

## **Congres Modernisering Wetboek van Strafvordering**

Tien minuten voor een inhoudelijk verhaal over de voorgenomen modernisering strafvordering is niet veel, maar in een tijd waarin commentaren op beleid en voorgenomen beleid dikwijls gaan in de vorm van twitter en sms-berichten, is het relatief gezien een ruime gelegenheid om u enkele gedachten over dit project mee te geven.

Het project Modernisering van het Wetboek van Strafvordering is niet bedoeld als een fundamentele herziening van het wetboek, waarbij de grondslagen en beginselen aan de orde zijn. Dat lijkt mij verstandig als we de Modernisering binnen een redelijke termijn willen realiseren. Toch kunnen er fundamentele vragen rijzen, bijvoorbeeld de vraag hoe de voorgenomen verschuiving naar het vooronderzoek zich verhoudt tot de op grond van Straatsburgse rechtspraak herontdekte betekenis van het onderzoek ter terechtzitting, en ook belangrijke vragen als de vraag of de rechter-commissaris de regierol die hem in meer belangrijke zaken wordt

toebedeeld wel waar kan maken en zo ja, hoe zijn regierol zich verhoudt tot de positie van de officier van justitie als leider van het opsporingsonderzoek.

Kortom veel interessante vragen, maar ik moet mij beperken en ik zal deze korte inleiding benutten om aandacht te besteden aan een probleem dat volop onze aandacht verdient en wel de normering van het opsporingsonderzoek en wat die betekent voor de modernisering van het wetboek. Het belang van een goede normering is vorig jaar nog eens onderstreept toen het Hof van Justitie EU de zogenoemde dataretentie richtlijn van de EU onverbindend verklaarde, omdat deze onvoldoende garanties bevatte voor een rechtmatige toepassing van de bevoegdheid verkeers- en communicatiegegevens van gebruikers van telecomdiensten bij hun providers op te vragen. Het belang voor de opsporing was evident, maar de normering deugde niet.

Dat betekent dat het belang van een deugdelijke normering van de opsporing ook niet uit het oog mag

worden verloren bij de in de Contourennota verwoorde wens tot vereenvoudiging van de regeling van opsporingsbevoegdheden, tot stroomlijning van procedures in het vooronderzoek en tot vermindering van administratieve lasten. Kenmerkend voor de ontwikkelingen in de opsporing van de afgelopen twintig jaren is dat het aantal onderzoeksbevoegdheden explosief is toegenomen. Veel van de nieuwe bevoegdheden, ik noem de controle op het internetverkeer, de doorzoeking van computers en het direct afluisteren betekenen een vergaande inbreuk op de privacy. Dat is in het licht van de dreiging van terrorisme, de betekenis van het internet daarbij, de opkomst van cybercrime enzovoort, noodzakelijk maar vraagt tevens om waarborgen voor een verantwoorde toepassing. Ook in de adviezen over het concept van de Contourennota wordt het belang van toezicht op de opsporingspraktijk onderstreept, al lopen de meningen over de uitwerking nogal uiteen.

Om de legitimiteit van de opsporing te waarborgen is als eerste van belang dat degenen die verantwoordelijk zijn

voor de toepassing van opsporingsbevoegdheden doordrongen zijn van het belang van een zorgvuldige en rechtmatige toepassing. Dat betekent kennis, die nogal eens te wensen overlaat, een goede beroepsethiek en de bereidheid elkaar aan te spreken op de naleving van de regels bij het openbaar ministerie en de politie. Dit alles goed organiseren is van essentieel belang.

Ondersteunend daarbij, en dan kom ik bij de wetgeving, zijn een heldere en precieze wettelijke omschrijving van de bevoegdheden en de voorwaarden voor hun toepassing, duidelijke en volledige verantwoording van het gebruik ervan en een effectief toezicht. Vertaald naar de in de Contourennota verwoorde voornemens leidt dat tot een kanttekening bij het in par. 2.2.2. onder de algemene uitgangspunten verwoorde streven naar vereenvoudiging van de voor bevoegdheden geldende toepassingscriteria. Specifieke criteria die thans in de wet voorkomen, zoals verdenking van een misdrijf dat een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert, geven volgens de nota in de praktijk weinig houvast waardoor niet in alle gevallen duidelijk zou zijn bij welke misdrijven

kan worden overwogen de bevoegdheid in te zetten. In de kern gaat het bij dergelijke criteria volgens de nota om uitwerking van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Dat zo zijnde zou het volgens de contourennota uit systematisch oogpunt bezien de voorkeur verdienen om in de algemene bepalingen van het voorbereidend onderzoek een artikel op te nemen inhoudende dat bij de uitoefening van alle bevoegdheden de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit gelden en daarin tevens te bepalen dat bevoegdheden alleen in het belang van het onderzoek kunnen worden uitgeoefend. Dit zou dan in de plaats moeten komen van specifieke criteria die nu in de wet voorkomen.

Ik betwijfel of dit een verbetering zal opleveren. Als een specifiek criterium te weinig houvast geeft, wordt dat niet beter door een nog vager criterium in de wet op te nemen. Ik geef als voorbeeld het aftappen van telefoongesprekken (art. 126m Sv), een zeer ingrijpend dwangmiddel dat kan worden toegepast bij alle misdrijven waarop vier jaren of meer staat. Dat is al het

geval bij diefstal van een reep chocola in de supermarkt. Ik weet ook wel dat daarvoor geen tap zal worden bevolen, maar ik noem het voorbeeld omdat het illustreert dat de beslissing om al dan niet te tappen volledig afhangt van de concretisering van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Dan is het belangrijk dat de wet voorwaarden bevat waaraan moet zijn voldaan wil toepassing van het dwangmiddel proportioneel zijn, zoals in de huidige regeling de eis dat sprake is van een feit dat een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert en de eis dat het onderzoek dit dringend vordert.

Het laatste, dat het onderzoek het dringend vordert, is een andere en verdergaande eis dan de eis dat het aftappen in het belang van het onderzoek moet zijn, zoals nu wordt voorgesteld voor het uitoefenen van een bevoegdheid. De extra eis dat afluisteren alleen is toegestaan bij een ernstige inbreuk op de rechtsorde heeft voor de beoordeling meer betekenis dan de algemene eis van proportionaliteit. Concretisering van een in de wet verwoord algemeen beginsel van

proportionaliteit zou kunnen plaatsvinden door een door de rechter in dat verband te stellen voorwaarde dat het afluisteren van telefoongesprekken alleen geoorloofd is bij een ernstige inbreuk op de rechtsorde. Maar als de wet die eis niet stelt zouden ook andere factoren daarvoor voldoende kunnen zijn zoals de relatie tussen dader en slachtoffer, de wens recidive te voorkomen bij een recidivist of het belang dat het feit snel wordt opgehelderd.

Dat zijn allemaal belangen die los staan van de ernst van de inbreuk op de rechtsorde, maar die voor het antwoord op de vraag of er sprake is van proportionaliteit bepalend zouden kunnen zijn. De vraag of de concrete ernst van het feit niet een minimumvoorwaarde moet zijn hoort door de wetgever te worden beantwoord. Ook als de Hoge Raad die eis met een zekere terughoudendheid toetst, blijft staan dat een dergelijke concretisering voor de desbetreffende functionarissen – politie, officieren van justitie en rechters - aanknopingspunten biedt voor de beantwoording van de vraag of de desbetreffende

bevoegdheid, in dit geval de telefoontap, mag worden gebruikt. Ik pleit er dan ook voor de vele ingrijpende bevoegdheden die de opsporingsautoriteiten terecht worden toegekend, zo concreet mogelijk te normeren en niet teveel aan het oordeel van de rechter over te laten. Ik wijs in dit verband ook op de eisen die het EHRM stelt aan inbreuken op het in art. 8 EVRM neergelegde recht op een “private life”, waar het bij de hier bedoelde opsporingsbevoegdheden steeds om gaat.

Ook over de vermindering van administratieve lasten een enkel woord. Vanzelfsprekend is er niets tegen vermindering van administratieve lasten als het gaat om het wegnemen van onnodige werkzaamheden, zoals bij de BOB. Maar administratieve lasten in het strafproces hebben dikwijls te maken met de verantwoording van processuele beslissingen en de uitoefening van onderzoeksbevoegdheden. Dat die administratieve lasten in het voorbereidend onderzoek zo zijn toegenomen is in belangrijke mate het gevolg van de enorme toename van het aantal onderzoeksbevoegdheden in de afgelopen jaren. Goede



verslaglegging van de toepassing van deze bevoegdheden is noodzakelijk om toezicht te kunnen uitoefenen op de rechtmatigheid van het voorbereidend onderzoek en in zoverre zullen de mogelijkheden tot vermindering van administratieve lasten beperkt moeten blijven.

Ten slotte een enkele opmerking over het toezicht op de opsporing. De Contourennota wijst terecht op de beperkte toetsingsmogelijkheden voor de zittingsrechter, al is het wel van belang om vast te stellen dat toezicht van de zittingsrechter er zal moeten blijven, alleen al vanuit diens verantwoordelijkheid voor een eerlijk proces. Maar voldoende kan dat nooit zijn, ook niet omdat in veel gevallen waarin deze opsporingsmiddelen zijn toegepast, er geen vervolging en strafzaak volgt. De contourennota onderstreept terecht het belang van goed toezicht dat mijns inziens steeds noodzakelijker wordt door de toenemende vormen van elektronische opsporing, die zeer grote inbreuken op de privacy kunnen opleveren. Ik kijk dan ook met grote interesse

naar de voorstellen die op dit punt over enige tijd zullen komen.

Ik rond af. Vorig jaar hadden wij de aftrap van dit project, na een jaar van hard werken maken wij vandaag de tussenbalans op om, waar nodig met aanpassing van de route, op de ingeslagen weg voort te gaan. Ik heb veel waardering en bewondering voor wat in het afgelopen jaar tot stand is gebracht door de ambtenaren van het departement en voor de wijze waarop door hen de discussie met de buitenwereld wordt aangegaan. Dat geeft enthousiasme en het congres van vandaag is van dat laatste een voorbeeld. Ik wens u een vruchtbaar congres.

J.W. Fokkens, 15 oktober 2015