

Responsief strafprocesrecht in een netwerk van rechtsbetrekkingen

Marianne Hirsch Ballin¹

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	2
2.	Strafprocesrecht versus ander procesrecht van toepassing op de rechtshandhaving: waarin ligt het onderscheid?	5
	2.1 <i>Procesrechtelijke kaders voor de rechtshandhaving</i>	5
	2.1.1. Het nationale recht.....	5
	2.1.2 Het transnationale recht.....	7
	2.1.3 Tussenconclusie	8
	2.2 <i>Doel van het strafvorderlijk optreden: functioneel perspectief</i>	9
	2.3 <i>Doel van (straf)procesrecht vanuit het perspectief van de rechtsbetrekking</i>	10
	2.3.1 Procesrecht als normatieve ordening van rechtsbetrekkingen	11
	2.3.2 Integriteit als moreel ankerpunt van rechtsbetrekkingen in de rechtshandhaving	12
	2.4 Nadere duiding van de strafvorderlijke rechtsbetrekking	14
	2.5 <i>Tussenconclusie</i>	18
3.	De reikwijdte van het terrein van de strafvordering	19
	3.1 <i>Het opsporingsbegrip</i>	19
	3.2 <i>Ontwikkelingen in het grensgebied van de strafrechtelijke handhavingspraktijk</i>	22
	3.2.1 Digitale methoden met een relatie tot de opsporing.....	22
	3.2.3 Digitale methoden in de internationale context	24
	3.3 <i>Tussenconclusie: geen scheidslijn maar verbindingen tussen procesrechtelijke kaders</i>	25
4.	Mensenrechtelijk fundament voor strafprocesrecht in een netwerk van rechtsbetrekkingen	28
	4.1. <i>Bescherming van mensenrechten vereist een netwerkparadigma voor procesrecht</i>	29
	4.1.1 Het EHRM	30
	4.1.2 Het Hof van Justitie van de EU.....	31
	4.1.3 Tussenconclusie	32
	4.2 <i>Proportionaliteit als toetssteen voor verbindend handhavingsprocesrecht op grond van de mensenrechten</i>	32
5	Conclusie	35

¹ Prof. dr. M.F.H. (Marianne) Hirsch Ballin is hoogleraar Straf- en strafprocesrecht aan de VU Amsterdam en advocaat bij Pels Rijcken. Dit preadvies is in concept op 14 september 2022 afgerond ter bespreking op de algemene ledenvergadering van de CJV op 7 oktober 2022.

1. Inleiding

Een definitie van strafprocesrecht wordt in ons land in de regel gegeven tegen de achtergrond van de geschiedenis van de Nederlandse rechtsorde en de positie van het strafprocesrecht daarin. Als belangrijke kenmerken worden dan veelal genoemd het inquisitoire karakter van het strafproces, de afwijzing van lekenrechtspraak, het opportunitiebeginsel op grond waarvan het openbaar ministerie de vervolgingsbeslissingen neemt en het legaliteitsbeginsel als uitgangspunt voor de normering van strafvorderlijke bevoegdheidsuitoefening.² Ook in de voorstellen voor het nieuwe Wetboek van Strafvordering zijn deze voor ons Nederlandse strafprocesrecht onderscheidend geachte kenmerken als uitgangspunt genomen.³

Theorievorming over het strafprocesrecht gaat natuurlijk verder dan de totstandkomingsgeschiedenis. Strafvorderlijke theorieën richten zich in het algemeen op de specifieke kenmerken van de procedures, getypeerd als inquisitoire of adversaire procedures, als *common law* of *civil law*, of mengvormen daartussen. Dat betekent ook dat discussies over theoretische concepten van strafprocesrecht veelal plaatsvinden tegen de achtergrond van de betreffende rechtstraditie, ook bij de rechtsvergelijking. Globalisering heeft dergelijke verschillen tussen rechtssystemen reeds genuanceerd, onder meer door de harmoniserende invloed van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna EHRM) alsook het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna HvJ EU).

Ook nu zijn er ontwikkelingen – en dat zijn ook ontwikkelingen die de wetgever in verband met de totstandkoming van een nieuw Wetboek van Strafvordering zich aantrekt – die vragen om theoretische herijking van ons strafprocesrecht. Waar tot op heden de aard van de normschending en het doel van de bevoegdheidsuitoefening vrij strikte scheidlijnen dicteren tussen de juridische normenkaders die het strafrecht, handhavend bestuursrecht, gegevensbeschermingsrecht en de rechtsordes van staten vormen, trekt het feitelijk rechtshandhavend optreden van de overheid zich steeds minder aan van dergelijke scheidlijnen. Dit maakt de rechtsbescherming gefragmenteerd en de toepassing ervan soms gekunsteld. De ontwikkelingen die hieraan ten grondslag liggen, betreffen de veranderde aard van criminaliteit en de daarmee samenhangende professionalisering van, in het bijzonder, politie en openbaar ministerie, de digitalisering en globalisering. Andere ontwikkelingen betreffen veranderingen in de samenleving die raken aan de relatie tussen burger en overheid door, zo wordt in het concept van de memorie van toelichting van het nieuwe Wetboek van Strafvordering genoemd, de mondiger geworden burger, naast meer verwachtingen van de taken van de staat als verzorgingsstaat en meer aandacht voor de rechten van de burger, zowel slachtoffer als verdachte.⁴ Deze ontwikkelingen vragen om een normatieve herijking van het strafprocesrecht die beter recht doet aan de rol van procesrecht in de hedendaagse samenleving. Dat procesrecht dient niet langer vanuit een systematische gedachte te worden geordend in te onderscheiden juridische normenkaders – die betrekking hebben op strafrecht,

² Zie bijv.: G.J.M. Corstens, bewerkt door M.J. Borgers en T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Wolters Kluwer 2021, p. 10 en 48-58.

³ Concept Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 10, beschikbaar via: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2020/07/30/ambtelijke-versie-juli-2020-memorie-van-toelichting-wetboek-van-strafvordering>, laatstelijk bezocht op 25 juli 2022.

⁴ Concept MvT nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 9.

bestuursrecht, gegevensbeschermingsrecht en die territoriaal worden begrensd – maar in plaats daarvan aan te sluiten bij rechtshandhavend optreden in de gedigitaliseerde en geglobaliseerde samenleving dat veel meer uitgaat van een continuüm van optreden en samenstel van doelstellingen. In dit preadvies wordt voor de daarvoor benodigde theoretische herijking van het handhavingsprocesrecht het complex van onderliggende materiële rechtsbetrekkingen tot uitgangspunt genomen. Juist een focus op de rechtsbetrekkingen stelt ons in staat het handhavingsprocesrecht als een met elkaar samenhangend rechtsgebied te beschouwen, waardoor systematische ordeningen een rol blijven spelen maar meer op de achtergrond staan. Het strafprocesrecht wordt door die herijking onderdeel van een procesrechtelijk netwerk van handhavingsprocesrecht. De focus op de rechtsbetrekkingen maakt inzichtelijk, als een nieuwe analytische methode, dat de huidige praktijk van de rechtshandhaving erom vraagt de vrij stikte ordening in normeringskaders wat te laten vieren teneinde een meeromvattend handhavingsprocesrecht te bewerkstelligen. De bij de betrokken mensenrechten passende rechtsbescherming kan daardoor op een meer integrale manier vormkrijgen dan in de huidige, sterker systematisch gecategoriseerd gestoelde, normering.

Een dergelijke normatieve herijking stelt ons in staat nieuwe ontwikkelingen die raken aan rechtsbetrekkingen te duiden in (straf)procesrechtelijke consequenties. Het gaat daarbij in het bijzonder om de digitalisering en daarmee samenhangende verdere globalisering van de samenleving. Digitalisering verandert zowel de aard van criminaliteit en het handelen van verdachten, als de wijze van (strafrechtelijke) handhaving en aldus de criminaliteitsbestrijding. Die (strafrechtelijke) handhaving is stevig geprofessionaliseerd in antwoord op de complexiteit van de huidige (gedigitaliseerde en geglobaliseerde) samenleving en zoekt naar (digitale) methoden ter bestrijding van strafbare feiten, in het bijzonder wanneer die zich afspelen in het digitale domein en/of door gebruikmaking van geavanceerde technologieën ter afscherming van criminele activiteiten. Dat laatste speelt in het bijzonder bij internationaal opererende organisaties die zich bezighouden met zware (ondermijnende) criminaliteit. In paragraaf 3.2 komen deze ontwikkelingen nader aan bod. Zo wordt inzichtelijk dat door digitalisering met name het gegevensbeschermingsrecht relevanter wordt, terwijl in de handhavingspraktijk bestuursrechtelijk genormeerde bevoegdheidsuitoefening en strafvorderlijke bevoegdheidsuitoefening in concrete onderzoeken steeds meer samengaan.

In dit preadvies wordt als uitgangspunt genomen dat een legalistische opvatting van het strafprocesrecht in de weg staat aan voldoende responsiviteit wanneer (maatschappelijke) omstandigheden veranderen. Ook vasthouden aan verschillen die voortvloeien uit rechtstradities staat aan vernieuwing in de weg.⁵ In dit preadvies worden de consequenties van de *civil law* en inquisitoire origine van ons strafprocesrecht dan ook niet verder uitgediept. In plaats daarvan staat de vraag centraal *hoe het strafprocesrecht kan worden voorzien van een herijking die recht doet aan het responsieve karakter – gelet op het onderliggende netwerk van rechtsbetrekkingen – dat strafprocesrecht in de hedendaagse samenleving dient te hebben*. Het gaat daarbij om een zoektocht naar de juiste verhouding tussen het regelsysteem en het handelingssysteem, gelet op de onderliggende rechtsbetrekkingen en de ten aanzien daarvan geldende opvattingen en verwachtingen over een goede werking van het

⁵ Vgl. K. Ambos, A. Duff, A. Heinze, J. Roberts and T. Weigend, *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, Volume II, Cambridge University Press 2022, p. 1.

(strafproces)recht.⁶ Niet de gekozen structuren, maar de onderliggende rechtsbetrekkingen en dus de mensen wier belangen door het rechtshandhavend overheidsoptreden worden geraakt, zijn daarvoor bepalend.⁷ Aandacht voor die verhouding maakt het strafprocesrecht responsief; het is in staat zich te ontwikkelen met de daarvoor benodigde openheid voor veranderde maatschappelijk omstandigheden – thans in het bijzonder digitalisering en globalisering – op een wijze die tegelijkertijd de moraal van het recht kan versterken. Dat is mogelijk door de rechtsbetrekking als de fundamentele basis voor het procesrecht en de ontwikkeling daarvan te hanteren en vanuit het perspectief van de mensenrechtenbescherming normatieve invulling eraan te geven. De relatie tussen rechtshandhavend optredende overheid en burger wordt aldus normatief procesrechtelijk geduid met behulp van de mensenrechten.

Het vooruitzicht van een nieuw Wetboek van Strafvordering, waarvan de inwerkingtreding in 2026 wordt beoogd, maakt het te meer belangrijk opnieuw vast te stellen wat de afbakening en inhoud van het strafprocesrecht moet bepalen. De huidige, vooral positiefrechtelijk ingestoken gedachtenvorming over strafprocesrecht volstaat daarvoor niet.⁸ Dit preadvies behelst daarom een verkenning naar de wijze waarop het strafprocesrecht, als onderdeel van een meeromvattend handhavingsprocesrecht, moet gaan beantwoorden aan de meer relationele aard van het procesrecht terwijl die relatie complexer is geworden. Als principiële keuze wordt het handhavingsprocesrecht daarbij gezien als de normatieve ordening van het netwerk van rechtsbetrekkingen bij rechtshandhavend optreden. Met dit netwerkparadigma van het strafprocesrecht wordt het relationele aspect van het recht vooropgesteld en zoeken we, als consequentie daarvan, in de mensenrechten naar een stevig fundament voor procesrechtelijke analyse. Dit leidt tot een responsief strafprocesrecht, vervlochten met ander procesrecht voor rechtshandhavend overheidsoptreden.

Het preadvies is ter beantwoording van deze vraagstelling als volgt opgebouwd. In hoofdstuk 2 wordt onderzocht in welke elementen het onderscheid tussen strafprocesrecht en ander procesrecht van toepassing op de rechtshandhaving is gelegen. Vervolgens zal in hoofdstuk 3 nader worden ingegaan op de betekenis van het opsporingsbegrip en hoe dit begrip zich heeft ontwikkeld in relatie tot de onder invloed van digitalisering en globalisering veranderde praktijk van de rechtshandhaving. De analyses van beide hoofdstukken laten zien dat recht en praktijk van de strafvordering zich hebben ontwikkeld in de richting van een complex en meerlagig netwerk van rechtsbetrekkingen. In hoofdstuk 4 zal vervolgens worden ingegaan op de wijze waarop de normatieve doelstelling van het strafprocesrecht in een netwerk van rechtsbetrekking in de toekomst beter kan worden bereikt met behulp van een mensenrechtendiscours. In hoofdstuk 5, tenslotte, wordt een conclusie geformuleerd.

⁶ Vgl. het preadvies voor de CJV in 1999: E.M.H. Hirsch Ballin, *Netwerken van rechtsontwikkeling*, Utrecht: Uitgeverij Lemma 1999, p. 7-15 en F. van Ommeren, 'Incrementeel bestuursrecht: een groeimodel voor de rechtsbetrekking', *NTB* 2018,37, die voor responsief bestuursrecht een principiële perspectiefwijziging waarbij voortaan de gehele bestuursrechtelijke rechtsbetrekking tussen bestuur en burger centraal wordt gesteld, noodzakelijk acht.

⁷ *Ibid.* p. 28.

⁸ Vgl. L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht* (diss. Utrecht), Boom Juridisch 2016, p. 7 en 19-20.

2. Strafprocesrecht versus ander procesrecht van toepassing op de rechtshandhaving: waarin ligt het onderscheid?

Teneinde meer grip te krijgen op het procesrecht, naast het strafprocesrecht, dat van toepassing is op de rechtshandhaving en criminaliteitsbestrijding en de huidige systematische ordening van dat procesrecht, zal hieronder eerst een schets worden gegeven van de status quo: de procesrechtelijke kaders voor de rechtshandhaving in het nationale recht (par. 2.1.1) en het transnationale recht (par. 2.1.2). Op basis van het beeld dat daaruit naar voren komt van vrij strikte scheidingen tussen strafrechtelijk optreden en andere vormen van rechtshandhavend optreden, zal in de daaropvolgende paragrafen nader worden ingegaan op de ratio van dergelijke scheidingen. In paragraaf 2.2 staat daarbij het functionele perspectief van systematische ordening op grond van het doel van het strafvorderlijk optreden centraal. Vervolgens zullen de onderscheidende kenmerken van strafprocesrecht ten opzichte van ander procesrecht, worden benaderd vanuit het perspectief van de rechtsbetrekking. De betekenis en potentie van dat perspectief als analytische methode voor handhavingsprocesrecht zullen in paragraaf 2.3 en 2.4 worden uitgewerkt.

2.1 Procesrechtelijke kaders voor de rechtshandhaving

2.1.1. Het nationale recht⁹

Het categoriseren van het overheidsoptreden op het terrein van de rechtshandhaving en criminaliteitsbestrijding (hierna: rechtshandhavend optreden) in juridische normenkaders – systemen – gebeurt op grond van de door de wetgever gekozen classificatie van de te handhaven norm. De bevoegdheidsuitoefening ten aanzien van de betreffende norm wordt procesrechtelijk op grond van het doel van het optreden verbonden aan het betreffende juridische normenkader. Die verschillende kaders worden gevormd door het strafprocesrecht en het bestuursprocesrecht, waarbij voor het bestuursprocesrecht naast de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), verschillende (sectorale) wetten relevant zijn, zoals de Wegenverkeerswet 1994, de Gemeentewet, de Politiewet 2012 en de Wet op het financieel toezicht. Bepaalde politiebevoegdheden ten aanzien van de analyse van politiegegevens ter uitvoering van de politietaak als neergelegd in artikel 3 Politiewet 2012, zijn geregeld in de Wet politiegegevens (hierna: Wpg). Die bevoegdheden staan zowel in relatie tot het rechtshandhavend strafrechtelijk optreden als het rechtshandhavend bestuursrechtelijk optreden en kennen een privacyrechtelijk georiënteerd regime. Daarnaast zijn de taken en bevoegdheden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (de AIVD en MIVD) geregeld in de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017. Deze taken en bevoegdheden staan ten dienste aan de bescherming van de nationale veiligheid en worden in dit preadvies verder buiten beschouwing gelaten.¹⁰

⁹ De tekst van deze paragraaf is ten dele ontleend aan M.F.H. Hirsch Ballin, 'Als een spin in het web voor de bestrijding van terrorisme en zware ondermijnende criminaliteit', *TvCR* 2022, 2, par. 3.2.

¹⁰ Dat betekent overigens niet dat dit procesrecht geen raakvlakken heeft met de andere procesrechtelijke kaders voor het rechtshandhavend optreden. Zie daarover: M.F.H. Hirsch Ballin, *Anticipative Criminal Investigation. Theory and Counterterrorism Practice in the Netherlands and the United States* (diss. Utrecht), Springer/T.M.C. Asser Press 2012.

Onder strafvorderlijk overheidsoptreden wordt het optreden verstaan dat binnen de reikwijdte valt van het opsporingsbegrip van artikel 132a Wetboek van Strafvordering (Sv). Dat optreden wordt overeenkomstig artikel 1 Sv genormeerd door de bepalingen van dit wetboek. Artikel 1 Sv bepaalt dat strafvordering alleen plaatsheeft op de wijze bij de wet voorzien. Daarmee bevestigt deze bepaling het vereiste van een wettelijke grondslag voor strafvorderlijke bevoegdheidsuitoefening. Uit de grondwettelijke (codificatie)opdracht (art. 107 Grondwet) volgt bovendien dat het strafrecht in beginsel en in hoofdzaak wordt geregeld in algemene wetboeken, behoudens de bevoegdheid tot regeling van bepaalde onderwerpen in afzonderlijke wetten. Het opsporingsbegrip bakent in relatie tot die codificatieopdracht strafvorderlijk optreden af als het 'onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen'. (Op de betekenis van het opsporingsbegrip wordt in paragraaf 3 nader ingegaan.) De Awb voorkomt dat de algemene bestuursrechtelijke bepalingen mede van toepassing zijn op optreden van bestuursorganen in het kader van de strafrechtspleging. Hiertoe is in artikel 1:6 Awb bepaald dat hoofdstuk 2 tot en met 8 en 10 Awb niet van toepassing zijn op de opsporing en vervolging van strafbare feiten, alsmede de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen. Hoofdstuk 5 van de Awb bevat algemene bepalingen inzake bestuursrechtelijke rechtshandhaving.

Onderscheid in de toepassingsferen van de rechtshandhaving komt ook tot uitdrukking in de taakbepalende artikelen van ambtenaren en instanties in relatie tot de verschillende rechtssferen. Ingevolge artikel 124 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) is het openbaar ministerie belast met de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. In het verlengde van dit 'vervolgingsmonopolie' bepalen de artikelen 167 en 242 Sv dat de officier van justitie op grond van het opportuniteitsbeginsel beslist over het instellen van (verdere) vervolging. De artikelen 141 en 142 Sv bepalen voorts welke ambtenaren met de opsporing van strafbare feiten zijn belast, onder wie de ambtenaren van politie (art. 141 sub b Sv).

De politie verricht haar taken ter strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en taken ten dienste van de justitie onder gezag van de officier van justitie (art. 12 Politiewet 2012), voor zover niet anders bepaald; de minister van Justitie heeft het gezag over het vreemdelingentoezicht (art. 46-48 Vreemdelingenwet 2000). De taak van ambtenaren van politie (zie artikel 3 Politiewet 2012¹¹) is evenwel breder en omvat de in artikel 11 Politiewet 2012 omschreven taak tot handhaving van de openbare orde en hulpverlening. Voor zover de politietaak binnen deze bestuursrechtelijke kaders valt, wordt ze uitgeoefend onder het gezag van de burgemeester.

Taken op het terrein van de rechtshandhaving zijn aan het openbaar ministerie, (bijzondere) opsporingsambtenaren en toezichthouders toebedeeld. De bevoegdheden van de onderscheiden instanties zijn neergelegd en genormeerd in het Wetboek van Strafvordering (aangevuld met enkele bijzondere wetten, zoals de Opiumwet, de Wet op de economische delicten en de Wet wapens en munitie), de Awb en sectorale bestuursrechtelijke wetgeving (waaronder de Gemeentewet), de Politiewet 2012 en de Wet politiegegevens. De taak- en bevoegdheidsuitoefening op het terrein van de rechtshandhaving zijn aldus in beginsel

¹¹ Artikel 3 Politiewet 2012 luidt: "De politie heeft tot taak in ondergeschiktheid aan het bevoegd gezag en in overeenstemming met de geldende rechtsregels te zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven."

geregeld binnen twee in de procesrechtelijke vormgeving gescheiden rechtssferen: die van het strafprocesrecht en van het bestuursrechtelijke handhavingsrecht. Daarnaast speelt – als gezegd – het gegevensbeschermingsrecht van de Wpg een rol bij de taakuitoefening. Dat recht voorziet in grondslagen voor bevoegdheidsuitoefening in verband met de politietaak.

In paragraaf 2.2 zullen de doelstellingen van strafvorderlijk optreden aan een nadere analyse worden onderworpen. Strafvorderlijke opsporingsbevoegdheden worden beperkt door het algemene rechtsbeginsel van doelbinding, wat bijvoorbeeld tot uitdrukking komt in de voorwaarde van inzet ‘in het belang van het onderzoek’ in de wettelijke normering van bijzondere opsporingsbevoegdheden.¹² In de voorstellen voor het nieuwe Wetboek van Strafvordering is de doelbinding een van de gecodificeerde algemene beginselen voor de opsporing.¹³ Ook het bestuursrechtelijke rechtshandvend optreden wordt door het doelbindingsbeginsel uitgewerkt. De handhaving van overtredingen en het toezicht op de naleving is geregeld in hoofdstuk 5 van de Awb. Artikel 5:13 Awb bevat een doelbindingsbepaling voor bevoegdheidsuitoefening door toezichthouders: van zijn bevoegdheden mag een toezichthouder slechts gebruik maken voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is. Die taak houdt blijkens artikel 5:11 in: het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift. De bevoegdheden voor verwerking en analyse van politiegegevens op grond van de Wpg zijn gekoppeld aan de uitvoering van de politietaak en, bij meer ingrijpende verwerkingen, nader ingeperkt tot bijvoorbeeld onderzoek met het oog op de handhaving van de rechtsorde in een bepaald geval (artikel 9 lid 1 Wpg) of met het oog op het verkrijgen van inzicht in de betrokkenheid van personen bij bepaalde ernstige misdrijven (artikel 10 lid 1 t/m 4 Wpg). Handelen in strijd met het doelbindingsbeginsel levert misbruik van bevoegdheid op (*détournement de pouvoir*) en is dus onrechtmatig.

2.1.2 Het transnationale recht

Doordat normoverschrijdingen (steeds meer) een internationaal karakter kunnen hebben – bijvoorbeeld doordat die normoverschrijdingen (deels) in het buitenland plaatsvinden gepleegd door internationaal opererende (criminele) organisaties, bewijs zich op buitenlandse servers bevindt, of verdachten zich in het buitenland bevinden –, is bij het rechtshandvend optreden de verwevenheid met andere rechtsordes en het transnationale recht geregeld aan de orde. Het rechtshandvend optreden van de overheid wordt daarbij in beginsel afgebakend door het internationale recht; dat wil zeggen het uitgangspunt van soevereiniteit van staten en aldus de territoriale gebondenheid van het rechtshandvend optreden door een staat.¹⁴ Om de samenwerking in grensoverschrijdende strafzaken te bevorderen, sluiten staten rechtshulpovereenkomsten.

¹² Zie bijvoorbeeld artikel 126g lid 1 Sv: “In geval van verdenking van een misdrijf, kan de officier van justitie in het belang van het onderzoek bevelen dat een opsporingsambtenaar stelselmatig een person volgt of stelselmatig diens aanwezigheid of gedrag waarneemt”.

¹³ Concept MvT nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 247-248.

¹⁴ A. Cassese, *International Law*, Oxford: Oxford University Press 2001, p. 89 en A. Lubin, ‘The Prohibition on Extraterritorial Enforcement Jurisdiction in the Datasphere’ in: A.L. Parrish and C. Ryngaert, *Handbook on Extraterritoriality in International Law*, Elgar Publishing (forthcoming 2022) en M.F.H. Hirsch Ballin, ‘De rol van grenzen bij opsporing: grenzeloze inzet van opsporingsbevoegdheden?’, AA 2018, 6.

In de context van de Europese Unie hebben de lidstaten verderstreckende stappen gezet om de samenwerking te bevorderen.¹⁵ Dat heeft geleid tot het Europees Onderzoeksbevel, op grond waarvan de beslissing van de uitvoerende autoriteit tot het inzetten van een onderzoeksbevoegdheid in beginsel wordt erkend en uitgevoerd alsof het een beslissing van de eigen staat is.¹⁶ Ook kunnen *joint investigation teams (JITs)* worden ingericht. Deze JITs zijn een samenwerking tussen meerdere lidstaten die gezamenlijk aan een onderzoek werken, onder het gezag van de leider van het team waar het team is gevestigd.¹⁷ Zelfs deze transnationale structuren hebben niettemin tot uitgangspunt dat het rechthandhavend optreden van staten fysiek territoriaal is afgebakend. Dat geldt daarom ook voor de normatieve kaders die op dat rechtshandhavend optreden van toepassing zijn.

2.1.3 Tussenconclusie

Het hiervoor beschreven onderscheid in nationale en internationale rechtskaders voor overheidsoptreden in het kader van de rechtshandhaving is in positiefrechtelijke zin nog steeds het uitgangspunt in de normering. Dat uitgangspunt wordt in de rechtspraak ook gehandhaafd wanneer rechtsbetrekkingen bij de praktische toepassing van bevoegdheden de kaders doorkruisen; dat wil zeggen: wanneer het rechtshandhavend optreden in de relatie tot de burger betrekking heeft op verschillende normenkaders, bijvoorbeeld omdat bestuursrechtelijk optreden overgaat in strafrechtelijke opsporing, door het privacyrecht gereguleerde data-analyses de opsporing sturen of het onderzoek een transnationaal karakter heeft, wordt het optreden in procesrechtelijke zin uitgesplitst en onderscheiden (zie hierover nader paragraaf 3.1).

Onderkend wordt niettemin dat de doelstellingen op grond waarvan strafvorderlijk en bestuursrechtelijk optreden worden onderscheiden, elkaar steeds meer zijn gaan overlappen en onderlinge afhankelijkheden vertonen.¹⁸ Om te bezien in welk opzicht het strafprocesrecht zich thans (nog) van ander procesrecht dat rechtshandhavend optreden normeert – in het bijzonder het bestuursrecht en het gegevensbeschermingsrecht – onderscheidt, wordt hierna het doel van het strafvorderlijk optreden nader onder de loep genomen. Daarbij wordt het doel van strafprocesrecht eerst vanuit het functionele perspectief geanalyseerd (paragraaf 2.2.). Vervolgens wordt ingegaan op het doel van strafprocesrecht, gelet op de onderliggende rechtsbetrekkingen (paragraaf 2.3). Vervolgens zullen die rechtsbetrekkingen wat betreft het strafvorderlijk optreden nader worden geduid (paragraaf 2.4). Afgesloten wordt met een tussenconclusie over het onderscheidende kenmerk van strafprocesrecht in verhouding tot ander procesrecht dat rechtshandhavend overheidsoptreden normeert.

¹⁵ Zie voor een uitvoerigere toelichting: M. Luchtman, *Transnationale rechtshandhaving. Over fundamentele rechten in de Europese strafrechtelijke samenwerking*, Boom Juridisch 2017, p. 11-21.

¹⁶ Richtlijn 2014/41/EU van 3 april 2014 betreffende het Europees onderzoeksbevel in strafzaken, *PB EU L* 130/1.

¹⁷ Kaderbesluit 2002/465/JBZ inzake gemeenschappelijke onderzoeksteams. Zie

¹⁸ A. Hartmann, 'Raakvlakken tussen bestuursrecht en strafrecht: over gescheiden rechtssferen en onderlinge afhankelijkheden', in: J. Altena e.a. (red.), *In onderlinge samenhang. Liber Amicorum Tineke Cleiren*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 215-224, J. Crijns en M. van Emmerik, 'Samenloop tussen strafrecht en punitief bestuursrecht. Zoeken naar evenredige bestraffing', *NJB* 2018, 749, S.S. Buisman, 'Naar een normatief kader voor hybride rechtspleging in Nederland en de Europese Unie', *NJB* 2021, 281 en M.F.H. Hirsch Ballin, 'Overbrugging van procedurele breuklijnen bij een integrale aanpak van criminaliteit', *TBS&H* 2019, 3.

2.2 Doel van het strafvorderlijk optreden: functioneel perspectief

De centrale doelstelling van ons strafprocesrecht is blijkens de parlementaire totstandkomingsgeschiedenis van ons huidige – in 1926 in werking getreden – Wetboek van Strafvordering “het zooveel mogelijk bevorderen [van] de toepassing van de strafwet op den werkelijk schuldige en tevens de veroordeling, kan het zijn, de vervolging van den niet-schuldige naar vermogen verhinderen.”¹⁹ Sindsdien en ook nu wordt dit als de centrale doelstelling van ons strafprocesrecht gezien. Zo schreef Minkenhof in haar handboeken sinds 1936 dat doel van de regelen van strafprocesrecht “de toepassing van de strafwet op de schuldige en het zoveel mogelijk ongemoeid laten van de onschuldige” is, wordt deze doelstelling onderschreven in de laatste druk van Corstens’ ‘Het Nederlandse strafprocesrecht’²⁰ en opnieuw overgenomen als hoofddoelstelling in de conceptvoorstellen van het nieuwe Wetboek van Strafvordering^{21,22} In de regels die het strafprocesrecht vormen, staat aldus de materiële waarheidsvinding in een proces dat is ingericht op een wijze die uitdrukking geeft aan de onschuldpresumptie centraal. Dat heeft te betekenen dat de normering van strafvorderlijke bevoegdheidsuitoefening is georiënteerd op die waarheidsvinding ten behoeve van de vervolging en berechting en dat de voorwaarden waaronder dit gebeurt, moeten waarborgen dat onschuldigen hier zo min mogelijk door worden geraakt.

Het strafprocesrecht kent daarnaast verschillende nevenfuncties. Corstens e.a. omschrijven deze nevenfuncties als effecten die “bij het nastreven van het hoofddoel, naast het al dan niet verwezenlijken van het hoofddoel, optreden”.²³ Het gaat daarbij om de speciale en generale preventie, het voorkomen van eigenrichting, het scheppen van orde en de genoegdoening aan het slachtoffer. Volgens Corstens e.a. dient het hoofddoel van het strafprocesrecht altijd voorop te staan; het enkele nastreven van de nevenfuncties levert misbruik van bevoegdheid op.²⁴

Het hoofddoel van het strafprocesrecht staat niet in de weg aan andersoortige reacties dan de traditionele van oplegging van een strafrechtelijke sanctie door de rechter aan de daadwerkelijk schuldige.²⁵ Zo regelt het strafprocesrecht ook de oplegging van strafbeschikkingen door het openbaar ministerie. Voorts komt het strafvorderlijk doel (‘het nemen van strafvorderlijke beslissingen’) van het opsporingsbegrip een bredere betekenis toe dan alleen de berechting van de verdachte. Het kan ook gaan om de beslissing af te zien van vervolging of, bijvoorbeeld, om de aanhouding van de verdachte; het gaat aldus om ‘enige vorm van’ strafrechtelijk ingrijpen. Gelet op de betekenis van de reikwijdte van het opsporingsbegrip voor de reikwijdte van het strafprocesrecht (zie hierover verder paragraaf 3), is door de uitleg van het begrip strafvorderlijke beslissingen nog meer ruimte ontstaan voor

¹⁹ *Kamerstukken II 1913/14*, 286, nr. 3, p. 55.

²⁰ Zie bijv. A. Minkenhof, *De Nederlandse strafvordering* (derde herziene druk), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1970 en Corstens e.a. 2021, par. I.3.

²¹ Concept Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 8.

²² Vgl. M.F.H. Hirsch Ballin, *Over grenzen bij bewijsvergaring. Grondslagen van geïntegreerde normering van strafrechtelijke bewijsvergaring* (oratie VU Amsterdam), Boom Juridisch 2018, p. 24-26.

²³ Corstens e.a., p. 13.

²⁴ Corstens e.a. 2021, p. 14.

²⁵ Vgl. Corstens e.a. 2021, p. 8.

andersoortige strafvorderlijke reacties, naast de traditionele van strafoplegging door de rechter.

Bovendien wordt in de context van met name de cybercriminaliteit inmiddels zichtbaar dat opsporing ook kan leiden tot een reactie die wat verder afstaat van de traditionele, namelijk het verstoren van strafbare feiten (of: de inzet van tegenhoudmaatregelen). De opsporing kan bovendien tot doel hebben dat – in bredere zin dan in relatie tot een concreet strafbaar feit of een concrete verdachte – zicht wordt verkregen op een bepaald criminaliteitsfenomeen ter verbetering van de informatiepositie.²⁶ Het primaire doel blijft in beide gevallen de opsporing (namelijk ook zicht krijgen op een verdachte) en vervolging, maar de parallelle onderzoeksdoelen zijn zeker zo belangrijk of soms zelfs belangrijker. Dat betekent ook dat gedurende het onderzoek de nadruk kan verschuiven naar een van de alternatieve doelen, bijvoorbeeld omdat het niet lukt een verdachte te identificeren of omdat de verdachte zich in het buitenland blijkt te bevinden.²⁷ Ook bij de opsporing van terroristische misdrijven ‘op grond van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf’ gaan alternatieve doelen, in het bijzonder het voorkomen van een aanslag, vaak hand in hand met het primaire doel van vervolging van verdachten.²⁸ Het is de vraag of ook deze doelen (zelfstandig) als strafvorderlijke doelen in de zin van artikel 132a Sv zouden moeten kunnen worden aangemerkt. In de huidige praktijk wordt het nastreven van de waarheidsvinding met het oog op het vinden van een verdachte, die vervolgens kan worden vervolgd en berecht, in ieder geval nog altijd als strikte voorwaarde gezien voor het aanwenden van opsporingsbevoegdheden. Het doelbindingsprincipe dat ten aanzien van de strafvorderlijke opsporingsbevoegdheden geldt, is aldus beperkt tot het traditionele doel van de strafvordering. Dat staat tegelijkertijd andersoortige reacties of doelen niet in de weg, ook als die verder afstaan van het begrip strafvorderlijke beslissingen als bedoeld in artikel 132a Sv en (nog niet) als strafvorderlijk doel kunnen worden gezien.

2.3 Doel van (straf)procesrecht vanuit het perspectief van de rechtsbetrekking

In de hiervoor gegeven beschrijving van de doelstellingen van strafprocesrecht worden de regels van strafprocesrecht primair gezien als een systeem dat ervoor moet zorgen dat de strafvordering tot de juiste uitkomst leidt in die zin dat ze bijdraagt aan een van de strafvorderlijke doelen, met als primaire – en altijd (mede) na te streven – doelstelling de bestraffing van schuldigen aan strafbare feiten. Die juiste uitkomst betreft dan de juiste toepassing van het materiële strafrecht; het strafprocesrecht dient de waarborgen te bevatten om die juiste toepassing zoveel mogelijk te verzekeren en daarmee tegelijkertijd onschuldigen zoveel mogelijk te beschermen.²⁹ Daarbij past een typering van strafprocesrecht naar gelang van systemen zoals inquisitoir of adversair, die nader vorm krijgen met het oog op verzoening en een confrontatie tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming (of: *crime*

²⁶ C.A.J. van den Eeden, J.J. van Berkel, C.C. Lankhaar, C.J. de Poot, ‘Opsporen, vervolgen en tegenhouden van cybercriminaliteit, WODC Cahier 2021-23, p. 58-59.

²⁷ Van Eeden e.a., p. 59.

²⁸ Zie hierover Hirsch Ballin 2012, p. m.n. 256-259.

²⁹ Vgl. Hirsch Ballin 2018, p. 28 en T.M. Schalken, *Strafrecht als systeem van rechtsbetrekkingen. Een ontwikkeling naar evenwicht?* (oratie VU Amsterdam), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 13.

control en *due process*)^{30,31} Gelet op de centrale doelstelling van strafprocesrecht lijken de regels die het strafvorderlijk systeem vormen, daarmee een sterk – in relatie tot die doelstelling – instrumentele grondslag te hebben. Strafprocesrecht conceptualiseren in systemen die dienen ter verwezenlijking van doelstellingen ervan (een ‘strafvorderlijk doel’), doet daarmee nog onvoldoende recht aan de bijzondere aard van de *rechtsbetrekking* tussen de strafvorderlijk optredende overheid en de burger. Daarop wordt nu nader ingegaan.

2.3.1 Procesrecht als normatieve ordening van rechtsbetrekkingen

In zijn oratie aan de Vrije Universiteit te Amsterdam in 1987 stelde Schalken: “De conclusie kan geen andere zijn dan dat de verhouding tussen vrijheid en recht wordt genormeerd door de rechtsbetrekking, waarbinnen zij in relatie tot de rechtssubjecten die daaraan deelhebben, hun werkelijke inhoud krijgen.”³² De rechtsbetrekking is een door een rechtsnorm tot uitdrukking gebrachte verhouding tussen twee of meer subjecten.³³ Bevoegdheidsuitoefening vindt plaats in een proces van ontwikkeling van rechtsbetrekkingen, aldus Schalken, waardoor een stelsel van wederzijdse rechtsposities zichtbaar wordt.³⁴ De hier relevante rechtsbetrekking ontstaat tussen burger en overheid, en is dus publiekrechtelijk van aard, in de context van handelingen van een burger die een vooraf door de wetgever gestelde norm overschrijden in reactie waarop of ter voorkoming waarvan de overheid rechtshandhavend optreedt. Zij ontstaat in verband met dergelijke handelingen van een burger, want dergelijke handelingen doen de verplichting ontstaan daartegen rechtshandhavend op te treden. De rechtsbetrekking krijgt daarop nader vorm door de wijze van dat optreden; de bevoegdheidsuitoefening. Die bevoegdheidsuitoefening kan – zo zal nader worden uitgewerkt in paragraaf 3.2. – plaatsvinden ter voorkoming van een normoverschrijding, anticiperend op toekomstige normoverschrijding en in reactie op een normoverschrijding.

De rechtsbetrekking krijgt vervolgens nader vorm op basis van de rechten en belangen die door dat optreden – in zijn geheel genomen – in de zin van bevoegdheidsuitoefening worden geraakt (zie daarover nader paragraaf 2.3.2). Zij is bovendien meerpolig, gelet op de te onderscheiden posities van de betrokken burgers (verdachte, slachtoffer, subject van onderzoek, burger in algemene zin) (zie daarover nader paragraaf 2.4). Het handhavingprocesrecht – de normen die de relevante rechtsbetrekkingen ordenen – heeft daarom betrekking op een netwerk van rechtsbetrekkingen.

De rechtsbetrekking als uitgangspunt voor procesrecht maakt het procesrecht dynamisch omdat het zich ontwikkelt – in de zin van juridische rechten en plichten – naar gelang de aard

³⁰ R. Foqué en A.C. ‘t Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem: Gouda Quint 1990. Vergelijk ook de Packers’ two models of criminal process: H.L. Packer, ‘Two Models of the Criminal Process’, *University of Pennsylvania Law Review*, 1964 vol. 113, 1.

³¹ Vgl. J. Hunter, P. Roberts, S.N.M. Young and D. Dixon (eds.), *The Integrity of Criminal Process. From Theory into Practice*, Hart Publishing 2016, p. 2-3.

³² Schalken 1987, p. 9.

³³ N. Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht. Ein Lehrbuch*, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag 1986, p. 372 en F.J. van Ommeren en P.J. Huisman, ‘Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel’, p. 7-102 in F.J. van Ommeren, P.J. Huisman, G.A. van der Veen en K.J. de Graaf, *Het besluit voorbij*, Preadvies VAR-reeks 150 2013, p. 48.

³⁴ Schalken 1987, p. 14.

van en verhouding tussen de onderliggende rechtsbetrekkingen.³⁵ Die rechtsbetrekkingen zijn, gelet op het relationele aspect ervan, veranderlijk in de zin dat ze meebewegen met de maatschappelijke omstandigheden. Het procesrecht heeft in relatie tot die rechtsbetrekkingen een ordenende functie, maar is dus niet statisch. Dat vergt van de procesrechtelijke normen dat zij in staat zijn rechtsbescherming te bieden die integraal is, in de zin dat het de rechtsbetrekking in haar volledigheid tot uitgangspunt neemt.

De rechtsbetrekking – en de duiding ervan – is dus constituerend voor procesrecht en voor de toepasselijke procesrechtelijke normen in het concrete geval. Waar rechtsbetrekkingen ontstaan en meebewegen in de context van de maatschappelijke en sociale complexiteit, is het procesrecht een ordenende bestending ervan.³⁶ Die ordenende bestending is tegelijkertijd responsief: ze dient te beantwoorden aan de aard van het onderliggende netwerk van rechtsbetrekkingen en in staat te zijn daarin mee te bewegen.

2.3.2 Integriteit als moreel ankerpunt van rechtsbetrekkingen in de rechtshandhaving

De aard van de rechtsbetrekking bij rechtshandvend optreden geeft aan de normen van strafprocesrecht ook een meer ideële lading. Het gaat er daarbij om dat het recht ook *juist* is, niet alleen ten aanzien van de correcte uitkomst, maar ook wat betreft het vermogen de idealen waarop onze beschaving rust te verwezenlijken.³⁷ Zo beschreef Hans Goedkoop in zijn 4 mei-lezing van 2022 het recht als wezenskenmerk van beschaving: “de erkenning dat er iets is dat mag en iets dat niet mag” als “de eerste zin uit de menselijke beschaving”.³⁸ Zonder het juiste kompas voor goed en kwaad, het besef dat er iets is dat mag en dat niet mag, zijn procedures, routines en wetten betekenisloos. Tegen de achtergrond van de oorlog in Oekraïne zegt Goedkoop daarover: “Nu we met een nieuw oog vaststellen wat er niet mag, blijkt dat we vastzitten aan regels en routines die zich voordoen als het recht, maar net de geest daarvan ontberen.”³⁹ Het is ook daarom dat rechten onlosmakelijk zijn verbonden met het besef dat ze essentieel zijn om het kwaad, *injustice*, tegen te gaan. Gebleken is dat dat recht vaak tot stand komt door ervaringen met onrecht.⁴⁰ Dit doet niet af aan de oorsprong van de ideële lading van wat we als recht beschouwen⁴¹, maar duidt het proces van

³⁵ Achterberg 1986, p. 372 en vgl. F.J. van Ommeren en P.J. Huisman, ‘Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel’, p. 7-102 in F.J. van Ommeren, P.J. Huisman, G.A. van der Veen en K.J. de Graaf, *Het besluit voorbij*, Preadviesen VAR-reeks 150 2013, p. 49.

³⁶ Vgl. B. Z. Tamanaha, *A Realistic Theory of Law*, Cambridge University Press 2017, p. 194-198.

³⁷ Vgl. Zie ook: M. Groenhuijsen, *Strafrecht als spiegel van beschaving* (afscheidsrede Tilburg), Tilburg University 2022, p. 9-10 en C. Kelk, *De kunst van een humaan strafrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 201, p. 13-13.

³⁷ Hunter et al, p. 3.

³⁸ Ontleend aan de jurist Abel Herzberg, gedetineerd in concentratiekamp Bergen-Belsen. H. Goedkoop, *Wat mag en niet mag. 4 mei-voordracht 2022*, beschikbaar via de website van het Nationaal Comité 4 en 5 mei: <https://www.4en5mei.nl/archieven/inspiratie/wat-niet-mag>, laatst bezocht op 21 juli 2022.

³⁹ Goedkoop 2022.

⁴⁰ Zo kwam de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens tot stand uit het besef dat de bescherming van mensenrechten dient ter voorkoming van herhaling van de gruwelijkheden van de Holocaust.

⁴¹ De oorsprong van die ideële lading blijft hier buiten beschouwing. Vaak wordt die ontleend aan natuurrecht of aan de goddelijke oorsprong. Anderen stellen dat een onweerlegbare onderbouwing niet nodig is; de morele kracht van het idee is afdoende om het belang ervan te zien. Zie over dit onderwerp: NRC 29 juli 2022, ‘Als iedereen zijn eigen universele mensenrechten wil, ‘houdt het gesprek snel op’’, en het citaat van Barbara Oomen (verwijzende naar de Franse filosoof Jacques Maritain) aan het eind van het artikel: “[...] we kunnen het

totstandkoming van die erkenning als recht. Die ideële lading betreft het besef dat de erkenning van de menselijke waardigheid van eenieder noodzakelijk is voor de menselijke beschaving.⁴² Dat brengt mee dat recht dynamisch moet zijn: door ervaringen met onrecht of het disfunctioneren van het recht, komt het recht tot ontwikkeling met als ankerpunt de betekenis ervan voor de bescherming van de menselijke waardigheid van eenieder. Dat inzicht leert ons kritisch te kijken naar bestaande systemen van recht. De maatstaven daarvoor komen aan bod in hoofdstuk 4.

In essentie is de opdracht van het recht, in het bijzonder het (publieke) procesrecht, de bescherming van de menselijke waardigheid van eenieder; die bescherming van de menselijke waardigheid is daarmee ook het morele ankerpunt van het strafprocesrecht. Bescherming van de menselijke waardigheid betreft de erkenning van de gelijkheid, autonomie en individuele vrijheid van ieder mens, dus ook van degenen die ernstig normoverschrijdend gedrag – in strijd met het materiële strafrecht – vertonen.⁴³

In mijn oratie uit 2018 verwees ik in dat verband naar paus Franciscus, met het volgende citaat uit een rede van 23 oktober 2014 tijdens een audiëntie met internationale organisaties op het terrein van de strafrechtspleging:

“In the application of punishment, caution must be the underlying principle of criminal law systems, and the full operative force of the pro homine principle must guarantee that States are not allowed, juridically or in fact, to subordinate respect for the dignity of the human person to any other purpose, even should it serve some sort of social utility. Respect for human dignity must serve not only to limit arbitrariness and the excesses of the agents of the State, but act as a guiding criterion for the prosecution and punishment of those actions which represent the most serious attacks against the dignity and integrity of the human person.”⁴⁴

Strafprocesrecht dient aldus niet alleen juist te zijn in de zin dat het tot de berechting van de daadwerkelijke schuldige leidt en de onschuldige zoveel mogelijk beschermt, maar ook juist in de zin dat het uitdrukking geeft aan de essentie van (beschaafd) recht; de erkenning van de menselijke waardigheid. Menselijke waardigheid is daarmee het richtinggevend criterium voor procesrecht. De betekenis ervan kan worden gevat in de term integriteit, waarmee

eens worden over wat mensenrechten zijn, zolang we maar niet beginnen over waarom we ze hebben. Dan gaat het mis.”

⁴² In mijn oratie en proefschrift beschreef ik het concept – of het recht op – menselijke waardigheid reeds als het morele ankerpunt van het (strafproces)recht. Een belangrijke inspiratie voor die opvatting is te vinden in het werk van Luban, zoals D. Luban, *The Enemy of All Humanity*, Netherlands Journal of Legal Philosophy 2018, 47 en D. Luban, *Legal Ethics and Human Dignity*, New York: Cambridge University Press 2007. Zie: Hirsch Ballin 2012, p. 8-11 en Hirsch Ballin 2018, p. 28-30.

⁴³ Vgl. Hirsch Ballin 2018, p. 40-41 en D. Luban, *Legal Ethics and Human Dignity*, New York, NY: Cambridge University Press 2007, p. 76 en vgl. C. Kelk, *Strafrecht binnen menselijke proporties* (afscheidsrede Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 7.

⁴⁴ Rede gepubliceerd in een uitgave van de AIDP: *For a real human justice, Audience of Pope Francis to Association Internationale de Droit Pénal, Société Internationale de Criminologie, Société Internationale de Défense Sociale, International Penal and Penitentiary Foundation, World Society of Victimology, Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología*, Vatican City, October 23, 2014, beschikbaar via: http://www.penal.org/sites/default/files/Book%20%20Pope%27s%20Audience_0.pdf, p. 25. Zie ook: Groenhuijsen 2022, p. 10-11.

integriteit fungeert als de toetsingsmaatstaf van juist (straf)procesrecht. In de woorden van Hunter e.a.: *“Integrity, in short, contributes an additional high-powered lens to the existing kaleidoscope of theoretical perspectives on criminal process.”*⁴⁵ Het gaat dan zowel om de integriteit van het systeem en de coherentie ervan, als om de integriteit van het optreden – in het bijzonder de bewijsvergaring – en de omgang daarmee in het proces.⁴⁶ De toetssteen van integriteit dient de verwezenlijking van de menswaardige strafrechtstoepassing; het verleent de rechtsstatelijke rechtmatigheid aan de strafvorderlijk optredende overheid in de rechtsbetrekking met de burger.⁴⁷ Gelet op de samenhang met het recht op bescherming van de menselijke waardigheid, is het concept van integriteit in belangrijke mate verbonden met de bescherming van de mensenrechten.⁴⁸ Het concept van integriteit moet daarom ook een open concept zijn. Het moet recht kunnen doen aan de door maatschappelijke ontwikkelingen veranderende rechtsbetrekkingen tussen overheid en burgers en dusdoende ook aan de betekenis van de mensenrechten hiervoor. Een systeem van procesrecht dat voldoet aan het vereiste van integriteit is mede daarom essentieel voor het vertrouwen van de burger in dat systeem.⁴⁹

Vergelijk in dit opzicht Barak die schrijft over ‘Constitutional purpose’: *“According to purposive constitutional interpretation, in cases of a conflict between the two, the objective purpose – the understanding of the text at the time the interpretation is conducted – should prevail. In other words, the objective purpose should be given more weight while balancing both sets of data. Only in that way can the constitution fulfill its most crucial social functions – the direction of human behavior across generations of social change, and the provision of legal solutions to modern, evolving needs.”*⁵⁰

2.4 Nadere duiding van de strafvorderlijke rechtsbetrekking

Tegen de achtergrond van de in de voorgaande paragraaf gegeven duiding van handhavingprocesrecht als ordening van rechtsbetrekking en integriteit als moreel ankerpunt van zulk procesrecht, wordt nu de strafvorderlijke rechtsbetrekking nader onder de loep genomen. De vraag is dan wat het strafprocesrecht onderscheidt van ander procesrecht dat betrekking heeft op rechtshandhaving door de overheid. Meestal wordt als het van ander publiekrecht onderscheidende kenmerk beschouwd dat toepassing van het strafrecht leidt tot oplegging van sancties waarmee wordt beoogd leed toe te voegen. Bovendien is de sanctie van de gevangenisstraf, als meest ingrijpende voor de burgerlijke vrijheden, gebonden aan het strafrecht.⁵¹ De oplegging van de gevangenisstraf is als constitutioneel vereiste voorbehouden aan de rechter (artikel 113 lid 2 Grondwet) en kan reeds om die reden geen bestuursrechtelijke sanctie zijn. Schalken verbindt de aard van de inbreuk die door de sanctie wordt veroorzaakt aan het niveau van de rechtsbescherming. De

⁴⁵ Hunter et al, p. 3.

⁴⁶ S.N.M. Young, ‘A Public Law Conception of Integrity in the Criminal Process’, p. 35-51 in: J. Hunter, P. Roberts, S.N.M. Young and D. Dixon (eds.), *The Integrity of Criminal Process. From Theory into Practice*, Hart Publishing 2016, p. 36-37.

⁴⁷ Vgl. uitvoeriger Hirsch Ballin 2018, p. 42-47.

⁴⁸ Vgl. Young 2016, p. 37-38.

⁴⁹ Vgl. Young 2016, p. 39, E.M.H. Hirsch Ballin 1999, p. 29.

⁵⁰ A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press 2012, p. 58-59.

⁵¹ Schalken 1987, p. 10-11.

sanctie dient te corresponderen “met de aanspraken die de publiekrechtelijke ethiek de burgers garandeert”.⁵²

Deze benadering stoelt op de gedachte dat vanwege de gerichtheid van de strafrechtelijke rechtshandhaving op bestraffing van normoverschrijdingen, het strafprocesrecht traditioneel is georiënteerd op de materiële waarheidsvinding ten behoeve van vervolging en berechting (van verdachten). Die veronderstelling doet op dit moment echter niet meer volledig recht aan de doelen waarvoor strafvorderlijke bevoegdheden (mede) worden ingezet. Zoals hiervoor toegelicht betreffen reacties die volgen op strafvorderlijk optreden ook het verstoren of tegenhouden van strafbare feiten en, dus, het voorkomen ervan. Ook is het strafvorderlijk optreden (mede) gericht op het verkrijgen van meer grip op fenomenen van criminaliteit. Alhoewel hiervoor is geconstateerd dat vooralsnog wordt vastgehouden aan de primaire doelstelling van opsporing en vervolging van verdachten met het oog op de berechting van de daadwerkelijk schuldigen, gaat het nastreven ervan geregeld hand in hand met andere, alternatieve doelen. Soms zijn die doelen in feite zelfs het ultieme doel van een concreet onderzoek.

Nadere duiding van de rechtsbetrekking op grond van de onderliggende normoverschrijding levert evenmin meteen een helder onderscheid op tussen de rechtsbetrekking tussen overheid en burger in het strafrecht en in het handhavend bestuursrecht. In 2008 was de gedachte nog dat het bestuursrecht vooral betrekking diende te hebben op eenvoudige en lichte feiten en een keuze tussen het ene of het andere stelsel worden ingegeven door het criterium van de open of besloten context. Strafrechtelijke handhaving werd aangewezen geacht indien de aard van het strafbare feit, de ernst van de overtreding, samenhang met andere strafbare feiten of de behoefte aan toepassing van dwangmiddelen opsporingsbevoegdheden daar aanleiding toe gaven.⁵³ Dit onderscheid moet inmiddels sterk worden gerelativeerd, gelet op de enorme toename van bestuurlijke sanctionering en ook het kabinet is inmiddels afgestapt van het onderscheid op basis van de open en besloten context.⁵⁴ In het ongevraagde advies van 2015 inzake sanctiestelsels verlegt de Raad van State – terecht – de aandacht van rubricering van normen naar de mate van de in de te onderscheiden stelsels geboden rechtsbescherming en ongerechtvaardigde verschillen daartussen. Over dat onderscheid zegt de Raad van State het volgende:

“Daarmee [met een betere afstemming van de rechtsbescherming] worden beide stelsels nog niet inwisselbaar. Daar waar het wenselijk is dat waarheidsvinding en berechting in een openbare zitting plaatsvinden, de normovertreding een inbreuk vormt op de lichamelijke of psychische integriteit van personen, opsporingsbevoegdheden en ingrijpende dwangmiddelen uit het strafrecht nodig zijn of een vrijheidsstraf of vrijheidsbeperkende maatregel nodig is, is de weg van het strafrecht in ieder geval aangewezen. Voorts is de Afdeling van oordeel dat overtredingen die een zodanige inbreuk maken op de belangen van burgers en bedrijven of een zodanig forse bedreiging vormen voor het integer functioneren van

⁵² Schalken 1987, p. 12-13.

⁵³ Zie hierover de kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel uit 2008, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, 69. Zie voorts: Advies Afdeling advisering Raad van State d.d. 13 juni 2015 inzake sanctiestelsels, *Stcrt.* 2015, 30280.

⁵⁴ *Kamerstukken II* 2017/18, 347 75 VI, nr. 102 (bijlage) en *Kamerstukken II* 2018/19, 29 279, nr. 503.

(sectoren binnen) de samenleving dat het wenselijk is dat de overtreder zich ten overstaan van de rechter verantwoordt, via het strafrecht zouden moeten worden bestraft.”⁵⁵

Een onderscheid gelet op de aard van de normoverschrijding en de daaraan te verbinden wijze van rechtshandhaving blijft dus ook voor de Raad van State van belang. In die gedachte is ook de ultimum remedium-gedachte (of subsidiariteitsgedachte) – de gedachte dat er alleen een rol voor het strafrecht is als geen minder verstrekkende reacties passend zijn te achten⁵⁶ – te herkennen. Het strafrecht wordt als het zwaarste rechtshandhavende middel gezien, omdat het het diepste ingrijpt in de burgerlijke vrijheden. Dat vergt dat zowel de aard van de normoverschrijding (de onrechtmatigheid) en de waardering van de proportionaliteit van eventuele andere beschikbare handhavingsmiddelen in relatie tot die normoverschrijding, moeten kunnen leiden tot het oordeel dat alleen het strafrecht een passende reactie kan vormen. Inmiddels dient ook deze traditionele ‘ultimum remedium-gedachte’ van het strafrecht te worden genuanceerd en wordt soms wel gesteld dat de ‘optimum remedium-gedachte’ – de gedachte dat de keuze dient te vallen op de in het concrete geval meest adequate reactie op een normoverschrijding – ervoor (op sommige terreinen) in de plaats is gekomen.⁵⁷

Ongeacht of de ultimum remedium-gedachte (altijd) dient te prevaleren, dan wel ook de optimum remedium-gedachte van betekenis kan zijn, hoe dan ook is duidelijk dat in het procesrecht de concrete *rechtsbetrekking* – de verhouding tussen de staat, vertegenwoordigd door overheidsorganen, en de door de rechtshandhaving betrokken burger – en een daaraan te verbinden categorisering (normatieve ordening) vooral wordt gekleurd door de aard van de sanctie die voor een normoverschrijding kan worden opgelegd en de daaraan te verbinden mate van rechtsbescherming. In aanvulling daarop zal het nodig zijn die rechtsbetrekking in voorkomende gevallen tevens te duiden op grond van andersoortige reacties dan sanctionering, nu ook die reacties – ook in het strafrecht, zoals de tegenhoudmaatregelen bij de opsporing van cybercriminaliteit – steeds vaker een rol spelen. Die duiding wordt complexer indien met het optreden meerdere reacties worden nagestreefd. Het ligt voor de hand – gelet op het (ideële) doel van strafprocesrecht om de integriteit van het optreden te waarborgen – dat in dat geval de meest ingrijpende reactie het meeste gewicht in de schaal legt bij de duiding van de (mogelijke) aard van de rechtsbetrekking.⁵⁸ Die duiding is vervolgens bepalend voor de te bieden mate van rechtsbescherming en niet zo zeer – al is daar op het eerste gezicht en in grote lijnen een samenhang – voor de keuze voor het ene of het andere procesrechtelijke systeem (of: sanctiestelsel).

⁵⁵ Advies Afdeling advisering Raad van State d.d. 13 juni 2015 inzake sanctiestelsels, *Stcrt.* 2015, 30280.

⁵⁶ Zie J. Crijns, ‘Strafrecht als ultimum remedium. Levend leidmotief of archaïsch desideratum?’, *AA* 2012, 1.

⁵⁷ S.S. Buisman, ‘Criteria voor strafbaarstelling. De integratie tussen theorie en wetgevingsbeleid’, *Boom Strafblad* 2020, 1, p. 68 en C.P.M. Cleiren, ‘Functie en waarde van criteria voor strafbaarstelling in het huidige tijdsgewricht’, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek*, Den Haag: Boom Lemma 2012, p. 19-22.

⁵⁸ Vgl. Crijns 2012, p. 18: “In de complexe afweging van belangen die tegenwoordig binnen het diffuse kader rond vraagstukken van strafbaarstelling en handhaving dient te worden gemaakt, kan de ultimum remedium-gedachte enkel nog fungeren als argument (naast vele anderen) en niet zozeer (meer) als een helder leidmotief.”

Daar komt, ten slotte, nog wat bij. In het voorgaande gaat het om de rechtsbetrekking tussen de overheid en de burger. Deze krijgt met de rechtshandhavende overheid te maken omdat dat optreden raakt aan de uitoefening van de burgerlijke vrijheden. Dat past bij de traditionele rechtsbeschermende gedachte van het strafprocesrecht dat de verdachte de benodigde rechten moet worden geboden als tegenwicht aan de strafvorderlijke bevoegdheidsuitoefening en als fundamenteel beginsel voor een eerlijk proces dat kan leiden tot de materiële waarheidsvinding.⁵⁹ Deze nadruk op de relatie tussen strafvorderlijk optredende overheid en verdachte neemt evenwel niet weg dat de strafrechtelijke rechtsbetrekking meerpolig⁶⁰ is en ook andere burgers omvat. Zo gaat het ook om rechtsbetrekkingen tot onschuldige burgers: in de zin dat die moeten worden beschermd tegen strafvorderlijk overheidsoptreden, maar ook in de relatie tot de overheid die bescherming dient te bieden tegen onrechtmatige inbreuken op hun fundamentele rechten en vrijheden. Daarnaast zijn nog andere rechtsbetrekkingen aan de orde, namelijk die tussen slachtoffer en overheid, en die tussen slachtoffer en verdachte c.q. veroordeelde. In de voorstellen voor het nieuwe Wetboek van Strafvordering wordt als algemeen beginsel van strafprocesrecht ook geformuleerd dat strafvordering plaatsheeft op een wijze die recht doet aan de belangen van het slachtoffer. In het concept van de memorie van toelichting wordt dit zelfs een 'leidend' beginsel in de strafvordering genoemd. Die meerpoligheid en daarmee complexiteit van de rechtsbetrekking is bovendien te meer in de hand gewerkt door de veranderde doelen van strafvorderlijk optreden. Het gaat dientengevolge nog uitdrukkelijker niet alleen om de rechtsbetrekking tot een eventuele verdachte, maar ook om rechtsbetrekkingen tot andere subjecten of groepen van subjecten van onderzoek. Kortom: de relaties tussen overheid en slachtoffer en/of iedere burger, en tussen overheid en verdachten en/of andere (potentiële) subjecten of groepen van subjecten van onderzoek, maken deel uit van het netwerk van rechtsbetrekkingen. De complexiteit of meerpoligheid ervan is door de groeiende verwachtingen van de burger ten aanzien van de strafvorderlijk optreden overheid, alsook door de 'emancipatie' van het slachtoffer in het strafproces sterk toegenomen.⁶¹ Op basis van dit netwerk van rechtsbetrekkingen dient het strafprocesrecht vorm te krijgen.

In de concept-memorie van toelichting bij de voorstellen voor het nieuwe Wetboek van Strafrecht is iets van die gedachte van meerpoligheid van de rechtsbetrekking terug te zien, doordat voorop wordt gesteld dat de doelstellingen van strafprocesrecht zijn verbreed: de nevensdoelstellingen van de eerbiediging van de rechten en vrijheden van de verdachten en de rechten en vrijheden van andere bij het strafproces betrokken personen zijn naast de hoofddoelstelling een belangrijker plaats in gaan nemen.⁶² In aanvulling daarop zou dienen te worden geëxpliciteerd dat de veranderlijke aard van de rechten, verplichtingen en belangen bij strafvorderlijk optreden, gelet op het onderliggende netwerk van rechtsbetrekkingen, aan die gedachte ten grondslag ligt, en voorts dat het systeem van strafprocesrecht in de toekomst de benodigde openheid kan hebben en aldus responsief kan zijn bij veranderde

⁵⁹ Concept Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 40, beschikbaar via:

<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2020/07/30/ambtelijke-versie-juli-2020-memorie-van-toelichting-wetboek-van-strafvordering>, laatst geraadpleegd op 25 juli 2022.

⁶⁰ Vgl. Achterberg 1986, p. 373.

⁶¹ Vgl. Schalken 1987, p. 14-15 die reeds sprak van een complexiteit van rechtsbetrekkingen in het strafrecht.

⁶² Concept Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 8.

maatschappelijke omstandigheden die ook raken aan die rechtsbetrekkingen. ‘Juist’ strafprocesrecht gaat dan niet alleen over het vastleggen van de bevoegdheden die de overheid heeft ten behoeve van die materiële waarheidsvinding, maar is er ook om te verzekeren dat de bevoegdheidsuitoefening op een integere manier plaatsvindt; het procesrecht is daarbij de normatieve ordening van rechten en plichten in het netwerk van relaties tussen overheid en burgers.⁶³

2.5 Tussenconclusie

Bezien vanuit de doelstellingen van strafprocesrecht is het systeem van strafprocesrecht in functionele zin gericht op de materiële waarheidsvinding, dat wil zeggen de vervolging en berechting van de daadwerkelijk schuldigen en het zoveel mogelijk ongemoeid laten van onschuldigen. Die centrale doelstelling van strafprocesrecht staat niet altijd meer (alleen) voorop bij inzet van strafvorderlijke bevoegdheden, maar lijkt wel nog steeds als het wezenskenmerk van het strafprocesrecht te moeten worden gezien. Dat wezenskenmerk is gelegen in de beoogde sanctionering door leedtoevoeging, met als ultieme sanctie de vrijheidsstraf, voor normoverschrijdingen die we als strafbare feiten beschouwen.

Tegelijkertijd is de doelstelling van de inzet van strafvorderlijke bevoegdheden breder geworden en daarmee ook meer overeenkomsten gaan vertonen met ander rechtshandhavend optreden. Het strafprocesrecht is aldus ook functioneel in verhouding tot andersoortige reacties, die tot op heden evenwel niet worden beschouwd als voortvloeiend uit *strafvorderlijke* doelen. De consequentie daarvan is ook dat de onderliggende rechtsbetrekking tussen burger en rechtshandhavende overheid meerdere dimensies is gaan aannemen en, bovendien, op een bredere categorie van personen betrekking kan hebben. In andere woorden: het gaat niet om een eendimensionaal te duiden en kwalificeren rechtsbetrekking, maar om een meerdimensionaal netwerk van rechtsbetrekkingen.

Voorts is vastgesteld dat integriteit als toetsingsmaatstaf recht kan doen aan de meer ideëel geladen doelstelling van procesrecht: het vereiste dat de publiekrechtelijke rechtsbetrekking bij rechtshandhavend optreden stoelt op de bescherming van de menselijke waardigheid. Dit aspect van het procesrecht verschaft de materiële lading aan de rechtsbetrekking tussen de rechtshandhavende optredende overheid en de burger. Dit is geen uniek kenmerk van *strafprocesrecht*, maar van al het procesrecht dat het rechtshandhavend optreden van de overheid normeert. Dit neemt niet weg dat de toetsing aan die maatstaf en de onderliggende mensenrechtelijke normen verschilt naar gelang van de aard van de sanctie, dan wel het specifieke andere doel van het optreden. Die toetsing is vervolgens bepalend voor de te bieden rechtsbescherming. In paragraaf 4 van dit preadvies wordt hierop nader ingegaan.

⁶³ Vgl. T.M. Schalken, *Strafrecht als systeem van rechtsbetrekkingen. Een ontwikkeling naar evenwicht?* (oratie VU Amsterdam), Arnhem: Gouda Quint bv, 1987, p. 6: "de overheid is bij de uitoefening van haar taak aan een standaard van fatsoen gebonden." En vgl. voorts Corstens e.a. 2021, p. 11-12.

3. De reikwijdte van het terrein van de strafvordering

Aanvankelijk was het ontstaan van een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit het aanknopingspunt voor het betreden van het terrein van de strafvordering. In het redelijk vermoeden kan echter inmiddels (al lang) niet meer de grens van het terrein van strafprocesrecht worden gevonden. Dit criterium voor de uitoefening van strafvorderlijke (opsporings)bevoegdheden maakt sinds 2007 daarom niet meer deel uit van het opsporingsbegrip. Dat opsporingsbegrip wordt niettemin nog steeds gezien als bepalend voor de reikwijdte van het terrein van de strafvordering. Dat heeft ondertussen tot gevolg dat een discrepantie is ontstaan tussen die reikwijdte en de grondslagen voor het optreden binnen de opsporing.⁶⁴ Die grondslagen worden – zo laat de rechtspraak zien – lang niet alleen gevonden in het Wetboek van Strafvordering. Dat heeft tot gevolg dat de opvattingen uiteenlopen of sprake is van een grijs gebied tussen opsporing en ander rechtshandhavend optreden of dat het opsporingsbegrip zich dient uit te strekken over ook dat andere rechtshandhavend optreden en zo ja, welke omstandigheden daarvoor bepalend zijn.⁶⁵ Dit hoofdstuk zal daarom de volgende vragen behandelen:

1. Wat dient naar huidig recht onder opsporing te worden verstaan?
2. Hoe kunnen ontwikkelingen in de opsporings- en handhavingspraktijk in procesrechtelijke zin te worden geduid?
3. Correspondeert die duiding met hetgeen materieel gezien tot het strafprocesrecht moet worden gerekend en welke conclusies dienen hieraan te worden verbonden in relatie tot het opsporingsbegrip?

3.1 Het opsporingsbegrip

Het Wetboek van Strafvordering kent sinds 1999 – in artikel 132a Sv – een definitie van het opsporingsonderzoek. Die definitie bevatte destijds ook het criterium van het redelijke vermoeden dat een strafbaar feit is begaan of dat in georganiseerd verband zware misdrijven (d.w.z. waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is en die een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren) worden beraamd of gepleegd.⁶⁶ Ook voor die tijd, toen een definitie nog niet was gecodificeerd, werd het bestaan van een verdenking, een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit als bedoeld in artikel 27 Sv, als startpunt van de opsporing gezien.⁶⁷ Inmiddels kan in het criterium van een redelijk vermoeden al (lang) niet meer de grens van het terrein van strafprocesrecht worden gevonden. Bij de wijziging van het Wetboek van Strafvordering in 2007 ingevolge de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven

⁶⁴ Zo ook: J. Crijns, 'De verregaande lenigheid van het opsporingsbegrip. Verkenningen op het grensvlak van toezicht en opsporing', p. 133-147 in: T. Kooijmans, J. Ouwerkerk, C. Rijken en J. Simmelink (red.), *Op zoek naar evenwicht. Liber Amicorum Marc Groenhuijsen*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 142.

⁶⁵ Vgl. Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 6 april 2022, 'Advies over het nieuwe Wetboek van Strafvordering', beschikbaar via: <https://www.raadvanstate.nl/@125095/w16-21-0105-ii/> (laatst geraadpleegd op 13 september 2022), p. 101-106.

⁶⁶ Deze definitie maakte deel uit van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden. *Stb.* 1999, 245.

⁶⁷ Zo begint Minkenhof haar boek 'De Nederlandse strafvordering' met de afbakening van het terrein van het strafprocesrecht als "de regelen omtrent hetgeen geschiedt tussen het tijdstip waarop het vermoeden ontstaat, dat een strafbaar feit gepleegd is en de tenuitvoerlegging van de opgelegde straf op de veroordeelde. Minkenhof 1970, p. 1.

werd tegen de achtergrond van de introductie van het aanwijzingen-criterium voor toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden bij terroristische misdrijven, aanleiding gezien het verdenkingscriterium of daaraan gerelateerde (lagere) drempels voor strafvorderlijk optreden, niet langer deel uit te laten maken van het opsporingsbegrip.⁶⁸ Sindsdien geldt de huidige definitie van artikel 132a Sv: “het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.”⁶⁹

De factoren die bepalen wat tot de opsporing moet worden gerekend, zijn gelet op deze definitie: 1) het onderzoek in verband met strafbare feiten; 2) het gezag van de officier van justitie; en 3) het doel van het nemen van strafvorderlijke beslissingen. De tweede factor betekent vooral dat activiteiten met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen onder het gezag van de officier van justitie dienen plaats te vinden. In feite is dat gezag dus een consequentie van de omstandigheid dat sprake is van opsporing; tegelijkertijd maakt het duidelijk dat bestuursrechtelijk toezicht uitgevoerd door ambtenaren die niet zijn aangewezen als (buitengewoon) opsporingsambtenaar (mede) in verband met strafbare feiten geen opsporing is. De eerste en derde factor bakenen het terrein van de opsporing daadwerkelijk af: alleen dat onderzoek in verband met strafbare feiten dat (mede) is gericht op het nemen van strafvorderlijke beslissingen betreft opsporing.⁷⁰

Uit de (recente) rechtspraak wordt duidelijk welke consequenties dit heeft voor het terrein van de opsporing. Zo volgt uit de rechtspraak dat ook de inzet van (repressieve) controlebevoegdheden (mede) om strafbare feiten te ontdekken opsporing betreft; ook hier gaat het om onderzoek in verband met strafbare feiten en worden de bevoegdheden toegepast met het doel van het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Omdat het gaat om opsporingsambtenaren, is ook sprake van gezag van de officier van justitie.⁷¹ Uit het arrest van de Hoge Raad van 30 juni 2020 volgt dat het stilhouden van een auto en het inzage vorderen in bescheiden in het kader van het toezicht op de APV, als opsporing moet worden aangemerkt. Het onderzoek vond plaats in verband met eerdere woninginbraken in de gemeente Soest en is daarom onderzoek in verband met strafbare feiten.⁷² Reijntjes stelt in zijn annotatie dat blijkens dit arrest bij ‘een verband’ met strafbare feiten het onderzoek al als (ook) opsporing moet worden aangemerkt.⁷³ Omdat het hier bovendien *uitsluitend* ging om opsporing, was de inzet van bevoegdheden op grond van de Awb onrechtmatig, aldus de Hoge Raad.⁷⁴ Deze rechtspraak laat zien dat de grondslag voor het optreden in het kader van de opsporing in bepaalde constellaties ook buiten het Wetboek van Strafvordering kan worden gevonden en, bovendien, dat bevoegdheden die niet (primair) zijn gecreëerd met het oog op het nemen van strafvorderlijke beslissingen voor dat doel mede kunnen worden ingezet. Op

⁶⁸ *Stb.* 2006, 580 en *Kamerstukken II* 2005/2006, 30 164, 3, p. 16-17; zie voorts Hirsch Ballin 2012, p. 122-125.

⁶⁹ In de voorstellen voor het nieuwe Wetboek van Strafvordering wordt deze definitie zonder wijzigingen overgenomen. Zie het voorgestelde artikel 1.1.6.

⁷⁰ Vgl. Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 290.

⁷¹ Zie bijv. HR 1 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2454, *NJ* 2017, 84 m.nt. B.F. Keulen, r.o. 3.4 (dynamische verkeerscontrole) en de werkwijze van de zogenaamde veelplegersteams (observaties op grond van artikel 3 Pw teneinde strafbare feiten te voorkomen) als aan de orde in HR 13 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9338, *NJ* 2013, 413 en HR 19 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:80, *NJ* 2021, 109.

⁷² HR 30 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1155, *NJ* 2021, 11 m.nt. Reijntjes, r.o. 2.4.1; zie ook HR 3 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:487.

⁷³ HR 30 juni 2020, *NJ* 2021, 11 m.nt. Reijntjes, noot onder 1.

⁷⁴ *Ibid.*, r.o.

het moment dat het onderzoek (ook) verband houdt met strafbare feiten én wordt uitgevoerd door (buitengewoon) opsporingsambtenaren ten aanzien van wie de officier van justitie het gezag kan uitoefenen, is reeds sprake van opsporing in de zin van artikel 132a Sv. In het arrest van 30 juni 2020 stelt de Hoge Raad een grens aan die bevoegdheidsuitoefening op andere grondslagen: op het moment dat *uitsluitend* sprake is van opsporing, mogen Awb-bevoegdheden niet worden uitgeoefend. Op basis van deze rechtspraak lijkt gerechtvaardigd te concluderen dat ook moderne digitale technieken zoals *sensing*⁷⁵ en geavanceerde data-analyses op grond van de Wpg, die worden ingezet met het oog op het ontdekken van nieuwe strafbare feiten als opsporing dienen te worden aangemerkt.⁷⁶

Bij de afbakening van het terrein van de opsporing is dus de relatie met de concrete aanleiding voor de toepassing van opsporingsbevoegdheden losgelaten, waardoor de opsporing niet langer een concreet startpunt heeft (bijvoorbeeld bij een redelijk vermoeden of aanwijzingen van een strafbaar feit). Consequentie van dit opsporingsbegrip is ook dat de scheidslijn tussen het terrein van strafprocesrecht en andere rechtsgebieden, in het bijzonder de bestuursrechtelijke normering van de handhaving en het toezicht, niet duidelijk is en de rechtsgebieden kunnen samenvallen. In de praktijk gebeurt dit ook steeds vaker. Opsporing begint veelal bij een activiteit die samenvalt met de controle of het toezicht. De dynamische verkeerscontrole, waarbij controle op de Wegenverkeerswet 1994 samenvalt met het doen van onderzoek in verband met strafbare feiten, is daarvan een voorbeeld.⁷⁷ Ook kan worden gedacht aan de zogenaamde ‘integrale controle’, waar toezicht samenvalt met optreden door de politie maar de optredende ambtenaren niet altijd ‘dubbele petten’ – dat wil zeggen dat ze zijn aangesteld zowel als toezichthouder, als als (buitengewoon) opsporingsambtenaar – hebben. In een uitspraak van 18 mei 2022 van de Rechtbank Gelderland ging het om zo’n integrale controle naar aanleiding van ‘ondermijnende signalen’ door gezamenlijk optreden van ambtenaren van bouwtoezicht van de gemeente Wijchen, medewerkers van de omgevingsdienst en meerdere politiemedewerkers. De rechtbank komt tot bewijsuitsluiting na toepassing van artikel 359a Sv, omdat geen sprake was van een duidelijke taakverdeling met inachtneming van de op grond van de Awb en het Wetboek van Strafvordering geldende voorwaarden voor bevoegdheidsuitoefening.⁷⁸ Hetzelfde geldt voor bevoegdheden die worden uitgeoefend op grond van de bredere politietaak van artikel 3 Politiewet 2012 (Pw 2012)⁷⁹: die uitoefening kan, bijvoorbeeld in het kader van de veelplegersaanpak⁸⁰, gelijktijdig betrekking hebben op de handhaving van de openbare orde (en daarmee onder het gezag van de burgemeester) en in verband met strafbare feiten (onder het gezag van de officier van justitie).⁸¹ Ook de preventieve inzet – ter voorkoming van strafbare feiten – van digitale

⁷⁵ Onder *sensing* wordt verstaan het met technische hulpmiddelen (sensoren) waarnemen of verzamelen van informatie met betrekking tot een object of een persoon. Een voorbeeld van zo’n sensor is een ANPR-camera (automatic number plate recognition) en merk-model-kleurherkenningscamera’s.

⁷⁶ Zie hierover L. Stevens, M.F.H. Hirsch Ballin, M. Galič e.a., ‘Strafvorderlijke normering van preventief optreden op basis van datakoppeling. Een analyse aan de hand van de casus ‘Sensingproject Outlet Roermond’, *TBS&H* 2021, 4., m.n. p. 236-237 en M.F.H. Hirsch Ballin en J.J. Oerlemans, ‘Datagedreven opsporing en het spanningsveld met strafvordering’ (nog te verschijnen 2022).

⁷⁷ HR 1 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2454, *NJ* 2017, 84 m.nt. B.F. Keulen (dynamische verkeerscontrole).

⁷⁸ Rb Gelderland 18 mei 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2432.

⁷⁹ Artikel 3 Politiewet 2012 luidt: “De politie heeft tot taak in ondergeschiktheid aan het bevoegd gezag en in overeenstemming met de geldende rechtsregels te zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven.”

⁸⁰ Bijv. HR 19 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:80, *NJ* 2021, 109 m.nt. Reijntjes.

⁸¹ Zie artikelen 11 en 12 Politiewet 2012.

analysetechnieken op grond van de Wpg en/of artikel 3 Politiewet 2012 bevindt zich in het grensgebied van de opsporing. De uitoefening van deze bevoegdheden kan zowel worden gerekend tot de politietaak in het kader van de handhaving van de openbare orde als tot onderzoek in verband met strafbare feiten.⁸² In het laatste geval dient de uitoefening van deze Wpg-bevoegdheden tot de opsporing te worden gerekend.

Slotsom van deze analyse van het opsporingsbegrip is dat de opsporing een ruime reikwijdte heeft gekregen en betrekking heeft op onderzoek onder gezag van de officier van justitie met een verband met strafbare feiten. Grondslagen voor het optreden in de opsporing vloeien voort uit uiteenlopende wettelijke kaders en kunnen parallel in relatie tot een strafvorderlijk doel en tot andersoortige doelen staan. De ontwikkeling van het opsporingsbegrip komt daarmee tegemoet aan de meer complexe structuur van rechtsbetrekkingen, gelet op de doelstellingen van het strafvorderlijk optreden.⁸³ De vraag is niettemin of het als ordenend instrument ook voldoet.

3.2 Ontwikkelingen in het grensgebied van de strafrechtelijke handhavingspraktijk

3.2.1 Digitale methoden met een relatie tot de opsporing

Digitale technieken, die niet worden genormeerd in het Wetboek van Strafvordering, hebben zich in het afgelopen jaar snel ontwikkeld en hebben grote potentie in het voorkomen en aan het licht brengen van strafbare feiten. *Predictive policing* wordt in toenemende mate toegepast.⁸⁴ De politie, in het bijzonder het Team High Tech Crime, heeft de opsporing datagedreven ingericht om zo vanuit een goede informatiepositie op te sporen en keuzes te maken in het opsporingsonderzoek.⁸⁵ Ook de grootschalige hacks van cryptotelefoons en de analyse van de daarmee vergaarde data leidt tot de ontdekking van veel nieuwe strafbare feiten en staat daarmee aan de basis van nieuwe opsporingsonderzoeken.⁸⁶ Bovendien worden data-analyses steeds meer ingezet als verlengstuk van gegevensuitwisseling tussen samenwerkende overheidsinstanties op het terrein van de rechtshandhaving. De normering van dergelijke analyses speelt een rol in de thans aanhangige wetsvoorstellen voor samenwerkingsverbanden op grond van de Wet gegevensverwerking in

⁸² Stevens e.a. 2021., p. 236.

⁸³ Dat neemt niet weg dat discussie kan worden gevoerd over de, gelet op deze ontwikkelingen, meest passende definitie van opsporing. Crijns betoogt dat dat in het opsporingsbegrip duidelijker de gerichtheid op bepaalde personen – versus de ongerichtheid van preventieve controle/toezicht – tot uitdrukking zou moeten worden gebracht (“*Opsporing is onderzoek door ambtenaren met opsporing belast dat zich richt op één of meer bepaalde personen in verband met hun mogelijke betrokkenheid bij een strafbaar feit met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen*”). Een dergelijk opsporingsbegrip lijkt aantrekkelijk omdat het in plaats van het doel van het optreden de rechtsbetrekking vooropstelt. Niettemin kan worden afgevraagd of de hieruit voortvloeiende categorisatie tussen strafrecht en bestuursrecht daadwerkelijk voldoende recht doet aan de hedendaagse wijze van rechtshandvend optreden. Crijns 2021, p. 142-147. Hierop wordt in de volgende paragrafen nader in gegaan.

⁸⁴ A. Das en M.B. Schuilenburg, ‘Predictive policing: waarom bestrijding van criminaliteit op basis van algoritmen vraagt om aanpassing van strafprocesrecht’, *Strafblad* 2018, 4.

⁸⁵ C.A.J. van den Eeden, J.J. van Berkel, C.C. Lankhaar, C.J. de Poot, ‘Opsporen, vervolgen en tegenhouden van cybercriminaliteit, WODC Cahier 2021-23, p. 42-43.

⁸⁶ Zie bijvoorbeeld HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:900.

samenwerkingsverbanden (WGS)⁸⁷, de analysetaak van de NCTV⁸⁸ en de verdere ontwikkeling van de Nationale Samenwerking tegen Ondernemende Criminaliteit (NSOC, eerder bekend onder de naam MIT) die, al dan niet als zelfstandige entiteit, moet kunnen overgaan tot geavanceerde analyse van de gecombineerde gegevens waarover de samenwerkingspartners beschikken⁸⁹. Ook deze analyses zullen in de regel plaatsvinden in verband met (ook) strafbare feiten en kunnen, in de opvolging van de uitkomst van een analyse, strafvorderlijke beslissingen tot doel hebben. Gelet op de uitleg die het opsporingsbegrip thans heeft gekregen, zouden deze analyses ook tot de opsporing moeten worden gerekend.⁹⁰

Dat deze technieken, gelet op de implicaties voor in het bijzonder de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, nadere procesrechtelijke normering behoeven, is al vaak betoogd.⁹¹ Gelet op de impact op de uitoefening van de grondrechten zijn digitale methoden in het grensgebied van de strafvordering ondergenormeerd ten opzichte van strafvorderlijke bevoegdheden die gericht zijn op (alleen) de *vergaring* van data. Daarbij gaat het vooral om het gemis van een (voldoende) passende normering van de verdere verwerking en analyse van vergaarde data, terwijl juist die analyse door toepassing van nieuwe geavanceerde technieken zoals *artificial intelligence*, een nieuwe cognitieve werkelijkheid kan doen ontstaan. De analyse leidt tot nieuwe, geconstrueerde of gereconstrueerde informatie die een andere impact heeft op de vrije uitoefening van grondrechten door burgers dan de feitelijke situatie voorafgaand aan de analyse, bijvoorbeeld omdat het aanwijzingen of een verdenking van een strafbaar feit oplevert.⁹² Ook in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering hebben deze methoden geen plek gekregen.⁹³ Thans wordt in opdracht van het WODC onderzocht op welke wijze dient te worden voorzien in voldoende procedurele waarborgen voor de verdere verwerking van gegevens die door uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden zijn voorzien, bijvoorbeeld in het kader van een nieuwe Wet politiegegevens en/of Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens.⁹⁴

De ontwikkeling van deze methoden en het toenemende belang ervan voor uiteenlopende vormen van rechtshandhavend optreden leidt tot de vraag hoe zinvol het is om rechtsgebieden nog strikt te willen onderscheiden, bijvoorbeeld op basis van de definitie van de opsporing.⁹⁵ De vraag is wat zulk onderscheid nog rechtvaardigt op het moment dat de

⁸⁷ Kamerstukken I 2020/21, 35 447, nr. A.

⁸⁸ Kamerstukken II 2021/22, 35 958, nr. 2.

⁸⁹ Kamerstukken II 2021/22, 29 911, nr. 350.

⁹⁰ Zie uitvoeriger: Hirsch Ballin 2022, 2.

⁹¹ Zie onder meer: Das en Schuilenburg 2018, B. van der Sloot en S. van Schendel, *NJB* 2019, 2776, Stevens e.a. 2021, p. 237-241, Hirsch Ballin 2022 en B.W. Schermer en M. Galič, 'Biedt de Wet politiegegevens een stelsel van 'end-to-end' privacywaarborgen', *NTS* 2022, 3.

⁹² Vgl. Hirsch Ballin 2022, p. 11.

⁹³ De RvS vroeg hiervoor aandacht in het advies over de voorstellen voor een nieuw Wetboek van Strafvordering: Advies over het nieuwe Wetboek van Strafvordering, AARVS 6 april 2022, p. 141-143.

⁹⁴ Uitgevoerd door de Radboud Universiteit. Zie: <https://www.wodc.nl/onderzoek-in-uitvoering/welk-onderzoek-doen-we/3231---verhouding-strafvordering-en-gegevensverwerkingswetgeving> (laatst geraadpleegd op 13 september 2022).

⁹⁵ Vgl. Reijntjes in zijn noot bij HR 30 juni 2020, NJ 2021, 11 onder 4 en 6. Vgl. voorts de problematisering door Van Ommeren en Huisman in hun VAR-preadvies van 2013 van het hanteren van het besluitbegrip als afgrenzing van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming, waarvoor de rechtsverhouding wordt opgeknipt in losse onderdelen. Zij menen dat dit een integrale en efficiënte benadering in de weg staat. Zie: F.J. van

bevoegdheidsuitoefening een breder palet aan doelstellingen kent die kunnen worden gerelateerd aan verschillende rechtsgebieden. Die vraag staat in de volgende paragraaf centraal. Hieraan voorafgaand wordt nog aandacht besteed aan het spanningsveld tussen digitale methoden en het opsporingsbegrip gelet op de internationaalrechtelijke aspecten die aan de toepassing van digitale methoden zijn verbonden.

3.2.3 Digitale methoden in de internationale context

Een andere, verstrekkende ontwikkeling betreft de samenhang tussen digitalisering en globalisering. Digitale communicatie trekt zich weinig aan van landsgrenzen.⁹⁶ Dit maakt dat criminele organisaties gemakkelijk internationaal opereren en digitale methoden in beginsel (technisch) eenvoudig ook extraterritoriaal kunnen worden ingezet. Opsporingsonderzoeken naar de zware georganiseerde criminaliteit hebben daarbij niet alleen te maken met de complexiteit van onderzoek naar door geavanceerde technologieën verholde criminele activiteiten, maar vereisen daarnaast internationale samenwerking.⁹⁷

Deze onderzoeken werpen ook een nieuw licht op de internationaalrechtelijke uitgangspunten van soevereiniteit en territorialiteit. Traditioneel heeft soevereiniteit een sterk territoriale en fysieke connotatie.⁹⁸ Juist die connotatie is in het digitale domein minder relevant. Dit maakt in het kader van de opsporing vaak lastig om vast te stellen of door de uitoefening van bevoegdheden landsgrenzen worden overschreden. In het kader van de Wet Computercriminaliteit III, waarbij de hackbevoegdheid – de bevoegdheid om geautomatiseerde werken op afstand heimelijk binnen te dringen – een wettelijke grondslag heeft gekregen in het Wetboek van Strafvordering, is daarom gekozen voor een van andere strafvorderlijke bevoegdheidsuitoefening afwijkende benadering.⁹⁹ Op het moment dat de hackbevoegdheid wordt uitgeoefend ten aanzien van een geautomatiseerd werk waarvan de locatie niet kan worden vastgesteld, voorziet de ‘Aanwijzing voor de internationale aspecten van de inzet van de bevoegdheid ex artikel 126nba’ in de mogelijkheid ook zonder toestemming van andere autoriteiten de bevoegdheid in te zetten. Daarnaast kan van het vragen van toestemming worden afgezien als de rechtshulp niet mogelijk is of te lang duurt.¹⁰⁰ Ook internationaal wordt gewerkt aan een nieuw begrip van soevereiniteit, bijvoorbeeld in

Ommeren en P.J. Huisman, ‘Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel’, p. 7-102 in F.J. van Ommeren, P.J. Huisman, G.A. van der Veen en K.J. de Graaf, *Het besluit voorbij*, Preadviezen VAR-reeks 150 2013, p. 36.

⁹⁶ Vgl.: ECtHR 25 May 2021 (*Big Brother Watch and others v. United Kingdom*), appl. nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0526JUD003525208, par. 322: “In the current, increasingly digital, age the vast majority of communications take digital form and are transported across global telecommunications networks using a combination of the quickest and cheapest paths without any meaningful reference to national borders. Surveillance which is not targeted directly at individuals therefore has the capacity to have a very wide reach indeed, both inside and outside the territory of the surveilling state.”

⁹⁷ Vgl. L.W. Verbeek en T. Beekhuis, ‘Executieve jurisdictie: het (grote) obstakel in grensoverschrijdende onderzoeken naar (gebruikers van) cryptoaanbieders?’, *TBS&H* 2022, 2, p. 107.

⁹⁸ Zo oordeelde het Permanente Hof van Internationale Justitie (de voorloper van het Internationaal Gerechtshof) in het arrest *Lotus t. Turkije* uit 1927. Zie: *Case of the S.S. “Lotus” (France v. Turkey)*, PCIJ Series A, No. 10, 7 September 1927.

⁹⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 371, nr. 3, p. 49-50.

¹⁰⁰ Aanwijzing voor de internationale aspecten van de inzet van de bevoegdheid ex art. 126nba Sv, *Stcr.* 2019, 10277.

het licht van het *Tallinn manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*¹⁰¹, waarbij slechts wordt uitgegaan van een schending van soevereiniteit indien 1) inbreuk wordt gemaakt op de territoriale integriteit van de andere staat; of 2) sprake is van verstoring van of miskennen van de uitoefening van inherente overheidsfuncties van de andere staat.¹⁰²

De inzet van digitale methoden in internationale onderzoeken maakt aldus dat ook andere juridische kaders dan de strafvorderlijke relevant zijn voor de normering van het optreden. In het kader van de rechtshulpverlening zal dat veelal betekenen dat moet worden voldaan aan de juridische vereisten van twee strafvorderlijke kaders¹⁰³, terwijl de toets in het kader van het Nederlandse strafproces slechts betrekking heeft op het buitenlandse recht en die toetsing wordt beperkt door de werking van het vertrouwensbeginsel en de reikwijdte van artikel 359a Sv.¹⁰⁴ Wanneer het gaat om de extraterritoriale inzet van bevoegdheden, al dan niet op basis van in het kader van rechtshulp verleende toestemming, is het van des te groter belang dat andere landen kunnen vertrouwen dat bevoegdheden worden uitgeoefend met inachtneming van de mensenrechten. Digitaal grensoverschrijdend optreden maakt dat sprake is van een groeiende verwevenheid van nationale, Europese en transnationale vormen van normering. Die verwevenheid moet kunnen berusten op vertrouwen in elkaars rechtsstelsels, dat berust op aanvaarding van de gebondenheid aan mensenrechtelijke waarborgen bijvoorbeeld in het kader van het EVRM of de EU met haar Handvest van de grondrechten. Dat moet vervolgens ook tot een nieuwe opvatting over territorialiteit en soevereiniteit in de digitale context leiden. Zo pleitte ik eerder ervoor het mensenrechtelijk perspectief voorop te stellen, zodat de verantwoordelijkheid voor de waarborging ervan bij grensoverschrijdende opsporingsonderzoeken niet verschuift van de ene staat naar de andere staat. Dat is mogelijk indien de territoriale begrenzing voor de uitoefening van strafvorderlijke opsporingsbevoegdheden wordt verbonden aan de rechtsmacht strafrechtelijk te vervolgen voor een strafbaar feit waardoor, tegelijkertijd, de verantwoordelijkheid voor de mensenrechtenbescherming ook volledig wordt gedragen door die staat.¹⁰⁵

3.3 Tussenconclusie: geen scheidslijn maar verbindingen tussen procesrechtelijke kaders

In de voorgaande paragraaf is inzichtelijk gemaakt dat de methoden die worden ingezet in het kader van de publiekrechtelijke rechtshandhaving in verband met (ook) strafbare feiten naar hun aard – gelet op de ingreep in de mensenrechten – vergelijkbaar moeten worden geacht,

¹⁰¹ M.N. Schmitt (ed.), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press 2017.

¹⁰² Zie: *Kamerstukken II 2018/19*, 33 694, nr. 47 (bijlage), p. 6 en

¹⁰³ Ingevolge artikel 5.1.3 Sv kan een verzoek om rechtshulp slechts worden voldaan indien is voldaan aan de vereisten die op grond van het Nederlandse Sv gelden voor toepassing van de in het verzoek om rechtshulp gevraagde bevoegdheden in een nationaal onderzoek naar deze strafbare feiten. Op de uitvoering onder verantwoordelijkheid van de buitenlandse autoriteiten is het recht van de uitvoerende staat van toepassing. Zie bijv. HR 18 mei 1999, *NJ 2000*, 107.

¹⁰⁴ Zie bijv. HR 5 oktober 2010, *NJ 2011*, 169 en vgl. S.G.A.M. Adams, 'Vertrouwen is goed, maar controle is beter. De interpretatie van het interstatelijke vertrouwensbeginsel door Nederlandse feitenrechter bij samenwerking tussen EVRM-lidstaten in het kader van internationale digitale rechtshulp in strafzaken en het beginsel van equality of arms', *DD 2021*, 74.

¹⁰⁵ Zie M.F.H. Hirsch Ballin, 'De rol van grenzen bij opsporing: grenzeloze inzet van opsporingsbevoegdheden?', *AA 2018*, 463. Zie ook: Verbeek en Beekhuis 2022.

maar in hun regulering gescheiden worden benaderd. Welk normenkader bepalend is, wordt ogenschijnlijk bepaald door waterscheidingen tussen rechtsgebieden die van toepassing zijn op het terrein van de rechtshandhaving. Juist die waterscheidingen hebben hun werking verloren, zo blijkt bijvoorbeeld duidelijk uit de huidige discrepantie tussen de reikwijdte van het opsporingsbegrip en de grondslag voor het optreden binnen de opsporing. Als consequentie daarvan wordt bijvoorbeeld ook in de door de strafrechter uit te oefenen controle op de rechtmatigheid van het vooronderzoek inmiddels minder strikt vastgehouden aan de in de wettekst van artikel 359a Sv neergelegde beperking van sanctionering van vormverzuimen begaan in het voorbereidend onderzoek. In het arrest van 1 december 2020 verzette de Hoge Raad voorzichtig de bakens en oordeelde hij dat processuele sanctionering in het strafproces ook betrekking kan hebben op onrechtmatigheden begaan buiten de reikwijdte van het opsporingsonderzoek, voor zover die onrechtmatigheden van bepalende invloed zijn geweest op het verloop van het opsporingsonderzoek naar en/of de (verdere) vervolging van de verdachte ter zake van het tenlastegelegde feit.¹⁰⁶ Ook in de voorstellen voor het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering wordt ten aanzien van de processuele sanctionering van onrechtmatigheden de huidige in de wet aangebrachte beperking tot het voorbereidend onderzoek losgelaten.¹⁰⁷

Deze huidige benadering van de processuele sanctionering laat reeds meer openheid zien in het strafvorderlijk normeringsstelsel, waardoor strafvorderlijke rechtsbetrekkingen aanknopen bij andersoortige rechtsbetrekkingen. Die benadering is nog wat beter te duiden als het procesrecht niet wordt benaderd vanuit een systeemparadigma, maar vanuit een netwerk-paradigma. In die netwerken blijven de verschillende procesrechtelijke kaders relevant, reeds vanwege de systematiserende rol die ze vervullen. De systematiserende functie mag echter niet doorslaggevend zijn voor de normatieve ordening in procesrechtelijke kaders en is niet exclusief.¹⁰⁸ Door de digitalisering van criminaliteit en opsporing wordt duidelijker dat onderscheid bij rechtshandhavend optreden door de overheid op basis van systemen van procesrecht – dus in het bijzonder de strafvordering, de bestuursrechtelijk genormeerde repressieve handhaving en het privacyrechtelijk ingestoken procesrecht dat van toepassing is op de politietaken in het schemergebied rond het opsporingsbegrip – niet goed te maken is. De implicaties van de uitoefening van bevoegdheden raken aan verschillende normeringskaders, die vanuit het retrospectief – dus op het moment dat het optreden wordt beoordeeld door de rechter – vervolgens het optreden in rechtsgebieden categoriseren.

Een consequentie daarvan is ook dat bij de toepassing van bevoegdheden in feite het primaire strafvorderlijke doel wordt geconstrueerd, terwijl andere doelen bij de keuze voor de inzet ervan wellicht belangrijker of doorslaggevend zijn (zoals het zicht krijgen op nieuwe strafbare feiten of criminele structuren, of het verstoren van criminaliteit). Zuiverder is daarom om bij de normering van bevoegdheden dwarsverbanden aan te brengen met andere normeringskaders, zodat bijvoorbeeld de relatie tussen vergaring en nadere analyse van vergaarde data integraal kan worden beoordeeld. Dat kan door het tot uitdrukking brengen

¹⁰⁶ HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.2.2. Ook eerder zag de Hoge Raad in uitzonderlijke gevallen en casuïstisch ruimte voor het sanctioneren van vormverzuimen buiten het kader van het voorbereidende onderzoek, maar nog niet eerder werd de ruimte daarvoor in een algemene norm gevat.

¹⁰⁷ Zie: Concept Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 746-747, beschikbaar via:

<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2020/07/30/ambtelijke-versie-juli-2020-memorie-van-toelichting-wetboek-van-strafvordering>, laatst geraadpleegd op 25 juli 2022.

¹⁰⁸ Vgl. E.M.H. Hirsch Ballin 1999, p. 28.

van dat dwarsverband in de wet en, in aanvulling daarop, het toezicht anders, dat wil zeggen met het vizier op het gehele handhavingsprocesrecht, in te richten. Ook zou kunnen worden overwogen sommige (digitale) bevoegdheden voor de rechtshandhaving apart te normeren, inclusief het – bredere palet aan – specifieke doeleinden, zonder daarbij vooraf een systeemgerichte categorisatie aan te brengen. Die normering dient daarbij vervolgens wel recht te doen aan de aard van de rechtsbetrekkingen gelet op de doeleinden waarvoor de bevoegdheid kan worden ingezet alsook aan de positie van het betreffende toerekeningssubject (van onschuldige burger, naar een bredere categorie van subjecten van onderzoek, tot de verdachte). Ook daarin zal een anders ingericht systeem van toezicht – dat zowel kan gaan om toezicht ex ante, ex durante en ex post - een belangrijke rol kunnen vervullen, bijvoorbeeld door de instelling van een onafhankelijke toetsingscommissie bevoegdheden in relatie tot vergaring en analyse van digitale gegevens in de rechtshandhaving.¹⁰⁹

Zoals zal worden toegelicht in paragraaf 4.2 past een dergelijke benadering ook beter bij de uit de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de EU voortvloeiende normering van bevoegdheden die ingrijpen in de persoonlijke levenssfeer. Het werkt bovendien in de hand dat vooraf meer openheid kan worden betracht over het kennisniveau in relatie tot de beoogde doeleinden van het optreden, terwijl achteraf probleemloos het bewijs kan worden beoordeeld vanuit het juiste en volledige procesrechtelijke kader.

Vergelijk in dit verband de annotatie van Reijntjes bij het arrest van de Hoge Raad van 30 juni 2021, waarin hij terecht kritische kanttekeningen plaatst bij de redenering dat het bij het onderzoeken van een auto en vragen naar de identiteit van de bestuurder uitsluitend ging om onderzoek in verband met strafbare feiten (recente woninginbraken in Soest) en dus opsporing. Bevoegdheden op grond van de Awb hadden gelet op het bepaalde in artikel 1:6 Awb daarom niet mogen worden uitgeoefend. Reijntjes zegt over die situatie: “Het moge zo zijn dat *rechtssferen* vallen te scheiden (papier is geduldig), maar in de dagelijkse praktijk, wanneer het gaat om de feiten, valt geen scheidslijn tussen toezicht en opsporing te trekken – laat staan een duidelijke, en voor de politie werkbare.” Dat leidt in gevallen als die aan de orde in het arrest dat juist wanneer de politie beschikt over meer informatie ten aanzien van de betreffende persoon, minder mag omdat nog geen sprake is van een verdenking. Anderzijds is ook zonder verdenking sprake van opsporing én mogen controlebevoegdheden wel ook *mede* in het kader van de opsporing worden ingezet.¹¹⁰

Een dergelijke meer open benadering van (straf)procesrecht sluit beter aan bij de huidige praktijk van rechtshandhavend optreden, in het bijzonder waar het gaat om toepassing van digitale methoden, mogelijk ook over de landsgrens. Belangrijker dan scheidslijnen tussen rechtssferen en categoriseren op basis van het opsporingsbegrip is het, het vizier te richten op de aard van de rechtsbetrekking tussen de rechtshandhavend optredende overheid en de burger bij de bevoegdheidsuitoefening. Dit betekent een verschuiving van het systeemparadigma naar een paradigma van netwerken van rechtsbetrekkingen, zowel in de nationale als de transnationale context.

¹⁰⁹ Vgl. Hirsch Ballin 2022, p. 20 en 23.

¹¹⁰ Vgl. noot Reijntjes onder 7-9, *NJ* 2021, 11 m.nt. Reijntjes.

Een vergelijkbare opvatting is te herkennen in de conclusie van de staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021 over de evenredigheidstoets door de bestuursrechter.¹¹¹ Zij stellen het nut van kwalificatie van bestuursrechtelijke sancties als wel of geen *criminal charge* – het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende begrip ten gevolge waarvan de ‘criminal limb’ van het recht op een eerlijk proces van toepassing is¹¹² – ter discussie, als gevolg waarvan de bestuursrechter bestuurlijke sancties intensiever zou moeten toetsen op evenredigheid. Uitbreiding van de reikwijdte heeft als onwenselijk gevolg dat allerlei strafprocessuele waarborgen van toepassing zouden moeten zijn die geen zin hebben en niet passen bij het niet-punitieve bestuursrecht.¹¹³ Zij merken vervolgens op: “een slechts-twee-extremen-systeem (marginaal of doortastend) [lijkt] ons fundamenteel onverenigbaar [...] met het evenredigheidsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel omdat onzes inziens bij een werkelijke doel/middel/effect-evenredigheidstoetsing de toetsingsintensiteit traploos meeglijdt met het gewicht van de betrokken algemene en particuliere belangen, de mate van aantasting van grondrechten en de omstandigheden van het geval, waaronder de mate waarin de sanctie daadwerkelijk aan haar doel beantwoordt.”¹¹⁴

4. Mensenrechtelijk fundament voor strafprocesrecht in een netwerk van rechtsbetrekkingen

Digitalisering en de daarmee samenhangende globalisering vragen om een meer open benadering van de procesrechtelijke normering van de rechtshandhaving, zodat deze past bij de aard van de onderliggende rechtsbetrekkingen. Het door een netwerk van verschillende normenstelsels gevormde handhavingsprocesrecht, waarin het strafprocesrecht vervlochten is met andere procesrechtelijke normeringen, behoeft een gemeenschappelijk fundament. Dit geldt zowel nationaal als internationaal. Wat betreft het laatste, is aan het begin van dit preadvies reeds geconstateerd dat verschillen tussen nationale rechtsstelsels nuancering behoeven. Steeds meer wordt in de rechtsvergelijkende literatuur erkend dat vasthouden aan verschillen tussen rechtssystemen en -tradities – in het kader van het strafprocesrecht vooral dat tussen (meer) inquisitoire en (meer) adversaire systemen – niet bijdraagt aan het vatten van de complexiteiten van hedendaags strafprocesrecht. Alle (rechtsstatelijke) systemen van strafprocesrecht streven dezelfde doelen na, waaronder de waarborging van dezelfde mensenrechten.¹¹⁵

¹¹¹ Conclusie R.J.G.M. Widdershoven en P.J. Wattel, ECLI:NL:RVS:2021:1468 en vgl. mijn blog uit 2017 M.F.H. Hirsch Ballin, ‘Strafrecht of bestuursrecht? Beide’, Blog bestuursrecht Pels Rijcken 7 november 2017, beschikbaar via: <https://www.pelsrijcken.nl/kennis/bestuursrecht-toezicht-en-handhaving/bestuursrechtelijke-of-strafrechtelijke-rechtshandhaving>, laatstelijk bezocht op 30 juli 2022.

¹¹² De beoordeling dient plaats te vinden volgens de zogenaamde ‘Engel-criteria’: 1) de classificatie van de maatregel naar nationaal recht; 2) de aard van de overtreding mede bezien in relatie tot het doel van de maatregel; en 3) de zwaarte van de maatregel. Zie EHRM 8 juni 1976 (*Engel e.a. t. Nederland*), ECLI:NL:XX:1976:AC0386, par. 82.

¹¹³ Conclusie Widdershoven en Wattel, par. 6.1-6.4.

¹¹⁴ *Ibid.*, par 6.5

¹¹⁵ Vgl. Ambos et al. 2022, p. 2.

De totstandkoming van internationaal strafrecht¹¹⁶ heeft deze ontwikkeling nog verder in de hand gewerkt, net als de harmonisering van strafprocesrecht binnen de Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht van de Europese Unie.¹¹⁷ Bij het bewerkstelligen van de vereiste bescherming van mensenrechten gaat het steeds minder om vastomlijnde kaders van rechtssystemen, of statelijke kaders. Niet de structuren staan centraal, maar de burgers in hun complexe en gelaagde relatie tot de rechtshandhaving. Dit werd al eerder geconstateerd inzake de constitutionele waarborgen¹¹⁸, maar geldt ook voor de ontwikkeling van het (straf)procesrecht in relatie tot de rechtshandhaving.

Dit hoofdstuk gaat nader in op het potentieel van mensenrechten als fundament voor procesrecht in een netwerk van rechtsbetrekkingen dat past bij de moderne rechtshandhaving en strafrechtspleging. Daartoe zal eerst worden toegelicht dat een meer open procesrecht aansluit bij de benadering van het EHRM en het Hof van Justitie voor de Europese Unie inzake de bescherming van de mensenrechten bij rechtshandvend optreden. Vervolgens zal worden ingegaan op het proportionaliteitsbeginsel als verbindend en richtinggevend beginsel voor het mensenrechtendiscours in het procesrecht.

4.1. Bescherming van mensenrechten vereist een netwerkparadigma voor procesrecht

Dat mensenrechten een bron zijn van strafprocesrechtelijke normering behoeft weinig uitleg.¹¹⁹ Sinds de totstandkoming van het EVRM heeft de rechtspraak van het EHRM veel invloed op ons strafprocesrecht. Zo heeft die rechtspraak geleid tot aanpassingen in de regeling betreffende het beoordelen van getuigenverzoeken en heeft zij de normering van opsporingsbevoegdheden aangescherpt. Ook het Handvest van de grondrechten voor de Europese Unie heeft via de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie sinds 2009 een dergelijke normerende invloed, die alleen maar verder zal toenemen. Deze mensenrechtelijke rechtspraak heeft een belangrijke harmoniserende invloed op de rechtsbescherming in het strafprocesrecht van de lidstaten. Het harmoniserende effect van de jurisprudentie van beide hoven draagt in de verhouding tussen verschillende rechtsstelsels bij aan het transnationale vertrouwen. Juist de rechtspraak op grond van de mensenrechten heeft die invloed, omdat deze een universeel karakter hebben dat voorbijgaat aan systeemverschillen. Ze zijn krachtige morele claims waaraan recht en rechtsvorming moeten beantwoorden.¹²⁰

De in paragraaf 2.3 gewonnen inzichten inzake integriteit als toetsingsmaatstaf voor procesrecht geven goede argumenten om het mensenrechtelijk fundament van strafprocesrecht in betekenis nog wat sterker aan te zetten. Dat geldt in het bijzonder als wordt onderkend dat procesrecht gestoeld op het netwerkparadigma nodig is ter waarborging van de mensenrechten, gelet op de complexiteiten van modern rechtshandvend optreden

¹¹⁶ In het bijzonder het Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof, *Trb.* 1999, 13.

¹¹⁷ Luchtman 2017.

¹¹⁸ N. Kirsch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford: Oxford University Press 2010, en N. Walker, J. Shaw and S. Tierny (eds.), *Europe's Constitutional Mosaic*, Oxford: Hart Publishing 2011.

¹¹⁹ Concept Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 29.

¹²⁰ Vgl. A. Sen, *The Idea of Justice*, Pinguin Books 2009, p. 363.

ten gevolge van digitalisering en daarmee samenhangende globalisering. Dit houdt in dat de mensenrechten voorop worden gesteld als fundament voor de normering van het rechtshandhavend optreden. Dat betekent niet dat voor de normering overal dezelfde keuzes moeten worden gemaakt. Het betekent wel dat argumenten die betrekking hebben op systematische keuzes, secundair zijn aan argumenten die voortvloeien uit de mensenrechtenbescherming. Het mensenrechtelijk fundament is bovendien – en dat is wellicht het belangrijkste inzicht voor ons onderwerp – in staat de mensenrechtenbescherming op peil te houden waar scheidingen tussen rechtsstelsels of rechtssferen die bescherming kunnen belemmeren. Het is dus juist in staat recht te doen aan de gelaagde, complexe structuur van rechtsbetrekkingen in de hedendaagse praktijk van de rechtshandhaving. Ik licht dat toe aan de hand van de rechtspraak van het EHRM en het HvJ EU inzake het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (artikel 8 EVRM resp. artt. 7 en 8 Handvest) en digitale methoden in de rechtshandhaving.

4.1.1 Het EHRM

De rechtspraak van het EHRM op grond van artikel 8 EVRM kristalliseert de voorwaarden waaraan de toepassing van digitale methoden in de hedendaagse samenleving dient te voldoen, steeds verder uit. Zonder deze rechtspraak in detail te bespreken¹²¹, besteed ik hier aandacht aan een aantal terugkerende punten die opvallen in relatie tot het onderhavige onderwerp.

In de eerste plaats heeft deze rechtspraak van het EHRM niet specifiek betrekking op strafvorderlijke opsporingsmethoden, maar heeft – zonder duidelijk onderscheid tussen rechtssferen te maken – bijvoorbeeld betrekking op handelingen in de rechtshandhaving zoals de verwerking, opslag en analyse van politiegegevens (*police databases*) ter voorkoming van toekomstige misdrijven of ten behoeve van de opsporing van toekomstige strafbare feiten¹²², digitale methoden gebezigd door opsporingsinstanties¹²³ en digitale methoden gebruikt door inlichtingen- en veiligheidsdiensten¹²⁴. Alhoewel het EHRM betekenis toekent aan het specifieke doel waarvoor de methoden worden toegepast – bijvoorbeeld door het belang van bescherming van de nationale veiligheid of de bestrijding van terrorisme te erkennen in relatie tot de aan de lidstaten toekomende beoordelingsvrijheid¹²⁵ – komt aan de indeling naar rechtsgebieden verder weinig betekenis toe. De rechtspraak spreekt in feite dezelfde taal voor rechtssferen die in het nationale recht worden onderscheiden.

¹²¹ Zie voor een gedetailleerde bespreking: M.F.H. Hirsch Ballin en M. Galič, 'Digital investigation powers and privacy. Recent ECtHR case law and implications for the modernisation of the Code of Criminal Procedure', *Boom Strafbblad* 2021, 4.

¹²² Bijv.: ECtHR 11 June 2020 (*P.N. v. Germany*), app. no. 74440/17, ECLI:CE:ECHR:2020:0611JUD007444017, ECtHR 4 December 2008 (*S. and Marper v. United Kingdom*), app. nos. 30562/04 and 30566/04, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204.

¹²³ ECtHR 17 December 2020 (*Saber v. Norway*), app. no. 459/18, ECLI:CE:ECHR:2020:1217JUD000045918, ECtHR 3 February 2018 (*Ben Faiza v. France*), app. no. 31446/12, ECLI:CE:ECHR:2018:0208JUD003144612 en ECtHR 24 April 1990 (*Huvig v. France*), app. no. 11105/84, ECLI:CE:ECHR:1990:0424JUD001110584 and ECtHR 24 April 1990 (*Kruslin v. France*), app. no. 11801/85, ECLI:CE:ECHR:1990:0424JUD001180185 .

¹²⁴ ECtHR 12 January 2016 (*Szabó and Vissy v. Hungary*), app. no. 37138/14, ECLI:CE:ECHR:2016:0112JUD003713814 en ECtHR 25 May 2021 (*Big Brother Watch and others v. United Kingdom*), appl. nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0526JUD003525208.

¹²⁵ Zie bijv.: ECtHR 30 January 2020 (*Breyer v. Germany*), app. no. 50001/12, par. 79 en ECtHR 12 January 2016 (*Szabó and Vissy v. Hungary*), app. no. 37138/14, par. 57.

In de tweede plaats valt op dat het EHRM de precisie van het normerende procesrecht bepaalt op grond van de *potentiële* impact van het onderzoek op de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen. Daardoor staat niet langer alleen de impact op de persoonlijke levenssfeer op het moment van toepassen van de bevoegdheid centraal (in de regel: de vergaring), maar ook de impact op de persoonlijke levenssfeer die het verdere gevolg kan zijn van de omstandigheid dat de overheid na vergaring over gegevens beschikt. Het gaat dan bijvoorbeeld om vergroting van de kennis over (het persoonlijke leven van) een persoon door combineren en/of technisch geavanceerd analyseren van gegevens of om het bewaren en eventuele toekomstige gebruik ervan voor andere doelen of in verband met andere (toekomstige) feiten.¹²⁶

In de derde plaats, en dat hangt met het voorgaande punt samen, benadrukt het EHRM steeds duidelijker het belang van *'end-to-end-safeguards'*¹²⁷, in het bijzonder waar het gaat om de vergaring van bulkdata en het onderzoek daaraan maar ook in algemene zin is het EHRM het erom te doen dat de voorwaarden het proces van vergaring tot en met het verdere gebruik ervan omvat. In andere woorden: de bescherming van de persoonlijke levenssfeer vergt procesrecht dat samenhangende beschermende voorwaarden stelt van het moment van vergaring tot en met de verdere verwerking, analyse en uiteindelijke gebruik van de gegevens in, bijvoorbeeld, een strafproces. Het ongemak dat in de Nederlandse strafrechtelijke literatuur en rechtspraak wordt gevoeld ten aanzien van de omgang in strafzaken met 'Encrochat'- en 'Ennetcom'- data, is het gevolg van onvoldoende onderkenning van die normeringssamenhang in het Nederlandse recht.¹²⁸

Ik wijs daarnaast op de benadering die het EHRM sinds 2016 kiest inzake de werking van het ne bis in idem-beginsel. Het EHRM neemt ook bij de toepassing van dit beginsel afscheid van een te strikte scheidslijn op grond van het *criminal charge*-begrip, en kiest in plaats daarvan voor een waardering van de samenhang tussen sanctionering in twee verschillende rechtssferen om te beoordelen of sprake is van onevenredige sanctionering die in strijd met het ne bis in idem-beginsel moet worden geacht.¹²⁹

4.1.2 Het Hof van Justitie van de EU

Ook de rechtspraak van het HvJ EU laat zien dat het procesrecht dat ter beoordeling staat in het licht van de artikelen 7 en 8 van het Handvest, zowel de bevoegdheid tot vergaring betreft als de voorwaarden waaronder autoriteiten vervolgens toegang kunnen krijgen tot de

¹²⁶ Zie bijvoorbeeld EHRM 11 June 2020 (*P.N. v. Germany*), app. no. 74440/17, par. 71, ECtHR 13 February 2020 (*Gaughran v. United Kingdom*), app. no. 45245/15, ECLI:CE:ECHR:2020:0213JUD004524515, par. 86 en ECtHR 25 May 2021 (*Big Brother Watch and others v. United Kingdom*), appl. nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0526JUD003525208, par. 330 and 332 en vgl. Hirsch Ballin 2022, p. 11.

¹²⁷ Zie bijv.: ECtHR 25 May 2021 (*Big Brother Watch and others v. United Kingdom*), appl. nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0526JUD003525208, par. 425 en vgl. Hirsch Ballin and Galič 2021, p. 153 en 156 en Schermer en Galič 2022.

¹²⁸ Schermer en Galič 2022, p. 177, Hirsch Ballin en Oerlemans 2022 (nog te verschijnen).

¹²⁹ EHRM 15 november 2018 (*A and B. v. Norway*), app. no. 24130/11 and 29758/11. Zo ook het HvJ EU in de zaak HvJ EU 20 maart 2018, C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197 (*Menci*).

vergaarde gegevens voor vervolgebruik. De zaken van het HvJ EU inzake de dataretentierichtlijn zijn daarvoor illustratief.¹³⁰

Daarnaast kan uit de zaken waar het gaat om de consequenties die in een lidstaat dient te verbinden aan bewijs dat is vergaard in strijd met het in het Handvest beschermde recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, worden afgeleid dat het HvJ EU de opvatting is toegedaan dat onrechtmatigheden begaan in het ene processuele kader moeten kunnen worden geadresseerd in het andere processuele kader indien het onrechtmatig vergaarde materiaal daar wordt gebruikt.¹³¹ Ook daar staat het HvJ EU een benadering voor waarin het procesrechtelijk kader als een integraal geheel moet functioneren om adequate mensenrechtenbescherming in de lidstaten te verzekeren.

4.1.3 Tussenconclusie

De rechtspraak van het EHRM en het HvJ EU laat zien dat scheidingen tussen rechtssferen of rechtssystemen vanuit het oogpunt van de mensenrechtenbescherming irrelevant zijn. Het gaat erom dat het geheel aan procesrecht voldoende bescherming biedt tegen onwillekeurige en niet in een democratische samenleving noodzakelijke ingrepen in de persoonlijke levenssfeer. De samenhang tussen die voorwaarden is dus van belang, in het bijzonder als bij de aantasting van de persoonlijke levenssfeer verschillende fases kunnen worden onderscheiden. Het gaat daarbij vooral om de procesrechtelijke samenhang tussen vergaring, verdere verwerking en opslag, en de mogelijkheid tot combinatie met andere gegevens en (geavanceerde) analyse ervan. Zichtbaar in de rechtspraak van het EHRM en het HvJ EU wordt dat bij het verzekeren van adequate mensenrechtsbescherming juist de gehele rechtsbetrekking op de voorgrond staat. Procesrecht dat die rechtsbetrekking tot uitgangspunt neemt is daarmee ook in staat adequate bescherming van de betrokken mensenrechten te bieden.

4.2 Proportionaliteit als toetssteen voor verbindend handhavingsprocesrecht op grond van de mensenrechten

Uit oogpunt van de mensenrechtenbescherming in de context van de rechtshandhaving is daarom een meer open procesrecht nodig, dat aansluit bij het netwerk van rechtsbetrekkingen die in beeld komen bij bevoegdheidsuitoefening. Die benadering zorgt voor de vereiste integrale bescherming. Het bieden van die bescherming is uit normatief oogpunt complex vanwege de meerpiligheid van de rechtsbetrekkingen. Het gaat er daarbij om dat telkens het doel van de toepassing en de positie van de door de bevoegdheidsuitoefening geraakt burger, richtinggevend zijn voor de te bieden rechtsbescherming. Een meer gedifferentieerde proportionaliteitstoets zal, zoals hierna wordt toegelicht, de toetssteen kunnen zijn. De aandacht die het evenredigheidsbeginsel op dit moment in het bestuursrecht krijgt, geeft ook voor handhavingsprocesrecht, waarbij de

¹³⁰ Zie met name HvJ EU 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*), HvJ EU 21 december 2016, C-203/15 en C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970 (*Tele 2 Sverige*), HvJ EU 6 oktober 2020, C-511/18, C-512/18 en C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791 (*La Quadrature du Net e.a.*) en HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (*Prokuratuur*). Zie voor een analyse: B.W. Schermer en M. Galič, 'Biedt de Wet politiegegevens een stelsel van 'end-to-end' privacywaarborgen', *NTS* 2022, 3, p. 172-174.

¹³¹ HvJ EU 17 december 2015, C-419/14, ECLI:EU:C:2015:832 (*WebMindLicenses Kft.*) en HvJ EU 17 januari 2019, C-310/16, ECLI:EU:C:2018:623 (*Dzivev e.a.*).

daarbinnen te onderscheiden procesrechtelijke kaders met elkaar in verbinding staan, inspiratie.

De staatsraden A-G Widdershoven en Wattel concludeerden in hun conclusie van 7 juli 2021 over de indringendheid van de rechterlijke evenredigheidstoetsing dat door een indringendere en meer gedifferentieerde evenredigheidstoetsing van het gebruik van beleids- en beoordelingsruimte kan worden voorkomen dat een controlevrije ruimte ontstaat.¹³² Zij merken daarbij op dat een dergelijke toetsing het (bestuurs)recht responsiever kan maken en geschikt kan maken voor meer maatwerk: “Responsief recht beoogt concrete rechtvaardigheid die ook wordt ervaren door de betrokken justitiabele.” Dat betekent ook dat bij die evenredigheidstoetsing en de indringendheid ervan niet moet worden gevaren op vooraf gemaakt onderscheid gericht op systematische categorisatie.¹³³ Dat maakt toetsing op maat mogelijk, gebaseerd op de aard van de betrokken algemene en individuele belangen en de aard van de rechten die in het geding zijn.¹³⁴

Het proportionaliteitsbeginsel geldt voor elk overheidsoptreden, zowel strafrechtelijk als bestuursrechtelijk. Het geldt omdat daarin tot uitdrukking komt hoe de wettelijke norm moet worden toegepast. De proportionaliteitstoets is daarmee stevig verweven met verschillende aspecten van de toetsing door de strafrechter. Zo is deze als uitvloeisel van de mensenrechtelijke beperkingsystematiek een vast element van de toepassingsvoorwaarden voor de inzet van strafvorderlijke bevoegdheden en aldus eveneens voor de toetsing door de strafrechter van de rechtmatigheid daarvan. In het nieuwe Wetboek van Strafvordering wordt het beginsel, net als subsidiariteit, gecodificeerd als algemeen beginsel voor de opsporing. Daarnaast komt de proportionaliteitstoetsing tot uitdrukking in het strafrechtelijke uitgangspunt dat straf alleen wordt opgelegd naar de mate van schuld.

Proportionaliteit is daarmee een juridisch concept en methodologisch instrument. In de context van de mensenrechtenbescherming en de toepassing van de beperkingsclausules speelt proportionaliteit een centrale rol. Het omvat een toetsing van vier componenten: 1) het legitieme doel van de bevoegdheid; 2) de relatie tussen de aangewende bevoegdheid en het bereiken van dat doel (*rational connection*); 3) subsidiariteit of noodzakelijkheid; en 4) proportionaliteit *stricto sensu* (ook overigens is de uitoefening van de bevoegdheid proportioneel in verhouding tot de betrokken rechten en belangen).¹³⁵ De operationalisering van de proportionaliteitstoets doet dan eerst het volle licht schijnen op de rechtsbetrekking(en) die het gevolg zijn van het voorliggende rechtshandhavend optreden, zonder dat die toets vooraf wordt ingeperkt als gevolg van scheidslijnen tussen normenkaders.¹³⁶ In dat opzicht dwingt de operationalisering van een volwaardige

¹³² Conclusie R.J.G.M. Widdershoven en P.J. Wattel, ECLI:NL:RVS:2021:1468, par. 3.2.

¹³³ Zoals door het *criminal charge*-begrip, zie daarover ook het slot van hoofdstuk 3 en Conclusie R.J.G.M. Widdershoven en P.J. Wattel, ECLI:NL:RVS:2021:1468, par. 6.

¹³⁴ Conclusie R.J.G.M. Widdershoven en P.J. Wattel, ECLI:NL:RVS:2021:1468, par. 3.2.

¹³⁵ Hirsch Ballin 2018, p. 59, Barak 2012, p. 131-132 en Conclusie R.J.G.M. Widdershoven en P.J. Wattel, ECLI:NL:RVS:2021:1468, par. 7.3.6 en 8.2.

¹³⁶ Vgl. De discussie over de concepten beslissingsruimte, beslissingsvrijheid en marginale toetsing door Smith en Kloosterhuis in: C. Smith en H. Kloosterhuis, ‘De betekenis van de concepten beslissingsruimte, beslissingsvrijheid en marginale toetsing. Een verhullend woordenspel?’, p. 31-48 in: R. Schutgens, R. Schlössels, J. Krommendijk e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Wolters Kluwer 2022. En ook: R. Schlössels, ‘Beleidsruimte als zwart gat?’

proportionaliteitstoets reeds tot openheid van procesrecht. In het bijzonder, zo zagen we in de voorgaande paragraaf, als die toets plaatsvindt ter integrale beoordeling van de rechtmatigheid van de beperking op de mensenrechten die het gevolg is van het rechtshandhavend optreden.

Het proportionaliteitsbeginsel als constitutioneel concept¹³⁷ is daarmee voor het handhavingprocesrecht een fundamenteel algemeen beginsel dat naar gelang van de aard van de rechtsbetrekking uitwerking geeft aan het toepasselijke procesrechtelijke normenkader. Het biedt een instrument om uitwerking te geven aan het streven naar meer open strafprocesrecht dat in verbinding staat met ander handhavingsprocesrecht, in het bijzonder het bestuursrecht en het gegevensbeschermingsrecht, maar ook met het handhavingsprocesrecht van andere landen. De structuur die het biedt is daarmee een handvat *in abstracto* voor de wetgever die bij inrichting van het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering de relatie met het procesrecht dat van toepassing is op ander rechtshandhavend optreden, zoals het gegevensbeschermingsrecht (de Wpg en Wjsg, maar ook het nog te ontwikkelen procesrecht voor data-analyses door samenwerkingsverbanden of bestuursrechtelijke autoriteiten) en het handhavend bestuursrecht. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om het onderwerp van processuele sanctionering van onrechtmatigheden, de rechtsbeschermende functie van het opsporingsbegrip in relatie tot de grondslagen voor het optreden, de betekenis van en reikwijdte van het doelbindingsbeginsel voor de opsporing en om de relatie tussen strafvorderlijke bevoegdheden tot vergaring van data en in de Wpg geregelde bevoegdheden tot analyse van data. Proportionaliteit is bovendien een structurend instrument om zicht te krijgen op de rechtsbetrekkingen en de aard ervan op verschillende beslisniveaus van de rechtmatigheid van het rechtshandhavend optreden, in het bijzonder de officier van justitie, de rechter-commissaris en de strafrechter. Zo moet bij de beoordeling of kan worden overgegaan tot de strafvorderlijke vergaring van grote datasets in een opsporingsonderzoek tegen een verdachte, acht worden geslagen op de gevolgen die die vergaring heeft voor toekomstige subjecten van onderzoek die eerst zichtbaar worden na de analyse van die data. Op deze wijze komt het volledige netwerk van rechtsbetrekkingen in beeld en kan de procesrechtelijke normering ervan daarop worden afgestemd. De beoordeling van de proportionaliteit van het gebruik van de uitkomsten van de analyses kan op deze wijze het strafvorderlijk beoordelingskader verbinden met dat van de analyse.

Proportionaliteit als constitutioneel beginsel betreffende de beperking van grondrechten en algemeen beginsel van zowel strafrecht als bestuursrecht geeft sturing bij de beslissing welke bevoegdheden worden ingezet. Daarom is proportionaliteit van belang bij de beoordeling of het gehele proces van analyse én de daaropvolgende interventie voldoen aan de strafvorderlijke vereisten van eerlijkheid en integere bevoegdheidsuitoefening in overeenstemming met de mensenrechten. Juist een brede toepassing van het beginsel van proportionaliteit en een toetsing daaraan geeft de strafrechter handvatten om te komen tot normatieve integratie, waar rechtssferen elkaar beïnvloeden. Daarmee kan worden voorkomen dat activiteiten die op zichzelf en vanwege hun betekenis voor strafvorderlijk vervolgoptreden ingrijpen in de rechten en belangen van burgers, omdat zij plaatsvinden in

Bestuurlijke discretie en rechterlijke toetsing: een never ending story ...' p. 49-69 in: R. Schutgens, R. Schlössels, J. Krommendijk e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Wolters Kluwer 2022, p. 57.

¹³⁷ Barak 2012, p. 146-147.

een grijs gebied tussen de traditionele rechtssferen, in een controlevrije ruimte terecht komen.

5 Conclusie

De digitalisering van de samenleving, en dus ook van criminaliteit en rechtshandhaving, en de daaraan verbonden globalisering, brengen mee dat een eendimensionale benadering van het strafprocesrecht niet meer voldoet. Het strafprocesrecht opvatten als het procesrecht dat de relatie tussen de oplegging van een strafrechtelijke sanctie en een gepleegd strafbaar feit regelt en aldus vooral de rechtsbetrekking tussen overheid en verdachte en andere burgers betreft, schiet tekort. Dat is ook zichtbaar in de wijze waarop het strafprocesrecht zich heeft ontwikkeld. Het opsporingsbegrip omvat inmiddels een veel breder palet aan reacties in verband met strafbare feiten en kan optreden omvatten met grondslagen in uiteenlopende normeringskaders. De opsporing hangt – wat betreft reikwijdte of fasering – dan ook geregeld samen met ander rechtshandvend optreden. Ook de toepassing van processuele sanctionering in het strafproces heeft een reikwijdte gekregen buiten de opsporing, zodat ze – bijvoorbeeld – ook betrekking kan hebben op bewijs vergaard in een buitenlands strafprocesrechtelijk kader of op bestuursrechtelijk genormeerde activiteiten die van bepalende invloed zijn op het opsporingsonderzoek. De opkomst van digitale methoden maakt nog meer duidelijk dat het strafprocesrecht te maken heeft met een complex en meerlagig netwerk van rechtsbetrekkingen, die hun normatieve ordening vinden in verschillende normeringskaders.

In plaats van het strafrecht per definitie als ultimum remedium te beschouwen, gaat het er dan ook om dat zowel de concrete rechtsbetrekking als een daaraan te verbinden categorisering in systemen vooral wordt gekleurd door de aard en het doel van de reactie op het betreffende strafbare feit en de daaraan te verbinden mate van rechtsbescherming. Dit betreft sancties, maar ook andersoortige reacties en doelen, zoals tegenhoudmaatregelen of het in beeld brengen van een bepaald criminaliteitsfenomeen. Die rechtsbetrekking kan dus verschillende vormen aannemen, gelet op de onderliggende materiële belangen, waarbij vooral de aard van het nagestreefde doel (en eventueel daaraan verbonden sanctie) als van het toerekeningssubject (de verdachte, een subject of groep van subjecten van onderzoek die niet als verdachten zijn aan te merken, of de onschuldige burger) een rol speelt. Zij is bovendien niet eendimensionaal, omdat ze deel uitmaakt van een netwerk waarin naast de wettelijk geregelde rechtsbetrekking tussen overheid en slachtoffer of overheid en (neutrale) burger ook het doel van het optreden (vergelijk tegenhoudmaatregelen met traditionele vervolging en berechting) een rol speelt.

Het complexe en meerlagige netwerkkarakter van het hedendaagse strafprocesrecht, waarin de rechtsbetrekkingen doctrinaire procedurele waterscheidingen doorkruisen, doet voorgoed af aan een legalistische benadering en beschrijving als systeem. Het normatieve fundament van het strafprocesrecht moet in plaats daarvan worden begrepen vanuit het netwerkkarakter van de verschillende rechtsbetrekkingen. Dat stelt het strafprocesrecht in staat responsief te zijn; een statisch normatief antwoord is immers niet te geven als de relatie tussen recht en

maatschappij voortdurend in beweging is.¹³⁸ Juist die relatie tussen recht en maatschappij geeft aan het recht een morele lading. Deze lading dient met de veranderingen in de maatschappelijke verhoudingen mee te kunnen bewegen, met als ijkpunt de integriteit van het recht, als standaard van beschaving; de waarborgen die de bescherming van de menselijke waardigheid van eenieder dienen. Juist om die reden vormen de mensenrechten – geïnterpreteerd en ontwikkeld in het licht van de maatschappelijke omstandigheden – de vereiste fundamentele basis van de waarborgen die het procesrecht dient te bevatten om de integriteit van het recht te waarborgen. Een indringendere en meer gedifferentieerde evenredigheidstoetsing in het licht van de mensenrechten die de rechtsbetrekkingen in het concrete geval kleuren, kan de integriteit van het procesrecht borgen en procesrechtelijke kaders met elkaar verbinden.

Het netwerkparadigma van rechtsbetrekkingen biedt een nieuw perspectief op het strafprocesrecht als onderdeel van meeromvattend handhavingsprocesrecht. Dit zou ook voor de wetgever behulpzaam kunnen zijn bij het finaliseren van de voorstellen voor het nieuwe Wetboek van Strafvordering en de toelichting daarop. Daarbij gaat het in het bijzonder om:

- de betekenis en omschrijving van het opsporingsbegrip wat betreft de doelen van het optreden die het omvat;
- de reikwijdte en betekenis van het voor de opsporing gecodificeerde doelbindingsbeginsel;
- het laten vervallen van de beperking tot het voorbereidend onderzoek inzake de sanctionering van onrechtmatigheden; en
- de vereiste samenhang tussen de normering van strafvorderlijke bevoegdheden tot vergaring van bewijs en de verdere verwerking en analyse van de vergaarde gegevens.

Wat betreft het laatste punt zou een bepaling in het Wetboek van Strafvordering die de relatie tussen beide uitdrukkelijk tot stand brengt en normeert, niet misstaan. Die bepaling zou een extra beoordelingstap na toepassing van de vergaringsbevoegdheid kunnen bewerkstelligen, die ertoe strekt te beoordelen of analyse op grond van bepalingen van de Wpg proportioneel is gelet op de positie van de persoon wiens data het betreft en de aard van de strafbare feiten.

De impact van een perspectiefverschuiving naar een netwerkparadigma van rechtsbetrekkingen gaat niettemin verder dan de taken van de wetgever. Het netwerkparadigma van rechtsbetrekkingen, met de proportionaliteitstoets als operationaliserend instrument, geeft ook aan de actoren in de rechtshandhaving de handvatten om het handhavingsprocesrecht opnieuw de aansluiting te laten vinden bij de (gedigitaliseerde en geglobaliseerde) handhavingspraktijk. Het kan dienen als nieuw vertrekpunt – in plaats van in rechtsgebieden categoriserende concepten als het opsporingsbegrip – om de benodigde rechtsbescherming te laten aansluiten bij het meerpolige en meerdimensionale netwerk van de rechtsbetrekkingen (zie hierover ook de tussenconclusie van hoofdstuk 3, par. 3.3). Dat vergt van de rechtspraktijk om te beginnen dat het strafprocesrecht wordt gezien als onderdeel van een meeromvattend handhavingsprocesrecht dat op integrale wijze de benodigde bescherming van de

¹³⁸ Vgl. B.Z. Tamanaha, *A Realistic Theory of Law*, Cambridge University Press 2017, p. 198.

mensenrechten dient te bieden. Op die wijze wordt bovendien meer ruimte geboden voor differentiatie in reacties of doelstellingen van het optreden, waaraan bij de bestrijding van moderne vormen van criminaliteit behoefte bestaat.