Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Platform Modernisering Strafvordering

De codificatie van rechtsbeginselen in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering

Mr. A. Das

1 Inleiding

De modernisering van het Wetboek van Strafvordering is een kind van zijn tijd. Het betreft in de eerste plaats een pragmatisch en instrumenteel ingestoken wetgevingstraject dat het strafprocesrecht door wijzingen van min of meer technische aard beter moet structureren en stroomlijnen.[1] Het rechtspolitieke klimaat is er niet naar op de fundamenten van het straf(proces)recht te reflecteren. De ambities voor de codificatie[2] van beginselen in het gemoderniseerde wetboek zijn op het eerste gezicht navenant bescheiden: veeleer wordt beoogd de toegankelijkheid tot reeds in het positieve recht erkende beginselen te vergroten en de verhouding tot de rechtsbronnen waar deze uit voortvloeien te 'optimaliseren'.[3]

In de Boeken 1 en 2 van het nieuwe wetboek – de boeken waar deze bijdrage zich op richt – zijn in de gecodificeerde rechtsbeginselen twee categorieën te herkennen. Wanneer beginselen worden erkend door een bepaalde rechtsbron, in het moderniseringstraject door de wetgever, kunnen deze ten eerste de gedaante aannemen van een concrete rechtsnorm waar in de rechtspraktijk rechtstreeks aan getoetst kan worden. De rechtsbeginselen in Titel 1.2 van Boek 2, die alleen op het opsporingsonderzoek betrekking hebben, kennen zo een gedaante. Het gaat om enkele beginselen van een behoorlijke procesorde, zoals het proportionaliteitsbeginsel, aangevuld met onder andere het instigatieverbod. Beginselen kunnen daarnaast, ook nadat deze zijn gecodificeerd, een meer abstract karakter behouden. Deze rechtsbeginselen lenen zich er dan niet voor om direct aan te toetsen, maar kennen een richtinggevende betekenis. De rechtsbeginselen in Titel 1.1 van Boek 1 lijken een dergelijk karakter te kennen. Het gaat om het recht op een eerlijk proces (ofwel het algemene *fair trial*-beginsel), de onschuldpresumptie en het slachtofferbelang. Deze gecodificeerde rechtsbeginselen gelden voor de gehele strafvordering. In deze bijdrage wordt de rechtstheoretische discussie over wanneer al dan niet van een rechtsbeginsel kan worden gesproken buiten beschouwing gelaten. Er wordt van uitgegaan dat hetgeen de regering[4] in de toelichting als 'rechtsbeginsel' aanduidt, wat ten aanzien van de bepalingen in Titel

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

1.1 van Boek 1 en Titel 1.2 van Boek 2 het geval is, inderdaad ook een rechtsbeginsel is.[5]

Het doel van deze bijdrage is de codificatie van rechtsbeginselen in Titel 1.1 van Boek 1 en Titel 1.2 van Boek 2 kritisch te evalueren. Beoogd wordt aldus niet de beginselen en uitgangspunten die als zodanig aan het nieuwe wetboek ten grondslag worden gelegd te inventariseren of te evalueren. In hoofdzaak gaat het mij om de vraag in hoeverre de doelstellingen die de regering met het codificatievoorstel heeft, zich zullen verwezenlijken. Deze doelstellingen zijn allereerst – zoals reeds genoemd – het vergroten van de toegankelijkheid en kenbaarheid van de rechtsbeginselen en de 'optimalisering' van de verhouding tot andere rechtsbronnen als het rechtersrecht en het EVRM. Ook kan de codificatie democratische legitimatie verschaffen aan rechtsbeginselen, hetgeen mede een symbolische waarde heeft,[6] en ertoe bijdragen dat het wetboek een actueel en systematisch overzicht biedt van het geldende recht.[7], [8] Daarnaast worden in deze bijdrage verschillende risico's aangekaart – die al dan niet met de beoogde doelstellingen samenhangen – die de codificatie van de beginselen met zich kan brengen. Op basis van de kritische doorlichting van het voorstel wordt geconcludeerd dat het resultaat dat de codificatie van rechtsbeginselen oplevert onbevredigend is. Doordat het codificatievoorstel van een weinig systematische en zichtbare doordenking blijk geeft, ogen de keuzes die door de regering worden gemaakt op onderdelen zowel naar inhoud als plaats in het wetboek wat willekeurig. Ten aanzien van de rechtsbeginselen in Boek 2 zouden de in deze bijdrage aangekaarte bezwaren mogelijk weggenomen kunnen worden door het voorstel alsnog nader, althans beter zichtbaar, te doordenken en het voorstel eventueel waar nodig aan te passen. Ten aanzien van de in Boek 1 gecodificeerde rechtsbeginselen ligt dit anders: ik betwijfel of het verantwoord is rechtsbeginselen te codificeren die raken aan de belangenafweging die het hart van de strafvordering vormt, zonder dat hieraan een fundamentele discussie voorafgaat.

2 Boek 1: rechtsbeginselen voor de gehele strafvordering

In Titel 1.1 van Boek 1 worden, naast het huidige artikel 1 Sv, drie nieuw te codificeren rechtsbeginselen opgenomen: het recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn, de onschuldpresumptie en het slachtofferbelang. Wanneer de drie nieuwe bepalingen in samenhang met de inleidende toelichting bij Boek 1 worden gelezen, dan lijkt duidelijk te worden dat de regering met de gecodificeerde rechtsbeginselen uitdrukking heeft willen geven aan een belangrijke ontwikkeling die zich binnen de strafvordering heeft voorgedaan sinds de invoering van het wetboek in 1926: de versterking van de rechtspositie van de verdachte respectievelijk het slachtoffer.[9] In symbolisch opzicht is met name de bepaling ten

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

aanzien van het slachtoffer wezenlijk:[10] de codificatie van de rechtspositie van het slachtoffer in algemene zin behelst een onomwonden democratische erkenning van de emancipatie van het slachtoffer.[11] Door het gieten van de rechtsposities van de verdachte en het slachtoffer in de vorm van rechtsbeginselen (ten aanzien van de verdachte gebeurt dit althans in zoverre zijn rechtspositie tot het recht op een eerlijk proces en de onschuldpresumptie wordt beperkt), moet de wetgevings- en rechtspraktijk ertoe worden bewogen zich steeds rekenschap te geven van de rechten en belangen van de verdachte en het slachtoffer bij het nemen van voor de strafvordering relevante beslissingen.[12] Dit is van belang wil de strafvordering een 'adequate justitiële reactie op strafbare feiten' kunnen bieden.[13] Hiermee kennen deze gecodificeerde rechtsbeginselen in de eerste plaats een meer generieke, richtinggevende betekenis en ligt het niet in de lijn der verwachting dat deze als rechtsnorm *in concreto* worden gehanteerd.[14]

2.1 De druk van individuele rechtsposities op het publiekrechtelijke rechtskarakter van de strafvordering

In de inleidende toelichting bij Boek 1 schetst de regering een beeld van de actuele maatschappelijke context van het strafprocesrecht. De burger is, zo stelt de regering, mondiger geworden. Binnen de verzorgingsstaat moet met de rechten en belangen van verschillende burgers – zowel verdachten als slachtoffers – rekening worden gehouden.[15] Het beeld dat in de toelichting wordt geschetst is volgens mij wat eenzijdig: van burgers wordt tegenwoordig ook *verwacht* dat zij meer verantwoordelijkheid nemen om hun rechten op te eisen en hun belangen te verwezenlijken binnen de samenleving. Het is de ontwikkeling naar eerst een verzorgingsstaat, die vervolgens geleidelijk verwordt tot een samenleving waarin de aandacht komt te liggen op zelfredzaamheid (ook wel een participatiesstaat genoemd), die de actuele maatschappelijk context voor de nadruk op het belang van de individuele rechtsposities in het gemoderniseerde wetboek biedt. De verdachte heeft tegenwoordig als mondige en assertieve procespartij weliswaar veel rechten, maar hij draagt ook steeds meer verantwoordelijkheid om deze te verwezenlijken:[16] het loont tegen een strafbeschikking verzet in te stellen; de verdachte zal tijdig in het vooronderzoek van de hem toekomende rechten gebruik moeten maken; op rechtsbescherming door de rechter hoeft pas te worden gerekend na een correct gevoerd verweer; enzovoort. Ook voor het slachtoffer geldt dat er ruimte is voor een grotere en actievere rol binnen de strafvordering, maar dat deze rol eveneens niet gratuit wordt vervuld. Meer rechten voor het slachtoffer betekent dat sommige slachtoffers beter voor zichzelf op zullen kunnen komen dan andere slachtoffers. Het slachtoffer dat voor zichzelf opkomt, stelt zichzelf evenwel bloot aan een groter risico van secundaire vicitimisatie. Waar het op neerkomt, is dat de betrokkene bij

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

het strafproces die wil bereiken dat binnen de strafvordering met zijn belangen rekening wordt gehouden hier mede zelf de verantwoordelijkheid voor draagt.[17] Het conditionele karakter van de (rechts)bescherming door de staat is in algemene zin kenmerkend voor de moderne samenleving die tendeert naar een nadruk op de verantwoordelijkheid van (individuele) burgers.[18]

Wat men van de zojuist geschetste ontwikkeling vindt, wordt tot op grote hoogte bepaald door de politieke bril waarmee deze wordt beschouwd. Mijns inziens kan echter moeilijk ontkend worden dat de keerzijde van de medaille in ieder geval is dat met verantwoordelijkheid verwachtingen komen. Als de betrokkene zijn eigen belangen binnen de strafvordering tot op bepaalde hoogte kan en ook moet realiseren, dan is het redelijk dat hij hier de verwachting aan ontleent dat zijn (proces)opstelling van invloed kan zijn op het verloop en de uitkomst van de strafprocedure (anders gezegd: op de justitiële reactie). De verdachte of de verdediging die een verweer voert of een verzoek doet in overeenstemming met de voorgeschreven strikte vereisten, verwacht dat het belang dat zo aan het licht wordt gebracht zichtbaar serieus wordt genomen en tot consequenties binnen de strafvordering zal kunnen leiden. En het is niet vreemd dat het slachtoffer dat zich op de zitting uitspreekt en zichzelf hierdoor kwetsbaar maakt, verwacht dat zijn verklaring enige relevantie heeft binnen de strafvordering. Het toekennen van verantwoordelijkheid zonder het toekennen van invloed leidt onvermijdelijk tot teleurstelling. De operationalisering van dit besef brengt met zich dat de strafvordering rekening dient te houden met, en tot op bepaalde hoogte recht dient te doen aan, de belangen die de individuele betrokkenen in een strafzaak naar voren brengen. Zo ontstaat binnen de strafvordering ruimte voor wat De Jong als het particularistische narratief aanduidt.[19] Wanneer de rechtsposities van de verdachte en van het slachtoffer binnen de strafvordering steeds meer als autonome posities van individuele verantwoordelijkheid worden beschouwd, dan gaat hiermee de verwachting gepaard dat de justitiële reactie ook aan het narratief van de individuele burgers tegemoet zal komen.

Het voorgaande zou zo samengevat kunnen worden: particuliere belangen proberen het publieke rechtskarakter van de strafvordering binnen te sluipen. De notie dat het belang van de verdachte noch dat van het slachtoffer binnen het strafrecht een particulier belang is, maar dat beider posities vervat zijn in de algemene belangen die besloten liggen in het publieke rechtskarakter van de strafvordering, wordt onder druk gezet. Dit rechtskarakter wordt, zoals uit de memorie van toelichting bij het wetboek van 1926 kan worden afgeleid, bepaald door het streven naar een compromis tussen twee algemene belangen:[20] enerzijds het belang aan de autoriteiten de nodige middelen te verschaffen om schuldigen op te kunnen sporen en te bestraffen en anderzijds het belang dat burgers de mogelijkheid krijgen zich te

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

verweren tegen de negatieve gevolgen van het streven schuldigen te straffen.[21] Het negatieve gevolg van de rechtshandhaving waartegen de burger – meer in het bijzonder de verdachte – zich moet kunnen verweren, is in de eerste plaats de mogelijkheid dat hij ten onrechte voor schuldig wordt gehouden. De negatieve gevolgen van de rechtshandhaving beperken zich echter niet hiertoe: in het bijzonder dient eveneens te worden voorkomen dat strafvorderlijke machtsuitoefening op een onbehoorlijke, dat wil mede zeggen willekeurige, wijze geschiedt.[22] Uit dit laatste kunnen rechtstreeks strafvorderlijke rechtsbeginselen worden afgeleid op de naleving waarvan de burger aanspraak moet kunnen maken, zoals beginselen die betrekking hebben op gelijkheid en proportionaliteit. Inherent aan het rechtskarakter van de strafvordering is zo beschouwd de rechtsbescherming tegen de overheid, teneinde de bestraffing van onschuldigen te voorkomen en een behoorlijke machtsuitoefening te waarborgen.[23] De rechten en belangen van de verdachte ontspruiten aldus niet uit het particuliere belang van de individuele verdachte, maar deze zijn instrumenteel aan het realiseren van het compromis tussen twee algemene belangen dat het rechtskarakter van de strafvordering bepaalt. Mettertijd is het besef sterker geworden dat binnen de strafvordering niet alleen de verdachte, maar ook andere betrokkenen bij het strafproces beschermd moeten worden tegen de negatieve consequenties van de rechtshandhaving. In het bijzonder kan hierbij worden gedacht aan getuigen[24] en slachtoffers. Zo is niet te rechtvaardigen dat een getuige wordt gemarteld om bewijs te vergaren en moet het slachtoffer worden beschermd tegen de secundaire victimisatie die het gevolg kan zijn van het strafproces.[25] Omdat deze betrokkenen minder vaak en doorgaans op minder ingrijpende wijze dan de verdachte met de negatieve gevolgen *van de rechtshandhaving* te maken krijgen, ligt binnen het publieke rechtskarakter van de strafvordering de nadruk op de rechtsbescherming van de verdachte tegen de overheid.

Het strafprocesrecht kan in voorgaande vorm heel wel tot een justitiële reactie leiden die voldoet aan de verwachtingen van individuele slachtoffers en verdachten. Tegelijkertijd is de relevantie van deze verwachtingen beperkt doordat de justitiële reactie gerechtvaardigd moet worden in termen toegespitst op de doelstellingen die voortvloeien uit het compromis tussen twee algemene belangen: de bestraffing van schuldigen, en dus niet van onschuldigen, en een behoorlijke machtsuitoefening. De invulling van deze doelstellingen en de onderlinge verhouding hiertussen is bovendien geënt op het publieke belang dat de strafvordering een compromis tussen rechtshandhandhaving en rechtsbescherming moet vormen, en dus niet op het perspectief van de individuele betrokkenen bij het strafproces op deze doelstellingen. Druk op het publieke rechtskarakter van de strafvordering ontstaat wanneer door burgers of de maatschappij de verwachting wordt gekoesterd van een

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

justitiële reactie die méér biedt – in de vorm van procedures en/of resultaten – dan uit het compromis tussen de twee algemene belangen kan worden afgeleid. De beweging binnen de samenleving die ertoe leidt dat de rechtsposities van de verdachte en het slachtoffer in toenemende mate als autonome posities van individuele verantwoordelijkheid worden beschouwd kan tot dergelijke druk aanleiding geven. De stelling dat de activiteit van individuele betrokkenen binnen de strafvordering slechts bedoeld is om de realisering van de – op het publieke belang geënte – strafvorderlijke doelstellingen te bevorderen in aanvulling op de primaire verantwoordelijkheid hiertoe van de staat, verliest aan zeggingskracht. Kenmerkend voor de verschuiving naar een moderne participatiestaat is immers juist dat de realisering van deze doelstellingen, die op uiteenlopende wijze aan burgers bescherming beogen te bieden, conditioneel is aan de activiteit van individuele burgers. Waarom zou de burger die dus zelf in toenemende mate mede de verantwoordelijkheid draagt om te waarborgen dat belangen die op hem betrekking hebben binnen het geding worden gebracht en beschermd worden niet mogen verwachten dat de strafvordering in toenemende mate ook daadwerkelijk recht doet aan hoe hij zijn belangen percipieert en inkleurt? Dat de zelfredzame burger meer lasten moet dragen, terwijl de justitiële reactie (de 'lusten') louter in termen van het publieke belang wordt gerechtvaardigd is niet eenvoudig uit te leggen. De diverse en veelledige verwachtingen die geformuleerd kunnen worden door de verdachte of het slachtoffer vanuit zijn positie van grotere autonomie winnen geleidelijk aan relevantie. Zo beschouwd is de vaststelling van de regering dat de burger mondiger is geworden en meer verwacht van het strafrecht juist, maar kan in dit opzicht ook niet onvermeld blijven dat deze verwachtingen door de nadruk op de individuele verantwoordelijkheid van burgers *gerechtvaardigd* kunnen zijn.

2.2 De omgang in het voorstel met de druk op het rechtskarakter van de strafvordering

In de algemene toelichting bij Boek 1 besteedt de regering aandacht aan de verschillende doelstellingen van de strafvordering. Vooropgesteld wordt dat de bestraffing van schuldigen en het voorkomen van de bestraffing van onschuldigen de (tweeledige) 'hoofddoelstelling' van de strafvordering vormt en dat er daarnaast 'nevendoelstellingen' bestaan, namelijk dat recht moet worden gedaan aan de rechten en belangen van de verdachte en het slachtoffer.[26] In de opening van Boek 1 wordt de rechtspositie van de verdachte – dit gebeurt althans als reeds gezegd gedeeltelijk[27] – respectievelijk het slachtoffer als rechtsbeginsel gecodificeerd; dit geldt niet voor de hoofddoelstelling. De rechtsposities van de verdachte en van het slachtoffer worden in de toelichting bij Boek 1 niet uitdrukkelijk gegrond in een algemeen belang, maar veeleer als autonome doelstellingen van de strafvordering

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

gepresenteerd. De implicatie hiervan lijkt te zijn dat deze rechtsposities met name in verhouding tot elkaar moeten worden gezien en dat deze niet in een noodzakelijke verhouding staan tot de hoofddoelstelling.[28]

De erkenning dat de doelstellingen van de strafvordering verbreed zijn – de regering spreekt van een 'verschuiving'[29] – doordat het belang van de individuele rechtsposities is toegenomen kan als een actuele weergave van de stand van het recht worden beschouwd. Positief beschouwd heeft het voorstel tot gevolg dat vrijwel een ieder die het eerste deel van het nieuwe wetboek bekijkt en de toelichting hierbij leest hieraan de verwachting kan ontlenen dat met het belang dat hij van wezenlijke betekenis acht binnen de strafvordering rekening zal worden gehouden, of dit belang nu algemeen of meer particulier is gekleurd. Het voorstel doet wat dat betreft weinig om de wind uit de zeilen te nemen van de ontwikkeling waarbij burgers meer verwachtingen koesteren van de justitiële reactie die de strafvordering te bieden heeft. Wellicht worden deze verwachtingen zelfs versterkt door de isolationistische benadering van de doelstellingen door de regering. Het besef dat verschillende belangen binnen de strafvordering pas daadwerkelijk hun betekenis krijgen in verhouding tot de andere in het geding zijnde belangen,[30] geeft de regering geen aanleiding tot inhoudelijke beschouwingen met betrekking tot de wijze waarop de verschillende doelstellingen binnen de strafvordering verenigd zouden moeten worden. De centrale vraag – hoe de strafvordering recht moet doen aan de veelledige en diverse verwachtingen van burgers en de maatschappij – wordt niet geadresseerd.

De isolationistische benadering van de regering is problematisch. Om onder druk van de complexer geworden verwachtingen een 'adequate rechtshandhaving én daadwerkelijke rechtsbescherming'[31] te waarborgen, is normatieve sturing immers noodzakelijk. Hiertoe zal aandacht moeten worden besteed aan de onderlinge verhouding tussen de verschillende doelstellingen, het gewicht van de verschillende belangen en de vraag in hoeverre het mogelijk en wenselijk is deze belangen te individualiseren binnen de strafvordering. Anders gezegd: bedacht zal moeten worden aan wie rechtsbescherming wordt geboden, waar de grondslag voor deze rechtsbescherming in wordt gevonden (en dus op welke wijze deze wordt ingekleurd) en hoe belangrijk deze bescherming wordt gevonden in verhouding tot de andere belangen – waaronder de rechtshandhaving – die ook door middel van de strafvordering verwezenlijkt moeten worden. Het is nooit mogelijk alle belangen binnen de strafvordering volledig te realiseren, maar er moet wel steeds uitgelegd kunnen worden waarom dit niet het geval is. Slechts vanuit een coherent normatief *compromis* waarin de verschillende belangen worden verenigd is het mogelijk de verwachtingen van de betrokkenen en de maatschappij bestendig en op consistente wijze te temperen, althans deze te kanaliseren. Dit is van belang omdat het

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

rechtskarakter van de strafvordering dan zelf een waarborg vormt om onevenwichtigheden in het stelsel van strafvordering te voorkomen, wanneer een contingente onevenwichtigheid in dit stelsel dreigt doordat op bepaalde belangen te zeer de (rechtspolitieke) nadruk wordt gelegd. Een veeleer isolationistische benadering van de doelstellingen leent zich daarentegen niet goed voor het stellen van normatieve grenzen. Zo is in de toelichting bij Boek 1 geen *inherente* rechtsbescherming te herkennen tegen de strafvorderlijke machtsuitoefening ten behoeve van het streven naar de waarheidsvinding teneinde (alleen) schuldigen te bestraffen, doordat deze machtsuitoefening niet gegrond hoeft te zijn in een bepaald compromis om legitiem te zijn. Beginselen die de verabsolutering van de waarheidsvinding tegen moeten gaan, zoals beginselen die op de behoorlijkheid van het overheidshandelen betrekking hebben, raken in deze benadering uit het zicht.

De kruik gevuld met verwachtingen gaat zo lang te water tot hij barst. Een adequate justitiële reactie moet aan de gerechtvaardigde verwachtingen van burgers en de maatschappij tegemoetkomen – en deze verwachtingen zijn inderdaad complexer geworden – maar slechts in zoverre dat de normatieve buitengrenzen van een evenwichtige strafvordering zijn gewaarborgd. Wanneer het voorstel aan het laatste geen bijdrage levert, maar slechts de verwachtingen die van de justitiële reactie worden gekoesterd voedt, schiet het voorstel zijn doel voorbij. Het theoretische fundament voor een ‘adequate rechtshandhaving én daadwerkelijke rechtsbescherming’ dat uit het publieke rechtskarakter van de strafvordering kan worden afgeleid wordt verder onder druk gezet, zonder dat nadere invulling wordt gegeven aan wat de justitiële reactie binnen de hedendaagse maatschappelijke context redelijkerwijs kan behelzen. Het expliciteren door de regering van een meer omvattende visie op de doelstellingen van de strafvordering zou het startpunt moeten vormen voor een serieuze discussie over hoe de verschillende belangen die binnen de strafvordering een rol spelen in de toekomstige wetgevings- en rechtspraktijk verenigd moeten worden. Wanneer de regering niet tot een dergelijke discussie bereid is, of deze niet wenselijk of mogelijk acht binnen het moderniseringstraject, dan komt het mij verantwoorder voor de modernisering niet aan te wenden om algemene bepalingen en beschouwingen te formuleren die raken aan de belangenafweging die het hart van de strafvordering vormt.

2.3 De onevenwichtigheid in formulering van de rechtsbeginselen

Een – zogezegd – subsidiair punt is dat wanneer de bepalingen over de rechtspositie van de verdachte respectievelijk het slachtoffer naast elkaar worden gelegd, direct de onderlinge onevenwichtigheid opvalt. Mocht de regering (in grote lijnen) volharden in het huidige voorstel de rechtsposities van de verdachte en het slachtoffer te codificeren, dan zou wat mij betreft nog eens goed naar de

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

formulering van de bepalingen moeten worden gekeken. De rechten en belangen van de verdachte worden beperkt tot het algemene *fair trial*-beginsel (binnen een redelijke termijn) en de onschuldpresumptie. De rechtspositie van het slachtoffer wordt daarentegen in de vrijwel meest ruim denkbare termen gevat ('Strafvordering geschiedt op een wijze die recht doet aan de belangen van het slachtoffer.'). De onevenwichtigheid ontstaat doordat de gekozen formuleringen suggereren dat de rechtspositie van de verdachte beperkt zou zijn tot het recht op een eerlijk proces en de bescherming van de onschuldpresumptie. Dit is – ondanks de centrale betekenis die in het bijzonder de onschuldpresumptie voor de rechtspositie van de verdachte heeft[32] – niet het geval. Ook bijvoorbeeld andere EVRM-rechten kunnen het belang van de verdachte dienen in het concrete geval; meer algemeen gesteld lijkt de normatieve opvatting die aan het nieuwe wetboek ten grondslag wordt gelegd te zijn dat met de rechten en vrijheden van de verdachte rekening dient te worden gehouden. In het rechtsbeginsel dat op de verdachte betrekking heeft zou volgens mij daarom niet alleen tot uitdrukking moeten worden gebracht dat de verdachte recht heeft op een eerlijk proces en dat hij voor onschuldig moet worden gehouden, maar ook dat in het strafproces de relevante belangen van de verdachte zo goed mogelijk geëerbiedigd moeten worden. Uit de algemene toelichting bij Boek 1 volgt immers eveneens dat zowel met de rechten en belangen van de verdachte als die van het slachtoffer in algemene zin rekening moet worden gehouden binnen de strafvordering. Ik zie daarom niet direct een overtuigend argument om de geconstateerde onevenwichtigheid in stand te houden.

3 Boek 2: rechtsbeginselen voor de opsporing

De beginselen die de regering voornemens is vast te leggen in Boek 2 zijn: (1) de proportionaliteits- en subsidiariteitseis; (2) het beginsel van doelbinding, dat bestaat uit het beginsel van zuiverheid van oogmerk (ofwel: het verbod op détournement de pouvoir) en het vereiste dat bevoegdheden alleen worden uitgeoefend wanneer deze in het belang van het onderzoek plaatsvinden; en (3) het instigatieverbod (nationaalrechtelijk ook wel als het Tallon-criterium aangeduid). Deze rechtsbeginselen zijn geformuleerd als concrete rechtsnormen, die een algemeen normeringskader voor het opsporingsonderzoek moeten bieden.[33] De kern van al deze beginselen is dat een waarborg wordt geboden – aan de burger die object van opsporing is – tegen willekeurige, althans onbehoorlijke, machtsuitoefening door de overheid.[34] De rechtsbeginselen vormen een aanvulling op de specifieke voorwaarden die gelden voor de inzet van de afzonderlijke strafvorderlijke bevoegdheden. Met uitzondering van het rechtsbeginsel dat betrekking heeft op het onderzoeksbelang, gaat het om algemeen erkende beginselen.[35] Het onderzoeksbelang komt wel reeds in diverse bepalingen van het huidige Wetboek van Strafvordering voor.

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

3.1 De onvolledigheid van het normeringskader

Vanuit het perspectief van de toegankelijkheid en kenbaarheid van het recht is het positief te waarderen dat de regering beoogt een algemeen wettelijk normeringskader op basis van rechtsbeginselen te creëren voor de opsporing. De noodzaak zo een kader in de wet neer te leggen is anderzijds niet groot, zeker niet wanneer het hierbij om de codificatie van een ongeschreven rechtspraktijk gaat die reeds algemeen bekend is en bovendien bestendig is gebleken, zoals het geval is ten aanzien van vrijwel alle rechtsbeginselen in Titel 2.1.[36] Een belangrijk bezwaar tegen het voorstel van de regering is dat het kader dat wordt voorgesteld onvolledig is: niet alle rechtsbeginselen die voor de opsporing relevant zijn, worden gecodificeerd. Duidelijk is in ieder geval dat het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, beide beginselen van een behoorlijke procesorde, ontbreken. Omdat de regering in de toelichting geen aandacht besteedt aan het ontbreken van deze rechtsbeginselen, is het onduidelijk of de regering bewust afziet van het codificeren van deze beginselen en zo ja: om welke redenen zij dit doet. Voor het ontbreken van het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel in het wettelijk normeringskader kan ik twee redenen bedenken: (1) de regering vindt het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel in zijn algemeenheid ongeschikte beginselen om te codificeren in het Wetboek van Strafvordering of (2) de regering meent dat deze beginselen voor de opsporing niet relevant zijn.

Met de eerste reden zou de regering mogelijk aansluiting zoeken bij de Algemene wet bestuursrecht-wetgever, die eveneens afzag van het codificeren van het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Omdat ook de Awb-wetgever niet heel expliciet was over zijn beweegredenen, is in de bestuursrechtelijke literatuur – waarin eveneens kritiek wordt geuit op de onvolledigheid van de codificatie van rechtsbeginselen – gezocht naar verklaringen.[37] Ten aanzien van het vertrouwensbeginsel is geopperd dat van de codificatie van het vertrouwensbeginsel werd afgezien vanwege de complexiteit van dit beginsel. Het vertrouwensbeginsel is een betrekkelijk genuanceerd beginsel,[38] waardoor er goed omstandigheden denkbaar zijn waaronder ook gerechtvaardigd door de overheid opgewekt vertrouwen geschonden zou mogen worden.[39] Aan het beginselenkarakter van het vertrouwensbeginsel doet dit vanzelfsprekend niet af, maar dit verklaart wellicht mede waarom het een lastiger beginsel is om in een heldere, eenduidige rechtsnorm te vangen dan de rechtsbeginselen die in Titel 2.1 worden neergelegd. Ten aanzien van het gelijkheidsbeginsel is geopperd dat dit beginsel reeds in een andere rechtsbron is gecodificeerd – de Grondwet – en dat een codificatie in een wet in formele zin hier weinig aan zou toevoegen.[40] Ook ten aanzien van dit beginsel laat zich bovendien indenken dat het moeilijk te vangen is

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

in een harde rechtsnorm, omdat het mogelijk is dat ook wanneer een gelijk geval ongelijk wordt behandeld, er zwaarder wegende belangen zijn die dit kunnen rechtvaardigen.[41]

Wat de tweede mogelijke reden voor het ontbreken van het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel in Titel 2.1 betreft, moet worden erkend dat deze beginselen waarschijnlijk een beperktere rol spelen binnen de opsporing dan de beginselen die de regering in het voorstel wil codificeren. Dit neemt niet weg dat goed denkbaar is dat aan deze beginselen als gedragsnorm voor de opsporingsautoriteiten in het opsporingsonderzoek wel degelijk relevantie toekomt.[42]

Hoewel er dus redenen zijn te bedenken om het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel niet in de wet op te nemen, rechtvaardigen deze redenen niet zonder meer de keuze voor een onvolledig normeringskader. Een belangrijke reden om deze keuze niet te maken is dat een onvolledig wettelijk normeringskader het risico met zich brengt van een negatieve invloed op de rechtszekerheid. Het onvolledige kader kan tot gevolg hebben dat de niet-gecodificeerde beginselen, in die (zeldzame) gevallen waarin deze een rol kunnen spelen in de opsporingspraktijk, over het hoofd worden gezien. Deze kunnen dan immers niet uit het algemene wettelijke normeringskader worden afgeleid, maar moeten alsnog in een andere (ongeschreven) rechtsbron worden gezocht. Daarnaast moet men bij een onvolledig wettelijk normeringskader bedacht zijn op het risico van *a contrario*-redeneringen: aan het codificeren van slechts bepaalde rechtsbeginselen kleeft het gevaar dat hieruit wordt afgeleid dat aan de niet-gecodificeerde beginselen geen of minder betekenis toekomt.[43] Tot slot is een differentiatie in rechtsbronnen waaruit normerende rechtsbeginselen moeten worden afgeleid niet in lijn met de vereenvoudiging en stroomlijning die wordt beoogd met de modernisering.

In het licht van het voorgaande zou een meer systematische benadering van de vormgeving van het algemene normeringskader aangewezen zijn. De regering zou eerst de volgens haar relevante rechtsbeginselen voor de opsporing kunnen aanwijzen. Er zijn wellicht naast het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel ook andere rechtsbeginselen die niet in het voorgestelde kader zijn opgenomen. Vervolgens zou de regering kunnen toelichten waarom de doelstelling al dan niet is geweest een zo volledig mogelijk normeringskader vorm te geven en waarom er binnen de grenzen van deze doelstelling voor is gekozen bepaalde rechtsbeginselen al dan niet als rechtsnorm te codificeren.[44] Op deze wijze wordt een transparant en constructief wetgevingsproces gefaciliteerd: er ontstaat ruimte voor discussie en er kan eventueel naar aanleiding van deze discussie op zoek worden gegaan naar een formulering als rechtsnorm van de afzonderlijke rechtsbeginselen die aan de bezwaren van de codificatie hiervan tegemoet komt. Het inzicht in de keuzes van de

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

wetsontwerper is niet alleen vanuit het perspectief van stroomlijning en rechtszekerheid waardevol. Een systematische en zichtbare doordenking van het algemene normeringskader brengt de impliciete democratische erkenning van de (eventueel) niet-gecodificeerde rechtsbeginselen met zich. Bovendien biedt deze werkwijze de regering de gelegenheid te benadrukken dat het wettelijke normeringskader van rechtsbeginselen uitputtend noch gesloten is, maar dat deze slechts een actuele stand van zaken bevat die in de toekomst ontwikkeld en aangevuld kan worden.

3.2 De doorwerking van het rechtsbeginsel

De codificatie van beginselen in Boek 2 behelst niet veel meer dan een codificatie van bestaande, bestendige rechtsnormen in bewoordingen zoals deze in grote lijnen ook reeds in de praktijk worden gehanteerd. Het effect van de codificatie op de toepassing van het rechtsbeginsel in de rechtspraktijk zal daarom naar verwachting in beginsel beperkt zijn.[45] Wat door de regering wordt bedoeld wanneer wordt geschreven dat de verhouding tot de rechtsbron waar de rechtsbeginselen thans uit voortvloeien – hoofdzakelijk het rechtersrecht – wordt ‘geoptimaliseerd’, is mij in het licht van deze verwachting niet goed duidelijk. Uit de toelichting kan niet worden afgeleid waarom de doorwerking van de nu nog ongeschreven rechtsbeginselen door de codificatie versterkt zou worden. Het is een gemiste kans wanneer niet over het effect van de codificatie op de doorwerking van het rechtsbeginsel nagedacht zou worden, mede omdat in de literatuur – in het bijzonder ten aanzien van de proportionaliteits- en subsidiariteitseis – duidelijke en gesubstantieerde zorgen zijn geuit over de doorwerking – en daarmee de werkelijke normerende betekenis – van ongeschreven rechtsbeginselen op het terrein van de opsporing.[46] De toetsing aan deze beginselen zou nauwelijks inzichtelijk zijn: door zowel opsporingsautoriteiten als rechters worden algemene en weinig casusspecifieke formuleringen gehanteerd.

Ook zonder aan de materiële betekenis van het rechtsbeginsel te raken – de regering is er duidelijk in dat dit buiten de doelstellingen van het codificatievoorstel zou vallen – zou door middel van de codificatie de normerende werking van het beginsel in de praktijk versterkt kunnen worden. Hiertoe zou onderzoek moeten worden gedaan naar de wijze waarop rechtsbeginselen thans in de praktijk worden toegepast – in het bijzonder of de kritische conclusies in de literatuur juist zijn – zodat eventuele verbeterpunten in de doorwerking van deze beginselen gesignaleerd kunnen worden. Zo is het duidelijk dat zowel de proportionaliteits- als subsidiariteitseis twee maatstaven in zich bergt: de beginselen gelden ‘vol’ als gedragsnorm voor de opsporingsautoriteiten en de rechter voert ‘marginaal’ een rechtmatigheidstoets uit, welke neerkomt op de beantwoording van de vraag of de

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

bevoegdheidsuitoefening (apert) onredelijk is geweest.[47] Om te kunnen beoordelen of het beginsel *in concreto* ook steeds het beoogde normerende effect heeft, zou zowel de toepassing van de 'volle' als de 'marginale' toets op zodanige wijze zichtbaar en concreet moeten worden gemaakt dat voor de buitenstaander de invulling van de toetsing *in concreto* inzichtelijk is. Indien nodig kan de codificatie – of in ieder geval de toelichting – aangegrepen worden om opsporingsautoriteiten en rechtspraak aan te sporen een beter inzicht te bieden in de toetsing in het concrete geval, zonder dat de maatstaven van een 'volle' en 'marginale' toetsing hoeven te worden aangepast. De verhouding tussen het rechtersrecht – waarin zowel de materiële betekenis van het rechtsbeginsel als de te hanteren toetsingsmaatstaven worden ingevuld – en de codificatie wordt geoptimaliseerd, doordat de codificatie faciliteert dat de betekenis die aan de rechtsbeginselen wordt toegekend steeds ook *in concreto* normerende betekenis heeft.

Overigens valt met betrekking tot de formulering van de proportionaliteits- en subsidiariteitseis nog een specifiek punt op. De proportionaliteitseis is positief geformuleerd (de uitoefening moet in een redelijke verhouding staan tot het doel), terwijl de subsidiariteitseis negatief is geformuleerd (het beoogde doel kan niet op een andere en minder ingrijpende wijze worden bereikt). Zuiver grammaticaal geïnterpreteerd impliceert de positieve formulering een vollere toetsing aan het beginsel dan een negatieve formulering. Uit de toelichting blijkt niet dat de regering een verschil in toepassing tussen beide beginselen heeft beoogd. Vanuit het oogpunt van een consistente wetgeving is het raadzaam toe te lichten waarom voor dit verschil in formulering is gekozen, of anders de formuleringen te uniformeren.

3.3 De symbolische zeggingskracht van de codificatie

Omdat de wet in Nederland de primaire – en een onbetwiste – bron van het strafprocesrecht is, is het voor de constitutionele legitimiteit van de rechtsbeginselen goed dat deze democratisch worden gelegitimeerd.[48] Het democratische wetgevingsproces kan bovendien een positieve rol vervullen door de symbolische betekenis die dit proces kan uitstralen.[49] De zeggingskracht van de codificatie van rechtsbeginselen in Boek 2 was evenwel veel sterker geweest wanneer de regering de ratio van de verschillende beginselen had geëxpliciteerd en onderschreven. Nu volstaat de regering met een uiterst summiere toelichting, zonder toe te lichten waarom het beginsel volgens de regering van belang is of door voorbeelden te geven van situaties waarin de ratio van het beginsel zou nopen tot het achterwege laten van bepaald overheidshandelen. Het onvermijdelijke gevolg van deze benadering is dat het technische aspect van het codificatievoorstel – het vastleggen van bestendig buitenwettelijk recht in de wet – meer op de voorgrond treedt dan de democratische erkenning van het *fundamentele* belang van de

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

rechtsbeginselen.

3.4 De problematisch summiere onderbouwing van een nieuw rechtsbeginsel

Van de rechtsbeginselen die in Boek 2 worden neergelegd, kan er één als min of meer nieuw worden aangemerkt: artikel 2.1.2.1, lid 2. Deze bepaling luidt: 'Onverminderd nadere beperking bij of krachtens de wet, wordt een bevoegdheid alleen uitgeoefend indien dit in het belang van het onderzoek is.' In de toelichting wordt verduidelijkt wat hiermee wordt bedoeld: '(…) voor het uitoefenen van bevoegdheden [moet, *AD*] een goede reden bestaan die betrekking heeft op de uitvoering van het opsporingsonderzoek naar het strafbaar feit of de strafbare feiten waarop de verdenking zich richt.'[50] De toelichting is toegesneden op de uitoefening van bevoegdheden (de huidige art. 56 lid 1 en 57 lid 1 Sv) waarin als bestanddeel is opgenomen dat de bevoegdheid 'in het belang van het onderzoek' wordt uitgevoerd. Om deze bevoegdheden uit te kunnen oefenen, moet reeds sprake zijn van een verdachte. Wanneer deze voorwaarde als rechtsbeginsel wordt geformuleerd, komt hieraan evenwel algemene gelding toe: het betreft een 'minimumvoorwaarde voor de bevoegdheidsuitoefening'.[51] Dit is opmerkelijk, omdat thans – en blijkens het conceptwetsvoorstel ook na de modernisering nog – van rechtmatige bevoegdheidsuitoefening in het kader van de strafvordering sprake kan zijn ook als het opsporingsonderzoek niet plaatsvindt in het kader van een opsporingsonderzoek naar een *verdenking*.[52] Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer wordt gehandeld op basis van de algemene taakstellende bepalingen (art.141/142 Sv en art. 3 Politiewet).[53] Mij lijkt het beginsel daarom minder beperkt te moeten worden uitgelegd dan in de toelichting gebeurt. Maar ook dan is mij niet geheel duidelijk wat de regering met dit rechtsbeginsel beoogt.[54] Om van strafvorderlijke bevoegdheidsuitoefening in het kader van de opsporing te kunnen spreken moet dit handelen reeds plaatsvinden in het kader van een onderzoek in verband met strafbare feiten, op basis van artikel 132a Sv. Vanwege het verbod op détournement de pouvoir mogen de opsporingshandelingen bovendien niet plaatsvinden met uitsluitend een ander doel dan het (opsporings)doel waarvoor de bevoegdheid is gegeven. Hoe het onderzoeksbelang precies moet worden gezien – wanneer hieraan algemene gelding voor de opsporing toekomt – in verhouding tot deze voorwaarden voor de rechtmatige uitoefening van opsporingshandelingen wordt in de toelichting niet verhelderd. Hieruit blijkt slechts dat de voorwaarde van het onderzoeksbelang in het huidige wetboek reeds op verschillende plaatsen voorkomt en dat het aanmerken als rechtsbeginsel als voordeel heeft dat de voorwaarde niet steeds bij afzonderlijke bepalingen herhaald hoeft te worden.[55] Ook de toevoeging dat met de codificatie geen verandering ten opzichte van het geldend recht wordt beoogd is in dit opzicht weinig verhelderend. Een grondigere

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

onderbouwing van de betekenis van dit rechtsbeginsel komt mij wenselijk voor, zodat de concrete normerende betekenis van dit beginsel bij de uitoefening van *alle* opsporingshandelingen duidelijk wordt.

3.5 De verhouding tot Boek 1

Omdat de rechtsbeginselen die in Titel 2.1 worden gecodificeerd niet alleen voor het opsporingsonderzoek door opsporingsautoriteiten gelden maar voor het gehele publiekrecht,[56] rijst de vraag waarom deze rechtsbeginselen niet in Boek 1 worden gecodificeerd. Een mogelijke verklaring is dat bij de modernisering voor een wetgevingsstrategie is gekozen waarbij het rechtsbeginsel daar wordt gecodificeerd waar dit beginsel naar verwachting de belangrijkste rol zal spelen. Dat zal in het geval van het beginsel van de proportionaliteits- en subsidiariteitseis en het verbod op détournement de pouvoir wellicht inderdaad de opsporing zijn. Als deze strategie consequent wordt doorgevoerd, dan zou het in de rede liggen het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel in Boek 3 op te nemen, dat onder andere over de vervolgingsbeslissing handelt. Dit blijkt echter niet het geval te zijn: in Boek 3 worden deze rechtsbeginselen niet opgenomen. Zo ontstaat een weinig overzichtelijke situatie. Op het terrein van de opsporing kunnen bepaalde rechtsbeginselen uit de wet worden afgeleid, maar andere relevante rechtsbeginselen – bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel, zoals uit paragraaf 3.1 bleek – niet. In de andere fasen van de strafvordering moeten rechtsbeginselen zoals de beginselen van een behoorlijke procesorde ook na de modernisering uit het ongeschreven recht worden afgeleid. Is het niet overzichtelijker de rechtsbeginselen die voor de gehele strafvordering relevant zijn bij elkaar in Boek 1 te plaatsen, zodat een algemeen wettelijk normeringskader voor strafvorderlijk overheidshandelen ontstaat? Het is blijkens Titel 2.1 immers niet zo dat de regering de codificatie aangrijpt om de rechtsbeginselen te operationaliseren op een wijze die specifiek is toegespitst op de opsporing. De materiële invulling van de beginselen wordt aan de rechtspraktijk gelaten, waardoor een algemeen kader wat dat betreft geen probleem hoeft te vormen. In aanvulling op het algemene normeringskader zouden beginselen die louter betrekking hebben op een bepaalde procesfase of strafvorderlijke actor bij de desbetreffende titels opgenomen kunnen worden, zoals bijvoorbeeld reeds het geval is met betrekking tot het recht op een onpartijdige en onafhankelijke rechter (art. 271 lid 2 en het voorgestelde art. 1.2.1.1). Minst genomen behoort het codificatievoorstel wat mij betreft gepaard te gaan met een beschouwing over de gekozen plaats voor de rechtsbeginselen in het wetboek, omdat de gemaakte keuzes anders willekeurig ogen waardoor de winst die op het terrein van de toegankelijkheid en overzichtelijkheid van het recht met de codificatie behaald zou kunnen worden dreigt te verdampen.

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

4 Conclusie

In deze bijdrage heb ik geprobeerd enkele discussiepunten aan te dragen die betrekking hebben op het voorstel rechtsbeginselen te codificeren in de Boeken 1 en 2 van het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering:

- In hoeverre is het verantwoord dat de individuele rechtspositie van de verdachte respectievelijk het slachtoffer als rechtsbeginsel wordt gecodificeerd, en dat in de toelichting bij Boek 1 de verwachting van een veelledige en diverse justitiële reactie op strafbare feiten wordt erkend, zonder dat een visie wordt ontvouwd met betrekking tot de wijze waarop de verschillende doelstellingen van de strafvordering verenigd kunnen worden (par. 2.2)?

- Subsidiair: zou niet alleen voor het slachtoffer maar ook voor de verdachte een in algemene termen gevat belangenbeginsel moeten worden geformuleerd (par. 2.3)?

- Het wettelijke normeringskader van rechtsbeginselen dat voor de opsporing wordt voorgesteld is niet volledig. Zou het niet beter zijn wanneer de regering wat dit normeringskader betreft in de toelichting systematisch te werk zou gaan en toe zou lichten of al dan niet naar een zo volledig mogelijk normeringskader wordt gestreefd en voorts waarom de keuze is gemaakt afzonderlijke relevante rechtsbeginselen al dan niet te codificeren (par. 3.1)?

- Er bestaan aanwijzingen dat de doorwerking van thans nog ongeschreven rechtsbeginselen in de rechtspraktijk niet optimaal zou zijn. Zou de codificatie niet aangegrepen moeten worden om de doorwerking van de te codificeren rechtsbeginselen in de rechtspraktijk te onderzoeken en indien noodzakelijk te verbeteren, zodat de normerende betekenis van deze rechtsbeginselen in het concrete geval is gewaarborgd (par. 3.2)?

- Leent het rechtsbeginsel van het onderzoeksbelang zich wel voor algemene gelding, en zo ja: wat is de betekenis van dit beginsel in verhouding tot de reeds bestaande grenzen die worden gesteld aan rechtmatige bevoegdheidsuitoefening in het kader van de opsporing (par. 3.4)?

- Ligt het niet in de rede rechtsbeginselen die voor al het

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

publiekrechtelijke overheidshandelen gelden niet in Boek 2, maar in Boek 1 te codificeren (par. 3.5)?

Noten

1 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278 (contourennota), p. 4 en concept-memorie van toelichting behorende bij Boek 1 (concept-MvT Boek 1), p. 65-66.

2 Van een codificatie, in die zin dat een zo volledig mogelijke weergave van het recht – althans van een onderdeel van het recht – in een wetboek wordt nagestreefd, kan eigenlijk niet worden gesproken. Het gaat eenvoudigweg om het vastleggen van enkele rechtsbeginselen in de wet. Omwille van de leesbaarheid hanteer ik in deze bijdrage de term codificatie als synoniem voor vastlegging in de wet.

3 Zie o.a. contourennota, p. 54, concept-memorie van toelichting behorende bij Boek 2 (concept-MvT Boek 2), p. 17-20 en concept-MvT Boek 1, p. 15, p. 19 en p. 66-67.

4 Met de regering wordt in deze bijdrage de regering in haar functie als de wetsontwerper bedoeld.

5 In de Boeken 1 en 2 komen overigens ook andere bepalingen voor die als beginsel aangemerkt zouden kunnen worden, zoals het recht op een onbevooroordeelde en onpartijdige rechter (art. 1.2.1.1, het huidige art. 271 lid 1 Sv). Deze bijdrage beperkt zich echter slechts tot de beginselen die zijn opgenomen in de openingen van beide boeken en die bovendien niet reeds in het huidige wetboek zijn opgenomen.

6 Concept-MvT Boek 1, p. 66 en concept-MvT Boek 2, p. 19.

7 Contourennota, p. 4 en concept-MvT Boek 1, p.4 en p. 7.

8 Bij het formuleren van deze doelstellingen abstraheer ik enigszins van de specifieke bewoordingen van de regering en de rechtsbeginselen waarmee zij deze doelstellingen in verband brengt. Deze doelstellingen vertonen sterke gelijkenissen met de door Gerards (J.H. Gerards. 'Meer rechtsbeginselen in de Awb? Gezichtspunten voor toekomstige codificatie', in: T. Barkhuyzen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red)., *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 787 e.v.) uitgewerkte gezichtspunten voor (verdere) codificatie van rechtsbeginselen in de Awb. Uit het artikel van Gerards heb ik veel inspiratie kunnen putten voor deze bijdrage.

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

9 Concept-MvT Boek 1, p. 4-7.

10 Ten aanzien van de andere bepalingen geldt dit in mindere mate, doordat deze reeds uitdrukkelijk o.a. uit het EVRM blijken. Bovendien vindt de modernisering min of meer gelijktijdig plaats met de codificatie van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet (wetsvoorstel 34517), waaraan een grotere democratische symboolwaarde moet worden toegekend dan aan een wet in formele zin.

11 De Richtlijn 2012/29/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 tot vaststelling van minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten, en ter vervanging van Kaderbesluit 2001/220/JBZ (*PbEU* 2012, L 315) en de implementatie hiervan (*Stb*. 2017, 90) kan in dit opzicht niet onbenoemd blijven.

12 Concept-MvT Boek 1, p. 4, p. 7, p. 67-77.

13 Contourennota, p. 4 en concept-MvT Boek 1, p. 7.

14 Vgl. T. Barkhuyzen, M.L. van Emmerik & J.H. Gerards, *De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet?*, Deventer: Kluwer 2009, p. 34 en p. 38 en Gerards 2010, p. 801. Ten aanzien van het recht op een eerlijk proces en de onschuldpresumptie kan dit enigszins worden genuanceerd: de toelichting sluit niet uit dat een aanspraak kan worden gemaakt op het nationaalrechtelijk georiënteerde beginselenkarakter van het rechtsbeginsel door de bepaling te benaderen als een vastlegging van de notie van een eerlijk proces en de onschuldpresumptie. De regering geeft in de toelichting immers aan dat het *ook* om de invulling van het recht op een eerlijk proces door de Hoge Raad gaat. Dat alleen hierin een aansporing wordt gelezen om een invulling aan het recht op een eerlijk proces te geven die tot op bepaalde hoogte losgezongen wordt van de Europese ondergrenzen acht ik niet erg waarschijnlijk. Wellicht dat in samenhang met het voorstel het recht op een eerlijk proces in de Grondwet op te nemen wel enige aansporing wordt gelezen voor een (meer) nationaalrechtelijke invulling van deze rechtsbeginselen. Zie hierover nader M.J. Borgers, 'Het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering: beginselen en uitgangspunten', *RM Themis* 2017-6, p. 283.

15 Concept-MvT Boek 1, p. 4.

16 Vgl. Borgers 2017, p. 282.

17 Vgl. F. de Jong, 'Responsabilisering in het Nederlandse straf-, sanctie- en detentierecht', *AA* 2017, p. 640-652 en L. van den Berge, 'De gespleten opdracht van het recht – Autonomie en verbondenheid in het privaat-, straf- en staats- en

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

bestuursrecht', *AA* 2017, p. 654-663.

18 Y. Mounk, *The age of responsibility*, Cambridge: Harvard University Press 2017, p. 30.

19 F. de Jong, *Symbolische en diabolische krachten in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 32.

20 Zie hierover nader T.M. Schalken, *Strafrecht als systeem van rechtsbetrekkingen – Een ontwikkeling naar een evenwicht?*, Arnhem: Gouda Quint 1987, (in het bijzonder) p. 15-16 . Zie ook C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde – Een analyse van rechtspraak in strafzaken*, Arnhem: Gouda Quint 1989, (o.a.) p. 218, P.A.M. Mevis, *Constitutioneel Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 3-4 en M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 42.

21 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3, p. 55. Het gaat om de volgende passage: 'Met het doel den vermoedelijk schuldige te vatten en gevangen te houden kunnen maatregen worden getroffen, welke de belangen van niet-schuldigen, van derden, zeer ernstig kunnen schaden. Bij elke regeling van het strafproces vertoont zich een zoodanig conflict en moet dus naar eene verzoening tusschen tegenstrijdige belangen worden gestreefd.'

22 Zie o.a. Schalken 1988, p. 5-6 en Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 46.

23 Zie o.a. Schalken 1987, p. 16 en Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 38-39.

24 De positie van andere betrokkenen bij de strafvordering dan de verdachte of het slachtoffer – zoals de getuige of de burger die object van strafvorderlijk onderzoek is zonder dat sprake is van een verdenking – komt in titel 1.1 niet aan de orde. In de concept-MvT Boek 1 wordt hier wel aan gerefereerd. Zie nader over deze 'onevenwichtigheid', in het bijzonder toegespitst op de positie van de getuige, Borgers 2017, p. 284-285.

25 Zie hierover nader M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 81.

26 Concept-MvT Boek 1, p. 4.

27 In het vervolg van deze subparagraaf ga ik ervan uit dat de in par. 2.3 geconstateerde onevenwichtigheid wordt hersteld en dat ook het belang van de

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

rechtspositie van de verdachte in algemene zin zal worden gecodificeerd.

28 Dit wordt explicieter verwoord in de notitie 'Strafrecht in een veranderende samenleving', p. 13 (*Kamerstukken I* 2012/13, 33400 VI, G). Vgl. ook Borgers 2017, p. 284.

29 Concept-MvT Boek 1, p. 7.

30 Concept-MvT Boek 1, p. 7-8.

31 Concept-MvT Boek 1, p. 8.

32 O.a. Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 78.

33 Concept-MvT Boek 2, p. 17. Het onderzoek door de rechter-commissaris in het vooronderzoek valt hier niet onder (concept-MvT Boek 2, p. 7).

34 O.a. G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers, Deventer: Kluwer 2014, p. 41 e.v.

35 Corstens/Borgers 2014, 57 e.v. en p. 522 e.v.

36 Vgl. Gerards 2010, p. 795 en R. Ortlep, W. den Ouden, Y. Schuurmans e.a., 'Nut en noodzaak van een algemene codificatie van bestuursrecht', *NALL* februari 2014, DOI: 10.5553/NALL/.000020, par. 3.2. Overigens betoogt Cleiren niet ten onrechte dat reeds uit wat de grondstructuur van het Wetboek van Strafvordering genoemd zou kunnen worden (zie hierover de vorige paragraaf van deze bijdrage) voortvloeit dat deze beginselen steeds in acht moeten worden genomen, waardoor een codificatie in feite overbodig is (Cleiren 1987, p. 341).

37 R.J.N. Schlössels, 'Rechtsbeginselen en de Algemene wet bestuursrecht: tevreden met codificatie "light"?', *JBplus* 2012 14/2, p. 89-90 en Gerards 2010, p. 795.

38 Het gaat dan bijvoorbeeld om kwesties als wat het 'nadeel' is van de schending van dit beginsel. Vgl. A.J. Bok 'Het vertrouwensbeginsel, een beginsel op tegenspraak ofwel: botsing van rechtsbeginselen, toegelicht aan de hand van het vertrouwensbeginsel', in: R.J.N Schlössels, A.J. Bok, H.J.A.M. van Geest, S. Hillegers e.a. (red.), *In beginsel: over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 95.

39 Bok 2004, p. 93 e.v. en Cleiren 1987, p. 232.

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

40 Gerards 2010, p. 795.

41 Cleiren 1987, p. 122. Overigens betoogt Cleiren – als ik het goed zie – o.a. op pagina 217 dat de betekenis van de beginselen van een behoorlijke procesorde (zij spreekt van een 'goede procesorde') tot op zekere hoogte, ook nadat deze in een rechtsnorm geconcretiseerd zijn, relatief blijft en dat het dus niet om absoluut werkende criteria gaat. Dit neemt denk ik niet weg dat bijvoorbeeld de subsidiariteits- en proportionaliteitseis in de opsporingspraktijk wel degelijk als harde rechtsnorm kunnen fungeren.

42 Zie het voorbeeld in Corstens/Borgers 2014, p. 57.

43 Vgl. Gerards 2010, p. 799.

44 In de notitie 'Strafrecht in een veranderende samenleving' is reeds een begin gemaakt met het vaststellen van de relevante beginselen.

45 Vgl. Ortlep, Den Ouden, Schuurmans e.a., 2014, par. 2.4.

46 A.A. Franken, 'Proportionaliteit en subsidiariteit in de opsporing', *DD* 2009/8 en N. van Buiten, 'De modernisering van de wet BOB – Herinneren we ons de IRT-affaire nog?', *DD* 2016/10, par. 6.

47 Concept-MvT Boek 2, p. 19. Dit is blijkens de MvT alleen anders wanneer de voorwaarde 'dringende noodzaak' bij een specifieke bevoegdheid wordt opgenomen. Daarnaast moet nog worden opgemerkt dat deze beginselen natuurlijk ook voor de wetgevingspraktijk relevant zijn.

48 Zie voor een voorbeeld van het plaatsen van vraagtekens bij de legitimiteit van de ongeschreven beginselen van een behoorlijke procesorde P.A.M. Mevis, 'Constitutionalisering en strafprocesrecht', *Strafblad* 2008/5, p. 456-457.

49 Vgl. Gerards 2010, p. 796 e.v. met ook nadere verwijzingen.

50 Concept-MvT Boek 2, p. 17.

51 Concept-MvT Boek 2, p. 18.

52 Zie o.a. HR 1 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2454, *NJ* 2017/456 en 457 m.nt. Keulen en Corstens/Borgers 2014, p. 436. Vgl. ook concept-MvT Boek 2, p. 5 e.v.

53 Uit de toelichting blijkt dat handelen gebaseerd op de algemene taakstellende

Dit artikel uit Platform Modernisering Strafvordering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

bepalingen inderdaad als 'uitoefening van bevoegdheden' moet worden gezien. Zie concept-MvT Boek 2, p. 24 en ook p. 18 onderaan.

54 De invulling van het criterium 'onderzoeksbelang' is überhaupt voor discussie vatbaar. Zie hierover nader B. de Wilde, M. Malsch, T.G.C. van den Berg, M.J. Hornman, M. Lammers & L. Stevens, *Geef ze een vinger en ze wilden de hele hand. De toepassing van handpalmafdrukken voor de opsporing en vervolging*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 75 e.v.

55 Concept-MvT Boek 2, p. 17-18.

56 Dat is althans in ieder geval uitdrukkelijk zo met betrekking tot het beginsel van de proportionaliteits- en subsidiariteitseis en het verbod op détournement de pouvoir. Zo blijkt ook uit de notitie 'Strafrecht in een veranderende samenleving', p. 3.

Trefwoorden: **strafprocesrecht, Modernisering Wetboek van Strafvordering, rechtsbeginselen, grondslagen strafvordering, normering opsporing**