

Subsidiariteit, proportionaliteit en doelbinding als algemene beginselen: codificatie graag, maar meer volledig²

DD 2018/8

1. Inleiding

Het subsidiariteitsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel en het doelbindingsbeginsel (ook wel: beginsel van zuiverheid van oogmerk of verbod van *détournement de pouvoir*³) behoren tot het geldende strafprocesrecht.⁴ Zij strekken zich daarbij uit over onder meer de opsporing, de vervolging en in beperkter opzicht ook de berechting en straftoemeting. Deze beginselen van een behoorlijke procesorde hebben uitdrukkelijk erkenning in de rechtspraak gevonden en volgen uit het systeem van waarborgen in onder meer het Wetboek van Strafvordering. Zij zijn echter niet als zodanig in de strafvorderlijke wetgeving opgenomen. In het kader van de modernisering van het wetboek bestaat het voornemen deze – en overigens ook andere⁵ – beginselen in algemene bepalingen te codificeren. De relevante conceptbepalingen bevatten de volgende formuleringen.

Subsidiariteitsbeginsel: ‘Een bevoegdheid wordt alleen uitgeoefend indien (...) het daarmee beoogde doel niet op een andere en minder ingrijpende wijze kan worden bereikt’.⁶

Proportionaliteitsbeginsel: ‘Een bevoegdheid wordt alleen uitgeoefend indien (...) de uitoefening daarvan in een redelijke verhouding staat tot het daarmee beoogde doel.’⁷

Doelbindingsbeginsel: ‘Een bevoegdheid wordt niet uitgeoefend voor een ander doel dan waarvoor zij is gegeven.’⁸

Deze beginselbepalingen zijn geplaatst in concept Boek 2 betreffende het opsporingsonderzoek. Daarmee regarderden zij in potentie onder meer verhoren van verdachten en van getuigen, vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming, bevoegdheden met betrekking tot het lichaam, voorwerpen en gegevens, heimelijke bevoegdheden, verkennend onderzoek en onderzoek door de rechter-commissaris. Met de plaatsing van de beginselen in het boek

1 Prof. mr. P.H.P.H.M.C. van Kempen is hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Radboud Universiteit (onderzoekscentrum Staat en Recht/SteR).

2 Citeerwijze: P.H.P.H.M.C. van Kempen, ‘Subsidiariteit, proportionaliteit en doelbinding als algemene beginselen: codificatie graag, maar meer volledig’, DD 2018/8.

3 In het navolgende zal ik van het beginsel van doelbinding spreken, aangezien die term ook in het WvSv-moderniseringsproject wordt gebruikt. Vermelding verdient hierbij wel dat de term doelbinding tot dus ver vooral in relatie tot het gegevensbeschermingsrecht als gangbaar geldt en daar een wat andere betekenis heeft doordat daarbij het doelgebonden gebruik van resultaten (verkregen gegevens) centraal staat en niet de uitoefening van opsporingsbevoegdheden.

4 Zie o.a. G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 57-61.

5 Zie het recht op een eerlijk proces, de onschuldpresumptie en de slachtofferinstructie in de artikelen 1.1.1.2-1.1.2.4 Concept Vaststellingswet Boek 1 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Strafvordering in het algemeen) (2017) (de Concept Vaststellingswetten worden hierna steeds verkort aangehaald, zoals: Concept Boek 1 Sv (Strafvordering algemeen)).

6 Artikel 2.1.2.2 aanhef en onderdeel a Concept Boek 2 Sv (Opsporingsonderzoek) (2017).

7 Artikel 2.1.2.2 aanhef en onderdeel b Concept Boek 2 Sv (Opsporingsonderzoek) (2017).

8 Artikel 2.1.2.1 lid 1 Concept Boek 2 Sv (Opsporingsonderzoek) (2017).

over de opsporing raakt die codificatie niet de vervolging, de berechting en de sanctieering.⁹

De beoogde codificatie van voormelde drie beginselen roept allerlei vragen op. Over de nagenoemde daarvan volgen hierna bespiegelingen. De belangrijkste kwestie is of uitdrukkelijke vastlegging in de wet van de beginselen wenselijk is en voor zover dat het geval is of de voorgestelde codificatiebepalingen adequaat zijn en op de meest geëigende plaats in het wetboek worden opgenomen. Onderliggende vragen daarbij zijn in hoeverre de beginselen codificatie van toegevoegde waarde kan zijn, op welke strafvorderlijke instanties de beginselbepalingen zich richten, hoe de codificatie de taakuitoefening van die instanties mogelijk maakt, wat de eventuele gevolgen van de codificatie zijn voor het machtsevenwicht tussen rechter, wetgever en opsporingsdiensten/openbaar ministerie, en hoe de onvolledigheid van de codificatie moet worden getaxeerd.

2. Toegevoegde waarde van de beginselen codificatie

Voor codificatie van de beginselen van subsidiariteit, proportionaliteit en doelbinding spreekt een flink aantal uiteenlopende argumenten, die men in verschillende categorieën uiteen kan laten vallen.

Fundamentele noties

Een eerste argument is van constitutionele aard. Artikel 107 Grondwet bepaalt: ‘De wet regelt (...) het (...) strafprocesrecht in algemene wetboeken [...]’. Deze bepaling impliceert niet dat het strafprocesrecht tot in elk detail in het wetboek dient te zijn uitgewerkt. Evenmin brengt die mee dat het wetboek dient te voorzien in algemene normering van overheidsop treden. In het huidige wetboek is daarvan ook geen sprake. Een verplichting tot codificatie van de beginselen valt mijns inziens dan ook niet af te leiden uit artikel 107 Grondwet. Dat neemt niet weg dat zodanige codificatie wel tegemoet komt aan hetgeen deze bepaling voorschrijft alsmede bij de ratio ervan: het bieden van een waarborg voor rechtseenheid.¹⁰ Voorts sluit het aan bij het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel – waarin wat betreft Nederland blijkens artikel 1 Sv de wet centraal staat en dus het primaat van de wetgever tot uitdrukking komt – om in elk geval die duurzame waarborgen in de wet op te nemen die in hoge mate mee bepalen op welke wijze strafvordering kan plaatsvinden. Nu de beginselen bij elke concrete bevoegdheidsuitoefening relevant zijn, kwalificeren zij mijns inziens als zodanige waarborgen. Fundamenteler ingestoken telt bovendien dat het tot de essentie van de democratische rechtstaat behoort dat strafvorderlijk overheidsop treden plaatsvindt in overeenstemming met het subsidiariteitsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel en het doelbindingsbeginsel.¹¹ Illustratief in dit opzicht is dat de beginselen – in uiteenlopende verschijningsvormen en met verschillende invullingen – een belangrijke rol spelen in mensenrechtenverdragen zoals het EVRM en het Handvest grondrechten EU, de constituties van democratische rechtsstaten en de strafvorderlijke systemen van zulke staten. Mede

9 Zie overigens wat betreft vervolging wel een verwijzing naar het uitgangspunt van ‘een goede procesorde’ in artikel 3.1.8 lid 1 Concept Boek 3 Sv (Vervolging) (2017); zie ook Concept Boek 4 Sv (Berechting) (2017), MvT, p. 93-96.

10 Zie *Kamerstukken I 1977/78*, 15046, 1-5, p. 4. Zie ook Concept Boek 1 Sv (Strafvordering algemeen) (2017), MvT, p. 1, waar in dit verband wordt gewezen op de belangen van ‘toegankelijkheid’, ‘voorspelbaarheid’, en ‘de onderlinge samenhang en daarmee de kwaliteit’ van de wettelijke regels.

11 Vgl. W.J.M. Voermans & J.H. Gerards, *Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip ‘rechtsstaat’ in de legisprudentie & jurisprudentie van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2011, p. 52.

gelet hierop kan de beginselen codificatie ook een zeker nieuw elan geven aan het Wetboek van Strafvordering.

Verder telt dat codificatie van de beginselen de status en inhoud van die beginselen voor de praktijk kan verduidelijken en daarmee rechtszekerheid kan bieden – althans mits de formulering van de beginselen voldoende scherp heeft en houvast biedt.¹² De beginselen beogen, blijkens bovenstaande omschrijvingen en gezien hun plaatsing bij de algemene bepalingen over de uitoefening van bevoegdheden, de uitoefening van opsporingsbevoegdheden te reguleren. Daarmee richten zij zich het meest direct op de opsporingsinstanties en op de opsporingsambtenaren. Deze worden wanneer de beginselen een specifieke basis in de wet hebben nadrukkelijker op de gelding ervan gewezen dan wanneer de gelding ervan alleen op de rechtspraak rust. Dat geldt in het bijzonder voor de politie en andere opsporingsdiensten¹³, waarvoor de rechtspraak doorgaans immers minder toegankelijk en kenbaar is dan voor het openbaar ministerie. Wanneer de rechter de rechtmatigheid van opsporing toetst, zijn de beginselbepalingen in tweede instantie ook voor deze relevant. Opneming ervan in de wet zou ertoe kunnen leiden dat de rechter zich meer gelegitimeerd of zelfs gehouden voelt aan de beginselen te toetsen dan wanneer deze alleen gelden ingevolge de rechtspraak en – voor zover de bevoegdheden inbreuk maken op mensenrechten – verdragsrecht. Codificatie zou dus ook de normerende werking van de beginselen in de praktijk kunnen versterken.

In het verlengde van het voorgaande is er ook een negatief argument dat voor codificatie pleit. Welk signaal zou ervan uitgaan wanneer de wetgever een grondige modernisering van het wetboek doorvoert maar daarbij fundamentele strafvorderlijke waarborgen negeert die na de inwerkingtreding van het wetboek in 1926 als beginselen tot ontwikkeling zijn gekomen en algemene erkenning vinden in de rechtspraak? Dit kan – tenzij de wetgever daarvoor overtuigende redenen zou aanvoeren – de indruk wekken dat de wetgever die beginselen niet van bijzondere betekenis acht, hetgeen die beginselen in zekere zin zou degraderen. Andersom – en dus weer positief gesteld – zou codificatie juist een ferme bevestiging impliceren door een andere staatsmacht van het belang van die beginselen voor de strafrechtspleging. Dat is ook in ander opzicht van belang: codificatie zal democratische legitimatie geven aan hetgeen nu alleen krachtens de rechtspraak tot het geldende nationale strafprocesrecht behoort.¹⁴

Doelstellingen van het moderniseringsproject

Op zichzelf past de codificatie van de beginselen ook goed bij de doelstellingen van de modernisering. Die richt zich immers onder meer op effectieve rechtshandhaving, zorgvuldig en voortvarend onderzoek in strafzaken met inachtneming van de (grond)rechten van burgers en een evenwichtig stelsel van rechtswaarborgen.¹⁵ In deze doelstellingen valt zowel instrumentaliteit (gericht op criminaliteitsbestrijding) als rechtsbescherming (gericht op machtsbeheersing) te herkennen. Nu worden de beginselen van proportionaliteit, subsidiariteit en doelbinding vaak enkel in de sleutel van rechtsbescherming geplaatst. Die functie vervullen zij ook. Evenzeer van belang is echter dat aan deze beginselen de erkenning ten grondslag ligt dat de overheid goede redenen kan hebben – mogelijk zelfs de ver-

12 Zie over de formulering van de beginselen hierna nader in paragrafen 3 en 6.

13 Waar in het navolgende over politie wordt gesproken, geldt het aldaar gestelde ook voor andere opsporingsdiensten, tenzij uit de context anders blijkt.

14 J.H. Gerards, 'Meer rechtsbeginselen in de Awb? Gezichtspunten voor toekomstige codificatie', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag 2010, p. 787-807 op 796-798.

15 *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 4 (Brief modernisering WvSv en Contourennota).

plichting – om strafvorderlijk op te treden. Niet alleen aanvaarden de hierboven gedefiniëerde beginselen het bestaan van strafvorderlijke bevoegdheden en daarmee na te streven doelen, deze beginselen stellen als zodanig zelfs geen beperking aan de toekenning van zulke bevoegdheden en de doelen die daarmee worden beoogd. In die zin zijn de beginselen zoals hierboven omschreven in beginsel neutraal van aard.¹⁶ Zij vervullen daarmee een intermediaire functie tussen voornoemde criminaliteitsbestrijding en machtsbeheersing, die overigens beide eveneens van wezenlijk belang zijn voor de al genoemde democratische rechtstaat.¹⁷ De beginselen vereisen dat beide op elkaar worden betrokken en nopen daarmee tot een beoordeling in het licht van de feiten en omstandigheden *in concreto*.

Wat betreft de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit geldt dan dat deze, zoals de memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel benadrukt, van groot belang zijn bij de afweging door de bevoegde autoriteit of een bepaalde bevoegdheid in het concrete geval zal worden uitgeoefend.¹⁸ Bij de in de codificatie van deze beginselen opgenomen zinsnede 'het daarmee beoogde doel' gaat het dus om het doel *in concreto*. Over het vereiste van doelbinding houdt die toelichting in dat deze bij de uitoefening van bevoegdheden een belangrijke rol speelt, al is niet geheel duidelijk wat onder het 'gegeven' doel moet worden verstaan.¹⁹ Wel beoogt het conceptwetsvoorstel nog nader invulling te geven aan die doelbinding door in een afzonderlijke bepaling als algemeen uitgangspunt centraal te stellen dat een bevoegdheid alleen wordt uitgeoefend 'indien dit in het belang van het onderzoek is'.²⁰ Meer nadrukkelijk dan in de voorgestelde definities van proportionaliteit en subsidiariteit, komt daarmee een effectiviteitsvereiste naar voren, of zoals de memorie van toelichting stelt: 'De bevoegdheidsuitoefening moet naar redelijke verwachting minst genomen kunnen bijdragen aan het onderzoek.'²¹

De beginselen initiëren aldus een afgewogen en zinvol gebruik van bevoegdheden. Het daarmee voorkomen van nodeloos gebruik van bevoegdheden draagt tevens bij aan de voortvarendheid en effectiviteit van de strafrechtspleging. Overmatig gebruik van opsporingsbevoegdheden zal in zijn algemeenheid verspilling van energie, tijd, voorzieningen en financiële middelen meebrengen, ten koste van de mogelijkheid deze zinvol ter bestrijding van criminaliteit in te zetten. De beginselen dienen aldus ook de instrumentele functie van het systeem. Daarnaast – en daarmee komt de rechtsbeschermende functie weer in beeld – verzetten de beginselen zich tegen willekeur en lichtvaardige inbreuken op grondrechten van burgers. In dit opzicht zijn de beginselen uiteindelijk niet neutraal: *in concreto* beschermen zij de vrijheid van individuen tegen de macht van de staat door het discretionaire karakter²² van strafvorderlijke bevoegdheden te beperken, terwijl zij andersom nooit tot toepassing van die staatsmacht dwingen.

Algemene wet bestuursrecht

Een codificatie van beginselen kan in elk geval tegenwoordig ook niet gelden als wezensvreemd aan het Nederlands recht. Het duidelijkst blijkt dit wel met de Algemene wet be-

16 Overigens is het zeer wel mogelijk de beginselen meer normatief in te vullen, zoals bijvoorbeeld gebeurt door Kai Möller, 'Proportionality: Challenging the critics', *International Journal of Constitutional Law* 2012, vol. 10, nr. 3, p. 709-731 op 716-718.

17 Vgl. R. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint 1990, o.a. p. 333-334 en 405-427. Zie ook Ernst Hirsch Ballin, 'De rechtsstaat: wachten op een nieuwe dageraad?', *NJB* 2011/29 (p. 71-73 op 71).

18 Concept Boek 2 Sv (Opsporingsonderzoek) (2017), MvT, p. 18.

19 Zie verderop paragraaf 6.

20 Zie artikel 2.1.2.1 lid 2 Concept Boek 2 Sv (Opsporingsonderzoek) (2017).

21 Concept Boek 2 Sv (Opsporingsonderzoek) (2017), MvT, p. 17-18.

22 In die zin A.A. Franken, 'Proportionaliteit en subsidiariteit in de opsporing', *DD* 2009/8 (p. 79-92 onder 3).

stuursrecht (Awb), waarin diverse beginselen van behoorlijk bestuur zijn gecodificeerd, waaronder ook vormen van het proportionaliteitsbeginsel (artikel 3:4 Awb), het subsidiariteitsbeginsel (artikel 5:13 jo 5:11 Awb) en het doelbindingsbeginsel (artikel 3.3 Awb).²³ Omdat het openbaar ministerie en wat betreft de politie ook de korpschef bestuursorganen zijn in de zin van artikel 1:1 Awb,²⁴ zouden de beginselen in de Awb in beginsel ook van toepassing zijn op besluiten en diverse andere handelingen van hen.²⁵ Ingevolge artikel 1:6 Awb gelden de hoofdstukken 2 t/m 8 en 10 van deze wet echter niet voor onder meer de opsporing en de vervolging van strafbare feiten (sub a) en de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen (sub c). Van belang is dat daaraan geen materieel principieel bezwaar ten grondslag ligt maar veeleer een systemargument. De uit de parlementaire geschiedenis blijkende reden daarvoor is namelijk dat gelet 'op de eigenstandige positie van het (materiële en formele) strafrecht en op het feit dat de strafrechtelijke regelgeving uitputtend is bedoeld' dit tot 'ongewenste vermenging van rechtssferen' zou leiden,²⁶ in die zin dat dit 'de systematiek van het strafrecht [zou] kunnen doorkruisen, en dus verwarrend [zou] zijn indien naast die wetboeken de regels van de Awb zonder meer van toepassing zouden zijn'.²⁷

De reden om de Awb voor onder meer de opsporing en de vervolging uit te sluiten, is dus niet dat de beginselen van een behoorlijk bestuur niet zouden gelden voor de opsporende en vervolgende instanties. De regering benadrukt zelfs dat de uitsluiting in artikel 1:6 Awb niet wegneemt

“dat de verhouding tussen de burger en de bestuursorganen die met opsporing, vervolging en executie in de sfeer van het strafrecht zijn belast, in verschillende opzichten wordt beheerst door dezelfde uitgangspunten als die in het bestuursrecht een rol spelen. Dat geldt (...) ook voor de werking van bijvoorbeeld de beginselen van behoorlijk bestuur in het algemeen. Het lijkt ons dan ook juist dat in het strafrecht aansluiting wordt gezocht bij het bestuursrecht indien niet specifiek in het strafrecht geregelde aspecten van de verhouding bestuur-burger aan de orde komen. (...) Artikel 1:6 heeft niet de bedoeling een dergelijke toepassing van bestuursrechtelijke regels in het strafrecht uit te sluiten. (...) Wij vertrouwen er echter op dat het strafrecht ook in de toekomst waar mogelijk bij het bestuursrecht zal trachten aan te sluiten.”²⁸

Codificatie van de beginselen van subsidiariteit, proportionaliteit en doelbinding in het strafprocesrecht past bij deze overwegingen. In zoverre vormt artikel 1:6 Awb geen argument tegen maar juist voor zodanige codificatie.

Draagvlak

Tot slot verdient opmerking dat er ook draagvlak voor de beginselen codificatie is. Met een beroep op duidelijkheid respectievelijk kenbaarheid, laten de Politie respectievelijk het College voor de Rechten van de Mens zich nadrukkelijk positief uit over opnemings in de

23 Zie ook de erkenning dat de rechter zijn oordeel kan baseren op ongeschreven rechtsregels of algemene rechtsbeginselen in artikel 8:77 Awb.

24 Zie Parlementaire Geschiedenis Awb digitaal op: <https://pgawb.nl> (verder: *PG Awb*): *PG Awb I*, p. 187-199, *MvA II*, 2.57.

25 Zie artikel 3:1 Awb.

26 *PG Awb I*, p. 161-163, *MvT*.

27 *PG Awb I*, p. 161-163, *MvT*.

28 *PG Awb I*, p. 161-163, Nota n.a.v. verslag II, 5.1.

wet van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.²⁹ De Hoge Raad merkt de wettelijke vastlegging van de beginselen als passend aan³⁰ en de NVvR oordeelt dat die begrijpelijk is.³¹ Ondertussen verklaart geen van de andere geconsulteerde instanties zich tegenstander van de codificatie als zodanig, hetgeen naar ik aanneem als instemming mag worden begrepen. Wel hebben verschillende van die instanties aan- en opmerkingen op de beginselbepalingen. Ook wat mij betreft zijn aan de boogde beginselen codificatie risico's verbonden. Daarop zien de volgende paragrafen.

3. Normering, rechtsvorming en de positie van de rechter binnen de Trias

Na te erkennen dat de cassatierechtspraak een belangrijke bron van strafprocesrecht is en er vervolgens fijntjes op te wijzen dat de Hoge Raad soms zonder noodzaak rechtsregels ontwikkelt die op gespannen voet staan met de tekst en het systeem van de wet, stelt de regering scherp hoe zij de verhouding tussen de rechter en de wetgever ziet: het primaat ligt bij de laatste en het is niet verenigbaar met het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel dat afwegingen van de wetgever zonder rechtvaardiging in rechtspraak worden doorkruist.³² Het gaat mij nu niet erom te bediscussiëren of deze primaatstelling – die een zekere invulling aan de Trias geeft, maar ook problematische kanten kent³³ – uiteindelijk houdbaar en wenselijk is. Wel van belang hier is dat het doorgaans moeilijk zal zijn te bepalen waar de grenzen van rechterlijke rechtsvorming in concrete gevallen dienen te liggen volgens deze richtsnoeren. Duidelijk is niettemin dat het de bedoeling is die grenzen weer strakker te trekken. De regering beoogt in dit opzicht zelfs een nieuwe start te markeren met het nieuwe wetboek.³⁴ Tegen deze achtergrond rijst de vraag in hoeverre en hoe de beginselen codificatie de verhoudingen tussen de rechter en de wetgever kan of zal beïnvloeden en overigens ook tussen de rechter en de uitvoering c.q. de opsporingsinstanties.

Hoewel het praktisch effect van de beginselen primair afhankelijk is van de nalevingsbereidheid bij de politie en het openbaar ministerie, is daarvoor ook van betekenis hoe de rechter deze uitlegt, toepast en aan overtreding ervan rechtsgevolgen verbindt. De vraag is dan of codificatie van de beginselen invloed kan hebben op de wijze waarop de rechter de beginselen als basis voor rechtsvorming gebruikt. In beginsel zal codificatie de mogelijkheden daartoe niet hoeven te beperken. Wanneer de wetgever de fluïde inhoud en reikwijdte van beginselen enigszins stabiliseert door formulering ervan in de wet, betekent dit nog niet dat die beginselen daardoor hun specifieke beginselenkarakter verliezen. Eigen aan beginselen – ook in gecodificeerde vorm³⁵ – is dat zij veeleer een richting aangeven en argumentatief gewicht in de schaal leggen bij te maken afwegingen dan dat ze harde grenzen

29 Politie, *Advies inzake Boek 2 Modernisering Wetboek van Strafvordering (Bijlage 2)*, 22 juni 2017, p. 6; College voor de Rechten van de Mens, *Advies conceptwetsvoorstellen Vaststellingswet Boek 1 en 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering*, 24 juli 2017, p. 1-2.

30 President en Procureur-Generaal Hoge Raad der Nederlanden, *Brief aan de minister over de conceptvoorstellen Boeken 1 en 2*, 6 juli 2017, p. 4 (verder: HR-brief, Boeken 1 en 2).

31 Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, *NVvR-advies Boek 1 en Boek 2*, 25 juli 2017, p. 16 (verder: NVvR-advies Boeken 1 en 2).

32 Concept Boek 1 Sv (Strafvordering algemeen) (2017), MvT, p. 16-17 en voorts 14-15 en 65.

33 Zie daarover recent M.S. Groenhuijsen, 'Over strafrecht en politiek – over intrinsieke spanning en potentiële cohabitatie', *DD* 2017/46 (p. 481-488).

34 Concept Boek 1 Sv (Strafvordering algemeen) (2017), MvT, p. 17.

35 In die zin ook A. Soeteman, 'Hercules aan het werk. Over de rol van rechtsbeginselen in het recht', *Ars Aequi* 1991, p. 744-756 (28-40) op 754 (38).

stellen of direct tot een bepaalde uitkomst dwingen.³⁶ De open structuur van beginselen biedt bovendien welhaast eindeloze mogelijkheden voor rechtsvorming. Beginselen lenen zich immers gemakkelijk voor redeneringen die erop neer komen dat het met het oog op effectuering van het beginsel is aangewezen bepaalde aanvullende vereisten, beperkingen en verplichtingen te stellen. De mate waarin een en ander geldt, is overigens niet bij alle soorten beginselen hetzelfde maar is mede afhankelijk van de precieze formulering van een beginsel.

De beginselen van subsidiariteit, proportionaliteit en doelbinding zijn alle materiële beginselen: ze hebben relevantie voor de inhoud van het handelen van de politie en het openbaar ministerie doordat zij van invloed zijn op de wijze waarop deze in concrete gevallen kunnen optreden. De beginselen richten zich – zoals opgemerkt – in eerste instantie dan ook op hen. Daarmee hebben de beginselbepalingen in elk geval een normerende functie.^{37,38} Het is de wetgever die met de beginselen codificatie de opsporingsinstanties materieel normeert in hun handelen en de rechter in staat stelt het optreden van die instanties aan die normering te toetsen en deze te handhaven. Met de voor de drie beginselen gekozen wettelijke formuleringen normeren deze – vooral wanneer men het vergelijkt met bijvoorbeeld voor andere beginselen relevante noties als legaliteit, eerlijkheid, zorgvuldigheid en vertrouwen – op enigszins gesloten wijze: weliswaar dwingen de voorgestelde formuleringen van alle drie beginselen tot een afwegende beoordeling, maar vrij precies is aangegeven welke factoren bij die afweging bepalend dienen te zijn. Dat geldt het sterkst voor de gekozen omschrijving van het beginsel van doelbinding (het cruciale afwegingspunt is ‘ander doel’) en het minst sterk voor de formulering van het proportionaliteitsbeginsel (waarin de ‘redelijke verhouding’ centraal staat). Het beginselenkarakter van de drie beginselen zoals de codificatie deze formuleert, is mijns inziens uiteindelijk enigszins beperkt maar zeker niet afwezig zoals verderop nog nader aan bod komt.

Het gevolg van dat enigszins beperkte beginselenkarakter is niet alleen dat van de beginselbepalingen op zichzelf een redelijk duidelijke normering voor de uitoefening van bevoegdheden uitgaat, het betekent ook dat de formuleringen van die bepalingen de rechter geen ongelimiteerde vrijheid laten de betekenis en reikwijdte van de beginselen naar eigen inzicht vast te stellen. De vraag is daarom of de wetgever – naast voormelde normerende functie – aan de beginselbepalingen ook een rechtsvormende functie die groter is dan bij andere strafvorderlijke voorschriften, wenst toe te kennen of zou moeten toekennen

De strafrechter kan beginselen gebruiken om het op strafvorderlijke bevoegdheidsvoorschriften gebaseerde handelen van strafvorderlijke instanties en functionarissen te beoordelen (toetsing, handhaving) en om rechtsvormende uitleg aan die voorschriften te geven (invulling, aanvulling, amendering). Het aanreiken van beginselen aan de strafrechter kan van belang zijn omdat dit hem beter in staat kan stellen eerlijkheid, rechtvaardigheid of an-

36 Deze typering is ontleend aan de – inmiddels klassieke – uiteenzetting over het onderscheid tussen beginselen ('principles') en regels ('rules') van Ronald M. Dworkin, 'The Model of Rules', *The University of Chicago Law Review* 1967, vol. 35, nr. 14, p. 14-46 op p. 22-29. Hoewel dat onderscheid niet zo categorisch valt te maken als Dworkin impliceert (zie daarover A. Soeteman, 'Hercules aan het werk. Over de rol van rechtsbeginselen in het recht', *Ars Aequi* 1991, p. 744-756 (28-40) op 747-748 (31-32)), zijn Dworkin's typering van beginselen nog altijd in hoge mate valide en bruikbaar.

37 Zie over die functie R.J.N. Schlössels, 'Dimensies van rechtsbeginselen. Enige observaties vanuit het bestuursrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van beginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 13-43 op 27-36, die vier functies van rechtsbeginselen onderscheidt: constitutionele functie, rechtsvormende functie, normerende functie en strategisch-instrumentele functie.

38 Zie voor erkenning van die normerende functie Concept Boek 1 Sv (Strafvordering algemeen), MvT, p. 15.

dere morele doeleinden te verwezenlijken.³⁹ Het vermogen van het strafprocesrechtelijke systeem om deze doeleinden zelf adequaat te garanderen, kan wijzigen als gevolg van veranderende externe omstandigheden, zoals veranderingen in de maatschappij, de techniek of de cultuur van opsporingsinstanties. Met behulp van beginselen kan de strafrechter dan rechtsvormend bijsturen teneinde ervoor te zorgen dat het strafvorderlijk systeem consistent en effectief in overeenstemming met voormelde doeleinden blijft functioneren. Erop gelet dat het doel van het moderniseringsproject is te voorzien in een toekomstbestendig, toegankelijk en rechtswaarborgen biedend wetboek,⁴⁰ lijkt het aannemelijk dat de wetgever aan de gecodificeerde beginselen ook een bijzondere rechtsvormende functie toekent, althans in elk geval voor zover dat noodzakelijk is om dat doel blijvend te verwezenlijken. Dat laatste is niet onbelangrijk. De eventuele rechtsvormende functie lijkt immers begrenzing te moeten vinden in voormeld door de regering benadrukte primaat van de wetgever. In elk geval bevestigt codificatie van de beginselen in eerste instantie uiteraard dat primaat: de wetgever stelt de gelding en formulering ervan vast. Uiteindelijk gaat het echter ook erom of het beschikbaar stellen van beginselen aan de strafrechter, invloed kan hebben op de verhoudingen in de Trias, dus de scheiding alsmede het evenwicht tussen de strafwetgever, de strafrechter en de politie en het openbaar ministerie. Cleiren impliceert dat men bij toetsing door de rechter aan ongeschreven (dus: niet-gecodificeerde) beginselen van behoorlijke strafrechtspleging niet van een verschuiving tussen de wetgevende macht en de rechterlijke macht kan spreken wanneer die toetsing 'steeds plaatsvindt binnen de grenzen van de wet'.⁴¹ Dit stelt misschien toch niet helemaal gerust voor degenen die menen dat de verhouding tussen de strafwetgever en de strafrechter ongewijzigd dient te blijven. Een eerste moeilijkheid is dat onduidelijk is wat 'toetsing binnen de grenzen van de wet' betekent. Is daarvan alleen sprake bij letterlijke toepassing – wat dat ook moge zijn – van wettelijke voorschriften (de rechter als 'la bouche de la loi')? Dat zal niet het geval zijn aangezien het betrekken van ongeschreven beginselen bij toepassing van het voorschrift de rechter al meteen buiten de wet zou brengen. Bij toetsing 'binnen de grenzen van de wet' zal het dus om meer mogen gaan. Daarmee komt een tweede punt in beeld: zoals opgemerkt bieden beginselen de rechter de mogelijkheid tot rechtsvorming. Bij dergelijke rechtsvorming verandert als zodanig niet de positie van de wetgever: het laat diens bevoegdheden en macht op zichzelf ongewijzigd. Dat geldt in het bijzonder wanneer die rechtsvorming plaatsvindt op basis van door de wetgever door codificatie aan de rechter aangereikte beginselen. De beschikbaarheid van beginselen raakt mijns inziens echter wel degelijk de positie van de strafrechter: die ziet zijn rechtsvormende mogelijkheden en daarmee potentiële invloedssfeer binnen het rechtsstelsel erdoor verruimen. In zijn algemeenheid leidt het beschikbaar komen en vervolgens gebruiken van strafvorderlijke beginselen mijns inziens dan ook tot een verschuiving in de machtsbalans tussen strafwetgever en strafrechter. Zodanige rela-

39 Ronald M. Dworkin, 'The Model of Rules', *The University of Chicago Law Review* 1967, vol. 35, nr. 14, p. 14-46 op 23.

40 *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 1 (Brief modernisering WvSv en Contourennota).

41 C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde. Een analyse van rechtspraak in strafzaken* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 353; op dezelfde pagina merkt Cleiren echter ook op dat toetsing aan beginselen van behoorlijk bestuur – in ieder geval ten dele – kan worden toegeschreven aan een veranderde verhouding tussen rechter en wetgever.

tieve verschuiving heeft zich mijns inziens ook voorgedaan: de machtspositie van de strafrechter ten opzichte van de nationale strafwetgever lijkt mij sterker dan ooit.⁴² Iets soortgelijks geldt ook voor de verhouding tussen de strafrechter en de politie en het openbaar ministerie. Corstens & Borgers merken op dat niet kan worden gesteld dat de rechter bij toetsing van het optreden van politie en openbaar ministerie aan beginselen die instanties ‘van de haar gegeven plaatsen verdringt’.⁴³ Zo dramatisch is het inderdaad niet. Toch lijkt mij ook hier relevant dat beginselen de strafrechter in potentie veel mogelijkheden verschaffen tot rechtsvorming en daarmee ook tot het normeren en toetsen van het optreden van opsporingsinstanties buiten de bevoegdheidsbepalingen waarop dat optreden berust. Aldus kan ook hier in potentie sprake zijn van aanzienlijke verschuivingen in de machtsbalans ten voordele van de strafrechter. Daaraan doet niet af dat er goede redenen kunnen zijn die aanvullende normering te stellen en evenmin dat de strafrechter – in het bijzonder de Hoge Raad – doorgaans nogal terughoudend daarmee is.⁴⁴

Terug naar de beginselen codificatie. Het zou goed zijn indien de toelichting op de beginselbepalingen inzichtelijk zou maken wat men voor ogen heeft met de codificatie van de beginselen als het gaat om de rol van de rechter in de interpretatie en toepassing ervan. Bij gebrek daaraan is het nuttig kort stil te staan bij de mogelijke effecten van de codificatie. De in het moderniseringsproject voorgestelde beginselbepalingen kennen zoals opgemerkt relatief gesloten formuleringen. Daarmee bewerkstelligt de wetgever dat ze in potentie minder gemakkelijk tot rechtsvorming en verschuivingen in de machtsbalans tussen wetgever, rechter en uitvoering kunnen leiden dan hun ongeschreven evenknieën. In zoverre stuurt en beperkt de wetgever met de beginselen codificatie de mogelijkheden tot rechtsontwikkeling. Meer specifiek beoogt de wetgever met codificatie van de beginselen de wettelijke voorwaarden waaronder de afzonderlijke bevoegdheden kunnen worden uitgeoefend in het licht van onder meer die beginselen te omschrijven.⁴⁵ Uitgaande van de gelding van de beginselen ongeacht of ze geschreven of ongeschreven zijn, lijkt codificatie in zoverre juist bij te dragen aan conservering van de huidige machtsbalans in de Trias.

Daar staat echter tegenover dat ook de beginselbepalingen in potentie nog behoorlijk veel ruimte laten voor rechtsvormende normering door de strafrechter. Deze zou met een beroep daarop bijvoorbeeld tot in detail kunnen gaan bepalen hoe opsporingsinstanties moeten beproeven dat geen minder ingrijpend voldoende effectief opsporingsmiddel beschikbaar is (subsidiariteit), wanneer de inzet van een middel redelijk is (proportionaliteit) en hoe specifiek het doel van een bevoegdheidstoepassing vooraf moet worden vastgesteld (doelbinding). In potentie lijkt vooral de proportionaliteitsbepaling voor de rechter gemakkelijk als rechtvaardigende grondslag bruikbaar om aanvullende waarborgen in het leven te roepen, bijvoorbeeld door bij toepassing van specifieke bevoegdheden nadere eisen te stellen wat betreft de zwaarte van het delict, van de verdenking en van de autorisatieautoriteit. De rechter heeft bovendien de mogelijkheid de beginselen streng uit te leggen, toe te passen en te sanctioneren in geval van schending ervan.

42 Ondertussen is dat niet alleen het gevolg van de opkomst van beginselen, dit valt onder meer ook toe te schrijven aan door de wetgever zelf gecreëerde opennormen en de opkomst van mensenrechten (die overigens vaak ook beginselachtig zijn) en ander internationaal recht. Vgl. over de toegenomen rol van de rechter J.E.J. Prins e.a., ‘Naar een transparantere rechtspraak. Geen glans zonder wrijving’, in: *Speelruimte voor transparantere rechtspraak*, WRR/Amsterdam UP, Den Haag/Amsterdam 2013, p. 31-42 op 36-39.

43 G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 61.

44 Zie over het laatste hierna paragraaf 5.

45 Concept Boek 1 Sv (Strafvordering algemeen) (2017), MvT, p. 15.

Een kernvraag is of de strafrechter daartoe na codificatie ook zal overgaan. Uiteraard valt dat niet met zekerheid te zeggen. Aldus is er het risico voor de wetgever dat de beginselen codificatie effecten heeft die de door deze geclaimde primaatstelling miskennen. Voor de hand ligt dit mijns inziens echter allerminst. Weliswaar is goed denkbaar dat de strafrechter zich door de codificatie meer dan voorheen gelegitimeerd of zelfs gehouden voelt de beginselen toe te passen, maar de terughoudende wijze waarop de strafrechter nog altijd met beginselen omgaat – ook wanneer deze in de wet zijn opgenomen, zoals het legaliteitsbeginsel in artikel 1 Sv – wekt niet de verwachting dat hij daarbij ineens tot vergaande rechtsvorming zal overgaan.⁴⁶ Ook de rechterlijke consultatiecommentaren op de beginselen codificatie tonen dat de strafrechter veeleer vreest in nadere normering te moeten voorzien op grond van de beginselen dan dat hij de gelegenheid daartoe wenst uit te baten. Indien de strafrechter de beginselen inderdaad veeleer als regels toepast dan als beginselen benut, versterkt de codificatie van de – thans ook tot het geldende recht behorende – beginselen mijns inziens eerder het primaat van de wetgever dan dat die dit primaat aantast. Tegelijkertijd zal de codificatie alleen praktisch nut hebben indien de strafrechter bereid is op basis van de beginselen tot rechtspraak te komen die een soepel functioneren van het wetboek ter verwezenlijking van zowel de instrumentele als rechtsbeschermende doeleinden ervan bevordert. De strafrechter dient dus niet te terughoudend met rechtsvorming te zijn.

4. Procesbelasting

De vraag welke gevolgen het in het wetboek opnemen van algemene normering van overheidsoptreden heeft, leeft in ander opzicht dan hierboven is besproken ook bij de rechterlijke macht. De Hoge Raad merkt in reactie op de beginselen codificatie op dat ‘een behoorlijke en voortvarende procesvoering’ kan worden bemoeilijkt wanneer ‘het proces zwaar zou worden belast met onderzoek naar de naleving van de normen van behoorlijke opsporing’. Men acht dit kennelijk vooral problematisch ‘voor zover niet-naleving daarvan een eerlijk proces tegen de concrete verdachte niet in gevaar zou brengen’.⁴⁷ Met andere woorden: daar waar schending van de beginselen in een concrete zaak niet raakt aan het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM, conceptart. 1.1.1.2), maar wel betrekking heeft op bijvoorbeeld het privéleven (artikel 8 EVRM, artikelen 10-13 Gw), lijkt de Hoge Raad er geen voorstander van dat de strafrechter indringender dan thans het geval is gaat onderzoeken en toetsen of het overheidsoptreden voldoende subsidiair, proportioneel en doelgebonden is.⁴⁸ De Raad voor de Rechtspraak meent dat de beginselen weinig houvast voor de opsporingspraktijk bieden en is daarom beducht voor discussie en onrechtmatigheidsverweren op zitting en de noodzaak nadere jurisprudentiële normering te moeten bieden.⁴⁹

De strafrechter zal mijns inziens in hoge mate zelf in de hand hebben in hoeverre de genoemde bezwaren zich zullen manifesteren. Voor de voorgestelde beginselbepalingen geldt – zoals verderop nog aan de orde komt⁵⁰ – dat de beknopte formuleringen daarvan geen strengere eisen aan de opsporing stellen dan die thans van kracht zijn ingevolge de jurisprudentie over deze beginselen. Hoewel de beginselen ook thans tot het geldende recht behoren, spelen zij in de rechtspraak een tamelijk marginale rol. Op zichzelf dwingt

46 Zie nader paragraaf 5.

47 HR-brief Boeken 1 en 2, p. 2-3.

48 Zie hierna ook paragraaf 5.

49 Raad voor de Rechtspraak, *Advies Consultatie boeken 1 en 2 nieuwe Wetboek van Strafvordering*, 11 juli 2017, p. 23-24.

50 Zie paragraaf 6.

de codificatie noch de toelichting daarop tot een koerswijziging in dit verband. Het zal vooralsnog dus aan de strafrechter zelf zijn om te bepalen welke rol hij voor de beginselen in de rechtszaal toelaat. De vrees bij de Hoge Raad en de Raad voor de Rechtspraak voor toename van de belasting van het strafproces duidt erop dat niet valt te verwachten dat de strafrechter op basis van de beginselen van subsidiariteit, proportionaliteit en doelbinding substantieel meer rechtsbescherming zal willen verwezenlijken – of het moet zijn dat feitenrechters een verdergaande rechtsvormende aanpak voorstaat dan voormelde instanties.

5. Nut van de codificatie bij beperkte sanctionering van schending van de beginselen

Franken concludeert dat de rechtspraak over proportionaliteit en subsidiariteit in de opsporing beperkt is en vooral het beeld bevestigt dat proportionaliteit en subsidiariteit in concrete zaken geen betekenisvolle bijdrage leveren aan de normering van de opsporing. Zijns inziens heeft de jurisprudentiële toetsing aan de proportionaliteits- en subsidiariteitsmaatstaf ten opzichte van de wettelijke normering nauwelijks toegevoegde waarde. Franken erkent echter ook dat dit niet per se betekent dat proportionaliteit en subsidiariteit geen enkele sturende werking hebben in de praktijk, maar hij merkt daarbij op dat dit voor de buitenwacht niet te toetsen is.⁵¹ Zonder sociaal wetenschappelijk onderzoek is inderdaad moeilijk vast te stellen in hoeverre die sturende werking er al dan niet is in de praktijk. Op grond van de rechtspraak valt mijns inziens dan ook niet te concluderen dat de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit geen betekenisvolle bijdrage leveren aan de normering van de opsporing. Niettemin lijkt mij een indicatie – meer dan dat is het niet – dat die sturende werking er wellicht wel is, dat in zaken waarin de Hoge Raad oordeelt omtrent artikel 359a Sv, proportionaliteit, subsidiariteit en ook doelbinding in hetgeen de verdediging aanvoert een tamelijk beperkte rol spelen. Dat kan erop duiden dat de rechtspraak zich doorgaans aan deze beginselen conformeert. Tegelijkertijd is ook in recente rechtspraak duidelijk dat erkenning daarin van de beginselen niet wegneemt dat de rechter terughoudend is in de toetsing eraan en in het verbinden van consequenties aan schendingen ervan.⁵²

De vraag is welke invloed codificatie van de beginselen zal hebben op de werking ervan in de praktijk. Ik kan mij voorstellen dat die codificatie erin zal resulteren dat de beginselen iets scherper op het netvlies van opsporingsambtenaren komen te staan, dat de verdediging er (wellicht alleen initieel) vaker een beroep op zal doen en misschien ook dat de rechter zich meer gelegitimeerd of zelfs verplicht voelt om meer nadrukkelijk aan de beginselen te toetsen en er verdere normerende invulling aan te geven. Tegelijkertijd verwacht ik niet dat de Hoge Raad wezenlijk vaker forsere consequenties zal gaan verbinden aan de schending van de beginselen dan thans het geval is. Ook in het moderniseringsproject zelf lijkt men hier geen grote koerswijzigingen na te streven. Ook daarin wordt bijvoorbeeld terughoudend gebruik van bewijsuitsluiting voorgestaan. Bij schendingen van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in de opsporing is de centrale afweging of de

51 A.A. Franken, 'Proportionaliteit en subsidiariteit in de opsporing', *DD* 2009/8 (p. 79-92 onder 5 en 6).

52 Zie over proportionaliteit en subsidiariteit recent o.a. HR 14 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2856 (Burgerpseudokoper art. 126ij Sv); HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3024, *NJ* 2016/111 m.nt. Myjer (Schopperszaak Eindhoven); HR 14 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1200, *NJ* 2016/364 (geweld bij inbeslagname); HR 19 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1252 (voortzetting beslag); HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:477, *NJ* 2014/352 m.nt. Schalken (Verhoorprotocol). Zie wat betreft het doelbindingsbeginsel (zuiverheid van oogmerk) o.a. HR 1 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2454, *NJ* 2017/84, m.nt. Keulen (dynamische verkeerscontrole en etnisch profileren); HR 22 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2775 (verkeersstopteken).

ernst van de inbreuk op rechten van de verdachte zwaarder weegt dan de met veroordeling en bestraffing gemoeide belangen en/of het belang dat met het bevorderen van normconforme opsporing is gemoeid.⁵³ Dit betekent dat men bij schending van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in de opsporing slechts ruimte voor bewijsuitsluiting ziet indien daarbij sprake is van 'een ernstige inbreuk op de privacy' terwijl het om opsporing van slechts een 'lichte overtreding' gaat.⁵⁴

Mijns inziens is voor het antwoord op de vraag of codificatie tot meer of juist minder subsidiariteit, proportionaliteit en doelbinding in de praktijk zal leiden, echter niet beslissend of de rechter bereid is strafprocessuele gevolgen te verbinden aan schending van de beginselen. Voor normnaleving en -bevestiging zijn immers ook vele andere factoren relevant. Zo zou het van wezenlijke betekenis zijn indien het interne toezicht op naleving van de beginselen zou worden versterkt.⁵⁵ Los daarvan lijkt mij dat de beginselen wat betreft hun effectieve werking in beginsel niet meer of minder afhankelijk zijn van het verbinden van rechtsgevolgen aan schending ervan dan dat andere strafprocessuele voorschriften dat zijn. Dat zulke rechtsgevolgen beperkt zijn of zelfs uitblijven bij schending van de beginselen, wil dan ook niet zeggen dat codificatie ervan geen toegevoegde waarde zal hebben. Voor de praktische waarde van de beginselen lijkt mij in eerste instantie vooral van belang dat duidelijkheid over de inhoud van de beginselen bestaat en hoe strikt deze worden uitgelegd en toegepast. De normerende invulling die de rechtspraak aan de beginselen geeft is thans tamelijk beperkt.⁵⁶ Codificatie biedt allereerst de wetgever en vervolgens ook de rechter de gelegenheid en legitimatie om de inhoud en reikwijdte van de beginselen nader te bepalen. Zeker indien de strafrechter tot die nadere normering bereid is, lijkt mij codificatie van de beginselen de werking ervan te versterken ten opzichte van de huidige situatie.

6. **Rechtszekerheid en bezwaren rondom de formulering van de beginselbepalingen**

Zoals opgemerkt hoeven beginselen door codificatie ervan niet hun beginselenkarakter te verliezen, al zal formulering ervan in de wet de fluïde inhoud en reikwijdte van beginselen wel enigszins kunnen stabiliseren en de kenbaarheid kunnen verhogen. Daarmee kan codificatie van beginselen bijdragen aan rechtszekerheid. Dat hoeft echter niet. Integendeel: codificatie kan zelfs tot een toename van onduidelijkheid voor de praktijk leiden. Dat kan in het bijzonder het geval zijn wanneer de codificatie invullingen aan de beginselen geeft die wat betreft formuleringen, inhoud en reikwijdte afwijken van de invullingen die de beginselen tot dan toe hadden in ongeschreven vorm. Juist als gevolg van het specifieke karakter van beginselen – die geen 'hard and fast rules' aanreiken maar slechts een richting aangeven en argumentatief gewicht in de schaal leggen⁵⁷ – zullen dan vragen kunnen reizen over de betekenis van de beginselbepalingen en de wijze waarop de rechter deze zal gaan uitleggen en toepassen. Is daarvan met de voorgestelde beginselbepalingen sprake?

53 Zie artikel 4.3.2.6. Concept Boek 4 Sv (Berechting) (2017). Dit geldt althans wanneer het daarbij niet tevens om een schending van het recht op een eerlijk proces gaat.

54 Concept Boek 4 Sv (Berechting) (2017), MvT, p. 92.

55 Voor versterking van intern toezicht pleit bijv. M.J. Borgers, 'De toekomst van artikel 359a Sv', *DD* 2012/25 (p. 257-273 in par. 5 en 6).

56 Zie voor een in de rechtspraak van de Hoge Raad uitzonderlijke schending van het proportionaliteitsbeginsel HR 10 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1365, *NJ* 2014/399 m.nt. Schalken (Onderzoek aan kleding?) en voor een uitzonderlijk *détournement de pouvoir* HR 22 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2775 (verkeersstopteken).

57 Zie hiervoor paragraaf 3.

De voorgestelde formulering⁵⁸ van het subsidiariteitsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel lijken mij wat betreft inhoud en reikwijdte in overeenstemming te zijn met wat algemeen onder deze beginselen in de Nederlandse strafvordering wordt verstaan.⁵⁹ Daartoe is dan echter wel van belang hoe men de formulering precies leest. In diens consultatieadvies lijkt de Hoge Raad van een objectieve benadering uit te gaan wanneer hij opmerkt dat door in de formulering het woord ‘alleen’ te gebruiken er geen ruimte lijkt te zijn ‘voor aanvaarding van een keuze die een redelijk handelend opsporingsambtenaar kan maken waarop naderhand valt af te dingen.’⁶⁰ Mijns inziens is daarvoor echter niet het woord ‘alleen’ bepalend. Waar het wel om gaat is dat men de uitoefening van bevoegdheden niet objectief en ex nunc aan de beginselen dient te toetsen, maar meer subjectief vanuit het perspectief waarin de handelende opsporingsambtenaar zich bevindt en ex tunc. Een opsporingsambtenaar dient een bevoegdheid dan dus ‘alleen’ uit te oefenen indien hij vanuit zijn Garantstelling en de dan voor hem bekende feiten en omstandigheden redelijkerwijs kan concluderen het met de bevoegdheid ‘beoogde doel niet op een andere en minder ingrijpende wijze kan worden bereikt’ en dat ‘de uitoefening daarvan in een redelijke verhouding staat tot het daarmee beoogde doel.’ Een gesubjectieerde ex tunc-toetsing ligt ook in die zin voor de hand dat de beginselbepalingen zich primair op de opsporingsambtenaar richten. Interessant is voorts dat sommige specifieke bevoegdheidsbepalingen ‘dringende noodzakelijkheid’ (o.i.d.) voor uitoefening van de bevoegdheid vereisen indien een indringende toetsing van de subsidiariteit is aangewezen.⁶¹ Ook daaruit valt af te leiden dat het bij toetsing aan de beginselbepalingen niet erom gaat of de afweging van de opsporingsambtenaar optimaal was maar slechts of die als redelijk valt aan te merken. Een dergelijke lezing – dus vanuit een meer subjectief, ex tunc, redelijkheidsperspectief – van de beginselbepalingen inzake subsidiariteit en proportionaliteit lijkt mij op basis van de voorgestelde formuleringen ook tamelijk onproblematisch. Wel zou het inderdaad goed zijn – zoals onder meer⁶² de Hoge Raad ook voorstelt – om hierover duidelijkheid te bieden in de toelichting op de bepalingen. Zeker dan lijkt mij de codificatie van het subsidiariteitsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel de rechtszekerheid te bevorderen.

Een taalkundig punt is nog dat de voorgestelde subsidiariteitsbepaling de formulering ‘een *andere en minder* ingrijpende wijze’ (met ‘en’) bevat in plaats van ‘een *andere minder* ingrijpende wijze’ (zonder ‘en’ en ook zonder komma).⁶³ Het woord ‘en’ zorgt voor een zelfstandige positionering van de woorden ‘andere’ en ‘mindere’, waardoor bijvoorbeeld ten onrechte onder het woord ‘andere’ striktgenomen ook zwaardere maatregelen komen te vallen. Het gaat ook niet erom een samentrekking te formuleren van ‘een *andere* ingrijpende wijze *en minder* ingrijpende wijze’. Evenmin gaat het om gelijkwaardige bijvoeglijk gebruikte bijwoorden, aangezien de volgorde niet kan worden veranderd in bijvoorbeeld ‘een *minder andere* ingrijpende wijze’. Eigenlijk kan het woord ‘andere’ overigens helemaal vervallen, maar handhaving ervan is wenselijk omdat het de instructiekwaliteit van de bepaling verhoogt, doordat het benadrukt dat alternatieven moeten worden overwogen.

Enige onduidelijkheden zijn er ook omtrent de voorgestelde codificatie van het doelbindingsbeginsel: ‘Een bevoegdheid wordt niet uitgeoefend voor een ander doel dan waarvoor

58 Zie paragraaf 1.

59 Vgl. G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 57-61.

60 HR-brief Boeken 1 en 2, p. 4.

61 Concept Boek 2 Sv (Opsporingsonderzoek) (2017), MvT, p. 19-20.

62 Zie bijv. ook NVvR-advies Boeken 1 en 2, p. 17.

63 Cursiveringen mijnerzijds, PHvK; dat geldt voor deze hele alinea.

zij is gegeven'.⁶⁴ Een eerste vraag die rijst is of ingevolge deze doelbindingsbepaling ook sprake kan zijn van schending daarvan indien een bevoegdheid in overeenstemming met het doelbindingsbeginsel is toegepast, maar het resultaat van die toepassing uiteindelijk voor een ander doel wordt gebuikt dan waarvoor de bevoegdheid destijds werd ingezet.⁶⁵ Mijns inziens staat de doelbindingsbepaling aan zodanig gebruik niet in de weg, nu de tekst van de bepaling slechts doelgrenzen stelt aan de uitoefening van bevoegdheden en niet aan gebruikmaking van de resultaten daarvan.

Verschillende consultatieadviezen snijden de vraag aan of deze beginselbepaling wordt overtreden indien een controlebevoegdheid wordt uitgeoefend voor een strafvorderlijk doel waarvoor die bevoegdheid niet aan de autoriteiten is gegeven.⁶⁶ Indien dit het geval zou zijn impliceert de codificatie een wezenlijke afwijking van de geldende rechtspraak van de Hoge Raad. Die rechtspraak komt immers erop neer dat de uitoefening van een controlebevoegdheid door een daartoe bevoegde opsporingsambtenaar in beginsel rechtmatig is wanneer de bevoegdheid ten minste mede is uitgeoefend ter controle van de naleving van de wet ter handhaving waarvan de bevoegdheid is gegeven, ook indien die bevoegdheid daarnaast het verrichten van opsporingshandelingen mogelijk maakt waarop de bevoegdheidsbepalingen niet zien.⁶⁷ De codificatieformulering 'niet (...) voor een ander doel dan waarvoor (...) gegeven' lijkt echter te impliceren dat bij de uitoefening van bevoegdheden andere doelen dan waarvoor de bevoegdheid is gegeven zelfs in het geheel geen rol mogen spelen. Bij die strikte lezing is er geen plaats meer voor de benadering van de Hoge Raad, tenzij men moet aannemen dat de beginselbepaling in het geheel geen betrekking heeft op de uitoefening van wettelijke controlebevoegdheden, ook niet als ze (mede) voor opsporingsdoeleinden worden toegepast.⁶⁸ De toelichting op de codificatiebepaling maakt niet duidelijk of de codificatie van het doelbindingsbeginsel ook op controlebevoegdheden ziet of alleen op strafvorderlijke bevoegdheden. Mij lijkt niettemin dat het laatste geldt. Systematisch strekken de beginselbepalingen zich als onderdeel van Boek 2 inzake het opsporingsonderzoek immers slechts uit over de bevoegdheden in dat boek. Voor herformulering van de bepalingen is dus geen reden, maar het zou verhelderend zijn dit in de toelichting op de bepalingen te bevestigen.

Wat betreft de doelbindingsbepaling rijst ook de vraag waarop het 'gegeven' doel ziet. Is dat het doel waarvoor de wetgever de bevoegdheid heeft gegeven, het doel waarvoor de bevoegdheid in het concrete geval is verleend door een hogere autoriteit of kan het beide omvatten? De memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel houdt in dat uit 'de wet zelf of uit het wettelijk systeem' veelal is af te leiden voor welke doelen bevoegdheden kunnen worden uitgeoefend. Dit duidt erop dat het om het eerste gaat: het wettelijke doel.⁶⁹ Toch is er veel voor te zeggen het doelbindingsbeginsel ook in de beoordeling te betrekken indien een opsporingsambtenaar een bevoegdheid uitoefent voor een ander doel dan waarvoor hij in het concrete geval autorisatie heeft verkregen. De tekst van de voorgestelde bepaling laat voor zodanige benadering ruimte en het zou daarom goed zijn indien de toelichting hier aandacht aan besteedt.

64 Zie artikel 2.1.2.1 lid 1 Concept Boek 2 Sv (Opsporingsonderzoek) (2017).

65 Zie HR-brief, Boeken 1 en 2, p. 4.

66 HR-brief Boeken 1 en 2, p. 3-4; NVvR-advies Boeken 1 en 2, p. 16.

67 HR 1 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2454, NJ 2017/84, m.nt. Keulen (dynamische verkeerscontrole en etnisch profileren).

68 HR-brief Boeken 1 en 2, p. 3-4.

69 Concept Boek 2 Sv (Opsporingsonderzoek) (2017), MvT, p. 17; vgl. p. 103.

Het voorgaande brengt mee dat voor andere bevoegdheden die binnen de strafrechtspleging kunnen spelen – zoals genoemde controlebevoegdheden en bijvoorbeeld ook bevoegdheden omtrent vervolging, berechting en bestraffing – de ongeschreven beginselen van een behoorlijke procesorde van kracht blijven. Dat de drie beginselen daarmee voor verschillende onderwerpen verschillende basis krijgen, namelijk een wettelijk en een jurisprudentieel regiem, levert mijns inziens geen sterk rechtszekerheidsargument op tegen de codificatie. Thans is immers evenmin sprake van een uniform regiem nu de beginselen – in hun huidige ongeschreven vorm – bij de uitoefening van opsporingsbevoegdheden op een andere wijze toepassing vinden dan bij onder meer vervolging, berechting of bestraffing. Wel rijst hiermee de vraag of de beginselen codificatie zich niet ook over die strafvorderlijke handelingen zou moeten uitstrekken.

7. Onvolledige codificatie en plaatsing van de beginselbepalingen

Zoals opgemerkt strekken de in de rechtspraak erkende, thans nog ongeschreven beginselen van subsidiariteit, proportionaliteit en doelbinding zich naast de opsporing ook uit over onder meer de vervolging, berechting en straftoemeting. Opmerkelijk genoeg schenken de toelichtingen op de conceptwetsvoorstellen voor Boek 3 (vervolging) en Boek 4 (berechting) er echter geen aandacht aan dat een vervolgingsbeletsel kan zijn gelegen in onder meer het beginsel van redelijke en billijke belangafweging c.q. het willekeurverbod, waarin ook het subsidiariteitsbeginsel en proportionaliteitsbeginsel liggen besloten.⁷⁰ Beide beginselen komen evenmin aan de orde in relatie tot de straftoemeting hoewel ze ook daar spelen. Inmiddels geldt volgens artikel 49 Handvest grondrechten EU zelfs als fundamenteel recht dat de zwaarte van de straf niet onevenredig mag zijn aan het strafbare feit. Mijns inziens valt moeilijk uit te leggen waarom de ongeschreven beginselen van subsidiariteit, proportionaliteit en doelbinding wel worden gecodificeerd voor de opsporing en niet voor in het bijzonder de vervolging en wat betreft het proportionaliteitsbeginsel ook de straftoemeting.

Uiteraard valt dit op te lossen door deze drie beginselen – samen met het legaliteitsbeginsel, het eerlijk-procesrecht, de onschuldpresumptie en de slachtofferinstructie – vooraan in het wetboek op te nemen. Dit lijkt mij uiteindelijk echter niet aantrekkelijk. Daartoe telt ten eerste dat de beginselen voor verschillende fasen in de strafvordering op verschillende wijze functioneren. Daarop gelet is het mijns inziens wenselijk de rechtspraak over de beginselen voor elke fase afzonderlijk te codificeren op een wijze die de specifieke werking van het beginsel in die fase in acht neemt. Omdat met zulke specifieke codificatie dichter bij de geldende rechtspraak kan worden gebleven, is die minder algemeen en aldus duidelijker. Daarentegen zal een algemene codificatie van de beginselen vooraan in het wetboek wellicht eerder rechtsvragen voor de praktijk oproepen en daarmee gemakkelijker tot extra procesbelasting leiden en de noodzaak van rechterlijke rechtsvorming. Voorts is er het argument van kenbaarheid: zo kan de plaatsing van de drie beginselen in het boek over opsporing tot een betere kennisname door opsporingsambtenaren leiden. Indien de wetgever wat betreft de drie beginselen echter niet tot afzonderlijke codificaties voor verschillende fase van strafvordering overgaat, heeft een volledige codificatie door de beginselen vooraan in het wetboek op te nemen wat mij betreft alsnog de voorkeur.

⁷⁰ Vgl. bijv. HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:7, NJ 2013/563 m.nt. Van Kempen (Checkpoint; onevenredige vervolging?); HR 7 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1787 (proportionaliteit van vervolging voor misdrijf in plaats van overtreding). Zie voorts G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 58-61.

8. Afronding

Hoewel de inrichting van het strafvorderlijk systeem sterk steunt op uitgangspunten van subsidiariteit, proportionaliteit en zuiverheid van oogmerk c.q. doelbinding, kan dat systeem uiteindelijk niet garanderen dat deze beginselen ook in elk specifiek geval worden nageleefd. Daarvoor is het systeem simpelweg te grofmazig. Het is daarom noodzakelijk dat functionarissen in de strafrechtspleging de beginselen ook steeds in concrete situaties in acht nemen en dat onder meer de strafrechter daarop een zekere controle uitoefent. Daarmee is het belang gegeven van de tot het geldende strafprocesrecht behorende, thans nog geheel ongeschreven beginselen van subsidiariteit, proportionaliteit en doelbinding. Het voornemen in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering om deze beginselen te codificeren verdient mijns inziens bijval. Daarvoor pleit een flink aantal argumenten, die samen veel gewicht in de schaal leggen. Het is ook zo dat geen daarvan absoluut of beslissend is en dat er strikt genomen aldus geen noodzaak bestaat de beginselencodificatie door te zetten. Tegenover de vele argumenten voor de beginselencodificatie staan echter geen echt overtuigende argumenten daartegen. Bij die stand van zaken verdient die codificatie doorgang te vinden.

Dit neemt niet weg dat beginselen vanwege hun welhaast oneindige mogelijkheden tot rechterlijke rechtsvorming niet geheel onproblematisch zijn vanuit het oogpunt van machtsevenwicht binnen de Trias tussen enerzijds de rechter en anderzijds de wetgever en de uitvoerende macht. Daar staat echter tegenover dat de risico's daaromtrent er ook zijn wanneer de beginselen ongeschreven blijven. Met de codificatie van de drie beginselen benadrukt de wetgever dat zowel opsporingsinstanties als strafrechters een grote verantwoordelijkheid hebben. De politie en het openbaar ministerie dienen de beginselen in de dagelijkse praktijk voortdurend te effectueren. De strafrechter dient de beginselen te handhaven en uit te leggen ter bevordering van een soepel functioneren van het wetboek ter verwezenlijking van zowel de instrumentele als rechtsbeschermende doeleinden ervan. Dit geldt voor alle fase van de strafprocedure. Het grootste bezwaar tegen de voorgestelde codificatie is dan ook dat deze alleen de opsporing betreft. In mijn ogen is het dus aangewezen dat de wetgever in een veel vollediger codificatie voorziet. In elk geval is codificatie van de beginselen ook wenselijk voor zover het gaat om de specifieke betekenis ervan voor de vervolging en de strafoplegging.