**Enkele rechtsstatelijke kanttekeningen bij het wetsvoorstel Tijdelijke wet onderzoek AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma**

Het wetsvoorstel voorziet onder meer in een beperkte verschuiving van de bindende toets vooraf (ex ante) door de Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden (TIB) naar een bindend toezicht door de Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CTIVD) tijdens de uitoefening van bevoegdheden (ex durante). Daarnaast wordt een bijzondere rechtsgang bij de Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State (ABRvS) in het leven geroepen, waarbij de inlichtingendiensten in beroep kunnen komen tegen besluiten van de TIB en de CTIVD. Deze twee aspecten worden hierna kort belicht in aansluiting op een eerder uitgebracht advies ‘Naar een duurzaam en effectief stelsel van toezicht op de inlichtingen- en Veiligheidsdiensten’[[1]](#footnote-1) ( hierna: het advies 2022).

*Verschuiving van bevoegdheden van TIB naar CTIVD*
De reikwijdte van het wetsvoorstel is beperkt tot onderzoeken van diensten naar landen met een offensief cyberprogramma tegen Nederland/Nederlandse belangen. Het wetsvoorstel voorziet tijdelijk in de uitbreiding van enige bijzondere bevoegdheden, waarbij met het oog op de gewenste snelle en flexibele besluitvorming in plaats van toezicht vooraf door de TIB bindend toezicht door de CTIVD op de uitvoering van activiteiten van de diensten wordt ingesteld. Het bindend toezicht door CTIVD is nieuw en betekent een extra waarborg op het punt van rechtsbescherming van burgers. Blijkens de reactie van de TIB op het concept wetsvoorstel ( dd. 14 april 2022) is het samenstel van voorstellen ‘toezichtbaar’, en is er geen bezwaar tegen om het toezicht op bepaalde bevoegdheden ( verkennen van geautomatiseerde werken) onder te brengen bij de CTIVD, zij het dat de TIB kritisch is op enkele onderdelen.[[2]](#footnote-2) De TIB vraagt zich hierbij af waarom de voorafgaande toetsing moet vervallen, nu het bestaande systeem al voorziet in een snelle toets vooraf en een spoedprocedure waarin de diensten zonder voorafgaande toestemming van start kunnen gaan.[[3]](#footnote-3)
Tegen deze achtergrond is het zinvol, mede met het oog op de toekomstige herziening van Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten 2017, om het belang van toetsing vooraf van besluiten van de diensten door een onafhankelijke instantie te benadrukken. De toetsing tijdens de uitvoering van besluiten van de diensten levert weliswaar een belangrijke aanvullende rechtsstatelijke waarborg, maar deze toetsing kan op zichzelf niet in de plaats treden van de toetsing vooraf. De beide vormen van toetsing (vooraf en in de uitvoering) dienen tezamen een adequaat systeem van toezicht te vormen.[[4]](#footnote-4)
 Het EHRM heeft in zijn rechtspraak als uitgangspunt genomen dat toetsing vooraf ( op noodzaak en proportionaliteit) van besluiten door een onafhankelijke rechterlijke instantie de voorkeur heeft.[[5]](#footnote-5) Voor de goede orde: toetsing vooraf door een minister die verantwoording schuldig is aan het parlement, biedt aldus geen afdoende waarborg. Het gaat bij de besluiten en activiteiten van de inlichtingendiensten om besluiten die diep ingrijpen in privacy-grondrechten van burgers. Nu de burger daarvan veelal onwetend is en dus geen rechtsgang heeft bij de rechter, is het van groot belang dat een onafhankelijke, bij voorkeur rechterlijke instantie toezicht houdt. Dat toezicht kan het beste worden uitgeoefend vooraf, middels autorisatie door een rechterlijke instantie. Ingrijpen tijdens de uitvoering van bevoegdheden heeft onmiskenbaar als nadeel dat het kwaad mogelijk al geschied is en de overheid zich al in de private levenssfeer heeft begeven. Niet voor niets heeft het EHRM sterk benadrukt dat bij bulkinterceptie toetsing vooraf vereist is. Ook het EU Hof van Justitie eist bij bepaalde besluiten van inlichtingendiensten een toetsing vooraf door een onafhankelijke instantie.[[6]](#footnote-6)

De regering sprak in 2017 bij de totstandkoming van WIV sterk de voorkeur uit voor toetsing vooraf door de TIB, waarbij de regering het met name positief vond dat aldus ‘een rechter of iets wat lijkt op een rechter’ deze toetsing uitvoert.[[7]](#footnote-7) De TIB is inderdaad vorm gegeven als een quasi-rechterlijke instantie ( twee rechters en een deskundige) die tot taak heeft een rechtmatigheidstoetsing uit te voeren ten aanzien van besluiten van de inlichtingendiensten. Op de (rechtspositionele) onafhankelijkheid van deze instantie valt, met betrekking tot de regeling van benoeming en ontslag van de TIB-leden, nog het nodige aan te merken. De wettelijke regeling behoeft sterkere onafhankelijkheidswaarborgen.[[8]](#footnote-8) Het ligt voor de hand dat bij de komende herziening van de WIV een verdere transformatie van de TIB tot een echte gespecialiseerde rechterlijke instantie gestalte krijgt. De juridische status van de TIB is op dit moment diffuus.
Uit de evaluatie van de WIV 2017 kwam naar voren dat de evaluatiecommissie zeer te spreken was over het functioneren van de TIB. De TIB was in staat gebleken vanaf het begin snel en grondig te oordelen. Autorisatie vooraf door de TIB diende behouden te blijven.[[9]](#footnote-9)

Tegen deze achtergrond kan de vraag gesteld worden welke argumenten voor de regering nu precies de doorslag hebben gegeven om in de onderhavige tijdelijke regeling toch een, zij het beperkte, verschuiving van toezicht door te voeren. In de reactie van de TIB op het concept-wetsvoorstel wordt terecht gesteld dat snelheid van besluitvorming, gelet op de bestaande regeling en praktijk, niet een argument kan zijn. De regering spreekt van het belang van dynamisch toezicht in plaats van statisch toezicht, maar dat belang kan ook worden gediend als er een combinatie van toezicht vooraf en toezicht in de uitvoering is.

*Rechtsgang bij de Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State*Het wetsvoorstel voorziet zoals gezegd in een bijzondere beroepsgang bij de ABRvS waarbij de inlichtingendiensten in beroep kunnen komen tegen besluiten van de TIB en de CTIVD.
De evaluatiecommissie WIV heeft in haar rapport gepleit voor een aanvullende voorziening bij het stelsel van toezicht bij de ABRvS die daarbij richtinggevende uitspraken kan doen over de uitleg van wettelijke regels en intensiteit van toetsing. Of een volledig beroep dan wel een beperkte aanvullende voorziening gewenst is werd niet duidelijk in het rapport.
De regering kiest in het wetsvoorstel voor een volledige rechtsgang bij de ABRvS.
Het gevolg hiervan is dat het stelsel van toezicht fundamenteel verandert. In feite wordt een procedure in twee instanties ingevoerd (rechtmatigheidsoordeel door de TIB, rechtmatigheidsoordeel door de ABRvS) waarvan de inlichtingendiensten naar bevind van zaken gebruik kunnen maken. De regering gaat overigens, zo lijkt het, uit van een andere gedachte. Volgens de regering kan er sprake zijn van een geschil tussen de inlichtingendienst en de TIB, waarbij de inlichtingendienst dat geschil kan voorleggen aan de ABRvS. Het lijkt erop alsof de regering het oordeel van de TIB niet als een rechterlijk oordeel ziet, terwijl pas in beroep bij de ABRvS een rechterlijk oordeel volgt.
Het is de vraag of zo’n procedure in twee instanties nodig is. De rechtsgang bij de ABRvS heeft rechtsstatelijk beperkte betekenis, nu slecht de inlichtingendiensten (niet de burger) bij de ABRvS in beroep kunnen. De introductie van zo’n procedure is op zich niet goed te rijmen met het uitgesproken positieve oordeel bij de evaluatie over het functioneren van de TIB. Een procedure in twee instanties zou de positie van de TIB in het stelsel van toezicht aanzienlijk verzwakken.
De stellingname van de evaluatiecommissie in haar evaluatierapport dat het onwenselijk is dat de TIB altijd het laatste woord heeft bij de uitleg van wettelijke regels is begrijpelijk. In dat verband zou het een passende oplossing kunnen zijn dat de minister bij een verschil van inzicht met de TIB de bevoegdheid krijgt een prejudiciële vraag voor te leggen aan de ABRvS, die deze vraag dan bindend beantwoordt. Op deze wijze wordt niet een tijdrovende en complexe volledige rechtsgang ingericht, maar een eenvoudige beperkte aanvullende voorziening, waarin de ABRvS slechts in incidentele gevallen een bindend oordeel velt over over een rechtsvraag.
Onduidelijk blijft waarom de regering niet voor deze eenvoudige oplossing gekozen heeft.

Paul Bovend’Eert
Hoogleraar staatsrecht
Radboud Universiteit Nijmegen

1. P.P.T. Bovend’Eert, R.A. Lawson en H.B Winter, Naar een duurzaam en effectief stelsel van toezicht op de inlichtingen- en Veiligheidsdiensten, 22 januari 2022, aangeboden aan de minister van BZK. [↑](#footnote-ref-1)
2. Vgl de beschouwingen van de TIB over uitbreiding van bevoegdheden door ‘bijschrijven’ zonder voorafgaande toets, Reactie TIB p. 3-4. [↑](#footnote-ref-2)
3. Reactie TIB p. 3-4. [↑](#footnote-ref-3)
4. Advies 2022, p. 20. [↑](#footnote-ref-4)
5. Advies 2022, p.18. [↑](#footnote-ref-5)
6. Zie reactie TIB, p. 9. [↑](#footnote-ref-6)
7. Advies 2022, p. 29. [↑](#footnote-ref-7)
8. Advies 2022, p. 30-33. [↑](#footnote-ref-8)
9. Advies 2022, p. 26. [↑](#footnote-ref-9)