

## Tilburg University

### Naar een strafvordering 2030 and beyond

Stevens, Lonneke; Koops, Bert-Jaap

*Published in:*  
Op zoek naar evenwicht

*Publication date:*  
2021

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Stevens, L., & Koops, B.-J. (2021). Naar een strafvordering 2030 *and beyond*. In T. Kooijmans, J. Ouwerkerk, C. Rijken, & J. Simmelink (Eds.), *Op zoek naar evenwicht: Liber amicorum Marc Groenhuijsen* (pp. 701-713). Wolters Kluwer.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Naar een Strafvordering 2030 *and beyond*

*Een visioen van toekomstbestendige regulering van  
opsporingsbevoegdheden*

Lonneke Stevens & Bert-Jaap Koops

## 1. Inleiding

Wij, de auteurs, overdrijven niet als we zeggen dat deze bijdrage er zonder de persoon en het werk van Marc Groenhuijsen niet was geweest. Hij heeft aan de start gestaan van ons beider academische loopbaan en ons op cruciale momenten daarin gesteund. Dankzij Marc genieten wij nog steeds van een vruchtbare samenwerking en mede dankzij Marc heeft de inhoud van deze bijdrage vorm gekregen. Dat laatste omdat wij ons hebben laten inspireren door het onderzoeksproject Strafvordering 2001 dat twintig jaar na dato nog immer actueel is. Wij hebben het dan in het bijzonder over het denken over legaliteit en bevoegdheidstoedeling dat in het derde en vierde interimrapport van Strafvordering 2001 uiteen wordt gezet.

In deze bijdrage stellen wij ons de vraag hoe, in een samenleving die onder invloed van technologische ontwikkelingen razendsnel verandert, specifieke wettelijk gereguleerde opsporingsbevoegdheden vandaag kunnen worden vormgegeven op een wijze dat ze niet reeds morgen achterhaald zullen zijn. De aanleiding voor die vraag is het huidige moderniseringstraject van het Wetboek van Strafvordering. Daarin bestaat veel aandacht voor het toekomstbestendig maken van het wetboek tegen de achtergrond van de digitalisering.<sup>1</sup> De laatste dertig jaar is de samenleving immers in aanzienlijke mate gedigitaliseerd, en daarmee noodzakelijkerwijs ook de opsporingsmethoden. Zo is het in vrijwel elk onderzoek tegenwoordig relevant om de computer(s), of in elk geval de smartphone(s), van verdachten te onderzoeken. Het Wetboek van

---

<sup>1</sup> Zie bijvoorbeeld Memorie van toelichting Wetboek van Strafvordering, ambtelijke versie juli 2020, p. 32-33, te vinden via [www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/nieuwe-wetboek-van-strafvordering](http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/nieuwe-wetboek-van-strafvordering).

Strafvordering heeft echter maar gedeeltelijk meebewogen met deze digitaliseringsslag. Zo is wel in de Wet computercriminaliteit uit 1993 computeronderzoek bij (toen nog) huiszoeking geregeld en heeft de Wet computercriminaliteit III hacken als opsporingsbevoegdheid mogelijk gemaakt, maar de veelvoorkomende smartphone-onderzoeken bij arrestatie en systematisch onderzoeken van open internetbronnen moeten het met houtje-touwtje-regelingen doen. Het gevolg is dat de opsporingsbevoegdheden in het huidige wetboek niet meer aansluiten bij de huidige opsporingspraktijk. In het nieuwe wetboek worden daarom diverse nieuwe en momenteel niet wettelijk gereuleerde opsporingsmethoden van een (specifieke) wettelijk basis voorzien. Vooral van belang zijn de hoofdstukken 7 (bevoegdheden met betrekking tot voorwerpen en gegevens) en 8 (heimelijke bevoegdheden) van boek 2. Daarin worden bijvoorbeeld de mogelijkheden voor een netwerkzoeking uitgebreid, alsmede het stelselmatig onderzoek in geautomatiseerde werken (zoals het onderzoeken van een smartphone) en het stelselmatig overnemen van persoonsgegevens uit publiek toegankelijke bronnen (zoals informatie van iemands openbare Facebookpagina) geregeld.

De nieuwe bevoegdheden zijn een noodzakelijke stap in het actualiseren van het Wetboek van Strafvordering. Actualiteit is echter nog niet hetzelfde als toekomstbestendig. Wij vermoeden dat het nieuwe wetboek over tien jaar – en waarschijnlijk al bij inwerkingtreding – weer verouderd zal zijn. Dat vermoeden, en ook hoe het anders kan, werken wij nader uit in deze bijdrage. Wij besteden daartoe eerst aandacht aan de keuzeruimte voor de wetgever bij het vormgeven van bevoegdheden (paragraaf 2), en hoe die ruimte in het nieuwe wetboek wordt ingevuld (paragraaf 3). Vervolgens gaan wij in op een strategie die het wetboek meer toekomstbestendig zou kunnen maken (paragraaf 4). Wij sluiten af met een visioen van een zonniger toekomst (paragraaf 5).

## **2. Mogelijke keuzes in het zoeken naar evenwicht tussen legaliteit en flexibiliteit**

In de zoektocht naar een toekomstbestendig wetboek is de eerste vraag: hoeveel ruimte heeft de wetgever om bevoegdheden zo vorm te geven dat ze kunnen meebewegen met de steeds veranderende behoeften van de praktijk? Deze vraag is in het strafvorderlijk discours niet nieuw en betreft in wezen de interpretatie van het legaliteitsvereiste dat is neergelegd in artikel 1 Sv. Dat vereiste – ‘strafvordering vindt alleen plaats op de wijze bij wet voorzien’ – bevat voor de wetgever de grondwettelijke opdracht om te voorzien in een *specifieke wettelijke* grondslag indien

strafvorderlijk handelen inbreuk maakt op rechten en vrijheden van burgers.<sup>2</sup> Die eis houdt in dat de wet in formele zin een bepaalde bevoegdheid en de bijbehorende voorwaarden voldoende nauwkeurig omschrijft. Zo bezien is strafvordering een systeem waarin weinig ruimte bestaat voor flexibiliteit. Een nieuwe en door de praktijk gewenste opsporingsmethode kan pas worden ingezet als een – doorgaans geduldig – wetgevingstraject voor een wijziging in een formele strafvorderlijke wet is doorlopen. Niettemin wordt in de doctrine de noodzaak van flexibele regelgeving in een dynamische samenleving erkend, evenals het spanningsveld dat aldus ontstaat tussen het waarborgkarakter van artikel 1 Sv en het belang van flexibiliteit.<sup>3</sup>

Hoe nu, kan de wetgever bij het vormgeven van bevoegdheden een evenwicht vinden in dat spanningsveld? Daarbij zijn twee uitgangspunten van belang. Het eerste uitgangspunt is dat de wetgever keuzeruimte heeft voor wat betreft de vormgeving van de formele wet. Artikel 1 Sv staat delegatie aan een lagere wetgever<sup>4</sup> toe en voorts is algemeen aanvaard dat de rechter een rechtsvormende taak heeft op het gebied van strafvordering. Dat betekent dat kan worden nagedacht over hoe concreet of algemeen de bevoegdheid in de formele wet wordt geformuleerd, hoeveel van de bevoegdheid (enkel uitwerkingsdetails of meer dan dat) wordt neergelegd in sneller aan te passen lagere regelgeving zoals algemene maatregelen van bestuur, richtlijnen en circulaire, en in hoeverre meer open bepalingen kunnen worden geformuleerd waarvan de precieze invulling aan de praktijk en de rechter kunnen worden overgelaten. Daarover *moet* ook worden nagedacht, omdat de voorzienbaarheid van inbreuken op grondrechten vergt dat wetgeving voldoende precies is maar tegelijkertijd de manier waarop grondrechten door bevoegdheden worden geraakt, nooit helemaal precies kan worden gevangen in een (wet)tekst. Zo bleek in de jaren 1990 de term ‘telefoongesprekken’ in de aftapbepaling (art. 126g-oud Sv) problematisch als uitwerking van het

2 Zie G.J.M. Corstens, bewerkt door M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 25-30.

3 Vergelijk M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, ‘Afronding en verantwoording. Algemeen deel’, in M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 16-20.

4 Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 25; G. Knigge & N.J.M. Kwakman, ‘Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak’, in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2001, p. 246.

telefoongeheim, omdat er inmiddels naast gesprekken ook faxberichten over de telefoonlijn gingen.<sup>5</sup> Dat kon de wetgever in de jaren 1970 natuurlijk niet voorzien, maar het geeft wel aan dat terminologiekeuze en abstractieniveau een ingewikkelde balanceeract zijn. In het algemeen is het een uitdaging om zo goed mogelijk uitvoeringsmogelijkheden zowel als grondrechtenbescherming te reguleren aan de hand van ‘proxies’ – de best mogelijke, maar inherent imperfecte, benaderingen van wat men eigenlijk wil regelen.<sup>6</sup>

Om keuzes te kunnen maken heeft de wetgever uiteraard ijkpunten nodig en hier wordt het tweede uitgangspunt relevant. Bij het zoeken naar een evenwicht tussen legaliteit en flexibiliteit is het van belang in te zien dat regeling van strafprocesrecht bij wet geen doel op zich is, maar ten dienste staat van drie verschillende, onderling samenhangende beginselen of rechtsgronden. Dit zijn het rechtszekerheidsbeginsel, het beginsel van rechtseenheid en het democratiebeginsel.<sup>7</sup> Zij vormen gezamenlijk de ratio van het legaliteitsbeginsel. Een benadering vanuit de ratio en de vraag hoe het best recht kan worden gedaan aan de onderscheiden rechtsgronden geeft ruimte voor afwegingen en dus een toepassing van het legaliteitsbeginsel en artikel 1 Sv die rekening kan houden met omstandigheden en praktijkbehoeften. Die afwegingsruimte wordt daarnaast nog bepaald door de bestaande juridische infrastructuur.<sup>8</sup> Anders gezegd: de mate waarin regulering van het strafproces aan de praktijk kan worden overgelaten wordt mede bepaald door het systeem dat er al is, en het geheel van (ongeschreven) normen, waarden, overtuigingen en opvattingen van rechter, Openbaar Ministerie, advocatuur en politie, evenals door het vertrouwen dat in de verschillende actoren kan worden gesteld, maar ook daadwerkelijk wordt gesteld – daarover kan men immers van mening verschillen. Het ideaal van het legaliteitsbeginsel, zo wordt gesteld in het onderzoeksproject *Strafvordering 2001*, is dat ‘de wetstoepasser in de wet het houvast vindt dat hij nodig heeft om een verantwoord gebruik te maken van de ruimte die hem is gelaten’, en dat ‘de belangenafweging die in het concrete geval wordt verwacht bij wijze van spreken voorgestructureerd is in het systeem van de wet’.<sup>9</sup>

---

5 HR 26 mei 1992, NJ 1992/753.

6 Zie over ‘proxies’ B.J. Koops, ‘Privacyconcepten voor de 21<sup>e</sup> eeuw’, *Ars Aequi* 2019 (7/8), p. 532-544.

7 Knigge & Kwakman 2001, p. 245-247, en Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 10-11.

8 Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 31-32.

9 *Ibid.*, p. 36-38.

### 3. De vormgeving van opsporingsbevoegdheden in Modernisering Strafvordering

#### 3.1 Een tamelijk letterlijk en (eindelijk doch tijdelijk) actueel wetboek

In het licht van de hiervoor geschetste ruimte die het legaliteitsbeginsel biedt, hebben wij ons afgevraagd hoe de afwegingen worden gemaakt in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering en waarom. Daarbij valt als eerste op dat de memorie van toelichting erkent dat het niet mogelijk is om alle opsporingshandelingen van een specifieke wettelijke grondslag te voorzien.<sup>10</sup> Daarbij komt, aldus nog steeds de memorie van toelichting, dat de wetgever niet steeds kan voorzien welke nieuwe opsporingshandelingen in de toekomst zullen worden verricht. In het moderniseringstraject lijkt aldus een realistisch beeld te bestaan van wat een wetgever (niet) vermag. Tegelijkertijd valt op dat de formele wetgever – meer en minder expliciet – centraal wordt gesteld in die zin dat het lijkt alsof dit wetboek minder aan de praktijk wil overlaten dan het oude wetboek deed. Dat maken wij bijvoorbeeld op uit de alinea die ingaat op de verhouding tussen rechter en wetgever, die stelt dat de ‘volledig gemoderniseerde regeling van het strafprocesrecht ook een nieuwe start markeert’ vanuit ‘de vaste overtuiging dat bij het behoud van het eerste artikel van het wetboek, dat mede berust op de gedachte dat het in een democratie aan de volksvertegenwoordiging is om de wijze te bepalen waarop de strafvordering plaatsvindt, aan de afwegingen van de wetgever het belang zal worden gehecht dat deze afwegingen toekomt’.<sup>11</sup>

Dit citaat maakt duidelijk dat relatief veel gewicht wordt gehecht aan het democratiebeginsel, dat mede ten grondslag ligt aan het legaliteitsvereiste. Het citaat zegt daarbij niet alleen iets over hoe wordt aangekeken tegen de verhouding wetgever-rechter en daarmee over de onwenselijkheid van meer open normen of ruime interpretatie van normen, maar impliceert bovendien dat lagere regelgeving zoals algemene maatregelen van bestuur geen groot aandeel kunnen hebben in de vormgeving van bevoegdheden. Dat laatste stelt de memorie van toelichting ook op verschillende plekken expliciet. Een algemene maatregel van bestuur kan niet ‘de kern van een bevoegdheid bevatten’.<sup>12</sup> En ook: ‘de grondslag voor de uitoefening van bevoegdheden moet in een formele wet worden

<sup>10</sup> Memorie van toelichting Wetboek van Strafvordering (juli 2020), p. 231.

<sup>11</sup> Ibid., p. 30.

<sup>12</sup> Memorie van toelichting Wetboek van Strafvordering (juli 2020), p. 30.

neergelegd en alleen de uitwerking daarvan in een algemene maatregel van bestuur'.<sup>13</sup>

Op basis van deze citaten is nog steeds discussie mogelijk over hoezeer op hoofdlijnen of hoe precies de wettelijke grondslag van een bevoegdheid eruit zou moeten zien. De Aanwijzing voor de regelgeving waar de memorie van toelichting naar verwijst, lijkt die ruimte eveneens te geven: 'een formele wet moet in ieder geval de reikwijdte en de structurele elementen van een regeling bevatten'.<sup>14</sup> Maar in het gemoderniseerde wetboek wordt naar ons idee toch ingezet op een behoorlijk concrete en uitputtend geformuleerde formele wet.<sup>15</sup> Het wetboek wekt in ieder geval de indruk dat de makers ervan alles wat nu bekend is aan opsporingshandelingen tamelijk letterlijk hebben willen vatten in een bevoegdheid. Een voorbeeld is het verdwijnen van de open bevoegdheid van het huidige artikel 61a Sv, de maatregelen in het belang van het onderzoek. In plaats van de huidige niet-uitputtende opsomming ('Als zodanige maatregelen kunnen *onder meer* worden aangemerkt', cursivering toegevoegd), bevatten de voorgestelde afdelingen 6.5.3-6.5.5 een kennelijk uitputtende regeling van maatregelen, zowel de huidige genoemde alsook nog niet expliciet genoemde maatregelen, zoals 'een tekst op te schrijven ten behoeve van een handschriftvergelijkend onderzoek' (art. 2.6.14). Dit laatste voorbeeld sluit aan op de bestaande praktijk,<sup>16</sup> maar sluit tegelijk in al zijn concreetheid toekomstige vormen van vergelijkbare maatregelen – zoals het intypen van een tekst ten behoeve van toetsaanslagherkenning – uit. Iets verder in de toekomst kijkend, kunnen we ons voorstellen dat, wanneer eenmaal bepaalde *virtual reality*-handelingen strafbaar zijn gesteld (bijvoorbeeld belaging of verkrachting in een *virtual reality*-omgeving), ook maatregelen ter 'virtuele' identificatie (zoals bevelen om bepaalde karakteristieke handelingen te verrichten in de VR-omgeving) nodig zijn. Natuurlijk kan het wetboek daar alsdan op worden aangepast.

13 Ibid., p. 44. Zie ook nog p. 234, 330, 357.

14 Artikel 2.19 van de Aanwijzing voor de regelgeving (Start. 2017/69426).

15 De afwijzing van meer open normen in de formele wet en uitwerking in een amvb blijkt ook uit p. 44 van de MvT waar wordt gesteld 'een algemene maatregel van bestuur (...) toch vooral [dient] te worden beperkt tot het regelen van 'voorschriften van meer technische of administratieve aard'. Achterliggende discussie gaat over de 'experimenteerbepaling', waarnaar wordt verwezen in M.J. Borgers, 'Normering van 'lichte opsporingshandelingen'', *Delikt en Delinkwent* 2015/15, p. 153-154.

16 Zie *Kamerstukken II 1999-2000*, 26983, nr. 3 (MvT), p. 26; M. Malsch e.a., *De toepassing van handpalmafdrukken voor de opsporing en vervolging*, WODC 2017, p. 31 en 108.

Maar dat moet dus gebeuren bij elke nieuwe concrete maatregel in het belang van het onderzoek die op dit moment nog niet wordt voorzien.

Meer in het algemeen valt de grote hoeveelheid nieuwe elementen op in de regeling van opsporingsbevoegdheden.<sup>17</sup> Het betreft vooral codificering en/of nadere regulering van bestaande maar nog niet (of onvoldoende) vastgelegde opsporingspraktijken, zoals stelselmatig onderzoek in publiek toegankelijke bronnen, het onderzoek in inbeslaggenomen smartphones of lichaamsonderzoek van overledenen; deels gaat het ook om nieuwe toepassingen van bestaande methoden (zoals haarafname voor isotopenonderzoek) of nieuwe doeleinden van bestaande of nieuwe methoden (zoals maatregelen in het belang van de veiligheid). Soms zijn de nieuwe elementen haast lachwekkend concreet (bijvoorbeeld het bevel ‘een of beide schoenen’ uit te doen), soms ook zeer abstraherend algemeen geformuleerd (zoals stelselmatige locatiebepaling).

Het grote aantal vernieuwingen geeft aan dat er behoorlijk veel achterstallig onderhoud nodig was, alsook dat men een nobele poging doet om alles wat nu bekend of voorzien is goed te regelen. Sommige aanpassingen had men vijf of tien jaar geleden ook al kunnen verzinnen en regelen; andere aanpassingen zijn pas recent in beeld gekomen. In elk geval is duidelijk dat, als men eenmaal met de stofkam door het wetboek gaat en het bij de tijd wil brengen, dit veel oplevert. Het lijkt ons een illusie te denken dat dit een eenmalige situatie is. Als men in 2025 een vergelijkbare exercitie zou uitvoeren om te inventariseren op welke punten de wetgeving uit de pas loopt met ontwikkelingen in de praktijk, zullen vermoedelijk weer de nodige aanpassingen wenselijk blijken. De periodiek nodige aanpassingen hebben meer voeten in de aarde, naarmate het wetboek zelf beoogt alles uitputtend op een behoorlijk concreet niveau te regelen.

### 3.2 Waar zit de flexibiliteit?

De voorgaande paragraaf schetste een wetboek dat behoorlijk concreet en op het nu gericht is vormgegeven en dat vermoedelijk snel zal verouderen. Waar bestaat binnen dit wetboek dan nog bewegingsruimte voor de praktijk? De memorie van toelichting noemt in dat verband de mogelijkheid dat het uitoefenen van bepaalde bevoegdheden andere

<sup>17</sup> Nieuwe bepalingen of nieuwe elementen in bestaande bepalingen komen bijvoorbeeld voor in artikelen 2.6.3, 2.6.8, 2.6.11 t/m 2.6.14, 2.6.23, 2.7.3, 2.7.38 t/m 2.7.44, 2.7.51, 2.7.55, 2.7.57, 2.7.63 t/m 65, 2.7.67, 2.7.68, 2.7.73, 2.8.8, 2.8.15, 2.8.18, 2.8.21 en 2.9.1.



bevoegdheden logischerwijs kan impliceren (het mogen betreden van een perceel veronderstelt het zich doorgang kunnen verschaffen in dat perceel). Ook kunnen, aldus de memorie van toelichting, *bevoegdheden* ruimte laten voor verschillende *methoden* van uitoefenen van die bevoegdheden (stelselmatig observeren wordt genoemd als voorbeeld). Bij beide uitgangspunten geldt – begrijpelijkerwijs – dat de vastgelegde bevoegdheid als gevolg van het ‘impliceren’ of het invullen niet ingrijpender mag worden dan de bevoegdheid is bedoeld.<sup>18</sup> Vooral voor wat betreft het onderscheid tussen methoden en bevoegdheden – waar in potentie veel ruimte voor de opsporing zit – betekent dit dat de flexibiliteit voor bijvoorbeeld het gebruiken van nieuwe technische methoden beperkt blijft. Het gebruik van een technisch hulpmiddel of een bepaalde methode hangt immers nauw samen met de ingrijpendheid van de bevoegdheid en bij een meer ingrijpende methode zal nieuwe regelgeving noodzakelijk zijn.

Een belangrijke mogelijkheid voor flexibiliteit lijkt voorts te worden gezien in de nieuwe algemene bevoegdheidsbepaling van artikel 2.1.8. De bepaling houdt in dat ‘opsporingsambtenaren (...) ter uitvoering van hun taak bevoegd [zijn] om in overeenstemming met de geldende rechtsregels onderzoekshandelingen te verrichten’. Met deze bepaling wordt voortgebouwd op vaste rechtspraak inzake de ruimte die bestaat voor opsporing zonder specifiek wettelijke grondslag. Volgens die rechtspraak kunnen opsporingsmethoden die een beperkte inbreuk maken op grondrechten van burgers en die risicovol zijn voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing, gebaseerd worden op de algemene taakstellingsbepaling van artikel 3 Politiewet (Pw) en de artikelen 141/142 Sv.<sup>19</sup> Deze rechtspraak wordt nu in wezen gecodificeerd.<sup>20</sup> Aldus lijkt de belangrijkste bewegingsruimte voor de praktijk te liggen in opsporingsmethoden die onder de drempel van de ‘meer dan geringe inbreuk’ blijven. Dat geeft te denken. Van een ‘beperkte inbreuk’ naar een ‘meer dan beperkte inbreuk’ omvat immers een grijs gebied. Daarbij laat de rechtspraak inzake artikel 3 Pw zien dat – in het belang van de bewegingsvrijheid van de praktijk – niet snel wordt aangenomen dat sprake

---

18 Memorie van toelichting Wetboek van Strafvordering (juli 2020), p. 231.

19 Zie hierover o.a. Borgers 2015, p. 143. Zie ook Memorie van toelichting Wetboek van Strafvordering (juli 2020), p. 231, en p. 254-256.

20 Ibid., p. 254-255.

is van een meer dan beperkte inbreuk,<sup>21</sup> terwijl tegelijkertijd artikel 3 Pw voor de praktijk een handig ‘haakje’ is voor nieuwe technologische opsporingsmethoden die in potentie een flinke inbreuk op de privacy kunnen maken.<sup>22</sup>

Een reëel risico van het in hoofdzaak vinden van flexibiliteit via de tweedeling ‘beperkte/meer dan beperkte inbreuk’ is dat nieuwe methoden iets te creatief zullen worden ingelezen in een bevoegdheid die voor de inzet van die methoden te weinig waarborgen biedt. Tegelijkertijd laat de praktijk zien dat ze voor de meer ingrijpende nieuwe opsporingsmethoden ook andere openingen vindt. De rechtspraak biedt voorbeelden van een aantal actieve rechters-commissarissen en officieren van justitie die creatieve oplossingen verzinnen, zoals ten aanzien van het gebruiken van de tapbevoegdheid van artikel 126m (jo. 181) Sv voor het meelesen van binnenkomende WhatsApp-berichten op een in beslag genomen telefoon,<sup>23</sup> en het – op verzoek van de rechter-commissaris aan de officier van justitie ex artikel 181 Sv – inloggen op een digitaal account onder de voorwaarden van artikel 126ng lid 2 Sv.<sup>24</sup> Kortom, het nieuwe wetboek biedt voornamelijk flexibiliteit voor de inzet van nieuwe, minder ingrijpende bevoegdheden, maar de huidige praktijk laat reeds zien dat de behoefte – bij snelle technologische ontwikkelingen – eerder ligt in flexibiliteit voor de meer ingrijpende bevoegdheden. Die ruimte wordt vervolgens gezocht en gevonden, waarbij vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de kwaliteit van de grondslagen.

21 Vergelijk bijvoorbeeld NJ 2015/114 en 115, m.nt. Van Kempen. Zie ook de MvT van het nieuwe wetboek, p. 256.

22 Ook in gevallen die niet zo snel voor de rechter komen omdat ze daar niet op gericht zijn. Bijvoorbeeld het veel bekritiseerde ‘Sensingproject Roermond’, zie ‘Interne memo politie 068, Juridische paragraaf OPT Roermond’, of het gebruik van ANPR-gegevens, zie J.J. van Berkel e.a., *Het gebruik van bewaarde kentekengegevens in de opsporing. De wet ‘vastleggen en bewaren van kentekengegevens door de politie’ een jaar in werking*, WODC 2020.

23 Zie ECLI:NL:RBDHA:2019:14245. In de uitspraak wordt verwezen naar het Wetsvoorstel Innovatiewet Strafvordering waarin deze bevoegdheid is opgenomen.

24 Zie ECLI:NL:RBROT:2019:2712. De gegevens van het digitale account kunnen niet via 126ng Sv bij de aanbieder van de gegevens worden opgehaald omdat ze versleuteld zijn, maar wel met rechtmatig verkregen inloggegevens van de accounthouder. Deze werkwijze is ontwikkeld door de Landelijke Expertisegroep R(H)C’s, het Openbaar Ministerie, in samenwerking met het Kennis- en Expertisecentrum Cybercrime van het Landelijk Parket.

#### 4. Ruimte voor meer open normen

Een belangrijk uitgangspunt bij Modernisering Strafvordering is dat de regeling zoveel mogelijk techniekonafhankelijk is geformuleerd.<sup>25</sup> Detaillering is echter nodig wanneer de ingrijpendheid van een bevoegdheid primair wordt bepaald door de ingrijpendheid van de in te zetten middelen; dan ‘moeten beperkingen in de wettelijke normering zijn verdisconteerd.’<sup>26</sup> Kennelijk is dat vaak het geval, gezien het niveau van concreetheid van de nodige bepalingen (zie par. 3.1). Daarmee lijkt het streven naar techniekonafhankelijke wetgeving meer een mantra dan een sturend wetgevingsbeginsel.

Nu bestaan de nodige misverstanden over het idee van ‘techniekonafhankelijke’ of ‘technologie-neutrale’ wetgeving, met name dat dit zou impliceren dat wetgeving volledig van technologie zou moeten (en kunnen) abstraheren. Het reguleren van technologie zonder technologie te noemen, is een *contradictio in terminis* (hoe kun je online grooming strafbaar stellen zonder iets over ‘online’ te zeggen?). Nu kun je proberen alleen menselijk handelen te reguleren (doodslag verbieden, niet honkbalknuppels), maar dat handelen is sterk verknoopt met technologie, en soms is het makkelijker, duidelijker of effectiever om aan te knopen bij de technologie dan bij de handeling (belastingvoordeel voor mensen die in elektrische auto’s rijden in plaats van voor autobezitters die een bepaalde maximumhoeveelheid CO<sub>2</sub> uitstoten). De belangrijkste les uit onderzoek in technologieregulering is dat ‘techniekonafhankelijk’ wetgeven niet betekent dat de wetgever zoveel mogelijk moet abstraheren van technologie, maar een goede balans moet slaan tussen rechtszekerheid (en dus voldoende specifiek moet zijn) en toekomstbestendigheid (en dus niet té specifiek moet zijn).<sup>27</sup>

Die balans bestaat niet alleen uit het zoeken van woorden met het juiste abstractieniveau (‘kopie’ in plaats van ‘afschrift’). Een goede combinatie van rechtszekerheid en toekomstbestendigheid kan vooral worden bereikt met slimme wetgevingsstrategieën, zoals een getrappt systeem van regulering (de abstracte kern regelen in een formele (hoofd)wet,

25 Memorie van toelichting Wetboek van Strafvordering (juli 2020), p. 234-235.

26 Ibid., p. 234.

27 B.-J. Koops, ‘Should ICT Regulation Be Technology-Neutral?’, in: Koops et al. (eds.), *Starting Points for ICT Regulation. Deconstructing Prevalent Policy One-Liners*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2006, p. 77-108.

de uitwerking in lagere regelgeving),<sup>28</sup> niet-limitatieve formuleringen (bijvoorbeeld: ‘brieven, elektronisch-communicatieverkeer *en vergelijkbare/andere vormen* van middellijke communicatie’), een mix van regelgeving (een algemeen regime gecombineerd met een specifiek regime voor bepaalde technologie waarvoor momenteel met name rechtszekerheid wenselijk is), het benutten van teleologische interpretaties (door in Memories van Toelichting helder uit te leggen welk(e) doel(en) bepalingen dienen en wat de voornaamste afwegingen bij interpretatie ervan moeten zijn, met concrete voorbeelden van mogelijke toekomstige ontwikkelingen die er sowieso wel en niet onder zouden moeten vallen), een duidelijk kader met inhoudelijke normen en het gebruiken van verplichte evaluatie- en horizonbepalingen.<sup>29</sup>

Nu gebruikt het gemoderniseerde wetboek zeker enkele van deze strategieën (zoals een relatief uitgebreide, richtinggevende MvT en voor sommige bevoegdheden een getrap systeem), maar hier is zeker nog winst te behalen. Niet-limitatieve opsommingen, zoals voorheen bij de maatregelen in het belang van het onderzoek, hoeven het primaat van de wetgever niet te ondermijnen; termen als ‘of vergelijkbare middelen’ bieden de rechter de mogelijkheid om nieuwe, onvoorziene methoden te beoordelen op basis van het normenkader dat de wetgever in wet en toelichting heeft gesteld. Getrapte regelingen zouden beter kunnen worden benut, bijvoorbeeld bij de bevoegdheden met betrekking tot het lichaam, met een abstractere formulering in het wetboek en concrete uitwerking in lagere regelgeving.

Ook zou het criterium van (ingrijpende) stelselmatigheid, dat nu beperkt is tot het onderzoek van gegevens in (of overgenomen uit) computers, veel breder kunnen worden gehanteerd, bijvoorbeeld bij de nodige heimelijke opsporingsbevoegdheden die nu vastgekoppeld zijn aan een bepaald niveau van rechtsbescherming maar in de toekomst mogelijk ingrijpender kunnen worden als onvoorziene technologische mogelijkheden zich voordoen. Bijvoorbeeld als, om maar wat te noemen, *deep learning* het mogelijk zou maken om uit alle gegevens die de politie stelselmatig uit publiek toegankelijke bronnen vergaart, een nauwkeurig psychologisch profiel van de verdachte te construeren. De wetgever zou zelfs kunnen overwegen – nu denken we hardop – om het criterium van (ingrijpende)

28 Vergelijk B.F. Keulen, ‘Per amvb naar een nieuwe strafvordering?’, in: A. Hartevelde e.a. (red.), *Systeem in ontwikkeling*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 313-330.

29 Koops 2006, p. 104-107.

stelselmatigheid in het wetboek als algemeen normstellend kader voor alle opsporingsbevoegdheden te formuleren, waarbij grotendeels via MvT, Besluiten en Regelingen en praktijkrichtlijnen wordt gespecificeerd welke mate van ingrijpendheid de meestvoorkomende huidige opsporingsmethoden per bevoegdheid geacht worden te hebben.

##### **5. Naar een Strafvordering 2030 *and beyond***

Strafvordering 2001 sprak van het legaliteitsbeginsel als ideaal. Een ideaal kan nooit volkomen worden gerealiseerd maar moet wel voortdurend worden nagestreefd. De wetgever heeft daarmee een immer voortdurende taak om het wetboek actueel te houden. Voor wat betreft het gemoderniseerde wetboek betekent dit naar ons idee dat er in elk geval wat meer veiligheidssleppen moeten worden ingebouwd die het meebewegen met de tijd mogelijk maken. Zulke veiligheidssleppen bestaan uit het naar een iets hoger abstractieniveau tillen van al te concrete bepalingen, het invoegen van enkele niet-limitatieve clausules in bevoegdheden waar veel dynamiek te verwachten valt en het overwegen van een vangnetbepaling die niet of onduidelijk geregelde opsporingshandelingen (onder strikte voorwaarden en met toestemming van de rechter-commissaris, op basis van het in het systeem van het wetboek vastgelegde normenkader) mogelijk maakt, waarvan de uitoefening dan bij voorkeur via prejudiciële vragen snel aan de Hoge Raad kan worden voorgelegd.

Of zulks politiek haalbaar is in het huidige stadium van het wetgevingstraject, en of dit voldoende zou zijn om een toekomstbestendig wetboek te vormen, is de vraag. Het lijkt ons in elk geval wenselijk om, tegelijk met een discussie over veiligheidssleppen in de voorgestelde wetboekssystematiek, al ruim voor de inwerkingtreding te beginnen met nadenken over een nieuw en vooral anders opgezet wetboek. Het nieuwe wetboek is in de voorgestelde vormgeving immers zo uitputtend en gebaseerd op wat nú wenselijk lijkt, in plaats van wat binnen afzienbare tijd wenselijk kan worden, dat het vaak en veel aanpassingen zal vergen, wil het uitputtend en bij de tijd blijven. De bewegingsruimte die het wetboek de praktijk biedt – die vooral beperkt is tot minder ingrijpende opsporingsmethoden – is niet toereikend en heeft het risico van een (langdurig) ondergenormeerde (en daarmee moeilijk beheersbare) praktijk.

Een anders opgezet wetboek dat wij voor ons zien is een wetboek dat het 'houvast voor de wetstoepasser' regelt op hoofdlijnen, veel meer werkt met getrapte regelgeving en meer inzet op waarborgen op procedureel niveau, zodat zowel voldoende rechtszekerheid en rechtseenheid als flexibiliteit worden bereikt. Hoe daarbij invulling kan worden gegeven

aan het democratiebeginsel zal gezien de opvattingen van de opstellers van het huidige wetboek nog onderwerp van stevig debat moeten zijn.

In paragraaf 4 hebben wij een kleine aanzet gegeven tot dat wetboek op hoofdlijnen. Het is vooralsnog een visioen van een nieuw wetboek dat mee kan tot ver na 2030 (ons idee van het jaar van invoering), maar dat natuurlijk nog een hoop doordinking en uitwerking nodig heeft. Een eerste stap daarbij zou kunnen zijn om, als structuur voor de hoofdlijnen, alle typen manieren om informatie te verzamelen te categoriseren (denk aan 'brengen' (uitleveringsbevelen) versus 'halen' (zelf zoeken en vergaren); openlijk versus heimelijk vergaren; reeds bestaande versus toekomstige informatie; handelingen ten aanzien van mensen, voorwerpen of gegevens) en de voor de opsporing belangrijkste categorieën met een algemene systematiek te normeren. Een hele klus, die strafrechtsdeskundigen vergt die verstand hebben van theorie zowel als praktijk, die precisie in details en in formulering combineren met een overkoepelend inzicht in de grote lijnen, die oog hebben voor zowel instrumentaliteit als rechtsbescherming. Mensen als Marc Groenhuijsen, kortom. Dat maar veel strafrechtsdeskundigen in zijn voetsporen mogen treden.

