

Boek 1 Strafvordering in het algemeen

Hoofdstuk 1 Inleidende bepalingen en definities

1.

Artikel 1.1.2.6 (bijstand tolk)

Artikel 1.10.4 maakt het horen, verhoren of ondervragen van personen op afstand per videoconferentie mogelijk. Bij het uitvoeren van politietaken door de KMar in het buitenland, geeft dit reeds de mogelijkheid om bijstand te bieden van een in Nederland bevindende tolk. Gezien de nu al bestaande vertaalprogramma's en de voortschrijdende technische ontwikkelingen is het echter voorzienbaar dat in de (nabije) toekomst een tolk, in de vorm van een natuurlijk persoon, niet meer de enige mogelijkheid is om invulling te geven aan het recht op bijstand van een tolk. Zeker in gevallen waar het eenvoudige en korte verhoren of ondervragingen betreft, zou de inzet van een, uiteraard goedgekeurd, elektronisch softwareprogramma, tijd en geld kunnen besparen. Het woord 'mede' in artikel 1.1.2.6 geeft de ruimte voor dergelijke vormen van elektronische bijstand. Om meer duidelijkheid te kunnen krijgen, is het wenselijk een passage hierover in de memorie van toelichting (hierna: MvT) op te nemen dan wel een lid aan artikel 1.1.2.6 toe te voegen dat bij AMvB nadere regels kunnen worden gesteld over de bijstand van een tolk (via geautomatiseerde systemen, telefoon, videoconference, robots, sprekende computers, etc.).

Hoofdstuk 3 Vervolg en opsporing van strafbare feiten

2.

Artikel 1.3.3.1 (opsporingsambtenaar)

Met de opsporing van strafbare feiten zijn als *algemeen* opsporingsambtenaar *militairen* van de KMar belast. De KMar bestaat mede uit burgerambtenaren. Ook burgerambtenaren nemen bij de KMar deel aan het opsporingsproces indien zij zijn aangesteld als *buitengewoon* opsporingsambtenaar (BOA). Zo zijn er rechercheadviseurs, medewerkers recherche, medewerkers intelligence en vakspecialisten (met financiële, cyber of forensische expertise) aangesteld als BOA (Besluit buitengewoon opsporingsambtenaar Koninklijke Marechaussee Recherche 2014 van 22 januari 2014, ondertekend door de staatssecretaris van V&J). Niet valt in te zien waarom niet ook anderen dan KMar-militairen als *algemeen* opsporingsambtenaar een waardevolle bijdrage kunnen leveren aan het opsporingsonderzoek. Zij zijn dan breder inzetbaar dan enkel voor het eigen domein of aangewezen wetten. Dit draagt bij aan de benodigde flexibiliteit van de KMar, zoals in de aanbiedingsbrief is uiteengezet. Daarnaast wordt in artikel 1 onder k van de Wet Politieregisters (Wpg) en in artikel 46 van de Vreemdelingenwet reeds 'de *ambtenaar van de Koninklijke marechaussee*' genoemd. De KMar zou daarom de mogelijkheid willen (terug)zien in de wet (ook in de Politiewet) naast militairen ook bepaald burgerpersoneel aan te kunnen wijzen als algemeen opsporingsambtenaar, uiteraard mits zij na de gevolgde geëigende opleiding geschikt en bekwaam zijn bevonden. Op grond van de 'Aanwijzingsregeling algemene opsporingsambtenaren van de Koninklijke marechaussee' zijn nu bepaalde *militairen* aangewezen door V&J, in samenspraak met Defensie. Indien Sv de ruimte geeft, kunnen V&J en Defensie via die aanwijzingsregeling ook bepaald burgerpersoneel, bijvoorbeeld met een expertise (cyber, technische of financiële recherche, analyse) of uit een bepaald vakgebied aanwijzen, zodat ook zij kunnen bijdragen aan een

opsporingsonderzoek. Een dergelijke ministeriële regeling kan sneller dan een formele wet worden aangepast aan nieuwe ontwikkelingen en toekomstige behoeftes. Het advies is daarom het woord 'militair' te wijzigen in 'ambtenaar'.

3.

Artikel 1.3.3.3 (landelijke bevoegdheid)

Als gevolg van de plaatsing van militairen in het buitenland of door oefeningen of missies in het buitenland, voeren de opsporingsambtenaren van de KMar ook politietaken uit in het buitenland. De bevoegdheid daartoe staat in artikel 4, lid 1 onder b Politiewet 2012 (hierna Politiewet). Artikel 4 van het Wetboek van Strafrecht (hierna Sr) en artikel 4 van het Wetboek Militair Strafrecht bepalen dat het Nederlandse strafrecht ook op militairen in het buitenland van toepassing is. Voorts bepalen artikel 1 van het Wetboek van Militair Strafrecht en artikel 1 van het Wetboek Militaire Strafrechtspraak dat het (Europese deel van het) Wetboek van Strafvordering (hierna Sv) van toepassing is. Zelfs het Wetboek Militaire Strafrechtspraak, zijnde een Rijkswet, is buiten het koninkrijk van toepassing, mits het volkenrecht dat toelaat (artikel 62 Wetboek Militaire Strafrechtspraak). Het advies is daarom aan artikel 1.3.3.3 toe te voegen *'tenzij bij of krachtens de wet anders is bepaald.'* Daarnaast is het advies om de MvT bij dit artikel waar de zinsnede staat vermeld: *'Nadere normering van deze uitoefening heeft plaatsgevonden in de Politiewet 2012.'*, te wijzigen in: *'Nadere normering van deze uitoefening heeft voor politieambtenaren plaatsgevonden in de Politiewet 2012. De bevoegdheid in het buitenland volgt voor de KMar zowel uit de Politiewet als uit het Wetboek Militaire Strafrechtspraak. Daarnaast kan het volkenrecht, zoals internationale of bilaterale verdragen of afspraken politionele bevoegdheden aan de KMar geven.'*

Overigens is ook in andere delen van de MvT niet altijd duidelijk verwoord dat de politietaken van de KMar voortvloeien uit de Politiewet. Zie bijvoorbeeld paragraaf 4.1. in de MvT van boek 1 waaraan het onderstreepte kan worden toegevoegd: *'In de Politiewet 2012 en de Wet op de bijzondere opsporingsdiensten is de organisatie van de organen die zich bezighouden met opsporing neergelegd. De Politiewet 2012 regelt wat in het algemeen de taken van de politie en die van de Koninklijke Marechaussee zijn, ook op het terrein van de handhaving van de openbare orde, en hoe zij is georganiseerd.'*

4.

Artikel 1.3.3.7 (hulp invoeren van Politie of KMar)

Gezien het feit dat zowel lid 2 van artikel 1.3.3.7 als artikel 1.3.3.3 gaan over de bevoegdheidsuitoefening van de opsporingsambtenaar komt het logischer voor lid 2 te verplaatsen naar artikel 1.3.3.3. Daarbij wordt geadviseerd lid 2 te herformuleren, omdat het lijkt te suggereren dat een opsporingsambtenaar van een bijzondere opsporingsdiensten (BOD) een andere status heeft. Dit strookt niet met de in het wetsvoorstel verwerkte gelijkstelling van de opsporingsambtenaren van de politie, KMar en de BOD'n met betrekking tot de toekenning van opsporingsbevoegdheden. Aan deze gelijkstelling hecht de KMar groot belang doordat het de effectiviteit van opsporingsonderzoeken ten goede komt als bepaalde bevoegdheden zelfstandig kunnen worden uitgeoefend. Een afhankelijkheid voor de inzet van bepaalde opsporingsbevoegdheden kan immers leiden tot vertraging van onderzoeken als gevolg van capaciteitsgebrek, wachttijden en lagere prioritering bij de politie. Op tal van gebieden vindt echter tussen de diensten ook (toenemende) samenwerking plaats, onder andere vanwege de verschillende expertises waardoor een herformulering meer tegemoetkomt aan de praktijk.

5.

Artikel 1.3.3.4 (hulpofficier van justitie)

Ter vereenvoudiging en in lijn met het gestelde bij artikel 1.3.3.1, zouden lid 1 onder b en lid 1 onder c van artikel 1.3.3.4 samengevoegd kunnen worden en gewijzigd in: *'b. de door Onze Minister in*

overeenstemming met Onze Minister van Defensie bij ministeriele regeling aangewezen ambtenaren van de Koninklijke Marechaussee.'

Het gestelde in de MvT bij dit artikel lijkt eerder te horen bij artikel 1.3.3.7 en komt niet geheel overeen met de werkwijze bij de KMar. Terecht wordt daar gesteld dat de hulpofficier van justitie (HOvJ) een plaats inneemt tussen de officier van justitie (OvJ) en reguliere opsporingsambtenaren, zonder tot hen in een hiërarchische verhouding te staan. Wellicht is bij de Nationale Politie de taak een toets uit te oefenen op de in te zenden processen-verbaal anders dan bij een HOvJ belegd. Bij de KMar, vooral op Schiphol en bij buitenlands optreden, vervult de HOvJ echter nog steeds de rol van vraagbaak en kwaliteitsbewaker (al dan niet tezamen met de COPO, de coördinator politiedienst). Daartoe verkrijgt de HOvJ dan ook meer opleiding dan een reguliere opsporingsambtenaar en moet hij aan extra eisen voldoen, die zijn neergelegd in de Regeling HOvJ's 2008 (zie artikel 5), zoals certificering (met recent ingevoerde periodieke toetsing), drie jaar ervaring in een executieve functie en een bepaalde militaire rang (met bijbehorende (militaire) eisen). Bij de KMar is het doorgaans, ook in het buitenland, de HOvJ die de contacten onderhoudt met de officier van justitie. In grotere onderzoeken kan dit weliswaar de onderzoeksleider zijn, maar deze is dan zelf ook HOvJ, of in het onderzoek is een HOvJ betrokken met het oog op zijn taak als HOvJ.

Het bevreemdt daarom de KMar dat de kwaliteitsborging en de informatievoorziening aan de OvJ via de HOvJ wordt verlaten met de introductie van een nieuwe functionaris. Vooral omdat het onduidelijk is wat de status is van de in dit wetsvoorstel in artikel 1.3.3.7 en 2.1.4.3 geïntroduceerde *'opsporingsambtenaar die operationeel leiding geeft aan de opsporing'*. Deze functionaris is niet in het wetsvoorstel gedefinieerd. Ook is het in tegenstelling tot de HOvJ, onduidelijk aan welke opleidings- en kwaliteitseisen deze nieuwe functionaris moet voldoen als deze, zo blijkt uit de MvT bij het artikel 2.1.4.3, geen HOvJ hoeft te zijn. Een leidinggevende status is geen garantie voor de vereiste strafvorderlijke kennis daar iemand op basis van andere kennis en competenties als leidinggevende kan zijn aangesteld. Tevens wordt daar melding gemaakt dat het wenselijk is *'om met het oog op bevordering van de kwaliteit van processen-verbaal ook in het nieuwe wetboek erin te voorzien dat opsporingsambtenaren hun processenverbaal alvorens deze naar de officier van justitie gaan eerst beschikbaar stellen aan een hogere functionaris binnen de opsporingsdienst. Wettelijk is zo verzekerd dat deze functionaris in staat wordt gesteld de processen-verbaal waar aangewezen te controleren of den controleren. Deze taak wordt in het eerste lid neergelegd bij de opsporingsambtenaar die operationeel leiding geeft aan de opsporing. Niet vereist is dat functionaris hulpofficier van justitie is.'* Alhoewel de KMar uiteraard een voorstander is van kwaliteitsborging- en verbetering van de opsporing, kan de vraag worden gesteld of met deze wijziging de kwaliteit van processen-verbaal feitelijk beter wordt verzekerd dan nu het geval is. Is het bovendien noodzakelijk de gewenste kwaliteitsborging zo in detail in een *formele wet* vast te leggen, of is beleidsvorming bij de opsporingsdiensten daar niet de uitgewezen weg voor? In de toekomst kan de kwaliteitsborging immers wellicht naast een bepaalde vorm van betrokkenheid van een HOvJ, op een andere wijze worden ingevuld, bijvoorbeeld door meer inzet van de COPO, expertisecentra, betere of permanente opleiding, coaching, of wellicht bepaalde software. Het ligt meer op de weg van de (leiding van de) opsporingsdiensten om zorg te dragen voor de gewenste kwaliteit, al dan niet in overleg met het openbaar ministerie. De opsporingsdiensten zijn immers verantwoordelijk voor de kwaliteit van de door hen verstrekte processen-verbaal.

De KMar adviseert daarom de passages in de MvT bij artikel 1.3.3.4 en 2.1.4.3 aan te passen. Tevens is het advies artikel 1.3.3.7 en artikel 2.1.4.3 te wijzigen door de zinsnede *'door tussenkomst van de opsporingsambtenaar die operationeel leiding geeft aan de opsporing'* te verwijderen. In artikel 2.1.4.4 staat overigens reeds dat bij algemene maatregel van bestuur regels kunnen worden gesteld over de uitvoering van artikel 2.1.4.1, dat het opmaken van een proces-verbaal betreft. Ook via die weg kan de kwaliteit worden ondersteund, al ziet de KMar hier slechts een beperkte meerwaarde

van doordat inhoudelijke kwaliteit van een PV van meer zaken afhankelijk is, zoals praktijkervaring, inzicht in het strafproces en schrijfvaardigheid.

6.

Artikel 1.3.4.2 (gebied van tewerkstelling)

Defensie is gebaat bij adaptiviteit als gevolg van onder andere de veranderde veiligheidssituatie in de wereld, de steeds sneller opvolgende technologische ontwikkelingen en een veranderde arbeidsmarkt. Flexibiliteit is nodig om de inzetbaarheid en het voortzettingsvermogen van de krijgsmacht te vergroten (zie, Kamerstuk 34 550 X, nr. 73 van 13 februari 2017). De KMar, onderdeel van Defensie, is in Nederland, en ook wereldwijd, inzetbaar voor veiligheid. Het werk van de KMar bestaat uit onder meer de militaire politietaak, grenspolitietaken en bewaken en beveiligen evenals bijstand verlenen ten behoeve van de openbare orde en veiligheid. Efficiënt en effectief optreden op deze terreinen vereist een gerichte aansturing en een goede informatiepositie.

Om dit te ondersteunen heeft de KMar de verandering ingezet van regio-gebonden naar informatie-gestuurd optreden (IGO). Daarbij wordt de organisatie vanuit één centrale plek aangestuurd. Op basis van een integraal operationeel beeld wordt besloten waar mensen en middelen worden ingezet. Hierdoor wordt de schaarse capaciteit beter benut. In de nota *In het belang van Nederland* (Kamerstuk 33 763, nr. 1, 17 september 2013 en Kamerstuk 33763, nr. 70 van 17 maart 2015) heeft Defensie de Tweede Kamer over deze verandering geïnformeerd. Om IGO mogelijk te maken wordt momenteel een Landelijk Tactisch Commando (LTC) opgericht. Het LTC verzamelt en analyseert informatie, ontwikkelt plannen en zet op basis daarvan mensen en middelen in. De districten gaan op in het LTC. De brigades blijven weliswaar de thuisbasis voor de teams, maar het LTC zal de teams rechtstreeks aansturen. De brigades verzorgen de contacten met ketenpartners en zorgen voor de personele en de materiële gereedheid van de teams.

Het LTC is in januari 2015 feitelijk van start is gegaan. Deze centrale benadering met bijbehorende noodzakelijke flexibele inzet van personeel valt niet goed te rijmen met een verbod op het optreden buiten het gebied van tewerkstelling. Evenmin past het op de landelijke bevoegdheid gesteld in artikel 1.3.3.3 (en zoals eerder gesteld onder punt 3, de internationale bevoegdheid van de KMar). Het al dan niet bepalen van het gebied van tewerkstelling van personeel raakt daarnaast feitelijk de bedrijfsvoering van de opsporingsdiensten en ligt daarom meer op de weg van de werkgever dan van de formele wetgever om hiervoor nadere regels te stellen en afspraken over te maken met het individuele personeelslid. De komst van de Nationale Politie getuigt eveneens van een behoefte aan interregionaal optreden. Hieruit volgt het advies lid 2 van artikel 1.3.4.2 te schrappen.

Hoofdstuk 4 De verdachte en zijn raadsman

7.

Artikel 1.4.1.3 (bijstand tolk)

Niet valt in te zien waarom *te allen tijde* de bijstand van een tolk moet worden ingeroepen als een verdachte de Nederlandse taal niet of onvoldoende beheerst.

Ten eerste volgt die verplichting niet uit jurisprudentie en Europese regelgeving:

- HR 17-06-2014, ECLI:NL:HR:2014:1446, NJB 2014/1289, RvdW 2014/862, NJ 2014/340: “art. 28 (oud) van de Wet beëdigde tolken en vertalers [staat] niet eraan in de weg dat het verhoor van een persoon die de Nederlandse taal niet (voldoende) beheerst, niet steeds plaats vindt met bijstand van - in beginsel - een in het register voor tolken ingeschreven tolk. Het verhoor kan plaatsvinden in een taal die de te horen persoon en de verbalisant in voldoende mate beheersen” en Tolkenrichtlijn (Richtlijn 2010/64/EU van het Europees parlement

- de Raad van 20 oktober 2010 betreffende het recht op vertolking en vertaling in strafprocedures:

“Recht op vertolking

1. De lidstaten zorgen ervoor dat een verdachte of beklaagde die de taal van de strafprocedure niet spreekt of verstaat, onverwijld door een tolk wordt bijgestaan tijdens de strafprocedure voor onderzoeks- en gerechtelijke autoriteiten, onder meer tijdens politieverhoren, alle zittingen van het gerecht en alle noodzakelijke tussentijdse zittingen.

Ten tweede geldt de verplichting niet voor de getuige die wordt verhoord, zie artikel 1.6.1.2 ('kan'), het slachtoffer, zie artikel 1.5.2.5, lid 5, of voor de deskundige, zie artikel 2.10.4.2.3.

Ten derde geldt de verplichting niet bij verdachten in andere gevallen dan een verhoor. Dan volstaat een taal die hij begrijpt. Zo wordt de verdachte die de Nederlandse taal niet of onvoldoende beheerst, van het bevel tot verlenging van het ophouden voor onderzoek mondeling, in een voor hem begrijpelijke taal, in kennis gesteld van de inhoud van het bevel (zie artikel 2.5.3.1.2). Indien de verdachte de Nederlandse taal niet of onvoldoende beheerst, wordt hij zo spoedig mogelijk in een voor hem begrijpelijke taal schriftelijk, en zo nodig ook mondeling, in kennis gesteld van het strafbare feit ten aanzien waarvan de verdenking is gerezen, de grond voor en de geldigheidsduur van het bevel van inverzekeringstelling (artikel 2.5.3.2.3). Dit geldt ook in het geval van het bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking dan wel tot voorlopige hechtenis of verlenging van de geldigheidsduur (artikel 2.5.4.1.6).

Ten vierde geeft artikel 2.2.3.2 de keus aan de aangever die de Nederlandse taal niet begrijpt of spreekt, aangifte te doen in een taal die hij begrijpt of spreekt, of de nodige taalkundige bijstand te geven.

Tot slot, geeft de Vreemdelingenwet evenmin een verplichting tot de inzet van een tolk, zo blijkt uit artikel 38 inzake het horen van de vreemdeling over een voor hem veelal belangrijke zaak: het verlenen van een verblijfsvergunning: *'wordt de vreemdeling gehoord in een taal waaraan de vreemdeling de voorkeur geeft, tenzij er een andere taal kan worden gebruikt die hij begrijpt en waarin hij helder kan communiceren.'*

Uit het voorgaande, tezamen met het feit dat Nederland een open maatschappij is en het feit dat tegenwoordig veel mensen, zo ook opsporingsambtenaren, vooral die in de grensstreek of in toeristische gebieden werkzaam zijn, Engels, Duits of een andere taal voldoende machtig zijn, zou het mogelijk moeten zijn de verdachte in een andere taal dan de Nederlandse te verhoren. Uiteraard alleen indien zowel de opsporingsambtenaar, de verdachte als diens raadsman een andere taal machtig zijn en zij allen instemmen met een verhoor in die taal. Vooral bij kortdurende en eenvoudige verhoren zal dit tijd en geld besparen.

8.

Artikel 1.4.1.6 (mededeling rechten)

Het recht op bijstand van een raadsman wordt beperkt in artikel 1.4.1.4, lid 6, indien het een verhoor ter plaatste betreft van een staande gehouden verdachte en het om bepaalde overtredingen gaat. Lid 2 van artikel 1.4.1.6 mist deze uitzondering. Het is advies is daarom aan artikel 1.4.1.6, lid 2 de zinsnede toe te voegen *'tenzij artikel 1.4.1.4, lid 6 van toepassing is.'*

Hoofdstuk 5 Het slachtoffer

9. (mededeling door politie)

Artikel 1.5.4.1.

Ondanks dat paragraaf 7.5 van de MvT vermeldt dat het hoofdstuk over het slachtoffer geen onderdeel uitmaakt van de consultatie, omdat het onderdeel uitmaakt(e) van een separaat wetstraject, wil de KMar toch een opmerking plaatsen bij artikel 1.5.4.1 (het recent gewijzigde artikel 51h). In het eerste lid staat dat het openbaar ministerie bevordert dat de *politie* in een zo vroeg

mogelijk stadium een mededeling doet aan het slachtoffer over mogelijkheden tot herstelvoorzieningen. Ook in de strafrechtelijke onderzoeken van de KMar (en de BOD'n) komen slachtoffers voor. Geadviseerd wordt daarom het artikel alsnog aan te passen door 'politie' te vervangen door 'de opsporingsdienst'.

Hoofdstuk 6 De getuige

10. (definitie getuige)

Van bijna alle actoren in een strafzaak wordt een definitie gegeven in boek 1, zoals van de verdachte, het slachtoffer, de opsporingsambtenaar en de (hulp)officier van justitie. Het zou de consistentie ten goede komen als ook de kwalificatie getuige wordt gedefinieerd.

11. (identiteitsbepaling getuige)

Artikel 1.6.1.1

In lid 2 van dit artikel kan de *verhorende* ambtenaar de getuige bevelen zijn identiteitsbewijs ter inzage aan te bieden. In artikel 2.5.2.1, lid 2 staat dat iedere opsporingsambtenaar getuigen mag staande houden om zijn identiteit vast te stellen op de wijze bedoeld in artikel 1.6.1.1. Staande houding is echter, zo blijkt uit lid 1 van artikel 2.5.2.1 (en volgens jurisprudentie van de Hoge Raad, zoals ECLI:NL:HR:2013:BZ8166, NJ 2013/268) niet bedoeld als verhoor, maar slechts ter vaststelling van de identiteit. Nu het geen verhoor betreft is er ook geen sprake van een *verhorende* ambtenaar zoals bedoeld in artikel 2.3.1.1. Ook de MvT meldt bij artikel 2.3.3.1 dat de opsporingsambtenaar bij het inventariseren van getuigen de bevoegdheid heeft om de identiteit vast te stellen en hen daartoe kan staande houden, maar dat dan nog geen sprake is van een verhoor van de getuige in de zin van artikel 1.6.1.4. Niet bedoeld zal zijn dat alleen in het geval van een *verhoor* in de zin van artikel 1.6.1.4 de opsporingsambtenaar kan bevelen het ID-bewijs te tonen en in het geval van een *staande houding*, bedoeld om de identiteit te achterhalen en vast te stellen, deze bevoegdheid ontbreekt. Ook artikel 8 van de Politiewet 2012 geeft de bevoegdheid aan de politie en KMar inzage van het identiteitsbewijs te vorderen van 'personen', voor zover dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor de uitvoering van de politietaak. Van een verhoorsituatie hoeft ook dan geen sprake te zijn. Het advies is daarom 'verhorende' te verwijderen.

12.

Artikel 1.6.1.3 (mededelingen aan getuigen)

Een getuige dient slechts te verklaren over feiten en omstandigheden die hijzelf heeft waargenomen en ondervonden. Artikel 1.6.1.4 draagt de *verhorende* ambtenaar op hiervoor zorg te dragen. Uit artikel 2.10.3.1.5 (beëdiging RC) volgt dat de getuige bij de RC verwacht wordt dat hij '*de gehele waarheid en niets dan de waarheid zal zeggen*'. Ook de deskundige (getuige) wordt opgedragen '*naar waarheid (...) verslag uit te brengen*' (zie artikel 1.7.1). Het uitgangspunt is dus dat een getuige naar waarheid en eigen bevinding behoort te verklaren, feitelijk al bij de opsporingsambtenaar maar de plicht hiertoe ontstaat pas bij een RC of andere rechter. Het advies is het uitgangspunt in dit artikel expliciet op te nemen zodat de getuige via de mededeling van de opsporingsambtenaar weet wat van hem wordt verwacht en wat de consequenties kunnen zijn bij het (later) niet geheel volgens de werkelijkheid verklaren. Niet alleen kan hij bij herhaling van de leugenachtige verklaring tegenover een RC of rechtbank worden bestraft wegens meened (artikel 207 Sr). Ook kan de latere, wél waarheidsgetrouwe, getuigenverklaring als onbetrouwbaar worden beschouwd of niet dezelfde bewijswaarde krijgen, doordat blijkt dat de getuige de eerste maal niet '*de gehele waarheid en niets anders dan de waarheid*' (zie artikel 2.10.3.1.5) heeft verklaard. Het expliciteren en mededeling daarvan doen, kan eveneens de opsporing ten goede komen doordat de getuige zich mogelijk eerder zal onthouden van leugens of gewoonweg gissingen om de opsporingsambtenaar ter wille te zijn, wat consequenties kan hebben voor de richting van het opsporingsonderzoek. Het weglaten van een expliciete mededeling in een vroeg stadium van het opsporingsonderzoek kan voorts ten onrechte de

suggestie wekken dat alleen bij een RC of ten overstaan van een rechtbank de waarheid hoeft te worden verklaard. Terwijl de MvT bij artikel 2.3.1.3 terecht stelt dat de getuigenverklaringen die in het opsporingsonderzoek zijn afgelegd en in de vorm van een proces-verbaal tot de rechter komen, in veel strafzaken een belangrijke rol spelen. Reden te meer om de getuige op het hart te drukken naar waarheid te verklaren. De mogelijkheid om 'onder nummer' te verklaren, kan daarbij bijdragen aan een vrije en onbelemmerde getuigenverklaring (zie het gestelde onder punt 22 over artikel 2.3.1.3).

Overigens blijkt niet uit de MvT de reden waarom niet ook aan de getuige zou moeten worden medegedeeld, dat hij niet tot het beantwoorden van bepaalde vragen verplicht is in de gevallen dat hij daardoor zichzelf, aanverwanten of partners (in ruime zin des woords) strafrechtelijk zou belasten. Het tweede lid van artikel 1.6.1.3 verwijst immers niet naar artikel 1.6.2.2.1. Net als de personen bedoeld in artikel 1.6.2.1.1 zullen getuigen niet zijnde professionele verschoningsgerechtigden, niet zonder meer wetenschap hebben van dit verschoningsrecht. Kennelijk is sprake van een omissie en is ook een verwijzing naar artikel 1.6.2.2.1 bedoeld en zou 'of veranderd kunnen worden in 'tot en met'.

13.

Artikel 1.6.1.3 (consultatierecht getuige)

Lid 1 onder b stelt dat de opsporingsambtenaar de getuige in kennis stelt van een hem toekomend recht op bijstand. Volgens de MvT bij dit artikel gaat het om een beperkte kring van personen; het slachtoffer, de bedreigde getuige en de getuige aan wie toezeggingen zijn gedaan. Op grond van de MvT bij artikel 2.3.3.3 volgt dat andere getuigen geen recht op bijstand hebben, maar als de raadsman van die getuige ter plaatse is, deze tot het verhoor van die getuige dient te worden toegelaten. Ook bestaat er geen (inspannings)verplichting om de aanwezigheid van de raadsman te bewerkstelligen. In tegenstelling tot de bepalingen over het consultatierecht van verdachten (artikel 2.3.2.5), is de MvT zowel bij artikel 1.6.1.3 als bij artikel 2.3.3.3 onduidelijk of bij een recht op bijstand van een getuige die tevens slachtoffer is (artikel 1.5.2.5), gewacht dient te worden met het verhoor totdat de getuige/het slachtoffer zijn recht heeft kunnen effectueren. Dit zou gevolgen (logistiek en operationeel) kunnen hebben voor de KMar indien de getuige/het slachtoffer zich in missie-of oefengebieden bevindt en de raadsman in Nederland (zie ook het gestelde onder punt 18). Geadviseerd wordt hierover een passage op te nemen die mede inhoudt dat het afhankelijk is van de omstandigheden van het geval (bijvoorbeeld door de ernst van het feit of de emotionele toestand van het slachtoffer) of gewacht dient te worden op consultatie door de getuige van zijn raadsman.

14.

Artikel 1.6.1.4 (gebruik maken gegevens aangever)

Het derde lid van dit artikel en de uitleg bij dat artikel in de MvT wekken de suggestie dat ook de aangever (zie de artikelen 2.2.3.1 tot en met artikel 2.2.3.5) geen gebruik mag maken van voorwerpen of gegevens. Immers de aangever is te beschouwen als een 'bijzondere' getuige bij gebrek aan een definitie van een getuige (zie het gestelde onder punt 10). In de praktijk komt het meer en meer voor dat aangevers foto's of filmpjes met hun smartphone hebben gemaakt van bijvoorbeeld braaksporen, of van het inmiddels gestolen goed dan wel van chat-of app-gesprekken in geval van belaging en zo de aangifte kunnen onderbouwen. Dit aanbieden gebeurt in de praktijk óf ongevraagd óf indien de opsporingsambtenaar ernaar vraagt in een aanvullend gesprek (verhoor in de zin van artikel 1.6.1.4) na een gedane aangifte (al dan niet via internet). Niet valt in te zien dat dit onder de in dat lid bedoelde 'bijzondere redenen' zou moeten vallen of zelfs hiervoor een aparte opsporingsbevoegdheid (bevel uitlevering) moet worden toegepast om die voorwerpen en gegevens van de aangever te mogen ontvangen. Ook de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden van het College van procureurs-generaal van 2014 (Staatscourant nr. 24442) meldt in paragraaf 2.10 dat de hoofdregel bij het verkrijgen van informatie weliswaar is dat opgeslagen/vastgelegde gegevens moeten worden gevorderd, maar hierop bestaan een aantal uitzonderingen:

- *'Zonder vordering kan een burger gegevens verstrekken op basis van vrijwillige medewerking (hieronder wordt verstaan op eigen initiatief of desverzocht door de opsporingsambtenaar).*
- *Een bedrijf of instelling kan zonder vordering gegevens verstrekken, indien die verstrekking gepaard gaat met aangifte. Dan is sprake van gegevens die op eigen initiatief zijn verstrekt.*
- (...)
 - Uiteraard kan een bedrijf/instelling buiten de regeling van de bevoegdheden tot het vorderen van gegevens om, vrijwillig uit eigen beweging gegevens verstrekken die niet onder de bescherming van de Wet bescherming persoonsgegevens vallen.'*

Het advies is dan ook een extra lid op te nemen in artikel 2.2.3.1 dat artikel 1.6.1.4 lid 3 niet van toepassing verklaart en de aangever voorwerpen en gegevens kan overdragen ter onderbouwing van de aangifte met in achtneming van de Wet bescherming persoonsgegevens. Een andere optie is het weglaten van de zinsnede in het derde lid *'om bijzondere redenen'* zodat in alle gevallen dat een getuige wordt gehoord de opsporingsambtenaar de ruimte heeft te beoordelen in hoeverre het gebruik van aantekeningen, gegevens of voorwerpen een betrouwbare en waarheidsgetrouwe verklaring in de weg staat of het opsporingsonderzoek juist ten goede komt.

15.

Artikel 1.6.2.1.1 (levensgezel)

Onder c van dit artikel bepaalt dat het verschoningsrecht ook de eerdere echtgenoot, partner en levensgezel kan toekomen. Zonder afbreuk te willen doen aan de ratio achter dit recht, komt de vraag op in hoeverre dit recht ook redelijkerwijs zou moeten toekomen aan echtgenoten, geregistreerde partners en levensgezellen (hierna partner) waarmee de relatie al langere tijd geleden is beëindigd. In de huidige maatschappij komt het vaker voor dat iemand in zijn leven meerdere partners heeft gehad. Het is aannemelijk dat een partner waarvan de relatie decennia geleden is geëindigd minder in een moreel dilemma zal verkeren in geval van een verhoor over de voormalig partner dan een huidige of zeer recente partner. De omstandigheden van het geval zullen hierbij doorslaggevend zijn, zoals wel of geen gezamenlijke zorg voor kinderen, wel of geen gezamenlijke vrienden of kennissenkring of werkomgeving. Het advies is daarom in de MvT op te nemen dat in die gevallen waarin sprake is van een eerdere partner, diegene weliswaar een beroep *kan* doen op het verschoningsrecht (zoals nu ook staat verwoord in het artikel), maar dit niet ten volle hoeft te worden *toegekend* als het om een eerdere partner gaat en het gezien de feiten en omstandigheden aannemelijk is dat het bedoelde dilemma niet aanwezig kan zijn. Daarbij is het aan te bevelen de voormalige die een beroep wil doen op het verschoningsrecht te laten aantonen dat er sprake was van een duurzame relatie en een gelijke eis te stellen aan een persoon die stelt levensgezel te zijn of te zijn geweest. Anders kan te gemakkelijk misbruik worden gemaakt ten voordele van criminelen wat op gespannen voet zou staan met het beoogde evenwicht in het stelsel van rechtswaarborgen, zoals aangekondigd in de Contourennota.

Hoofdstuk 10 Enige algemene bepalingen

16.

Artikel 1.10.1 (elektronische aangifte)

Artikel 2.2.3.1 bepaalt dat een aangifte mondeling of schriftelijk kan worden gedaan. Artikel 1.10.1, lid 2 stelt dat onder een bericht onder andere een aangifte wordt verstaan. Het eerste lid vermeldt dat een schriftelijk bericht van een burger *'kan worden overgedragen met behulp van een (...) elektronische voorziening'*. Dit is in overeenstemming met de huidige werkwijze waar iemand een schriftelijk opgemaakt bericht ondertekent en vervolgens gescand via de email aan de opsporingsinstantie verstrekt. Gezien de ontwikkelingen op het gebied van digitale aangiftes en de toename in aantal ervan (www.politie.nl) met daarbij de mogelijkheid van de digitale handtekening die in artikel 1.10.2 wordt gegeven, is het voorzienbaar dat in de (nabije) toekomst de aangifte niet

elektronisch wordt *overgedragen*, maar elektronisch wordt *ingediend* of *vastgelegd* (en daarbij allerlei digitale bestanden kunnen worden geüpload ter onderbouwing van de aangifte). Hetzelfde artikel geeft de mogelijkheid eisen te stellen aan de elektronische voorziening en het gebruik ervan, zodat de authenticiteit kan worden zeker gesteld. Met het oog op toekomstbestendigheid is daarom het advies het woord *'overgedragen'* te vervangen door *'ingediend of vastgelegd'*.

Daarnaast komt het woord 'schriftelijk' nog opvallend vaak voor in de boeken 1 en 2 (circa 35 respectievelijk 75 keer). De wetsvoorstellen komen voort uit de wens te moderniseren en het wetboek toekomstbestendig te maken. Daar past een 'papieren proces' niet meer bij, zeker niet als het wetboek pas rond 2023 in werking treedt. Nu al wordt door opsporingsdiensten en velen in de maatschappij via digitale weg gecommuniceerd en informatie opgeslagen. De KMar kan zich dan ook goed vinden in het vierde lid van artikel 1.8.2 waarin bij AMvB regels kunnen worden gesteld over de integriteit en authenticiteit van processtukken in elektronische vorm. Dit past bij een digitale strafketen. Ook wordt het woord schriftelijk onnodig vermeld, bijvoorbeeld ingeval van het doen van aangifte in artikel 2.2.3.3, waarin staat dat *'De schriftelijke aangifte wordt door de aangever of diens gemachtigde ondertekend.'* Zowel de handtekening als de aangifte kunnen elektronisch, zo blijkt uit de eerder aangehaalde artikelen 1.10.1 en 1.10.2. Ook lijkt het woord schriftelijk onnodig in artikel 2.7.3.1.3, lid 1 waarin wordt bepaald dat er een *schriftelijk bewijs van inbeslagneming* moet worden uitgereikt. Het is voor de ontvanger waarschijnlijk om het even of het digitaal dan wel in schrift wordt verstrekt, zolang hij maar een bewijs verkrijgt waarop hij juridisch kan acteren (in beklag gaan bijvoorbeeld). Het advies is zowel boek 1 als 2 nog eens kritisch te bezien op het gebruik van het woord schriftelijk. Indien het woord schriftelijk in bepaalde gevallen niet valt te vervangen door vastleggen of kan worden weggelaten, dan is een definitie wenselijk in artikel 1.10.1 waarin zou kunnen worden opgenomen dat onder schriftelijk mede het in elektronische vorm vastleggen, opnemen of overdragen wordt verstaan, tenzij de wet anders bepaalt.

17.

Artikel 1.10.3 (uitvoering maatregelen door politie)

Lid 5 van dit artikel noemt *'ambtenaren van de politie, aangesteld voor de uitvoering van de politietaken, dan wel andere ambtenaren of functionarissen die door Onze Minister zijn aangewezen'* als diegenen die belast zijn met de uitvoering van de maatregelen. Zo gesteld vallen ambtenaren van de KMar (en de BOD'n) hier niet onder, tenzij aangewezen. Dit zal niet zijn bedoeld daar artikel 4 van de Politiewet ook de KMar politietaken opdraagt. Daarnaast wordt onderscheid gemaakt tussen de verschillende opsporingsambtenaren wat indruist tegen de beoogde gelijkstelling in het wetsvoorstel tussen de opsporingsambtenaren van de politie, KMar (en BOD'n) met betrekking tot de uitoefening van bevoegdheden. Het advies is 'ambtenaren van de politie' te wijzigen in *'opsporingsambtenaren, zoals bedoeld in artikel 1.3.3.1.'*

Dit advies geldt overigens ook voor artikel 1.9.2.1, lid 3.

18.

Artikel 1.10.4 (VTC)

De KMar juicht het behoud van dit artikel toe. Met name lid 2 waarin is bepaald dat *'De rechter of de ambtenaar die met het verhoor is belast, beslist of van videoconferentie gebruik wordt gemaakt'*, is van belang voor verhoren van verdachten of getuigen in het buitenland. De KMar heeft op basis van artikel 4 van de Politiewet opgedragen politietaken die ook, op grond van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Militair Strafrecht en het Wetboek van Militaire Strafrechtspraak, in het kader van missies en oefeningen in het buitenland kunnen worden uitgeoefend. Dan speelt niet alleen het belang van het onderzoek mee, waar lid 2 melding van maakt, maar spelen ook operationele belangen een rol. Niet iedere functionaris is nu eenmaal op stel en sprong te vervangen, bijvoorbeeld wegens schaarste, zoals een F-16 vlieger, of wegens een bepaald specialisme, bijvoorbeeld wapenexperts. Bovendien kost vervanging vanuit Nederland enige tijd wegens de



reisafstand en het verkrijgen van benodigde visa of *clearance*. Het (ver)horen van de verdachte of getuige kan niet altijd worden afgewacht (ernst van de verdenking, wegmaking bewijs, vermindering geheugen door tijdsverloop) tot de persoon (strafvorderlijk) is gerepatrieerd om zijn raadsman in levende lijve te kunnen consulteren. Specifieke omstandigheden in het uitzendgebied laten het in het algemeen niet toe dat de raadsman daar fysiek aanwezig is bij het verhoor, of het invliegen en het verkrijgen van benodigde visa e.d. kost veel tijd. Daardoor is het bijwonen van het verhoor door de raadsman en zijn deelname daaraan middels een videoconferentie veelal de aangewezen weg. In de brief van het College van Procureurs-Generaal van 16 oktober 2016 aan het Arrondissementsparket Oost-Nederland, met kenmerk PaG/B&S/7563, is een uiteenzetting gegeven over het consultatierecht in het buitenland:

'Voorafgaand aan het eerste inhoudelijke verhoor in het operatie- of oefengebied, wordt de verdachte militair gewezen op het recht op verhoorbijstand. Ten aanzien van de verhoorbijstand laten de specifieke omstandigheden in het uitzendgebied het in het algemeen niet toe dat de advocaat fysiek aanwezig is bij het verhoor. Derhalve zal het bijwonen van het verhoor door de advocaat en zijn deelname daaraan middels een videoconferentie dienen plaats te vinden. Indien er ter plaatse geen videoconferentie verbinding aanwezig is, of indien deze verbinding niet tot stand gebracht kan worden, kan de advocaat, mits verdachte hiermee instemt, het verhoor bijwonen met behulp van een telefoonverbinding. Verdachte dient in de gelegenheid te worden gesteld om over deze instemming met zijn advocaat te overleggen. De opsporingsambtenaar deelt verdachte mee dat hij deze instemming te allen tijde kan herroepen en vermeldt de instemming van verdachte samen met deze mededeling in een proces verbaal. Indien er ter plaatse geen videoconferentie verbinding aanwezig is, deze niet tot stand kan worden gebracht en/of verdachte niet instemt met verhoorbijstand met behulp van een telefoonverbinding, kan, indien het opsporingsbelang daartoe aanleiding geeft, de verdachte militair op voorstel van de officier van justitie worden gerepatrieerd teneinde het verhoor in Nederland te laten plaatsvinden (heroverweging strafvorderlijke repatriëring).'

De KMar hecht belang aan het expliciteren in de MvT van het horen via videoconferentie als *uitgangspunt* in geval een verdachte of getuige zich in het buitenland bevindt. Het bespaart tijd, het zal de kans op obstructie verkleinen, maar bovenal zullen de technische ontwikkelingen de gevoelde wens van fysieke aanwezigheid van een raadsman waarschijnlijk verder doen verminderen. Dit geldt eveneens voor artikel 2.3.2.5, lid 1 waar is bepaald dat het onderhoud tussen de aangehouden verdachte en zijn raadsman ook door middel van telecommunicatie kan plaatsvinden. Het strookt daarnaast met artikel 1.4.1.4, lid 2, waarin de verdachte, telkens wanneer hij dit verzoekt, in de gelegenheid moet worden gesteld zich met zijn raadsman *in verbinding te stellen*, wat geen fysieke aanwezigheid suggereert.

Boek 2 Het opsporingsonderzoek

Algemeen

19.

Vereenvoudiging verdenkingscriteria

De KMar kan zich vinden in de aanleiding en de uitgangspunten in paragraaf 2.3 van de MvT om het systeem van de verdenkingscriteria te vereenvoudigen. Ook zijn er voor de opsporing een aantal positieve wijzigingen, zoals het verlaten van de eis van ernstige bezwaren voor het kunnen inzetten

van bepaalde opsporingsbevoegdheden en het verlagen van de strafbaarstelling van het vermoedelijke strafbare feit van (feitelijk) vier jaar naar bijvoorbeeld twee jaren of één jaar. Dit zal tegemoetkomen aan een effectieve opsporing zonder dat afbreuk zal worden gedaan aan de rechtswaarborgen door de altijd geldende eisen van subsidiariteit, proportionaliteit en het onderzoeksbelang (artikelen 2.1.2.1 en 2.1.2.2).

Er zijn echter een paar inconsistenties opgemerkt:

- Met de verdenkingscriteria wordt, zo staat in paragraaf 2.3, een ondergrens/minimumvoorwaarde bedoeld voor de uitoefening van de opsporingsbevoegdheden. Artikel 2.5.4.1.2, lid 3 stelt echter bijkomende eisen (de gronden bedoeld in artikel 2.5.4.1.3 lid 1 onder d en e) ingeval van verdenking van een misdrijf waar twee jaar of meer, *'maar minder dan vier jaar'* gevangenisstraf op is gesteld om gevangenhouding of gevangenneming te kunnen bevelen. Het *'minder dan vier jaar'* is niet alleen inconsistent, maar voegt ook niets toe. Vanaf vier jaar kan al op basis van de eerste zin van het derde lid gevangenhouding of gevangenneming worden bevolen en in geval van twee jaar of meer gelden dan de bijkomende eisen.
- Slechts 5 verdenkingscriteria worden voorgesteld, te weten (1) strafbaar feit, (2) misdrijf waarop gevangenisstraf van 1 jaar of meer is gesteld, (3) respectievelijk 2 jaar, (4) respectievelijk 4 jaar, of (5) respectievelijk 8 jaar. In de artikelen 2.6.5.2.1, tweede lid en 2.6.5.3.1, eerste lid worden echter bevoegdheden gekoppeld aan *'een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen geweldsmisdrijf'*. Ook artikel 2.8.2.9.1, lid 1 onder d koppelt de bevoegdheid tot het heimelijk vastleggen van een in een geautomatiseerd werk verwerkte of nog te verwerken gegevens aan *'een misdrijf dat bij algemene maatregel van bestuur is aangewezen'*. Voorts stelt artikel 2.5.3.2.2, lid 1 de eis van een verdenking van een misdrijf waarop gevangenisstraf is gesteld, artikel 2.6.5.7.1, lid 2 de verdenking van een bij AMvB aangewezen misdrijf, de artikelen 2.6.5.2.1 en 2.6.5.3.1 de verdenking van bij AMvB aangewezen geweldsmisdrijven, en de artikelen 2.7.2.4.1, lid 3 en 2.7.2.4.1, lid 1 benoemen de verdenking van een misdrijf waarop een geldboete van de vierde categorie respectievelijk vijfde categorie is gesteld. Dit is niet geheel in lijn met het systeem van de verdenkingscriteria en de bedoelde vereenvoudiging.

Naast deze inconsistenties kan gesteld worden dat het voorgestelde systeem van verdenkingscriteria feitelijk geen vereenvoudiging betekent ten opzichte van de huidige situatie. Dat wordt in de eerste plaats veroorzaakt doordat er in het wetsvoorstel méér verdenkingscriteria worden geformuleerd dan in de huidige situatie. Nu geldt op hoofdlijnen dat er twee verdenkingscriteria zijn, één waarbij er sprake is van een verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaren of meer is gesteld en één waarvoor dit niet geldt. In de nieuwe situatie worden vijf verdenkingscriteria geformuleerd (met daarnaast nog een aantal bijzondere verdenkingscriteria die hierboven reeds zijn aangehaald).

In de tweede plaats kunnen de verdenkingscriteria niet los worden gezien van de per artikel geldende toepassingscriteria, zoals onder andere of er al dan niet sprake is van een verdachte, aangehouden verdachte, onbekende verdachte, of er al dan niet sprake is van recidive, of er al dan niet sprake is van dringende noodzaak, van spoed, of de toepassing al dan niet afhankelijk is van een bevel van de hulpofficier van justitie, de officier van justitie of een machtiging van de rechter-commissaris. De verdenkingscriteria en de toepassingscriteria vormen samen de voorwaarden voor het toepassen van een bevoegdheid. Deze toepassingscriteria gelden nu ook, maar door het formuleren van méér verdenkingscriteria ontstaat de situatie dat de toepassingsvoorwaarden per bevoegdheid in meer of mindere mate verschillen wat de overzichtelijkheid niet ten goede komt en de kans op fouten in de dagelijkse praktijk, waar de werkdruk over het algemeen (erg) hoog is, in de hand werkt.

De KMar wil daarom pleiten voor herziening van de verdenkingscriteria waarbij toch de aansluiting blijft met het voorlopige hechteniscriterium. Dit criterium met de koppeling tussen het kunnen

opleggen van voorlopige hechtenis en bepaalde opsporingsbevoegdheden is in de huidige wet niet geheel zuiver. Om toepassing van bepaalde bevoegdheden ook voor lichtere strafbare feiten mogelijk te maken is in het huidige artikel 67 een grote hoeveelheid specifiek aangeduide misdrijven opgenomen waarop gevangenisstraf van minder dan vier jaar is gesteld, terwijl daarvoor geen voorlopige hechtenis is beoogd. Het huidige systeem is echter werkbaar gebleken door de betrekkelijke eenvoud ervan. Ook is niet gebleken van een noemenswaardig aantal 'oneigenlijke' voorlopige hechtenissen bij lichtere misdrijven.

De oplossing kan gezocht worden in een ongewijzigde regeling voor voorlopige hechtenis, met dien verstande dat voor de misdrijven uit de onderdelen b en c van het eerste lid van artikel 67 Sv uitdrukkelijk zou kunnen worden heroverwogen of voorlopige hechtenis voor deze misdrijven tot de mogelijkheden moet blijven behoren. Voorts blijven de verdenkingscriteria voor de toepassing van bevoegdheden hetzelfde als onder het huidige recht, maar waar nu sprake is van *'een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid'* kan daarvoor in de plaats het vierjaarscriterium komen. Daarnaast zou een algemeen artikel kunnen worden geformuleerd voor misdrijven waarop minder dan vier jaar is gesteld, waarvan het noodzakelijk wordt geacht dat opsporingsbevoegdheden kunnen worden toegepast en om die reden worden gelijkgeschakeld met het vierjaarscriterium. Bijvoorbeeld het in artikel 67, lid 1 onder c genoemde artikel 11 lid 2 (juncto artikel 3) Opiumwet. Hieronder valt bijvoorbeeld het verstoppjen van softdrugs in holtes van het (onder) lichaam al dan niet om deze (naar het buitenland) te vervoeren en te verhandelen. In het wetsvoorstel zal echter ten aanzien van dat feit geen onderzoek in het lichaam meer kunnen plaatsvinden, omdat artikel 2.6.4.1 de eis stelt dat sprake moet zijn van een verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld en er staat twee jaar gevangenisstraf op. Dit geldt evenzeer voor DNA-onderzoek (artikel 2.6.5.7.1) dat eveneens volgens het wetsvoorstel niet meer toegepast kan worden ten aanzien van verdenking van feiten die niet bedreigd worden met gevangenisstraf van vier jaar of meer, zoals dierenmishandeling/vernietiging, bedreiging en mishandeling. In dit nieuw te formuleren artikel kunnen dergelijke feiten worden opgenomen in een opsomming van een aantal misdrijven die afkomstig zijn uit de onderdelen b en c van het eerste lid van artikel 67 Sv.

In dit voorstel voor de toepassing van opsporingsbevoegdheden wordt het voorlopige hechteniscriterium verlaten, terwijl de praktijk nauwelijks hoeft om te schakelen omdat er weinig verandert en evenmin bevoegdheden wegvallen.

Daarmee blijft ook een "vangnet" bestaan, zoals artikel 67 nu biedt en het wetsvoorstel niet (op de hiervoor genoemde inconsistenties na). Zoals hierboven reeds is gesteld, is het niet bevorderlijk voor de overzichtelijkheid, evenmin voor de kenbaarheid voor professionals en burgers als per artikel de mogelijkheid zou worden opgenomen dat bij algemene maatregel van bestuur andere, lichtere, misdrijven kunnen worden aangewezen waarvoor die specifieke opsporingsbevoegdheid kan worden ingezet. Niet onvoorstelbaar is echter dat in de toekomst door nieuwe vormen van criminaliteit of plotseling ontstane maatschappelijke onrust daarover (zoals bij 'sexting' recentelijk het geval was) de behoefte ontstaat bepaalde opsporingsbevoegdheden ook voor dergelijke lichtere misdrijven in te zetten. Een algemeen artikel in een formele wet kan weliswaar niet zo gemakkelijk worden aangepast als een AMvB, maar is wel meer toegankelijk en vindbaar voor de velen die ermee moeten werken en bovenal met meer rechtstatelijke waarborgen omgeven.

Hoofdstuk 1 Algemene bepalingen

20.

Artikel 2.1.4.2 (opmaken pv door opsporingsambtenaar)

Net als dat er redenen aanwezig kunnen zijn voor een getuige om niet met naam en adresgegevens, maar met een nummer of code in het proces-verbaal te worden gekenmerkt (zie onder punt 22), kunnen er ook redenen zijn voor een opsporingsambtenaar om minder herleidbaar te zijn voor een verdachte. Zeker bij onderzoeken naar terroristische misdrijven (de bij de KMar zogenoemde CTER-onderzoeken, wat staat voor Contra terrorisme, extremisme en radicalisering) en georganiseerde criminaliteit (bijvoorbeeld mensenhandel en mensensmokkel) zou het voor een opsporingsambtenaar mogelijk moeten zijn, in verband met de eigen veiligheid, het proces-verbaal op te maken met vervanging van zijn naam door een nummer of code. De toetsbaarheid van de betrouwbaarheid en deskundigheid van de opsporingsambtenaar door de rechter is dan niet in het gedrang.

21.

Artikel 2.1.4.3 (kwaliteitsborging pv's)

Zie het gestelde onder punt 5 bij artikel 1.3.3.4 in relatie tot artikel 1.3.3.7.

Artikel 2.2.3.1 (onderbouwen aangifte)

Zie onder punt 14.

Hoofdstuk 3 Het verhoor door opsporingsambtenaren

22.

Artikel 2.3.1.3 (verklaren onder nummer)

In het eerste lid van dit artikel wordt de eis gesteld dat in het PV de identiteit wordt vermeld van de personen die aan het verhoor hebben deelgenomen. In de MvT bij dit artikel wordt het belang uiteengezet van het kunnen verklaren als getuige 'onder nummer'. Zeker bij de KMar waar strafrechtelijke onderzoeken ook verricht worden binnen de defensieorganisatie is deze mogelijkheid van belang. De collegialiteit, hiërarchie, onderlinge afhankelijkheid bij groepsoptreden en loyaliteit kunnen een drempel opwerpen om vrijelijk te verklaren. Ook in onderzoeken naar verdachten buiten Defensie, bijvoorbeeld naar het in gevaar brengen van de vliegveiligheid (artikel 385b Sr), vragen aangevers en getuigen of zij anoniem kunnen blijven. Doorgaans wordt dan gekozen voor de mogelijkheid domicilie te kiezen, maar daardoor wordt alleen het woonadres afgeschermd, niet ook de eigen naam. De wijze van registreren onder nummer of code schermt beide af en kan daardoor bewerkstelligen dat medewerkers eerder geneigd zijn open en eerlijk een getuigenverklaring af te leggen, zonder dat dit afbreuk doet aan de controleerbaarheid door de rechter. Het voorgestelde eerste lid suggereert echter dat identificerende gegevens van de getuige moeten worden vermeld in het proces-verbaal van verhoor. De KMar stelt voor om de mogelijkheid in de wet te expliciteren dat de getuige in het proces-verbaal kan worden gekenmerkt met een nummer of een code.

Een ander punt aangaande het eerste lid van dit artikel kan gemaakt worden over de nadere voorwaarden die aan het PV worden gesteld. Zo moeten naast de identiteit van de deelnemers aan het verhoor ook de begin- en eindtijden worden vermeld, de verhoorlocatie, de redenen en duur van een onderbreking en of geluid- en beeldopnamen van het verhoor zijn gemaakt. Het doel van deze eisen is, zo blijkt uit de MvT bij dit artikel en de daarin genoemde Kamerstukken (34 159, nr. 3 en nr. 6) het verkrijgen van meer kwaliteit en controleerbaarheid van het verhoor en het daarvan opgestelde PV. De opgesomde gegevens kunnen daarvoor zeker relevant zijn, maar de vraag kan gesteld worden of deze in alle gevallen relevant zijn (bijvoorbeeld een onderbreking van een minuut door de maandelijkse test van het alarm) en of er niet ook andere relevante informatie genoemd zou moeten worden die relevant zijn voor de waardering van het verhoor en het PV. Te denken valt aan de condities van de verhoorruimte (het klimaat in missiegebieden, tent of stenen gebouw), de fysieke en mentale gesteldheid van de verdachte of getuige (gewond, geschrokken), bepaalde gezichtsuitdrukkingen van de verdachte of getuige (boos of ongelooft na voorgehouden bewijs) of dat

hij zich beroept op een verschoningsrecht. Niet valt in te zien waarom wel de bedoelde tijden expliciet in de wet moeten worden genoemd en dergelijke andere relevante informatie niet. Daarnaast stellen meer bepalingen eisen aan het PV van verhoor (zie artikelen 1.4.1.3; bijstand tolk en 2.3.2.3; mededeling aan verdachte over zwijgrecht) waarnaar niet wordt verwezen wat de overzichtelijkheid niet ten goede komt. Om toch opsporingsambtenaren meer richting te geven in wat zij dienen te vermelden in het PV ten behoeve van kwaliteit en controleerbaarheid, zou volstaan kunnen worden met een algemene formulering in lid 1, met een niet limitatieve opgesomde eisen als voorbeeld. Het advies is het eerste lid te wijzigen. De volgende zinnen dienen als suggestie: 'Het proces-verbaal van verhoor vermeldt naast de elders in deze wet genoemde eisen, alle relevante omstandigheden die van belang kunnen zijn voor de beoordeling van de verklaring en de wijze van totstandkoming ervan. Onder relevante omstandigheden kunnen onder meer worden verstaan het tijdstip waarop het verhoor is aangevangen, geëindigd en onderbroken, de reden van onderbreking, de verhoorlocatie of omschrijving ervan, de aanduiding van de deelnemende personen, opname van geluid en beeld van het verhoor en de fysieke en mentale toestand van de verdachte of getuige.' Aangezien het in bepaalde gevallen wenselijk is niet de volledige identificerende gegevens van een getuige in het PV op te nemen (zie ook punt 11), of in missie- of oefengebieden een tijdelijk bestaand militair adres wordt gebruikt, zijn de zinsdelen 'een aanduiding van deelnemende personen' en 'een omschrijving van de verhoorlocatie' opgenomen.

23.

Artikel 2.3.2.2 (aangewezen plaats van verhoor)

In lijn met het gestelde over artikel 1.3.3.3 onder punt 3 adviseert de KMar in de MvT bij dit artikel ter verduidelijking toe te voegen:

'De KMar voert haar politietaak ook uit in het buitenland. In beginsel is bij strafvordering in militaire zaken het Wetboek van Strafvordering van toepassing. Aldus is de positie van de militair in een operatie- of oefengebied in het buitenland vergelijkbaar met die van een verdachte burger in Nederland. Ook hij zal worden verhoord in een door de OvJ of HOvJ 'aangewezen plaats van verhoor'. Dit zal echter in de meeste gevallen niet een politiebureau kunnen zijn. In bepaalde missiegebieden kan een verhoorplaats niet meer zijn dan een tent op de compound, een verhooruimte op een schip of een buitenlandse lokale politiepost. Rekening houdend met de specifieke omstandigheden in operatie- en oefengebieden in het buitenland en de beperkingen die deze voor een verdachte bij de uitoefening van diens recht tot toegang tot een raadsman met zich mee (kunnen) brengen, heeft het College van Procureurs-generaal daarvoor procedureregels gesteld. Voor zover mogelijk, vindt het strafrechtelijk onderzoek naar strafbare feiten plaats in het operatie of oefengebied. Alleen als het opsporingsbelang of de aard van de verdenking de uitvoering van (voortgezette) vrijheidsbeneming zoals aanhouding en inverzekeringstelling dit vergt, wordt de verdachte militair op voorstel van de officier van justitie (van het arrondissementsparket voor militaire zaken in Arnhem) door het ministerie van Defensie gerepatrieerd.'

24.

Artikel 2.3.2.4 (kwetsbare verdachte)

Dit artikel is gebaseerd op het huidige artikel 28b Sv en biedt bescherming aan de kwetsbare verdachte. De getuige die een verstandelijke beperking, psychische en/of cognitieve stoornis heeft of op een andere manier kwetsbaar is, zou eveneens een soortgelijke bescherming moeten worden geboden. Artikel 2.3.3.3 aanhef onder a geeft slechts een mogelijkheid ('kan') voor de ambtenaar om de toegang tot het verhoor toe te staan, maar is te vrijblijvend voor een gelijksoortige bescherming. De KMar adviseert daarom ook voor de kwetsbare getuige een beschermingsbepaling op te nemen in de zin dat dan in een raadsman of andere vorm van begeleiding moet worden voorzien.

Artikel 2.3.2.5

Zie onder punt 18.

25.

Artikel 2.3.2.6 (deelname raadsman verhoor)

Een van de doelen van de wetsvoorstellen van boek 1 en 2 is dat het wetboek toegankelijk is voor professionals en burgers, oftewel het recht terug te vinden is in de wet (Contourennota). De jurisprudentie die door de jaren heen is ontstaan, zou zoveel mogelijk verwerkt worden in de wetsvoorstellen. Artikel 2.3.2.6 stelt dat de raadsman van de verdachte het verhoor van de verdachte kan bijwonen en daaraan kan *deelnemen*. Bij de voorgeleiding wordt de raadsman, zo bepaalt artikel 2.5.3.2.1, in de gelegenheid gesteld *opmerkingen* te maken. *Deelnemen* suggereert een verdergaande bijdrage aan het verhoor, zoals het beantwoorden van vragen namens of in plaats van de verdachte. Dat zou niet overeenkomen met het gestelde in artikel 4 van het 'Besluit inrichting en orde politieverhoor' van 26 januari 2017. De KMar adviseert meer toelichting te geven in de MvT bij artikel 2.3.2.6 op de rol en rechten van de raadsman tijdens het verhoor en hoe beide artikelen zich verhouden tot elkaar, zodat misverstanden en klachten hierover kunnen worden voorkomen.

26.

Artikel 2.3.2.7 en 2.5.3.1.4 (aanzienlijke schade)

Het advies is het woord '*aanzienlijke*' te schrappen in lid 2 onder b. Ten eerste is het, zonder nadere toelichting, niet duidelijk wanneer sprake zal zijn van aanzienlijke schade aan het onderzoek. Ten tweede wordt in andere artikelen volstaan met 'in het belang van het onderzoek'. Ten derde lijkt de samenvoeging van de eisen van 'dringende noodzaak' en 'aanzienlijke schade' dubbelop.

27.

Artikel 2.3.4.1 (ordeverstoring getuigenverhoor)

Volgens artikel 2.3.3.3 kan de opsporingsambtenaar bepaalde personen de toegang tot het getuigenverhoor weigeren, onder andere in het belang van het onderzoek. Volgens artikel 2.3.4.1 kunnen nadere regels worden gesteld om *de orde* tijdens een *verdachte* verhoor te handhaven (zoals het nu geldende 'Besluit inrichting en orde politieverhoor' van 26 januari 2017 dat alleen geldt voor verdachtenverhoren). Het is onduidelijk of de opsporingsambtenaar ook een derde de toegang (alsnog) kan weigeren als deze de orde verstoort tijdens een *getuigenverhoor*. Het advies is artikel 2.3.4.1, onder b te wijzigen in '*de inrichting van en de orde tijdens het verhoor van de verdachte of de getuige waaraan ook de raadsman of een derde aanwezig is*'. Anders is het advies de MvT bij artikel 2.3.3.3 aan te vullen met '*dat onder belang van het onderzoek ook valt het verstoren van de orde door de derde bedoeld onder a t/m d, waardoor het verhoor wordt gefrustreerd*'.

Hoofdstuk 5 Bevoegdheden tot vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming

28.

Artikel 2.5.2.2 (inbeslagname bij heterdaad)

In geval van een ontdekking van een strafbaar feit kan, op basis van artikel 2.5.2.2 een ieder de verdachte aanhouden. Als de aanhouding door een ander dan een opsporingsambtenaar geschiedt, dan levert diegene de aangehoudene direct over aan een opsporingsambtenaar. Zijn bij de aangehoudene voorwerpen aangetroffen, dan geeft de aanhouder deze af aan de opsporingsambtenaar die een kennisgeving van inbeslagneming opmaakt. Dit artikel is gestoeld op artikel 53 Sv dat per 1 maart 2017 is gewijzigd (Kamerstuk 34 159, nr. 3). Het oude artikel 53, lid 4 stelde echter dat in dat geval de aanhouder, niet tevens opsporingsambtenaar, de voorwerpen *in beslag* nam. In dat Kamerstuk ter wijziging van onder andere artikel 53 wordt op pagina 25 gesteld dat het de voorkeur heeft '*om de bevoegdheid tot (formele) inbeslagneming slechts toe te kennen aan opsporingsambtenaren en overige bij de wet aangewezen functionarissen. Dit vloeit voort uit de bij de inbeslagneming in acht te nemen formaliteiten en de gevolgen voor teruggave en bewaring. Hoewel de NVvR in zijn over het voormalige conceptwetsvoorstel uitgebrachte advies nog wijst op het risico van het afnemen van de voorwerpen van de aangehouden burger door derden, brengt de*

voorgestelde aanpassing van beide wetsartikelen in dit risico geen wijziging. De burger zal primair zijn aandacht richten op het overdragen van de verdachte aan het bevoegd gezag. Of hij een voorwerp al dan niet formeel in beslag heeft genomen, zal op het afdragen of afstaan van het voorwerp aan een derde niet van beslissende invloed zijn. Evenmin zal het die derden ervan weerhouden om te pogen het voorwerp buiten de inbeslagneming te houden.'

Hier wordt voorbij gegaan aan de vele bewakers en beveiligers in Nederland die acteren op heterdaadbevoegdheden. Derhalve is de kans groter dat een bewaker/beveiligers in een heterdaadsituatie voorwerpen in beslag neemt of onder zich neemt dan een 'gewone' burger waar het Kamerstuk op doelt. Voor wat betreft de KMar zijn circa 1.000 marechaussees belast met taken op het gebied van bewaken en beveiligen, terwijl zij meestal niet ook opsporingsambtenaar zijn. De marechaussees zijn zichtbaar werkzaam in de publieke ruimte, juist met het doel kordaat op te treden in geval de openbare orde wordt verstoord of een strafbaar feit zich voordoet. Aangezien zij via de Politiewet (artikel 4, 7 en 9) vallen onder de 'Ambtsinstructie voor de politie, de KMar en buitengewone opsporingsambtenaren' (hierna Ambtsinstructie) kunnen zij ook een veiligheidsfouillering (artikel 20 Ambtsinstructie) uitvoeren. De marechaussees zijn voor hun bewakingstaken en de daarbij mogelijke geweldstoepassing, opgeleid en getraind. Daar past een formele beslagbevoegdheid bij die iedere twijfel wegneemt over de grondslag waarop zij goederen van verdachten onder zich mogen hebben en gedurende (korte) tijd in bewaring mogen hebben. Een formele titel biedt meer bescherming aan de marechaussees als ten tijde van de aanhouding of nadien, schade is ontstaan aan de voorwerpen die de aangehoudene met zich voerde. Een formele titel kan ook duidelijker als strafuitsluitingsgrond worden opgebracht (wettelijk voorschrift). Anderzijds vallen de meegenomen voorwerpen onder een formeel regime waardoor het duidelijk is dat ook de aanhoudende bewaker/beveiligers niet vrijelijk over de goederen kan beschikken (zie ook de Aanwijzing inbeslagneming 2014A006).

Voorts ziet de KMar een inconsistentie met de opzet van artikel 2.7.6.2.3.1. Het uitgangspunt in dat artikel is, dat voorwerpen of gegevens die mogelijk onder het verschoningsrecht vallen en bij derden zijn aangetroffen, niet slechts worden *meegenomen* naar de RC, maar *in beslag genomen* worden door de opsporingsambtenaar. Vervolgens is het aan de RC om te bepalen of ook van de inhoud kennis mag worden genomen. Op advies van prof. mr. Knigge is het meenemen naar de RC om een besluit te verkrijgen verwoord als inbeslagneming. Ook hier is sprake van dwang en kan een ander niet meer vrij over het goed beschikken. Niet valt in te zien dat dit anders zou zijn in geval van het 'afpakken en kort in bewaring nemen' van voorwerpen die bij de aangehoudene worden aangetroffen. Daarnaast kan een vergelijking worden gemaakt met artikel 2.7.3.1.1 dat inbeslagname van gegevens definieert als 'het onder zich nemen van'.

Ondanks dat artikel 53 Sv recent is gewijzigd, is het advies artikel 2.5.2.2, lid 2 en artikel 2.7.2.2.2 aan te passen, in die zin dat ook een ieder die aanhoudt in geval van ontdekking op heterdaad van een strafbaar feit, voorwerpen van de aangehoudene in beslag kan nemen en hiertoe ook bevoegd is.

29.

Artikel 2.5.2.3 en 2.5.3.2.2 (bevel HOvJ voor aanhouding buiten heterdaad en ivs z.v.w.o.v.p.)

Het tweede lid van artikel 2.5.2.3 en het eerste lid van artikel 2.5.3.2.2 geeft de bevoegdheden tot aanhouding buiten heterdaad en tot inverzekeringstelling bij een verdachte zonder vaste woon- of verblijfplaats in Nederland (z.v.w.o.v.p.) alleen aan de OvJ. In het huidige wetboek komen deze bevoegdheden ook toe aan de HOvJ op grond van artikel 54, lid 2 (aanhouding buiten heterdaad) en 67, lid 2 jo. 57, lid 1 jo. 58, lid 1 (inverzekeringstelling). In de MvT wordt niet toegelicht waarom de bevoegdheden van de HOvJ in die gevallen zijn komen te vervallen. Tevens is het niet in lijn met de beoogde versterking van de positie van de HOvJ (zie ook Kamerstuk 34 159, nr. 3, pagina 17) en komt de KMar vanuit haar taakstelling veelvuldig in aanraking met vreemdelingen (z.v.w.o.v.p.) in NL die mogelijk verdacht worden van misdrijven, bijvoorbeeld in het kader van grootschalige controles aan de grenzen (Mobiel Toezicht Veiligheid) en in onderzoeken naar zware criminaliteit als drugshandel

en mensensmokkel. Daarnaast zijn op Schiphol circa 100 personen als dak- en thuisloze geregistreerd die bij tijd en wijle overlast veroorzaken, mede door het plegen van winkeldiefstallen. Op Schiphol waar de werkzaamheden dag en nacht doorgaan, zal het contact leggen met een OvJ, ondanks piketregelingen, buiten kantoor tijden lastiger zijn en vertraging kunnen opleveren. Ook in geval van reizigers is het in hun belang om het onderzoek zo snel mogelijk af te ronden en daaraan draagt een in verzekeringstelling door een meestal lokaal aanwezige HOvJ bij.

Het advies is daarom deze bevoegdheid tot aanhouding en in verzekeringstelling van verdachten z.v.w.o.v.p. te blijven toekennen aan de HOvJ.

30.

Artikel 2.5.2.3, lid 6 i.r.t. 2.8.4.1 (buitenlandse opsporingsambtenaren)

Criminele netwerken worden steeds professioneler door het gebruik van technische ontwikkelingen, in het bijzonder de digitalisering. De georganiseerde criminaliteit van tegenwoordig weet ook goed gebruik te maken van de karakteristieken van de veranderde samenleving. Kenmerkend voor de huidige netwerksamenleving is het *vervagen van grenzen, mobiliteit en anonimiteit*. Daarnaast zijn Nederlandse luchthavens, gelet op onze 'open' en extern georiënteerde economie, geen eilanden binnen een soevereine staat, maar door globalisering nauw verbonden met de wereld om ons heen. Hierdoor hebben internationale ontwikkelingen in toenemende mate gevolgen voor Nederland. Zowel criminele- als terroristische organisaties werken in toenemende mate grensoverschrijdend. Hierdoor neemt de complexiteit van de onderzoeken toe, maar ook de noodzaak tot meer en vaker samenwerken met buitenlandse opsporingsdiensten in Nederland. De KMar werkt al in 'joint teams', bijvoorbeeld in het kader van Mobiel Toezicht Veiligheid bij grenscontroles (controles op bijvoorbeeld ID-fraude en mensensmokkel) op en nabij de Nederlandse grenzen. (Op basis van internationale afspraken is de KMar ook werkzaam bij de buitenlandse grenzen van het Schengengebied in het kader van Frontex (Frontières extérieures, Europees agentschap voor het beheer van de operationele samenwerking aan de buitengrenzen van de Europese Unie). Met het oog hierop en de gewenste toekomstbestendigheid van het Wetboek van Strafvordering valt er iets te zeggen voor verdergaande gelijkstelling van bevoegdheden tussen Nederlandse en buitenlandse opsporingsambtenaren in geval van gemeenschappelijk optreden *in Nederland*. Dit is reeds onderkend in de Contourennota (paragraaf 2.2.2) en het zou in lijn zijn met de in de Contourennota aangehaalde voorstellen van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001 om in een algemene wettelijke regeling te voorzien die de grondslag biedt bij algemene maatregel van bestuur ook andere bevoegdheden daarvoor in aanmerking te laten komen. Het huidige artikel 54, (terugkomend in artikel 2.5.2.3, lid 6) geeft reeds een aanhoudingsbevoegdheid buiten heterdaad aan *'een persoon in openbare dienst van een vreemde staat'*. Artikel 2.8.4.1, ook gebaseerd op een aantal huidig bestaande artikelen, geeft daarnaast de mogelijkheid bevelen te geven aan personen van buitenlandse mogendheden om de heimelijke bevoegdheden die zijn vermeld in titel 8.2., uit te oefenen. De KMar adviseert, gezien de toenemende noodzaak tot internationaal geïntegreerd optreden, het mogelijk te maken ook andere bevoegdheden, zoals tot inbeslagname, tot verhoor van de verdachte en getuige en het vaststellen van de identiteit, te verstrekken aan buitenlandse opsporingsambtenaren. Uiteraard alleen indien zij op Nederlands grondgebied opereren en onder gezag van de Nederlandse OvJ, als een verdrag of internationale afspraken daarvoor geen grondslag bieden.

31.

Artikel art. 2.5.3.2.3 (ondertekening namens OvJ)

Dit artikel is gebaseerd op het huidige artikel 59, echter de bevoegdheid van de HOvJ het bevel namens de OvJ te ondertekenen is niet overgenomen. In de MvT bij dit artikel wordt gesteld dat het artikel ongewijzigd is overgenomen met dien verstande dat een aantal bepalingen overbodig zijn geworden in het licht van de algemene bepalingen. Bedoeld worden de artikelen 2.5.1.1 en 2.5.1.2. Niet is toegelicht waarom de bevoegdheid van de HOvJ is komen te vervallen. Deze bevoegdheid wordt frequent toegepast op Schiphol, zodat tijd wordt bespaard met wachten op de feitelijke

ondertekening door de OvJ, zeker in de nachtelijke uren. Op Schiphol gaan de werkzaamheden immers "24/7" door. Ook door de drukte op Schiphol die, zo is algemeen bekend, de komende jaren alleen nog maar zal toenemen, is deze bevoegdheid onmisbaar. Buitenlanders (reizigers) die in verzekering worden gesteld en waarover na overleg met de OvJ een beslissing is genomen, worden doorgaans gelijk heengezonden. Het is dan van belang dat er een getekende inverzekeringstelling in het dossier aanwezig is.

32.

Artikel art. 2.5.3.2.3 (ivs in politiebureau)

Het derde lid van dit artikel bepaalt dat de inverzekeringstelling ten uitvoer wordt gelegd in een politiebureau. Daar de KMar eveneens in verzekering gestelde verdachten onderbrengt op eigen locaties (op Schiphol, kazernes en schepen), is het advies '*politiebureau*' te wijzigen in '*een locatie die daarvoor is aangewezen*'. Ook in geval van buitenlands politieoptreden van de KMar zal niet altijd een politiebureau of politiecel beschikbaar zijn, zie ook het gestelde onder punt 23 over artikel 2.3.2.2. De KMar conformeert zich zoveel mogelijk aan de eisen die worden gesteld in de Regeling Politiecellencomplex die de KMar in voorkomend geval analoog toepast.

33.

Artikel 2.5.4.1.3 (recidive)

In lid 1 onder e van dit artikel wordt de recidivegrond voor het opleggen van voorlopige vrijheidsbeperking of hechtenis gekoppeld aan een eerder opgelegde vrijheidsbenemende straf of maatregel, een vrijheidsbeperkende maatregel of een taakstraf. Voor de genoemde strafbare feiten kunnen echter ook forse boetes worden opgelegd (bijvoorbeeld voor diefstal (artikel 310 Sr) een geldboete van de vierde categorie, zijnde ruim 20.000 euro, en oplichting (artikel 326 Sr) een geldboete van de vijfde categorie, zijnde ruim 80.000 euro). Niet valt in te zien waarom een koppeling met een eerder opgelegde geldboete, al dan niet vanaf een bepaald opgelegd bedrag, onvoldoende recidivegrond zou zijn voor het kunnen afgeven van een dergelijk bevel.

HOOFDSTUK 6 Bevoegdheden met betrekking tot het lichaam

34.

Artikel 2.6.1.1 (mondeling bevel)

In dit artikel (lid 2 onder a) wordt de mogelijkheid gegeven tot een zogenaamd combibevel. Zoals bij artikel 2.8.1.1.1 onder punt 53 te lezen is, staat de KMar daar positief tegenover. Dat geldt ook voor de mogelijkheid een mondeling bevel te geven. In de algemene bepalingen in hoofdstuk 6, 7 en 8 (de artikelen 2.6.1.1, 2.7.1.1.2 en 2.8.1.1.1) wordt voor de bevelen tot uitoefening van de bevoegdheden in die hoofdstukken bepaald dat deze mondeling kunnen worden gegeven, mits dringende noodzaak aanwezig is (of bij wet bepaald). Het mondeling gegeven bevel bij dringende noodzaak moet dan achteraf, binnen 3 dagen worden vastgelegd. Alleen artikel 2.8.1.1.1 stelt expliciet dat de vastlegging door de OvJ geschiedt. Het ligt meer in de rede de opsporingsambtenaar van de diensten te laten vastleggen in het proces-verbaal van bevindingen dat hij een mondeling bevel heeft verkregen. Een dergelijk proces-verbaal wordt doorgaans toch opgesteld door de opsporingsambtenaar na het uitoefenen van het bevel. Daarnaast voorkomt het dubbel werk doordat de opsporingsambtenaar ten behoeve van het vastleggen van het bevel een onderliggend proces-verbaal zal opstellen dan wel informatie zal moeten aandragen. De KMar adviseert daarom in artikel 2.8.1.1.1 te verwijderen dat de OvJ het bevel vastlegt en gelijkelijk de artikelen 2.6.1.1 en 2.7.1.1.2 te formuleren dat het bevel binnen drie dagen wordt vastgelegd.

Overigens zou de KMar ervoor willen pleiten de mogelijkheid voor mondelinge bevelen niet te laten afhangen van dringende noodzaak en in een algemeen artikel te bepalen dat (alle) bevelen ook mondeling kunnen worden gegeven. In hoofdstuk 6 is meermaals bepaald dat de bevelen mondeling kunnen worden gegeven zonder dit afhankelijk te stellen van een nadere eis. Er blijft dan echter nog

een aanzienlijk aantal bevoegdheden over waarbij een mondeling bevel niet mogelijk is zonder dringende noodzaak, zoals het fouilleren van een derde (artikel 2.6.2.1, lid 5) en plaatsing in een observatiecel (artikel 2.6.4.1, lid 4). Een opsporingsfouillering bij een derde zou zich bijvoorbeeld voor kunnen doen op straat of tijdens een doorzoeking, omdat vermoed wordt dat die derde iets verbergt van of voor de verdachte. Als niet direct sprake is van dringende noodzaak, zal dan dus eerst het verzoek tot een (vastgelegd) bevel vooraf moeten worden opgesteld in een zogenaamd 'aanvraag-pv' waar de nodige tijd mee is gemoeid met het risico dat het voorwerp wordt verdonkeremaand. Ook het plaatsen in een observatiecel komt bij de KMar op Schiphol zeer regelmatig voor. De mogelijkheid van een mondeling bevel is niet alleen lastenverlichtend, maar het zal ook niet méér risico opleveren op een lichtvaardige toepassing, bij bijvoorbeeld een verdenking van bolletjesslikken, dan als eerst een schriftelijk bevel moet worden verkregen. De beperkte capaciteit van observatieruimtes speelt daarbij mee, maar ook de dringende (economische en imago) behoefte van Schiphol aan een soepele doorstroom van passagiers en de bestaande mogelijkheid van een CT-scan.

35.

Artikel 2.6.1.3 (schriftelijke toestemming)

Indien met een schriftelijke vastlegging wordt beoogd dat achteraf kan worden gecontroleerd dat toestemming is gegeven en deze ook nadrukkelijk is gegeven, zou kunnen worden volstaan met vastlegging van de gevraagde en verkregen toestemming in het proces-verbaal. Indien meer controle is gewenst van de wijze waarop de toestemming is verkregen, zou een digitale vastlegging mogelijk moeten zijn, zeker gezien de beoogde toekomstbestendigheid van het wetboek. Via bijvoorbeeld MEOS of een bodycam kan de gevraagde en verkregen toestemming worden vastgelegd en opgeslagen, liefst als volwaardig processtuk. Een dergelijke mogelijkheid voorkomt tevens een administratieve last doordat formulieren, al dan niet op straat en zo nodig na een vertaling, moeten worden ondertekend. Het advies is de zinsnede '*nadat hij daarvoor schriftelijke toestemming heeft gegeven*' te wijzigen in: '*nadat hij daarvoor toestemming heeft gegeven en deze is vastgelegd*'. In het verlengde hiervan zou het tweede lid gewijzigd kunnen worden in: '*Indien het met het oog op het veiligstellen van sporen niet mogelijk is de toestemming van de verdachte of de derde voorafgaand aan het onderzoek of de onderzoekshandeling vast te leggen, kan deze toestemming direct na het onderzoek of de onderzoekshandeling alsnog worden vastgelegd.*'

36.

Artikel 2.6.1.4 en 2.6.4.1 (onderzoek in het lichaam met CT scan)

Op Schiphol worden zo goed als dagelijks vermoedelijke bolletjesslikkers (vrijwillig wegens de straling) onderworpen aan een CT-scan om eerst te kunnen bepalen of zij drugs, of andere verboden goederen, in hun lichaam met zich voeren. De scan wordt bediend door medisch personeel van de luchthaven. Een dergelijke CT-scan kan worden gekenmerkt als een technisch hulpmiddel in de zin van artikel 2.6.1.4, lid 2, dat wél bij kledingonderzoek en onderzoek *aan* het lichaam mag worden toegepast, maar kennelijk niet geldt voor onderzoek *in* het lichaam. Immers artikel 2.6.1.4, lid 2 noemt alleen de titels 6.2 en 6.3 en niet ook titel 6.4 waarin het onderzoek *in* het lichaam is geregeld. Wellicht is hier sprake van een omissie. Anders komt de vraag op of een CT-scan kan worden gekenmerkt als een '*niet invasief beeldvormend onderzoek*' als bedoeld in artikel 2.6.4.1, lid 2. Zo ja, dan is het advies van de KMar hierover duidelijkheid te scheppen in de MvT bij dit artikel. Zo nee, wat aannemelijk is gezien de technische kenmerken van een CT-scan, dan is het advies om artikel 2.6.1.4, lid 2 uit te breiden met een verwijzing naar titel 6.4. Het eerst onderwerpen van verdachten aan een minder ingrijpend en kortdurend middel als de CT-scan alvorens hen (dagenlang totdat zekerheid is verkregen) in een isoleercel te hoeven plaatsen, verdient gezien het subsidiariteitsbeginsel de voorkeur. Dit staat nog los van de praktische bezwaren, want op Schiphol zijn minder dan 15 isoleercellen (of daarmee vergelijkbare observatieruimtes) beschikbaar. De toelichting in de MvT bij artikel 2.6.2.1 volgt eenzelfde redenering bij het toepassen van een technisch hulpmiddel bij het onderzoek aan de kleding. Overigens kan in het kader van toekomstbestendigheid ook nog worden gedacht aan het met een technisch hulpmiddel 'uitlezen' van *in* het lichaam

gebrachte informatiedragers zoals chips. Ook hierbij is het minder ingrijpend als deze kunnen worden uitgelezen dan dat deze operatief zouden moeten worden verwijderd om de inhoud te kunnen onderzoeken.

37.

Artikelen 2.6.2.1, 2.6.3.1 en 2.6.4.1 (onderzoek aan kleding, aan en in lichaam)

De bevoegdheden ten aanzien van de kleding en het lichaam zijn in de genoemde artikelen zeker verduidelijkt en de redenering is te volgen. Waar de ene bevoegdheid stopt, begint de andere. De sluitende normering van onderzoek aan kleding en lichaam laat nu echter weinig ruimte voor nieuwe, of tussenvormen, waartoe open normen wel soelaas bieden en door jurisprudentie nader kunnen worden ingevuld. Zo is het onduidelijk of het uitlezen met een technisch hulpmiddel van een in het lichaam aangebrachte (betaal)chip onder onderzoek *aan* of *in* het lichaam valt (of inbeslagname van gegevens?). Dit is van belang daar het gebruik van een technisch hulpmiddel alleen is toegestaan bij het onderzoek *aan* het lichaam (artikel 2.6.1.4). Tevens heeft de KMar recentelijk meermaals te maken gehad met een situatie waarin bewakers/beveiligers werden geconfronteerd met een persoon die zei een bom(gordel) bij zich te dragen. Na de aanhouding '*wegens ontdekking op heterdaad van een strafbaar feit*' (artikel 2.5.2.2, lid 1) is het verrichten van een (veiligheids)fouillering door middel van het aftasten van de kleding geen reële optie. Zolang niet zeker is gesteld dat de betrokken persoon geen of een nep bom(gordel) bij zich heeft, is naderbij komen een te groot risico voor de veiligheid van niet alleen de desbetreffende ambtenaren, maar ook de eventueel aanwezige personen in de nabije omgeving. Het zekerheidshalve neerschieten van de persoon, waar de Ambtsinstructie gezien de dreiging de mogelijkheid toe biedt, zou vanuit ethisch perspectief niet juist zijn als feitelijk andere handwijzen voorhanden zijn om te de-escaleren en zo levens, ook die van de aangehoudene, te kunnen sparen, althans dit eerst te proberen. Een modus is daarom gevonden in het op afstand sommeren van de persoon zich te ontdoen van de kleding, terwijl deze onder schot wordt gehouden. Uiteraard gaat het ontdoen van de kleding niet verder dan nodig is om inzicht te verkrijgen in mogelijk aanwezige explosieven *onder* de kleding. Het is in dergelijke gevallen afhankelijk van de kleding in hoeverre de persoon zich dient te ontkleden. Bij wijde kleding zal er meer dienen te worden uitgetrokken dan bij strakke aansluitende kleding. Gesteld kan worden dat het voorwerp van onderzoek feitelijk niet de kleding betreft, maar evenmin het lichaam. Het gaat eerder om de ruimte ertussen. De toelichting in de MvT bij artikel 2.6.2.1 biedt voor dergelijke gevallen geen uitsluitel welke bevoegdheid juridisch van toepassing is, met het risico op juridische verweren over onrechtmatig overheidsoptreden. Voorts biedt het gebrek aan open normen weinig ruimte voor nieuwe fenomenen.

Daarnaast is tijd in dit soort situaties een essentiële factor. In korte tijd dient te worden beslist hoe te handelen. Zowel voor onderzoek aan de kleding als aan het lichaam kan een mondeling bevel worden gegeven door de (H)OVJ (artikelen 2.6.2.1 lid 4 en 2.6.3.1 lid 1). Een (H)OVJ is echter doorgaans niet ter plaatse waardoor contact gezocht zal moeten worden ter verkrijging van het bevel en overleg zal moeten worden gevoerd. Deze tijd zal in dergelijke hachelijke situaties niet altijd voldoende aanwezig zijn.

Gezien het bovenstaande is het advies in de desbetreffende artikelen weer een meer open norm aan te brengen zodat dit soort situaties en eventuele nieuwe verschijningsvormen het hoofd kunnen worden geboden zonder dat een wetwijziging noodzakelijk is. Tevens is het advies een bevoegdheid in de artikelen over onderzoek aan kleding en lichaam toe te kennen aan de opsporingsambtenaar in geval van dringende noodzaak.

Vervolgens is het advies het onderzoek in het lichaam niet alleen toe te kennen aan een arts, zoals het derde lid voorschrijft. Het komt regelmatig voor dat artsen een bevel van een OVJ niet willen uitvoeren als de verdachte niet wil meewerken. Zij voelen zich dan geremd door de medische eed of medische gedragscodes ten aanzien waarvan zij door medische autoriteiten ter verantwoording

kunnen worden geroepen. Andere medische deskundigen, zoals forensische verpleegkundigen of radiologen zouden evengoed dergelijke onderzoeken kunnen uitvoeren.

38

Titel 6.5 (overige onderzoeken met betrekking tot lichaam)

Overigens geldt het advies over open normen in relatie tot het kunnen inspelen op nieuwe ontwikkelingen voor geheel titel 6.5. Voor iedere denkbare situatie lijkt een aparte regeling te zijn opgesteld met eigen toepasselijke omstandigheden en voorwaarden. Deze mate van detaillering staat op gespannen voet met de beoogde toegankelijkheid, praktische werkbaarheid en toekomstbestendigheid van het wetboek. De ontwikkelingen op technisch, forensisch en medisch gebied staan alles behalve stil. De KMar zou daarom liever een verdeling in categorieën van onderzoek terugzien zodat nieuwe methoden van onderzoek daaronder geschaard kunnen worden en de titel overzichtelijker is voor hen die ermee moeten werken. Te denken valt aan categorieën als onderzoek aan de hand van gedragskenmerken (waaronder het handschrift, de handtekening en wijze van lopen en praten), lichaamsmateriaal (bijvoorbeeld het DNA, bloed en haar), uiterlijke kenmerken (zoals haardracht, bepaalde kleding, littekens en tatoeages) en biometrische kenmerken (te denken valt aan lichaamsmaten, afdrukken van vingers, lippen, handpalmen en iris). Daarnaast lijken sommige verdenkingscriteria niet geheel in verhouding te staan tot de mate van inbreuk op de integriteit van het lichaam van de verdachte, waardoor naar het oordeel van de KMar niet tegemoet wordt gekomen aan het beoogde evenwichtige stelsel van rechtswaarborgen. Zo kan het laten uitrekken van een schoen alleen bij verdenking van een eenjaarsfeit, het laten aannemen van een lichaamshouding of een stukje laten lopen alleen in geval van een tweejaarsfeit en het afnemen van een hoofdhaar alleen bij verdenking van een misdrijf waarop vier jaar gevangenis of meer op staat. Vergeleken met een niet stelselmatige observatie die op basis van de algemene opsporingsbevoegdheid mag worden uitgevoerd, lijken dit vrij zware eisen. Het advies is deze titel nog eens te overdenken.

39.

Artikel 2.6.5.2.1 (vingerafdrukken en foto's)

Daar waar dit artikel een bevel van de OvJ voorschrijft, is de vraag uit de praktijk opgekomen of een eenmaal gegeven bevel, op een later moment alsnog kan worden uitgevoerd indien de uitvoering van dit bevel niet binnen een korte tijd mogelijk is geweest. Het geval doet zich weleens voor dat het afnemen van vingerafdrukken in het buitenland niet blijkt te lukken door een technisch mankement aan de meegebrachte 'vingerafdrukkenkoffer', of een dergelijke koffer was niet beschikbaar doordat deze wegens de hoge kosten schaars zijn. Het is wenselijk dat het bevel later alsnog in Nederland kan worden uitgevoerd en de verdachte daartoe kan worden opgeroepen te verschijnen.

40.

Artikel 2.6.5.4.2 (vingerafdrukken ter vergelijking)

In dit artikel wordt bepaald dat de genomen afdrukken, zoals vingerafdrukken, kunnen worden verwerkt ten behoeve van een vergelijkend onderzoek. Deze voorwaarde lijkt het gebruik van vingerafdrukken bij het ontgrendelen van bijvoorbeeld een smartphone in de weg te staan. In het kader van een effectieve opsporing en de verwachting dat in de toekomst alleen maar meer apparaten met een lichaamsafdruk zullen worden vergrendeld, is hier echter wel grote behoefte aan. Zie voor de relatie met het nemo tenetur-beginsel het gestelde onder punt 42 over het ontsleutelingsbevel. Het advies is daarom de zinsnede '*ten behoeve van een vergelijkend onderzoek*' te verwijderen.

Hoofdstuk 7 Bevoegdheden met betrekking tot voorwerpen en gegevens

41.

Artikel 2.7.1.1.2 (vastlegging bevel OvJ)

Het vastleggen van de verrichtingen in een opsporingsonderzoek is van groot belang voor het kunnen afleggen van verantwoording ten overstaan van de rechter(s). Deze toetsingsmogelijkheid is onontbeerlijk voor een integere strafrechtspleging. Het moeten vastleggen van bevelen, vooraf dan wel achteraf, staat daarom voor de KMar niet ter discussie. De vraag is echter of het derde lid van artikel 2.7.1.1.2 (en daarmee ook artikel 2.7.1.1.1, lid 5) gezien het verplichtend karakter en de gegeven toelichting in de MvT bij dit artikel, niet indruist tegen de beoogde modernisering en toekomstbestendigheid: Het derde lid geeft de *verplichting* nadere regels te stellen bij AMvB over de wijze van vastlegging van door de OvJ conform hoofdstuk 7 gegeven bevelen. De MvT stelt dat *'In deze algemene maatregel van bestuur zal worden bepaald dat de vastlegging vooralsnog schriftelijk is.'* (Dit geldt voor meer artikelen, zie bijvoorbeeld artikel 2.6.1.2 en de bijbehorende MvT.) Terwijl artikel 1.10.2, lid 3 reeds de mogelijkheid geeft bij AMvB nadere regels te stellen over de *elektronische* overdracht van processtukken (waartoe bevelen doorgaans ook horen) tussen opsporingsambtenaren, het openbaar ministerie en de gerechten. Conform artikel 1.10.1 kunnen schriftelijke berichten van burgers eveneens elektronisch worden verstrekt met een bij AMvB aangewezen elektronische voorziening. Dan lijkt vasthouden aan papieren vastlegging inconsistent en zeker niet overeenkomen met de beoogde modernisering, laat staan de beoogde toekomstbestendigheid. Daarbij zou het naar de mening van de KMar eenvoudiger zijn een algemene definitie te geven van 'schriftelijk' in boek 1, inhoudende dat daaronder ook vastlegging met behulp van een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen elektronische voorziening wordt bedoeld. Zeker aangezien het woord schriftelijk circa 100 keer voorkomt in de boeken 1 en 2.

42.

Artikel 2.7.1.1.4 en 2.7.4.1.4, 2.7.4.2.4 (ontsleutelingsbevel)

Artikel 2.7.1.1.4 jo. artikel 2.7.4.2.4 bepaalt dat het ontsleutelingsbevel van artikel 2.7.4.1.4 niet aan de verdachte mag worden gegeven, tenzij de wet anders bepaalt. De artikelen 2.7.1.1.4 en 2.7.4.2.4 beogen waarschijnlijk gevolg te geven aan het nemo tenetur-beginsel dat, kortgezegd, inhoudt dat niemand verplicht behoort te worden aan zijn eigen veroordeling mee te werken. De KMar zou willen pleiten voor een wettelijk uitzondering zoals bedoeld in artikel 2.7.4.1.4 en baseert zich daarbij op de volgende jurisprudentie en literatuur:

Jurisprudentie:

- In het arrest Saunders (EHRM 17-12-1996, Saunders vs. UK, nr. 19187/91, ECLI:NL:XX:1996:ZB6862, NJ 1997/699) is door het Hof bepaald dat bewijs dat onder dwang of drukuitoefening is verkregen en dat afhankelijk van de wil van de verdachte bestaat, niet mag worden gebruikt tijdens een strafvervolging. Het Hof geeft daarbij een niet-limitatieve opsomming van de wil onafhankelijk materiaal: documenten, adem, monsters van bloed en urine en lichamelijk weefsel voor DNA-onderzoeken (overwegingen 69). De werking van nemo tenetur is feitelijk beperkt tot het afleggen van verklaringen, omdat slechts 'van de wil afhankelijk materiaal' valt onder de bescherming van het recht tegen zelfbelasting.

In paragraaf 13 van de MvT waar het arrest Saunders en het nemo tenetur-beginsel de revue passeren, wordt bevestigd dat anders dan bij mondelinge verklaringen die tot rechterlijke dwalingen kunnen leiden, wilsonafhankelijk bewijsmateriaal niet veranderd al naar gelang dat vrijwillig of onder dwang wordt afgestaan. Zelfs wordt gesteld dat een verdachte ook gedwongen kan worden mee te werken aan een onderzoek naar fysieke eigenschappen, zoals het handschrift en de manier van lopen, omdat dit soort eigenschappen slechts feitelijke informatie bevatten die, hoewel beïnvloedbaar, eigen is aan de persoon.



- De Hoge Raad oordeelt in het arrest van 24 april 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1130), rechtsoverweging 4.4.2, dat onder wilsonafhankelijk materiaal dient te worden verstaan 'materiaal dat weliswaar onder dwang is verkregen, maar dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat'. Hieruit volgt dat de kwalificatie van materiaal als 'wilsonafhankelijk' dan wel 'wilsafhankelijk' - welk onderscheid volgens de HR samenhangt met het zwijgrecht van de betrokkene - is verbonden aan de aard van het materiaal (of het in fysieke zin 'bestaat' onafhankelijk van de wil van de betrokkene). Bankafschriften zijn bijvoorbeeld niet aan te merken als wilsafhankelijk materiaal.

Literatuur:

'Ons strafrecht, strafprocesrecht', van prof. mr. B.F. Keulen en prof. mr. G. Knigge, dertiende druk:

'Het nemo tenetur-beginsel is verwoord in art. 14 lid 3 sub g van het IVBPR: de verdachte heeft het recht 'not to be compelled to testify against himself or to confess guilt'. In art. 6 EVRM is een vergelijkbare bepaling niet te vinden. Desondanks heeft het beginsel erkenning gevonden in de rechtspraak van het Europese Hof. 'The right to silence and the right not to incriminate oneself' liggen, aldus het hof in de zaak Saunders, 'at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6'. Het nemo tenetur-beginsel wordt door het hof dus ingelezen in het eerste lid van art. 6. Het is echter ook 'closely linked' met de onschuldpresumptie.' (Zie p. 87.)

'Respecting the will of the accused' lijkt centraal te staan in de uitleg die het Europese Hof aan het nemo tenetur-beginsel geeft. Dat maakt begrijpelijk dat het Hof het beginsel 'at the heart' van het recht op een eerlijk proces situeert. (Zie p. 89.) Opmerking daarbij verdient dat art. 6 EVRM geen absolute regels formuleert. Het gaat om uitgangspunten, om beginselen, die hun concrete uitwerking vinden in de afweging ten opzichte van andere waarden en belangen. Zo mag bijvoorbeeld zelfs het nemo tenetur-beginsel, hoe fundamenteel op zich ook, niet verabsoluteerd worden⁽¹⁾. Dat brengt onder meer mee dat verdachten verplicht mogen worden hun medewerking te verlenen aan een bloedproef of een ademanalyse. De genuanceerde uitwerking die aldus aan de beginselen van een fair trial wordt gegeven, maakt dat men zich moet hoeden voor het trekken van al te rechtlijnige conclusies uit de jurisprudentie van het hof. Over de 'precieze' betekenis van die jurisprudentie bestaat niet zelden verschil van mening.' (Zie p. 90 en 91.)

(...)

'Een andere, veel moeilijker vraag is of informatie die is verkregen voordat er sprake was van een redelijke verdenking, in het strafproces mag worden gebruikt. Die vraag is actueel geworden door de uitspraak van het Europese Hof in de zaak Saunders tegen Groot-Brittannië (...). Het EHRM vond het feit dat Saunders werd gedwongen om te getuigen – en daarmee zichzelf te belasten – niet in strijd met art. 6 EVRM, aangezien het ingestelde onderzoek niet strafrechtelijk van aard was en dus niet was gericht op de 'determination of a criminal charge'. Het latere gebruik van de belastende verklaring in het tegen Saunders gevoerde strafproces oordeelde het hof echter wel in strijd met het verdragsartikel.' (Zie p. 207 en 208.)

(...)

'Art. 96a Sv geeft opsporingsambtenaren de bevoegdheid om de uitlevering te vorderen van voor inbeslagneming vatbare voorwerpen.'

'Art. 96a lid 2 Sv bepaalt dat het bevel niet aan de verdachte gegeven mag worden in het kader van het nemo tenetur-beginsel. (...) 'In de zaak Saunders overwoog het hof dat het beginsel zich niet verzet tegen het gebruik als bewijs van 'material' dat onder dwang was afgestaan, 'but which has an existence independent of the will of the suspect such as,

¹ Dat bleek voor het eerst uit de zaak John Murray tegen Groot-Brittannië (EHRM 8 februari 1996, nr. 18731/91, NJ 1996, 725 m.nt. Knigge), dat betrekking had op de vraag of en in hoeverre het zwijgen van de verdachte bij de waardering van het bewijs in zijn nadeel mag meewegen.

documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing'. Een bevel om een ademanalyse mee te werken, is dus niet in strijd met art. 6 EVRM. Ook aan het bevel aan de verdachte om het rijbewijs af te geven dat hij in handen heeft, lijkt art. 6 EVRM niet in de weg te staan. De moeilijkheid van de geciteerde passage uit het Saunders-arrest is minder duidelijk dan zij op het oog lijkt. Hoewel daarin over 'documents pursuant to a warrant' wordt gesproken, brak het Europese Hof in twee in de arresten Funke tegen Frankrijk en J.B. tegen Zwitserland, de staf over het in een onderzoek naar belastingfraude tot de verdachte gerichte bevel om alle relevante documenten, zoals bankafschriften, op straffe van een forse dwangsom uit te leveren. Hoe dat precies moet worden begrepen, is onduidelijk. Een belangrijke factor lijkt te zijn dat onzeker was of en in hoeverre de verdachte over deze documenten beschikte en vooral dat onbekend was wat daarin stond. Justitie wilde niet een concreet voorwerp in handen krijgen, maar was op zoek naar informatie. Daarin ligt een belangrijk verschil met het voorbeeld van het rijbewijs.' (Zie p. 336 en 337.)

Uit het bovenstaande volgt dat gesteld kan worden dat informatie *op of in* een elektronische gegevensdrager of geautomatiseerd werk, zoals een smartphone, alleen bestaat *onafhankelijk* van de wil van de verdachte. Immers, alleen de beveiliging, zoals een wachtwoord, een gezichts- of irisscan of vingerafdruk, weerhoudt de toegang tot de daarin of daarop zich al bevindende informatie dan wel de informatie die via de smartphone kan worden benaderd.

Uit D.A.G. van Toor, 'De vergrendelde smartphone als object van strafvorderlijk onderzoek', Computerrecht 2017/2, staat het volgende relevante voor de beoordeling van het verkrijgen van het toegangsmiddel:

'Een belangrijk onderscheid voor de beoordeling van het ontgrendelen van een smartphone, is op welke wijze de telefoon is vergrendeld. Een wachtwoord of een toegangscode die de verdachte zelf heeft bedacht en die alleen hij weet (en dus ook niet bij een derde ligt opgeslagen of op ergens staat genoteerd), bestaat afhankelijk van zijn wil. Er is namelijk nog een bewuste (spier)activiteit nodig om het wachtwoord of de code uit te spreken of op een andere manier over te dragen. (...) Het vorderen van het ontgrendelen van een smartphone door de verdachte door een niet op enige wijze geopenbaard wachtwoord of toegangscode te verkrijgen, levert een inbreuk op het zwijgrecht op. Het wachtwoord is namelijk exclusief opgeslagen in de hersenen van de verdachte en niet anders toegankelijk dan door een geestesinspanning van zijn zijde. Dit houdt in dat de daardoor verkregen bewijzen niet in een strafrechtelijk relevante zin tegen de verdachte mogen worden gebruikt. Belangrijk is dat dit alleen geldt voor niet op enigerlei wijze geopenbaarde wachtwoorden of toegangscode (die enkel door de geestesinspanning/intellectuele inspanning van de verdachte kunnen worden gereproduceerd en in de hersenen liggen opgeslagen en dus content of the mind is). Dit betekent dat de verdachte niet hoeft en kan worden gedwongen mee te werken aan een vordering om zijn wachtwoord in te typen'.

De rechtsbescherming is enger bij toestellen die middels een vingerafdruk, een irisscan of een geopenbaard wachtwoord kunnen worden ontgrendeld. Een vingerafdruk, een irisscan en een geopenbaard wachtwoord, bestaan onafhankelijk van de wil van de verdachte. Verdachte heeft enkel met zijn wil geen controle of zeggenschap over het bestaan van het materiaal. De (re)productie vergt geen intellectuele maar een fysieke inspanning. Dit betekent dat onder andere een vingerafdruk altijd met enige mate van dwang van de verdachte kan worden verkregen, waarbij het EHRM geen expliciete en concrete toelaatbare dwang heeft vastgesteld. Het gebruik van (zware) geld- en gevangenisstraffen daargelaten (en die zijn het Nederlandse strafprocesrecht bij toepassing van opsporingsmethoden ook vreemd), levert slechts ongeoorloofde dwang op wanneer grof geweld wordt gebruikt waardoor artikel 3 EVRM bij de afname van het materiaal wordt geschonden. Dit houdt mijns inziens in dat de verdachte verplicht kan worden zijn smartphone te ontgrendelen die met een vingerafdruk of irisscan is vergrendeld en door gebruik te maken van een op een in beslag

genomen papier genoteerd wachtwoord. De aard en mate van dwang die hiervoor normaliter moet worden toegepast, is gering. Die is namelijk vergelijkbaar met de dwang die moet worden toegepast wanneer een verdachte weigert lichaamsmateriaal af te staan of zijn vingerafdrukken niet wil afgeven. De verkregen gegevens – die onafhankelijk van de wil bestaan – kunnen vervolgens op strafrechtelijk relevante manier tegen de verdachte worden gebruikt. Het zwijgrecht speelt in deze context geen rol van betekenis omdat de verdachte bij afgifte van zijn vingerafdruk, het direct ontgrendelen van de telefoon met een irisscan of het dulden dat zijn geopenbaard wachtwoord wordt gebruikt niet tot spreken, tot het openbaren van kennis wordt gedwongen. Het vergrendelen van een smartphone met een fysieke 'code' brengt de verdachte daardoor in een nadelige positie omdat de rechtsbescherming bij materiaal dat onafhankelijk van de wil bestaat geringer is. Een smartphone die niet met een 'fysieke code' is vergrendeld, is eerlijk-procesrechtelijk gezien zwakker beschermd. Intellectuele codes zijn beter beschermd, maar alleen als deze niet op enige wijze zijn geopenbaard.' (Zie paragraaf 3.3.)

Een bevel aan de verdachte tot medewerking aan het verkrijgen van toegang tot die reeds bestaande gegevens, door middel van een vingerafdrukscan, iris- of netvliesscan, gezichtsscan of in de toekomst misschien wel een lichaamsgeurafname of het uitlezen van een microchip onder de huid, is dan niet in strijd te achten met het nemo tenetur-beginsel.

Gezien de verwachting dat elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken meer en meer beveiligd zullen worden, op een wijze waarvan alleen de houder en daarmee veelal de verdachte weet hoe deze te ontgrendelen, is het in het belang van een effectieve opsporing dat de verdachte kan worden bevolen mee te werken aan de ontsleuteling. De KMar adviseert de mogelijkheid expliciet in de wet tot uitdrukking te laten komen. Voorzienbaar is anders dat deze gegevensdragers en werken in beslag zullen moeten worden genomen om door een expert te laten "kraken"/"hacken". Hierdoor is de verdachte zijn voorwerpen langer kwijt en zal de doorlooptijd van onderzoeken toe nemen. Nu al worden sommige afdelingen bij de KMar getraind in het afpakken van smartphones terwijl de verdachte zijn smartphone ter hand en in gebruik heeft, op een zodanige wijze dat de vergrendeling niet in werking wordt gesteld en onderzoek aan en in het apparaat kan plaatsvinden. Deze werkwijze zal echter niet in alle onderzoeken soelaas bieden (met als gevolg dat ook de netwerkzoeking bedoeld in de artikelen 2.7.4.1.2 en 2.7.4.2.2 niet snel mogelijk is). Ook zal het van een afstand heimelijk onderzoeken van een geautomatiseerd werk niet in alle onderzoeken mogelijk zijn, doordat niet aan alle eisen van artikel 2.8.2.9.1 zal kunnen worden voldaan (misdrijf met strafbedreiging van 8 jaar en meer).

43.

Artikel 2.7.2.2.12 (notificatie bij heimelijke inbeslagname voorwerpen)

Dit artikel houdt een notificatieplicht in als voorwerpen in beslag zijn genomen. Aan de beslagene moet een bewijs van inbeslagneming worden uitgereikt. Dit dient 'zoveel mogelijk' te geschieden. Alleen artikel 2.7.3.1.3 dat eenzelfde notificatieplicht geeft bij de inbeslagneming van *gegevens*, geeft expliciet de mogelijkheid de uitreiking van het bewijs in belang van het onderzoek uit te stellen, of zelfs geheel achterwege te laten als degene bij wie de gegevens in beslag zijn genomen de verdachte is en hij later de inbeslagneming uit het proces-verbaal kan opmaken. In verband met het 'doorlaatverbod' van artikel 2.8.1.6.1 (gebaseerd op het huidige artikel 126ff) komt het in de praktijk voor (vooral op Schiphol waar grote hoeveelheden in bagage verstopte hard- en softdrugs worden onderschept) dat de bij wet verboden goederen zoals harddrugs, heimelijk worden vervangen voor daarop gelijkende voorwerpen. In het belang van het onderzoek is het op dat moment noodzakelijk de verdachte in het ongewisse te laten. Het vervangen van de voor de volksgezondheid schadelijke of voor de veiligheid gevaarlijke goederen in dergelijke zaken kan worden geacht te voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Uit de MvT is echter niet op te maken dat 'zoveel mogelijk' ruimte geeft aan dergelijke situaties. Evenmin is in de MvT toegelicht waarom bij de inbeslagneming van *gegevens* wel specifieke uitstel- en afstelmogelijkheden zijn geformuleerd en bij

voorwerpen niet. De KMar adviseert daarom het artikel 2.7.2.2.12 overeenkomstig artikel 2.7.3.1.3 aan te passen.

44.

Artikel 2.7.2.4.4 (drugstest)

In het tweede lid van dit artikel staat de formulering *'Indien het inbeslaggenomen voorwerp een middel betreft'*. Dat suggereert dat een test helderheid moet bieden om iedere vorm van twijfel uit te sluiten. Het tweede lid is, zoals uit de MvT bij dit artikel blijkt, juist bedoeld om de administratieve lasten te verminderen. Voor gebruikershoeveelheden het NFI inschakelen voor een test, is relatief duur en tijdrovend. Indien een indicatieve test bedoeld is, is het advies van de KMar de zinsnede *'het redelijke vermoeden bestaat dat'* na het woord *'Indien'* te voegen in het tweede lid, of in de MvT op te nemen dat een indicatietest hiervoor afdoende is.

45.

Artikel 2.7.3.3.1 (uitvoering bevel)

In het derde lid wordt gesteld dat de opsporingsambtenaar uitvoering geeft aan het bevel en in het proces-verbaal (PV) een aantal zaken dient te vermelden. Mogelijk wordt bedoeld dat nadat *een derde* uitvoering heeft gegeven aan het bevel de opsporingsambtenaar een PV opmaakt. Het advies is daarom de eerste zin van lid 3 te wijzigen in: *'Nadat uitvoering is gegeven aan het bevel als bedoeld in deze afdeling, vermeldt de opsporingsambtenaar in het proces-verbaal: (...)'*

46.

Artikel 2.7.3.3.3 (bevel uitlevering)

Dit artikel is mede gebaseerd op artikel 126nd Sv. Het nieuwe artikel bepaalt, kort gezegd, dat in geval van verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van *een jaar of meer* is gesteld, de officier van justitie een bevel kan geven gegevens ter inbeslagneming uit te leveren. De mogelijkheid om ook in geval van *een ander strafbaar feit* een dergelijk bevel te kunnen geven, zoals het huidige lid 6 van artikel 126nd onder voorwaarden als mogelijkheid biedt, is echter niet overgenomen. Het huidige recht biedt dus de mogelijkheid ook in geval van verdenking van *een overtreding* gegevens te vorderen, mits in het belang van het onderzoek en een schriftelijke machtiging van de RC daartoe is verkregen. In het nieuwe artikel is het verdengkingscriterium weliswaar een misdrijf met strafbedreiging van één jaar of meer, maar het kan toch wenselijk zijn de mogelijkheid te behouden ook bij andere strafbare feiten gegevens te vorderen. Als voorbeeld kan dienen overtreding van artikel 16 van de Luchtvaartwet (vervoer met een luchtvaartuig zonder vergunning) waarop artikel 62 Luchtvaartwet een strafbedreiging stelt van ten hoogste 6 maanden hechtenis. Het advies is daarom deze mogelijkheid in artikel 2.7.3.3.3 op te nemen.

Het derde lid onder e in samenhang met het vijfde lid bepaalt dat opsporingsambtenaren zelfstandig bevoegd zijn tot het mondeling opvragen van camerabeelden. Deze mogelijkheid juicht de KMar toe. In de opsporing wordt meer en meer gebruik gemaakt van camerabeelden. Tegenwoordig zijn deze ook meer voorhanden en een toename is voorzienbaar. Zeker op Schiphol Plaza of in andere winkelgebieden worden deze door de KMar veelvuldig opgevraagd. Helaas wordt de bevoegdheid beperkt tot beelden die zijn gemaakt met *vaste bewakingscamera's* die anders dan voor persoonlijk gebruik zijn gemaakt. Voorstelbaar is dat in de toekomst bijvoorbeeld vervoersbedrijven *dashcams* zullen inzetten ten behoeve van verzekeringsdoeleinden en tijdens festivals *drones* en *bodycams* door de organisatie worden ingezet al dan niet voor beveiligingsdoeleinden. In de toekomst is het wellicht meer gemeengoed dat het openbare leven via camera's (tijdelijk) wordt vastgelegd. Mogelijk is het dan ook algemeen bekend, of specifiek kenbaar, bijvoorbeeld door een sticker op de vrachtwagen of een (tijdelijk) bord in een bepaald gebied. In het licht van de beoogde toekomstbestendigheid van het wetboek zou enige ruimte voor het opvragen van dergelijke camerabeelden te prefereren zijn, liefst met een enkel bevel ten aanzien van meerdere bedrijven in een bepaald gebied, zoals een winkelcentrum of bedrijfsterrein. Tezamen met een techniekonafhankelijke formulering is daarom het advies het gestelde in het derde lid onder e te wijzigen in: *'vastgelegde audiovisuele beelden'* en een apart lid wordt geformuleerd waaruit blijkt dat



een en hetzelfde bevel aan meerdere personen of instanties in een bepaald gebied kan worden gegeven. Dat het om bedrijfsmatig opgemaakte beelden moet gaan, blijkt al voldoende uit de aanhef in het derde lid.

47.

Artikelen 2.7.3.3.9 en 2.8.6.1 (terroristische misdrijven)

In deze artikelen worden de bepalingen over de uitlevering van gegevens en de heimelijke bevoegdheden van toepassing verklaard in geval van vermoedens van misdrijven in georganiseerd verband of aanwijzingen van terroristische misdrijven. Op drie artikelen na zijn alle artikelen 126u tot en met 126ui en de artikelen 126z tot en met 126zu in boek 2 van dit wetsvoorstel verwerkt. In de MvT van boek 2 is niet toegelicht waarom niet óók de artikelen 126zq, 126zr en 126zs zijn overgenomen in boek 2, terwijl zij ook opsporingsbevoegdheden betreffen ten aanzien van voorwerpen, vervoermiddelen en kleding. Volgens paragraaf 5 van de MvT bij boek 1 komen deze in boek 6: *'In een nieuw hoofdstuk worden bestaande regelingen van enige bevoegdheden van bijzondere aard bijeengebracht: de regeling van de gedragsaanwijzing ter beëindiging van ernstige overlast, van bevoegdheden bij ontruimen gekraakt pand, in verband met het tegengaan heling, en in geval van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf.'*

De KMar ziet niet in waarom slechts deze drie artikelen elders geregeld zouden moeten worden nu zij sterk zijn verweven met andere opsporingsbevoegdheden in boek 2 en meer bevoegdheden, op meerdere plekken in boek 2 (hoofdstuk 7 en 8) van toepassing worden verklaard in geval van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf. De bevoegdheden in boek 2 zijn derhalve niet gereserveerd voor de gevallen waarin een 'redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit' is ontstaan. Ook zijn de bevoegdheden in artikel 126zq, -zr en -zs niet als zó bijzonder of afwijkend te kwalificeren, doordat zij bijvoorbeeld alleen zouden kunnen worden toegepast door speciale eenheden of in bepaalde gebieden, dat plaatsing in een ander boek meer in de rede ligt. Immers algemene opsporingsambtenaren zijn daartoe bevoegd. Voorts bieden deze artikelen voor de KMar weliswaar de grondslag voor bepaald optreden in aangewezen "permanente" veiligheidsrisicogebieden, zoals de burgervlieghavens en het Binnenhof te Den Haag, maar de toepassing is niet beperkt tot louter die gebieden. Het enige criterium is immers dat er sprake moet zijn van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf en deze kunnen ook elders ontstaan. Zo staan de medewerkers, waaronder opsporingsambtenaren, van de Hoog Risico Beveiliging ook bij sommige Joodse instellingen waar een verhoogd risico op terroristische aanslagen is onderkend. Het komt daarom de beoogde overzichtelijkheid, eenvoud, consistentie en thematische opzet van het wetboek, zoals aangekondigd in de Contourennota, ten goede als ook deze drie artikelen worden opgenomen in boek 2. Meer concreet is het advies is het huidige artikel 126zs te verwerken in een extra lid in artikel 2.6.2.1 dat onderzoek aan de kleding regelt. Het gebruik van detectieapparatuur of andere hulpmiddelen zoals bedoeld in lid 2 van artikel 126zs wordt reeds ondervangen door artikel 2.6.1.4, lid 2 waarin het gebruik van technische hulpmiddelen is geregeld. Van de bepaling in artikel 2.6.1.1 betreffende het achteraf vastleggen van een mondelinge gegeven bevel zou kunnen worden afgeweken. Het huidige artikel 126zr over onderzoek in vervoermiddelen zou verwerkt kunnen worden in artikel 2.7.2.2.5. Een andere optie is artikel 126zr samen met artikel 126zq dat het onderzoek aan voorwerpen regelt, verwerken in een apart artikel en eigen titel (bijvoorbeeld na 'Titel 7.7 Onderzoek ter plaatse') in hoofdstuk 7 'Bevoegdheden met betrekking tot voorwerpen en gegevens'. Aanvullend is het advies het onderzoek aan voorwerpen expliciet mede te laten uitstrekken tot elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken (ter kennisneming van gegevens) nu een schakelbepaling zoals artikel 2.7.3.3.9, lid 2 naar titel 7.4 ontbreekt.

48.

Artikel 2.7.4.1.1 (uitlezen smartphones)

Dit artikel geeft alleen aan de OvJ de bevoegdheid onderzoek te laten doen aan of in elektronische gegevensdragers of geautomatiseerde werken die bij een aangehouden of staande gehouden

verdachte zijn aangetroffen. Bij de KMar worden jaarlijks alleen al enkele duizenden smartphones “uitgelezen”, al vindt een deel daarvan plaats op basis van de Vreemdelingenwet 2000. De diepgang van het uitlezen van dat soort apparaten verschilt. Deze is afhankelijk van het soort strafbare feit en het onderzoeksdoel. In mensensmokkelzaken komt het bijvoorbeeld voor dat de telefoons van alle in een bepaalde zaak aangetroffen gesmokkelde personen worden bekeken. Het onderzoek richt zich dan op alle gebelde telefoonnummers en ontvangen oproepen. Deze worden met elkaar vergeleken om een gelijkkluidend telefoonnummer te achterhalen. Dat telefoonnummer is dan vermoedelijk van de mensensmokkelaar. In een dergelijke zaak is slechts toegang nodig tot het bel-logbestand en niet tot ‘apps’ en andere gegevens. Voor het bewijzen van contact tussen twee medeverdachten van straatroven of bagagediefstal is eveneens slechts het bel-logbestand nodig. Andere gevallen waarbij slechts beperkte toegang nodig is, is bij een verdenking van het maken van foto’s van vrouwen onder hun rok of jurk, of bij verdenking van mishandeling of vernieling. Dan is slechts toegang nodig voor de bewijsvoering tot het foto- en videobestand en slechts van een beperkte periode. Op 4 april jl. heeft de Hoge Raad (HR) uitspraak gedaan ten aanzien van de bevoegdheid van *een opsporingsambtenaar* om onderzoek te doen aan een smartphone en andere in beslag genomen elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken (ECLI:NL:HR:2017:584). De HR heeft geoordeeld dat een daarop toegesneden wettelijke regeling ontbreekt als daarbij méér dan een beperkte inbreuk wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte. Uit het arrest van de HR kan worden opgemaakt dat hoe meer inbreuk wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte, hoe hoger de autoriteit dient te zijn die de bevoegdheid mag uitoefenen of het bevel daartoe mag afgeven. Drie situaties zijn te destilleren:

- 1) Er wordt *een niet meer dan beperkte inbreuk* gemaakt op de persoonlijke levenssfeer. Hiervan kan sprake zijn wanneer het onderzoek slechts bestaat uit het raadplegen van een gering aantal bepaalde opgeslagen of beschikbare gegevens. Dit mag de opsporingsambtenaar volgens de HR zelfstandig doen op basis van de algemene bevoegdheid, neergelegd in het huidige artikel 94 juncto 95 en 96 Sv.
- 2) Er wordt *een meer dan beperkte inbreuk* gemaakt op de persoonlijke levenssfeer / er wordt een min of meer compleet beeld verkregen van bepaalde aspecten van het persoonlijk leven van de gebruiker van de gegevensdrager: hiervan kan sprake zijn wanneer het gaat om onderzoek van *alle* opgeslagen of beschikbare gegevens én met gebruikmaking van technisch hulpmiddelen. In dit geval ligt betrokkenheid van de OvJ in de rede (op grond van artikelen 148 en 141, aanhef en onder a SV).
- 3) Er wordt *op voorhand voorzien dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer* zeer ingrijpend zal zijn. In het licht van artikel 8 EVRM acht de HR in dergelijke gevallen de betrokkenheid van de RC gepast (op grond van artikel 104, lid 1 Sv).

De KMar kan zich in het oordeel van de HR vinden doordat enerzijds bovenstaande differentiatie meer recht doet aan de rechtsbeginselen van proportionaliteit, subsidiariteit en aan de eis dat de inbeslagname moet voldoen aan het onderzoeksdoel en dus niet verder mag gaan dan voor dat doel noodzakelijk. Het past tevens in de beperking die artikel 3, lid 2 van de Wet politiegegevens (Wpg) geeft ten aanzien van de verwerking van politiegegevens; *alleen die gegevens die ‘gelet op de doeleinden waarvoor zij worden verwerkt, toereikend, terzake dienend en niet bovenmatig zijn.’* Anderzijds doet de differentiatie recht aan de bescherming van de privacy-rechten van de verdachte of beslagene. Daarnaast voldoet het aan de dagelijkse praktijk waarin niet altijd een volledige kennisname van de opgeslagen of beschikbare gegevens nodig is en ook niet altijd gebruik wordt gemaakt van technische hulpmiddelen. Tot slot bevatten niet alle geautomatiseerde werken of elektronische gegevensdragers wegens hun aard een zodanige hoeveelheid (persoons)gegevens dat een onderzoek daaraan een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van iemands persoonlijke leven kunnen opleveren (bijvoorbeeld een chip in een koelkast of fiets). Het in die

minder vergaande gevallen moeten verkrijgen van een (mondeling) bevel van de OvJ zou dan een onnodige lastenverzwaring en vermeerdering van de doorlooptijden van onderzoeken opleveren. Het advies is dan ook het artikel aan te passen in lijn met het arrest van de HR.

49.

Artikel 2.7.4.1.2 (netwerkzoeking)

Dit artikel maakt een 'netwerkzoeking' mogelijk ter inbeslagneming van gegevens zonder dat het geautomatiseerd werk in beslag is genomen. Het tweede lid beperkt de reikwijdte van een dergelijke netwerkzoeking tot de werk- of verblijfplaats van waaruit de persoon, met toestemming van de rechthebbende, toegang heeft tot het elders aanwezige geautomatiseerde werk. Dit artikel verwijst in het eerste lid naar artikel 2.7.4.1.1 dat naar artikel 2.7.3.2.2 verwijst. Daardoor kan deze netwerkzoeking plaatsvinden met behulp van het geautomatiseerde werk dat is aangetroffen bij een staande gehouden of aangehouden verdachte. De netwerkzoeking zal dan logischerwijs plaatsvinden op de plaats van de staande- of aanhouding, wat niet noodzakelijkerwijs ook de plaats is waar de verdachte pleegt te werken of te verblijven. Zeker in het geval een defensiemedewerker voor missie of plaatsing langere tijd (van enkele maanden tot enkele jaren) in het buitenland verblijft en na een (strafvorderlijke) repatriëring wegens een gerezen verdenking in Nederland wordt aangehouden. Uit de MvT bij dit artikel kan worden opgemaakt dat met het tweede lid louter wordt bedoeld dat de verdachte en eigenaar/houder van het geautomatiseerde werk rechtmatig toegang moet kunnen hebben tot het elders aanwezige geautomatiseerde werk om deze netwerkzoeking in dat andere werk te mogen uitvoeren. Dit lijkt een meer dan logisch uitgangspunt en biedt voldoende afbakening. Het advies is daarom het tweede lid te herformuleren en daarbij aan te sluiten bij het tweede lid van artikel 2.7.4.2.2. Een formulering zou kunnen zijn 'Het onderzoek reikt niet verder dan voor zover de persoon op de plaats van het onderzoek of de plaats waar het vermoedelijke feit heeft plaatsgevonden, met toestemming van de rechthebbende tot het elders aanwezige geautomatiseerde werk, daartoe toegang heeft.'

50.

Artikel 2.7.4.2.1 (bevrozing bij gegevens)

Dit artikel bepaalt dat onderzoek aan een inbeslaggenomen elektronische gegevensdrager of in een inbeslaggenomen geautomatiseerd werk ter kennisneming van gegevens die daarin of daarop zijn opgeslagen, op bevel van de officier van justitie geschiedt. Het vooraf te geven bevel kan op grond van artikel 2.7.1.1.2 mondeling worden gegeven, mits sprake is van dringende noodzaak. Het derde lid bepaalt dat bij dringende noodzaak en indien het bevel van de officier van justitie niet kan worden afgewacht, een opsporingsambtenaar kan kennisnemen van de gegevens die zijn opgeslagen op een inbeslaggenomen elektronische gegevensdrager of in een inbeslaggenomen geautomatiseerd werk, voor zover die kennisneming noodzakelijk is voor direct optreden dat geen uitstel duldt en mogelijk is zonder het gebruik van een technisch hulpmiddel. De vraag is of dit voldoende mogelijkheden biedt om snel te kunnen optreden en daarmee een effectieve opsporing oplevert. Digitale gegevens zijn immers vluchtig, en kunnen tegenwoordig op allerlei manieren snel en op afstand worden gewist. Dit kan niet altijd worden voorkomen door bijvoorbeeld een toestel in "vliegtuigstand" te zetten, omdat sommige toestellen zodanig geprogrammeerd zijn dat juist die handeling ertoe leidt dat de gegevens op het toestel automatisch worden gewist. Ook is niet altijd een 'digitaal gesloten' ruimte (vergelijkbaar met de kooi van Faraday) voorhanden waarin het apparaat kan worden gelegd zonder dat van buitenaf invloed kan worden uitgeoefend op de zich daarop of daarin bevindende gegevens. De mogelijkheid om snel te kunnen handelen is daarom van wezenlijk belang, in meer gevallen dan waarop het derde lid betrekking heeft, om de effectiviteit van onderzoek aan inbeslaggenomen gegevensdragers te waarborgen. Het belang van een snelle wettelijke procedure geldt bij gegevens in nog sterkere mate dan bij het onderzoek van plaatsen of aan voorwerpen. Bij die laatstgenoemde bevoegdheden is voorzien in wettelijke mogelijkheden tot "bevrozing", zoals bijvoorbeeld is opgenomen in artikel 2.7.2.2.4 aanhef en onder b met een verwijzing naar artikel 2.7.1.1.5 in geval van een doorzoeking ter inbeslagname van *voorwerpen*. Het is vanuit dat oogpunt opvallend dat een

soortgelijke voorziening niet wordt voorgesteld bij inbeslagneming van gegevens en het onderzoek aan inbeslaggenomen gegevensdragers en geautomatiseerde werken (In titel 7.3 en 7.4 is geen soortgelijke verwijzing naar artikel 2.7.1.1.5, terwijl lid 1 onder c naast voorwerpen ook gegevens worden genoemd). Het advies is dan ook een bevestigingsmogelijkheid op te nemen in de zin dat een opsporingsambtenaar zelfstandig bevoegd is de gegevens veilig te stellen, bijvoorbeeld door het maken van een kopie (tenzij sprake is van een beperkte inbreuk op de privacyrechten, want dan zelfstandig bevoegd tot het onderzoek van de opgeslagen gegevens, zie punt 48) . Na het verkregen (mondelijke) bevel van de OvJ kan vervolgens het onderzoek aan de gegevens aanvangen.

51.

Artikel 2.7.6.2.3.1 i.r.t. artikel 2.7.6.2.2.3 (beslissing RC kennisneming verschoningsgerechtigde informatie)

De rechter-commissaris kan zich, aldus het tweede lid van artikel 2.7.6.2.3.1, ten behoeve van het nemen van zijn beslissing over de kennisname, alleen laten bijstaan door medewerkers van zijn kabinet die daartoe door hem zijn aangewezen. Het uitgangspunt daarbij is volgens de MvT bij artikel 2.7.6.2.2.3, tweede lid dat door opsporingsambtenaren niet inhoudelijk kennis wordt genomen van de verschoningsgerechtigde informatie. Dit uitgangspunt wordt door de KMar onderschreven. Een aantal knelpunten voorziet de KMar echter bij een te rigide toepassing van dit uitgangspunt in geval van 'niet-RC doorzoekingen bij een niet verschoningsgerechtigde':

- Ook bij de KMar wordt bij vermoedelijk verschoningsrechtgerechtigde informatie deze eerst aan een zogenaamde "geheimhoudersopsporingsambtenaar" voorgelegd. Net als bij de FIOD en de politie is dit geen vast aangewezen functionaris of aparte functie binnen de opsporing, maar een rol die wordt uitgeoefend door een opsporingsambtenaar die niet bij het desbetreffende opsporingsonderzoek is betrokken. Door deze functionaris wordt bekeken of de vermoedelijke verschoningsgerechtigde informatie onder een verschoningsrecht valt. De medewerker beziet niet of de informatie ook relevant is voor het opsporingsonderzoek, want hij is immers niet betrokken bij het onderzoek en kan daardoor niet beoordelen wat wel en niet relevant is. De taak is sec om te bezien of er geheimhouder-informatie tussen zit. De uitkomst wordt door hem doorgegeven aan het opsporingsteam, waarna dat team beslist of die informatie, al dan niet via een "geheimhoudersofficier van justitie" of een gewone officier van justitie aan de rechter-commissaris wordt voorgelegd ter verkrijging van een beslissing over de kennisname.

In de MvT bij artikel 2.7.6.2.3.1 wordt toegelicht dat de RC alleen hoeft te beslissen als de wens tot kennisneming bestaat. *'In gevallen waarin de officier van justitie of de opsporingsambtenaar geen kennis wil kunnen nemen, kunnen de voorwerpen en gegevens zonder tussenkomst van de rechter-commissaris worden teruggegeven of ontoegankelijk worden gemaakt.'* Dit vereist enige kennis van de inhoud, anders is relevantie voor het onderzoek niet te bepalen. Wanneer tijdens de doorzoeking of na de inbeslagneming informatie wordt aangetroffen waarvan redelijkerwijs kan worden vermoed dat die onder een verschoningsrecht valt, zal zonder globale kennis van de inhoud en een eerste schiftingsmogelijkheid, zekerheidshalve al die informatie aan de RC dienen te worden voorgelegd. Dit zal de werklust van de RC doen toenemen. Ondanks dat het zesde lid van artikel 2.7.6.2.2.3 de mogelijkheid aan de OvJ of een professioneel gerechtigde biedt om de rechtbank te verzoeken de RC een beslissingstermijn te stellen, verwacht de KMar tevens een toename van de doorlooptijden als gevolg van het wachten op een onherroepelijke beslissing van de RC omtrent kennisname.

- Indien het tweede lid moet worden uitgelegd dat de RC zich bij de besluitvorming in het geheel niet kan laten bijstaan door ambtenaren van de opsporingsdiensten, komt de vraag op of het kabinet RC voldoende en ook gekwalificeerde medewerkers heeft om binnen een redelijke termijn zicht te krijgen op welke informatie mogelijk onder het verschoningsrecht valt en deze vervolgens kan beoordelen of 'doorbreking' van het verschoningsrecht kan worden toegestaan. Door de toenemende digitalisering zal de hoeveelheid informatie op geautomatiseerde werken en elektronische gegevensdragers alleen maar toenemen waardoor technische ondersteuning bij de

eerste schifting steeds meer noodzakelijk wordt. Als al zou zijn bedoeld dat technische ondersteuning wel mogelijk is, maar inhoudelijke ondersteuning niet, dan vergt het enige kennis van de opsporing als kennisgebied, om te kunnen beoordelen of informatie relevant is voor bewijsvoering, daarnaast kennis van het concrete onderzoek of de informatie ook daarvoor relevant is. Het eenvoudig overhevelen van de “geheimhoudersopsporingsambtenaren” van de opsporingsdiensten naar het kabinet RC is door de wisselende functionarissen die deze rol vervullen niet aan de orde.

Gezien het voorgaande zou de KMar willen adviseren duidelijk in de MvT op te nemen, of bij algemene maatregel van bestuur te regelen, dat functionarissen bij de opsporingsdiensten die in het geheel niet bij het concrete onderzoek zijn of later worden betrokken, een marginale toets kunnen uitoefenen (conform huidige werkwijze). Zij kunnen slechts globaal kennis nemen van de informatie ten behoeve van de beoordeling of sprake is van verschoningsgerechtigde informatie en of het de onderzoeksperiode betreft. Daarbij is slechts een ‘kop-staart beoordeling’ (briefhoofd, datum en onderwerp-regel plus de ondertekening) toegestaan. Door deze procedure is een balans tussen voldoende waarborgen voor het verschoningsrecht en het maatschappelijke belang van de waarheidsvinding zonder dat de RC onnodig wordt belast en onderzoeken te lang gaan duren. Een andere optie is een ‘geheimhoudersopsporingsambtenaar’ tijdelijk voor dat onderzoek te kunnen laten beëdigden bij het kabinet RC zodat zij fungerend als medewerker van het kabinet, de inhoud van de (digitale) stukken kunnen beoordelen.

Hoofdstuk 8 Heimelijke bevoegdheden

52. (heimelijkheid)

Hoofdstuk 8 heet heimelijke bevoegdheden. De MvT verklaart in paragraaf 10.1 de keuze voor deze benaming: *De bevoegdheden in dit hoofdstuk hebben ‘het centrale kenmerk dat zij heimelijk worden uitgeoefend, wat wil zeggen dat de persoon ten aanzien van wie de bevoegdheid wordt uitgeoefend, vooraf van deze uitoefening geen kennis heeft en dat hem daarvan pas later mededeling wordt gedaan.’* Hiermee wordt gesteld dat de andere bevoegdheden dus niet heimelijk zijn. Echter inherent aan een opsporingsonderzoek is dat de daarvoor ingezette opsporingsbevoegdheden gedurende enige tijd niet kenbaar zijn voor de verdachte. In het merendeel van de opsporingsonderzoeken zal de verdachte bijvoorbeeld niet op voorhand worden gekend in welke getuigen worden gehoord (hoofdstuk 3), welk vergelijkend sporenonderzoek (van gevonden DNA, vingerafdrukken, handschrift en stem) wordt verricht (hoofdstuk 6) en welke voorwerpen of gegevens, te denken valt aan camerabeelden en bankgegevens, in beslag worden genomen (hoofdstuk 7). Ook deze bevoegdheden kunnen dus heimelijk worden verricht. Het advies is daarom de benaming te wijzigen, bijvoorbeeld in ‘zware’ of ‘diepgaande’ bevoegdheden wegens de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, of ‘periodieke’, ‘tijdelijke’, of ‘voortdurende’ bevoegdheden doordat deze bevoegdheden gedurende een bepaalde tijd kunnen worden uitgeoefend (artikel 2.8.1.1.1, lid 2 sub g).

53.

Artikel 2.8.1.1.1 (combibevel)

De MvT bij dit artikel met een verwijzing naar paragraaf 10.3 meldt dat dit wetsvoorstel, evenals het huidige wetboek, het opnemen van meerdere bevoegdheden in één bevel toestaat, mits uiteraard aan alle afzonderlijke toepassingseisen wordt voldaan. Daarbij wordt terecht opgemerkt dat als de toepassingsvoorwaarden van de bevoegdheden verder uiteenlopen, het om praktische redenen voor de hand ligt dat eerder zal worden gekozen voor afzonderlijke bevelen dan voor een ‘combibevel’. Van het opnemen van een expliciete mogelijkheid tot een ‘combibevel’ is afgezien (met uitzondering van artikel 2.6.1.1, lid 2 onder a), omdat, zo staat in paragraaf 10.3, een impactanalyse van het openbaar ministerie en de politie heeft uitgewezen dat geen administratieve lastenverlichting wordt verwacht. Dit onderschrijft de KMar als de maximale geldigheidsduur niet gelijk wordt getrokken

voor alle heimelijke bevoegdheden. De KMar wil dan ook voor een gelijktrekking pleiten en wel voor een gelijke maximale geldigheidsduur, het liefst van drie maanden. Het maakt het stelsel niet alleen eenvoudiger, ook de met het wetsvoorstel beoogde administratieve lastenverlichting zal meer kunnen worden gerealiseerd, doordat bij grote onderzoeken naar zware criminaliteit in de praktijk veelal van (meerdere) verlengingen sprake is. Ook is de geldigheidsduur van een aantal heimelijke bevoegdheden en het verkennend onderzoek gesteld op drie maanden waarbij kan worden aangesloten (bijvoorbeeld de artikelen 2.8.2.1.1 stelselmatige observatie, 2.8.2.4.1 stelselmatige vastlegging van persoonsgegevens uit openbare bronnen, 2.8.2.5.1 stelselmatige inwinning van informatie en de betredingsbevoegdheid ter voorbereiding in artikel 2.8.2.8.1, lid 7 jo. lid 6). Daarbij hebben de heimelijke bevoegdheden van infiltratie (artikel 2.8.2.6.1) en pseudokoop, of -dienstverlening (artikel 2.8.2.3.1) om voor de hand liggende redenen geen maximale geldigheidsduur. Indien drie maanden in een concrete zaak wegens de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit als te lang moet worden geacht in verband met de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte (en eventuele anderen) en de concrete ernst van het vermoedelijk begane strafbare feit, is de desbetreffende autoriteit (OvJ of RC) vrij te bepalen dat het bevel voor die specifieke opsporingsbevoegdheid een kortere geldigheidsduur krijgt. De rechtswaarborgen zijn daardoor niet in het geding. De door de KMar geadviseerde gelijkstelling van de geldigheidsduur sluit dan eveneens aan bij de vereenvoudiging van het systeem van de verdenkingscriteria: *'het nieuwe systeem moet (1) eenvoudiger, consistent en overzichtelijk zijn en gelden voor in beginsel alle bevoegdheden, en moet (2) uit een oogpunt van rechtswaarborgen en effectiviteit van de opsporing evenwichtig zijn.'* Zie MvT, paragraaf 2.3.1.

54.

Artikel 2.8.1.6.1 (doorlaten personen)

Dit artikel geeft uiting aan het doorlaatverbod van bijvoorbeeld harddrugs. De inbeslagneming van dergelijke voorwerpen mag alleen in het belang van het onderzoek worden uitgesteld, niet afgesteld. De KMar zou willen pleiten voor een gelijksoortige bevoegdheid ten aanzien van het doorlaten van personen ingeval van mensensmokkel. Mensensmokkel is een van de specifiek aan de KMar opgedragen politietaken (artikel 4, lid 1 onder g van de Politiewet). Het doorlaten van personen is vooral relevant bij de bestrijding van de organisaties achter mensensmokkel (197a Sr). Mensensmokkel is een zwaar feit waar vier tot 15 jaar gevangenisstraf of een geldboete van de vijfde categorie op staat. Momenteel is het kunnen doorlaten van personen niet geregeld in de wet. De rechter grijpt terug op artikel 126ff Sv, waarop artikel 2.8.1.6.1 is gebaseerd. Zie de volgende twee uitspraken:

- ECLI:NL:RBHAA:2001:AD5802

In deze zaak heeft de raadsman een beroep gedaan op de niet ontvankelijkheid van de officier van justitie in zijn vervolging, aangezien het opsporingsteam zou hebben gehandeld in strijd met de algemene belangen van integere strafrechtspleging door in strijd met het verbod op doorlating te handelen. Niet met toepassing van artikel 126ff Sv is aanstonds na ontvangst van het faxbericht van de Liaison Officer van de Canadese ambassade gericht aan de CID op Schiphol Airport d.d. 22 november 2000 tot observatie van de aviobrug en vervolgens tot aanhouding van de verdachten overgegaan. De rechtbank is vervolgens echter van oordeel dat het geval van artikel 126ff Sv zich niet voordoet, reeds omdat bij de op 22 november 2000 bekende stand van zaken niet gezegd kan worden dat de officier van justitie en de marechaussee beschikten over wetenschap dat er illegale personen gesmokkeld werden. Daarenboven zou, indien deze wetenschap wel aanwezig zou zijn geweest, het verweer zijn afgestuit op het gegeven dat het in genoemd artikel weergegeven verbod niet van toepassing is in de onderhavige situatie, nu er in het onderhavige geval geen sprake is van *mensenhandel* of *wederrechtelijke vrijheidsberoving* en evenmin gezegd kan worden dat er sprake was van mensensmokkel *waardoor de te smokkelen personen in mensonwaardige situaties werden gebracht*.

- ECLI:NL:RBROT:2001:AB1552

In deze zaak kwam aan de orde dat in het recht opsporingsbevoegdheden niet alleen zijn gekoppeld aan normen die strekken tot bescherming van de verdachte in een concrete zaak, maar ook aan normen die de goede werking en integriteit van het opsporingsapparaat dienen, alsmede de beperking van gevaren die bepaalde opsporingsmethoden voor de samenleving kunnen opleveren. Het verbod van doorlaten van gevaarlijke goederen is daarvan een voorbeeld (126ff Sv), zo stelde de rechtbank. Slechts onder wettelijk aangegeven beperkingen is doorlaten van voorwerpen als opsporingsmethode toegelaten. Naar analogie daarvan is door de minister van justitie in het parlement - zakelijk weergegeven - gesteld, dat hij het *doorlaten van mensen in geval van mensenhandel ontoelaatbaar acht en doorlaten in geval van mensensmokkel niet op voorhand ontoelaatbaar acht indien er geen sprake is van inhumaan vervoer, en/of een perspectief van uitbuiting of anderszins mensonterende omstandigheden* (zie T.K. 1999-2000, Aangangsel van de handelingen, nr. 1736 en de aldaar vermelde bronnen). Het transport van zestig mensen naar Engeland in een koelcontainer met een deklading tomaten is volgens de rechtbank zonder twijfel een situatie waarin de door het parlement geaccepteerde norm van de minister van justitie tot ingrijpen noopt, zodra de politie daarvan op de hoogte is. De verdediging heeft in verschillende bewoordingen gesteld dat de politie op de hoogte was, dan wel op de hoogte had moeten zijn van het mensensmokkeltransport van 18 juni 2000.

Het voorgaande klinkt door in het bepaalde in paragraaf 4.1 van de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden van het College van Procureurs-generaal d.d. 1 september 2014: *'Hoewel er in art. 126ff Sv uitsluitend wordt gesproken over voorwerpen, geldt in gevallen waarbij misdrijven worden gepleegd waarbij de menselijke waardigheid direct in het geding is een verbod op het doorlaten van personen in de zin van het laten voortduren van bedoelde misdrijven. Dit verbod is het resultaat van een door de Tweede Kamer aanvaarde motie (Kamerstukken II 1998/99, 25 403, nrs. 30 en 35). In deze motie sprak de Kamer uit dat "het doorlaten van personen in de zin van het laten voortduren van bedoelde misdrijven niet aanvaardbaar is, ook niet met het oog op zwaarwegende opsporingsbelangen"*.

Voorbeelden van misdrijven waarbij de menselijke waardigheid direct in het geding is, zijn mensensmokkel, mensenhandel en wederrechtelijke vrijheidsberoving. Er kan sprake zijn van mensenwaardige situaties indien het vervoer van de personen mensenwaardig is (bijvoorbeeld doordat dit vervoer plaatsvindt in containers of laadbakken) dan wel wanneer de gesmokkelde personen in het land van bestemming kennelijk terecht komen in een situatie waarin zij gedwongen worden in mensenwaardige omstandigheden te verkeren, zoals in geval van gedwongen prostitutie.

De Tweede Kamer is akkoord gegaan met een beperkte uitzonderingsmogelijkheid op het verbod op doorlaten van personen. In geval van mensensmokkel, dat wil zeggen situaties waarin mensen vrijwillig en vaak tegen betaling zich illegaal verblijf verschaffen, is het toegestaan om af te zien van de verplichting tot aanhouding van personen die illegaal in Nederland verblijven en hen die daarbij behulpzaam zijn (Kamerstukken II 1998/99, 25 403, nr. 35). In dat geval moet vooraf wel vaststaan dat:

- er daadwerkelijk sprake is van vrijwilligheid, en*
- de personen daarbij niet in mensenwaardige situaties verkeren of komen te verkeren, en*
- redelijkerwijs is te verwachten dat door niet in te grijpen belangrijke verdachten kunnen worden*
- geïdentificeerd en aangehouden, en*
- het onderzoek niet op andere wijze tot dit resultaat kan leiden.*

Vornoemde uitzonderingsmogelijkheid is dus niet van toepassing in geval van mensenhandel. Bij mensenhandel gaat het namelijk om situaties waarin mensen tegen hun wil hun vrijheid is benomen,

zoals in geval van gedwongen prostitutie. Bij verdenking van mensenhandel mogen dan ook nimmer mensen worden doorgelaten.'

De KMar adviseert het doorlaten van personen, onder genoemde voorwaarden, te codificeren. Zodoende wordt een wettelijke basis geboden en wordt tevens tegemoet gekomen aan een aantal doelen van de modernisering, te weten een voor professionals en burgers toegankelijk wetboek en een effectieve opsporing (Contourennota).

55.

Artikel 2.8.2.3.1 (pseudo-verkoop)

De KMar zou willen pleiten voor het opnemen van een opsporingsbevoegdheid tot pseudo-verkoop. Naast de bevoegdheid tot pseudokoop, zou pseudoverkoop een effectief middel kunnen zijn om moeilijk op te sporen criminaliteit zowel te ontmoedigen als op te kunnen sporen. Met name voor de KMar zou deze bevoegdheid van belang kunnen zijn bij de haar opgelegde politietaken in artikel 4, lid 1 onder g van de Politiewet, zijnde het bestrijden van mensensmokkel en fraude met reis- en identiteitsdocumenten. Veel criminaliteit wordt complexer en omvangrijker door technologie, digitalisering, toegang tot *big data* en onoverzichtelijke en fluïde netwerken en is daardoor moeilijker te traceren (2). Zo speelt criminaliteit zich meer en meer af op het (*dark*)web. Binnen diverse onderzoeken van de KMar is naar voren gekomen dat er valse identiteitsdocumenten en smokkelreizen worden verhandeld middels het (*dark*)web. Door op dat (*dark*)web identiteitsdocumenten (geen valse/vervalste in verband met het verbod op handel daarin, zie de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden van 2014, paragraaf 2.8) aan te bieden, geeft dat kansen om via die weg bijvoorbeeld de facilitator in de vorm van documentvervalser, of identificeerbare mensensmokkelaars te achterhalen. Uiteraard dient hierbij het uitlokkingsverbod (het Talloncriterium, vastgelegd in artikel 2.1.2.3) in acht te worden genomen. Zo wordt in paragraaf 3.1.3 van de MvT van boek 2 jurisprudentie van de HR aangehaald waaruit de voorwaarde wordt gedestilleerd dat bij de inzet van lokmiddelen (bijvoorbeeld een fiets of auto) de verdachte niet op *andere* handelingen wordt gebracht dan die waarop zijn opzet al tevoren was gericht. Dit zal voor het aanbieden van diensten (smokkelreizen) niet anders zijn.

Daarnaast kan de bevoegdheid ook van belang zijn bij strafbare feiten als:

- handel in illegale diersoorten (en lichaamsdelen)
- fraude met waardepapieren
- (militaire) wapenhandel
- drugshandel
- mensenhandel (onvrijwillig i.t.t. mensensmokkel)

56.

Artikel 2.8.2.6.1 (infiltratie)

Via 2.8.1.1.1 dat voor alle bevoegdheden in hoofdstuk 2.8 geldt, zou in het bevel tot infiltratie ook de geldigheidsduur van het bevel of het tijdstip waarop dan wel de periode waarbinnen aan het bevel uitvoering wordt gegeven, moeten worden vermeld (zie lid 2 onder g). Bij een infiltratie is dit lastig te bepalen. In de MvT is dan ook toegelicht waarom geen termijn wordt gesteld. In aanvulling daarop zou in het artikel 2.8.2.6.1, lid 3 kunnen worden opgenomen dat in afwijking van artikel 2.8.1.1.1 lid 2 onder g *'het tijdstip wordt vermeld vanaf wanneer uitvoering aan het bevel wordt gegeven.'*

57.

Artikel 2.8.2.7.1 (indien het belang van het onderzoek het dringend vereist)

Voor de inzet van het opsporingsmiddel 'tappen' is naast de verdenking van een bepaald misdrijf niet

² Zie ook het rapport van maart 2017 van de Commissie-Van den Emster 'De toekomst van de strafrechtspleging: Ambities voor gezamenlijke versterking'. Een oproep aan het nieuwe kabinet van Politie, Openbaar Ministerie en de Rechtspraak.

alleen een machtiging van de RC vereist, maar ook dat het belang van het onderzoek de inzet hiervan dringend vereist. Een gelijke voorwaarde wordt gesteld bij bijvoorbeeld infiltratie (artikel 2.8.2.6.1.), OVC (artikel 2.8.2.8.1.) en onderzoek aan de kleding en het lichaam van een derde (artikelen 2.6.2.1, lid 5 en 2.6.3.1, lid 3). Deze eis lijkt dubbelop door de subsidiariteitsbeginsel die is neergelegd in artikel 2.1.2.2 'het daarmee beoogde doel niet op een andere en minder ingrijpende manier kan worden bereikt'. In paragraaf 3.1.2 van de MvT wordt een toelichting gegeven waarom beide vereisten naast elkaar gewenst worden geacht door de wetgever:

'Aandacht verdient dat de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in de wettelijke omschrijving van een aantal bevoegdheden in toegespitste vorm terugkomen. Voorbeelden van wettelijke toepassingscriteria die aan vooral het subsidiariteitsbeginsel uitdrukking geven, zijn "bij dringende noodzakelijkheid" en "indien het onderzoek dit dringend vordert". Zo geldt voor het afluisteren van vertrouwelijke communicatie met een technisch hulpmiddel onder meer als voorwaarde dat het onderzoek dit "dringend vordert". En alleen wanneer het onderzoek dit dringend vordert, mag daartoe een woning zonder toestemming van de bewoner worden betreden. De vraag rijst of dergelijke formuleringen, die vooral refereren aan het subsidiariteitsbeginsel, naast de voorgestelde algemene bepaling toegevoegde waarde behouden. De onderzoekers van het onderzoeksproject Strafvordering 2001 beantwoordden deze vraag met betrekking tot formuleringen die verwijzen naar de "dringende noodzaak" om een bevoegdheid uit te oefenen, bevestigend. Zij menen dat de wetgever door het gebruik van dergelijke formuleringen ten opzichte van de algemene beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in zoverre "extra eisen" stelt dat daarin ook een doelmatigheidsafweging besloten ligt, en dat wanneer de rechter-commissaris een machtiging moet afgeven voor dergelijke, alleen bij dringende noodzaak in te zetten, bevoegdheden, hij niet alleen de rechtmatigheid van die inzet beoordeelt, maar daarbij tevens doelmatigheidsafwegingen in zijn oordeel betreft. In dat geval zal de rechter-commissaris volgens de onderzoekers dus ook de beleidsmatige keuze van de officier van justitie vol moeten toetsen, en kan hij niet volstaan met het oordeel dat de officier van justitie in redelijkheid heeft kunnen komen tot het standpunt dat de dringende noodzaak tot inzet van de bevoegdheid aanwezig is.'

Zo uitgelegd dringt de RC diep in de bedrijfsvoering (beleid) van de opsporingsdiensten. Immers een marginale toets wordt duidelijk niet bedoeld. De vraag kan gesteld worden of een RC, die op enige afstand staat van de opsporingsdiensten, het beleid *in volle kán* toetsen, maar ook of dit een taak van een RC, die gaat over de rechtmatigheid, zou moeten zijn in het opsporingsproces. Een marginale toets lijkt meer op zijn plaats, als al meer zou moeten worden geëist dan de 'reguliere' subsidiariteitstoets. Een gedegen belangenafweging wordt daarnaast bewerkstelligd doordat de OvJ verplicht is om bij een aantal opsporingsbevoegdheden, na advies van de Centrale Toetsingscommissie, toestemming te vragen aan het College van procureurs-generaal (zie bij punt 14 aangehaalde Aanwijzing opsporingsbevoegdheden).

Doordat verderop in de MvT bij artikel 2.7.3.3.3 (bevel uitlevering) een andere uitleg wordt gegeven van de eis 'indien het belang van het onderzoek dit dringend vereist'. Daar wordt gesteld dat de OvJ alleen tot het bevel uitlevering kan overgaan 'indien het onderzoek zonder die gegevens niet verder komt'. Een inhoudelijk andere uitleg wekt niet alleen verwarring, maar met deze laatste uitleg wordt tevens gesuggereerd dat de desbetreffende opsporingsbevoegdheid in de concrete casus het laatste redmiddel, de laatste optie of enige mogelijkheid is. In de praktijk zijn er meestal meerdere mogelijkheden om te trachten bewijs te vergaren. Welk opsporingsmiddel wordt gekozen, hangt ten eerste af van het subsidiariteitsbeginsel, maar ook van onder andere het proportionaliteitsbeginsel, menselijke capaciteit, financiële middelen, verwachte duur van de inzet, de inschatting dat het feitelijk bewijs zal opleveren en opsporingsstrategie. Door een eis te stellen dat de opsporingsbevoegdheid pas mag worden gebruikt als dit de enige, nog overblijvende optie is, staat dan op gespannen voet met een effectieve opsporing. Enige ruimte in het afwegingsproces over welk opsporingsmiddel wanneer, of misschien beter gelijktijdig met een ander middel kan worden ingezet,

is noodzakelijk om tot een effectieve opsporing te kunnen komen. Daarnaast wordt de keuze tussen bijvoorbeeld drie in dat onderzoek mogelijke opsporingsbevoegdheden, zoals een tap, het inzetten van OVC en een bevel aan een derde van uitlevering van toekomstige gegevens, bemoeilijkt als de eis bij al deze bevoegdheden wordt gesteld. Welke bevoegdheid heeft dan voorrang?

Het advies is daarom ofwel de eis te schrappen in alle artikelen waarin deze wordt gesteld, ofwel in de MvT op te nemen dat dit vereiste niet is bedoeld als een volledige doelmatigheidstoets, maar dat de inzet aan het oordeel kan worden onderworpen (van de RC of latere rechter) of *'de officier van justitie in redelijkheid heeft kunnen komen tot het standpunt dat de dringende noodzaak tot inzet van de bevoegdheid aanwezig is.'*

58.

Artikel 2.8.2.7.3 (scanapparatuur)

Zoals al eerder is benadrukt hecht de KMar aan de gelijkstelling van de opsporingsambtenaren van de politie en de KMar (en de BOD'n) met betrekking tot de toekenning van opsporingsbevoegdheden. In de MvT bij artikel 2.8.2.5.1 is de rechtvaardiging hiervoor reeds treffend verwoord. Niet valt in te zien waarom inzet van scanapparatuur nog wel een onderscheid tussen de opsporingsdiensten rechtvaardigt, de MvT bij artikel 2.8.2.7.3 vermeldt hier ook niets over. De kwaliteit en zorgvuldigheid bij de toepassing van deze opsporingsmethode zou eenvoudig (en consistent) kunnen worden ondervangen door in het artikel een bepaling op te nemen zoals in artikel 2.8.2.5.1, lid 3: *'Bij algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld ten aanzien van de eisen van bekwaamheid waaraan de opsporingsambtenaar moet voldoen.'* De zinsnede in lid 1 *'aan een ambtenaar als bedoeld in artikel 3.22, vierde lid, van die wet'* zou dan kunnen worden gewijzigd in *'aan de opsporingsambtenaar'*. Het advies is dan ook het artikel overeenkomstig te wijzigen en de aanwijzing die voortvloeit uit artikel 3.22, lid 4 Telecommunicatiewet aan te passen.

De MvT bij het artikel 2.8.2.7.3 stelt *'Nadat het nummer is achterhaald, mag de apparatuur niet langer worden ingezet en moet de uitvoering van het bevel worden beëindigd. Dit volgt ook uit de tekst van het derde lid.'* Dat de uitvoering van een gegeven bevoegdheid moet worden stopgezet als het doel is behaald, is evident en volgt reeds uit de artikelen 2.1.2.1 en 2.1.2.2 (doelbinding en proportionaliteit). Het zou daarom ook kunnen worden weggelaten. Temeer daar het derde lid ook anders kan worden geïnterpreteerd door de formulering: *'wordt het bevel beëindigd'* en niet *'wordt de uitvoering van het bevel beëindigd'*. Het wekt door deze formulering de suggestie dat een proces-verbaal aanvraag beëindiging en een bevel beëindiging moeten worden opgesteld wat een (dus onnodige) lastenverzwaring zou betekenen. Gezien de genoemde artikelen 2.1.2.1 en 2.1.2.2 zou het ook een onnodige lastenverzwaring betekenen. Dit zal waarschijnlijk niet zijn bedoeld. Uit het voorgaande volgt het advies de tweede zin in het derde lid van artikel 2.8.2.7.3 te schrappen.

59.

Artikel 2.8.2.8.1 (eenmaal verlengen voorbereidingsbevel)

Dit artikel geeft de opsporingsbevoegdheid om vertrouwelijke communicatie vast te leggen en daartoe op voorhand plaatsen te betreden ter voorbereiding (lid 6). Deze opzet wordt door de KMar toegejuicht doordat dit tegemoet komt aan de behoefte uit de opsporing en uitvoeringsproblemen zo in de toekomst kunnen worden voorkomen. Beide bevelen kunnen zoals alle bevelen worden verlengd. Hierop is een uitzondering, te weten het bevel tot infiltratie ex artikel 2.8.2.6.1. Aan een bevel tot infiltratie is geen termijn gekoppeld wat is toegelicht in de MvT bij dat artikel. Lid 7 van artikel 2.8.2.8.1 stelt echter dat het bevel tot het betreden slechts eenmaal kan worden verlengd. Dit is derhalve niet consistent met de andere bevelen in hoofdstuk 8 (m.u.v. bevel infiltratie zoals hierboven beschreven). De achterliggende reden is evenmin toegelicht. Ondanks dat met de opzet van het artikel (bevel vastleggen losgekoppeld van bevel betreden ter voorbereiding) tegemoet wordt gekomen aan de behoefte vanuit de opsporing, valt niet in te zien waarom het betredingsbevel is beperkt tot maximaal 6 maanden. In de praktijk kunnen er allerlei redenen zijn

waaronder het plaatsen van de opnameapparatuur niet binnen die termijn slaagt. Zo kan de verdachte alsnog niet op vakantie gaan, bezoek krijgen, een hond hebben aangeschaft et cetera, waardoor het plaatsen van de apparatuur moet worden uitgesteld. Iedere verlenging dient te worden gemotiveerd zodat kan worden getoetst aan de eisen van proportionaliteit, subsidiariteit en het onderzoeksbelang. Daarmee is naar de mening van de KMar afdoende geborgd dat de verlenging rechtens houdbaar is.

Het advies is daarom het woord 'eenmalig' in het zevende lid van dit artikel te schrappen.

