ervaren regelingen, maar kan evengoed (en wellicht beter) tot zijn recht komen in ruime, flexibele wetgeving, die de rechter en de uitvoerende macht - via delegatie of anderszins - de mogelijkheid laat om het resultaat van de belangenafweging (de bedoeling van de wetgever) enerzijds restrictief uit te leggen en anderzijds nader te omlijnen aan de hand van eigentijdse eisen en ontwikkelingen of de omstandigheden van het geval.<sup>203</sup>

#### 6.1.4 Besluit

Resumerend kan worden gesteld dat, vanuit de invalshoek van de grondwettelijke beperkingssystematiek bezien, niets in de weg lijkt te staan aan een flexibele regeling van inbreuken op grondrechten, terwijl het geenszins vanzelfsprekend is dat daarmee de grondrechten zouden 'leeglopen'. Het vereiste van een specifieke wettelijke grondslag voor inbreuken op grondrechten draagt de wetgever op om de in het geding zijnde belangen in verband met een bepaald grondrecht onderling af te wegen en het resultaat daarvan te verdisconteren in regelgeving. Hoe gedetailleerd de regelingen er uit moeten zien, in welke mate de eventuele nadere regeling wordt overgelaten aan lagere overheidsorganen (i.g.v. delegatiebevoegdheid) en in hoeverre aan de rechter de ruimte wordt gelaten de reikwijdte van de grondrechten - of de beperkingsmogelijkheden - nader te omlijnen aan de hand van de omstandigheden van het geval of de eisen van de tijd, wordt aan de wetgever overgelaten. De enige voorwaarde is dat de wetgever er bewust voor moet hebben gekozen een bepaald grondrecht te beperken. Een algemene (bijvoorbeeld taakstellende) regeling - zoals bijvoorbeeld art. 108, lid 1 jo art. 147 en art. 160 Gemeentewet - waaraan een dergelijke bewuste keuze niet ten grondslag heeft

203 Voorts hoeft deze methode evenmin in strijd te zijn met het vereiste van foreseeability en accessibility. Vgl. *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 11: Volgens de regering houdt dat vereiste in dat de wettelijke regeling de burger een betrouwbare indicatie moet geven t.a.v. de omstandigheden waarin en de voorwaarden waaronder overheidsorganen bevoegd zijn inbreuken te maken op het recht op eerbiediging van de privacy. Dat de wet een discretionaire bevoegdheid bevat en het feit dat de toepassing van de bevoegdheid in een concreet geval geheim kan worden gehouden in het belang van het onderzoek, is op zichzelf nog niet onverenigbaar met de eis van voorzienbaarheid, mits de omvang en de wijze van hanteren van die bevoegdheid met voldoende duidelijkheid zijn omschreven, teneinde de burger adequate bescherming te bieden tegen willekeurige inmenging. De reikwijdte van de bevoegdheden moet redelijk en aanvaardbaar zijn. De procedures en voorwaarden die moeten worden nageleefd, behoeven echter niet noodzakelijkerwijs in detail te worden neergelegd in 'law'.

gelegen, is dus een onvoldoende basis voor inbreuken op grondrechten. Echter de reikwijdte van een in de grondwet in abstracto omschreven grondrecht staat lang niet altijd precies vast. Gebleken is dat in ieder geval niet elke overheidsbemoeyenis een inbreuk op een grondrecht oplevert. De grens tussen wat 'net wel' en 'net niet' onder de werkingssfeer van een grondrecht valt, zal in de praktijk moeten worden getrokken. Daarbij is er over het algemeen geen sprake van een scherpe cesuur, maar van een 'glijdende schaal'. Tegen deze achtergrond kunnen (volgens de HR) ook algemene bepalingen waarop normaal gesproken geen inbreuken op grondrechten kunnen worden gebaseerd, toch een grondslag vormen voor geringe inbreuken op grondrechten. Voorzover er wel sprake is van een (duidelijke) inbreuk op een grondrecht, is in ieder geval een specifieke wettelijke grondslag nodig. Die bepaling moet tevens voldoen aan een aantal vereisten die zijn ontwikkeld in het kader van het EVRM. Voor het overige is de wetgever - zoals gezegd - vrij om te bepalen hoe hij de regelgeving gestalte wil geven. Gezien het karakter van de samenleving en de snelle maatschappelijke en technische ontwikkelingen, ligt het voor de hand te kiezen voor zo flexibel mogelijke regelingen. Dat hoeft - zoals is gebleken - niet ten koste te gaan van het waarborgkarakter van de bepalingen en biedt de uitvoerende macht en de rechter de gelegenheid om, gelet op de belangenafweging door en de bedoeling van de wetgever, de regelgeving nader te concretiseren en uit te werken.

## 6.2 *Het legaliteitsbeginsel in het bestuursrecht*

### 6.2.1 Inleiding

Aansluitend bij het deelonderzoek naar de verhouding tussen het straf(proces)recht en het bestuursrecht en de in dat verband geconstateerde verwantschap tussen beide rechtsgebieden (zie o.a. het deelonderzoek 'De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht' (G. Knigge)), ligt het voor de hand om vergelijkenderwijs enige aandacht te besteden aan leerstukken die - mede - betrekking hebben op het opsporingsbegrip en waarin tevens deze onderlinge verwantschap tot uiting lijkt te komen. Eén van die leerstukken die duiden op het gemeenschappelijke publiekrechtelijke karakter van het straf(proces)recht en het bestuursrecht betreft het legaliteitsbeginsel. Dat beginsel houdt kort gezegd in dat elke bevoegdheidsuitoefening en elk ingrijpen door de overheid (met name als dat gevolgen heeft voor de vrijheid of het vermogen van de burger, dan wel anderszins een belastende

uitwerking jegens burgers kan hebben) een wettelijke grondslag dient te hebben die uiteindelijk is terug te voeren op een wet in formele zin.<sup>204</sup>

Het legaliteitsbeginsel beoogt van oudsher de rechtszekerheid, de rechtsgelijkheid en de democratische legitimatie van overheidsingrijpen te garanderen, teneinde de burgers te beschermen tegen machtsmisbruik door de overheid.<sup>205</sup>

Hoewel de strafvorderlijke legaliteitseis met zoveel woorden wordt uitgedrukt in art. 1 Sv, maar het bestuursrechtelijke vereiste van wetmatigheid van bestuur nergens wettelijk is vastgelegd (waardoor het meer het karakter van een 'beginsel' heeft), geldt voor beide rechtsgebieden dat de wetgever, de rechtspraak en de doctrine worstelen met de precieze, eigentijdse contouren en reikwijdte van het legaliteitsbeginsel. Daarbij moet worden bedacht dat het legaliteitsbeginsel wortelt in het staatsbestel van de 19<sup>e</sup> eeuw, dat wil zeggen een staatsbestel waarin de eis van wetmatigheid van bestuur (zijnde een vorm van bescherming van de kant van de wetgever tegen ongebreideld bestuursoptreden) als een 'revolutionaire' eis kon worden beschouwd, aangezien willekeur en machtsmisbruik voordien aan de orde van de dag waren. Het primaat van de wet (het legisme) werd destijds beschouwd als een remedie die de beste garanties bood om willekeur en machtsmisbruik in te dammen. Voorts kan het staatsbestel uit die tijd - zoals bekend - worden getypeerd als een 'nachtwakersstaat', hetgeen in grote lijnen inhield dat staatshandelen uitzondering behoorde te zijn en (voor zover het de vrijheid en eigendom van burgers beperkte) aan strikte wettelijke begrenzingsen was onderworpen, teneinde de vrijheid en autonomie van het individu zo min mogelijk van overheidswege te belasten met beperkingen. Dat werd geacht de beste garantie te zijn voor een 'evolutie' van de samenleving naar een hoger niveau van beschaving waarin armoede en onrecht tot het verleden zouden behoren. Ingrijpen door de staat behoorde dan ook beperkt te blijven tot het creëren van een aantal basisregels (en het zo nodig bestraffen of anderszins sanctioneren van inbreuken daarop) teneinde eenieder in de gelegenheid te stellen om in alle vrijheid zijn soevereine activiteiten te ontplooiën en daarmee bij te dragen tot een optimaal maatschappelijk resultaat.<sup>206</sup> Inmiddels heeft deze 'liberale rechtsstaat' plaatsgemaakt voor de 'sociale verzorgingsstaat' en past het beeld van de tamelijk overzichtelijke nachtwakersstaat al lang niet meer bij de huidige gecompliceerde, gefragmenteerde en dynamische

204 Zie o.a. J.H. Nieuwenhuis, 'Vechten met de beer? De strijd om het legaliteitsbeginsel' *RM Themis*, 1997/9, p. 351; P. van Buuren, 'Delegatie en legaliteitsbeginsel' (AWB-notities 13) *NJB* 1995, p. 532; F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd: de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip* (diss. Amsterdam VU), Deventer: 1996, p. 13 e.v. Overigens definieert niet iedereen het legaliteitsbeginsel op dezelfde wijze. Zie de uitwerking hieronder.

205 Zie o.a. M. Scheltema, 'Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht', *NJB* 1996, p. 1358.

206 Zie A.J. Hockema & N.F. van Manen, *Typen van legaliteit; recht en maatschappelijke orde in de twintigste eeuw*, Deventer: 1994, p. 46 e.v.

samenleving, met ingewikkelde interactiepatronen en complexe organisatiestructuren. Voorts werd allengs aanvaard dat sturend en ordenend overheidsoptreden onmisbaar was om (de mogelijke uitwassen van) de maatschappelijke krachtenvelden enigszins te beheersen, de maatschappelijk zwakkeren te beschermen tegen machtsmisbruik (ook in 'horizontale' relaties) en allerlei op elkaar inwerkende maatschappelijke activiteiten in goede banen te leiden. De rol van de overheid veranderde. De 'ideale overheid' is allang niet meer de overheid die zo min mogelijk ingrijpt en zoveel mogelijk afzijdig blijft. Burgers hebben recht op een goed presterende overheid<sup>207</sup>, hetgeen onder meer tot uitdrukking komt in de sociale grondrechten die sinds de grondwetswijziging van 1983 in de Grondwet zijn opgenomen.

Dat alles roept de vraag op of het legaliteitsbeginsel (en met name de beschermingsfunctie t.o.v. de overheid, die het legaliteitsbeginsel in de 19<sup>e</sup> eeuwse liberale rechtsstaat vervulde) niet een te knellende eis is in een dynamische samenleving waarin de wetgever de maatschappelijke en technische ontwikkelingen maar ternauwernood kan bijbenen. Anders gesteld: als we vast willen houden aan het legaliteitsbeginsel, welke eigentijdse 'invulling' past daar dan bij? Welke 'reikwijdte' heeft dit beginsel (of behoort dit beginsel te hebben) nu de overheid op allerlei terreinen haar invloed doet gelden en ook civielrechtelijk haar partijtje behoorlijk meeblaast? Vereist de toegenomen overheidsinterventie en het steeds instrumenteler wordende karakter van het overheidsoptreden nu juist een strikte toepassing van het legaliteitsbeginsel, teneinde een zekere rechtsstatelijke waarborgfunctie te bieden tegen 'alomtegenwoordige beleidsrakers die menen dat moet kunnen wat ze willen'<sup>208</sup> Of moeten we aanvaarden dat het praktisch onmogelijk is geworden voor elke overheidshandeling een specifieke wettelijke grondslag te construeren en dat het legaliteitsbeginsel 'rekkelijk' moet worden uitgelegd, bijvoorbeeld door het alleen van toepassing te verklaren op bepaalde typen overheidshandelingen? Of moeten we zelfs nog een stapje verder gaan door ons af te vragen of de doelen die het legaliteitsbeginsel van oorsprong diende (rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, rechtseenheid, democratische legitimatie), in een complexe samenleving als de onze niet veel beter op een andere wijze en met andere middelen kunnen worden gerealiseerd, rekening houdend met de noodzaak om voortdurend flexibel te kunnen insprijgen op maatschappelijke en technische ontwikkelingen? En andersom: zijn er inmiddels geen nieuwe, eigentijdse redenen te bedenken die het vereiste van een wettelijke grondslag voor overheidsoptreden extra rechtvaardigen, ook al zouden de overwegingen die destijds aan het legaliteitsbeginsel ten grondslag lagen niet meer (of in mindere mate) actueel zijn?

207 Zie Scheltema, *a.w.*, p. 1358.

208 Zie C.A.J.M. Kortmann, 'De Grondwet en het bestuursrecht', *NTB* 1998, p. 59.

Vooralsnog zitten we - wat betreft deze vragen - nog midden in de discussie. Het zoeken naar een eigentijdse invulling van het bestuursrechtelijke legaliteitsvereiste heeft geleid tot diverse uiteenlopende opvattingen in de literatuur, waarin nog niet echt een duidelijke lijn is te herkennen, zij het dat de verschillende schrijvers als het ware kunnen worden ingedeeld in 'stromingen'. Hieronder zal een korte schets worden gegeven van de belangrijkste (of in ieder geval de meest in het oog springende) opvattingen omtrent deze problematiek. Deze schets zal niet uitputtend zijn<sup>209</sup>, maar is vooral bedoeld om te illustreren dat de discussies nog niet zijn uitgekristalliseerd in een algemeen aanvaarde eigentijdse betekenis van het bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel. Daaraan voorafgaand nog een drietal opmerkingen.

Allereerst zij er op gewezen dat het begrip 'bestuursrechtelijk legaliteitsbeginsel' in het algemeen in verband wordt gebracht met het begrip 'bestuursrechtelijke bevoegdheid'.<sup>210</sup> Dat laatste heeft (mede gezien het feit dat het bestuursrecht van oudsher is opgebouwd rondom het 'besluitbegrip', en daarnaast omdat het begrip 'bestuursrechtelijke bevoegdheid' in verband moet worden gezien met de kwalificatie 'met openbaar gezag bekleed', dat het begrip 'bestuursorgaan' beoogt af te bakenen<sup>211</sup>) in het bijzonder betrekking op de bevoegdheid van bestuursambten om eenzijdig de rechtspositie van andere rechtssubjecten te bepalen of te wijzigen. Het betreft dus vooral eenzijdige rechtshandelingen waardoor rechtsgevolgen voor de adressaten in het leven worden geroepen. Daarbij aansluitend zijn sommige auteurs van mening dat het bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel alleen - of hoofdzakelijk - van toepassing is op bestuursrechtelijke rechtshandelingen. Daarvan moeten in die visie andere bevoegdheden van publiekrechtelijke rechtssubjecten, zoals feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen, worden onderscheiden.<sup>212</sup> Deze handelingen zouden worden beheerst door het gewone, 'gemene' recht. Dat sommige privaatrechtelijke rechtshandelingen vervolgens toch als 'bestuursrechtelijk besluit' (kunnen) worden beschouwd, houdt verband met het feit dat de betreffende privaatrechtelijke rechtshandelingen (mede) worden verricht in het kader van een bestuursrechtelijke taak (zie onder) en dat voor

209 Voor een completer overzicht van literatuur over het bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel zij o.m. verwezen naar de onderzoeken van I.C. v.d. Vlies, H.D. Stout & F.J. van Ommeren (resp.: *Het wetbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: 1984; *De betekenissen van de wet: theoretisch-kritische beschouwingen over het principe van wetmatigheid van bestuur* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle 1994; *De verplichting verankerd; de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetbegrip* (diss. Amsterdam VU), Deventer: 1996.

210 Zie b.v. C.P.J. Goorden, *Rechtsbevoegdheid in het bestuursrecht; een rechtsvergelijkende studie naar het beleidsvraagstuk in het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Zwolle: 1990, p. 54.

211 Vgl. Goorden, a.w., hoofdstuk III, p. 53 e.v.

212 Zie o.a. R.J. Jue *Notabeleid en recht* (diss. Twente), Deventer: 1982, p. 198-199 en Goorden a.w., p. 54 e.v.

dergelijke rechtshandelingen dan ook de speciale bestuursrechtelijke waarborgen behoren te gelden. Er wordt in die gevallen dus als het ware een 'bestuursbesluit' geconstrueerd met het oog op de extra rechtsbescherming die de burger daaraan kan ontleen.

Daarnaast gelden voor de overheid die de privaatrechtelijke weg bewandelt, vanwege de speciale positie van de overheid in het privaatrecht, tevens de ABBB en andere beperkingen (vgl. het Ikon-arrest en de twee wegen-leer).

Voor feitelijke handelingen door een publiekrechtelijk rechtssubject geldt min of meer hetzelfde. Die vallen - naar vrij algemeen wordt aangenomen - eveneens onder de werkingssfeer van het gemene recht, zij het dat ook in dat geval de ABBB en andere bestuursrechtelijke fatsoensnormen van toepassing worden geacht.<sup>213</sup>

Dat alles heeft tot gevolg dat een vergelijkende verkenning van (de reikwijdte van) het bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel problematisch is in die zin, dat aan opvattingen of rechtstheoretische verhandelingen over het 'bestuursrechtelijke legaliteitsbegrip' (vooral als dat in verband wordt gebracht met 'bestuursrechtelijke rechtshandelingen'<sup>214</sup>) niet zonder meer inzichten kunnen worden ontleend ter onderbouwing van standpunten over de reikwijdte van het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel. Strafvorderlijke dwangmiddelen en andere strafvorderlijke bevoegdheden - waarvoor het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel geldt - bestaan immers in het algemeen niet uit rechtshandelingen maar uit feitelijke handelingen, hoewel die bepaald niet minder ingrijpend hoeven te zijn.

Anderzijds menen sommige auteurs dat het legaliteitsbeginsel geldt voor alle overheidshandelingen, dus ook voor feitelijke en privaatrechtelijke (rechts)-handelingen. Mede daarom zal hieronder, bij de behandeling van verschillende standpunten ter zake van de reikwijdte van het bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel, worden uitgegaan van het begrip 'publiekrechtelijke bevoegdheid' in ruime zin.

Een tweede punt van aandacht betreft de wijze waarop de standpunten over de betekenis en de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel worden onderbouwd. In het algemeen hebben de standpunten een sterk 'normatief' karakter. Anders gezegd: de standpunten worden veelal onderbouwd met argumenten waarin de notie 'behoren' een belangrijke rol speelt. Vanuit de rechtstheoretische en rechtsfilosofische hoek worden weliswaar pogingen ondernomen om (verklarenderwijs) logische

213 Vgl. art. 3:1 lid 2 Awb.

214 Zie met name Jue, *a.w.*, Deel II, hfdst. 6, p. 195 e.v., met name p. 200, par. 'Publieke bevoegdheidsverlenende normen' (waarnaar o.a. Cleiren verwijst in haar commentaar bij art. 1 Sv). Jue reserveert het begrip 'bevoegdheidsverlenende normen' voor normen die autoriteiten de bevoegdheid verlenen om besluiten te nemen die rechtsverhoudingen wijzigen. Zie ook p. 123-124 en p. 154, waar Jue het legaliteitsbeginsel in verband brengt met rechtshandelingen door publiekrechtelijke rechtssubjecten.

constructies te ontwikkelen, dan wel het vraagstuk van het legaliteitsbeginsel te bestuderen vanuit een bepaalde systeemconceptie. Echter uit een nadere bestudering van deze theorieën blijkt dat ook deze logische constructies of systeemconcepties uiteindelijk zijn te herleiden tot premissen met een sterk normatief karakter, dan wel dat de argumentatie voor een deel is gebaseerd op de aanname of een uitleg van rechtsnormen, rechtsbeginselen en andere uitgangspunten, waarvan de betekenis allerminst vaststaat en die nu juist het onderwerp van discussie zijn. Ter illustratie kan worden gewezen op de vraag in hoeverre een taakstellend wetsartikel impliceert dat het desbetreffende bestuursambt tevens kan beschikken over de bevoegdheden die nodig zijn om de opgedragen taak te vervullen, dan wel in hoeverre een taakstellende rechtsnorm moet worden opgevat als (slechts) een 'organisatienorm' die op zichzelf nog geen bevoegdheid verleent en dus niet als de - op grond van het legaliteitsbeginsel vereiste - wettelijke grondslag voor bevoegdheden kan dienen.<sup>215</sup>

Degenen die voor dat laatste opteren en ter onderbouwing van deze opvatting aansluiting zoeken bij rechtstheoretische analyses en constructies, en in dat verband grote waarde hechten aan het (bloot)leggen van logische verbanden tussen (de deontologische betekenissen van) begrippen en 'operatoren' als 'moeten', 'mogen', 'kunnen'<sup>216</sup>, teneinde daaruit conclusies te trekken respectievelijk inconsistenties binnen het rechtssysteem bloot te leggen, kunnen daarmee niet eenvoudigweg volstaan. Immers het construeren van een geldige redenering impliceert nog niet dat er tevens niets valt af te dingen op de daaruit voortvloeiende conclusies. Er kan immers op zijn minst verschil van opvatting bestaan over de premissen waaruit de redenering is opgebouwd. In het bijzonder als de premissen betrekking hebben op begrippen met een 'deontologisch' karakter (dat wil zeggen betrekking hebben op normen) kan de redenering nog zo geldig zijn, om deugdelijk te zijn (d.w.z.: tevens zijn opgebouwd uit 'ware' premissen en dus een 'ware' conclusie) moet daarnaast nog overeenstemming bestaan over de juistheid van de aan de redenering te grondslag liggende (soms impliciete) premissen. En daar wringt nu juist de schoen. Dat alles nodigt er toe uit om - wat betreft een verkenning van het bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel - door te dringen tot de 'normatieve' standpunten die (als premissen) een rol spelen in de argumentaties van de diverse auteurs en daarbij niet al te gemakkelijk te leunen op de wetten van de logica, die in een bepaalde richting zouden 'dwingen'.

Ten slotte zij nog opgemerkt dat het bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel niet zonder meer kan worden gelijkgesteld met de in sommige grondwetsartikelen vereiste specifieke wettelijke grondslag voor inbreuken op de - in deze grondwetsartikelen beschermde - vrijheidsrechten (dat geldt trouwens ook voor het strafvorder-

215 Vgl. o.a. Goorden *a.w.*, p. 66 e.v. en Jue, *a.w.*, p. 200 e.v.

216 Zie Jue, *a.w.*, p. 131 e.v.

lijke legaliteitsbeginsel). Ter illustratie kan worden gewezen op de autonome bestuurs- en verordeningbevoegdheden van decentrale bestuursorganen. Die kunnen worden ontleend aan art. 123 e.v. Gw en de - ter uitwerking daarvan - zeer globale taakomschrijvingen in organieke wetten, zoals art. 108, 147 en 160 Gemeentewet<sup>217</sup> Voor zover echter de uitoefening van deze bevoegdheden gepaard gaat met inbreuken op (in de Grondwet en verdragen beschermde) vrijheidsrechten, kunnen deze algemene formules niet volstaan en is een 'specifieke' wettelijke grondslag nodig.<sup>218/219</sup> Wat betreft de medebewindsbevoegdheden doet dit probleem

- 217 Art. 108, lid 1, Gemeentewet: De bevoegdheid tot regeling en bestuur inzake de huishouding van de gemeente wordt aan het gemeentebestuur overgelaten (autonomie; NK); lid 2: Regeling en bestuur kunnen van het gemeentebestuur worden gevorderd bij of krachtens een andere dan deze wet ter verzekering van de uitvoering daarvan, met dien verstande dat het geven aan aanwijzingen aan het gemeentebestuur en het aan het gemeentebestuur opleggen of in zijn plaats vaststellen van besluiten, slechts kan geschieden indien de bevoegdheid daartoe bij de wet of krachtens de wet bij provinciale verordening is toegekend (medebewind; NK); Art. 147, lid 1: Gemeentelijke verordeningen worden door de raad vastgesteld voor zover de bevoegdheid daartoe niet bij de wet of door de raad krachtens de wet aan het college van B&W of de burgemeester is toegekend; lid 2: De overige bevoegdheden, bedoeld in art. 108, berusten bij de raad voor zover deze niet bij of krachtens de wet aan het college van B&W of de burgemeester zijn toegekend. Art. 160: Het dagelijks bestuur van de gemeente berust bij het college van burgemeester en wethouders voor zover niet bij of krachtens de wet de burgemeester hiermee is belast.
- 218 Daarnaast moet, wat betreft de verordeningbevoegdheid van decentrale bestuursorganen, ook nog rekening worden gehouden met de zgn. 'bovengrens' resp. de zgn. 'benedengrens'. D.w.z. dat de regelgeving niet in strijd mag zijn met hogere regelgeving (d.i. een regel van ongeschreven staatsrecht) en dat de regelgeving niet (slechts) mag treden in de particuliere belangen van burgers (d.i. een in de jurisprudentie ontwikkelde regel).
- 219 Enigszins in strijd met het uitgangspunt dat voor inbreuken op grondwettelijk beschermde vrijheidsrechten een specifieke wettelijke (in formele zin) grondslag wordt vereist, lijkt de bevoegdheid van lagere overheden om bij *autonome* verordening toezichthouders aan te wijzen (in principe zelfs niet-ambtenaren) die in beginsel kunnen beschikken over de vrij ingrijpende 'dwangmiddelen' die in afd. 5.2 Awb aan toezichthouders worden toegekend. Zie MvT bij de 3<sup>e</sup> tranche Awb, *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 139. Het is de vraag of de wetgever zich rekenschap heeft gegeven van deze 'spanningsverhouding' met de (grondwettelijk) vereiste specifieke wettelijke grondslag voor inbreuken op (grondwettelijk beschermde) vrijheidsrechten, of dat moet worden aangenomen dat de 'dwangmiddelen' waarover deze toezichthouders kunnen beschikken, niet moeten worden beschouwd als inbreuken op grondwettelijk beschermde vrijheidsrechten. Het antwoord van de regering op vragen van de Raad van State ter zake - zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700 A, p. 55, 56 - lijkt in de laatste richting te wijzen. Er lijkt dus ter zake van de bevoegdheden van afd. 5.2 Awb een bewuste afweging te zijn gemaakt (: er is naar het oordeel van de wetgever geen reden deze materie nader te regelen. Zie aan het eind van deze paragraaf). Echter, uit de MvT blijkt tevens dat in bijzondere bestuurswetten, in aanvulling op afd. 5.2 Awb, bevoegdheden kunnen worden toegekend die (wel) een inbreuk op grondwettelijk beschermde vrijheidsrechten kunnen opleveren (vgl. art. 100 Woningwet). Dat geldt eveneens voor 'autonome' verordeningen van decentrale bestuursorganen (uit de MvT is in ieder geval geen andere conclusie te trekken). De consequentie daarvan is dat een decentraal overheidsorgaan aan toezichthouders bevoegdheden kan toekennen die een inbreuk op grondwettelijk beschermde vrijheidsrechten kunnen opleveren, zonder dat de wetgever (in formele zin) daar aan te pas is gekomen. Of moeten we in die gevallen uitgaan van 'overlappende' regelsystemen. Dat wil zeggen dat

zich in het algemeen niet voor. Inbreuken op vrijheidsrechten worden in dat geval 'gedekt' doordat de medebewindswetgever<sup>220</sup> (soms indirect) de betreffende bevoegdheden 'specifiek' attribueert aan een bepaald decentraal bestuursorgaan. In dat geval wordt zowel voldaan aan het bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel als aan het vereiste van een specifieke wettelijke grondslag (voor zover dat vereiste is opgenomen in het van toepassing zijnde grondwetsartikel). Zo worden in bijvoorbeeld art.100 Woningwet en art. 18.4 Wet milieubeheer de door de burgemeester resp. B&W aangewezen ambtenaren belast met het toezicht op de naleving van deze wetten en in dat verband bevoegd verklaard om daartoe (zelfs) de woning binnen te treden zonder toestemming van de bewoner. Overigens kenden en kennen tal van bijzondere bestuurswetten (tevens medebewindswetten) de mogelijkheid om, naast bijzondere opsporingsambtenaren, toezichthoudende organen aan te wijzen, zonder dat er sprake was of is van een precieze afbakening van hun bevoegdheden, zij het dat sommige bijzondere bevoegdheden wel expliciet werden toegekend. Voor het overige werden de bijbehorende bevoegdheden gewoonlijk afgeleid uit de wettelijke taakomschrijving. Het betrof tal van activiteiten zoals surveillance, zintuiglijke waarneming, het doen van metingen en/of registraties, het nemen van monsters, het controleren van bescheiden en gegevens, het vragen van inlichtingen en alle overige vormen van controle, terwijl er tot voor kort in algemene zin niets over toezicht was geregeld<sup>221</sup> (daar is sinds de invoering van de 3<sup>e</sup> tranche Awb verandering in gekomen; zie de noten bij paragraaf 6.2.4, 'Besluit'). Slechts voor enkele ingrijpende dwangmiddelen in het kader van het toezicht, was/is - zoals gezegd - een specifieke wettelijke grondslag te vinden.

Zo bezien lijken het bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel en het grondwettelijke vereiste van een specifieke wettelijke grondslag voor bepaalde typen overheidsingrijpen, elkaar aan te vullen. Immers de (grond)wetgever heeft aanvaard dat voor bepaalde autonome bestuursbevoegdheden geen specifieke wettelijke grondslag nodig is, maar dat daarvoor kan worden volstaan met algemene

een autonome verordening weliswaar toezichthouders kan aanwijzen, maar dat voor het toekennen van bevoegdheden die een inbreuk op grondrechten opleveren tevens een specifieke wettelijke grondslag nodig is? Immers art. 108 jo 147 en 160 Gemeentewet (bijvoorbeeld) kan niet worden beschouwd als een specifieke wettelijke grondslag. Dat zou niet stroken met de beperkingssystematiek van de grondwet. Zie par. 6.1. Een andere optie zou kunnen zijn het 'vangnet-artikel' 5:13 Awb (subsidiariteits/proportionaliteitsbeginsel) aldus te interpreteren, dat in het kader van de autonome bestuursbevoegdheden geen dwangmiddelen mogen worden toegepast die ingrijpen in grondwettelijk beschermde vrijheidsrechten. De toelichting bij dit artikel lijkt daaraan niet in de weg te staan.

220 Dit is de wetgever in formele zin, die in bijzondere bestuurswetten decentrale overheidsorganen aanwijst die belast zijn met de uitvoering van bepaalde onderdelen van de desbetreffende wet, en zo nodig de daarmee in verband staande bevoegdheden nader regelt.

221 Zie P. de Haan, Th. G. Drupsteen, R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Dl. 2: Bestuurshandelingen en waarborgen, 4<sup>e</sup> dr., Deventer: 1998, p. 435.

taakstellende of bevoegdheidsverlenende formules in organieke wetten. Pas als de uitoefening van bevoegdheden leidt tot inbreuken op bepaalde vrijheidsrechten is een specifieke wettelijke grondslag wel vereist. Datzelfde geldt tot op zekere hoogte ook voor bevoegdheden die voortvloeien uit medebewindstaken. Er is in dat geval weliswaar sprake van een 'specifieke' wettelijke grondslag in de vorm van een taakopdracht, maar materieel gezien wordt/werd daarin weinig geregeld omtrent de bevoegdheden die daarmee samenhangen. Slechts de bevoegdheden die niet 'vanzelfsprekend' zijn in het kader van het toezicht (zoals het toepassen van bepaalde dwangmiddelen die ingrijpen in grondwettelijk beschermde vrijheidsrechten) werden/worden speciaal toegekend. Het lijkt er dus op dat het (grond)wettelijke systeem differentieert. Eén van de functies van het legaliteitsbeginsel (de democratische legitimiteit van overheidshandelen) zou wellicht dan ook aldus kunnen worden begrepen dat voor elk overheidshandelen uiteindelijk wel een algemene basis in de (grond)wet moet bestaan, bijvoorbeeld in de vorm van een taakopdracht, maar dat de wetgever zelf bepaalt of er redenen zijn om de daarmee in verband staande bevoegdheden uitdrukkelijk toe te kennen of nader te regelen, eventueel in elkaar overlappende regelsystemen. Of die redenen bestaan, zal in het algemeen afhangen van tal van situatie- en tijdgebonden factoren en ontwikkelingen. Daarmee zijn we, vanuit een wat andere invalshoek, weer teruggekeerd bij het 'normatieve' karakter van opvattingen over de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel. Deze reikwijdte kan niet als een 'van nature gegeven feit' worden beschouwd, noch worden afgeleid uit de regels van de logica. Het blijkt een kwestie van kiezen te zijn.

Dit gezegd zijnde zal hieronder een aantal 'normatieve' opvattingen over de reikwijdte van het bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel kort worden behandeld.

#### 6.2.2 Uitspraken van de rechter en de wetgever omtrent de reikwijdte van het bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel

De discussies omtrent de reikwijdte van het bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel laaiden in alle hevigheid op toen de ARRS (en andere bestuursrechters) in enkele uitspraken stelden dat bepaalde overheidsbesluiten (zoals een terugvorderingsbesluit ter zake van onverschuldigd betaalde subsidiegelden en besluiten ter zake van vergoeding van schade die het gevolg is van rechtmatig overheidshandelen) kunnen berusten op rechtsbeginselen die voortvloeien uit het 'gemene recht' en het bestuursrecht. Het betrof i.c. het beginsel dat onverschuldigde betalingen moeten worden terugbetaald resp. het beginsel 'égalité devant les charges publiques'.<sup>222</sup>

222 Vgl. ARRS 6 mei 1997, *JB* 1997, 118 (Van Vlodrop) en ARRS 21 oktober 1996, *AB* 1996, 496 (Nanne vs. staatssecretaris VROM).

Voor dit type overheidsbesluiten was volgens de bestuursrechter dus geen specifieke wettelijke grondslag nodig.

Zonder uitvoerig in te gaan op de discussies die omtrent deze uitspraken losbarstten, kan worden geconstateerd dat deze uitspraken ertoe hebben bijgedragen dat een aantal (al van oudsher) heikele punten weer volop in het brandpunt van de belangstelling kwamen te liggen en aldus opnieuw 'hot items' werden. Kern van de zaak was dat er een aantal typen overheidshandelingen kon worden aangewezen waarvoor het traditionele legaliteitsbeginsel kennelijk niet (meer) gold, ondanks dat het overheidshandelingen betrof die ingrepen in de vrijheid of het vermogen van burgers. Anders gezegd: er waren in de loop van de tijd bestuursbevoegdheden geconstrueerd, zonder dat daarvoor een specifieke wettelijke grondslag was aan te wijzen. Zo kan worden gewezen op:

- Privaatrechtelijke overheidshandelingen.
- Feitelijke overheidshandelingen.
- Publiekrechtelijke handelingen (incl. besluiten) die waren gebaseerd op een al dan niet wettelijk gevestigde 'publiekrechtelijke taak'.
- En (sinds de boven gerefereerde uitspraken van de bestuursrechter) kwamen daar nog bij: de bestuursbesluiten die konden worden gebaseerd op (aan het gemene recht en het bestuursrecht ontleende) rechtsbeginselen.

Ten aanzien van de aanvaardbaarheid van één of meerdere van deze typen overheidsbevoegdheden zonder specifieke publiekrechtelijke grondslag, lopen de opvattingen nogal uiteen.

Voordat deze opvattingen kort zullen worden behandeld zij opgemerkt dat (ook) de rechter en de wetgever dergelijke ongeschreven bevoegdheden hebben aanvaard. Wat betreft de bevoegdheden die kunnen worden afgeleid uit rechtsbeginselen, kan worden verwezen naar de boven gerefereerde uitspraken en wat de wetgever betreft naar de MvT bij de Awb (PG-AWB I, p. 154).

Dat privaatrechtelijk overheidsoptreden geen extra publiekrechtelijke bevoegdheidsgrondslag behoeft, kan onder meer worden afgeleid uit art. 2:1 juncto 2:5 BW, waarin is erkend dat publiekrechtelijke rechtspersonen wat betreft het vermogensrecht met de natuurlijke persoon worden gelijkgesteld<sup>223</sup> (alhoewel sommige schrijvers een andere visie hebben over de betekenis van deze artikelen).

Dat een publiekrechtelijke bevoegdheid ook kan worden gebaseerd op een 'publiekrechtelijke taak' is o.m. af te leiden uit ARRS 1 december 1977, *AB* 1978, 208 (Groninger waterleidingbuizen; ARRS 8 februari 1995 *JB* 1995, 498 (Long Lin) en Vz. ARRS 8 februari 1995 *JB* 1995, 102: 'De bevoegdheid van verweerder vloeit niet slechts voort uit de aan de Staat als eigenaar toekomende rechten, maar

223 Vgl. G.A. van der Veen, 'De gemene rechtsleer is nog op de been', *Bouwrecht* 1998, p. 2, m.n. noot 11.

tevens uit de op hem ingevolge art. 21 lid 3 Natuurbeschermingswet rustende algemene publiekrechtelijke beheerstaak die gevolg is van de status van staatsnatuurmonument'.<sup>224</sup> Zie voorts o.a. MvT *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 37: er is ook sprake van een publiekrechtelijke rechtshandeling als de overheid een beslissing neemt 'krachten haar algemene bestuurstaak'... (ook al is daarbij tevens een privaatrechtelijke bevoegdheid in het spel) en *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 96: ook schadebeslissingen worden voortaan aangemerkt als besluit in de zin van 1:3 Awb, als zij worden genomen in het kader van een bestuurstaak, ook al ontbreekt een geschreven publiekrechtelijke grondslag.<sup>225</sup> Uit deze uitspraken kan worden afgeleid dat de bij wet opgedragen publiekrechtelijke taak bestuursbevoegdheden schept zonder dat daarvoor een specifieke publiekrechtelijke grondslag is vereist.

### 6.2.3 Opvattingen in de literatuur omtrent de reikwijdte van het bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel

Nieuwenhuis heeft - doelend op de discussies in het publiekrechtelijke kamp betreffende de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel - wel eens enigszins schertsend gesproken van een interessante strijd tussen enerzijds de 'rigoristen' en anderzijds de 'rekkelijken'.<sup>226</sup> Zonder een oordeel te willen vellen over deze kwalificaties, kan daaruit in ieder geval worden afgeleid dat er - wat betreft de onderhavige problematiek - sprake is van een soort continuüm van opvattingen, met als uitersten de opvattingen van degenen die een ruime reikwijdte van het legaliteitsbeginsel bepleiten (:voor elke overheidshandeling een specifieke wettelijke grondslag) en anderzijds de opvattingen van degenen die het legaliteitsbeginsel sterk relativeren of een zeer beperkte reikwijdte van het legaliteitsbeginsel voorstaan. Om meteen maar te beginnen met het ene uiterste op het continuüm 'ruime' opvattingen vs. 'beperkte' (selectieve) opvattingen, kan worden gewezen op Kortmann en anderen die zich zeer wel kunnen vinden in diens opvattingen, zoals Damen.<sup>227</sup>

Kortmann constateert dat er een ontwikkeling gaande is waarin bestuursbevoegdheden worden afgeleid uit taken, rechtsbeginselen, (ander) ongeschreven recht en beleidsregels.<sup>228</sup> In het bijzonder wat betreft belastend overheidsoptreden, keurt Kortmann een dergelijke ontwikkeling ten stelligste af. Nauwkeurige attributie/delegatie zijn van groot belang om de overheid 'in de tang te houden.

224 Zie De Haan e.a., *a.w.*, p. 7.

225 Zie ook De Haan e.a., *a.w.*, p. 8.

226 Zie Nieuwenhuis, *a.w.*, p. 351 e.v.

227 Zie H.R.B.M. Kummeling e.a., *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht* (publicaties van de staatsrechtkring; staatsrechtconferenties 3), Deventer: 1999, p. 35 e.v.

228 Zie Kortmann *a.w.*, p. 56, onder verwijzing naar o.m. Van Wijk/Konijnenbelt, *Hoofdstukken van Administratief Recht*, Den Haag: 1997, p. 144 e.v.

Als genoemde ontwikkeling zich voortzet hoeft men zich niet erg meer te bekommeren om wettelijke attributie. Immers uit rechtsbeginselen, (ander) ongeschreven recht en vooral taken zal bijna steeds wel een bevoegdheid te destilleren zijn. Het is merkwaardig dat zo weinig bezwaar tegen deze rechtspraak wordt gemaakt. Maar misschien is dat ook niet te verwachten van de huidige socio-juristen, voor wie macht en invloed, taak en bevoegdheid één pot nat zijn'.<sup>229</sup> Volgens Kortmann is het, juist vanwege de toegenomen overheidsinterventie, zaak om serieus werk te maken van het legaliteitsbeginsel, omdat de toegenomen overheidsinterventie een 'democratische grondslag' noodzakelijker of gewenster maakt. In dat verband vraagt hij zich af of het niet eens tijd wordt het legaliteitsbeginsel (de wetmatigheid van bestuur) in de Grondwet op te nemen voor tenminste alle eenzijdige, naar buiten werkende bestuursbesluiten. Dat zou een waarborg bieden tegen alomtegenwoordige beleidsrakers die menen dat moet wat zij willen. Dat zou tevens een einde maken aan beleidsregels als 'zelfstandig uitgevaardigd naar buiten werkend recht'.

Meer in het bijzonder heeft Kortmann geen goed woord over voor de redeneertrant van de bestuursrechter, die de knuppel in het hoenderhok heeft gegooid door de conclusie te trekken dat bestuursbevoegdheden kunnen worden gebaseerd op rechtsbeginselen. 'Hoe komt de afdeling erbij dat rechtsbeginselen bevoegdheden kunnen scheppen?'<sup>230</sup> Ze kunnen wel verplichtingen creëren. Als rechtsbeginselen bevoegdheidscheppend kunnen zijn is de beer los ... dat is even gevaarlijk voor de rechtsstaat als een taakstelling beschouwen als bevoegdheidsgrondslag'. De totalitaire staat is volgens Kortmann in dat geval dichtbij.<sup>231</sup>

Naast Kortmann zit nog een aantal andere auteurs<sup>232</sup> min of meer op dezelfde lijn. Ook zij huldigen de opvatting dat elke (in ieder geval publiekrechtelijke) overheidshandeling een specifieke wettelijke grondslag behoeft.<sup>233</sup> Sommige auteurs vereisen zelfs voor elke privaatrechtelijke overheidshandeling een wettelijke grondslag.<sup>234</sup> Vooral de Maastrichtse School hecht sterk aan het legaliteitsbeginsel

229 Zie Kortmann, *a.w.*, p. 56.

230 Zie C.A.J.M. Kortmann, 'De Grondwet en de jurisprudentie inzake het zelfstandig schadebesluit', *NJB* 1997, p. 1327.

231 C.A.J.M. Kortmann, 'De vliegende Grondwet' (naschrift bij Th. G. Drupsteen, 'Het zelfstandige schadebesluit en de ondraaglijke lichteheid van de Nederlandse Grondwet' (Reacties), *NJB* 1997, p. 1596 e.v.), *NJB* 1997, p. 1599.

232 N. Verheij spreekt in dat verband van 'fundi's'; zie A.J.C. de Moor-van Vugt, J.L. de Wijkerslooth & N. Verheij, *Verschuiving van de magische lijn (preadviezen voor de ALV van de VAR d.d. 25 april 1999)*, VAR-reeks 122, Alphen aan den Rijn: 1999, p. 58.

233 Vgl. Damen in Kummeling e.a., *a.w.*, p. 35 e.v.

234 Vgl. De Haan c.s. en de Limburgse of Maastrichtse school (o.a.: O.Q.C. Tak, H.J. Simon, J.H.M.F. Teunissen, M.A. Heldeweg, H. Koning, R.J.N. Schlössels, R.J.G.H. Geerden, E.C.H.J. van der Linden). Zie o.a. De Moor-Van Vugt e.a., *a.w.*, p. 58 e.v. en Van Ommeren, *a.w.*, p. 114.

en specialiteitsbeginsel. Elk overheidsoptreden behoeft in de visie van deze 'stroming' zowel een formele rechtsgrondslag als een materiële rechtsgrond.

Voorts kan nog worden gewezen op Jue, die in het kader van zijn rechtstheoretische concept het volgende stelt: 'Wordt in een rechtssysteem toch een normenstelsel van omschreven onbevoegdheden geïntroduceerd dat uiteindelijk wordt "gesloten" met een onbevoegdheidsmaxime van bovenstaande strekking<sup>235/236</sup>, dan is de ongedefinieerde ruimte van bevoegdheden in beginsel onbegrensd'. Er kan dan zelfs geen minimum aan rechtszekerheid en immuniteit voor leden van de samenleving die aan deze bevoegdheden zijn onderworpen, worden gegarandeerd. Een op deze wijze geordend rechtssysteem zou passen bij totalitaire samenlevingen. Waar het in een samenleving als de Nederlandse erom gaat haar leden in een beperkte mate te onderwerpen aan rechtsmacht van gezagsdragers ter waarborging van hun vrijheid van handelen, ligt een specificatie van bevoegdheidsnormen meer voor de hand. Een stelsel van louter onbevoegdheidsnormen, afgesloten door de onbevoegdheidsmaxime, is niet verenigbaar met funderende beginselen van onze rechtsorde. Het ligt in de rede de onbevoegdheidsmaxime om te keren. Zij komt dan als volgt te luiden: 'Indien in normensysteem x autoriteit y niet (uitdrukkelijk) bevoegd is verklaard rechtshandelingen te verrichten, dan is y onbevoegd'. Een dergelijke normzin in een rechtssysteem sluit het subsysteem van bevoegdheidsverlenende normen af. Immers, deze norm zorgt ervoor dat in een normensysteem hetzij autoriteit y specifiek bevoegd is, hetzij onbevoegd; de onbevoegdheid geldt indien in het normensysteem niet een specifieke norm voorkomt waarin de bevoegdheid tot het nemen van normatieve besluiten is erkend.<sup>237</sup> En elders: 'Deze *taakstellende* rechtsnormen dienen niet te worden verward met de zelfstandige bevoegdheidsverlenende norm (...). Normen die een taakomschrijving geven, verlenen nog geen bevoegdheid tot het uitvaardigen van normatieve besluiten. Dat zij geen bevoegdheden in de eigenlijke zin van het woord verstrekken, blijkt

235 Jue duidt daarmee op de volgende onbevoegdheidsmaxime: 'Indien in normensysteem x autoriteit y niet uitdrukkelijk onbevoegd is gesteld rechtshandelingen te verrichten, dan is autoriteit y bevoegd rechtshandelingen te verrichten'.

236 Zie omtrent dit 'negatieve rechtsprincipe' (:alles wat niet is verboden, is toegestaan) voorts P.W. Brouwer 'Openheid van en in Rechtsordes' *R & R* 1979, p. 128-149. Brouwer haakt daarin aan bij het door Hart geïntroduceerde onderscheid 'primary rules of obligation' vs. 'secondary rules' (d.w.z. regels om primary rules vast te stellen, te wijzigen etc.). Volgens Brouwer kan een rechtsgebied worden 'gesloten' op zowel primair als secundair niveau. In het laatste geval door middel van (wat hij noemt) 'sluitingsregels', zoals bijvoorbeeld art. 13 Wet algemene bepalingen. C.P.M. Cleiren maakt bij haar toelichting op art. 1 Sv (Melai) gebruik van dit verklaringsmodel en typeert art. 1 Sv dan ook als een 'sluitingsregel' op secundair niveau: art. 1 Sv moet in haar ogen worden beschouwd als een (formele) wettelijke opdracht aan de rechter en de uitvoerende macht om het stelsel van strafvordering 'materieel' te sluiten conform het stelsel van de wet en de eisen die voortvloeien uit het legaliteitsbeginsel resp. de rechtsstaatgedachte.

237 Zie Jue, *a.w.*, p. 154-155.

reeds hieruit dat zij het normatieve besluit, waartoe de bevoegdheid zou kunnen strekken, niet definiëren (...)'.<sup>238</sup>

Rest natuurlijk de vraag (ook al kan men zich vinden in de boven verwoorde 'normatieve' uitgangspunten van Jue; zie ook de inleiding) welke eisen moeten worden gesteld aan de bevoegdverklaring en in welke mate de bevoegdverklaring in alle gevallen uitdrukkelijk en specifiek moet zijn. Voorts valt er nog wel wat af te dingen op de conclusie dat een taakstellende rechtsnorm geen bevoegdheden zou verstrekken omdat deze taakomschrijving de bevoegdheden niet precies definieert. Andere logische 'sprongetjes' zijn ook mogelijk, zoals verderop zal blijken. Wat daar ook van zij, de wetgever en de rechter denken er in ieder geval anders over: bestuurlijke bevoegdheden zijn onder omstandigheden af te leiden uit een (algemene) bestuurstaak. (zie boven).

Aan de andere kant van het hierboven geïntroduceerde continuüm zou men de auteurs kunnen plaatsen die de betekenis van het legaliteitsbeginsel relativëren, zoals bijvoorbeeld Scheltema, Nieuwenhuis en Drupsteen.

Scheltema gaat het verst in zijn relativering van het legaliteitsbeginsel. Hij constateert dat het bestuursrecht de periode kan afsluiten waarin de bescherming van de burgers t.o.v. de overheid centraal heeft gestaan. Die is inmiddels nagenoeg en afdoende gerealiseerd, nu de weg naar de rechter is opengesteld en de rechter mede door de ABBB in staat is goede rechtsbescherming te bieden. De legaliteitseis is in zijn visie ontwikkeld in een periode waarin andere middelen om onjuist gebruik van overheidsmacht te bestrijden, nog voor een groot deel ontbraken en waarin de ideale overheid een overheid was die zo min mogelijk ingreep en die zoveel mogelijk afzijdig bleef. Die tijd is echter voorbij. Burgers hebben volgens Scheltema tegenwoordig recht op een goed presterende overheid en dat moet in het recht weerspiegeld worden. De legaliteitseis brengt dat onvoldoende tot uiting en staat daaraan zelfs gedeeltelijk in de weg, bijvoorbeeld doordat voor ieder specifiek belang (vgl. het specialiteitsbeginsel) een specifieke wet moet worden gemaakt, waarmee de overheid t.o.v. de burger als het ware in partjes wordt geknipt. Daar is de burger (maar ook de overheid zelf) in het algemeen niet bij gebaat, aangezien dat de relatie tussen overheid en burger nodeloos gecompliceerd maakt.<sup>239</sup>

Daarnaast is volgens Scheltema het legaliteitsbeginsel tegenwoordig nauwelijks nog geschikt om haar oorspronkelijke functies (en met name het dienen van de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid) te vervullen. Wat betreft de rechtszekerheid zou bijvoorbeeld relevante overheidsvoorlichting in bepaalde gevallen meer soelaas bieden dan het legaliteitsbeginsel. Het lijkt er zelfs op dat de legaliteitseis als alibi wordt gebruikt om op het punt van rechtszekerheid verder niet al te hoge

238 Zie Jue, *a.w.*, p. 200.

239 Zie Scheltema, *a.w.*, p. 1358.

eisen te stellen. En wat het gelijkheidsbeginsel betreft: dat kan evengoed worden gediend door de eis dat het bestuur volgens algemene regels (dus bijvoorbeeld ook beleidsregels) te werk gaat dan door het vereiste van wetmatigheid van bestuur.

Rest nog (als functie van het legaliteitsbeginsel) de democratische legitimatie van overheidsoptreden. Wat dat betreft zou het legaliteitsbeginsel nog een rol kunnen vervullen. Maar dan niet in de vorm van een veelheid van gedetailleerde, specifieke regels maar in de vorm van 'sturing' van het bestuur, in die zin dat de wetgever het kader aangeeft voor bestuurshandelen, in ieder geval wat betreft de voor de burgers belangrijkste ingrijpende besluiten. De nadere uitwerking daarvan zou aan bestuursorganen of lagere wetgevers kunnen worden overgelaten.

Daarbij kan nog worden opgemerkt dat ook in de praktijk is gebleken dat het volstrekt onmogelijk is door wettelijke regels ieder overheidshandelen te reguleren. Volgens Scheltema hoeft daarom niet te worden getreurd. Het is naar zijn opvatting beter te erkennen dat tegenwoordig de klassieke legaliteitseis vaak niet meer het geëigende middel is om de rechtszekerheid en gelijkheid te dienen, maar daarentegen juist een drempel kan vormen bij de ontwikkeling van het bestuursrecht in een richting waarin een goede taakvervulling van de overheid voorop staat.

Th.G. Drupsteen is het enerzijds met Kortmann eens dat publiekrechtelijke bevoegdheden niet kunnen worden gebaseerd op beginselen, maar constateert tegelijkertijd dat het toch gebeurt. ('Dat is het aardige van het Nederlandse bestuursrecht').<sup>240</sup> Anderzijds volgt hij Kortmann niet in diens constatering dat de constructie van de bestuursrechter (zie boven) een 'verwerpelijke vindingrijkheid inhoudt'. Hij verwijst daarbij naar de MvT bij de Awb (PG-AWB I, p. 154) waarin wordt gewezen op de mogelijkheid dat een publiekrechtelijke bevoegdheid wordt afgeleid uit een algemene bestuurstaak (zie ook boven). De erkenning van besluiten met een publiekrechtelijk gevolg die niet berusten op een specifiek toegekende bevoegdheid maar op een publiekrechtelijke taak, is niet nieuw, zo betoogt Drupsteen. Als voorbeelden noemt hij de jurisprudentie van de ARRS over subsidiebeschikkingen en de indicatieve ruimtelijke plannen in de vorm van concrete beleidsbeslissingen. Vanwaar dan toch deze (kort gezegd) heftige verontwaardiging over de betreffende uitspraken van de bestuursrechter? Drupsteen gaat nog een stapje verder: deze erkenning levert ook geen gevaar op voor de rechtsstaat. Het is eerder andersom. Het strikt vasthouden aan een wettelijke grondslag voor (i.c.) een zelfstandig schadebesluit zou een ontkenning betekenen van een bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling ter zake van het publiekrechtelijke schadevergoedingsrecht. Het betreft hier dus niet een verwerpelijke vindingrijkheid

240 Zie Drupsteen *a.w.*, p. 1596 e.v.

om een besluitbegrip te construeren, maar het zoeken naar een aansluiting bij ontwikkelingen in de bestuurspraktijk die juist in het algemeen wordt toegejuicht. Drupsteen heeft dus heel wat minder moeite met het baseren van overheidsbevoegdheden op algemene rechtsbeginselen en publiekrechtelijke taken dan Kortmann, alhoewel hij Kortmann nageeft dat het staatsrechtelijk eigenlijk niet kan.

Min of meer verwant met de visie van Drupsteen zijn de opvattingen waarin wordt verwezen naar de 'heersende leer' dat niet voor alle besluiten een expliciete wettelijke grondslag wordt vereist. Er zou dan ook weinig op tegen zijn om onder omstandigheden impliciete bevoegdheden te aanvaarden die hun rechtsgrond vinden in een algemeen aanvaard rechtsbeginsel.<sup>241</sup>

Nieuwenhuis - ook enigszins 'rekkelijk' in zijn opvattingen omtrent de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel - legt de nadruk op het beginselkarakter van de legaliteitseis. En beginselen hebben nu eenmaal de eigenschap dat hun contouren zelden scherp zijn en dat ze soms botsen met andere beginselen. Dat wil zeggen dat ze nooit absoluut en in alle gevallen gelden.<sup>242</sup>

Evenals Scheltema vraagt hij zich af - mede tegen de achtergrond van het beginselkarakter van de legaliteitseis - of de doelen die aan het legaliteitsbeginsel ten grondslag liggen (het waarborgen van de rechtszekerheid en de democratische legitimatie van overheidsingrijpen) slechts door een strikt hanteren van de legaliteitseis kunnen worden gediend. Hij vraagt zich met name af of de rechtszekerheid en de democratische legitimatie in gevaar komen als overheidsop treden in een bijzonder geval enkel steunt op ongeschreven rechtsbeginselen. Volgens hem hoeft dat niet het geval te zijn. Als rechtsbeginselen behoren tot het ongeschreven recht, dat wil zeggen recht dat voor betrokkenen ook kenbaar is zonder dat het is gepubliceerd, loopt het rechtszekerheidsbeginsel geen gevaar. (als voorbeeld noemt Nieuwenhuis de uitspraak HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 643 (Staat-Van Wijngaarden), waarin de HR stelde dat ondernemers die na 1 januari 1975 verontreinigd afvalwater lieten wegstromen in hun bedrijfsterrein konden weten dat ze handelden in strijd met een rechtsplicht t.o.v. de overheid, zonder dat dat toendertijd wettelijk was vastgelegd). Voorts kunnen rechtsbeginselen hun democratische legitimatie ook ontlenen aan een hechte verankering in maatschappelijke opvattingen omtrent recht en onrecht. Daarvoor is niet in alle gevallen de inschakeling van de wetgever noodzakelijk. Zo zal niemand er aan twijfelen dat de rechtsovertuiging dat 'wat aan een ander toebehoort, moet worden teruggegeven' ook in het bestuursrecht geldt, ondanks dat er geen expliciete wettelijke grondslag is te vinden die de overheid de bevoegdheid toekent om ten onrechte betaalde subsidies terug te vorderen.

241 Zie De Moor-Van Vugt e.a., *a.w.*, p. 46.

242 Zie Nieuwenhuis, *a.w.*, p. 351 e.v.

Wat er ook zij van deze redenering, Nieuwenhuis wijst daarmee wel op een belangrijk gegeven: het recht is in ontwikkeling. Hij geeft Kortmann na dat een nauwkeurige wettelijke attributie en delegatie van bevoegdheden van groot belang is. Echter in de aanloop naar een dergelijke nauwkeurige attributie of delegatie van bevoegdheden zullen zich veelal eerst rechtsbeginselen ontwikkelen (waaruit zelfs verplichtingen t.o.v. de overheid kunnen voortvloeien - zie de boven gerefereerde HR-uitspraak omtrent de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm ter zake van bodemverontreiniging - en waarmee bevoegdheden van de overheid gepaard kunnen gaan die ingrijpen in de vrijheid of vermogenspositie van burgers), die pas na enige tijd zodanig zijn uitgekristalliseerd dat ze hun beslag kunnen krijgen in een wettelijke regeling. De wetgever loopt dus in zijn visie (ook al zegt hij dat niet met zoveel woorden) als het ware voor een deel achter de rechtsontwikkeling aan en vormt daarvan in veel gevallen het eindpunt, behoudens in die gevallen waarin de wetgever in staat is allerlei maatschappelijke en technische ontwikkelingen tijdig te voorzien en een daarop afgestemde bevoegdheidstoekennende regeling te ontwikkelen, dan wel zich beperkt tot algemene 'sturende' (in plaats van gedetailleerde) regelingen, die ruimte bieden voor een flexibele uitwerking. Dat geldt vooral in een samenleving waarin de overheid wordt geacht actief te interveniëren in het maatschappelijk leven en waarin van de overheid meer wordt verwacht dan dat ze de wet uitvoert (vgl. Scheltema). In dat verband moet volgens Nieuwenhuis nog worden gewezen op de ongeschreven wet: 'geen prestatie zonder competentie'. Om adequaat te kunnen presteren dient de overheid te beschikken over bevoegdheden die (eventueel als aanloop naar een wettelijke regeling) kunnen of moeten worden gebaseerd op rechtsbeginselen. Daar is iets voor te zeggen als men voor ogen houdt dat de huidige samenleving en ook de daarbij behorende rechtsontwikkeling een sterk dynamisch karakter heeft. Een te star vasthouden aan het klassieke legaliteitsbeginsel kan volgens Nieuwenhuis met zich meebrengen dat de overheid met lege handen komt te staan, terwijl ingrijpen vereist kan zijn en niemand in dat geval zou willen bestrijden dat ingrijpen wellicht niet 'legaal', maar wel legitiem is.

Een tussencategorie op het hierboven geïntroduceerde continuüm vormen de schrijvers die zich weliswaar kunnen vinden in het legaliteitsvereiste, maar tegelijkertijd de opvatting huldigen dat de legaliteitseis slechts geldt voor een bepaald type overheidshandelingen.

Daarnaast zouden tot deze 'tussencategorie' kunnen worden gerekend diegenen die eveneens uitgaan van een beperkte 'reikwijdte' van het legaliteitsbeginsel, maar dan in een andere zin van het woord. 'Beperkte reikwijdte van het legaliteitsbeginsel' duidt in dat geval op het 'oprekken' van het begrip 'wettelijke grondslag' in die zin, dat niet altijd een wet in formele zin wordt vereist als

bevoegdheidsgrondslag, maar dat in veel gevallen een wet in materiële zin (dus allerlei typen regels van overheidswege) voldoende wordt geacht. Daar moet echter de volgende kanttekening bij worden geplaatst: de opvatting dat slechts bepaalde typen overheidshandelingen een wettelijke grondslag behoeven, blijkt meestal ook consequenties te hebben voor de eisen die men stelt aan de wettelijke grondslag zelf. Hoe specifiek een bepaald type overheidsoptreden - waarvoor het legaliteitsvereiste behoort te gelden - wordt gedefinieerd, des te hogere eisen er in het algemeen worden gesteld aan de wettelijke grondslag. Die moet voldoende specifiek en gedetailleerd zijn wat betreft de aanwijzing van het bevoegde orgaan, het doel, de voorwaarden die worden gesteld aan de bevoegdheidsuitoefening, enzovoort. De keerzijde van deze 'omgekeerde evenredigheid' lijkt te zijn dat auteurs die voor elke overheidshandeling een wettelijke grondslag eisen, zich in het algemeen eerder tevreden (moeten) stellen met een vage, ruime wettelijke grondslag, of eerder bereid zijn achteraf een wettelijke grondslag te construeren, aangezien een specifieke grondslag voor elk overheidsoptreden in de praktijk nagenoeg onmogelijk blijkt te zijn.<sup>243</sup>

Zoals Van Ommeren het formuleert: 'Het is namelijk het één of het ander: of men eist dat al het overheidsoptreden op een wettelijke grondslag berust, of men stelt strenge eisen aan de grondslag zelf'. Als voorbeeld verwijst hij naar Tak (zie bij de Maastrichtse School) die werkelijk alle overheidsbeslissingen, ook de privaatrechtelijke en feitelijke, van een grondslag wil voorzien. Anderzijds stelt Tak nauwelijks nog eisen aan de grondslag zelf. Een 'positieve indicatie' zou voldoende zijn. Naast (ruime) wetten zouden ook beleidsregels of plannen zo'n grondslag kunnen vormen.<sup>244</sup> Het oprekken van het begrip 'wettelijke grondslag' wijst dus (juist) niet zozeer op 'rekkelijkheid' wat betreft opvattingen over de vraag of het legaliteitsbeginsel al dan niet voor elke bestuurshandeling behoort te gelden, maar heeft anderzijds wel consequenties voor de 'reikwijdte' van het legaliteitsbegrip, in dat geval echter in een andere betekenis van het woord.<sup>245</sup> Overigens geldt niet voor alle schrijvers die betogen dat elk overheidsoptreden een wettelijke grondslag behoeft, dat een ruime grondslag voldoende zou zijn. Zo wenst bijvoorbeeld Simon zowel een wettelijke grondslag voor elke overheidshandeling die ingrijpt in rechten en verplichtingen, alsmede een specifieke grondslag.

243 Zie Van Ommeren, *a.w.*, p. 107 e.v.

244 Zie Van Ommeren, *a.w.*, p. 114.

245 Deze gevolgtrekking relateert nog eens het gebruik van (en een waardeoordeel over) het onderscheid rigoristen vs. rekkelijken en termen als 'reikwijdte' van het legaliteitsbeginsel. Vanuit een enigszins andere invalshoek kan immers gemakkelijk een ander onderscheid in opvattingen of 'stromingen' worden geconstrueerd, waarop de kwalificaties 'rigorist' en 'rekkelijk' evengoed van toepassing kunnen zijn.

Een uitputtend overzicht van opvattingen betreffende de vraag welke typen overheidshandelingen wel (dan wel niet) onderworpen behoren te zijn aan het legaliteitsbeginsel, voert in dit bestek te ver. Ter illustratie zal worden volstaan met een korte behandeling van enkele in het oog springende standpunten ter zake.

Allereerst kan worden gewezen op een reactie van D.W.P. Ruiters naar aanleiding van de boven gerefereerde 'constructie' van de bestuursrechter, die - zoals bleek - inhield dat bestuursbevoegdheden kunnen worden gebaseerd op rechtsbeginselen.

Ruiters maakt in dat verband een onderscheid tussen 'rechtsscheppende' en 'recht vaststellende' besluiten en stelt vervolgens dat alleen rechtsscheppende besluiten (d.w.z. 'gerichte' rechtsvorming, de eenzijdige rechtshandeling) een specifieke wettelijke grondslag behoren te hebben. Wat betreft het leerstuk van de zelfstandige schadebesluiten (en met name wat betreft de boven gerefereerde uitspraak van de bestuursrechter ter zake van rechtsbeginselen als grondslag voor bestuursbevoegdheden) betoogt Ruiters - kort gezegd - dat het hier een 'recht vaststellend' besluit betrof. De rechtsgevolgen waren in feite reeds ingetreden van rechtswege, dat wil zeggen: waren het gevolg van een rechtsfeit - en geen bestuursbesluit - waaraan het recht bepaalde gevolgen verbindt. De betreffende beslissing van het bestuur (ter zake van het terugvorderen van een onverschuldigde betaling resp. een schadevergoeding in verband met rechtmatig overheidsoptreden) moet niet worden beschouwd als een 'wilsdaad' die eenzijdig rechtsgevolgen in het leven roept, maar als een deducerende denkoperatie: het bevoegdlijk en bindend vaststellen dat een bepaald rechtsfeit het betreffende rechtsgevolg in het leven heeft geroepen. Voor dergelijke 'besluiten' geldt in de visie van Ruiters het legaliteitsbeginsel niet. Men kan zich nog afvragen of het in alle gevallen inderdaad wel zo is dat een declaratoir bestuursbesluit geen wijziging teweegbrengt in de rechtsverhouding tussen het bestuur en de geadresseerde, met name als aan die recht vaststelling mankementen kleven of als die recht vaststelling anderszins niet in overeenstemming is met de 'waarheid' (Ruiters wijdt daar in zijn betoog nog enige aandacht aan). Voorts kan men zich nog afvragen waaraan het bestuur de bevoegdheid ontleent om (naast de rechter) declaratoire besluiten te nemen (Ruiters postuleert in dat verband een algemene ongeschreven bevoegdheid). Maar wat daar ook van zij, hij brengt wel een interessant onderscheid aan tussen bestuursbesluiten waarvoor het legaliteitsbeginsel wel behoort te gelden en bestuursbesluiten waarvoor dat niet het geval is.<sup>246</sup>

Daarnaast vormt deze constructie een 'elegante'<sup>247</sup> rechtstheoretische geruststelling voor diegenen die weliswaar toejuichen dat de bestuursrechter

246 Zie D.W.P. Ruiters, 'Zelfstandige schadebesluiten: rechtschepping of recht vaststelling?' *NTB* 1998, p. 281 e.v.

247 Zie De Moor-Van Vugt e.a., *a.w.*, p. 46.

aansluiting heeft gezocht bij algemeen aanvaarde ontwikkelingen in de bestuurspraktijk, maar enige moeite hebben met de constatering door de bestuursrechter dat bevoegdheden zijn af te leiden uit rechtsbeginselen (vgl. Drupsteen).

Deze eigentijdse poging om de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel af te bakenen onderscheidt zich wat betreft de gekozen invalshoek enigszins van andere opvattingen, maar staat voor het overige niet op zichzelf. Reeds aan het eind van de 19<sup>e</sup> eeuw worstelde de rechtspraak en de doctrine met de vraag, welke typen overheidshandelingen wel respectievelijk niet een specifieke wettelijke grondslag behoorden te hebben. Zonder de hele geschiedenis en de ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel te willen behandelen<sup>248</sup>, kan worden vastgesteld dat aanvankelijk het uitgangspunt gold dat 'de macht die de Grondwet niet uitdrukkelijk aan anderen had gegeven, den Koning bleef toebehoren, althans zolang de wetgever daarover niet werkelijk beschikte'.<sup>249</sup> Het Meerenberg-arrest bracht daarin voorzichtig verandering hetgeen uiteindelijk leidde tot de (tegenwoordige) hoofdregel: 'Wanneer de wet zwijgt, is de overheid niet bevoegd. Het is niet de vraag of de bevoegdheid haar is ontzegd, maar of de bevoegdheid uitdrukkelijk is toegekend'. Daarnaast is nog vermeldenswaard dat gedurende het proces (waarin het legaliteitsbeginsel vaste vormen begon te krijgen) het legaliteitsbeginsel aanvankelijk vooral werd ingezet om de macht van de Koning t.o.v. de wetgever te beperken. Zo stelde o.a. Buys voor dat 'burgers bindende bepalingen' niet zelfstandig door de Koning mochten worden vastgesteld, maar intern werkende regels wel. Het accent lag dus aanvankelijk nog sterk op het staatsrechtelijke bevoegdheidsaspect. Pas later werd het accent verlegd van het staatsrechtelijke bevoegdheidsaspect naar het rechtsstatelijke beschermingsaspect. Het legaliteitsbeginsel werd dus in mindere mate in verband gebracht met de bevoegdheidsafbakening tussen regering en wetgever (dus uit de competentiesfeer gehaald) maar in de sleutel van de beschermingsfunctie t.o.v. de overheid gezet. Zo stelde bijvoorbeeld Böhrlingk dat, uit oogpunt van bescherming van burgers tegen machtsmisbruik door de overheid, de administratie aan de wet behoorde te zijn gebonden en dat het 'freies Ermessen' (beleidsvrijheid) van de overheid behoorde te worden ingedamd.<sup>250</sup> Wetsgebondenheid betekende in zijn visie niet noodzakelijkerwijs dat alle overheidsoptreden een wettelijke grondslag behoefde, maar dat ook de overheid (inclusief de wetgever) in ieder geval niet naar willekeur mocht afwijken van haar eigen regels, van welke aard dan ook. De belangrijkste functie van het legaliteitsbeginsel was naar zijn opvatting dan ook het voorkomen van

248 Zie daarvoor o.a. Van Ommeren, *a.w.*, p. 20 e.v.

249 Zie Van Ommeren, *a.w.*, p. 23, onder verwijzing naar Buys.

250 Vgl. Van Ommeren, p. 40.

willekeurig overheidsoptreden.<sup>251</sup> Tegenwoordig zouden we de visie van Böhntlingk wellicht omschrijven als het vereiste van consistentie van beleid.

Gedurende de (historische) ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel zijn er diverse vergelijkbare maar ook andere theorieën ontwikkeld - die al dan niet hun beslag hebben gekregen in de rechtspraak - omtrent de soorten overheidshandelingen waarvoor het legaliteitsbeginsel zou gelden (vgl. Buys: 'de burgers bindende besluiten' en Böhntlingk: 'alle naar buiten werkende regeling en/besluiten'), maar daarnaast ook omtrent de betekenis van het legaliteitsbeginsel als zodanig (vgl. Böhntlingk: 'gebondenheid aan het recht' en Van der Pot/Donner, Kortmann, Van der Pot/Donner/Prakke: 'Alle bestuur moet op de wet resp. op algemene rechtsregels (incl. beleidsregels) berusten').<sup>252</sup>

Wat betreft de eigentijdse 'selectieve' opvattingen over het legaliteitsbeginsel, dat wil zeggen opvattingen die ervan uitgaan dat het legaliteitsbeginsel alleen geldt voor een bepaald type overheidshandelingen, kan nog worden gewezen op de opvattingen van<sup>253</sup>:

1. Van der Vlies: het legaliteitsbeginsel geldt alleen voor ingrijpende besluiten, van welke aard dan ook.
2. Van Ommeren: het legaliteitsbeginsel geldt alleen voor eenzijdig op te leggen verplichtingen. Wat betreft andersoortig overheidsoptreden kan aan het rechtszekerheidsbeginsel en rechtsgelijkheidsbeginsel recht worden gedaan door strikte toepassing van het 'consistentiebeginsel'.
3. Konijnenbelt: het klassieke legaliteitsbeginsel heeft oorspronkelijk alleen betrekking op 'Eingriffsverwaltung'. Hij bepleit een uitbreiding van de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel tot 'Leistungsverwaltung' voor zover dat tevens Eingriffsverwaltung impliceert.
4. Hirsch-Ballin: het legaliteitsbeginsel vereist traditioneel slechts een wettelijke grondslag voor vrijheidsbeperkend overheidsoptreden. Ook hij bepleit een uitbreiding van de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel, onder meer t.o.v. de presterende overheid.

251 Van Ommeren spreekt dan liever van het 'rechtsstaatbeginsel', dat men niet zonder meer mag verwarren met het legaliteitsbeginsel. Het legaliteitsbeginsel duidt in zijn visie op het vereiste van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag, terwijl Böhntlingk vooral het oog had op de gebondenheid van de overheid aan het recht, zonder in alle gevallen een wettelijke bevoegdheidsgrondslag voor overheidsoptreden te vereisen. Zie Van Ommeren, *a.w.*, p. 199 e.v.

252 Zie Van Ommeren, *a.w.*, p. 46.

253 Zie o.a. Van Ommeren, *a.w.*, p. 189 e.v., Kummeling e.a., *a.w.*, p. 49 en Goorden, *a.w.*, p. 62 e.v.

## 6.2.4 Besluit

De precieze reikwijdte van het bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel is - zoals bleek - altijd omstreden geweest en blijkt dus niet 'van nature' vast te staan. Wel kan worden vastgesteld dat enerzijds het uitgangspunt dat niet elke overheids-handeling een specifieke wettelijke grondslag behoeft, als geldend recht kan worden beschouwd (vgl. uitspraken van de rechter en de wetgever), maar dat de wetgever zich anderzijds beijvert om publiekrechtelijk overheidsoptreden zoveel mogelijk te 'vangen' in wettelijke regelgeving - voorzover daar tenminste een reden voor is, zie inleiding<sup>254</sup> - en tegelijkertijd voornemens is te investeren in de kwaliteit daarvan. Zo onderschrijft de regering bijvoorbeeld het belang van een heldere wettelijke omschrijving van de algemene beginselen van een behoorlijk bestuur.<sup>255</sup>

254 Vgl. de bestuursdwang, art. 5:21 e.v. Awb. Tot voor kort werd aangenomen dat bestuursdwang lag besloten in de uitvoeringstaak van het bestuursorgaan. Sinds de invoering van de 3<sup>e</sup> tranche Awb is voor bestuursdwang een dubbele wettelijke grondslag vereist: zowel voor de opgelegde verplichting (in verband waarmee bestuursdwang wordt aangewend) als voor de bevoegdheid om deze verplichting af te dwingen door middel van bestuursdwang. Zie Van Ommeren, *a. w.*, p. 124 e.v.

Vgl. ook de regels in de Awb omtrent subsidieverlening. Hoewel men kan twisten over de vraag of subsidieverlening een privaatrechtelijk of publiekrechtelijk karakter heeft, dan wel over de vraag of een subsidieverlening een belastend karakter heeft voor de burger (en dus het legaliteitsvereiste zou moeten gelden), geeft het Awb regels voor subsidieverlening door de overheid en vereist het Awb voor bepaalde subsidies zelfs een wettelijke grondslag. Daarmee lijkt het legaliteitsbeginsel niet langer slechts het rechtszekerheidsbeginsel te dienen voor zover dat betrekking heeft op belastend overheidsoptreden, maar dient het legaliteitsbeginsel ook de rechtszekerheid ter zake van begunstigend overheidsoptreden. In die zin is de reikwijdte van het traditionele legaliteitsbeginsel dus (juist) verruimd. Andere redenen voor wettelijke regeling zouden bijvoorbeeld kunnen zijn: transparantie, scenariofunctie, het voorkomen van corruptie, etc. Die zouden kunnen duiden op 'eigentijdse' functies van het legaliteitsbeginsel, die juist een extra reden kunnen zijn om te blijven hechten aan het legaliteitsbeginsel.

Vgl. ten slotte de regeling van het toezicht in het kader van bestuurshandhaving, waarnaar in de inleiding al even is verwezen. Tot voor kort was er in algemene zin niets geregeld over toezicht (wel in bijzondere bestuurswetten). Daar is sinds de invoering van de 3<sup>e</sup> tranche Awb verandering in gekomen. Zie afd. 5.2: 'Toezicht op de naleving'. Deze regels gelden voor elke vorm van bestuurlijk toezicht (inclusief toezicht in het kader van de autonome bevoegdheden van lagere overheden; zie *Kamerstukken II 1993/94*, 23 700, nr. 3, p. 139), tenzij de van toepassing zijnde bijzondere (bestuurs)wet of autonome verordening van een lagere overheid daaromtrent afwijkende of aanvullende regels stelt.

Bestuurlijk toezicht kan worden beshouwd als de eerste fase van de bestuurlijke handhaving. Bestuurlijke handhaving bestaat voor het overige uit een complex van dwangmiddelen, straffen en andere sancties van zowel bestuursrechtelijke als strafrechtelijke of civielrechtelijk aard, die kunnen worden ingezet teneinde af te dwingen of te bewerkstelligen dat bestuurlijke voorschriften worden nageleefd. Zodra van de 'toezichtfase' wordt overgestapt naar een bestuursrechtelijk, strafrechtelijk of civielrechtelijk traject (of een combinatie daarvan) gelden levens de regelcomplexen van de desbetreffende rechtsgebieden. Er is in dat geval sprake van 'overlappende regelsystemen'. Vgl. ook De Haan e.a., *a. w.*, hoofdstuk V (p. 42 t e.v.)

255 Zie A.F.M. Brenninkmeijer, 'Kroniek van het algemeen deel van het bestuursrecht' *NJB* 1998, p. 1432, onder verwijzing naar het regeerakkoord.

Zo bezien lijkt de regering het legaliteitsbeginsel op te vatten als een 'inspanningsverplichting' voor de wetgever om, zodra dat maar enigszins mogelijk is, de in de rechtspraktijk ontwikkelde rechtsbeginselen te vertalen in regelgeving (vgl. bijvoorbeeld Drupsteen en Nieuwenhuis). Daartoe enerzijds aangemoedigd door de opvatting van Kortmann e.a. (dat elke overheidsbevoegdheid behoorlijk dient te worden geattribueerd of gedelegeerd), anderzijds aanvaardend dat het recht in ontwikkeling is en dat rigide, knellende en tot in detail uitgewerkte bevoegdheidstoekennende regels niet volstaan in dynamische samenleving als de onze (vgl. Scheltema).<sup>256</sup> Bij het streven naar de verbetering van de kwaliteit van wetgeving die het bestuur moet 'sturen' (in plaats van te beperken in een goede taakvervulling, vgl. Scheltema) zal ongetwijfeld worden gedifferentieerd naar gelang de belangen die moeten worden meegewogen, zwaarder wegen. Voorts zal, bij het zoeken naar een juiste balans, zonder twijfel rekening worden gehouden met de (hierboven behandelde) 'krachtenvelden' die zich manifesteren in de rechtspraak en de doctrine.<sup>257</sup> Het belang van het legaliteitsbeginsel wordt door geen van de auteurs bestreden, maar dat impliceert kennelijk nog niet dat elke bestuursbevoegdheid een wettelijke grondslag behoeft (bijvoorbeeld omdat de door het legaliteitsbeginsel beoogde rechtsbescherming tegenwoordig ook anderszins wordt gegarandeerd), dan wel: dat lang niet elke wettelijke grondslag even 'specifiek' hoeft te zijn. Kortom, het bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel lijkt bepaald nog niet aan betekenis te hebben ingeboet. Maar die betekenis is wel een andere dan er van oorsprong aan werd toegekend: dat elke overheidshandeling een specifieke wettelijke grondslag behoeft, is niet (langer) vol te houden. Er moet wel een reden zijn om een bepaalde overheidsbevoegdheid specifiek te regelen. Of die reden er is, is ter beoordeling aan de (grond)wetgever, rekening houdend met de ontwikkelingen die zich in de samenleving en de rechtspraktijk hebben voorgedaan of zich voordoen.

256 De regering heeft de voorstellen van Scheltema kennelijk ter harte genomen. Zie Brenninkmeijer, *a.w.*, p. 1432, onder verwijzing naar het regeerakkoord: 'Daarnaast zal het bestuur worden verplicht burgers en bedrijven op een samenhangende wijze (één loket) informatie te geven over alle besluiten (vergunningen, toestemmingen, subsidie-mogelijkheden) die voor hen van belang zijn, bijvoorbeeld bij bedrijfsvestingen, bij het optreden van invaliditeit of het willen betreden van de arbeidsmarkt'.

257 Vgl. Brenninkmeijer, *a.w.*, p. 1432.