

HC 5, 06-03-2018, IT & Strafvordering (1)

a. Inleiding strafvordering: art. 3 Politiewet (PW) 2012 en art. 141 Sv

Er zijn twee fases te onderscheiden, de fase voor de opsporing en de fase van opsporing zelf.

Fase vóór de opsporing

Art. 3 PW 2012 is een belangrijke bepaling in de fase voor de opsporing. In dit artikel wordt de 'politietaak' omschreven. Deze algemene bepaling is tevens de grondslag voor bevoegdheden en voor inzet van methodes in de fase voor de opsporing (vb. informatie vergaren). Er is op dat moment nog geen 'verdenking'. Deze bepaling geeft bijv. de bevoegdheid om toezicht te houden in een openbare ruimte (surveillance/toezicht) of een korte observatie ergens te houden n.a.v. een tip.

Opsporing

Er is sprake van opsporing als er aan de voorwaarden van art. 132a Sv wordt voldaan. Hierin is het begrip opsporing gedefinieerd. De meeste bevoegdheden kun je pas inzetten als er een zekere graad van verdenking is. Art. 96b Sv is een voorbeeld over een bevoegdheid. Het gaat over de doorzoeking van een vervoersmiddel, dit mag alleen als er een zekere graad van verdenking is.

Bij de opsporing is art. 1 Sv van zeer groot belang. Dit is het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel. Het begrip van strafvordering is het geheel van opsporing, berechting en tenuitvoerlegging. Het Wetboek van Strafvordering is geen uitputtende regeling. Ten eerste zijn er afwijkende bevoegdheden, die in bijzondere wetten staan (bijv. WED). Daarnaast zijn veel opsporingsmethodes niet specifiek in de wet geregeld. VB: Het afnemen van vingerafdrukken op het plaats delict vind je niet zo duidelijk in de wet geregeld. Je vindt wel voorzieningen hiervoor, maar niet altijd in die specifieke situatie. Ook het verhoor van getuigen door de politie staat niet ondubbelzinnig in een wetsartikel omschreven.

Uitgangspunt wetgever

Wie belast is met 'opsporing' mag in beginsel alles doen wat noodzakelijk is voor de opsporing, dit is het uitgangspunt van de wetgever in 1926. Maar er is een legaliteitsbeginsel, dus die uitspraak wordt het beperkt door art. 141/142 Sv: toekenning 'opsporingstaak', welke personen zijn belast met de opsporingstaken. Art. 141 Sv is bij de juridische praktijk de grondslag voor inzet onderzoeksmethodes in fase opsporing (vergelijkbaar met art. 3 PW in fase voor opsporing). Hiermee is wel een link gelegd met het legaliteitsbeginsel. Als de inzet van bepaalde bevoegdheid inbreuk kan maken op een grondrecht van burgers dan verdient dat regeling in het Wetboek van Strafvordering. Ook zijn rechtszekerheid en rechtsbescherming erg van belang.

VB: Arrest IMSI-catcher. De politie wilde iemand opsporen en aanhouden en weten waar hij verbleef. Toen werd dit apparaat ingezet om z'n verblijfplaats te lokaliseren met toestemming van de OvJ. Het mobiele nummer was bekend bij de politie. Art. 126nb Sv is een regeling voor de inzet van een IMSI-catcher (enkel) om een onbekend nummer te achterhalen. Is de inzet in casu dan rechtmatig? De Hoge Raad besloot dat de wet naar tekst en strekking niet uitsluit 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.

Wat is dan de grondslag van dit apparaat? De Hoge Raad stelt dat inzet van de IMSI-catcher een beperkte inbreuk maakt op de grondrechten en die zijn niet zeer risicovol voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing. Inzet van het apparaat kan wel onrechtmatig zijn als het in verband met de duur, intensiteit en frequentie een compleet beeld verkrijgt van bepaalde aspecten van het persoonlijk leven van betrokkene. In dit geval is de inzet van het apparaat kennelijk van korte duur geweest en er was toestemming van de OvJ verkregen.

Anno 2018

Tegenwoordig kan art. 141 Sv dienen als grondslag voor de inzet van onderzoeksmethodes (opsporing), maar alleen voor zover er sprake is van een niet meer dan beperkte inbreuk op de privacy en de methode niet zeer risicovol is voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing. Deze grens geldt ook voor

art. 3 PW 2012, in de fase vóór de opsporing. De grens is bereikt volgens de Hoge Raad als het onderzoek leidt tot ‘min of meer compleet beeld van aspecten van iemands privéleven’. Hiervoor zijn 4 criteria in het kader van observatie bij bepalen van stelselmatigheid: Duur; frequentie of intensiteit; plaats, is het een openbare ruimte of niet; technisch hulpmiddel dat meer doet dan versterking van de zintuigen. In art. 126g Sv staan de wettelijke voorwaarden voor stelselmatige observatie. Is de observatie niet stelselmatig, dan kan art. 3 PW of art. 142 Sv een toereikende grondslag bieden, mits er is voldaan aan een ‘beperkte inbreuk op de privacy’.

Art. 8 EVRM: kwaliteit wetgeving

Dit artikel gaat over het recht op privéleven en de privésfeer. Lid 2 stelt dat er geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien. Hiervan moet er een grondslag in het nationale recht zijn, als deze er niet is dan handelt de staat in strijd met art. 8 EVRM en word je veroordeeld. Hoe ingrijpender de (mogelijke) inbreuk op de privacy is, des te specifiekere de regeling behoort te zijn (waarborgen).

b. Onderzoek in openbare bronnen & social media (datamining)

Internet surveillance & art. 3 PW

Hoe de politie, al dat niet in burger, op straat mag surveilleren en rondkijken, zo mag een rechercheur vanachter zijn computer hetzelfde doen op internet. Een uitdrukkelijke wettelijke grondslag is daarvoor niet nodig. In de voorfase is art. 3 PW 2012 kennelijk toereikend, want er is geen ‘meer dan beperkte inbreuk’ op de privacy.

Automatic Number Plate Recognition (ANPR) beter bekend als automatische kentekenbord scanner gaat een stap verder. Deze gegevens worden allemaal opgeslagen in een database. Deze database wordt snel gekoppeld aan bijvoorbeeld een database met gestolen auto's. Veel mensen vinden dit een inbreuk op privacy. Wat is de grondslag bij ANPR? Volgens de wetgever dient de politie ter uitvoering van de taak opmerkzaam te zijn op personen en voertuigen die met het oog op die taak aandacht behoeven. Een mogelijkheid om opmerkzaam te zijn, is dat de politie het oog houdt op kentekens van voertuigen. Het is een passende ontwikkeling dat de politie daarbij gebruik maakt van camera's en automatische kentekenherkenning. Zolang deze camera's worden gebruikt om uitsluitend kentekens vast te leggen van voertuigen die relevant zijn voor de politietoek, past dit binnen de uitvoering van art. 3 PW 2012.

Het doel van deze vorm van datamining is toezicht of het constateren van eventuele overtredingen en vergaren (naar mogelijk kan blijken) voldoende startinformatie voor opsporing van een redelijk vermoeden strafbaar feit. Art. 3 PW 2012 is de basis voor politie handelen in de fase vóór opsporing mits geen sprake is van een meer dan beperkte inbreuk op de privacy en wijze van handelen ‘niet zeer risicovol is voor de integriteit en beheerbaarheid van de opsporing’. Voor het handmatig rondneuzen op het internet naar geautomatiseerde surveillance is de heersende mening dat art. 3 PW 2012 ontoereikend is.

iColumbo neemt het zoeken van de eenzame rechercheur over. De rechercheur geeft nu zoektermen op waarna er automatisch aan de slag wordt gegaan. Hier speelt art. 126g Sv weer een rol. De iColumbo tast de privacy van de burgers aan, door het gebruik van deze software wordt er veel sneller data verzameld en geanalyseerd. Het doel van deze vorm van datamining is het houden van toezicht en eventueel constateren van overtredingen of vergaren van voldoende startinformatie voor opsporing.

Brinkhoff: “Een belangrijk punt is dat in het proces van (Big Data) datamining veel gegevens van onschuldige burgers worden betrokken en zo doende in meer of mindere mate de in artikel 8 EVRM beschermde privacy van die burgers wordt aangetast.” Art. 3 PW biedt hiervoor onvoldoende grondslag. Over de wettelijke grondslag van de inzet van het systeem iColumbo bestaat nog onduidelijkheid. Bij gebrek aan een expliciete wettelijke voorziening lijkt art. 3 PW 2012 hiertoe te dienen. Een aantal dingen vallen op in de toepassing van iColumbo door de politie. Ten eerste kan worden geconstateerd dat bij

afwezigheid van deze wettelijke voorziening dit opsporingsmiddel ook kan worden ingezet als er geen verdenking van een strafbaar feit bestaat. Ten tweede kan worden beredeneerd dat door de afwezigheid van een wettelijke regeling geen begrenzing wordt aangebracht in het soort gegevens dat mag worden bekeken. Evenmin blijkt van begrenzing in de trefwoorden of de profielen die door de politie mogen worden toegepast. Alleen heeft art. 3 PW 2012 onvoldoende grondslag, daarbij is de richtlijn dat de regeling is dat het verdenkingsbegrip als begrenzing moet worden ingebracht. Eerst moet uit de feiten en omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld blijken tot er over kan worden gegaan naar geautomatiseerde data-analyse. Het is enkel toepasbaar in de fase van opsporing.

Koops: art. 3 PW is alleen toereikend bij een beperkte inbreuk. Het geautomatiseerd vergaren van grote hoeveelheden gegevens is problematisch. Zeker bij een gerichte zoekactie op een persoon en als daarna blijkt dat er veel gegevens zijn verzameld waarmee het privéleven in kaart kan worden gebracht. Er moet zeer terughoudend gebruik worden gemaakt van de iColumbo. Ten aanzien van Koops: de gerichte 'stelselmatige' zoekactie ten aanzien van een bepaald persoon kan inderdaad niet op art. 3 PW (of 141 Sv) worden gebaseerd. Immers bij stelselmatige observatie persoon is verdenking vereist en/want (specifieke) regeling 126g Sv geldt. Volgens Brinkhoff en Koops is er een specifieke grondslag vereist voor 'geautomatiseerde surveillance'/ datamining. Art 3 PW is ontoereikend omdat op automatische wijze veel gegevens van (on)verdachte personen (kunnen) worden vergaard.