

## Platform Modernisering Strafvordering

# Modernisering Strafvordering: de bevoegdheden met betrekking tot het lichaam en het ongemotiveerd uithollen van waarborgen

Mr. dr. S. Brinkhoff

## 1 Inleiding

In het zesde hoofdstuk van Boek 2 van het concept-Wetboek van Strafvordering staan strafvorderlijke bevoegdheden centraal die op enigerlei wijze betrekking hebben op het lichaam.<sup>1</sup> Het hoofdstuk omvat daarmee onder andere een regeling van het onderzoek in en aan het lichaam, de mogelijkheden van DNA-afname bij een verdachte en het verrichten van geneeskundig onderzoek aan het lichaam van een overleden slachtoffer of verdachte. Voor een groot deel zijn de thans bestaande bevoegdheden samengebracht in één hoofdstuk en worden er maar een paar nieuwe bevoegdheden gecreëerd. Wel valt op dat de minister tamelijk geruisloos en bovendien eenzijdig gemotiveerd vanuit het perspectief van opsporingsbelangen op een aantal plekken de geldende waarborgen vermindert, waarbij vooral het schrappen van het vereiste van ernstige bezwaren in het oog springt. In deze bijdrage ga ik hierop in, nadat ik de opzet, structuur en inhoud van dit zesde hoofdstuk tegen het licht heb gehouden.

## 2 Kenmerken van de nieuwe wettelijke regeling

Een aantal zaken kenmerkt de voorgestelde wettelijke regeling over het strafvorderlijk onderzoek aan het lichaam. Ik bespreek hiervan (1) het uitgangspunt van de wetgever om structuur, overzicht en een eenduidig wettelijk kader te creëren, (2) het werken met algemene inleidende bepalingen en (3) het creëren van nieuwe bevoegdheden.

Het streven om structuur, overzicht en een eenduidig wettelijk kader te bieden is een eerste opvallend kenmerk van deze nieuwe opzet van de bevoegdheden met betrekking tot het lichaam. De wetgever benoemt dit ook expliciet. In de huidige wettelijke structuur staan de strafvorderlijke bevoegdheden die op enigerlei wijze in verband staan met onderzoek aan een menselijk lichaam versnipperd door het Wetboek van Strafvordering. Onderzoek aan lichaam en kleding is bijvoorbeeld te vinden in artikel 56 Sv, terwijl de regelgeving omtrent DNA-onderzoek in artikel

151a e.v. en artikel 195a e.v. Sv is te vinden. In de nieuwe opzet is dat anders: er komt één hoofdstuk waarin alle strafvorderlijke bevoegdheden die direct of indirect betrekking hebben op het lichaam worden ondergebracht. In ieder geval zijn alle bestaande bevoegdheden in hoofdstuk 6 ondergebracht met uitzondering van de geuridentificatieproef. Die bevoegdheid is gesneuveld in de nieuwe regeling, gelet op de veronderstelde onbetrouwbaarheid van de uitkomst van dat middel.<sup>2</sup> De opzet van hoofdstuk 6 is dat oude en nieuwe bevoegdheden worden onderverdeeld in vier hoofdcategorieën: onderzoek aan het lichaam (titel 6.3), onderzoek in het lichaam (titel 6.4), overige onderzoeken (waaronder DNA-onderzoek) (titel 6.5) en bevoegdheden ten aanzien van overleden verdachten en slachtoffers (titel 6.6). De gekozen opzet is op dit punt overzichtelijker dan de huidige. Wel is het natuurlijk zo dat er in een aantal bijzondere wetten nog relevante en veelgebruikte bevoegdheden staan die in dit moderniseringsproces ongemoeid worden gelaten. Ik doel dan bijvoorbeeld op de in het tweede lid van artikel 9 Opiumwet neergelegde bevoegdheid van het onderzoek aan de kleding bij het bestaan van ernstige bezwaren van een Opiumwetdelict. Niet gezegd kan dus worden dat *alle* strafvorderlijke onderzoeksbevoegdheden met betrekking tot het lichaam nu wettelijk geregeld worden in dit zesde hoofdstuk van Boek 2 van het toekomstige Wetboek van Strafvordering. Hoewel de wetgevingsoperatie al enorm van omvang is, zou er wat voor te zeggen zijn om de bevoegdheden uit aanpalende bijzondere wetten juist op dit moment ook tegen het licht te houden. In het kader van de overzichtelijkheid is er ten slotte voor gekozen bevoegdheden maar één keer uit te schrijven. De huidige artikelen 195-195g Sv, waarin onder andere de bevoegdheid tot DNA-onderzoek door de rechter-commissaris expliciet is geregeld, keren in die vorm dan ook niet terug in het nieuwe hoofdstuk 6. In plaats daarvan wordt in artikel 2.6.7.1 bepaald dat een rechter-commissaris deze bevoegdheden onder meer kan uitoefenen als hij onderzoekshandelingen verricht op grond van het nieuwe hoofdstuk 10.

De wetgever kiest er ten tweede voor om te werken met algemene inleidende bepalingen (art. 2.6.1.1 t/m 2.6.1.4). Deze bepalingen omvatten enkele voor de hand liggende noties, zoals het gegeven dat een bevel tot het uitoefenen van een bevoegdheid vooraf wordt vastgelegd (art. 2.6.1.1). Met artikel 2.6.1.3 zet de wetgever de lezer enigszins op het verkeerde been. Het gaat om het volgende. In het eerste lid van dit artikel wordt bepaald dat een onderzoekshandeling aan het lichaam alleen met vrijwillige medewerking van de verdachte of een derde kan worden verricht, nadat hij daarvoor schriftelijke toestemming heeft gegeven. Dit artikel wekt de indruk dat vrijwillige medewerking het uitgangspunt is bij de uitoefening van bevoegdheden met betrekking tot het lichaam. De bedoeling van de wetgever is echter een andere: gedwongen toepassing van de onderzoeksbevoegdheden is het vertrekpunt.<sup>3</sup> De wetgever geeft aan dat de

hiervoor genoemde bepaling samen moet worden gezien met onder andere het verrichten van DNA-onderzoek op celmateriaal van een verdachte op grond van artikel 2.6.5.7.1.<sup>4</sup> In dit laatste artikel wordt bepaald dat de officier van justitie DNA-afname bij de verdachte kan bevelen. Op basis van deze twee artikelen in combinatie met de memorie van toelichting is de zienswijze van de wetgever dat celmateriaal voor een DNA-onderzoek direct door middel van een bevel van de officier van justitie wordt afgenomen. Dit is anders dan in de huidige wetssystematiek, waarin de vrijwillige medewerking in ieder geval wat betreft DNA-afname ook wettelijk vooropstaat. In de huidige artikelen 151a en 151b Sv is immers de regel dat de verdachte *eerst* de mogelijkheid moet krijgen om DNA-materiaal vrijwillig af te staan en dat alleen als dit niet gebeurt de officier van justitie kan bevelen dat dit materiaal gedwongen wordt afgenomen. De gedachte hierachter was dat de vrijwilligheid bij het afstaan van celmateriaal voorop diende te staan en afgedwongen afname van celmateriaal pas als *ultimum remedium* plaats moest vinden.<sup>5</sup> Deze wetssystematiek van het primair afstaan van celmateriaal op vrijwillige basis wordt nu dus losgelaten. De wetgever heeft daar een aantal redenen voor. Ten eerste wordt aangegeven dat ook in de huidige situatie de verdachte uiteindelijk verplicht kan worden celmateriaal af te staan. Er bestaat dus ook nu al slechts de schijn van vrijwilligheid. Ten tweede wordt op een procedureel voordeel gewezen: de huidige werkwijze zou tijdrovend zijn.

Ten slotte creëert de wetgever ook enkele nieuwe bevoegdheden. Dat zijn enerzijds bevoegdheden die betrekking hebben op de verdachte. Zo worden een aantal onderzoeken die op dit moment alleen op vrijwillige basis kunnen worden uitgevoerd, voorzien van een wettelijke grondslag waardoor gedwongen toepassing mogelijk wordt.<sup>6</sup> In het voorgestelde artikel 2.6.5.5.1 wordt bijvoorbeeld geregeld dat de officier van justitie kan bevelen dat de verdachte een stuk tekst schrijft ten behoeve van een handschriftvergelijkend onderzoek of een tekst uitspreekt om een stemvergelijkend onderzoek te kunnen verrichten. Ik merk in dit verband op dat deze bevoegdheden mogelijk op gespannen voet staan met het uit het eerste lid van artikel 6 EVRM voortvloeiende *nemo tenetur*-beginsel.<sup>7</sup> Ook voorziet de regeling in een wettelijke grondslag voor het afnemen van haar ten behoeve van de uitvoering van een haarvergelijkend onderzoek of een isotopenonderzoek en het afnemen van lichaamsmateriaal voor een toxicologisch of microbiologisch onderzoek. Een aantal van de nieuwe bevoegdheden richt zich niet alleen op de verdachte. Eveneens worden wettelijke voorzieningen getroffen voor onderzoek aan het lichaam van een overleden slachtoffer. Zo biedt artikel 2.6.6.1 een wettelijke grondslag voor het verrichten van een sectie of ander geneeskundig onderzoek op de overleden verdachte of het overleden slachtoffer.

### 3 Waarborgen geruisloos uitgehold?

Tamelijk bedekt en beperkt gemotiveerd kleedt de wetgever in dit zesde hoofdstuk op een aantal plekken de geldende waarborgen uit. Wat ten aanzien hiervan in algemene zin opvalt, is dat de wetgever hier in de memorie van toelichting doorgaans weinig woorden aan vuil maakt. Bovendien lijkt hij ten aanzien hiervan tamelijk eenzijdig te kiezen voor de belangen van (effectieve) opsporing en vervolging.

De in mijn ogen meest fundamentele wijziging is het voorstel van de minister om de graad van verdenking te verlagen die nodig is voordat bepaalde bevoegdheden kunnen worden ingezet. In het huidige Wetboek van Strafvordering zijn ernstige bezwaren benodigd voor het onderzoek aan en in het lichaam of aan de kleding door de (hulp)officier van justitie (art. 56 Sv) en de rechter-commissaris (art. 195 Sv) en de gedwongen DNA-afname op bevel van de officier van justitie (art. 151b Sv) en de rechter-commissaris (art. 195d Sv). De wetgever kiest ervoor om de benodigde graad van verdenking te verlagen tot het reguliere verdenkingscriterium van artikel 27 Sv. Wel moet worden opgemerkt dat ten aanzien van het onderzoek in het lichaam en het afgedwongen DNA-onderzoek de gevallen waarin een dergelijk onderzoek kan worden uitgevoerd, wordt beperkt tot de misdrijven waar vier jaar of meer gevangenisstraf op staat.

De redenen die voor het laten vervallen van de eis van het bestaan van ernstige bezwaren worden aangedragen, zijn de volgende. Allereerst wordt aangegeven dat de genoemde bevoegdheden vaak juist nodig zijn om een tegen de verdachte gerezen verdenking te verstevigen: de fouillering leidt tot het bestaan van ernstige bezwaren. Ten tweede memoreert de wetgever dat voor een deel van die bevoegdheden geldt dat corresponderende bevoegdheden in andere wetten het vereiste van ernstige bezwaren evenmin kennen. De wetgever verwijst in dit kader meermaals naar de veiligheidsfouillering van het vierde lid van artikel 7 Politiewet 2012. In verband met het voorstel de ernstige bezwaren te laten vervallen, ga ik achtereenvolgens in op de reikwijdte van het begrip ernstige bezwaren, de argumenten die voor het schrappen van dit vereiste worden aangedragen en de wenselijkheid van het laten vervallen van deze eis.

Ernstige bezwaren laten zich definiëren als: een grotere mate van waarschijnlijkheid dat de verdachte het strafbare feit heeft begaan of een zware verdenking met waarschijnlijkheid van daderschap.<sup>8</sup> De vraag naar de hoeveelheid en zwaarte van de belastende informatie die er moet liggen eer sprake is van ernstige bezwaren laat zich in algemene zin, vanwege het casuïstische karakter, moeilijk beantwoorden.<sup>9</sup> Wat in ieder geval wel moet worden opgemerkt is dat de wetgever met dit voorstel de genoemde bevoegdheden ontdoet van de waarborg dat er eerst aanzienlijk wat belastende informatie tegen de verdachte moet bestaan, voordat zij mogen worden ingezet. Het duidelijke signaal dat hiervan naar de praktijk uitgaat, is dat deze bevoegdheden gemakkelijker en eerder kunnen worden

ingezet. Het is de vraag of dat wenselijk is en of de wetgever hiervoor voldoende steekhoudende argumenten aandraagt.

Om met dit laatste te beginnen. Ten aanzien van het argument dat bij corresponderende bevoegdheden in bijzondere wetgeving de eis van het bestaan van ernstige bezwaren niet geldt, kan bijvoorbeeld worden verwezen naar het hierboven al genoemde tweede lid van artikel 9 Opiumwet.<sup>10</sup> Daarin is de bevoegdheid neergelegd om een verdachte van een misdrijf uit de Opiumwet bij het bestaan van ernstige bezwaren tegen hem aan zijn kleding te onderzoeken. Evengoed bestaan er in bijzondere wetgeving dus bevoegdheden waarin de eis van het bestaan van ernstige bezwaren wel wordt gesteld. Dan het tweede argument, te weten dat de ernstige bezwaren doorgaans eerst ontstaan nadat dergelijke bevoegdheden zijn toegepast. Dit is op zich geen argument om de verdenkingsgraad te verlagen. Wel laat het nadrukkelijk zien dat de effectiviteit van de opsporing hieraan ten grondslag ligt. De effectiviteit van de opsporing kan op zich een valide reden zijn om de wet aan te passen. Tegelijkertijd bevreedt dit argument mij in deze context. Indien we die lijn van redeneren immers doortrekken, zouden alle strafvorderlijke bevoegdheden kunnen worden ontdaan van het vereiste van het bestaan van ernstige bezwaren. Dit bevordert immers in veel gevallen de effectiviteit van de opsporing, want het zorgt ervoor dat de politie, de officier van justitie en de rechter gemakkelijker dwangmiddelen kunnen toepassen. Niettemin ben ik van mening dat het niet de bedoeling kan zijn dat de balans altijd doorslaat ten voordele van de effectiviteit van de opsporing en ten nadele van de rechtsbescherming.

De argumenten die de wetgever voor het schrappen van het vereiste van het bestaan van ernstige bezwaren aandraagt, lijken bij nadere beschouwing dus weinig steekhoudend. In dit verband is het goed om ook een blik te werpen op een andere wet, die onlangs in werking is getreden. In de op 16 oktober 2018 in werking getreden Wet Versterking strafrechtelijke aanpak van terrorisme is immers ook een verandering opgetreden wat betreft de noodzaak van het bestaan van ernstige bezwaren bij de toepassing van voorlopige hechtenis in terrorismezaken.<sup>11</sup> Volgens het thans geldende vierde lid van artikel 67 Sv kan ook de gevangenhouding maximaal dertig dagen voortduren zonder het bestaan van ernstige bezwaren. Wat dan opvalt, is dat de wetgever deze wijziging uitvoerig onderbouwt.<sup>12</sup> Uit de onderbouwing van de wetgever bij deze wet leid ik af dat ook de wetgever niet gemakkelijk over wil gaan tot het laten vervallen van de eis van het bestaan van ernstige bezwaren.<sup>13</sup> In de moderniseringsplannen van het onderzoek met betrekking tot het lichaam mis ik deze onderbouwing.

Los van het ontbreken van een deugdelijke onderbouwing zoom ik ook nog in op de wenselijkheid van het laten vervallen van de eis van het bestaan van ernstige bezwaren. Deze eis is in de huidige wetgeving opgenomen om aan te geven dat niet

te lichtvaardig tot de inzet van een bevoegdheid mag worden overgegaan.<sup>14</sup> Naar mijn smaak is het stellen van deze eis alleszins redelijk als het gaat om strafvorderlijke bevoegdheden die een forse inbreuk maken op de vrijheid van de verdachte, zoals bij het toepassen van de voorlopige hechtenis het geval is. Een voorlopig gehechte verdachte kan immers maandenlang vast worden gezet, terwijl over zijn schuld nog geen definitief oordeel is uitgesproken. Het stellen van de eis van het bestaan van ernstige bezwaren is mijns inziens evenzeer wenselijk als het gaat om een forse inbreuk op de privacy of lichamelijke integriteit van een verdachte. En van die laatste categorie is nu juist sprake als we met name het onderzoek aan en in het lichaam bezien. Met name de intensiteit van de inbreuk noopt bij deze bevoegdheid tot het stellen van de genoemde eis. Dat fouilleringsbevoegdheden als ingrijpend worden gezien, volgt impliciet ook uit het arrest van de Hoge Raad van 29 mei 2007.<sup>15</sup> Hoewel in die zaak de vraag centraal stond of op grond van artikel 17 Douanewet (oud) ook het onderzoek aan het lichaam kon plaatsvinden – concreet ging het om het uitwendig schouwen van de natuurlijke holten van het lichaam van een vrouwelijke ‘cocaineduwer’ – laat deze zaak immers mooi zien dat dit bevoegdheden zijn die niet al te lichtvaardig moeten worden toegepast. Dit argument wint aan kracht als wordt bedacht dat de Hoge Raad in zijn meest recente standaardarrest over de toepassing van artikel 359a Sv een onrechtmatige lijfsvisitatie aanmerkt als een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte die kan leiden tot de sanctie van bewijsuitsluiting.<sup>16</sup> Naast het laten vervallen van de eis van de ernstige bezwaren stelt de wetgever wat kleine aanpassingen voor die op zichzelf de geldende waarborgen niet fundamenteel uithollen, maar die toch noemenswaardig zijn. Zo is in de nieuwe regeling de hulpofficier van justitie niet alleen maar bevoegd indien het optreden van de officier van justitie niet kan worden afgewacht. Hiervan is in de huidige wettelijke regeling nog wel sprake, bijvoorbeeld bij de maatregelen in het belang van het onderzoek van artikel 61a Sv. Artikel 62a Sv bepaalt immers dat de hulpofficier van justitie deze bevoegdheden alleen kan uitoefenen indien het optreden van de officier van justitie niet kan worden afgewacht. Deze aanpassing in de nieuw voorgestelde regeling brengt mee dat in de toekomst een lagere autoriteit gemakkelijker bevoegdheden met betrekking tot het lichaam zal kunnen uitvoeren en dat is te zien als een uitholling van de waarborgen die thans bestaan. In datzelfde licht moet worden gezien het gegeven dat de rol van de rechter-commissaris, in ieder geval optisch, wordt teruggedrongen. Waar in de huidige regeling op grond van de artikelen 195-195g Sv de rechter-commissaris allerlei zichtbare bevoegdheden heeft met betrekking tot het lichaam, worden de bevoegdheden van de rechter-commissaris in de nieuwe regeling alleen genoemd in artikel 2.6.7.1. Hierin wordt bepaald dat een rechter-commissaris de bevoegdheden met betrekking tot het lichaam onder meer kan uitoefenen als hij

onderzoekshandelingen verricht op grond van het nieuwe hoofdstuk 10. Hoewel de rechter-commissaris in de toekomstige praktijk naar alle waarschijnlijkheid op dezelfde manier zijn bevoegdheden kan uitoefenen als in de huidige situatie, is hierdoor optisch zijn rol toch teruggedrongen en blijkt uit de toekomstige wetgeving nadrukkelijker dat de (hulp)officier van justitie de autoriteit is die allerlei bevoegdheden met betrekking tot het lichaam uitoefent. Hetzelfde kan worden betoogd ten aanzien van een andere wettelijke bevoegdheid die de rechter-commissaris onder de huidige wetgeving op grond van het derde lid van artikel 195 Sv bezit, te weten het onderzoek aan lichaam en kleding van een derde. In de voorgestelde nieuwe regeling komt die bevoegdheid, anders dan nu het geval is, ook bij de officier van justitie te liggen. De genoemde aanpassingen zijn noemenswaardig, omdat het beeld dat eruit naar voren komt is dat de lat qua toepassing van de bevoegdheden lager wordt gelegd dan in de huidige regelgeving.

#### 4 Slot

De voorgestelde wettelijke regeling over het strafvorderlijk onderzoek aan het lichaam bevat bij eerste lezing weinig fundamentele wijzigingen ten opzichte van de thans geldende regeling. De wetgever geeft er blijk van met name vanwege aspecten van structuur, overzicht en het creëren van een eenduidig wettelijk kader te hebben gekozen voor de invulling van hoofdstuk 6. Hoewel deze insteek valt toe te juichen, zijn er bij nadere lezing toch een aantal aspecten in deze regeling die nog bediscussieerd dienen te worden. Op een aantal plekken wordt immers afbreuk gedaan aan de bestaande waarborgen en mijns inziens moet daar niet te lichtvaardig toe worden overgegaan. Zeker niet zonder deugdelijke onderbouwing en zeker niet bij bevoegdheden die een forse inbreuk maken op de lichamelijke integriteit van een verdachte burger. Het laten vervallen van de eis van het bestaan van ernstige bezwaren is in dit opzicht wat mij betreft de meest fundamentele voorgestelde wijziging. Op dit punt verdient het de voorkeur dat de voorstellen van de wetgever worden bediscussieerd en zo nodig worden bijgestuurd.

#### Noten

**1** Het betreft het concept van een wetsvoorstel voor Boek 2 zoals dit op 7 februari 2017 in consultatie is gegeven, zie op [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl) 'documenten modernisering wetboek van strafvordering'.

**2** G.A.A. Schoon, 'Factoren die van invloed zijn op de bewijswaarde van geuridentificatieproeven', in: M.J. Sjerps & J.A. Coster van Voorhout (red.), *Het onzekere bewijs*, Deventer: Kluwer 2005, p. 383-398.

**3** Concept-MvT bij Boek 2, p. 41.

**4** Concept-MvT bij Boek 2, p. 134. Dezelfde systematiek wordt toegepast bij het onderzoek naar een ernstige besmettelijke ziekte in het conceptwetsvoorstel geregeld in art. 2.6.5.8.1.

**5** *Kamerstukken II* 1999/2000, 26271, 6, p. 8.

**6** Concept-MvT bij Boek 2, p. 40 en 41.

**7** Zie over dit beginsel uitvoering D.A.G. van Toor, *Het schuldige geheugen. Een onderzoek naar het gebruik van hersenonderzoek als opsporingsmethode in het licht van eisen van instrumentaliteit en rechtsbescherming* (diss. RU), Deventer: Kluwer 2017.

**8** Zie J.M. Verheul, in: *Handboek strafzaken*, hoofdstuk 10, par. 10.4, november 2015.

**9** Zie als voorbeeld HR 7 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014: 36, *NJ* 2014, 105 m.nt. Borgers. In casu oordeelt de Hoge Raad dat er geen ernstige bezwaren voor de toepassing van art. 9 lid 2 Opiumwet bestonden op grond van het enkele feit dat de verdachte antecedenten had op het gebied van de Opiumwet.

**10** Het vereiste van het bestaan van ernstige bezwaren wordt ook gehanteerd in art. 29 Wet op de economische delicten. Dit artikel maakt het voor de rechter mogelijk al voor de behandeling van de zaak, bij wijze van voorlopige maatregel, te besluiten een verdachte onderneming geheel of gedeeltelijk stil te leggen.

**11** *Stb.* 2018, 338 en 355.

**12** *Kamerstukken II* 2016/17, 34746, 3, p. 6-8 (MvT).

**13** Ook het parlement heeft hiervan blijk gegeven. Zie de motie van Verhoeven c.s. waarin nadrukkelijk wordt aangegeven dat uiterst terughoudend moet worden omgegaan met het toepassen van voorlopige hechtenis zonder het bestaan van ernstige bezwaren en waarin bovendien de wens wordt uitgesproken dat de Kamer hierover jaarlijks wordt geïnformeerd. *Kamerstukken II* 2017/18, 34746, 9.

**14** A.M. Kengen, 'Ernstige bezwaren als vereiste voor fouillering', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Dynamisch Strafrecht* (Corstens-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1995.

**15** HR 29 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8795, *NJ* 2008, 14 m.nt. Reijntjes.



**16 HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013, 308 m.nt. Keulen.**

Trefwoorden: **opsporing, ernstige bezwaren, strafvorderlijk onderzoek in en aan het lichaam, DNA-onderzoek, modernisering strafvordering**