



Mr. A. Das  
is docent/onderzoeker straf(proces)-  
recht aan de sectie Strafrecht  
en Criminologie van de Vrije  
Universiteit Amsterdam.



Mr. dr. M.B. Schuilenburg  
is universitair docent criminologie  
aan de sectie Strafrecht en  
Criminologie van de Vrije  
Universiteit Amsterdam.

# 33. Predictive policing: waarom bestrijding van criminaliteit op basis van algoritmen vraagt om aanpassing van het strafprocesrecht

Er voltrekt zich sluipenderwijs een revolutie in het strafrecht. Steeds meer organisaties in de strafrechtketen hebben een groot vertrouwen in instrumenten die als waarheidsvoorspellers voor de opsporing van criminaliteit kunnen dienen. Het bekendste voorbeeld van zo'n instrument is 'predictive policing', het voorspellen van criminaliteit op basis van grote hoeveelheden data. Predictive policing zou een effectievere opsporing mogelijk maken. De vraag is hoe voorspellende instrumenten als predictive policing zich verhouden tot het van oudsher reactieve karakter van het strafrecht.

## 1. Inleiding

Er voltrekt zich sluipenderwijs een revolutie in het strafrecht. Steeds meer organisaties in de strafrechtketen hebben een groot vertrouwen in instrumenten die als waarheidsvoorspellers voor de opsporing en afdoening van strafbare feiten kunnen dienen. Het bekendste voorbeeld van zo'n instrument is 'predictive policing', het voorspellen van criminaliteit op basis van grote hoeveelheden data.

Het groeiende vertrouwen in voorspellende instrumenten als predictive policing heeft ertoe geleid dat het gebruik van algoritmen in het proces van opsporing, vervolging en berechting van burgers een grote vlucht heeft genomen. Zo werkt de Nationale Politie met het Criminaliteit Anticipatie Systeem (CAS), dat op een rasterkaart van Nederland in vakjes van 125 bij 125 meter laat zien op welke plaatsen en op welk moment de kans het grootst is dat zogenoemde High Impact Crimes plaatsvinden. High Impact Crimes zijn misdrijven als straatroven en inbraken. Algoritmen helpen om een weg te banen door grote hoeveelheden data, waardoor voorspeld kan worden waar criminaliteit zal gaan plaatsvinden. Die data komen van aangiftes en criminaliteitscijfers,

het *central data warehouse* van de Nationale Politie, en van gegevens van instituten als het Centraal Bureau voor Statistiek, zoals het aantal uitkeringen per wijk, leeftijden, geslacht en gezinssamenstellingen.<sup>1</sup>

Voorstanders van het gebruik van predictive policing stellen dat dit instrument een volgende stap is in de technologische ontwikkelingen die het politiewerk aanmerkelijk zullen gaan verbeteren.<sup>2</sup> Door de analyse van grote hoeveelheden data wordt meer en nauwkeuriger criminaliteit voorspeld. De politie kan hierdoor sneller en gericht ingrijpen bij (de dreiging van) criminaliteit, door bijvoorbeeld op de 'juiste' plek te surveilleren. Blinde opsporingsvlekken, criminaliteit waar de politie onvoldoende tot geen weet van heeft, worden zichtbaar gemaakt en het overbelaste politieapparaat kan de schaarse middelen op efficiëntere wijze inzetten.<sup>3</sup> Niet alleen

- 1 M. Schuilenburg, 'De burger moet kunnen weten hoe de misdaadvoorspeller werkt', *NRC Handelsblad* 18 juni 2018.
- 2 Zie voor een overzicht van alle voor- en nadelen: R. Peeters & M. Schuilenburg, 'Machine Justice: Governing Security Through the Bureaucracy of Algorithms', *Information Polity* 2018, 23(3) (nog te verschijnen).
- 3 G.J.D. Smith, L. Bennett Moses & J. Chan, 'The Challenges of Doing

vanuit het perspectief van de criminaliteitsbestrijding wordt predictive policing positief gewaardeerd. Voorstanders menen dat ook de bescherming van burgers door dit instrument kan worden verbeterd. Vooroordelen en discriminatie krijgen minder kans omdat gebruik wordt gemaakt van onpersoonlijke algoritmes: het oordeel van de computer is een stuk objectiever dan dat van de gemiddelde politieagent.<sup>4</sup> De verbeterde gerichtheid van het politietoedoen kan bovendien helpen te voorkomen dat burgers 'zomaar' worden lastiggevallen in het kader van de opsporing van strafbare feiten.

## Een revolutie in het strafrecht.

In tal van landen vindt momenteel een stevige maatschappelijke discussie plaats of het effect van voorspellende systemen als predictive policing wel zo positief is als de voorstanders ervan menen. In de Verenigde Staten bijvoorbeeld, waar in veel steden politie-eenheden al geruime tijd het systeem PredPol (Predictive Policing) gebruiken om criminaliteit te voorspellen. Gedegen empirisch onderzoek naar de resultaten van dit systeem ontbreekt. Hoe betrouwbaar is de informatie die PredPol aanlevert? Welke invloed hebben de uitkomsten op het opsporingsonderzoek van de politie? Wat zijn de juridische gevolgen van het gebruik van predictive policing? Ter beantwoording van deze vragen heeft de burgemeester van New York Bill de Blasio een taskforce opgericht die onderzoekt hoe overheidsdiensten als de New Yorkse politie algoritmen inzetten om beslissingen te nemen die van invloed zijn op het leven van de inwoners van de stad. Ook gaat de taskforce aanbevelingen doen om deze besluitvormingsprocessen voor het publiek openbaar te maken.<sup>5</sup>

In Nederland komt het debat over predictive policing maar langzaam op gang. Toch is een discussie hierover van groot belang. Predictive policing zal het op termijn niet alleen mogelijk maken de tijd en plaats te voorspellen van een verhoogd risico op misdaad, maar ook om potentiële daders te identificeren en daderprofielen voor specifieke misdaden

te ontwikkelen. Met het oog op deze laatste ontwikkelingen richten wij ons in dit artikel op de vraag hoe de betrouwbaarheid en rechtmatigheid van predictive policing gewaarborgd kan worden, zodat het gebruik ervan door de Nationale Politie in goede banen wordt geleid. De relevantie van deze vraag ligt ten eerste in het feit dat de huidige grondslag voor predictive policing moet worden gezocht in art. 11 Wet Politiegegevens (Wpg).<sup>6</sup> Probleem hierbij is dat de Wpg vrijwel geen specifieke inhoudelijke beperkingen bevat voor het gebruik van predictive policing, zoals in het Wetboek van Strafvordering wel gebruikelijk is ten aanzien van het gebruik van een specifiek geregelde opsporingsmethode.<sup>7</sup> Ten tweede is de vraag relevant omdat niet evident is welke instantie toezicht moet houden op het gebruik van predictive policing. Bijzonder aan het gebruik van predictive policing is dat de politie bezig is met de opheldering van strafbare feiten, maar dat er nog geen sprake is van het redelijke vermoeden dat een strafbaar feit is gepleegd (een verdenking). Het risico bestaat hierdoor dat het gebruik van dit instrument min of meer ongereguleerd door de Nationale Politie wordt ingezet. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid spreekt in dit verband van een hiaat in de juridische kaders voor het toezicht op het gebruik van instrumenten als predictive policing.<sup>8</sup>

De opzet van dit artikel is als volgt. Eerst gaan we in op de vraag wat predictive policing precies is en de maatschappelijke achtergrond waartegen dit nieuwe instrument is opgekomen. Vervolgens bespreken wij hoe binnen de context van de strafvordering met predictive policing moet worden omgegaan. Daarna behandelen we de risico's die zijn verbonden aan predictive policing. In het bijzonder gaan we hierbij in op het gevaar van 'social sorting'. Tot slot doen we een aanzet om de kwaliteit en beheersbaarheid van predictive policing beter te waarborgen.

Criminology in the Big Data Era: Towards a Digital and Data-driven Approach', *The British Journal of Criminology* 2018, 57(2), p. 259-274; M. Schuilenburg, 'Predictive policing: De opkomst van een gedachtenpolitie?', *Ars Aequi* 2016/12, p. 931-936.

4 A. Christin, A. Rosenblat & D. Boyd, 'Courts and predictive algorithms', *Data & Civil Rights: A new era of policing and justice* 27 oktober 2015, <https://datasociety.net/output/data-civil-rights-courts-and-predictive-algorithms/> (bezoekdatum: 27 juli 2018).

5 Schuilenburg 2018.

6 Art. 11 Wpg bevat een grondslag om geautomatiseerd gegevens te vergelijken om 'verbanden' vast te stellen (deze vergelijking kan ook met gegevens die in een ander kader zijn verzameld plaatsvinden), om vervolgens deze gegevens verder te verwerken. Deze analyses kunnen zowel met een strafrechtelijk doel als met een bestuursrechtelijk doel, bijvoorbeeld in het kader van de handhaving van de openbare orde, worden uitgevoerd.

7 Het toezichtsregime dat uit de Wpg voortvloeit is bovendien diffuus, doordat deze wet anderen dan de officier van justitie – de 'bevoegde functionaris' en de privacyfunctionaris – aanwijst als verantwoordelijken voor het gebruik van een instrument dat ook onder het bereik van de opsporing, en daarmee de verantwoordelijkheid van de officier van justitie, kan vallen.

8 *Big Data in een vrije en veilige samenleving* (Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid rapport nr. 95 van 14 april 2016), Den Haag/Amsterdam: 2016 (online publiek).

## 2. Twee vormen van predictive policing

Het gebruik van voorspellende systemen in het veiligheidsdomein is een steeds grotere rol gaan spelen bij het aan het licht brengen van strafbare feiten. Dat geldt niet alleen voor politie en justitie, die zich hoofdzakelijk met openbare orde en veiligheid bezighouden. Ook inlichtingen- en veiligheidsdiensten (nationale veiligheid), gemeentes en verschillende organisaties en samenwerkingsverbanden op het gebied van fraudebestrijding waaronder de Belastingdienst maken in toenemende mate gebruik van technologische toepassingen die voorspellen waar en wanneer criminaliteit gaat plaatsvinden, maar ook wie criminaliteit gaat plegen. Voorbeelden hiervan zijn de Verwijsindex Risicjongeren waarin risicosignalen van hulpverleners worden verzameld over jongeren en het Systeem Risico Indicatie om uitkerings- en belastingfraude te voorkomen.<sup>9</sup>

Een van de meest gebruikte systemen in het bestrijden en voorkomen van potentieel crimineel gedrag is predictive policing. Predictive policing is afkomstig uit de Verenigde Staten. Jeffrey Brantingham, een van de 'co-founders' van predictive policing, definieert het als een middel dat gebruikmaakt van gegevens om de kans te berekenen op toekomstige criminaliteit waarbij de nauwkeurigheid van de voorspellingen voortdurend wordt geëvalueerd en de politie bereid is op te treden op basis van de voorspellende informatie.<sup>10</sup> Politiecommissaris William Bratton van de Los Angeles Police Department introduceerde de term in 2008. Volgens Bratton was de criminaliteit in de stad sterk gedaald door het gebruik van het systeem PredPol.<sup>11</sup> Bijzonder aan PredPol is dat het dataverzamelingen combineert die betrekking hebben op het soort misdrijf, de plek van het misdrijf en het misdrijfmoment om op basis daarvan voorspellingen te doen over waar en wanneer criminaliteit gaat plaatsvinden.

Er kunnen twee varianten worden onderscheiden van predictive policing. Het Nederlandse systeem CAS is net als PredPol een vorm van voorspellen die 'predictive mapping' wordt genoemd. CAS begon in 2014 als pilot in Amsterdam en in vier regionale eenheden: Noord-Nederland, Noord-Holland, Oost-Nederland en Den Haag. Inmiddels is het systeem

landelijk uitgerold naar alle 167 basisteams van de politie. Op peilmomenten wordt hierbij geregistreerd welke gegevens met betrekking tot bepaalde strafbare feiten er op dat moment bekend zijn en wat er in de daaropvolgende weken aan incidenten heeft plaatsgevonden. Op die manier kunnen zogenaemde 'heat maps' worden geconstrueerd waarop plekken (*hotspots*) zijn aangegeven waar de kans op bepaalde vormen van criminaliteit het grootst is. De Nationale Politie stelt dat zo ongeveer 40% van de woninginbraken en 60% van de straatroven kan worden voorspeld.<sup>12</sup>

Nu zijn we allemaal niet veroordeelde personen.

'Predictive identification', de tweede variant van predictive policing, gaat een stap verder in het voorspellen van criminaliteit. Terwijl 'predictive mapping' een tijdruimtelijke analyse is die zich richt op het in kaart brengen van het 'waar' en 'wanneer' van criminaliteit, houdt predictive identification in dat personen of groepen worden aangewezen als potentiële misdadigers of slachtoffers. Een van de meest tot de verbeelding sprekende toepassingen hiervan is het politiesysteem van Chicago, de zogenaemde 'heat list', die personen ('hot persons') aanwijst waarvan wordt verwacht dat ze een misdrijf zullen plegen in de nabije toekomst. Op dit moment staan ruim 400.000 inwoners van Chicago op deze lijst.<sup>13</sup> Ook andere Amerikaanse steden gebruiken vergelijkbare systemen, waaronder New Orleans waar de politie hiervoor samenwerkt met het datamining bedrijf Palantir Technologies.<sup>14</sup>

## 3. Iedereen is een potentiële verdachte

Van oudsher komt de verdenking dat een strafbaar feit is begaan vaak per toeval aan het licht: er wordt door een burger aangifte gedaan of er wordt tijdens het surveilleren op straat een verdachte situatie ontdekt. Met het ontstaan van deze verdenking vangt de opsporing naar het mogelijk gepleegde strafbare feit, en hiermee de strafvordering, aan.<sup>15</sup> Goed

9 WRR 2016. Zie verder bijvoorbeeld 'Niet alles wat mogelijk is moet je willen weten', *De Groene Amsterdammer* 15 juni 2016.

10 "Los Angeles Predictive Policing Experiment" Lecture by Dr. P. Jeffrey Brantingham, 5 februari 2013, <https://ccjs.umd.edu/news/los-angeles-predictive-policing-experiment-lecture-dr-p-jeffrey-brantingham-february-5-2013> (bezoekdatum: 27 juli 2018).

11 W.L. Perry et al., *Predictive Policing: The Role of Crime Forecasting in Law Enforcement Operations*, Santa Monica: RAND Corporation 2013.

12 D. Willems & R. Doeleman, 'Predictive Policing – wens of werkelijkheid?', *Tijdschrift voor de Politie* 2014/76-4/5, p. 39-42.

13 Zie: <https://data.cityofchicago.org/Public-Safety/Gun-Crimes-Heat-Map/iinq-m3rg/data> (bezoekdatum: 27 juli 2018).

14 Zie: <https://www.theverge.com/2018/2/27/17054740/palantir-predictive-policing-tool-new-orleans-nopd> (bezoekdatum 22 augustus 2018).

15 Vgl. G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers, Deventer: Kluwer 2014, p. 24; G. Knigge, 'Strafvordering in het geding', in: *Herbezinning op (de grondslagen van) het Wetboek van*

beschouwd gaat het hierbij om het achteraf ondernemen van actie, dat wil zeggen: gepleegde strafbare feiten opsporen, vaststellen wie schuldig zijn en de overtreders sanctioneren. In de afgelopen decennia is de blik van het strafrecht zich in toenemende mate gaan richten op (nog) niet voltooide delicten; mede door de strafbaarstelling van voorbereiding (art. 46 Sr) zijn de grenzen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid sterk naar voren verschoven. Hoewel het mogelijk is gedrag in een steeds eerder stadium strafrechtelijk te sanctioneren, is de kern van het strafrecht nog altijd dat er wordt gereageerd op individueel strafbaar gedrag. De straf blijft hierbij het belangrijkste middel om veiligheid in een samenleving te garanderen. In de literatuur wordt daarom gesproken van 'governing the past' of van een 'post-crime society'.<sup>16</sup>

## Een *heat list* van risicovolle burgers is zeer problematisch.

Volgens verschillende auteurs komen de uitgangspunten van het 'klassieke' strafrecht steeds verder achter ons te liggen.<sup>17</sup> Er treedt een verschuiving op van het reageren op gepleegde strafbare feiten naar het voorzien en voorkomen van strafbare feiten. Zo kunnen in het geval van predictive policing op basis van een voorspelling specifieke (groepen) burgers geselecteerd worden, waarvan de verwachting bestaat dat zij op (korte termijn) betrokken zullen zijn bij strafbare feiten. De verwachting is niet dat dergelijke risicoselecties op korte termijn op zichzelf voldoende zullen zijn om tot een verdenking van (voorbereiding van) een strafbaar feit te komen. Wel zullen deze selecties behulpzaam zijn bij het bepalen op welke burgers de aandacht van opsporingsautoriteiten zich gaat richten, bijvoorbeeld in de vorm van kortstondige observaties of het onderwerpen van het voertuig waar de geselecteerde burger in zit aan een verkeerscontrole.<sup>18</sup>

*Strafvordering* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 1994-I), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994/2, p. 82.

16 L. Zedner, 'Pre-Crime and Post-Criminology', *Theoretical Criminology* 2007, 11(2), p. 261-281.

17 O.a. L. Johnston & C. Shearing, *Governing security. Explorations in policing and justice*, London: Routledge 2003; M. Schuilenburg, *Orde in veiligheid. Een dynamisch perspectief*, Den Haag: Boom 2012.

18 Voor de inzet van dergelijke middelen is immers nog geen verdenking nodig. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat verkeerscontroles op basis van de Wegenverkeerswet geschieden en dat deze ingreep daarmee naar de letter van de wet niet noodzakelijk een strafrechtelijk karakter kent. *De facto* wordt de verkeerscontrole echter, zeker in de situaties waar in deze bijdrage aan wordt gerefereerd, als een strafrechtelijk instrument gebruikt. Zie hierover nader onder andere de annotatie van

Stuwende kracht achter het toenemende gebruik van voorspellende systemen als predictive policing zijn – minstens – twee ontwikkelingen die onderling met elkaar zijn verweven. In de eerste plaats zijn de maatschappelijke verwachtingen ten aanzien van het voorkomen van criminaliteit sterk gegroeid. Verklaringen hiervoor kunnen onder meer worden gevonden in de sterke stijging van de criminaliteit vanaf de jaren 1980 tot 2002. Hoewel de geregistreerde criminaliteit sindsdien afneemt, kan nog altijd gesproken worden van een 'high crime culture', waarin het politieke discours in het teken staat van het afweren van toekomstige criminaliteitsrisico's, ook wel 'risicojustitie' genoemd. Maatregelen die in dit verband worden genomen zijn vaak gebaseerd op risicotaxatie. Zedner spreekt van een 'pre-crime-beleid' waarin het niet langer enkel gaat om het bestraffen van een inbreuk op de (straf)wet, maar om het voorkomen van potentieel risicovol gedrag.<sup>19</sup>

De tweede maatschappelijke ontwikkeling is de digitalisering die zich voltrekt in alle geledingen van het dagelijkse leven. Nieuwe technologische ontwikkelingen bieden kansen voor opsporingsinstanties om criminaliteit te voorkomen en proactiever op te treden. De Commissie Criminaliteit en Technologie spreekt over de volgende functies van technologie die hieraan een positieve bijdrage kunnen leveren: waarnemen (camera's), identificeren (biometrie, gezichtsherkenning), alarmeren (alarmsystemen, patroonherkenning), gegevens koppelen en communiceren (computers).<sup>20</sup> In het laatste geval gaat het om toepassingen als predictive policing en het gebruik van Big Data voor rechterlijke beslissingen om het recidivegevaar in te schatten van verdachte personen. 'Predictive justice', zoals het in het Engels wordt genoemd. In de Verenigde Staten alléén worden al meer dan 200 verschillende predictive justice-systemen gebruikt om beslissingen te nemen over verlof en borgtocht van gedetineerden.

Dit alles maakt de vraag relevant of en, zo ja, in hoeverre het strafprocesrecht zich aan deze nieuwe werkelijkheid moet aanpassen. De twee varianten van predictive policing die hiervoor zijn besproken – predictive mapping en predictive identification – staan immers haaks op de klassieke manier van opsporen. Daarbij is het vaak onduidelijk welke keuzes de makers hebben gemaakt bij het implementeren van de algoritmen in het systeem van predictive policing. Ook kan de voorspelling die predictive policing oplevert tot een

Keulen bij HR 1 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2454, NJ 2017/84.

19 Zedner 2007, p. 261-281.

20 *Technologie en misdaad. Kansen en bedreigingen van technologie bij de beheersing van criminaliteit* (rapport Commissie Criminaliteit en Technologie van januari 2005), Den Haag: 2005 (online publiek), p. 4.

keten van juridisch relevante handelingen leiden. Zo worden bepaalde (groepen) burgers op basis van de voorspelling aangewezen als potentieel verdacht, vervolgens kunnen zij worden geïdentificeerd en wanneer zij risicovol gedrag vertonen, grijpen de autoriteiten in.<sup>21</sup> Scherp gesteld: ooit werd iedere burger verondersteld onschuldig te zijn, nu is iedereen een potentiële verdachte geworden.

#### 4. Het meegroeïende strafvorderlijke toezicht

Hiervoor hebben we gesteld dat de belofte van predictive policing vooral ligt in situaties waarin nog geen sprake is van het redelijke vermoeden dat een strafbaar feit is gepleegd. Deze fase voorafgaand aan het ontstaan van de verdenking staat bekend als een strafvorderlijk schemergebied: dat het overheidshandelen in deze fase te maken heeft met de betrouwbaarheid en rechtmatigheid – anders gezegd: de kwaliteit – van de verdere strafvordering is evident, maar het is niet zonder meer duidelijk op welke wijze de kwaliteit van dit handelen zelf wordt bewaakt. Dit problematische karakter van predictive policing in het licht van de strafvordering kan met een eenvoudig voorbeeld worden toegelicht. Als de voorspelling op basis waarvan de politie tot nadere handelingen overgaat, bijvoorbeeld door kortstondig bepaalde burgers te observeren om woninginbraken op te lossen, op discriminatoire gronden steunt, dan tast het gebruik van predictive policing de integriteit van de strafvordering en de legitimiteit van de verdenking aan, ook als de geselecteerde burger op heterdaad wordt betrapt bij het plegen van een inbraak in een woning.

Relevant is dat het ontstaan van een verdenking *in concreto* niet mag verhullen dat de strafvordering is gefundeerd op een overheidshandelen waarvan de kwaliteit niet is gewaarborgd. Dit verband tussen de fase voorafgaand aan de verdenking en de ‘klassieke’ strafvordering legt de juridische problematiek rondom voorspellende systemen als predictive policing bloot. De burger wordt hierin niet alleen object van aandacht van opsporingsautoriteiten, hieruit vloeit ook de dreiging voort van verder strafvorderlijk ingrijpen. De afgelopen decennia is – niet in de laatste plaats door de IRT-affaire – het besef ont-

staan dat de strafvordering zich niet blind kan houden voor de fase voorafgaand aan de verdenking, maar dat deze onder het toezicht van de strafrechter moet worden gebracht.<sup>22</sup> Dit toezicht bewaakt dat een in strafvorderlijke zin ongereguleerde voorfase de kwaliteit van de strafvordering niet ondermijnt.<sup>23</sup> Onder andere de verbaliseringsplicht (art. 152 Sv) en de mogelijkheid onrechtmatigheden te sanctioneren op basis van art. 359a Sv geven handen en voeten aan deze doelstelling.<sup>24</sup> Om het bereik van het strafvorderlijke toezicht uit te kunnen breiden heeft de wetgever vanaf de jaren 1990 het startpunt van de strafvordering, de opsporing, verlegd: de opsporing vangt niet langer aan met de verdenking, maar wanneer van een onderzoek in verband met strafbare feiten met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen kan worden gesproken. Ondanks deze uitbreiding van het wettelijke opsporingsbegrip (art. 132a Sv),<sup>25</sup> blijkt in de praktijk discussie te blijven bestaan over in hoeverre de fase voorafgaand aan de verdenking onder het opsporingsbegrip en daarmee onder het strafvorderlijke toezicht valt.<sup>26</sup>

Kortom: gesteld kan worden dat in plaats van een temporele afbakening, er nu een benadering wordt voorgestaan waarbij

21 Volledig geautomatiseerde beslissingen zijn in het licht van de Richtlijn politie- en justitiegegevens (2016/80), *Publicatieblad van de Europese Unie* L119/1 en het implementatievoorstel *Kamerstukken II* 2017/18, 34889, 2 (art. 7e Wpg) problematisch en op kortere termijn ligt het voor de hand dat er steeds op zijn minst genomen sprake zal moeten zijn van menselijke tussenkomst. Zie hierover nader *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving* (rapport Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk (Commissie Koops) van juni 2018), p. 26 e.v. (online publiek) en WRR 2016, p. 28.

22 Vgl. B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 9.3.1. Vanzelfsprekend houdt ook de officier van justitie tijdens het opsporingsonderzoek toezicht op het handelen van de politie. Het is immers de officier van justitie die de leiding heeft over het opsporingsonderzoek. Bovendien wordt niet iedere strafzaak aan de rechter voorgelegd, waardoor de officier niet alleen tijdens, maar ook in het kader van de afdoening, de kwaliteit van de opsporing moet bewaken.

23 Vgl. N. Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 155.

24 Overigens kan het belang van een aantal van deze waarborgen tot op beperkte hoogte worden gerelativeerd. Zo kan verslaglegging van het verrichte onderzoek soms ook in de fase voor de strafvordering niet achterwege blijven (HR 5 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5629, *NJ* 2017/169, m.nt. T.M. Schalken). Ook is de wetgever voornemens bij de modernisering van het Wetboek van Strafvordering het toepassingsbereik van het huidige art. 359a Sv uit te breiden tot onrechtmatigheden begaan buiten het kader van het voorbereidend onderzoek, bijvoorbeeld in het kader van het bestuursrechtelijke toezicht dat voorafgaand hieraan plaatsvindt. Zie hierover nader onder andere M. Samadi, ‘Het toezicht op de strafvorderlijke overheid: een modern art. 359a Sv?’, *Tijdschrift Modernisering Strafvordering* 2018-1. De vraag is wel of de strafrechter adequaat toezicht kan uitoefenen op dit handelen buiten het voorbereidend onderzoek, wanneer bijvoorbeeld de verbaliseringsplicht niet geldt ter ondersteuning van dit toezicht.

25 Art. 132a Sv luidt: ‘Onder opsporing wordt verstaan het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.’

26 Zie hierover nader o.a. M.J. Borgers, ‘Het opsporingsbegrip anno 2009’, in: M.J. Borgers, M.J.A. Duker en L. Stevens (red.), *Politie in beeld* (Liber amicorum Jan Naeyé), Oisterwijk: World Legal Publishers en in de context van deze bijdrage: B.W. Schermer, ‘Het gebruik van *Big Data* voor opsporingsdoeleinden: tussen Strafvordering en Wet politiegegevens’, *TBS&H* 2017/4, par. 6.2.

het gaat om de vraag of het *doel* van het overheidshandelen een strafvorderlijke is.<sup>27</sup> Als dat het geval is, dan moet binnen het strafproces hierover verantwoording worden afgelegd. Deze gedachtegang moet wat ons betreft ook worden doorgetrokken naar voorspellende systemen als predictive policing.

## Predictive policing als heilige graal.

Wanneer een voorspelling wordt gegenereerd met het doel burgers te selecteren die mogelijk betrokken (zullen) zijn bij strafbare feiten, en deze selectie leidt uiteindelijk tot een verdenking en nadere strafvorderlijke ingrepen (bijvoorbeeld de aanhouding van de geselecteerde burger), dan wordt het doel gerealiseerd waarmee de voorspelling is gemaakt.<sup>28</sup> De verdenking is immers niet toevallig ontstaan; het doel is vanaf het begin (mede) een strafvorderlijke geweest.<sup>29</sup> Door het doel van predictive policing voorop te stellen, moet steeds wanneer dit instrument met een strafvorderlijk doel wordt gebruikt hierop strafvorderlijk toezicht bestaan. Zo wordt gewaarborgd dat de betrouwbaarheid en rechtmatigheid van het gebruik van predictive policing in strafzaken door de Nationale Politie beoordeeld kan worden door de rechter.

### 5. Het risico van 'social sorting'

Het belang van goed toezicht op het gebruik van predictive policing kan moeilijk worden onderschat. De maatschappelijke risico's die aan de inzet van dit instrument kleven zijn groot. Wat zijn de zwarte kanten van het nieuwe dataïsme? Om te beginnen wordt erop gewezen dat er een zelfversterkend effect optreedt in het voorkomen van criminaliteit wanneer de politie zich blijft richten op dezelfde locaties en typen

criminaliteit, het bezwaar van *self-fulfilling prophecies*.<sup>30</sup> Een ander bezwaar is de vermeende neutraliteit en objectiviteit van de gebruikte algoritmen door de politie. Algoritmen zijn geen objectieve gegevens zonder karakter of richting. Algoritmen kunnen zijn gebaseerd op onjuiste of onrepresentatieve data (*bias*) waardoor discriminatie juist wel kan optreden.<sup>31</sup> Bovendien kan predictive policing leiden tot 'social sorting' – het identificeren van risicogroepen op bepaalde kenmerken en categorieën<sup>32</sup> – en in het uiterste geval krijgt de strafvordering zelf een disciplinerend effect op het gedrag van de 'afwijkende' groep burgers.<sup>33</sup>

'Social sorting' is in feite de optelsom van de risico's die predictive policing heeft voor de kwaliteit en beheersbaarheid van de opsporing. Wanneer met voorspellingen wordt gewerkt waarvan de betrouwbaarheid en rechtmatigheid onvoldoende zijn gewaarborgd, dreigen negatieve stereotyperingen, wat Hacking 'making up people' heeft genoemd.<sup>34</sup> Een eerste stap in het voorkomen hiervan is het creëren van transparantie en inzichtelijkheid in de voorspellingen. De strafvordering dwingt hier ook toe, onder andere door middel van de verbaliseringsplicht. Door predictive policing onder het bereik van de strafvordering te brengen, kan erop worden toegezien of predictive policing in de fase voor de verdenking relevant is geweest, en zo ja, of de wijze waarop dit het geval was aan de strafvorderlijke vereisten voldoet van betrouwbaarheid en rechtmatigheid. Wanneer opsporingsdiensten onvoldoende inzicht kunnen verschaffen in hun handelen – ook als zij gebruikmaken van bijvoorbeeld private software – dan is het de taak van de officier van justitie en de rechter ervoor te zorgen dat predictive policing in het concrete geval niets te maken mag hebben met de strafvordering. Zo beschouwd is het in een ieders belang, ook van de opsporingsdiensten, om na te denken over op welke wijze het gebruik van voorspellende systemen tot een voldoende transparant en inzichtelijk besluitvormingsproces kan leiden.<sup>35</sup>

27 Zie onder meer: HR 18 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:706, NJ 2017/456, m.nt. B.F. Keulen. De ontwerper van het nieuwe Wetboek van Strafvordering bestendigt deze benadering door niet langer van 'met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen' te spreken, maar slechts van een 'strafvorderlijk doel' (art. 1.1.2.2 van het conceptvoorstel Boek 1).

28 Ten aanzien van de selectie van locaties kan dezelfde redenering worden gevolgd.

29 Het lijkt ons in dit opzicht van essentieel belang dat de opsporingsautoriteiten steeds uitdrukkelijk vooraf formuleren met welk doel zij gebruikmaken van predictive policing. Er zijn ook andere doelen denkbaar, zoals het bieden van gerichte voorlichting of het gedrag van burgers verstoren (bijvoorbeeld door *zichtbaar* te surveilleren).

30 B.H.M. Custers, 'Big data in wetenschappelijk onderzoek', *Justitiële verkenningen* 2016/1, p. 8-21.

31 Schuilenburg 2016, p. 931-936.

32 D. Lyon (ed.), *Surveillance as Social Sorting: Privacy, Risk, and Digital Discrimination*, London/New York: Routledge 2003.

33 Vgl. WRR 2016, p. 89 en p. 92.

34 I. Hacking, 'Making up People', in: T. Heller, M. Sosna & D. Wellbery (eds.) *Reconstructing Individualism: Autonomy, Individuality and the Self in Western Thought*, Stanford, CA: Stanford University Press 1986, p. 222-236.

35 Zie hierover nader o.a. Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, Commissie Koops 2018. Zie in dit verband ook de activiteiten van de (Europese) wetgever: Richtlijn politie- en justitiegegevens (2016/80), *Publicatieblad van de Europese Unie* L119/1 en onder andere *Kamerstukken II* 2017/18, 34889, 2 (art. 24b lid 2 onder 2 Wpg).

Een tweede stap in het bestrijden van de hiervoor genoemde risico's van predictive policing is het voorkomen van al te generieke voorspellingen, waardoor burgers op basis van betrekkelijk stereotype factoren als risicovol worden gelabeld. Ook op dit punt is het raadzaam predictive policing onder het bereik van de strafvordering te brengen. Van opsporing – en daarmee strafvordering – kan slechts sprake zijn wanneer het gaat om een 'onderzoek in verband met strafbare feiten', zo blijkt uit art. 132a Sv. In dit vereiste kan een belangrijke beperking worden gelezen met betrekking tot de inzet van predictive policing: de voorspelling mag uitsluitend binnen het verband van een dergelijk onderzoek worden verricht.<sup>36</sup> Cruciaal hierbij is de vraag wanneer er sprake is van een 'onderzoek in verband met strafbare feiten'. Het zal helder zijn dat hiervoor niet is vereist dat een verdenking ter zake van enig strafbaar feit hoeft te bestaan. Daarnaast is het ook niet noodzakelijk dat het onderzoek zich richt op het oplossen van een bepaald reeds gepleegd strafbaar feit. Ook wanneer het onderzoek zich richt op toekomstige strafbare feiten, zelfs als op het plegen van een concreet strafbaar feit nog geen uitzicht bestaat, kan wat ons betreft van een onderzoek in verband met strafbare feiten worden gesproken.<sup>37</sup> De beperkende werking van het opsporingsbegrip zou hierbij kunnen worden gezocht in de mate van gerichtheid van het onderzoek. Een eerste ijkpunt kan zijn of er sprake is van een aanwijsbare strafrechtelijke problematiek als grondslag voor het onderzoek. Een onderzoek dat betrekkelijk ongericht is (bijvoorbeeld voorspellen welke inwoners van een gemeente een verhoogd risico hebben op het plegen van winkeldiefstallen) is geen onderzoek in verband met strafbare feiten, terwijl een gericht onderzoek (bijvoorbeeld voorspellen welke burgers de grootste risicogroep vormen met betrekking tot het toenemende probleem met winkeldiefstallen in de gemeente) mogelijk wel als zo'n onderzoek kan worden aangemerkt.<sup>38</sup>

Het behoeft geen toelichting dat een vrij algemene *heat list* van risicovolle burgers, zoals die door de politie in Chicago wordt gebruikt, in dat opzicht zeer problematisch is.

Dit alles betekent dat de risicofactoren waarop de voorspellingen van predictive policing berusten relevant moeten zijn in het kader van de oplossing van het specifieke strafrechtelijke probleem. Tegelijk moet de voorspelling zelf steeds de geselecteerde burgers verbinden met dit specifieke onderzoek in verband met strafbare feiten.<sup>39</sup> Het gebruik van predictive policing is dan nog altijd gericht op het voorkomen van criminaliteit en beperkt zich niet tot het oplossen of voorkomen van bijvoorbeeld een bepaalde winkeldiefstal. De voorspelling wordt immers gegenereerd met het doel te voorkomen dat in die gemeente de diefstalproblematiek aanhoudt of toeneemt, waardoor de autoriteiten de armslag krijgen de aandacht te vestigen op potentiële daders van (toekomstige) winkeldiefstallen. Zo kunnen zij bijvoorbeeld eenvoudig worden opgespoord wanneer zij (pogen) een inbraak te plegen. Door het gebruik van predictive policing met (mede) een strafvorderlijk doel te beperken tot voorspellingen die verband houden met een onderzoek naar strafbare feiten, wordt het risico beperkt dat burgers op stereotype gronden als 'risicovol' worden bestempeld. In hoeverre dit uiteindelijk het geval is, zal afhankelijk zijn van hoe specifiek het onderzoek moet zijn omschreven en hoe nauw en duidelijk het verband tussen de risicogroep en dit onderzoek in de praktijk is.<sup>40</sup>

## 6. Conclusie

Predictive policing wordt gezien als de heilige graal voor het voorkomen en het opsporen van criminaliteit. Bijzonder aan predictive policing is dat de schaal waarop risicoselecties uitgevoerd kunnen worden exponentieel toeneemt. Persoonlijke eigenschappen van opsporingsambtenaren als overtuiging en

36 Deze stellingname hangt ten nauwste samen met de betekenis die aan het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel (art. 1 Sv) wordt toegekend. De grondslag voor het handelen hoeft niet noodzakelijk strafvorderlijke regelgeving te zijn. Ook handelen op basis van het bestuursrecht kan onder het bereik van het opsporingsbegrip, en daarmee de strafvordering vallen, wanneer het doel van het handelen naast een bestuursrechtelijke ook een strafvorderlijke is. Dit laat onverlet dat ook in dit geval – wanneer dus mede met een strafvorderlijk doel wordt gehandeld op bestuursrechtelijke grondslag – om van rechtmatige strafvordering te kunnen spreken de beperking geldt dat het moet gaan om een onderzoek in verband met strafbare feiten. Zie nader over dit onderwerp C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 15 e.v.

37 Vgl. M.J. Borgers, commentaar op art. 132a Sv, in: Melai/Groenhuijsen e.a., *Wetboek van Strafvordering*, art. 132a Sv, aant. 5.3 (online, laatst bijgewerkt op 1 februari 2013).

38 In de jurisprudentie lijkt het kortstondig observeren van een winkeldief in de publieke ruimte aanleiding te moeten vinden in een onderzoek naar bijvoorbeeld woninginbraken in een bepaalde wijk of een

(toenemend) probleem met winkel- en autodiefstallen in een bepaalde gemeente. Vgl. HR 13 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9338, NJ 2013/413, m.nt. Borgers.

39 Voorspellingen blijven altijd riskant, des te meer wanneer de schaal waarop deze worden verricht groter wordt: risicokenmerken op een geaggregeerd niveau laten zich niet zonder meer vertalen naar een kleine groep of individu. Zie hierover nader WRR 2016, p. 38.

40 In dit kader is het relevant welke betekenis in de praktijk aan het nieuwe beginsel 'in het belang van het onderzoek', dat in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering (Boek 2, art. 2.1.2.1 lid 2) wordt opgenomen, zal worden toegekend. Zie hierover nader: A. Das, 'De codificatie van rechtsbeginselen in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering', *Tijdschrift Modernisering Strafvordering* 2018-1, p. 19-28 en P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Subsidiariteit, proportionaliteit en doelbinding als algemene beginselen: codificatie graag, maar meer volledig', *DD* 2018/8.

intuïtie verliezen hierdoor aan belang: data-analyses kunnen automatisch gigantische hoeveelheden gegevens verwerken en in allerlei soorten en maten voorspellingen afleveren op basis waarvan opsporingsinstanties nadere opsporingshandelingen kunnen verrichten. Het gebruik van predictive policing kan voordelen met zich brengen in de vorm van een effectievere opsporing. Aan voorspellende systemen als predictive policing zijn echter ook risico's verbonden, in het bijzonder dat 'social sorting' in de hand wordt gewerkt.

Hoewel predictive policing vooral in de fase voor het ontstaan van de verdenking relevant is, heeft dit instrument wel degelijk invloed op de kwaliteit van de strafvordering. Het is daarom van belang dat als predictive policing met (mede) een strafvorderlijk doel wordt gebruikt, dit gebruik altijd onder het bereik van het opsporingsbegrip valt zodat middels strafvorderlijk toezicht de kwaliteit van de voorspellingen kan worden bewaakt. Onbetrouwbare, onrechtmatige – bijvoorbeeld discriminatoire – of al te ongerichte voorspellingen kunnen dan binnen het strafproces eruit worden gefilterd door de officier van justitie of de rechter. Door op deze manier de kwaliteit van de strafvordering te bewaken, wordt het risico beperkt dat predictive policing allerlei negatieve maatschappelijk consequenties heeft.

Om het gebruik van predictive policing door de Nationale Politie in goede banen te leiden, is het van belang dat het debat over de inzet van voorspellende instrumenten zowel in de praktijk als in de wetenschap vooruitloopt, of tenminste gelijke tred houdt, met de inzet ervan in de praktijk. Dit debat zou tot op bepaalde hoogte versneld en gecondenseerd kunnen worden door bij de modernisering van het Wetboek van Strafvordering te overwegen een afzonderlijke grondslag op te nemen voor het gebruik van voorspellende instrumenten in de fase vóór de verdenking. Er zal dan moeten worden nagedacht over concrete voorwaarden om de kwaliteit en beheersbaarheid van instrumenten als predictive policing beter te waarborgen. In dat kader zijn er nog vele kwesties die nadere doordenking vergen. Hierbij kan worden gedacht aan de bescherming van de – al dan niet collectieve – privacy van burgers die met de analyse en/of de voorspelling te maken krijgen; het belang dat aan de onschuldpresumptie moet worden gehecht; de rechtspositie van burgers die object zijn van opsporing, maar die niet worden vervolgd; het onderscheid in de rechtsposities van niet-verdachte burgers en verdachte burgers; de omgang met private partijen die bijdragen aan de opsporing en die zich bijvoorbeeld op hun bedrijfsgeheim beroepen, etc. Het zal duidelijk zijn dat het laatste woord over dit onderwerp nog niet is geschreven.