

De algemene taakomschrijving van de politie en de waarde(n) van het legaliteitsbeginsel

Prof.mr. R.J.B. Schutgens & mr. T.M.A. Arts*

Hoge Raad 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1562 (*Inzet IMSI-catcher*)

Q: 'Wat is het legaliteitsbeginsel?'

A: 'Dat alles wat de overheid doet, moet berusten op de wet.'

Dit dialoogje is tienduizenden malen per jaar te horen bij werkcolleges en mondelinge tentamens aan Nederlandse juridische faculteiten. Het bovenstaande antwoord rekenen wij – in Nijmegen – gewoon goed. Toch is het eigenlijk niet juist. Niet *iedere* handeling die de overheid kan verrichten, valt onder het legaliteitsbeginsel. Als de premier zou besluiten om het Catshuis rood-wit-blauw te laten schilderen, dan heeft hij daarvoor geen specifieke wettelijke bevoegdheid nodig. Zeker, als eigenaar van het Catshuis heeft de Staat krachtens artikel 5:1 BW de beheersbevoegdheid over dat pand, maar iedere willekeurige (volgende) eigenaar zou die bevoegdheid ook hebben. Een specifieke wet is voor het schilderen van het Catshuis niet nodig. Ook tot het sturen van een kamerbrief, het veranderen van het lettertype voor overheidscommunicatie of het van overheidswege aanschrijven van studenten met 'je' kan zonder grondslag in de wet worden besloten. De overheid kan vaak dus wel degelijk rechtmatig optreden zonder specifieke wettelijke bevoegdheid. Dat roept de vraag op, welk overheidshandelen dan wél op de wet moet berusten. En: áls overheidshandelen moet berusten op de wet, hoe specifiek moet de toegestane handeling dan worden omschreven?

Deze twee vragen zijn van groot belang voor ieder die zich verdiept in het staatsrecht. In het onderstaande, overigens strafrechtelijke, arrest komen zij aan de orde. In deze zaak heeft de politie gebruikgemaakt van een zogenaamde 'IMSI-catcher', een apparaat waarmee locatie- en nummergegevens van mobiel telefoonverkeer uit de lucht geplukt kunnen worden. In casu werd een IMSI-catcher gebruikt om te achterhalen waar een van poging tot doodslag en zware mishandeling verdachte persoon zich bevond, zodat men hem kon aanhouden. Voor een dergelijk gebruik van dit apparaat kent de wet geen uitdrukkelijke grondslag.¹ De raadsman van verdachte betoogt daarom dat het OM niet-ontvankelijk verklaard had moeten worden: bij de aanhouding van zijn cliënt is volgens hem het legaliteitsbeginsel geschonden.

De Hoge Raad staat dit gebruik van het apparaat echter toe, zij het onder voorwaarden. Dit sluit aan bij eerdere arresten waarin de Hoge Raad het legaliteitsbeginsel nogal pragmatisch en volgens ons (erg) rekkelijk opvat (of omzeilt) door in de globale taakomschrijving van artikel 3 Politiewet concrete strafvorderlijke bevoegdheden geïmpliceerd te achten.

Hieronder volgen de kernoverwegingen van de Hoge Raad en ons commentaar.

* Roel Schutgens en Timo Arts zijn hoogleraar respectievelijk student-assistent Algemene Rechtswetenschap aan de Radboud Universiteit

Nijmegen.

1 In gelijke zin punt 5.5 van de conclusie A-G Knigge bij dit arrest, onder verwijzing naar:

T. Blom, *T&C Strafvoeding* (10e druk), art. 126nb, aant. 2.

Kernoverwegingen

3.4 Het gaat in deze zaak om het volgende. Bij de opsporing van de verdachte is met toestemming van de Officier van Justitie een zogenoemde IMSI-catcher ingezet, teneinde het geografisch gebied af te bakenen waarbinnen de GSM-telefoon van de verdachte, waarvan het nummer reeds bekend was, zich bevond. Met behulp van dit middel kan worden bepaald op welke plaats (de gebruiker van) de GSM-telefoon zich bevindt, zonder dat kan worden waargenomen wat de gebruiker doet of zegt. Met behulp van dit middel is de verdachte getraceerd en aangehouden.

3.5.1. Voor zover het middel berust op de opvatting dat de inzet van de zogenoemde IMSI-catcher op de in 3.4 omschreven wijze is geregeld in art. 126nb (oud) Sv, is deze opvatting onjuist. Dat artikel betreft immers slechts de bevoegdheid om met behulp van in dat artikel bedoelde apparatuur - waaronder de IMSI-catcher - het nummer te verkrijgen waarmee de gebruiker van een communicatiedienst kan worden geïdentificeerd. Art. 126nb (oud) Sv en art. 3.10 (oud) Telecommunicatiewet sluiten naar tekst en strekking niet uit dat de IMSI-catcher ook buiten de daarin genoemde gevallen mag worden gebruikt, zoals om het geografisch gebied af te bakenen waarbinnen (de gebruiker van) de GSM-telefoon zich bevindt.

3.5.2. De onderhavige inzet van de IMSI-catcher is als zodanig niet in een daarop toegesneden wettelijke bepaling geregeld. Voor een niet specifiek in de wet geregelde wijze van opsporing als in deze zaak aan de orde moet worden aangenomen dat de opsporingsambtenaren op grond van art. 2 (oud) Politiewet 1993 (thans art. 3 Politiewet 2012) en art. 141 en 142 Sv, zoals in de rechtspraak van de Hoge Raad uitgelegd, alleen bevoegd zijn haar in te zetten op een wijze die een beperkte inbreuk maakt op grondrechten van burgers en die niet zeer risicovol is voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing. In het bijzonder kan de toepassing van deze opsporingsmethode jegens de gebruiker van de GSM-telefoon onrechtmatig zijn indien zij in verband met de duur, intensiteit en frequentie ervan geschikt is om een min of meer compleet beeld te verkrijgen van bepaalde aspecten van het persoonlijk leven van de betrokkene.

3.6. Het oordeel van het Hof dat de inzet van de IMSI-catcher in de gegeven omstandigheden slechts een zo beperkte inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte dat voor dat gebruik art. 2 (oud) Politiewet 1993 (thans art. 3 Politiewet 2012) een toereikende wettelijke grondslag biedt, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Of dat oordeel begrijpelijk is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In het onderhavige geval is dat oordeel niet onbegrijpelijk, mede in aanmerking genomen de kennelijk korte duur van de inzet van het apparaat waarvoor toestemming is gegeven door de Officier van Justitie.

Noot

1 De inzet van niet specifiek in de wet neergelegde opsporingsmethoden

Onder 3.5.2 overweegt de Hoge Raad dat de onderhavige inzet van de IMSI-catcher niet als zodanig in een daarop toegesneden wettelijke bepaling is geregeld. Tegelijkertijd blijkt hij van oordeel dat de algemene wettelijke taakomschrijving van de politie in dit geval een voldoende wettelijke grondslag biedt voor dit concrete gebruik van de IMSI-catcher. Deze algemene taakomschrijving in de Politiewet luidt:

De politie heeft tot taak in ondergeschiktheid aan het bevoegde gezag en in overeenstemming met de geldende rechtsregels te zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven.²

Het hier besproken arrest is niet het enige waarin de Hoge Raad niet in de wet geregelde opsporingsmethoden toelaatbaar heeft geoordeeld door terug te grijpen op deze uiterst globale bepaling. Al eerder greep hij de algemene taakomschrijving in de Politiewet (al dan niet met zoveel woorden) aan om daar bevoegdheden van de politie aan op te hangen, zowel ter handhaving van de openbare orde³ als ter strafrechtelijke handhaving.⁴

In het *Zwolsman*-arrest,⁵ dat (onder andere) zag op strafrechtelijke handhaving, heeft de Hoge Raad deze jurisprudentie wel iets aangescherpt. In dit arrest staat de Hoge Raad weliswaar toe dat het gebruik van opsporingsmethoden die niet specifiek in de wet worden geregeld zijn grondslag vindt in de taakomschrijving van de politie, maar slechts voor zover het gebruik van die opsporingsmethoden een beperkte inbreuk maakt op de grondrechten van burgers.⁶

Ook in latere arresten oordeelt de Hoge Raad (wederom al dan niet met zoveel woorden) dat de algemene taakomschrijving in de Politiewet een voldoende wettelijke basis kan zijn voor het gebruik van bepaalde, niet in de wet geregelde opsporingsmethoden.⁷ In die arresten toetst de Hoge Raad, net als in het *Zwolsman*-arrest, veelal aan het criterium dat het moet gaan om opsporingsmethoden die slechts een beperkte inbreuk maken op de grondrechten van burgers.⁸ Daarnaast heeft de Hoge Raad meer dan eens

² Deze algemene taakomschrijving is neergelegd in art. 3 Politiewet 2012. Eerdere versies van de Politiewet (art. 2 Politiewet 1993 en art. 28 Politiewet 1957) bevatten een gelijklopende taakomschrijving. In het onderhavige arrest noemt de Hoge Raad, zoals wel vaker, de taakomschrijvingen in art. 141 en 141 Sv in één adem met de taakomschrijving van de politie in de Politiewet. Materieel verschillen de taakomschrijvingen in de Politiewet en het Wetboek van Strafvordering echter nauwelijks van elkaar. Daarom richten wij ons alleen richten op de algemene taakomschrijving in de Politiewet.

³ Zie bijvoorbeeld: HR 24 oktober 1961, *NJ* 1962/86 (*Zeijense nachtraker*) en HR 22 februari 1977, *NJ* 1977/288 (*Rode vlag-arrest*).

⁴ Zie bijvoorbeeld: HR 16 december 1975, *NJ* 1976/491; HR 4 december 1979, *NJ* 1980/356

(*Tallon*) en HR 14 oktober 1986, *NJ* 1988/511 (*Schaduw*). Het onderscheid dat wij maken tussen handhaving van de openbare orde en strafrechtelijke handhaving is ontleend aan: H.J.B. Sackers, *T&C Strafvordering* 2012, art. 3 Politiewet (online in Kluster Navigator, laatst bijgewerkt op 3 februari 2015).

⁵ HR 19 december 1995, *NJ* 1996/249, m.nt. T.M. Schalken.

⁶ HR 19 december 1995, *NJ* 1996/249, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 6.4.5.

⁷ Zie bijvoorbeeld: HR 21 maart 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5254; HR 10 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0970, *NJ* 2001/424; HR 20 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF5603, *NJ* 2009/225, m.nt. M.J. Borgers; HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0070, *NJ* 2012/159, m.nt. T.M. Schalken; HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:

BS1742, *NJ* 2012/160, m.nt. T.M. Schalken; HR 13 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9338, *NJ* 2013/413, m.nt. M.J. Borgers; HR 7 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:42, *RvdW* 2014/181; HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:477 en HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1563, *RvdW* 2014/903.

⁸ Wij gebruiken het woordje 'veelal' omdat in een aantal arresten door de Hoge Raad niet wordt gekeken naar de (beperkte) mate van inbreuk op de grondrechten van burgers, maar naar de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Zie bijvoorbeeld: HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BS1742, *NJ* 2012/160, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 2.4.2 en HR 7 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:42, *RvdW* 2014/181, r.o. 2.4. Een arrest waarin beide criteria worden gecombineerd: HR 13 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9338, *NJ* 2013/413, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 2.6.2.

overwogen dat het tevens moet gaan om een opsporingsmethode die niet zeer risicovol is voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing.⁹ Bij de beoordeling van dit criterium zijn volgens de Hoge Raad een aantal omstandigheden bepalend, zoals: de duur, de intensiteit en de frequentie waarmee de opsporingsmethode wordt ingezet.¹⁰

Het bovenstaande wordt door de Hoge Raad in rechts-overweging 3.5.2 van het hier besproken arrest gecombineerd tot één criterium.¹¹ Dit criterium is behoorlijk genuanceerd. Slechts onder bepaalde omstandigheden is het toegestaan dat het gebruik van niet in de wet geregelde opsporingsmethoden, zoals de onderhavige inzet van een IMSI-catcher, zijn grondslag vindt in de algemene wettelijke taakomschrijving in de Politiewet. Daarvoor is vereist dat de inzet van de opsporingsmethode slechts een beperkte inbreuk op de grondrechten van burgers maakt en dat zij niet zeer risicovol is voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing. Daarbij beziet de Hoge Raad of de opsporingsmethode gelet op de duur, intensiteit en frequentie van de inzet ervan geschikt is om een min of meer compleet beeld te verkrijgen van bepaalde aspecten van het persoonlijk leven van de betrokkene.¹² Is dat het geval, dan biedt de algemene taakomschrijving geen voldoende wettelijke basis voor de inzet van die opsporingsmethode; die globale taakomschrijving legitimeert dus slechts beperkte inbreuken op de grondrechten van de verdachte.

De Hoge Raad is in de loop der jaren dus terughoudender geworden met het afleiden van concrete opsporingsbevoegdheden uit de algemene omschrijving van de politietoek. Maar hoe genuanceerd het criterium van de Hoge Raad inmiddels ook moge zijn, staatsrechtelijk blijft het bij ons vraagtekens oproepen.¹³ Immers, staat met het oordeel van de Hoge Raad dat de opsporingshandeling niet op een specifieke wettelijke bepaling berust niet vast dat het legaliteitsbeginsel is geschonden? Wij menen van wel. Daarbij maakt het in onze ogen niet uit of het 'slechts' gaat om een beperkte inbreuk op de grondrechten van de burger of een ver(der)gaande inbreuk. Het oordeel van de Hoge Raad – dat overheidshandelen kan worden gebaseerd op een algemene, niet-bevoegdheidsverlenende bepaling – leidt onzes inziens dus per definitie tot het oordeel dat het legaliteitsbeginsel is geschonden, tenmin-

ste als daarmee burgers (ook al is het maar in beperkt mate) in hun grondrechten worden geraakt. Wij lichten dit standpunt hieronder toe. Eerst volgt wat theorie over het legaliteitsbeginsel.

2 Het legaliteitsbeginsel

Het legaliteitsbeginsel behoort tot de fundamenten van ons publiekrecht. Dat hele rechtsgebied is gebouwd op het dragende uitgangspunt dat de overheid burgers ter behartiging van het algemeen belang eenzijdig kan verplichten, maar dat zij dat slechts mag voor zover de wet haar daartoe welomschreven bevoegdheden toekent. Ten aanzien van dit beginsel zijn twee aspecten te onderscheiden. Ten eerste de vraag op welke soorten overheidshandelen het legaliteitsbeginsel van toepassing is. Dat wil zeggen: voor welke handelingen geldt dat een overheidsorgaan dat deze verricht, daarvoor een wettelijke basis moet kunnen aanwijzen? Ten tweede: als er voor een bepaalde overheidshandeling een wettelijke grondslag moet bestaan, hoe moet die grondslag er dan uitzien: welke regelgever mag haar stellen en hoe nauwkeurig en precies moet zij zijn? In het hier geannoteerde arrest stelt de Hoge Raad zich ten aanzien van dit tweede aspect volgens ons wat (erg) soepel op.

Om te beginnen echter de eerste kwestie. Ook al behoort het legaliteitsbeginsel tot de fundamenten van ons publiekrecht, toch is zijn 'toepassingsbereik' in het Nederlandse recht niet nauwkeurig vastgelegd. Een algemene, het gehele publiekrecht omspannende omschrijving van het legaliteitsbeginsel is noch in de Grondwet, noch elders te vinden.¹⁴

Het legaliteitsbeginsel is slechts voor deelreinen gecodificeerd: artikel 16 Gw eist dat straffen op een reeds bestaande wettelijke strafbepaling berusten;¹⁵ artikel 104 Gw eist dat belastingen slechts worden geheven uit kracht van een wet. Verder valt te denken aan enkele gewone formele wetsbepalingen, zoals artikel 1 Sr (een herhaling van art. 16 Gw), artikel 1 Sv met de norm dat ook strafvorderlijk handelen moet berusten op de wet, artikel 4:23 Awb dat een wettelijke grondslag vereist voor overheids-subsidies en artikel 5:4 Awb met een legaliteitseis voor bestuurlijke sancties. Al deze bepalingen zijn deelcodificaties van het algemene, ongeschreven legaliteitsbeginsel.

9 Zie bijvoorbeeld: HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0070, *NJ* 2012/159, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 2.6 en HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:477, r.o. 2.5.2.

10 Zie bijvoorbeeld: HR 21 maart 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5254, r.o. 3.5 en HR 13 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9338, *NJ* 2013/413, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 2.6.2. Uit deze uitspraken blijkt dat ook andere omstandigheden zoals de plaats en het gebruik van technische hulpmiddelen door de Hoge Raad weleens in zijn oordeel meegenomen worden. Het gaat in beide uitspraken overigens om (een vorm van) het observeren van een verdachte. De hier besproken uitspraak laat echter zien dat er (inmiddels) ook bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van andere opsporingsmethoden naar deze omstandigheden wordt gekeken.

11 Op de dag dat dit arrest afkwam, wees de Hoge Raad een tweede arrest over nagenoeg hetzelfde onderwerp. Zie: HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1563, *RvdW* 2014/903, met hetzelfde criterium als hier besproken.

12 Zie r.o. 3.5.2 van het arrest.

13 Het afleiden van bevoegdheden uit de algemene taakomschrijving heeft in het verleden bij meer auteurs vragen opgeroepen, zie bijv. M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging* (diss. UU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 75 met verdere verwijzingen. Zie ook G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht* (8e druk, bewerkt door M.J. Borgers), Deventer: Kluwer 2014, p. 25. Waarschijnlijk zijn de nuanceringen die de Hoge Raad in de loop der jaren heeft aangebracht mede door die kritiek ingegeven. Dat neemt niet weg,

dat de algemene taakomschrijving volgens ons beter helemaal niet kan worden aangewend als grondslag voor de eenzijdige aantasting van vrijheid of vermogen van de burger.

14 Overigens geldt dat voor wel meer beginselen die in doctrine en (inter)nationale literatuur worden gezien als fundamenten van de rechtsstaat, zoals de parlementaire vertrouwensregel, het hierna te bespreken *Bestimmtheitsgebot*, het recht op een eerlijk proces en het folterverbod.

15 Denk verder nog aan art. 89 Gw, op grond waarvan regelgeving van de rijksoverheid, die door een straf gehandhaafd wordt, alleen haar grondslag kan vinden in een wet in formele zin. De formele wet bepaalt de straf.

Dit algemene legaliteitsbeginsel wordt verder versterkt door de beperkingssystematiek van de grondwettelijke grondrechten. Die zijn haast alle zo geformuleerd dat het beschermde grondrecht uitsluitend kan worden ingeperkt door tussenkomst van de formele wetgever. Zo bijvoorbeeld artikel 10 Gw: ieder heeft, behoudens *bij of krachtens de wet* te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer. Overheidshandelen dat de privacy van de burger beknot, moet dus altijd zijn terug te voeren op een formele wet – ook als het niet gaat om strafvordering, subsidiëring, fiscaliteit of een bestuurlijke sanctie; de rechtsterreinen waarvoor het legaliteitsbeginsel als algemeen beginsel is gecodificeerd.

Al deze ‘brokjes legaliteitsbeginsels’ geven echter uitdrukking aan een achterliggend, algemeen beginsel. Wij zouden dat als volgt willen formuleren: steeds als de overheid de vrijheid, de persoon of het vermogen van de burger eenzijdig aantast, dient zij over een specifieke wettelijke bevoegdheid te beschikken.¹⁶ Dit beginsel – of een vergelijkbare formulering – zou in onze Grondwet eigenlijk niet mogen ontbreken.¹⁷

In de onderhavige zaak was het wel duidelijk dat voor het betrokken overheidshandelen (locatiebepaling van een verdachte met een IMSI-catcher) een wettelijke grondslag nodig was. De privacy van de verdachte wordt daardoor immers geraakt, zodat (alleen al) artikel 10 Gw verplicht tot een grondslag in de wet. Nu duidelijk is dat een wettelijke grondslag is vereist, komen wij toe aan de tweede vraag: hoe duidelijk en precies moet die wet dan zijn?

Stel dat het legaliteitsbeginsel slechts de eis zou inhouden dat voor eenzijdig ingrijpen in de vrijheid, de persoon of het vermogen van de burger *een* wettelijke grondslag – hoe vaag ook – volstaat, dan zou de burger met dat ‘legaliteitsbeginsel’ niets opschieten omdat de achterliggende doelen van dat beginsel daarmee nog niet gediend zouden zijn. Die doelen zijn drieërlei. Ten eerste de rechtszekerheid van de burger, die moet weten wat hij van de overheid kan verwachten. Ten tweede de rechtsgelijkheid tussen burgers: slechts als de overheid krachtens algemene regels handelt, kan er sprake zijn van een gelijke behandeling van gelijke gevallen. Ten derde het democratiebeginsel: als bestuur en rechter hun bevoegdheden geheel naar eigen inzicht zouden uitoefenen, zou hun optreden sterk aan democratische legitimatie inboeten. Rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en democratie worden dus gediend met een wettelijke grondslag voor het overheidsoptreden. Daarvoor moet die wettelijke

grondslag wel *een voldoende duidelijke en precieze inhoud* hebben. Stel je eens een land voor waar wetsbepalingen gelden als ‘de inspecteur heft belasting naar goeddunken’ of ‘de rechter straft onredelijk gedrag’. Hoewel de overheid hiermee naar de letter aan het legaliteitsbeginsel voldoet, weet een burger van dat land in werkelijkheid nog steeds niet wat hij van de overheid kan verwachten, is het gevaar voor ongelijke behandeling er levensgroot en ontberen de besluiten van de belastinginspecteur en de rechter iedere democratische legitimatie.

Ook dit tweede aspect van het legaliteitsbeginsel – een bevoegdheidsverlenende bepaling moet voldoende duidelijk en precies (of: voldoende ‘specifiek’) zijn – is nergens in algemene zin vastgelegd, maar slechts in ‘brokjes’ erkend. Wij noemen er enkele.

Volgens de Hoge Raad impliceert het legaliteitsbeginsel van artikel 1 Sr een ‘bepaaldheidsgebod’: strafbepalingen moeten voldoende duidelijk en precies zijn omschreven zodat de burger kan inschatten welk handelen mogelijk strafbaar is (ook wel *Bestimmtheitsgebot* of *lex certa*-beginsel genoemd).¹⁸ De grondwetgever van 1983 was van oordeel dat de wetgever de bevoegdheid om een grondrecht te beperken slechts mag delegeren na een bewuste belangenafweging die resulteert in een specifieke wetsbepaling.¹⁹ Het Straatsburgse mensenrechtenhof eist al decennia dat grondrechtenbeperkende overheidsbesluiten berusten op regels die voor de burger voldoende toegankelijk zijn en die het mogelijk maken om met een zekere waarschijnlijkheid in te schatten hoe de overheid zal handelen.²⁰ Op grond van artikel 93 en 94 Gw ten slotte mag de rechter verdragsbepalingen alleen toepassen, als zij voldoende onvoorwaardelijk en nauwkeurig zijn geformuleerd.²¹

Er is dus geen gecodificeerd bepaaldheidsgebod, maar toch is ook dit volgens ons wel degelijk een algemeen rechtsbeginsel: bevoegdheidstoedeling moet specifiek en nauwkeurig geschieden zodat de voorwaarden waaronder de bevoegdheid wordt uitgeoefend, voor de burger duidelijk zijn. Onzes inziens voldoet de taakomschrijving in de Politiewet niet aan dat beginsel: zij is te vaag om haar als grondslag te nemen voor politieoptreden dat de vrijheid, de persoon of het vermogen van burgers aantast. Nu de onderhavige inzet van de IMSI-catcher de privacy en daarmee de vrijheid van de burger aantast, kan deze algemene wettelijke taakomschrijving niet dienen als grondslag voor het overheidsoptreden.²² Het gaat om een globale taakomschrijving, niet om een specifieke bevoegdheidsverlenende grondslag.

16 Wij zijn zeker niet de eersten dit beweren. Zie bijvoorbeeld het Rapport van de Staatscommissie Grondwet, p. 40 met een concreet tekstvoorstel. Zie ook het mooie preadvies van Voermans over deze materie, *Handelingen NJV* 2011, in het bijzonder p. 26-27, 78-79 en 93.

17 De concept-memorij van toelichting op het Wetsvoorstel algemene bepaling Grondwet, par. 3.2 omschrijft het beginsel als volgt: machtsuitoefening door de overheid mag alleen plaatsvinden op grond van een wet en binnen de door het

recht getrokken grenzen. Deze formulering is minder gelukkig, omdat macht eerder een feitelijk dan een normatief verschijnsel is. Macht kan bestaan zonder bevoegdheid. Het gaat gelukkig slechts om een concept van de memorie van toelichting.

18 HR 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7954, *NJ* 2001/14 (*Krulsla*), Vgl. ook CBB 12 september 2013, ECLI:NL:CBB:2013:153, *JB* 2013/231.

19 *Kamerstukken II* 1976/77, 13872, 7, p. 14.

20 EHRM 26 april 1979, 6538/74 (*Sunday Times*).

21 HR 14 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, AA20150305 (*Staat / Nietrokersvereniging CAN*).

22 Overigens (kent en) kende de wet bij de aanhouding van deze verdachte wel degelijk een specifieke regeling voor de inzet van IMSI-catchers (zie ook voetnoot 1). Het onderhavige geval viel daar echter buiten. Daarom zal de rechter in deze zaak op de algemene politietaken hebben teruggegrepen.

3 Enkele kanttekeningen bij dit arrest

Uit het voorgaande blijkt volgens onze opvatting dat, staatsrechtelijk bezien, de algemene taakomschrijving in de Politiewet onvoldoende grondslag biedt om inbreuken te legitimeren op de vrijheid, de persoon of het vermogen van de burger. Hiermee leggen wij een ‘strenger’ criterium aan dan de Hoge Raad. Die heeft in zijn jurisprudentie immers de mogelijkheid gecreëerd om overheidshandelen dat *een beperkte inbreuk* op de vrijheid van de burger maakt, te baseren op de algemene taakstelling in de Politiewet. Zo mag in het hier besproken arrest de aantasting van de persoonlijke levenssfeer van een verdachte door het gebruik van een IMSI-catcher berusten op de algemene politietask. Hier zouden wij niet in willen meegaan. Zou men immers wel genoeg nemen met het door de Hoge Raad geformuleerde en gehanteerde criterium, dan komen de achterliggende waarden van het legaliteitsbeginsel – rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en democratie – in het gedrang.

Het is de Hoge Raad (de rechter) die met de hantering van de rechtsregel in het onderhavige arrest burgers mogelijk (ook al is het ‘maar’ in beperkte mate) beperkt in hun grondrechten. Daarmee is niet voldaan aan één van de onderliggende waarden van het legaliteitsbeginsel: de democratiegedachte. Grondrechtbeperkende handelingen moeten in een voldoende specifieke, formele wetsbepaling gelegitimeerd worden, voor zover de democratisch verkozen wetgever dat wenselijk acht. Het vaststellen van de wenselijkheid van grondrechtbeperkende handelingen bij overheidsoptreden is, mede door het gebrek aan democratische legitimatie, geen taak voor de rechter. Hoewel de rechter bepaalde (nieuwe) opsporingsmethoden wellicht toelaatbaar en wenselijk acht, is het eerst aan de (formele) wetgever om zich daarover uit te laten. Het is vervolgens aan de rechter om de reikwijdte van een dergelijke wettelijke bepaling voor zover nodig uit te leggen. Daardoor wordt tevens de rechtszekerheid gediend, omdat de wetgever zich er dan vooraf duidelijk over uitsprekt wanneer en onder welke voorwaarden dit middel mag worden ingezet. Verder bevordert het codificeren van de opsporingsmethode in een specifieke

wettelijke bepaling de rechtsgelijkheid omdat daarmee de voorwaarden voor de inzet van die opsporingsmethode op eenieder gelijkelijk van toepassing zijn. Wij zijn dan ook van oordeel dat de Hoge Raad in deze zaak beter had kunnen uitspreken dat het gebruik van de IMSI-catcher onrechtmatig was wegens het ontbreken van een wettelijke grondslag.

Overigens, het feit dat de rechter de inzet van de IMSI-catcher jegens de verdachte volgens ons onrechtmatig had moeten verklaren, betekent nog niet dat het OM niet-ontvankelijk had moeten worden verklaard, zoals de verdediging vorderde. Hier biedt artikel 359a Sv de rechter veel ruimte. Op basis van dat artikel *kan* de rechter, indien bij de opsporing vormen zijn verzuimd (in dit geval: handelen in strijd met het legaliteitsbeginsel), weliswaar het OM niet-ontvankelijk verklaren, maar hij kan ook ‘slechts’ de hoogte van de straf verlagen of eventueel het met de onrechtmatig ingezette opsporingsmethode vergaarde bewijs buiten beschouwing laten. Omdat het hier gaat om een ‘kan’-bepaling is het aan de rechter om te oordelen of hij van de mogelijkheden van artikel 359a Sv gebruik maakt. Hij had het dus zelfs kunnen laten bij de enkele constatering dat er een vormverzuim heeft plaatsgevonden: als de belangen van de verdachte door dat verzuim naar zijn oordeel slechts in ondergeschikte mate zijn geraakt, hoeft aan dat vormverzuim niet per se een verdere consequentie te worden verbonden. Door dit brede pallet aan mogelijkheden had ook de constatering dat het legaliteitsbeginsel wél was geschonden in deze zaak niet tot niet-ontvankelijkheid van het OM hoeven leiden, hetgeen in onze ogen wel een erg zwaar rechtsgevolg zou zijn voor dit geval van inbreuk op het legaliteitsbeginsel.²³

Uit het voorgaande zal duidelijk zijn geworden dat het ons te doen is om de waarde(n) die het legaliteitsbeginsel, ook in het strafrecht, vertegenwoordigt. Het zou goed zijn geweest als de Hoge Raad die waarde(n) in dit arrest had onderkend door te oordelen dat het legaliteitsbeginsel was geschonden met de inzet van de IMSI-catcher, zelfs als hij van oordeel was geweest dat die vaststelling voor de onderhavige zaak zelf geen rechtsgevolgen zou moeten hebben. ■

²³ Het ging in deze zaak namelijk om een van poging tot doodslag en zware mishandeling verdacht persoon die slechts in beperkte mate in zijn persoonlijke levenssfeer was aangetast door de inzet

van de IMSI-catcher. Zie voor een geval waarin de Hoge Raad stilstaat bij de toepasselijkheid van art. 359a Sv omdat er sprake was van een meer dan beperkte inbreuk op de persoonlijke levens-

sfeer van de verdachte: HR 21 maart 2000, ECLI: NL:HR:2000:AA5254, r.o. 3.6.